

00781

16

2 e

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



Crítica Metodológica de los Principios Generales del Derecho

T E S I S

Que para obtener el grado de:

DOCTOR EN DERECHO

Presenta el **MAESTRO**

RAFAEL SANCHEZ VAZQUEZ

bajo la asesoría del **DOCTOR**

HECTOR CUADRA

México, D. F.

1988

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

MARCO TEORICO

1. Presentación.....	1
2. Materialismo histórico.....	3
2.1. Conceptuación.....	3
2.2. Categorías del materialismo histórico.....	12
3. Materialismo dialéctico.....	38
3.1. Conceptuación.....	39
3.2. Leyes fundamentales de la dialéctica.....	52
3.3. Categorías de la dialéctica materialista.....	60

CAPITULO II

CORRIENTES EPISTEMOLOGICAS DEL DERECHO

1. Presentación.....	68
2. Concepciones jurídicas fundamentales.....	69
2.1. La corriente del derecho natural.....	69
2.1.1. Conceptuación.....	70
2.1.1.a. El jusnaturalismo antiguo.....	71
2.1.1.b. El jusnaturalismo medieval.....	82
2.1.1.c. El jusnaturalismo moderno.....	87
2.1.1.d. El jusnaturalismo contemporáneo.....	89
2.1.2. Características del derecho natural.....	96

2.1.3.	Alcances.....	100
2.1.4.	Limitaciones.....	108
2.2.	Positivism jurídico.....	112
2.2.1.	Conceptuación.....	116
2.2.2.	Características.....	137
2.2.3.	Alcances.....	143
2.2.4.	Limitaciones.....	157
2.3.	La concepción sociológica del derecho.....	170
2.3.1.	Conceptuación.....	182
2.3.2.	Características.....	187
2.3.3.	Alcances.....	191
2.3.4.	Limitaciones.....	193
2.4.	El realismo jurídico.....	196
2.4.1.	Conceptuación.....	197
2.4.2.	Características.....	199
2.4.3.	Alcances.....	201
2.4.4.	Limitaciones.....	203

CAPITULO III

MÉTODOS JURIDICOS DE INTERPRETACION

1.	Presentación.....	206
2.	Métodos generales del conocimiento.....	208
2.1.	Consideraciones en torno al concepto de método.....	208
2.2.	Reflexiones sobre el término técnica.....	212

2.3.	El análisis.....	218
2.4.	La síntesis.....	226
2.5.	La inducción.....	234
2.6.	La deducción.....	241
3.	La jurisprudencia técnica.....	262
3.1.	Conceptuación.....	263
3.2.	Características.....	265
3.3.	La interpretación jurídica.....	275
3.3.1.	Conceptuación.....	278
3.3.2.	Tipos de interpretación jurídica.....	290
3.3.3.	Elementos del proceso interpretativo.....	294
3.3.3.1.	Elemento literal o filológico.....	295
3.3.3.2.	Elemento lógico.....	303
3.3.3.3.	Elemento sistemático.....	354
3.3.3.4.	Elemento histórico.....	367
3.3.3.5.	Elemento sociológico.....	368
3.3.3.6.	Elemento económico.....	370
3.3.3.7.	Elemento político.....	382
3.3.3.8.	Elemento comparativo.....	383
4.	Métodos jurídicos de interpretación.....	386
4.1.	Método exegético.....	388
4.1.1.	Antecedentes históricos.....	389
4.1.2.	Características.....	393
4.1.3.	Proceso de la interpretación exegética.....	395
4.1.4.	Crítica.....	397
4.2.	Método sistemático.....	401

4.2.1.	Antecedentes históricos.....	403
4.2.2.	Características.....	408
4.2.3.	Proceso interpretativo.....	412
4.2.4.	Crítica.....	416
4.3.	Método sociológico jurídico.....	417
4.3.1.	Antecedentes históricos.....	421
4.3.2.	Características.....	440
4.3.3.	Proceso interpretativo.....	442
4.3.4.	Crítica.....	447

CAPITULO IV

CRITICA METODOLOGICA

DE LOS

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1.	Presentación.....	452
2.	Los principios generales del derecho.....	454
2.1.	Antecedentes históricos.....	459
2.2.	Conceptuación de los principios generales del derecho.....	491
2.2.1.	Conceptuación iusnaturalista de los principios generales del derecho.....	494
2.2.2.	Conceptuación positivista de los principios generales del derecho.....	505
2.3.	Funciones de los principios generales del derecho.....	510
2.4.	Descripción, análisis y crítica de los principios generales del derecho.....	530

2.4.1.	La libertad.....	541
2.4.2.	La igualdad.....	597
	Consideraciones finales.....	643
	Apéndices.....	659
	Apéndice número 1.....	660
	Apéndice número 2.....	664
	Bibliografía consultada.....	669

INTRODUCCION

".. Porque es un problema de integridad intelectual expresar lo que es; aun a riesgo de entrar en conflicto con todos aquellos poderes interesados en la conservación de la apariencia científica.. "

Hans Kelsen*

La presente investigación tiene entre otros fines, el -- cumplir con los requisitos que se requieren para obtener el grado académico del Doctorado en Derecho.

La motivación de este trabajo surgió de la observación - de la realidad que nos rodea en una sociedad en donde la desigualdad, la falta de oportunidades, las disparidades sociales y económicas golpean la conciencia y generan una sensibilidad que bien orientada debe tender a que todos los individuos en nuestra práctica social luchemos por condiciones de equidad y de igualdad para todos.

El discurso jurídico históricamente ha abordado los temas de la libertad y de la igualdad, pero desde perspectivas muy variadas. Así pues, el objetivo de esta investigación es recorrer críticamente ese discurso sobre la igualdad y la libertad para construir una interpretación que a nuestro parecer tenga basamentos científicos mas sólidos y menos argumentos ideológicos.

De ahí que la hipótesis central de esta tesis trate sobre la desmistificación de los principios generales del dere

* Véase después de la Contraportada citada en la Memoria de Hans Kelsen Rvta. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. año VII. Num. 19 Número especial Enero-Abril de 1974.

cho. En vista de que éstos son los postulados ideológicos -- fundamentales de cualquier sistema jurídico. Cabe precisar -- que en esta investigación únicamente se trata a la libertad y a la igualdad jurídica como las quimeras de Occidente, alimentadas por los ideólogos de la clase dominante.

Además, la referida hipótesis persigue el propósito de generar una sensibilidad de transformación social y no de mera interpretación contemplativa. Ahora bien, el contenido de esta investigación se integra a través de cuatro capítulos -- que son a saber:

El primer capítulo, tiene que ver con la teoría del materialismo histórico y dialéctico. De esta manera por medio de sus conceptos y leyes se conforma el marco teórico de -- nuestra investigación.

En el capítulo segundo, se hace por un lado, una breve descripción y análisis crítico sobre las diferentes posiciones teóricas que se dan en relación a las ciencias sociales. Y, por el otro sobre las corrientes teóricas más relevantes del conocimiento jurídico de Occidente, entre otras citamos a las siguientes: la del derecho natural, el positivismo jurídico, la concepción sociológica del derecho y la del realismo jurídico. A fin de obtener una noción teórica más fortalecida acerca de nuestro objeto de estudio. El cual versará sobre algunas apreciaciones críticas con respecto a los -- principios generales del derecho a través de una actitud ma-

terialista e histórica dialéctica.

Por lo que respecta, al capítulo tercero, cabe señalar que éste trata en primer lugar, de los métodos generales del conocimiento a fin de lograr un esquema racional y sistemático del proceso cognoscitivo de nuestro objeto de estudio.

En segundo lugar, se presenta una somera exposición acerca del proceso dialéctico a que se sujeta la práctica del conocimiento científico, y que va del análisis a la síntesis, y de la inducción a la deducción, y a la inversa en forma continua e indefinida.

En tercer lugar, continuamos con algunos señalamientos en relación a la jurisprudencia técnica. En seguida, pasamos a la delimitación de lo que es la interpretación jurídica, - ya que el tema central de nuestra investigación se refiere a la crítica metodológica de los principios generales del derecho. Consecuentemente, apreciamos que de alguna manera tienen que ver con la interpretación y/o con la integración jurídica.

En cuanto, a la interpretación jurídica nos percatamos que ésta, encierra un proceso cognoscitivo amplio y complejo, en donde, no son suficientes los métodos generales del conocimiento ni tampoco el sentido y alcance de las palabras aisladas para conseguir una interpretación adecuada sobre los diferentes problemas que se producen en el mundo del derecho. Motivos que nos obligan a recurrir a otros elementos que son

a saber: el literal o filológica, lógico, sistemático, histórico, sociológico, económica, político y comparativo.

También, me he permitido expresar ciertas estimaciones en relación a los métodos de interpretación jurídica: el método exegético, el sistemático y el sociológico jurídico. En dichas métodos se deja entrever de una u otra manera la influencia de los diferentes elementos que intervienen en el proceso interpretativo. Además, observamos que los métodos de interpretación jurídica se encuentran en íntima relación con las diferentes posiciones teóricas del conocimiento jurídico.

El capítulo cuarto, contiene la delimitación conceptual de qué son los principios generales del derecho. Y, en seguida, pasamos a la síntesis histórica que nos permite ubicar el surgimiento y desarrollo de los susodichos principios.

Después, continuamos con la descripción conceptual de los principios generales que hacen los iusnaturalistas, por un lado, y por el otro, la que establecen los cultores del positivismo jurídico.

Asimismo, se expresan grassa modo las funciones que desempeñan los referidos principios.

Por último, llegamos a la descripción y al análisis crítico de la libertad y de la igualdad jurídica como principios generales del derecho desde la perspectiva del materia-

lismo histórico y dialéctico. Ahora bien, la crítica a los principios supra citados se ha realizado con el propósito de lograr una conciencia más socializada y alejada de los apetitos individuales y egoístas que caracterizan a las relaciones sociales desiguales.

De ahí, que nuestra preocupación descansa en luchar -- por hacer menos desiguales a las desiguales y, por lo tanto, no divulgar quimeras que sólo sirven en último término a la clase dominante. Lo anterior, sin lugar a dudas nos lleva a una concepción jurídica diferente a la usanza tradicional. -- Dicho de otra manera, es oportuno destacar que con el desmascaramiento de los principios generales del derecho: la libertad y la igualdad jurídica que imperan en las sociedades occidentales no son más que ficciones formales, abstractas y ahistóricas. Es por ello, que dichos principios sean considerados como retórica ideológica empleada muy a menudo por los ideólogos de la burguesía para perpetuar sus posiciones de dominio y de sujeción.

Concluyendo, si no queremos seguir fomentando la deformación de la práctica social cotidiana, estamos obligados a concebir un derecho más cercano y apegado a la realidad histórica concreta de las sociedades humanas.

CAPITULO I

MARCO TEORICO

SUMARIO: 1. Presentación, 2. Materialismo histórico. -- 2.1. Conceptuación. 2.2. Categorías del materialismo -- histórico. 3. Materialismo dialéctico. 3.1. Conceptuación. 3.2. Leyes fundamentales de la dialéctica. 3.3. -- Categorías de la dialéctica materialista.

1. PRESENTACION

Los conceptos fundamentales del materialismo histórico y dialéctico integran el marco teórico del presente trabajo. Toda vez, que comparto junto con otros, que dicha referencia teórica, se constituye en la posición gnoseológica mas cercana a la realidad y a la práctica científica de las ciencias sociales.

Además, cabe destacar, que a través de la mencionada - teoría del conocimiento contaremos con una estructura cognoscitiva que nos permitirá tratar de manera analítica y crítica a las diferentes concepciones del derecho. Y, a saber son, entre otras: el Iusnaturalismo, el Positivismo, Realismo jurídico, etc.

Igualmente, lograremos un análisis crítico de los métodos jurídicos mas comunes: el exegético, sistemático y sociológico jurídico.... Por una parte, y por la otra, demostraremos que el derecho es un fenómeno social que no se encuentra aislado de la problemática económica, social, política, cultural e ideológica de las sociedades humanas que se desen-

vuelven en un espacio y tiempo histórico concreto. Consecuente-
mente, cabe decir lo mismo para con los principios genera-
les del derecho que se reconocen en las sociedades sustenta-
das en la explotación del hombre y en la propiedad privada -
de los medios de producción y de la producción que se logra
de manera socializada.

Así pues, confirmaremos que dichos principios se cons-
tituyen en conceptos ideológicos que permiten garantizar y -
legitimar relaciones sociales desiguales. En beneficio de --
las clases dominantes a fin de subordinar y domesticar a las
clases sociales explotadas.

Por último, por medio del materialismo histórico y dia-
léctico, nos será plausible alcanzar la sensibilidad sufi-
ciente para concebir una sociedad humana más socializada y -
alejada de los apetitos individuales y egoistas que caracte-
rizaran a las relaciones sociales desiguales. En suma, nuestra
meta es concretizar una ciencia jurídica que, nos proporcio-
ne los elementos de análisis y crítica necesarios para trans-
formar a las relaciones sociales desiguales en menos desigua-
les.

2. MATERIALISMO HISTORICO

La teoría materialista de la historia nos proporciona una explicación objetiva, racional, analítica, crítica, sistemática y predecible del devenir histórico de la sociedad humana.

Así pues, a través del materialismo histórico vamos a demostrar que las transformaciones en que se ven involucradas las sociedades humanas, se dan en atención al desarrollo de las fuerzas productivas y de las relaciones sociales de producción que se ponen en práctica en un determinado lugar y tiempo histórico concreto.

Igualmente, cabe resaltar que, las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción establecen un vínculo condicionante para con las manifestaciones superestructurales; jurídicas, políticas, religiosas, artísticas, etc.

2.1. CONCEPTUACION

A este respecto, Carlos Marx, nos señala:

"Mi investigación desembocaba en el resultado de que, tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radican, por el contrario, en las condiciones materiales de vida... El resultado general a que llegué y que, una vez obtenido, sirvió de hilo conductor a mis estudios, puede resumirse así: en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida -

social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas. Y se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica, se revoluciona, más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y que pueden apreciarse con la exactitud propia de las ciencias naturales, y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y luchan por resolverlo. Y del mismo modo que no podemos juzgar a un individuo por lo que él piensa de sí, no podemos juzgar tampoco a estas épocas de revolución por su conciencia, sino que, por el contrario, hay que explicarse esta conciencia por las contradicciones de la vida material, por el conflicto existente entre las fuerzas productivas sociales y las relaciones de producción... A grandes rasgos, podemos designar como otras tantas épocas de progreso, en la formación económica de la sociedad, el modo de producción asiático, el antiguo, el feudal y el moderno burgués.¹ El socialismo.

Después, de haber citado la síntesis del marco teórico del materialismo histórico, nos es plausible remarcar que la evolución de la sociedad no está determinada por deseos subjetivos, sino por leyes objetivas. La vida material de la sociedad condiciona la conciencia social; las opiniones políticas; las concepciones jurídicas, religiosas, artísticas, etc.

¹ C. Marx: "Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política", en: Carlos Marx y Federico Engels, Obras escogidas; s. ed. Ed. Progreso. Moscú. Servicios bibliográficos Palomar, S.A. México, D.F. s.f. pp. 181, 182 y 183.

El subrayado es nuestro.

Empero, esto no significa que, se niega la influencia que -- tiene el aparato ideológico en la vida social. El suponer lo contrario, nos llevaría a una concepción deformada del materialismo histórico, el cual aparecería como un método dogmático vía el determinismo mecanicista de lo económico. Dicha percepción, sólo nos permitiría apreciar de manera aparente y parcial los cambios que se presentan en las estructuras de las sociedades humanas dentro de su proceso histórico.

A este respecto, consideramos que el materialismo histórico nos brinda un esquema cognoscitivo que establece una relación dinámica y de interacción recíproca entre las cosas, la realidad y el hombre como sujeto activo, reflexivo, participativo y modificador de un quehacer cotidiano. Es por ello, que no debemos estimar al materialismo histórico como un método mecanicista ni metafísico, sino que, todo lo contrario.

Para el efecto de fundamentar, lo anteriormente mencionado es válido citar, las tesis que Marx, elabora sobre el materialismo de Feuerbach, y a saber son:

Primera : "El defecto fundamental de todo el materialismo anterior -incluido el de Feuerbach- es que sólo concibe las cosas, la realidad, la sensoriedad, bajo la forma de objeto o de contemplación, pero no como actividad sensorial humana, no como práctica, no de un modo subjetivo. De aquí que el lado activo fuese desarrollado por el idealismo, por oposición al materialismo, pero sólo de un modo abstracto, ya que el idealismo, naturalmente, no conoce la actividad real, sensorial, como tal. Feuerbach quiere objetos sensoriales, - realmente distintos de los objetos conceptuales; pero tampoco él concibe la propia actividad humana como una actividad objetiva. Por eso en la esencia del cristianismo sólo considera la actividad teórica como la auténticamente humana, mientras que concibe y fija la práctica sólo en forma sucitamente judaica de manifestarse. Por tanto, no comprende la importan

cia de la actuación revolucionaria, práctica crítica". 2

Tercera.: "La teoría materialista de que los hombres -- son producto de las circunstancias y de la educación, y de que, por tanto, los hombres modificados son producto de circunstancias distintas y de una educación modificada, olvida que son los hombres, precisamente, los que hacen que cambien las circunstancias y que el propio educador necesita ser educado. Conduce, pues forzosamente, a la división de la sociedad en dos partes, una de las cuales está por encima de la sociedad. La coincidencia de la modificación de las circunstancias y de la actividad humana sólo puede concebirse y entenderse racionalmente como práctica revolucionaria". 3

Quinta.: "Feuerbach, no contento con el pensamiento abstracto, apela a la contemplación sensorial; pero no concibe la sensoriedad como una actividad sensorial humana práctica." 4

Sexta.: "Feuerbach, diluye la esencia religiosa en la -- esencia humana. Pero la esencia humana no es algo abstracto inherente a cada individuo. Es, en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales. Feuerbach, que no se ocupa de la crítica de esta esencia real, se ve, por tanto, obligado:

1) A hacer abstracción de la trayectoria histórica, enfocando para sí el sentimiento religioso/Gemüt/ y presuponiendo un individuo humano abstracto, aislado.

2) En él, la esencia humana sólo puede concebirse como género, como una generalidad interna, muda, que se limita a unir naturalmente los muchos individuos." 5

Séptima.: "Feuerbach no ve, por tanto, que el «sentimiento religioso» es también un producto social y que el individuo abstracto que él analiza pertenece, en realidad, a una determinada forma de sociedad." 6

Novena.: "A lo que más llega el materialismo contemplativo, es decir, el materialismo que no concibe la sensoriedad como actividad práctica, es a contemplar a los distintos individuos dentro de la sociedad civil". 7

-
- 2 C. Marx: Tesis sobre Feuerbach; Op. Cit. p. 24.
 3 C. Marx: Tesis sobre Feuerbach; Op. Cit. p. 24-25
 4 Idem; p. 25.
 5 Ibidem.
 6 Ibidem.
 7 C. Marx: Tesis sobre Feuerbach; Op. Cit. p. 26

El subrayado es nuestro.

Décima.: "El punto de vista del antiguo materialismo es la sociedad civil; el del nuevo materialismo la sociedad humana o la humanidad socializada." 8

Onceava.: "Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es - de transformarlo." 9

Acerca de la función activa, creativa y transformadora que desempeñan las sociedades humanas en su devenir histórico, buscando el desarrollo de nuevas fuerzas productivas y - el establecimiento respectivo de las relaciones sociales de producción, Broccoli, nos comenta: La teoría del conocimiento marxista, se esfuerza por alcanzar un concepto de creatividad entendida como descubrimiento de la autenticidad de lo real, independientemente de cualquier intermediación. Pues - bien, cuando Marx, habla de actividad práctico - crítica se está refiriendo a la actividad revolucionaria. Además, señaló que, si se acepta la existencia objetiva del ambiente independientemente de la acción humana, se termina produciendo la opresión del ambiente sobre el hombre. 10

Por su parte, Paul Oquist, nos dice: Marx criticaba a Feuerbach por dos razones principales y a saber son:

- a) Su noción del papel pasivo del hombre en el proceso de la producción del conocimiento; y
- b) La utilización de un concepto abstracto -lógico del hombre.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Cfr. A. Broccoli: Ideología y Educación; 3a. ed. Ed. Nueva Imagen, S.A. México, D.F. 1980. pp. 45 y 46.

En cambio, Marx trata con el hombre socio-históricamente. Cada vez, que la producción del conocimiento como cualquier otro problema, debe ser abordado en relación con contextos históricos y sociales específicos.

Igualmente, cabe destacar que, la sobrevivencia humana no está garantizada. Con el fin de asegurar a ésta, el hombre tiene que producir su subsistencia. En dicho proceso el hombre establece relaciones definidas con la naturaleza (fuerzas productivas materiales) y con otros hombres (relaciones sociales de producción).

Ahora bien, la naturaleza moldea al hombre pero, en el proceso de producción, el homo faber también moldea a la naturaleza. Dicho de otra manera, el hombre es conformado tanto por su ambiente natural como por el social; pero la inteligencia humana activa, selectiva y creadora, también tiene la capacidad de plasmar los ambientes natural y social que rodean al ser humano. 11

Todo lo anteriormente señalado, nos permite sostener que el materialismo histórico encierra un esquema metodológico que coadyuva a fundamentar teóricamente la cientificidad de las disciplinas sociales.

Con el fin de ahondar sobre esta cuestión, a continuación, vamos a citar algunas de las tantas conceptualizaciones

11 Cfr. Paul Oquist: "Las bases teóricas de la investigación -acción. La epistemología de la investigación -acción"; Ponencia en: Congreso de Cartagena, Colombia. s.f. - pp.17, y 18.

que se han vertido en torno a qué debemos entender por materialismo histórico:

Al respecto, F. Engels, al debatir la concepción agnóstica señala: "El nombre de materialismo histórico para designar esa concepción de los derrroteros de la historia universal que ve la causa final y la fuerza propulsora decisiva de todos los acontecimientos históricos importantes en el desarrollo económico de la sociedad, en las transformaciones del modo de producción y de cambio, en la consiguiente división de la sociedad en distintas clases y en las luchas de estas clases entre sí".¹²

De la susodicha referencia, se desprenden entre otros - puntos centrales y, a saber son:

- La historia universal se desarrolla conforme al desarrollo económico de la sociedad; y
- El hilo conductor de la historia descansa en la lucha de clases antagónicas.

Por su parte, V. Afanasiev, nos dice: "Marx y Engels -- elaboraron el materialismo histórico, el cual conforma la -- teoría científica del desarrollo social, método del conocimiento y transformación revolucionaria de la sociedad.¹³

Otro concepto acerca del materialismo histórico, lo encontramos en la investigación de V. Kelle, quien expone lo siguiente: La actividad y las relaciones del hombre constituyen la realidad social de la que se parte para conocer la sociedad. La cual se desarrolla en el Espacio y en tiempo. -- Pues bien, a Marx, le corresponde el mérito de haber creado

¹² Federico Engels: "Del socialismo utópico al socialismo científico"; en Obras Escogidas. Op. Cit. p. 401.

¹³ Cfr. V. Afanasiev: Fundamentos de filosofía; Ed. Ediciones de - Cultura Popular, S.A. México, D.F. 1976. s.e. p. 15.

la teoría del materialismo histórico, con lo que se sientan los cimientos del conocimiento científico de la esencia del proceso histórico examinado en conjunto y que ofrece, la base teórica a toda la ciencia de la sociedad. Asimismo, cabe señalar que la sociedad obedece a la acción de sus leyes específicas y conocerlas corresponde sobre todo a las ciencias sociales. Por lo tanto, el materialismo histórico estudia -- las leyes generales del desarrollo de la sociedad y ofrece -- únicamente principios orientadores y generales. Es decir dichos principios no se aplicarán de la misma manera para todos los Estados, ya que, no es lo mismo estar en presencia -- de países altamente industrializados de corte capitalista -- que con socialistas o, en los que se hallan en desarrollo. -- Toda vez, que son muy específicas las condiciones concretas y toda la marcha de la historia de cada uno de estos países o grupos de países. 14

Dentro de la perspectiva del análisis marxista de las ciencias sociales. También, nos encontramos con las aportaciones de Nicos Poulantzas, quien expresa lo subsecuente:

"El materialismo histórico contiene una teoría general que -- define conceptos que dominan toda su campo de investigación (conceptos de modo de producción, de formación social, de -- apropiación real y de propiedad, de combinación, de ideología, de coyuntura, de transición). Esos conceptos le permiten definir el concepto de su objeto: el concepto de historia. El objeto del materialismo histórico es el estudio de -- las diversas estructuras y prácticas enlazadas y distintas --

14 Cfr. V. Kelle y M. Kovalson: Materialismo histórico; 1a. ed. 1975. 2a. reimp. Ed. Ediciones de Cultura Popular, S.A. México, D.F. 1979. pp. 9, 20, 24, 33 y 34.

(economía, política, ideología), cuya combinación constituye un modo de producción y una formación social; pueden caracterizarse esas teorías como teorías regionales. El materialismo histórico comprende igualmente teorías particulares (teorías de los modos de producción esclavista, feudal, capitalista, etc.)."15

Por último, sólo nos resta señalar la conceptualización que Louis Althusser, elabora en relación a la teoría científica de los modos de producción: El materialismo histórico, encierra la teoría que tiene por objeto los modos de producción - que han surgido y que surgirán en la historia. Estudia su estructura, su constitución y las formas de transición que permiten el paso de un modo de producción a otro.

Ahora bien, a pesar de que Marx, no dió ninguna teoría sobre las formas de transición de un modo de producción determinado a otro, sino solamente indicaciones y esbozos. El más desarrollado se refiere a las formas de transición del modo de producción feudal al capitalista. Además, acerca de ciertos aspectos de las formas de transición del modo de producción capitalista al modo de producción socialista, y luego comunista.

Al respecto, cabe decir que las formas de transición influyen directamente en toda la actividad económica, política jurídica e ideológica. Razón por la cual, y con conocimiento de causa afirmamos que el materialismo histórico es la ciencia de la totalidad orgánica o estructura que constituye to-

15 Nicos Poulantzas: Poder político y clases sociales en el estado capitalista; tr: (Florentina M. Turner) 19a. ed. Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México, D.F. 1980. p. 4.

da formación social debida a un modo de producción determinada. Cada estructura social comprende, como lo expuso Marx, - el conjunto articulado de los diferentes niveles o instancias de esa estructura: la infraestructura económica, la superestructura jurídico-política y la superestructura ideológica. Consecuentemente, el materialismo histórico es la teoría que fundamenta a su vez la dependencia de esa estructura con relación al nivel económico - determinante en última instancia - y el grado de autonomía relativa de cada uno de los niveles. En atención a ésta, cada nivel puede ser considerado como un todo parcial, una estructura regional y ser objeto de un tratamiento científico relativamente independiente.¹⁶

2.2. CATEGORIAS DEL MATERIALISMO HISTORICO

Luego de haber citado algunas conceptualizaciones en relación a qué es el materialismo histórico. Apreciamos que en dichas conceptualizaciones aparecen de manera constante ciertos conceptos fundamentales que, nos permiten comprender más al materialismo histórico. Razón por la cual, vamos a iniciar con el señalamiento de dichas categorías, y en segundo lugar pasaremos a una somera descripción y análisis de dichos conceptos fundamentales, entre otros, cabe citar a los siguientes:

¹⁶ Cfr. Louis Althusser: Materialismo histórico; trad. -- (Nora Rosenfeld de Pasternac, et al). 11a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A. México, D.F. 1986. pp.38,39, y 40.

- Proceso de trabajo;
- Medios de producción;
- Proceso de producción;
- Propiedad;
- Relaciones sociales de producción;
- Fuerzas productivas;
- Base y Superestructura;
- Modo de producción;
- Formación social;
- Clases sociales;

PROCESO DE TRABAJO

Al respecto, Louis Althusser, nos dice que:

"Por práctica en general entenderemos todo proceso de transformación de una materia prima dada determinada en un producto determinado, transformación efectuada por un trabajo humano determinada, utilizando medios de (producción) determinados". 17

El concepto de proceso de trabajo, se descompone en los siguientes elementos:

- a) Actividad personal del hombre o trabajo propiamente dicho;
- b) Objeto sobre el cual el trabajo actúa;
- c) Medio con el que actúa. 18

17. Louis Althusser: La revolución teórica de Marx; trad. (Martha Harnecker) 19a. ed. Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México, D.F. - - 1981. p. 136.

18. Cfr. Étienne Balibar: "Acerca de los conceptos fundamentales del Materialismo Histórico; en la obra de L. Althusser y E. Balibar: Para leer El Capital; trad. (Martha Harnecker) 18a. ed. Ed. Siglo veintiuno editores, México, D.F. 1981. p. 264.

MEDIOS DE PRODUCCION

Ahora bien, antes de delimitar el concepto de medios de producción, se torna oportuna el tener presente la conceptualización de fuerza de trabajo ya que con el de medios de producción pasan a ser los elementos fundamentales de todo proceso de trabajo.

En relación a qué es la fuerza de trabajo, Roger Bartra, nos señala: "Esta constituye el elemento básico y activo de la producción, es la capacidad del hombre para producir los bienes materiales e intelectuales que requiere".¹⁹

Por su parte, K. Marx, nos dice:

"El trabajo es, en primer lugar, un proceso entre el hombre y la naturaleza, un proceso en que el hombre media, regula y controla su metabolismo con la naturaleza. El hombre se enfrenta a la materia natural misma como un poder natural. Pone en movimiento las fuerzas naturales que pertenecen a su corporiedad, brazos y piernas, cabeza y manos, a fin de apoderarse de los materiales de la naturaleza bajo una forma útil para su propia vida. Al operar por medio de ese movimiento sobre la naturaleza exterior a él y transformarla, -- transforma a su vez su propia naturaleza".²⁰

En suma, la fuerza de trabajo es la energía humana empleada en el proceso de trabajo.

Por lo que respecta, a que es un medio de producción, cabe citar una vez mas, a Marx, quien nos señala:

"El medio de trabajo es una cosa o conjunto de cosas que el trabajador interpone entre él y el objeto de trabajo y que le sirve como vehículo de su acción sobre dicho objeto. El trabajador se vale de las propiedades mecánicas, físicas y

¹⁹ Roger Bartra: Breve diccionario de sociología marxista; 1a. ed. Ed. Juan Grijalbo - Colección 70. México, D.F. 1973. p. 85.

²⁰ Karl Marx: El Capital; trad. (Pedro Scaron) "Crítica de la economía política - libro primero; 11a. ed. Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México, D.F. 1982. pp. 215. 216.

químicas de las cosas para hacerlas operar, conforme al objetivo que se ha fijado, como medios de acción sobre otras cosas..... La misma importancia que posee la estructura de los huesos fósiles para conocer la organización de especies animales extinguidas, la tienen los vestigios de medios de trabajo para formarse un juicio acerca de formaciones económico-sociales perimidas. Lo que diferencia unas épocas de otras no es lo que se hace, sino cómo, con qué medios de trabajo se hace. Los medios de trabajo no sólo son escalas graduadas que señalan el desarrollo alcanzado por la fuerza de trabajo humana, sino también indicadores de las relaciones sociales bajo las cuales se efectúa ese trabajo..... Si se considera el proceso global desde el punto de vista de su resultado, - del producto, tanto el medio de trabajo como el objeto de -- trabajo se pondrán de manifiesto como medios de producción - y el trabajo mismo como trabajo productivo". 21

En relación, al concepto de medios de producción Ernesto Mascitelli, nos comenta lo siguiente: el concepto de medios de producción conforma el conjunto de las instalaciones, máquinas, instrumentos, utensilios que constituyen la condición indispensable para toda género de proceso productiva. - Dichos elementos desde el perfil económico equivalen al capital fijo de una empresa.

Por último, cabe destacar que los medios de producción son en cada momento histórico la expresión del nivel técnico y de las exigencias productivas del momento mismo. 22

PROCESO DE PRODUCCIÓN

Por lo que concierne, al concepto de proceso de producción Marx, nos señala lo siguiente:

21 K. Marx; Op. Cit. pp. 218 y 219.

22 Ernesto Mascitelli: Diccionario de términos marxistas; trad. (Elena de Grau) 1a. ed. Ed. Grijalbo-Instrumentos 17-. Barcelona-España. 1979. p. 262.

"Así como la mercancía misma es una unidad de valor de uso y valor, es necesario que su proceso de producción sea una unidad de proceso laboral y proceso de formación de valor... Sabemos que el valor de toda mercancía está determinado por la cantidad de trabajo materializada en su valor de uso, por el tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción".²³

Por lo tanto, cabe decir que en todo proceso de producción se establece un determinado tipo de relación entre los agentes y los medios de producción; relación que está ligada a las características técnicas del proceso de trabajo división técnica de trabajo, tipo de cooperación, características técnicas del medio de trabajo, ... Estas relaciones se caracterizan por el tipo de control o dominio que los agentes de la producción pueden ejercer sobre los medios de trabajo y el proceso de trabajo.²⁴

PROPIEDAD

Cuando Marx, se refiere a la renta de la tierra en los manuscritos económicos -filosóficos de 1847, en un pasaje cita en primer lugar, a Say, el cual señala que el derecho del terrateniente se deriva, en sus orígenes, del robo. En seguida, menciona a Smith, quien comentó: Los propietarios de -- tierras gustan, como todo el mundo, de cosechar sin haber -- sembrado y exigen una renta incluso por el producto natural de la tierra.²⁵

23. Karl Marx: Op. Cit. p. 226.

24 Cfr. Martha Harnecker: Los conceptos elementales del materialismo histórico; 5ta ed. Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México, D.F. -- 1985, p. 41.

25 Cfr. C. Marx: Manuscritos económicos-filosóficos de 1844; trad. (Wenceslao Roces) Ed. Grijalbo, S.A. México 1985. p.53.

Empero, Marx no se conforma con esta descripción sino que, profundiza a fin de llegar a una explicación mas amplia, objetiva y racional acerca de qué es la propiedad:

"La esencia subjetiva de la propiedad privada, la propiedad privada como actividad de por sí, como sujeto, como persona es el trabajo..... Ahora bien, ¿en qué consiste la enajenación del trabajo? En primer lugar, en que el trabajo es algo externo al obrero, es decir, algo que no forma parte de su esencia, en que, por tanto, el obrero no se afirma, sino que se niega en su trabajo, no se siente bien, sino a disgusto. Por tanto, el obrero sólo se siente en sí fuera del trabajo, y en este se siente fuera de sí. Cuando trabaja no es él y sólo recobra su personalidad cuando deja de trabajar. No trabaja, por tanto, voluntariamente, sino a la fuerza, su trabajo es un trabajo forzado. No representa, por tanto, la satisfacción de una necesidad, sino que es, simplemente, un medio para satisfacer necesidades extrañas a él. En definitiva, la exterioridad del trabajo para el obrero se revela en el hecho de que no es algo propio suyo, sino de otro, de que no le pertenece a él y de que él mismo, en el trabajo, no se pertenece a sí mismo, sino que pertenece a otro. Llegamos, pues, al resultado de que el hombre (el obrero) sólo se siente como un ser que obra libremente en sus funciones animales, cuando come, bebe y procrea o, a lo sumo, cuando se viste y acicala y mora bajo un techo para convertirse, en sus funciones humanas, simplemente como un animal. Lo animal se trueca en lo humano y lo humano en lo animal... La propiedad privada es, pues, el producto, el resultado, la consecuencia necesaria del trabajo enajenado, de la relación externa del obrero con la naturaleza y consigo mismo. La propiedad privada se deriva, pues, por análisis, del concepto del trabajo enajenado, es decir, del hombre enajenado, del trabajo extraño, de la vida extraña, del hombre extraño. Por último la propiedad privada es el producto del trabajo enajenado y, en segundo lugar, el medio a través del cual se enajena el trabajo, la realización de esta enajenación, al convertir la cuestión del origen de la propiedad privada en la de la relación que media entre el trabajo enajenado y la trayectoria de desarrollo de la humanidad. En efecto cuando se habla de propiedad privada se cree estar frente a algo exterior al hombre. Y cuando se habla del trabajo, se trata de algo que es directamente el hombre mismo... La esencia general de la propiedad privada y su relación con la propiedad verdaderamente humana. El trabajo enajenado se ha desdoblado ante nosotros en dos partes integrantes que se condicionan mutuamente o sólo son dos expresiones distintas de una y la misma relación; la apropiación aparece como extrañamiento, como ena-

jenación, y la enajenación como apropiación, como la verdadera naturalización." 26

A este respecto, Étienne Balibar, nos comenta que: La relación de propiedad o de apropiación del sobretrabajo, se ve en efecto, constantemente a Marx definir las relaciones de producción características de un modo de producción histórico (y especialmente del capitalismo) por el tipo de propiedad de los medios de producción y, en consecuencia, el modo de apropiación del producto social que de aquél depende. 27

Igualmente, cabe destacar que Marx, estimaba que el concepto de propiedad no debe ser considerado como un concepto estático, sino que, se desenvuelve en forma dinámica:

"En cada época histórica la propiedad se desarrolla diferentemente y en una serie de relaciones sociales enteramente diferentes. De tal manera, definir la propiedad burguesa no es otra cosa que hacer la exposición de todas las relaciones sociales de la producción burguesa. Pretender dar una definición de la propiedad como de una relación independiente, de una categoría aparte, de una idea abstracta y eterna, sólo puede ser una ilusión de metafísica o jurisprudencia." 28

Dichas indicaciones metodológicas, nos permiten indagar las relaciones de producción detrás de las formas del derecho, o mejor aún detrás de la unidad secundaria de la producción y del derecho, la que debe ser articulada. Sólo este método permite eventualmente trazar la separación teórica, dan

26 Carlos Marx: Manuscritos económicos-filosóficos de 1844; Op. Cit. pp. 78, 79, 85, 87 y 103.

27 Cfr. E. Balibar; Op. Cit. p. 248.

28 K. Marx: Miseria de la filosofía citada por E. Balibar; Op. Cit. p. 250.

El subrayado es nuestro.

do cuenta de la función ambivalente que Marx, asigna a las formas jurídicas: necesarias y, sin embargo, irracionales, que expresan y codifican con el mismo movimiento que enmascara, y que cada modo de producción define a su manera. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho (del derecho implicado en el modo de producción capitalista) la relación de propiedad, relación de "persona" a "cosa", y la relación de contrato, relación de "persona" a "persona", son dos formas distintas (si se fundan en un mismo sistema de categorías), no sucede lo mismo desde el punto de vista de la estructura económica: La propiedad de los medios de producción y el trabajo asalariado productivo definen una relación única, una sola relación de producción.

Así pues, esta relación social, que no es de naturaleza jurídica, aunque por razones que están en la naturaleza misma del modo de producción capitalista, estamos obligados a ponerla en evidencia partiendo de categorías jurídicas expresadas en su terminología propia, no puede ser sostenida por los mismos seres concretos. Las relaciones jurídicas son universales y abstractas; se establecen entre "personas" y "cosas" en general; la estructura sistemática del derecho es la que define a estos sujetos como individuos (personas) opuestos a las cosas. Igualmente, es por su función en el proceso de producción por lo que los medios de producción son sujetos de una relación de la estructura económica, y esta relación (contrariamente a la propiedad o al contrato) no puede ser definida en relación a individuos sino solamente en rela-

ción a clases sociales o representantes de clases sociales. Razón por la cual, la definición de la relación social de -- producción la que implica una función de soporte definida co -- mo una clase. La relación económica de producción aparece, -- por lo tanto, como una relación entre tres términos defini -- dos funcionalmente: clase propietaria/medios de producción/ -- clase de los productores explotados. 29

RELACIONES SOCIALES DE PRODUCCIÓN

Al respecto, Marx nos dice que el análisis científico -- del modo capitalista de producción demuestra que:

"Al igual que cualquier otro modo determinado de producción presupone, como condición histórica suya, una fase dada de -- las fuerzas productivas sociales y de sus formas de desarro -- llo, condición que a su vez es resultado y producto históri -- co de un proceso precedente y del cual parte el nuevo modo -- de producción como de su base dada; que las relaciones de -- producción correspondientes a ese modo de producción especí -- fico e históricamente determinado, relaciones que los hom -- bres contraen en el proceso de su vida social y en la genera -- ción de su vida social--tienen un carácter específico, histó -- rico y transitorio, y que, finalmente, las relaciones de dis -- tribución son esencialmente idénticas.... Los principales -- agentes de este modo de producción, el capitalista y el asa -- lariado, sólo son en cuanto tales, encarnaciones, personifi -- caciones de capital y de trabajo asalariado, determinados ca -- racteres sociales que el proceso social de producción estam -- pa en los individuos; productos de esas determinadas relacio -- nes sociales de producción.... Las denominadas relaciones -- de distribución corresponden a formas específicamente socia -- les e históricamente determinadas del proceso de producción y de las relaciones que los hombres contraen entre sí en el proceso de reproducción de su vida humana y derivan de esas formas. El carácter histórico de estas relaciones de distribu -- ción es el carácter histórico de las relaciones de produc -- ción, de las que aquéllas sólo expresan una faceta. La dis -- tribución capitalista es diferente de las formas de distribu -- ción que surgen de otros modos de producción, y cada forma -- de distribución desaparece con la forma determinada de pro --

ducción de la que procede y a la que corresponde.... En la medida en que el proceso de trabajo sólo es un mero proceso entre el hombre y la naturaleza, sus elementos simples si- - guen siendo comunes a todas las formas sociales de desarro- - llo del mismo. Pero cada forma histórica determinada de este proceso desarrolla ulteriormente las bases materiales y las formas sociales de aquél. Una vez que ha llegado a cierto -- grado de madurez, se remueve la forma histórica determinada, la cual deja su lugar a una superior. Que ha llegado el mo- -- mento de tal crisis es algo que se advierte no bien la con- -- tradicción y antagonismo entre las relaciones de distribu- -- ción, y por ende también entre la figura histórica determina -- da de las relaciones de producción que les corresponden, por un lado, y las fuerzas productivas, la capacidad de produc- -- ción y el desarrollo de sus fuerzas operantes, por el otro, ganan amplitud y profundidad. Entonces se verifica un con- -- flicto entre el desarrollo material de la producción y su -- forma social".30

Por su parte, E. Mascitelli, al referirse a las relacio- nes de producción, nos señala que estas, encuentran su expre- sión jurídica en las relaciones de propiedad, v.gr. a las re- laciones capitalistas de producción corresponde la propiedad privada de los medios de producción y de las condiciones de - trabajo. No obstante, las relaciones de producción son esen- cialmente relaciones sociales, esto es, que por un lado con- dicionan a toda la sociedad en que son relaciones dominantes, y por el otro están influidas a su vez, en distinta medida, por todas las otras manifestaciones de la vida social, com- prendidas las que Marx llama superestructuras jurídicas, po- líticas, morales,....31

Ahora bien, las relaciones de producción no son, única- mente las formas de propiedad de los medios de producción; -

30 K. Marx: El Capital, libro tercero "El proceso global de la pro- ducción capitalista; trad. (León Mames) 1a. ed. Ed. Siglo veintiuno edito- res, S.A. México, D.F. 1981. T. III. Vol. 8. pp. 1114, 1120 y 1121.

31 Cfr. E. Mascitelli; Op. Cit. p. 332.

sino que éstas, constituyen el aspecto jurídico, la división social del trabajo y las formas de distribución de la riqueza social producida constituyen elementos igualmente importantes. La unidad dialéctica de las fuerzas productivas y las relaciones de producción constituyen un sistema que Marx denominó modo de producción. El concepto de relaciones de producción es una abstracción útil para comprender la dinámica social.³² Otro concepto que es necesario que precisemos para una mayor comprensión del punto que se trata, lo ubicamos en qué es la división social del trabajo, en relación a este, Martha Harnecker, nos precisa que:

"Clamaremos división social del trabajo a la repartición de las diferentes tareas que los individuos cumplen en la sociedad (tareas económicas, ideológicas o políticas) y que se realizan en función de la situación que ellos tienen en la estructura social."³³

FUERZAS PRODUCTIVAS

En relación al concepto de fuerzas productivas, E. Mascitelli, nos señala que las fuerzas productivas se conforman por todos los elementos necesarios y que intervienen en el proceso de producción y son a saber, entre otros la fuerza de trabajo, los medios de producción, la investigación científica y el avance tecnológico que mejoran sus cualidades y uso, la organización del trabajo en la fábrica y en cada uno de los sectores productivos que usa el hombre durante el proceso de -

³² Cfr. Roger Bartra; Op. Cit. p. 123.

³³ Martha Harnecker; Op. Cit. p. 65.

trabajo para crear los bienes materiales y necesarios para su existencia. 34.

Por otra parte, cabe destacar que entre las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción se establece una relación dialéctica. Empero, las fuerzas productivas condicionan a las relaciones sociales de producción.

Ahondando sobre las fuerzas productivas E. Balibar, nos comenta lo siguiente:

"Las fuerzas productivas son: la población, las máquinas, - la ciencia, etc; a la vez se sugiere que el progreso de las fuerzas productivas puede revestir el aspecto de un progreso acumulativo, de una adición de nuevas fuerzas productivas o del reemplazo de algunas de ellas por otras más potentes (la herramienta del artesano por la máquina). El aspecto más interesante de las fuerzas productivas no es su enumeración o su composición, sino el ritmo o el aspecto de su desarrollo, ya que este ritmo está directamente ligado con la naturaleza de las relaciones de producción y con la estructura del modo de producción. Marx, en el Manifiesto señaló que: el capitalismo impuso a las fuerzas productivas un tipo de desarrollo de terminada cuyo ritmo, cuyo aspecto, le son propios, dictados por la forma del proceso de acumulación capitalista.

Las fuerzas productivas son también una relación de producción; precisamente aquella que traté de indicar introduciendo entre las relaciones constitutivas de la estructura -

34 Cfr. Ernesto Mascitelli; Op. Cit. p. 183.

de la combinación, además de una relación de propiedad, una relación de apropiación real, entre los mismos elementos: medios de producción, productores directos, incluso no trabajadores, es decir en el cuadro del modo de producción capitalista, no asalariados.

La esencia de las fuerzas productivas en el modo de producción capitalista es estar constantemente pasando del trabajo de obrera manual al trabajo mecánico." 35

Por último, sólo nos resta citar el siguiente concepto que tiene relación con el tópico de las fuerzas productivas. Concretamente nos referimos al trabajo socializado, a este respecto, Martha Harnecker, nos dice:

"Se llama socialización de las fuerzas productivas al carácter cada vez mas socializado del proceso de trabajo en un proceso de producción determinado y a la interdependencia cada vez mayor que existe entre los diversos sectores de la producción social." 36

BASE Y SUPERESTRUCTURA

El concepto de base debe ser tomado como sinónimo de estructura económica, es decir, el conjunto de relaciones de propiedad y de clases, de formas de producción y distribución, la división social del trabajo, las peculiaridades del desarrollo de las fuerzas productivas. 37

Por su parte, Federico Engels, en las generalidades del Anti Dühring, al tocar el concepto de base señala:

35 Étienne Balibar; Op. Cit. pp. 255, 257, 259, 260 y 261, 262.

36 Martha Harnecker; Op. Cit. p. 74

37 Roger Bartra; Op. Cit. p. 23.

"La estructura económica de la sociedad en cada época concreta constituye la base real cuyas propiedades explican en última instancia, toda la superestructura de las instituciones jurídicas y políticas, al igual que la ideología religiosa, filosófica, etcétera, de cada período histórico". 38

Ahora bien, no debemos incurrir en las concepciones deformadas de Stalin y seguidores, expresadas en varios manuales de divulgación. En ellos se considera que la base económica de la sociedad está constituida por las relaciones de producción; de esta manera quedan excluidas las fuerzas productivas del juego dialéctico base - superestructura, las cuales aparecen como un elemento determinante externo. Lo antes mencionado, nos conlleva a dos propuestas:

1) Nos conduce a planteamientos mecanicistas, a considerar los fenómenos sociales como una secuencia de causas y efectos, en donde se encadenan rápidamente los conceptos de fuerzas productivas - base - superestructura;

2) Nos aleja del análisis de las fuerzas productivas -- desde el punto de vista de su estructura, a considerarlas casi exclusivamente como motor cuantitativo que pone en marcha a toda la estructura social y económica. 39

En relación al concepto de base Marx, al hablar sobre la génesis de la renta capitalista de la tierra, nos dice que:

"La forma económica específica en la que se le extrae el plus-trabajo impago al productor directo determina la relación de dominación y servidumbre, tal como ésta surge directamente de la propia producción y a su vez reacciona en forma determinante sobre ella... En todos los casos es la rela-

ción directa entre los propietarios de las condiciones de -- producción y los productores directos - relación - ésta cuya - forma eventual siempre corresponde naturalmente a determina- da fase de desarrollo del modo de trabajo y, por ende, a su fuerza productiva social- donde encontraremos el secreto mas íntimo, el fundamento oculto de toda la estructura social, - y por consiguiente también de la forma política que presen- ta la relación de soberanía y dependencia en suma, de la for- ma específica del estado existente en cada caso. Esto no im- pide que la base económica - la misma con arreglo a las con- diciones principales-, en virtud de incontables diferentes - circunstancias empíricas, condiciones naturales, relaciones raciales, influencias históricas operantes desde el exterior, etc., pueda presentar infinitas variaciones y matices en sus manifestaciones, las que sólo resultan comprensibles median- te el análisis de estas circunstancias empíricamente dadas."40

La noción de superestructura designa, por lo tanto dos aspectos de la sociedad: La estructura jurídico política y - la estructura ideológica. A la primera corresponden el Esta- do y el Derecho, a la segunda, las llamadas formas de la con- ciencia social (manifestaciones culturales, artísticas, reli- giosas, filosóficas, morales y en general todas las ideas -- que los hombres elaboran con su reflexión).41

Al respecto, E. Mascitelli, nos dice: Las superestructu- ras son el reflejo mediato, esto es, no mecánico, sino dia- léctico, de las relaciones reales que intervienen entre los hombres en el momento de la producción material. Razón por - la cual, cabe decir, que no debemos menospreciar la influen- cia de las instituciones jurídico-políticas, ni de las demas manifestaciones superestructurales. Toda vez, que pueden ejercer una influencia decisiva a veces en el curso del desarrollo -

40. Karl Marx: El Capital-libro tercero "El proceso global de la -- producción capitalista; Op. Cit. p. 1007.

41 Cfr. Marbha Harnecker; Op. Cit. p. 96.

histórico. 42

Por su parte, V. Kelle y M. Kovalson, cuando se refieren al concepto de superestructura, nos señalan que:

"La superestructura es el conjunto de las relaciones ideológicas, ideas e instituciones que surgen sobre una base económica determinada. Está ligada orgánicamente a ésta y ejerce una influencia activa en ella. Las relaciones ideológicas -- surgen en toda formación porque son indispensables para mantener, conservar y consolidar la base económica. La superestructura de las formaciones antagónicas, con todas sus ideas relaciones e instituciones ideológicas es producto, resultado e instrumento de la lucha de clases. La superestructura es una de las fuerzas sociales en cuya interacción se produce el desarrollo de las formaciones sociales y cuya influencia hay que tener presente al investigar el proceso histórico". 43

Por su lado, Martha Harnecker, citando a Marx y Engels, nos invoca la siguiente referencia:

"...Si alguien lo tergiversa transformándolo en la afirmación de que el elemento económico es el único determinante. lo -- transforma en una frase sin sentido, abstracta y absurda."44

Teniendo en consideración, a lo anteriormente expuesto, cabe resaltar que; es bien cierto, que el aspecto material -- "económico" -- desempeña un papel importante y condicionante en las formaciones sociales. Pero, esto no significa en ningún momento que las instituciones: jurídicas; políticas, religiosas, artísticas, etc.. No, influyen fuertemente en las transformaciones sociales. Es decir, es necesario que tengamos presente que el ser humano se caracteriza por su participación creativa y transformadora de su realidad histórica -- concreta.

42 Cfr. Ernesto Mascibelli; Op. Cit. pp. 145 y 146.

43 V. Kelle y M. Kovalson; Op. Cit. pp. 70, 73, 74 y 75.

44 Martha Harnecker; Op. Cit. p. 98.

A fin de fundamentar lo anterior, citaremos algunas líneas de la carta que Federico Engels, dirige a W. Borgius:

"Nosotros vemos en las condiciones económicas lo que condiciona en última instancia el desarrollo histórico... El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y sobre su base económica. No es que la situación económica sea la causa, la única activa, y todos los demás efectos puramente pasivos. Hay un juego de acciones y reacciones, sobre la base de la necesidad económica, que se impone en última instancia. No es, pues, como de vez en cuando, por razones de comodidad, se quiere imaginar, que la situación económica ejerza un efecto automático; no, son los mismos hombres los que hacen su historia, aunque dentro de un medio dado que los condiciona, y a base de las relaciones efectivas con que se encuentran, entre las cuales las decisivas, en última instancia son las económicas." 45

MOD0 DE PRODUCCION

Al respecto, Marx en su prólogo de la contribución a la crítica de la economía política, hace mención del concepto de modo de producción en los siguientes términos:

"El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino -- por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia". 46

Igualmente, cabe decir que cuando Marx, trata las relaciones de distribución y relaciones de producción, nos cita el concepto de modo de producción desde la perspectiva del sistema económico de producción capitalista:

45 Federico Engels: "Carta a W. Borgius" en C. Marx y F. Engels; Obras escogidas. Op. Cit. pp. 730 y 731.

46 C. Marx; Op. Cit. p. 182

"El análisis científico del modo capitalista de producción - demuestra, a la inversa, que es un modo de producción de índole particular, de una determinación histórica específica; - que al igual que cualquier otro modo determinado de producción presupone, como condición histórica suya, una fase dada de las fuerzas productivas sociales y de sus formas de desarrollo, condición que a su vez es resultado y producto histórico de un proceso precedente y del cual parte el nuevo modo de producción como de su base dada; que las relaciones de -- producción correspondientes a ese modo de producción específico e históricamente determinado - relaciones que los hombres contraen en el proceso de su vida social y en la generación de su vida social - tienen un carácter específico, histórico, y transitorio, y que, finalmente, las relaciones de distribución son esencialmente idénticas a esas relaciones de producción..." 47

Ahora bien, resulta sumamente importante el tener en -- cuenta, las apreciaciones de Engels en torno a lo qué es el modo de producción, a fin de no llegar a una concepción mecanicista de la influencia económica en la vida social de los seres humanos.

"Según la teoría materialista, el factor decisivo en la historia es, en fin de cuentas, la producción y la reproducción de la vida inmediata. Pero esta producción y reproducción -- son de dos clases. De una parte, la producción de medios de existencia, de productos alimenticios, de ropa, de vivienda y de los instrumentos que para producir todo eso necesitan; de otra parte, la producción del hombre mismo, la continuación de la especie. El orden social en que viven los hombres en una época o en un país dados, está condicionado por esas dos especies de producción; por el grado de desarrollo del -- trabajo, de una parte, y de la familia de la otra. Cuanto menos desarrollado está el trabajo, más restringida es la cantidad de sus productos y, por consiguiente, la riqueza de la sociedad, con tanta mayor fuerza se manifiesta la influencia dominante de los lazos de parentesco sobre el régimen social. Mientras tanto, en el marco de este desmembramiento de la sociedad basada en los lazos de parentesco, la productividad -- del trabajo aumenta sin cesar, y con ella se desarrollan la propiedad privada y el cambio, la diferencia de fortuna, la posibilidad de emplear fuerza de trabajo ajena y, con ello, la base de los antagonismos de clase: los nuevos elementos -

47 K. Marx: El Capital - Libro tercero "El proceso global de la -- producción capitalista; Op. Cit. p. 1114.

sociales, que en el transcurso de generaciones tratan de - - adaptar el viejo régimen social a las nuevas condiciones has - ta que, por fin, la incompatibilidad entre uno y otras nos - llevan a una revolución completa". 48

Por su parte, E. Balibar, en su trabajo sobre los con- - ceptos fundamentales del materialismo histórico, al tocar el concepto de modo de producción, nos dice que:

"Finalmente podemos trazar el cuadro de los elementos de to- - do modo de producción, invariantes del análisis de las for- - mas:

- 1) Trabajador;
- 2) Medios de producción;
 - a) Objeto de trabajo;
 - b) Medio de trabajo;
- 3) No trabajador;
 - A. Relación de propiedad;
 - B. Relación de apropiación real". 49

Nicos Poulantzas, en su trabajo denominado "Poder Polí- - tico y clases sociales en el estado capitalista", nos señala el siguiente concepto de modo de producción:

"Por modo de producción no se designará lo que se indica en general como económico, las relaciones de producción en sentido estricto, sino una combinación específica de diversas - estructuras y prácticas que, en su combinación, aparecen co- - mo otras tantas instancias o niveles, en suma como otras tan- - tas estructuras regionales de aquel modo. Un modo de produc- - ción, como dice de manera esquemática Engels, comprende di- - versos niveles o instancias: lo económico, lo político, lo ideológico y lo bérgico, entendiéndose que se trata ahí de - un esquema indicativo y que puede operarse una división más completa... El modo de producción constituye un objeto abs- - tracto formal que no existe, en sentido estricto, en la reali- - dad. Los modos de producción capitalista, feudal, esclavista, constituyen igualmente objetos abstracto- formales, porque - tampoco poseen esa existencia. Sólo existe de hecho una for- - mación social históricamente determinada, es decir, un todo social - en el sentido más amplio - en un momento de su - - existencia histórica". 50

48 Federico Engels: El origen de la familia, la propiedad privada - y el estado; Op. Cit. pp. 471 y 472.

49 E. Balibar; Op. Cit. p. 234

50 Nicos Poulantzas; Op. Cit. pp. 4 y 6.

Los conceptos que se han citado acerca de qué es un modo de producción, tanto de Karl Marx como de N. Poulantzas, deben ser estimados como conceptos teóricos, esto es, como explicativos, pero a la vez, como arrancados originalmente de realidades históricas concretas, en etapas específicas.⁵¹

FORMACION SOCIAL

La formación social implica un conjunto complejo y articulado de modos de producción y de sus correspondientes superestructuras, en un momento histórico dado el desarrollo social de una sociedad determinada.⁵²

En sentido parecido se expresa E. Mascitelli, al abordar el concepto de formación económica social cuando nos señala que es el conjunto de los modos y de las relaciones de producción, de las correspondientes formas jurídicas y políticas, de las ideologías y de los aspectos culturales en general que distinguen una sociedad en su conjunto y en su movimiento y que marcan una época histórica.⁵³

Con el fin de ahondar y clarificar más sobre el concepto de formación social, cabe citar, a N. Poulantzas

"Una formación social históricamente determinada, es decir, un modo social - en el sentido más amplio - en un momento de su existencia histórica: La Francia de Luis Bonaparte, la Inglaterra de la revolución industrial. Pero una formación social, objeto real - concreto, siempre original porque es singular, presenta como lo demostró Lenin en el desarrollo del capitalismo en Rusia, una combinación particular, una imbrici-

51 Cfr. Francisco José Pauli Ballo: Ensayo de sociología y política 1a. ed. Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, México-Azacapatzalco, -- 1982. pp. 33 y 34.

52 Roger Bartra; Op. Cit. p. 84.

53 E. Mascitelli; Op. Cit. p. 170.

cación específica de varios modos de producción "puros". Así es como la Alemania de Bismarck se caracteriza por una combinación específica de los modos de producción capitalista, -- feudal y patriarcal, cuya combinación sólo existe en el sentido estricto de la palabra; sólo existe una formación social históricamente determinada como objeto singular. La formación social constituye por sí misma una unidad compleja -- con predominio de cierto modo de producción sobre los otros que la componen. Se trata de una formación social históricamente determinada por un modo de producción dado. 54

Al respecto, Francisco Paoli Bulio, nos comenta lo siguiente: El concepto de formación social es útil para desarrollar una periodización en el análisis de una sociedad concreta en un tiempo histórico determinado y evitar las referencias a la sociedad en general. Por otra parte, la noción de formación social evita la concepción del desarrollo unilineal, esto es, el sugerir que todas las sociedades deben pasar por una misma línea de desarrollo v.gr: (salvajismo, barbarie y civilización). Razón por la cual, movimientos, historicidad concreta, referencia a los hechos son reclamos propios del análisis que sugiere el concepto de formación social. Por último, puede decirse que el final de una formación social, se explica igualmente en movimiento, con el concepto de transición. 55

"Una época de transición es aquella en la que sobreviven los restos del estado social anterior, al lado de la nueva formación. Evidentemente, los primeros constituyen una traba para el auge de las nuevas formas; es evidente que no existan estados sociales puros, pero siempre hay una forma predominante". 56

54 Nicos Poulantzas; Op. Cit. p. 6.

55 Cfr. Francisco Jose Paoli Bulio.

56 Roger Bartra: El modo de producción asiático; Ed. Era. Mexico, D.F. p. 15.

El subrayado es nuestra.

CLASES SOCIALES

En relación al concepto de clases sociales, Marx, en la correspondencia que manda a Joseph Weydemeyer, el 5 de marzo de 1852, encontramos lo siguiente:

"...Por lo que a mí se refiere, no me cabe el mérito de haber descubierto la existencia de las clases en la sociedad moderna ni la lucha entre ellas. Mucho antes que yo, algunos historiadores burgueses habían expuesto ya el desarrollo histórico de esta lucha de clases y algunos economistas burgueses la anatomía de éstas. Lo que yo he aportado de nuevo ha sido demostrar: 1) que la existencia de las clases solo va unida a determinadas fases históricas de desarrollo de la producción; 2) que la lucha de clases conduce, necesariamente, a la dictadura del proletariado; 3) que esta misma dictadura no es de por sí más que el transitar hacia la abolición de todas las clases y hacia una sociedad sin clases..." 57

Al respecto, el citado autor, en su libro tercero de El Capital - El proceso global de la producción capitalista, capítulo LIII, al abordar el concepto de clases sociales, nos señala que:

"Los propietarios de mera fuerza de trabajo, los propietarios de capital y los terratenientes, cuyas respectivas fuentes de ingreso son el salario, la ganancia y la renta de la tierra, esto es, asalariados, capitalistas y terratenientes, forman las tres grandes clases de la sociedad moderna, que se funda en el modo capitalista de producción ... Hemos visto que la tendencia constante y la ley de desarrollo del modo capitalista de producción es separar más y más del trabajo los medios de producción, así como concentrar más y más en grandes grupos los medios de producción dispersos, esto es, transformar el trabajo en trabajo asalariado y los medios de producción en capital... Lo mismo valdría para la infinita fragmentación de los intereses y posiciones en que la división del trabajo social desdobra a los obreros como a los capitalistas y terratenientes." 58

57. C. Marx y F. Engels: Obras escogidas; Op. Cit. pp. 703 y 704

58. Karl Marx: El Capital - Libro tercero; Op. Cit. pp. 1123 y 1124.

Por su parte, R. Barbra, citando a Lenin, nos comenta que Marx y Engels, nunca definieron explícitamente el concepto de clases sociales. Sin embargo, de sus anotaciones se desprende lo que a continuación se menciona: Las clases son grandes grupos de personas que se diferencian entre sí por el lugar que ocupan en un sistema de producción social históricamente determinado, por sus relaciones con los medios de producción, por su función en la organización social del trabajo y, por tanto, por el modo de vida y la magnitud de la parte de riqueza social que poseen. 59

En sentido parecido Theotonia dos Santos, concibe el concepto de clases sociales y lo formula de esta manera: - "Por clases sociales se entenderán agregados básicos de individuos en una sociedad, que se oponen entre sí por el papel que desempeñan en el proceso productivo, desde el punto de vista de las relaciones que establecen entre sí en las organizaciones del trabajo y en cuanto a la propiedad". 60

Ahora bien, teniendo en cuenta a las referencias a que se han hecho alusión sobre el concepto de clases sociales, cabe destacar que, la existencia antagónica entre las clases sociales, se debe, entre otras razones por; la división social del trabajo y la detentación de la propiedad sobre los medios de producción. Situación que genera la aparición de -

59 Roger Barbra; Op. Cit. p. 42

60 Cfr. Theotonia dos Santos: Concepto de clases sociales; Ed. Ediciones Quinto Sol, S.A. México, D.F. s.e. y s.f. p. 53.

una condición de dominio sobre las clases sociales de ingresos económicos bajos. Es decir, recae sobre los sectores populares explotados dentro de las relaciones sociales de producción. Así pues, las desigualdades económicas, sociales generan el antagonismo que se da entre los que tienen y los -- que no tienen.

Con el propósito de lograr una visualización más amplia acerca del sentido y el alcance que encierra el concepto de clase social, nos permitimos hacer mención de Nicos Poulantzas.

"La clase social es un concepto que indica los efectos del conjunto de las estructuras, de la matriz de un modo de producción o de una formación social sobre los agentes que constituyen sus apoyos; ese concepto indica, pues, los efectos de la estructura global en el dominio de las relaciones sociales..... Así, cuando Marx parece decirnos que la existencia de una clase en el nivel de la lucha económica es problemática, lo que debe entenderse es que el concepto de clase comprende la unidad de las prácticas de clase -lucha de clase-, de las relaciones sociales como efectos de la unidad de los niveles de estructuras." 61

Las clases sociales son conjuntos de agentes sociales - determinados principal pero no exclusivamente por su lugar - en el proceso de producción, esto es, en la esfera económica, ya que, lo político y la ideología, en suma la superestructura, tienen igualmente un papel muy importante. De hecho, -- siempre que Marx, Engels, Lenin y Mao proceden a un análisis de las clases sociales, no se limitan al sólo criterio económico, sino que se refieren explícitamente a criterios políticos e ideológicos.

61 Nicos Poulantzas; Op. Cit. pp. 75 y 85.

Las clases sociales cubren lucha de clases, y no se dan sino en su oposición.

Así pues, la determinación de las clases, sin dejar de cubrir lucha de clases y extendiéndose a las relaciones políticas e ideológicas, designan unos lugares objetivos ocupados por los agentes en la división social del trabajo lugares que son independientes de la voluntad de tales agentes. Puede decirse así que una clase social se define por su lugar en el conjunto de la división social del trabajo, que comprende las relaciones políticas e ideológicas. La clase social es, en este sentido, un concepto que designa el efecto de estructura en la división social del trabajo (las relaciones sociales y las prácticas sociales). Este lugar cubre así lo que voy a designar como determinación estructural de clase, es decir la existencia de la determinación de la estructura - relaciones de producción, lugares de dominación - subordinación política e ideológica - en las prácticas de clase: las clases no existen más que en la lucha de clases. Debe no obstante ser distinguida de la posición de clase en la coyuntura; coyuntura que constituye el lugar en el que se encuentra la individualidad histórica siempre singular de una formación social, en una palabra la situación concreta de la lucha de clases. 62

62 Nicolas Poulantzas: *Las clases sociales en el capitalismo actual*; 6a. ed. Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México, D.F. 1981. trad. (Aurelio Garzón del Camino) pp. 12 y 13.

Por último, Roger Bartra, nos comenta que es necesario tener en consideración una definición de clase social que se acerque con la realidad histórica actual, misma que se ve en vuelta entre otras circunstancias y son a saber:

- 1) Las características de las sociedades altamente industrializadas;
- 2) El surgimiento de naciones socialistas o de democracia popular; y
- 3) El estudio y mejor conocimiento de las formas primitivas de Estado, así como las peculiaridades de los países subdesarrollados en los cuales se observan procesos históricos diferentes a los europeos y combinaciones de sistemas de producción muy singulares.

Ahora bien, el nuevo concepto de clase social queda comprendido en el siguiente contexto: las clases son grandes -- grupos de personas que integran un sistema asimétrico no exhaustivo dentro de una estructura social dada, entre los cuales se establecen relaciones de explotación, dependencia y/o subordinación, que constituyen unidades relativamente poco permeables (escasa movilidad social vertical), que tienden a distribuirse a lo largo de un continuum estratificado cuyos dos polos opuestos están constituidos por oprimidos y opresores, que desarrollan en algún momento de su existencia histórica formas propias de ideología (sea de manera no sistematizada y rudimentaria o con plena conciencia de sí) que expresan directa o indirectamente sus intereses comunes, y

que se distinguen entre sí básicamente de acuerdo a:

- a) El lugar que ocupan en un sistema de producción históricamente determinado.
- b) La relación que mantienen con el sistema de instituciones y órganos de cohesión, poder y control socioeconómicos, sistema que no es más que la expresión política de la manera en que se articulan - en un momento y lugar dados.⁶³

3. MATERIALISMO DIALECTICO

El materialismo dialéctico se constituye en una teoría del conocimiento que permite integrar y reestructurar en una totalidad concreta el proceso cognoscitivo. El cual, se da en constante movimiento. Además, cabe destacar que, el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento se interaccionan y retroalimentan en forma dinámica y contradictoria dentro de un contexto social.

Igualmente, es válido decir que a través del materialismo dialéctico vamos a demostrar que éste, se torna en la -- práctica científica más adecuada para tratar los problemas -- epistemológicos de las ciencias sociales; historia, economía, derecho, políticas, etc. Vía explicación analítica, crítica, objetiva y sistemática para conocer tanto el aspecto aparente como llegar a la esencia del problema que es objeto de es tudio. A fin de transformarlo.

Por otra parte, cabe resaltar que el método aplicado en

⁶³ Roger Bartra; Op. Cit. pp. 43 y 44.

El Capital ha sido poco comprendido y también, duramente criticado, entre otras razones, porque Marx, sólo se limitó estrictamente al análisis crítico de lo real, en vez de formular recetas de cocina para el bodegón del porvenir. Dicho señalamiento, nos permite entender con más claridad que la práctica científica no se presenta de una manera fácil, sino que, implica todo un proceso de permanente reflexión y de búsqueda continua de información sobre su objeto de estudio. Para el efecto de una mayor apropiación del mismo.

En atención, a lo antes citado, Marx, nos señala: El modo de exposición debe distinguirse en lo formal, del modo de investigación. La investigación debe apropiarse pormenorizadamente de su objeto, analizar sus distintas formas de desarrollo y rastrear su nexo interno, tan sólo después de consumada esa labor, puede exponerse adecuadamente el movimiento real. Si esto se logra y se llega a reflejar idealmente la vida de ese objeto, es posible que al observar lo parezca estar ante una construcción apriorística. 64

3.1. CONCEPCIONACION

Marx, concibe al materialismo dialéctico en los siguientes terminos:

"Mi método dialéctico no sólo difiere del de Hegel, en cuanto a sus fundamentos, sino que es su antítesis directa. Para Hegel el proceso del pensar, al que convierte incluso, bajo el nombre de idea, en un sujeto autónomo es el demiurgo de lo real; lo real no es más que su manifestación externa. Pa-

64 Cfr. Karl Marx: El Capital -Libro primero- "El proceso de producción del capital; Op. Cit. pp. 17, 18 y 19.

ra mí a la inversa, lo ideal no es sino lo material traspuesto y traducido en la mente humana..... La mistificación que sufre la dialéctica en manos de Hegel en modo alguno obsta para que haya sido él quien, por vez primera, expuso de manera amplia y consciente las formas generales del movimiento de aquélla. En él la dialéctica está puesta al revés. Es necesario darla vuelta, para descubrir así el núcleo racional que se oculta bajo la envoltura mística... La dialéctica en su figura racional, es escándalo y abominación para la burguesía y sus portavoces doctrinarios, porque en la inteligencia positiva de lo existente incluye también, al propio tiempo, la inteligencia de su negación de su necesaria ruina porque concibe toda forma desarrollada en el fluir de su movimiento, y por tanto sin perder de vista su lado perecedero; porque nada le hace retroceder y es, por esencia, crítica y revolucionaria". 65

Teniendo en consideración, a la referencia anteriormente mencionada se desprende, por un lado, que el materialismo dialéctico descansa en una teoría materialista, que nada tiene que ver con la metafísica. De ahí que Lenin, estableciera tres importantes conclusiones gnoseológicas, y a saber son:

1) Existen cosas independientemente de nuestra conciencia, independientemente de nuestra sensación, fuera de nosotros;

2) No existe, ni puede existir absolutamente ninguna diferencia de principio entre el fenómeno y la cosa en sí. - Existe simplemente diferencia entre lo que es conocido y lo que aún no es conocido; y

3) En la teoría del conocimiento, como en todos los otros dominios de la ciencia, hay que razonar dialécticamente, a sea, no suponer jamás a nuestro conocimiento acabado e invariable, sino analizar el proceso gracias al cual el conocimiento incompleto e inexacto llega a ser más completo y más exacto". 66

Por otra parte, cabe destacar que el materialismo que concibe Marx, se aleja del materialismo mecanicista lo antes

65 Ídem. pp. 19 y 20.

66 V.I. Lenin: Materialismo y empiriocriticismo; 1a. ed. Ed. Ediciones en lenguas extranjeras. 2a. reimp. Pekin. 1975. pp. 119 y 120.

señalado se demuestra a través de la primera, segunda y octava tesis que Marx, elabora sobre Feuerbach. A continuación, se citan solamente la segunda y octava tesis, ya que, la primera ya ha sido citada en páginas anteriores del presente -- trabajo:

"El problema de si al pensamiento humano se le puede atribuir una verdad objetiva, no es un problema teórico, sino un problema práctico. Es en la práctica donde el hombre tiene que demostrar la verdad, es decir, la realidad y el poderío, la terrenalidad de su pensamiento. El litigio sobre la realidad o irrealdad de un pensamiento que se aísla de la práctica, es un problema puramente escolástico (segunda tesis).

"A lo que más llega el materialismo contemplativo, es decir, el materialismo que no concibe la sensoriedad como actividad práctica, es a contemplar a los distintos individuos dentro de la sociedad civil (octava tesis)". 67

Con el propósito de profundizar y de clarificar más sobre esta cuestión, nos permitimos nombrar a Adolfo Sánchez Vázquez, quien en su trabajo denominada la filosofía de la praxis, nos dice que:

El problema de las relaciones entre el hombre y la naturaleza le permite a Marx avanzar, a despecho de cierto antropologismo, hacia una concepción que sitúa a la actividad -- práctica humana en el centro de su concepción, y que haga de su filosofía una verdadera filosofía de la praxis.

Lo anteriormente manifestado, Marx lo demuestra a tra--

67 Carlos Marx: "Tesis sobre Feuerbach" - en Obras Escogidas de C. Marx y F. Engels; s. ed. Ed. Progreso, Moscú Servicios bibliográficos Palomar, S.A. México, D.F. s.f. pp. 24 y 26.

vés de su primera tesis cuando designa a la praxis como fundamento del conocimiento vía la concepción de la actividad humana como actividad sensorial, real, objetiva, dicho de otra manera, como práctica. Toda vez, que la verdadera actividad es revolucionaria, crítico-práctica, esto es, transformadora a través de un esquema teórico-práctico.

La segunda tesis determina a la praxis como criterio de la verdad. En virtud de que, el conocimiento no es contemplación, sino que, el hombre sólo conoce un mundo en tanto que es objeto o producto de su actividad y por lo tanto, entender esta actividad como actividad real, objetiva, sensible, esto es, como práctica. Ya que, es en la acción práctica sobre las cosas donde se demuestra si nuestras conclusiones teóricas sobre ellas son verdaderas o no. Así pues, la práctica como criterio de verdad es el camino que nos permite demostrar o probar la verdad o falsedad acerca de determinados juicios. Además, tiene limitaciones de aplicabilidad que impide que hagamos de ella un criterio absoluto de verdad.

La tercera tesis marca a la praxis revolucionaria como unidad de cambio del hombre y de las circunstancias a este respecto, cabe decir, que los hombres no solo son producto de las circunstancias, sino que éstas también son productos suyos. Se reivindica así el condicionamiento del medio por el hombre, y con ello su papel activo en relación con el medio; los educadores también deben ser educados. Se rechaza así la concepción característica de una sociedad dividida en

das: en educadores y educandos, con la particularidad de que los primeros quedan sustraídos al proceso de educación. La negación de este dualismo entraña la idea de una praxis incesante, continua, en la que se transforma tanto el objeto como el sujeto. Al transformar el hombre la naturaleza, transforma su propia naturaleza, en un proceso de autotransformación que jamás puede tener fin. Por ello, jamás podrán darse educadores que no requieran, a su vez, ser educados.

Igualmente, es oportuno señalar que, las circunstancias que modifican al hombre son, al mismo tiempo, modificadas por él; el educador que educa ha de ser educado a su vez. Es el hombre, en definitiva, quien hace cambiar las circunstancias y se cambia a sí mismo. Pero esta coincidencia solo puede entenderse como práctica revolucionaria. En la transformación práctica - revolucionaria de las relaciones sociales el hombre modifica las circunstancias y afirma su dominio sobre ellas, esto es, su capacidad de responder a su condicionamiento al abolir las circunstancias que le condicionaban. -- Por lo consiguiente, la modificación de las circunstancias y del hombre, la conciencia del cambio del medio y de la educación, sólo se obtienen por medio de la actividad práctica revolucionaria. 68.

Por su parte, Adam Shaff, nos dice que: el proceso cognoscitivo visto a través de un modelo Objetivo-Activista, en

68 Cfr. Adolfo Sánchez Vázquez: La filosofía de la praxis; Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1973. pp. 123 a 132.

éste modelo, no se considera al sujeto cognoscente un papel pasivo, sino activo. Además, el sujeto está sometido a condicionamientos diversos vía relaciones sociales que introducen en el conocimiento una visión de la realidad transmitida socialmente. También, el sujeto y el objeto mantienen su existencia objetiva y real, a la vez que actúan el uno sobre el otro por medio de la práctica-social. Por lo tanto, el hombre es en su realidad el conjunto de las relaciones sociales. Ciertamente el individuo es un ser biológico como ejemplar de la especie homo sapiens, pero esto no es suficiente para caracterizarlo, puesto, que además de los determinismos biológicos, sufre los determinismos sociales y por esto precisamente es un ser social. Además, existe interferencia entre la naturaleza y la dinámica social. Solamente teniendo presentes todos estos aspectos es posible comprender al hombre no como un ser abstracto, es decir como un simple ejemplar de su especie biológica, sino como un individuo concreto, o sea teniendo en cuenta su especificidad histórica, social e individual a través de un proceso cognoscitivo subjetivo - objetivo.

Así pues, lo fundamental es precisamente lo que diferencia al hombre del animal y se manifiesta en su aculturación, en el hecho de que es, a la vez, producto y productor de la cultura.

Por otra parte, cabe destacar que, la teoría del reflejo vista desde el espíritu del modelo objetivo - activista,

es decir considerando al conocimiento como una actividad con creta práctica.

Ahora bien, dentro del marco de la teoría del reflejo - encontramos, entre otros elementos, y a saber son:

1) Se reconoce existencia objetiva del objeto de conocimiento (aspecto ontológico);

2) El objeto de conocimiento es la fuente exterior de - las percepciones sensibles sin las cuales el proceso de conocimiento sería imposible.

3) El proceso de conocimiento constituye una relación - particular entre el sujeto y el objeto que existen objetivamente, una relación, por tanto, que es subjetiva objetiva.

4) Finalmente se considera que el objeto es cognoscible.

Habida cuenta, la teoría del reflejo, se contrapone solidariamente al idealismo y al agnosticismo.

Por último, sólo nos resta precisar lo siguiente: La objetividad siempre está afectada de subjetividad y nunca puede de ser absoluta; es humana y, por tanto, relativa (este conocimiento es más objetivo que este otro). Siempre constituye un proceso, un devenir.

Entendemos por factor subjetivo lo que el sujeto cognoscente introduce en el proceso de conocimiento, su influjo sobre dicho proceso y sus productos por medio de los factores que determinan el psiquismo y las actitudes del sujeto. Estos factores son sobre todo: la estructura del aparato perceptivo del sujeto; el lenguaje en que éste piensa y que le

nota de un aparato conceptual que determina una articulación y una percepción dadas de la realidad; los intereses de clases y de grupo que co-determinan la elección que efectúa el individuo de su sistema de valores. Consecuentemente la que denominamos aquí factor subjetivo, no posee un carácter individual e independiente del objeto, puesto que esta clase de subjetivismo sólo constituye una mera ficción especulativa. Razón por la cual, el subjetivismo que invocamos es todo lo contrario, ya que tiene un carácter objetivo y social.

El autor mencionado, al tratar el punto consistente a juicio verdadero, adopta la definición clásica de la verdad; un juicio es verdadero cuando de él se pueda decir que lo que enuncia existe en la realidad tal como lo enuncia. Por otro lado, señala que se da una discusión entre verdad absoluta y relativa, está justificado cuando la verdad se pone en relación con el sujeto y las circunstancias de tiempo y lugar. Además, se deduce que el conocimiento es un proceso y que, por lo tanto, la verdad también lo es. 69 y, por el otro lado, apreciamos en la concepción de

Marx, sobre el materialismo dialéctico que éste, se basa en un método activo en continuo movimiento.

A este respecto, Federico Engels, en su introducción a la dialéctica de la naturaleza, nos señala que:

69 Cfr. - Adam, Shaff: Historia y verdad; Ed. Grijalho, S.A. México, D.F. 1974. pp. 81, 86, 87, 88 a 114.

"Puede dudarse de que la mayoría de los naturalistas hubiera adquirido pronto conciencia de la contradicción entre la idea de una tierra sujeta a cambios y la teoría de la inmutabilidad de los organismos que se encuentran en ella, si la naciente concepción de que la naturaleza no existe simplemente, sino que se encuentra en un proceso de devenir y de cambio no se hubiera visto apoyada por otro lado.... Gracias a este descubrimiento, las distintas fuerzas físicas, estas especies constantes, por así decirlo, de la física, se diferenciaron en distintas formas del movimiento de la materia, que se transformaban unas en otras siguiendo leyes determinadas. Se desterró de la ciencia la causalidad de la existencia de tal o cual cantidad de fuerzas físicas, pues quedaron demostradas sus interconexiones y transiciones.... La nueva concepción de la naturaleza hallábase ya trazada en sus rasgos fundamentales: toda rigidez se disolvió, todo lo inerte cobró movimiento, toda particularidad considerada como eterna resultó pasajera, y quedó demostrado que la naturaleza se mueve en un flujo eterno y cíclico. He aquí que hemos vuelto a la concepción del mundo que tenían los grandes fundadores de la filosofía griega, a la concepción de que toda la naturaleza, desde sus partículas más ínfimas hasta sus cuerpos más gigantes, desde el grano de arena hasta el sol, desde el protista hasta el hombre, se halla en un estado perenne de nacimiento y muerte, en flujo constante, sujeto a incessantes cambios y movimientos. Con la sola diferencia esencial de que lo que fuera para los griegos una intuición genial es en nuestro caso el resultado de una estricta investigación científica basada en la experiencia y, por ello, tiene una forma más terminada y más clara.... los animales son objetos pasivos de la historia, y en cuanto toman parte de ella, esto ocurre sin su conocimiento o deseo. Los hambres, por el contrario, a medida que se alejan más de los animales en el sentido estrecho de la palabra, en mayor grado hacen su historia ellos mismos conscientemente, y tanto menor es la influencia que ejercen sobre esta historia las circunstancias imprevistas y las fuerzas incontroladas, y tanto más exactamente se corresponde el resultado histórico con los fines establecidos de antemano.... Las Ciencias Naturales contemporáneas se han visto constreñidas a tomar de la filosofía el principio de la indestructibilidad del movimiento; -- sin este principio las ciencias naturales ya no pueden existir. Pero el movimiento de la materia no es únicamente tosco movimiento mecánico, mero cambio de lugar; es calor y luz -- tensión eléctrica y magnética, combinación química y disociación, vida y, finalmente, conciencia. El movimiento que ha perdido la capacidad de verse transformado en las distintas formas que le son propias, si bien posee aún posibilidad, no tiene ya realidad...., el tiempo de vida de los seres conscientes de sí mismos y de la naturaleza, es tan parcamente --

El subrayado es nuestro

medido como el espacio en que la vida y la autoconciencia -- existen; un ciclo en el que cada forma finita de existencia de la materia -lo mismo si es un sol que una nebulosa, un individuo animal o una especie de animales, la combinación química o la disociación- es igualmente pasajera y en el que no hay nada eterno de no ser la materia en eterno movimiento y transformación y las leyes según las cuales se mueve y se transforma...., tenemos la certeza de que la materia será -- eternamente la misma en todas sus transformaciones, de que -- ninguno de sus atributos puede jamás perderse y que por ello, con la misma necesidad férrea con que ha de exterminar en la Tierra su creación superior, la mente pensante, ha de volver a crearla en algún sibia". 70

En el Anti-Düring, encontramos la siguiente afirmación en torno a qué es el movimiento:

"El movimiento es el modo de existencia de la materia. Jamás, ni en parte alguna, ha existido ni puede existir materia sin movimiento. Movimiento en el espacio universal, movimiento -- mecánico de más pequeñas masas en los diferentes planetas, -- vibraciones moleculares en forma de calor o de corrientes -- eléctricas o magnéticas, síntesis o análisis químicos, y vida orgánica: en una u otra de estas formas de movimiento, o en varias a la vez, se encuentra cada átomo de materia del mundo en cada momento dado. Toda quietud, todo equilibrio -- son siempre relativos y sólo tienen sentido en relación con tal o cual forma determinada del movimiento". 71

Por otra parte, M. Rosental, nos comenta que: La propiedad privada no siempre ha existido, nació como resultado de la evolución histórica de la sociedad. Tanto el régimen esclavista como el feudal y el capitalismo, se cimentaron sobre la propiedad privada de los medios de producción. En el seno del régimen de propiedad privada capitalista, se efectúa constantemente un movimiento: se acrecientan las fuerzas productivas de la sociedad, se agudiza la lucha de clases en

70 Federico Engels: Introducción a la dialéctica de la naturaleza -- en Obras escogidas--; Op. Cit. pp. 354, 360, 361, 362, 263, 366, 367, 368 y -- 370.

71 Federico Engels: Anti-Düring; 1a. ed. 1975. 7a. reimp. Ed. Ediciones de Cultura Popular, S.A. México, D.F. 1984. s. brd. pp. 59 y 60.

tre el proletariado y la burguesía. El reposo de esta sociedad es relativo.

En consecuencia, la evolución no se concilia con los principios eternos, con las normas inamovibles, con las formas de vida dadas de una vez para siempre. Así pues, cada período histórico en la evolución de la sociedad, conoce sus leyes específicas que cambian junto con el movimiento de la sociedad en cada nueva fase. Las formas del movimiento, la evolución de la sociedad son diversas, relativas; sólo su movimiento, el desarrollo, tiene un valor universal. 72

Para el efecto de lograr una visualización más amplia acerca de lo que es el materialismo dialéctico, a continuación citaremos algunas de las tantas concepciones que se han vertido en torno a la mencionada teoría del conocimiento:

A este respecto, Nicos Poulantzas, nos dice que:

"El materialismo dialéctico tiene por objeto propio la producción de los conocimientos, es decir, la estructura y el funcionamiento del proceso de pensamiento. Propiamente hablando, el materialismo dialéctico tiene por objeto la teoría de la historia de la producción científica". 73

Otro concepto sobre el materialismo dialéctico, lo encontramos en la investigación de Louis Althusser, quien expone que: El materialismo dialéctico encierra la teoría de la historia de la producción de los conocimientos, esta es, una teoría de las condiciones reales (materiales y sociales por

72 Cfr. M. Rosental: Qué es el método materialista dialéctico; Ed. Ediciones Quinto sol. México, D.F. pp. 72 y 73.

73 Nicos Poulantzas: Op. Cit. p. 1

un lado, internas a la práctica científica por el otro) del proceso de esta producción.

Igualmente, cabe destacar que el materialismo dialéctico no se refiere a las distintas prácticas sino al aspecto de su intervención en la producción de los conocimientos y no como instancias constituyentes de los modos de producción que son el objeto del materialismo histórico.

Así pues, toda disciplina de carácter científico, se manifiesta bajo dos aspectos:

1. Una teoría, que contiene el sistema conceptual teórico en que se piensa su objeto.

2. Un método que, en su aplicación a su objeto, expresa la relación que mantiene la teoría con éste.

Consecuentemente, teoría y método están profundamente unidos y constituyen dos aspectos de una misma realidad; la disciplina científica en su cuerpo de conceptos (teoría) y en su vida, su práctica misma (método). Hablar del método sin mencionar la teoría significa muy frecuentemente ocultar una teoría ideológica latente bajo las apariencias de un método "científico". Esta impostura es frecuente en nuestros días en la mayor parte de las llamadas ciencias humanas, que a menudo se consideran ciencias porque manipulan, por ejemplo, métodos matemáticos, sin plantearse la cuestión de la teoría (explícita o implícita) correspondiente a este objeto. El materialismo dialéctico no está libre de esta tentación metodologista en la cual la teoría (materialismo) se sacrifi

ca en aras del método dialéctico.

Ahora bien, el materialismo expresa los principios de - las condiciones de la práctica que produce los conocimientos. Sus dos principios fundamentales son:

1. La primacía de lo real sobre su conocimiento, o primacía del ser sobre su pensamiento.
2. La distinción entre lo real (el ser) y su conocimiento. Esta distinción de realidad es correlativa de una correspondencia de conocimiento entre el conocimiento y su objeto.

Por otra parte, Althusser se pregunta ¿qué es el método en realidad? y nos dice: es la forma de aplicación de la teoría al estudio de su objeto, es por lo tanto la forma viviente de la práctica teórica en su producción de nuevos conocimientos. Vemos así que el materialismo reencuentra dos veces la dialéctica; en su objeto, que es la historia de la -- producción de conocimientos, y en su práctica propia, ya que él mismo es una disciplina que produce conocimientos. 74

Por su parte, Henri Lefebvre, cuando trata la dialéctica como método nos señala que: Decir que el ser es dialéctico, es decir, en primer lugar que es una totalidad que implica la identidad y la negatividad. La lógica no puede concebirse sólo como ciencia de la forma del pensamiento, separada de todo contenido. Es por ello, que para Lenin, el concepto se desarrolla superando las oposiciones de la forma y del

74 Cfr. Louis Althusser: Materialismo histórico y materialismo dialéctico; Op. Cit. pp. 48, 49, 50, 51 y 52.

contenido, de lo teórico y de lo práctico, de lo subjetivo y de lo objetivo, del por sí y del en sí. ¿Qué es, pues, este método? Es la conciencia de la forma, del movimiento interno del contenido. Y es el propio contenido, el movimiento dialéctico que hay en él, el que lo impulsa hacia adelante, con la forma incluida. La lógica dialéctica añade a la antigua lógica esta aprehensión de las transiciones, de los desarrollos, del enlace interno y necesario de las partes en el todo. 75

Para V.P. Rozhin, la dialéctica es la ciencia de:

"1) las leyes generales del movimiento y el desarrollo de la naturaleza; 2) de las leyes generales del movimiento y el desarrollo de la sociedad; 3) del pensamiento, de sus leyes y formas; 4) del conocimiento, de sus leyes y formas". 76

3.2. LEYES FUNDAMENTALES DE LA DIALECTICA

Después de haber mencionado algunas conceptualizaciones en torno a qué es el materialismo dialéctico. A continuación pasaremos a describir y analizar someramente a las leyes fundamentales de la dialéctica y a saber son:

- LEY DE LA UNIDAD Y LUCHA DE CONTRARIOS
- LEY DEL TRANSITO DE CAMBIOS CUANTITATIVOS A CUALITATIVOS.
- LEY DE LA NEGACION DE LA NEGACION

75 Henri Lefebvre: Lógica formal - lógica dialéctica; 10a. ed. trad. (Ma. Esther Benitez Eiroa) Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México, -- D.F. 1981. pp. 24, 25 y 26.

76 P.V. Kopnin: Lógica dialéctica; trad. Lydia Kuper de Velasco). - s.e. Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1985. p. 38.

Empero, antes de iniciar con el tratamiento de cada una de las citadas leyes, es preciso que delimitemos con meridiana claridad el concepto de ley, a este respecto, V. Afanasiev, nos señala lo siguiente:

"Ley es una concatenación esencial y necesaria, general y reiterativa, existente entre los fenómenos del mundo material, que origina un curso rigurosamente determinado de los acontecimientos". 77.

Por su parte, Engels, nos comenta que: Las leyes de la dialéctica son por lo tanto, extraídas de la historia de la naturaleza, lo mismo que la historia de la sociedad humana. Es que no son otra cosa que las leyes más generales de ambas fases del desarrollo histórico, así como del pensamiento. 78

3.2.1. LEY DE LA UNIDAD Y LUCHA DE CONTRARIOS

Al respecto, Federico Engels, nos comenta:

Mientras nos limitamos a enfocar las cosas como seres estáticos e inertes, contemplándolas además aisladamente, cada una de por sí, en el tiempo y en el espacio, no descubriremos en ellas ninguna contradicción.

Así pues, ya el movimiento es de por sí una contradicción; el simple desplazamiento mecánico de lugar sólo puede realizarse gracias al hecho de que un cuerpo esté al mismo tiempo, en el mismo instante, en un lugar y en otro, gracias al hecho de estar y no estar al mismo tiempo en el mismo sitio. 79

77 V. Afanasiev: Fundamentos de filosofía; s.ed. Ed. Ediciones de cultura popular; México 20, D.F. 1976. p. 98

78 Cfr. Federico Engels: Dialéctica de la naturaleza; Ed. Grijalbo, S.A. México, 1961. p. 41

79 Cfr. Federico Engels: Anti-Düring; Op. Cit. pp. 118 a 120.

Igualmente, observando las cosas detenidamente, nos encontramos con que los dos polos de una antítesis, el positivo y el negativo, son tan inseparables como antitéticos el uno del otro y que, pese a todo su antagonismo, se penetran recíprocamente.

Ahora bien, para la dialéctica, que concibe las cosas y sus imágenes conceptuales, esencialmente, en sus conexiones en su concatenación, en su dinámica, en su proceso de génesis y caducidad, procesos como los expuestos no son más -- que otras tantas confirmaciones de su modo genuino de operar. 80

Por otro lado, Lenin nos dice que:

"La división de un todo y el conocimiento de sus partes contradictorias es la esencia de la dialéctica... En las ciencias sociales se plasma en la lucha de clases... El desarrollo es la lucha de los contrarios. Las dos concepciones fundamentales del desarrollo son: el desarrollo como aumento y disminución, como repetición y el desarrollo como unidad de contrarios". 81

Con el propósito de profundizar aún más sobre la ley de la unidad y lucha de contrarios, cabe citar lo subsecuente: Proletariado y riqueza son términos antagónicos. Forman, en cuanto tales un todo. Ambas son modalidades de la propiedad privada. Pues bien, la propiedad privada en cuanto riqueza, se halla obligada a mantener su propia existencia, y con ella la de su antítesis, el proletariado. Y, a la inversa, el proletariado está obligado a destruirse a sí mismo y con él a -

80 Ídem. p. 25.

81 V.I. Lenin: Cuadernos filosóficos-Obras.t.38. Ed. Editorial Cartago, Buenos Aires-Argentina 1960. pp. 351, 352.

su antítesis condicionante, que lo hace ser tal proletariado, es decir, a la propiedad privada. La clase poseedora y la -- clase del proletariado representan la misma autoenajenación humana. Pero la primera clase se siente bien y se afirma y -- confirma en esta autoenajenación, sabe que la enajenación es su propio poder y posee en ella la apariencia de una existencia; la segunda, en cambio, se siente destruida en la enajenación, ve en ella su impotencia y la realidad de una existencia inhumana. 82

3.2.2. LEY DEL TRANSITO DE CAMBIOS CUANTITATIVOS A CUALITATIVOS.

A este respecto, Afanasiev, nos dice que "la ley del -- tránsito de los cambios cuantitativos a cualitativos trata -- de cómo y de qué manera discorra el proceso del desarrollo, cuál es su mecanismo". 83

Para lograr una comprensión de la referida ley es ine- -- luctable que delimitemos por un lado, que es calidad y por -- el otro, que es cantidad.

En relación al concepto de que es calidad, O. Uajot, -- nos lo conceptualiza de la siguiente manera:

"Es calidad la determinación interna, es decir, vinculada al propio objeto, el conjunto de todos sus rasgos esenciales, -- gracias a los cuales el objeto adquiere una estabilidad rela- -- tiva y se diferencia de los demás". 84

82 Cfr. Carlos Marx y Federico Engels: La sagrada familia; trad. -- del alemán por Wenceslao Roces, 13a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1983, pp. 100 y 101

83 V. Afanasiev; Op. Cit. p. 115.

84 O. Uajot: Qué es el materialismo dialéctico; s. ed. Ed. Edición- -- nes Quinto Sol. s.f. p. 92.

Además, cabe resaltar, que el concepto de calidad se relaciona con el de propiedad. Esto es, propiedad es el rasgo de cualquier cosa, la facultad que caracteriza la cosa y sus propiedades. Estas peculiaridades internas de la cosa son -- precisamente su calidad. Resulta, pues, que la calidad se manifiesta a través de las propiedades.

Por lo que concierne al concepto de cantidad, podemos -- decir que: "La cantidad es la determinación de los objetos y fenómenos por su número, magnitud, ritmo, grado, volumen, -- etc".

Asimismo, encontramos un concepto que vincula tanto a -- la cantidad como a la calidad, concretamente nos referimos a la medida, el cual significa, entre otras cosas: la correspondencia, la unidad de los aspectos cuantitativos y calitativos de los objetos.

Para Engels, la ley de la transición de la cantidad en calidad y viceversa consiste: en la naturalidad, y de un modo claramente establecido para cada caso particular, los cambios cuantitativos sólo pueden producirse mediante la adición o sustracción cuantitativas de materias o de movimientos (de lo que se llama energía). Cada vez, que el cambio de forma -- del movimiento es siempre un proceso que se realiza por lo -- menos entre dos cuerpos, de los que uno pierde determinada -- cantidad del movimiento de esta calidad y el otro recibe una

cantidad correspondiente del movimiento de aquella calidad. 86

Al respecto, O. Uajot, nos señala:

"La esencia de la ley de la transformación de los cambios -- cuantitativos en cualitativos consiste en que los cambios -- cuantitativos, pequeños e imperceptibles al principio, van acumulándose gradualmente y en cierta etapa conducen a cambios cualitativos radicales, a consecuencia de lo cual desaparece la vieja calidad y surge una calidad nueva, la cual, a su vez, lleva a nuevos cambios cuantitativos". 87

Igualmente, descubrimos en el Capital de Marx, muchas - demostraciones en relación a dicha Ley, a este respecto, cabe citar:

"El poseedor de dinero o de mercancías no se transforma realmente en capitalista sino allí donde la suma mínima adelanta de para la producción excede con amplitud del máximo mediev-- val. Se confirma aquí, como en las ciencias naturales, la -- exactitud de la ley descubierta por Hegel en su lógica, según la cual cambios meramente cuantitativos al llegar a cierto punto se truecan en diferencias cualitativas". 88

Con el propósito de ahondar más sobre esta cuestión nos permitimos citar lo siguiente: Una cooperativa es una tienda cha dentro del mundo capitalista, ya que, éstas fueron un pe- queño agregado en el mecanismo del régimen burgués. En cam- bio, dentro del contexto socialista, la situación de las con- perativas se modifica radicalmente desde el momento en que - el proletariado conquista el poder estatal. Aquí la cantidad se transforma en calidad. Las cooperativas en la sociedad ca- pitalista, como pequeñas islas, eran tienduchas. Las coopera- tivas, cuando abarcan la sociedad entera, allí donde la tie- rra esta socializada y las fábricas nacionalizadas, constitu

86 Federico Engels: Dialéctica de la naturaleza; Op. Cit. p. 42.

87 O. Uajot; Op. Cit. pp. 95 y 96.

88 K. Marx: El Capital-Libro Primero - "El Proceso de Producción - del capital; Op. Cit. p. 374.

yen el socialismo. 89

3.2.3. LEY DE LA NEGACION DE LA NEGACION

Ahora bien, ¿qué papel desempeña en Marx la negación de la negación?... el expone sintéticamente los resultados definitivos de las investigaciones económicas e históricas referente a la llamada acumulación originaria del capital.

Así pues, la llamada acumulación originaria del capital consistió en la destrucción de la propiedad privada basada en el trabajo propio. Esta destrucción, esta transformación de los medios de producción individuales y dispersos en socialmente concentrados, constituye la prehistoria del capitalismo. Ahora el trabajador se convierte en proletariado, éste ya no gobierna su economía, sino que, el capitalista explota a numerosos obreros. Esta expropiación se lleva a cabo por el juego de leyes inherentes a la propia producción capitalista, por la concentración de capitales.

Empero, paralelamente a esta concentración o expropiación de una multitud de capitalistas por unos pocos, se desarrolla cada vez en mayor escala la forma cooperativa del proceso del trabajo.

Igualmente, a la par con la disminución constante del número de los magnates del capital, que usurpan y monopolizan todas las ventajas de este proceso de transformación, aumentan en masa la miseria, la opresión, la degradación y la

89 Cfr. V.I. Lenin: "Primer borrador del artículo las tareas inmediatas del poder soviético" Obras, t. 27; Op. Cit. p. 210.

explotación; pero aumenta también la indignación de la clase obrera, que crece, se instruye, unifica y organiza por el -- propio mecanismo del proceso capitalista de producción. El -- capital se convierte en traba para el modo de producción que ha florecido junto con él y bajo su amparo. La concentración de los medios de producción y socialización del trabajo llegan a tal punto, que se hacen incompatibles en su envoltura capitalista. Esta se rompe. 90.

Por otra parte, cabe destacar que Marx, señaló que:

"El modo capitalista de producción y de apropiación, y por -- consiguiente, la propiedad privada capitalista constituyen -- la primera negación de la propiedad privada basada en el tra -- bajo propio. La negación de la producción capitalista se rea -- liza por sí misma, con la necesidad de un proceso natural. -- Esto es la negación de la negación". 91

Asimismo, encontramos hasta en la teoría de la igualdad de Rousseau, que ésta, es incapaz de construirse sin acudir a los servicios de la negación de la negación. Esa teoría de Rousseau exhibe el sello de sus orígenes dialécticos. En el estado natural y salvaje, los hombres eran iguales. Pero estos hombres -- bestias iguales tenían sobre los demás animales la ventaja de ser seres susceptibles de perfeccionamiento -- vía su capacidad de desarrollo; y en ella es donde reside, -- según Rousseau; la fuente de la desigualdad la cual represen -- ta un progreso. Pero este progreso era antagónico, pues im -- plicaba a la par un retroceso. 92

90 Cfr. Federico Engels; Anti-Dühring; Op. Cit. pp. 130 y 131

91 Federico Engels; Anti-Dühring; Op. Cit. p. 131.

92 Cfr. Idem. pp. 136 y 137.

Pues bien, se pregunta Engels, ¿Qué es la negación de - la negación? Al respecto, nos dice que ésta, es una ley general, eficaz e importante, que rige el desarrollo de la naturaleza, de la historia y del pensamiento. 93

Así pues, la esencia de la ley de la negación de la negación consiste en que, en el proceso del desarrollo, cada grado superior niega, elimina, el anterior y, al mismo tiempo, lo eleva a un grado nuevo y conserva todo el contenido positivo en su desarrollo.

Por último, cabe resaltar que la negación dialéctica actúa como un elemento de nexa con el grado precedente del desarrollo, como su balance. Expresa la continuidad en el desarrollo. La negación no debe ser un fin en sí. Negar por negar es nihilismo. El sentido de la negación dialéctica consiste precisamente en que ésta representa la superación del anterior grado de desenvolvimiento, pero no su omisión o rechazamiento. La negación, si es dialéctica no interrumpe el proceso de desarrollo, sino que, al contrario, conserva y mantiene todo lo positivo que expresaba. 94

Consecuentemente, el desarrollo se produce en espiral, y con cada una de sus espiras surge algo cualitativamente nuevo, que eleva el proceso a un pedanao superior.

3.3. CATEGORIAS DE LA DIALECTICA MATERIALIZADA

Después, de haber citado y analizado las leyes fundamen

93 O. Yajut; Op. Cit. p. 127

94 Cfr. O. Yajut; Op. Cit. p. 127

tales del materialismo dialéctico, nos percatamos que todavía nos hace falta clarificar más la esencia de éste. Razón por la cual, es preciso, tener en cuenta las categorías y conceptos fundamentales del materialismo dialéctico.

Igualmente, las categorías son resultado de la actividad práctica y cognoscitiva del hombre, son fases del conocimiento del mundo circundante por el hombre.

3.3.1. LO SINGULAR Y LO UNIVERSAL

En relación al concepto de lo singular, Afanasiev, nos dice que: toda objeto posee una serie de rasgos peculiares inherentes a él sólo. Empero, cualquier cosa singular, individual, no existe por sí misma, desligada de otros objetos y fenómenos. Esto es, lo individual existe sólo en la conexión que conduce a lo universal.

Por lo que concierne, al concepto de lo universal, cabe señalar, que dicho término significa, entre otras cosas, lo que encierra muchos objetos singulares.

Así pues, lo singular contiene lo universal y no existe más que en su relación con lo general. Por un lado, y por el otro, lo universal existe únicamente en lo singular, a través de lo singular. Consecuentemente, el conocer la interdependencia y la dialéctica de lo singular y lo universal permite comprender profundamente toda lo complejo de los diferentes procesos que operan en la realidad objetiva, poner de manifiesto las leyes de su desarrollo y utilizarlas acertadamente en la actividad práctica. Igualmente, constituye

la base de la previsión científica. 95

3.3.2. CAUSA Y EFECTO

O. Yajut, cuando trata la categoría de causa y efecto nos comenta lo siguiente: "De la nada no surge nada, todo fenómeno tiene su origen, lo que lo engendra, produce o da vida a otro fenómeno recibe el nombre de causa. Lo que surge bajo la acción de la causa se denomina efecto". 96

Por su parte, F. Engels, nos señala:

"Mediante la actividad del hombre, adquiere su fundamento la idea de la causalidad, la idea de que un movimiento es causa de otro... la transformación de la naturaleza por el hombre y no la naturaleza por sí sola, la naturaleza como tal y la inteligencia humana ha ido creciendo en la misma proporción en que el hombre iba aprendiendo a transformar la naturaleza... Para comprender los fenómenos sueltos, tenemos que arrancarlos a la trabazón general, considerar aisladamente y es entonces cuanto se manifiestan los movimientos sueltos, cuando vemos que unos actúan como causa y otros como efecto". 97

A este respecto, Lenin, al referirse a la categoría en comento, nos dice: causa y efecto no son sino momentos de dependencia recíproca universal, de conexión de la concatenación mutua de los acontecimientos, simples eslabones en la cadena del desarrollo de la materia. 98

3.3.3. CONTENIDO Y FORMA

Cualquier objeto, fenómeno o proceso tiene determinadas características cualitativas, rasgos esenciales. Su conjunto constituye el contenido del objeto dado. En cambio, la forma

95 Cfr. V. Afanasiev; Op. Cit. pp. 141 a 144.

96 O. Yajut; Op. Cit. p. 148

97 F. Engels: Dialéctica de la naturaleza; Op. Cit. pp. 195, 196 y 197.

98 V.I. Lenin: Cuadernos filosóficos; Op. Cit. p. 152.

es la organización interna, la estructura del contenido que hace posible su existencia. Consecuentemente, la forma no es algo externo con respecto al contenido, sino que le es intrínsecamente inherente. 99

Así pues, vemos que las categorías de contenido y forma, se cristalizan en el mundo de las ciencias sociales a través del siguiente ejemplo: Las fuerzas productivas (ante todo los instrumentos de producción y las personas que los manejan) constituyen el contenido de un modo de producción históricamente determinado. Las relaciones de producción (interdependencia de los hombres en el proceso de producción basada en la relación que tengan con estos instrumentos) constituyen su forma. 100

Igualmente, encontramos que la contradicción existente entre el contenido y la forma se da de la siguiente manera: en su curso, el nuevo contenido (fuerzas productivas) entra en contradicción con la vieja forma (relaciones de producción). Esta contradicción se resuelve substituyendo las relaciones de producción anticuadas por nuevas, lo que garantiza el desarrollo continuo de las fuerzas productivas.

Por su parte, M. Rosental, nos señala:

"El método dialéctico establece no sólo la conexión y la acción recíproca entre forma y contenido, sino también el valor determinante del contenido". 101 Empero, que quede claro que no sólo el contenido influye en la forma, sino que, la forma influye además en el contenido. 102

99 Cfr. O. Yajot; Op. Cit. p. 192.

100 Cr. V. Afanasiev; Op. Cit. pp. 147 y 150.

101 M. Rosental; Op. Cit. p. 181.

102 Cfr. O. Yajot; Op. Cit. p. 194.

3.3.4. ESENCIA Y FENOMENO

La ciencia, la práctica, nos convence de que las cosas y los procesos que se producen en el mundo tienen dos aspectos; el interno, oculto de nosotros, y el externo, que podemos percibir.

Así pues, la esencia es el aspecto principal, interno, relativamente estable del objeto (o el conjunto de aspectos y relaciones de él). La esencia determina la naturaleza del objeto, de ella se derivan todos los demás aspectos y rasgos. Por un lado, y por el otro, cabe destacar que el fenómeno es la expresión externa y directa de la esencia, la forma en que ésta se manifiesta. 103.

Por otra parte, cabe señalar que la unidad de la esencia y del fenómeno no debe ser comprendida como si coincidieran directamente, a este respecto, Marx, nos comenta: "Cada ciencia sería superflua, si la forma de manifestación y la esencia de las cosas coincidieran directamente". 104

Con el propósito de clarificar aún más el contenido de esencia, a continuación nos permitimos señalar los siguientes ejemplos: la esencia del imperialismo -fase superior del capitalismo, Lenin lo definió como el dominio de los monopolios que sucedió a la competencia.

La esencia de la sociedad socialista es el dominio de la propiedad socialista y el carácter planificado de la economía.

103. Cfr. V. Afanasiev; Op. Cit. pp. 151 y 152.

104. C. Marx: El Capital; Citado por O. Yajut; Op. Cit. p. 199.

Por último, la dialéctica es el estudio de la contradicción en la esencia misma de los objetos: no sólo los fenómenos son transitorios, móviles, fluidos, demarcados únicamente por límites convencionales, sino que también es así la esencia de las cosas.

3.3.5. NECESIDAD Y CASUALIDAD

"Es necesidad lo que existe, pero puede no existir, sino lo que debe existir obligatoriamente, ya que es originado por causas y nexos profundos y, por ello, dimana de la propia naturaleza interna del fenómeno, de su esencia".¹⁰⁵

Por otra parte, entendemos por casualidad lo que se da sin carácter obligatorio. En las condiciones dadas puede presentarse y puede no presentarse, puede ocurrir de esta manera y puede ocurrir de otra. La casualidad no se infiere de la naturaleza del objeto dado, es inestable y temporal.¹⁰⁶

Empero, se establece una relación de interdependencia dialéctica entre la necesidad y la casualidad. Consecuentemente, la necesidad determina la dirección principal la tendencia del desarrollo. La casualidad, por su parte, completa la necesidad en cada proceso con una serie de rasgos y peculiaridades específicas y, por ello, engendra la forma en que se manifiesta.¹⁰⁷

Por su parte, Lenin nos dice que: "Admitir la necesidad de la naturaleza y deducir de ella la necesidad del pensa-

¹⁰⁵ O. Yajnt; Op. Cit. p. 161.

¹⁰⁶ Cfr. V. Afanasiev; Op. Cit. p. 162.

¹⁰⁷ Cfr. O. Yajnt; Op. Cit. p. 165.

miento, es profesar el materialismo. Deducir del pensamiento la necesidad, la casualidad, las leyes naturales es profesar el idealismo. 108.

Por último, a manera de ejemplo, cabe citar lo siguiente: el saqueo y el avasallamiento de los campesinos no es en absoluto una casualidad, sino una necesidad, una necesidad - condicionada por el modo capitalista de producción dominante en Rusia. 109.

3.3.6. POSIBILIDAD Y REALIDAD

Así pues, posibilidad es lo que no se ha realizado todavía, lo que no existe aún, pero tiene todos los fundamentos para hacerse real. Realidad es lo que se ha realizado ya, lo que tiene existencia verdadera, lo que es real y ha sido originado por las leyes objetivas, por la necesidad natural.

Igualmente, cabe destacar que existen dos tipos de posibilidades y a saber son: la posibilidad abstracta o formal - que, se caracteriza por estar desvinculada de las condiciones concretas necesarias para su realización. Por un lado, - y por el otro, tenemos a la posibilidad real, la cual, se encuentra vinculada indisolublemente a las condiciones concretas, gracias a lo cual dispone de todo lo necesario para su realización. 110

108 V.I. Lenin: Materialismo y empiriocriticismo; Op. Cit. p. 208.

109 Cfr. V.I. Lenin: Contenido económico del populismo y su crítica en el libro del señor Struve- Ohras, t.1; Op. Cit. p. 405.

110 O. Yajut; Op. Cit. p. 187.

Por último, para transformar la posibilidad en realidad en el desarrollo social son necesarias, primero, condiciones objetivas, y segundo, la actividad de los hombres, que crean las correspondientes condiciones subjetivas. 111

111 Cfr. O. Hajut; Op. Cit. p. 190.

CAPITULO II

CORRIENTES EPISTEMOLOGICAS DEL DERECHO

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Concepciones jurídicas fundamentales. 2.1. La corriente del derecho natural. 2.1.1. Concepción. 2.1.2. Características - 2.1.3. Alcances. 2.1.4. Limitaciones. 2.2. Positivismo jurídico. 2.2.1. Concepción. 2.2.2. Características. 2.2.3. Alcances. 2.2.4. Limitaciones - 2.3. La concepción sociológica del derecho. 2.3.1. Concepción. 2.3.2. Características. 2.3.3. Alcances. 2.3.4. Limitaciones. 2.4. El realismo jurídico. 2.4.1. Concepción. 2.4.2. Características. 2.4.3. Alcances. 2.4.4. Limitaciones.

1. PRESENTACION

Considero que es altamente significativo el tratar en este capítulo, aunque sea de manera muy breve las diferentes posiciones epistemológicas que se dan en torno a las ciencias sociales. Al fin de lograr una perspectiva más amplia y profunda sobre nuestro objeto de estudio.

Por otra parte, cabe destacar que la razón de ser del presente apartado descansa fundamentalmente en la inquietud de discurrir sobre las concepciones jurídicas más relevantes acerca de qué es el derecho.

Ahora bien, después de haber tratado las corrientes jurídicas más sobresalientes, nos será posible obtener una noción teórica más fortalecida sobre nuestro objeto de estudio. El cual versará sobre algunas apreciaciones críticas en relación a los principios generales del derecho. Desde una actitud materialista e histórica-dialéctica.

2. CONCEPCIONES JURIDICAS FUNDAMENTALES

El marco teórico de esta investigación se estructura y conforma a través del materialismo histórico y dialéctico. - Es por ello, que considero congruente presentar si bien, de manera breve un análisis objetivo y crítico acerca de las corrientes teóricas más relevantes del conocimiento jurídico de Occidente; la del derecho natural, el positivismo jurídico, la concepción sociológica del derecho y la del realismo jurídico.

2.1. LA CORRIENTE DEL DERECHO NATURAL

La expresión derecho natural ha sido utilizada a lo largo de dos milenios y medio para designar cualquier sistema de orden trascendente frente al derecho legislado.

Así pues, para algunos teóricos de esta corriente jurídica, entienden por derecho natural lo que se encuentra reglado por medio de un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del derecho positivo.

A este respecto, García Máynez, nos comenta: en el devenir histórico encontramos tantas y tan diversas nociones referentes a qué es el derecho natural, esto se explica debido al gran número de sentidos en que los teóricos utilizan la voz naturaleza, ya que, en esta posición teórica, el fundamento del derecho es la naturaleza. Empero, el autor citado, se pregunta: ¿cómo hay que entender ese vocablo?... ¿Se trata de la naturaleza en un sentido físico?... ¿De la naturale

za racional del hombre?.... O bien, ¿la validez del orden natural depende de la índole peculiar de su contenido?... 112

Dentro del ámbito de la teoría del conocimiento contemporánea, las definiciones, hoy en día son cuestionadas, entre otras razones, por proporcionar apreciaciones parciales y limitadas, ya que éstas, no abarcan todos los aspectos y propiedades de lo que se investiga.

Por lo que concierne, a nuestro objeto de estudio, cabe decir, que un fenómeno tan complicado como el derecho tiene muchas definiciones. Lenin escribió que "puede haber muchas definiciones, ya que los objetos tienen muchos aspectos". 113 De ahí, que llegamos a considerar que ninguna definición puede ser estimada como absoluta e inmutable.

Habiendo cuenta, lo anterior nos permitimos iniciar este punto por medio de la descripción y del análisis histórico de las teorías más significativas al interior del derecho natural.

Ahora bien, en la historia de la filosofía jurídico-política aparecen por lo menos tres versiones fundamentales del jusnaturalismo y a saber son:

a) La de una ley establecida por voluntad de una divinidad y revelada por ésta a los hombres;

112. Cfr. Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho 32a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1980. pp. 40 y 41.

113 V.I. Lenin, Compendio del libro de Hegel "La ciencia de la lógica". Citado por L.S. Yavich: Teoría general del derecho; 1a. ed. en ruso 1980. trd. en español Alejandra Arroyo M. Sabamayar; 1a. ed. Ed. Nuestro tiempo S.A. México, D.F. 1985. p. 143.

b) La de una ley natural en sentido estricto, en cuanto algo físicamente connatural, a modo de instinto, para todos los seres animados; y

c) La de una ley dictada por la razón, y específica por la tanto del hombre, que la vuelve a descubrir en forma autónoma en el seno de sí mismo. 114

2.1.1.a. EL JUSNATURALISMO ANTIGUO

Por lo que respecta al derecho natural en la época grecolatina, cabe decir, que en este período se identifican los siguientes tipos:

- 1) Iusnaturalismo biológico con Calicles;
- 2) Iusnaturalismo teológico y racional en Sócrates;
- 3) Iusnaturalismo racional, sociológico y realista con Aristóteles; y
- 4) Iusnaturalismo teológico y racionalista de Cicerón.

El pensamiento filosófico-jurídico de protágoras de Abdera (490 - 415 A.C.), para este pensador existe, al lado del derecho positivo, o sobre éste, un orden distinto, derivado de la naturaleza. Dicha opinión descansa en la idea de que las leyes escritas son un producto artificial y contingente, en tanto que el orden de la naturaleza es inmutable y

114 Cfr. Guido Fassò: "Jusnaturalismo" Art. pub. Norberto Bobbio y Nicola Matteucci; Diccionario de política, 1 - j. trad. en español por Raul Crisafin, et al; 1 ed. Italiana-1976. 1 ed. Ed. Siglo Veintiuno editores, S.A. México, D.F. 1981. pp. 865 y 866.

plenamente valiosa, toda vez que no es obra humana, sino --
creación de la divinidad. 115

Así pues, en el discurso de Calicles, expuesto por Platóⁿ en el diálogo sobre la retórica, encontramos un alegato en pro de la tesis del derecho de los fuertes.

Dicho coloquio se establece en el momento que Sócrates pretende convencer a Polo de que: "es más malo hacer una injusticia que sufrirla... Mi querido amigo, el autor de una -- injusticia es siempre más desgraciado que el que la sufre; y el hombre malo, que queda impune más que el que sufre el castigo". 116

Por su parte Calicles, comenta:

"Según la naturaleza, todo aquello que es más malo es igualmente feo. Sufrir, por tanto, una injusticia, es más feo que hacerla; pero según la ley es más feo cometerla. Y en efecto sucumbir bajo la injusticia de otro no es hecho propio de un hombre, sino de un vil esclavo para quien es más ventajoso -- morir que vivir, cuando, sufriendo injusticias y afrontas, -- no está en disposición de defenderse a sí mismo ni a las personas por las que tenga interés. Respecto a las leyes, como son obra de los más débiles y del mayor número, a lo que yo pienso, no han tenido al formarlas en cuenta más que a sí -- mismos y a sus intereses... Para atemorizar a los fuertes, -- que podrían hacerse más e impedir a los otros que llegaran a hacerlo, dicen que es cosa fea e injusta tener alguna ventaja sobre los demás, y que trabajar por llegar a ser más poderoso es hacerse culpable de injusticia... Por esta razón es injusto y feo, en el orden de la ley, tratar de hacerse superior a los demás, y se ha dado a esto el nombre de injusticia. Pero la naturaleza demuestra, a mi juicio, que es justo

115 Cfr. Eduardo García Máynez: El derecho natural en la época de Sócrates. Art. Ensayos Filosóficos - Jurídicos de E. García Máynez; Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver. México, 1959, p.99

116 Platón: Diálogos; estudio preliminar de Francisco Carrero, -- 19a. ed. Ed. Porrúa, S.A. Colecc. "SEPM CUANTOS..." No. 113. México, -- D.F.. 1981 pp. 164 y 167.

que el que vale mas tenga mas que otro que vale menos, y el mas fuerte mas que el mas debil...., la regla de lo justo es que el más fuerte mande al mas debil". 117

Igualmente, cabe destacar, que para Calicles, la igualdad que, se estipula en la ley es producto de discursos llenos de encanto y fascinación contrarios todos a la naturaleza. 118

De lo anteriormente señalado, se desprenden entre otras razones, y a saber son: para Calicles, el derecho natural es ta por arriba de cualquier otro tipo de derecho. Además, que el principio de igualdad es una ficción que se estipula en las leyes de los hombres a fin de obstaculizar a los hombres que por naturaleza son mas fuertes.

Desde otra perspectiva, Trasímaco, nos dice que: "la justicia no es otra cosa sino aquello que es ventajoso para el más fuerte... En cada Estado, la justicia no es sino el provecho de aquel que tiene en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte. De lo cual se sigue, para todo hombre que sepa razonar, que, donde quiera que sea, la justicia y lo que aprovecha al mas fuerte son una y la misma cosa". 119

En relación al iusnaturalismo de Sócrates, Recasens Siches, nos comenta: este pensador griego aplicó su intelectua lismo ético a la vida del Estado, afirmó la vocación por una

117 Calicles citado por Platón en diálogos sobre la retórica; - Op. Cit. pp. 169, 170 y 171.

118 Cfr. Idem. pp. 171 y 172.

119 Platón; Op. Cit. pp. 441, 442, 443 y 444.

justicia superior, fundada en un orden divino intelegible, - racional; y, al propio tiempo, trató de fundar sobre dicho - orden el valor del Derecho humano, aún en los casos en que - éste sea malo, ofreciendo, con ello, el primer ensayo de san - jar el conflicto entre derecho natural y derecho positivo, - conflicto que Sócrates resuelve en favor del derecho positi - vo, precisamente por razones de derecho natural-cuando, con - denado, rehusa sustraerse al imperio de las leyes atenienses y al fallo de sus jueces. 120

Al respecto, Villoro Coranzo, nos señala:

- 1) Sócrates ha sido condenado a muerte en un juicio en el - que se han seguido todas las formalidades legales;
- 2) Sócrates no aprovechó, cuando pudo hacerlo legalmente la oportunidad de conmutar su pena de muerte por la pena de des - tierra;
- 3) lo que funda la sentencia de muerte es la acusa - ción de que Sócrates, con sus enseñanzas, corrompía a la ju - ventud;
- 4) Sócrates considera a la sentencia como injusta en si misma, por fundarse en una acusación de un delito que el no ha cometido". 121

Cuando Sócrates espera en la cárcel su última hora, Pla - tón, nos describe el coloquio que se establece entre el maes - y la visita de un amigo rico y generoso, éste le comunica a

120. Cfr. Luis Regasens Siches: Tratado general de filosofía del derecho; 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F.. 1975. p. 369.

121 Miguel Villoro Coranzo: Introducción al estudio del derecho 6a ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1984. p. 25.

Sócrates que el carcelero ha sido sobornado, y que es preciso huir esa misma noche.

Con el fin de ahondar más sobre esta cuestión, cabe hacer mención de algunos fragmentos del diálogo que Sócrates - sostiene con Critón sobre el deber:

"Sócrates.- ¡No admites, igualmente, que vivir bien no es otra cosa que vivir como lo reclaman la probidad y la justicia? Critón.- Sí.

Sócrates.- Conforme a lo que acabas de concederme, es preciso examinar, ante todo, si hay justicia o injusticia en salir de aquí sin el permiso de los atenienses; porque si esto es justo, es preciso ensayarlo, y si es injusto, es preciso abandonar el proyecto... es preciso morir aquí a sufrir cuantos males vengan antes que obrar injustamente. Critón.- Tienes razón, Sócrates;

Sócrates.- Es preciso, por consiguiente, no hacer jamás injusticia ni volver el mal por el mal, cualquiera que haya sido el que hayamos recibido... sé muy bien que hay pocas personas que lo admitan y siempre sucederá lo mismo. Desde el momento en que están discordes sobre este punto, es imposible entenderse sobre lo demás y la diferencia de opiniones conduce necesariamente a un desprecio recíproco. Reflexiona bien y mira si realmente estás de acuerdo conmigo y si podemos discutir partiendo de este principio. Critón.- Permanezco fiel y pienso como tu; habla, ya te escucho.

Sócrates.- Prosigo, un hombre que ha prometido una cosa justa ¿debe cumplirla o faltar a ella? Critón.- Debe cumplirla. Sócrates.- Si en el momento de la huida, la ley y la república misma se presentasen delante de nosotros y nos dijese:

Sócrates, ¿qué vas a hacer? ¿La acción que preparas no viene de a trastornar, en cuanto de ti depende, a nosotros y al Estado entero? Porque ¿qué Estado puede subsistir si los fallos dados no tienen ninguna fuerza y son eludidos por los particulares?... ¿qué no diría, especialmente un orador, sobre esta infracción a la ley, que ordena que los fallos dados sean cumplidos y ejecutados? Responderemos nosotros que la república nos ha hecho injusticia y que no ha jugado bien? Critón.- Sí, sin duda se lo diríamos.

Sócrates.- ¡Qué! - dirá la ley ateniense-, ¿Sócrates, no habíamos convenido en que tú te someterías al juicio de la república!... ¿querías adelantarte, y perder las leyes y tu patria? ¿Clamarías esta justicia, tú que haces profesión de no separarte del camino de la virtud? ¿Tu sabiduría te impide ignorar que la patria es digna de más respeto y veneración delante de los dioses y de los hombres que un padre, una madre y de todos los parientes juntos. Es preciso respetar a

la patria en su cólera, tener con ella la sumisión y miramientos que se tienen a un padre, atraerla por la persuasión u obedecer sus órdenes, sufrir sin murmurar todo lo que quiere que se sufra, aún cuando sea verse azotado o cargado de cadenas, y que si nos envía a la guerra para ser allí heridos o muertos, es preciso marchar allá; porque allí está el deber y no es permitido retroceder, ni echar pie atrás, ni abandonar el puesto, y que lo mismo en los campos de batalla que ante los tribunales, que en todas las situaciones, es preciso obedecer lo que quiere la república o emplear para con ella los medios de persuasión que la ley concede; y, en fin, ¿que si es una impiedad hacer violencia a un padre o una madre, es mucho mayor hacerla a la patria?.... Ya ves, Sócrates - continuaría la ley - , que si tengo razón, eso que intentas contra mí es injusto. Yo te he hecho nacer, te he alimentado, te he educado; en fin te he hecho, como a los demás ciudadanos, todo el bien de que he sido capaz. Sin embargo, no me canso de decir públicamente que es permitido a cada uno en particular, después de haber examinado las leyes y las costumbres de la república, si no está satisfecho, retirarse a donde guste con todos sus bienes... Pero también los que permanecen, después de haber considerado detenidamente de qué manera ejercemos la justicia y que policía hacemos observar en la república, yo les digo que están obligados a hacer todo lo que les mandamos, y si desobedecen, yo los declaro injustos por tres infracciones: porque no obedecen a quien los ha hecho nacer, porque desprecian a quien los ha alimentado; porque, estando obligados a obedecerme, violan la fe jurada y no se toman el trabajo de convencerme si se les obliga a alguna cosa injusta... Yo tengo - me diría - grandes pruebas de que la ley y la república han sido de tu agrado, porque no hubieras permanecido en la ciudad como los demás atenienenses si la estancia en ella no te hubiera sido más satisfactoria que en todas las demás ciudades. Setenta años han pasado, durante los cuales has podido retirarte, si no estabas satisfecho de mí y si las condiciones que te proponía no te parecían justas... Tú, como los cojos, los ciegos y todos los estropeados, jamás has salido de la ciudad, lo que es una prueba invencible de que te ha complacido vivir en ella más que a ningún otro atenienense... En fin, Sócrates, si faltas a las leyes, no harás tu causa ni la de ningún uno de los tuyos ni mejor, ni más justa, ni más santa, sea durante tu vida, sea después de tu muerte. Pero si mueres, morirás víctima de la injusticia, no de las leyes, sino de los hombres; en lugar de que si sales de aquí vergonzosamente, volviendo injusticia por injusticia, mal por mal, faltarás al pacto que te liga a mí, te dañarás a tí mismo, a mí, a tus amigos, a tu patria". 122

Después de haber citado brevemente algunos pasajes de Critón o del deber, nos permitimos señalar la opinión de García Máynez, el cual nos dice: "El asunto que en el Critón se discute sigue siendo actual, es una hermosa apología del respeto a la ley positiva. La ley debe ser respetada en todo caso, ya que su observancia es condición esencial a la vida de la comunidad política. O, expresado en el lenguaje de la filosofía jurídica contemporánea: el derecho positivo vale por sí mismo como orden, independientemente de su contenido".¹²³

Por su parte, Villoro Toranzo, al tocar el punto del derecho natural en Sócrates, nos comenta que en el diálogo de Critón, se desprenden entre otras características, a las siguientes: la justicia se plasma en tres principios; el de orden y paz, el de certeza jurídica y el de seguridad jurídica, cabe decir, la justicia no puede existir si no hay estabilidad y uniformidad en la aplicación de las leyes. Por último, en relación al principio de seguridad jurídica: la justicia no puede existir si no se obedecen las decisiones de los tribunales.¹²⁴

En la filosofía aristotélica desaparece la división platónica entre el mundo de las ideas y el de los sentidos. Ahora, el conocimiento comienza en la experiencia, y porque el mundo sensible está estructurado por un orden de valor absoluto. Además, en la teoría del conocimiento de Aristóteles,

¹²³ Eduardo García Máynez; El derecho natural en la época de Sócrates; Op. Cit. p. 122.

¹²⁴ Cfr. Miguel Villoro Toranzo; Op. Cit. pp. 26 y 27.

descubrimos que todas las cosas existen para un fin y a él - se enderezan. 125

Enseguida, citaremos ciertas piezas de la obra de Aristóteles, que tienen que ver con el jusnaturalismo:

"Son, pues, benidos por injustos el transgresor de la ley, - el codicioso y el inicuo o desigual; de donde es claro que - el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo - justo, pues, es lo legal y lo igual; lo injusto lo ilegal y lo desigual. Los actos definidos por la legislación son legales, y de cada uno de ellos decimos que es justo, las leyes se promulgan en todas las materias mirando ya al interés de todos en común, ya al interés de los mejores o de los príncipes, sea por el linaje, sea por algún otro título semejante.

Así pues, en un sentido llamamos justo a lo que produce y -- protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política.

Lo justo, en efecto, existe sólo entre hombres cuyas relaciones mutuas están gobernadas por ley; y la ley existe para -- hombres entre quienes hay injusticia, puesto que la sentencia judicial es el discernimiento de lo justo y de lo injusto. Por este motivo no permitimos que gobierne el hombre, si no la ley, porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano. Pero el magistrado es el guardián de lo justo; y si de lo justo, también de lo igual.

Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o -- del otro, pero que una vez constituidas las leyes dejan de -- ser indiferentes. Paréceles a algunos que todas las normas son de derecho legal, dando como razón que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene dondequiera la misma fuerza. Entre nosotros toda lo que es por naturaleza esta sujeto a -- cambio, lo cual no impide que ciertas cosas sean por naturaleza y que algunas otras no sean por naturaleza.

Cada una de las normas justas y legales es como lo general - con relación a los casos particulares. Nuestros actos son muchos, pero cada norma es única, puesto que es general. El por qué sea el hombre un animal político, más aún que las abejas y todo otro animal gregario, es evidente. La naturaleza - según hemos dicho - no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es entre los animales el único que tiene palabra. La voz es señal de pena y de placer. Pero la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto.

La ciudad es asimismo por naturaleza anterior a la familia y a cada uno de nosotros. El todo, en efecto, es necesariamente

te anterior a la parte. Todas las cosas se definen por su -- obra y su potencia operativa, de modo que cuando éstas no -- son ya lo que eran, no deben las mismas cosas decirse tales, a no ser que queramos hablar en sentido equivoco. La injusti- cia más aborrecible es la que tiene armas. Por otro lado, la justicia es algo que no se da en la ciudad, ya que la admi- nistración de justicia o sea el juicio sobre lo que es justo, es el orden de la comunidad política". 126

"La ley en efecto, deriva sólo de la costumbre la fuerza que tiene para inducir a la obediencia, y como la costumbre no -- nace sino en el transcurso del tiempo, esto de pasar a la li- gera de las leyes vigentes a otras nuevas, acabará por debi- litar la fuerza de la ley. Y en fin, dado que pueden mudarse las leyes, ha de ser con todas y en todo régimen político, o no? y estará esto el arbitrio de cualquiera o sólo de -- ciertas personas, pues en esto hay por cierto gran diferen- cia?. 127

El iusnaturalismo de Aristóteles, puede sintetizarse co- mo sigue: a) Inmutabilidad y objetividad del derecho natural, impreso y conocido en la naturaleza humana; b) fundamento -- del derecho positivo en el natural, ya que la ciudad, con su régimen propio que podrá diferir, es un hecho natural; c) mu- tabilidad de la justicia legal - positiva - que no impide su obligatoriedad; y d) vinculación especial de cada ciudadano con la ciudad (polis) concreta en que vive; primeramente por naturaleza, con lo justo natural de la misma; en segundo lu-

¹126 Aristóteles: *Ética Nicomaquea*, libro V, "de la justicia", libro I, "Política"; versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. Colec. "SEFAN CUANTOS..." No. 70. México, D.F. 1973. pp. 58, 59, 66, 158 y 159

127 Aristóteles: *Política*, libro II; Op. Cit. p. 187.

gar, con sus tradiciones nacionales; y, en tercer lugar, con sus leyes escritas. 128

Por su parte, Hernández Gil, nos señala tres características y son a saber:

1.- Los escolásticos se remitirán a Aristóteles, transformándole en base de la distinción del derecho natural.

2.- El carácter universal y objetivo - no meramente -- ideal y subjetivo - con que aparece en Aristóteles el derecho natural.

3.- La no rigurosa, inmutabilidad, en cuanto a la materia, que le otorga; apreciación que luego ha de utilizar Suárez para su admirable construcción. 129.

En el derecho clásico romano, la naturalis ratio es el método para formular principios jurídicos mediante un cálculo basado en la naturaleza de las cosas teniendo en cuenta - las relaciones establecidas entre las partes. Igualmente, -- surge la antítesis - ius civile ius naturale - Natura-naturalis -naturaliter-, indican aquella que se produce en el mundo sin la intervención del hombre. Es decir, todo lo que en el derecho mismo tiene una existencia objetiva, independiente de la voluntad del Estado o del individuo. 130

Para Ulpiano, el derecho natural consiste en las leyes que la Naturaleza ha impuesto a todos los seres animados, -

128 Cfr. Miguel Villoro U.; Op. Cit. p. 34.

129 Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del derecho; 2a. ed. Ed. Civitas. Madrid, España. 1971. Vol. I. p. 25.

130 Idem. p. 26.

de donde resultan, por ejemplo, la unión de sexos, la procreación y la educación de los hijos. Mas los animales obedecen al instinto y no al derecho. Sólo el hombre tiene derechos y deberes, porque él sólo está dotado de razón y de conciencia de la moralidad de sus actos. 131

Marco Tulio Cicerón, es el representante latino más relevante del derecho Romano, ya que, es el lazo más directo con la filosofía griega.

Así pues, Cicerón, además de admitir la existencia del derecho natural, le atribuye una hegemonía absoluta.

En el tratado de las leyes de Cicerón, encontramos los siguientes argumentos:

"Abico.- ¿Vas a buscar la ciencia del derecho, no en los edictos del pretor, como se hace hoy, ni en las doce tablas, como nuestros antepasados, sino en el seno mismo de la filosofía?

Marco.- No, nuestra discusión debe abarcar todo el derecho en su universalidad; de manera que ese derecho particular -- que llamamos civil, no sea otra cosa que parte del todo, ocupando muy pequeño lugar en el de la naturaleza misma del derecho, y debemos ir a buscarla a la naturaleza del hombre. En seguida hemos de considerar qué leyes deben regir las sociedades".

"Marco.- Según doctísimos escritores, el nombre de ley viene de la palabra griega que significa dar a cada uno lo suyo; -- yo creo que su nombre viene de legere, elegir, Así, pues, para ellos, el carácter de la ley es la equidad; para nosotros la elección; y en el hecho, uno y otro carácter pertenece a la ley. Si todo esto es cierto, como me inclino a creer, el derecho comienza en la ley, siendo esta la fuerza de la naturaleza, el espíritu y la razón del sabio, la regla de lo justo y de lo injusto". 132

131 Cfr. Eugene Petib; Tratado elemental de derecho romano; trad. José Ferrández González, s.e. Ed. Epoca, S.A. México, D.F. 1977. p. 21

132 Marco Tulio Cicerón: Tratado de las leyes; trad. al castellano por FRANCISCO Navarro y Calvo y Juan Bautista Calvo. Ed. Porrúa, S.A. Calcc. "SEPAN CUANTOS..." México, D.F. 1984. Núm. 234. "Cibra Primera" pp. 98 y 99.

"Marco.- Nada hay superior a la razón y que ésta se encuentra en Dios y en el hombre, una sociedad primordial del hombre con Dios. Ahora bien; allí donde la razón es común, lo es también la recta razón; y como ésta es la ley por la ley debemos considerarnos los hombres en sociedad con los dioses. Es indudable que allí donde existe comunidad de ley, existe comunidad de derecho".

"Marco.- En efecto, la razón, que es lo único que nos hace superiores a los demás animales, por la que sabemos inducir, argumentar, refutar, discurrir, demostrar, deducir, es sin duda alguna común a todos, diferenciándose en la ciencia, pero igual como facultad de aprender. No existe, pues, más que un solo derecho al que está sujeta la sociedad humana, establecido por una ley única; esta ley es la recta razón: en cuanto manda o prohíbe, ley que, escrita o no, quien la ignora es injusta". 133

"Marco.- La ley no es invención del ingenio humano ni voluntad de los pueblos, sino algo eterno que debe regir el mundo entero por la sabiduría de sus mandatos y prohibiciones. Esto es lo que les ha hecho decir que la primera y última ley era el espíritu de Dios, cuya razón soberana obliga y prohíbe: de aquí el divino carácter de esa ley dada por los dioses a la especie humana... 134

2.1.1. b. EL JUSNATURALISMO MEDIEVAL

La obra esencial del período patrístico fue comprender y formular conceptualmente la doctrina cristiana con ayuda de la filosofía griega, la misión del período escolástico - fue penetrar y fundamentar filosóficamente el sistema de dogmas. El pensamiento encuentra su medio de trabajo y expresión más cumplida en el silogismo. La filosofía y la teología viven unidas. Dios es erigido en idea central del sistema. 135

133 Ídem. p.p. 100, 102, y 105

134 Marco Tulio Cicerón; Op. Cit. "Libro Segundo" p. 115

135 Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 31.

En la Edad Media, se desarrolló la doctrina de un derecho natural, identificado con la ley revelada por Dios a Moisés y con el Evangelio; esto se debió sobre todo al canonista Graciano (Siglo XII) y a sus comentaristas. 136

Ahora bien, para Tomás de Aquino, la ciencia es el conocimiento de las cosas por sus causas, y es objeto y fin de la misma verdad. Por una parte, y por la otra, cuando este pensador, trata el punto que tiene que ver con la esencia de la ley, nos dice que: "La ley es una cierta regla y medida de los actos en cuanto alguien se mueve por ella a actuar, o por ella se abstiene de una acción; pues la ley viene de ligar, porque obliga a actuar... es necesario que la ley en todo se dirija al orden de la felicidad. Además, como toda parte se ordena a la totalidad, así como un hombre es parte de una sociedad perfecta, es necesario que la ley propiamente se dirija a la felicidad común". 137

Igualmente, cabe señalar, como punto fundamental de la sistematización tomista, el distinguir los siguientes órdenes de leyes:

"La ley que pertenece a la suma razón no puede dejar de parecer eterna e inmutable a cualquier persona inteligente. Así pues, la idea eterna de la divina ley tiene carácter de

136 Guido Fassu; Op. Cit. p. 187.

137 Tomás de Aquino: Tratado de la ley, tratado de la justicia; trad. al español por Carlos Ignacio González S.J., 2a. ed. Ed. Porrúa, S.A. Coloc. "SEPAN CUANTOS..." Num. 301. México, D.F. 1981. pp. 3 y 5.

ley eterna, en cuanto Dios ordena todas las cosas preconoci-
das por él para gobernarlas.... La ley Eterna no es sino la
razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los ac-
tos y mociones de la creatura". 138

"La ley natural no es otra cosa sino la participación de
la ley eterna en la creatura racional. La ley natural es al-
go establecido por la razón. Se dice que pertenece al orden
natural todo aquello que la naturaleza enseñó a todos los --
animales. El hombre tiene inclinación natural a conocer la --
verdad sobre Dios y a vivir en sociedad. Pertenece a la Ley
natural todo aquello a lo que el hombre se inclina según su
naturaleza. Y cada uno se inclina naturalmente a las opera-
ciones que le convienen según su esencia. Es propio del hom-
bre inclinarse a algo según su razón. Y es propio de la ra-
zón el que se proceda de lo más universal a lo más particu-
lar. La ley natural es la misma entre todos, en cuanto a --
los principios comunes, no en cuanto determinadas deduccio-
nes: he aquí los caracteres de universalidad y unidad del de-
recho natural. Es asimismo inmutable en cuanto a los princi-
pios fundamentales, pero mudable respecto de ciertas supre-
siones meramente legales y adicionales. Útiles según los res-
pectivos tiempos... Se puede decir que la ley natural cambia
de dos maneras. Primeramente, en cuanto algo se le añade, y
en este sentido no hay dificultad en que cambia la ley natu-

ral, que parecían útiles a la vida humana, y esto tanto de parte de la ley divina como de la ley humana". 139

"También puede entenderse este cambio como un sustracción, - de manera que algo que antes era de la ley natural deje de serlo. Y en este sentido la ley natural es inmutable respecto a los primeros principios. En cuanto a los preceptos secundarios, que son, según dijimos, conclusiones cercanas a los primeros principios, la ley natural no se cambia de manera que ya no sea recto lo que generalmente lo es siempre según la ley". 140

Por último, se ocupa de la ley humana, cuya necesidad, utilidad y fin justifica, al estimarla indispensable para la paz de los hombres y el ejercicio de la virtud, así como para refrenar los vicios con el miedo al castigo.

De la misma manera a partir de los preceptos de la ley natural, que son los principios comunes e indemostrables, la razón humana ha de proceder a obtener leyes más particulares. Y estas determinaciones particulares, encontradas según el proceso de la ley humana se llaman leyes humanas. 141

Igualmente, nos señala: una ley tiene fuerza en tanto en cuanto es justa. Y en las cosas humanas se dice que algo es justo en cuanto es recto según la regla de la razón. Más

139 Ídem. pp. 27, 28, 29 y 31.

140 Tomás de Aquino; Op. Cit. p. 31.

141 Ídem. p. 10.

si en algún caso una ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de ley. Entre las cualidades que caracterizan a la ley positiva cabe mencionar, entre otras, a las siguientes: Debe ser una ley honesta, justa, conforme a la naturaleza, de acuerdo, con las costumbres patrias, convenientes, necesaria y útil según los tiempos y lugares; y bien clara; para que no vaya a contener algo capcioso por su oscuridad escrita no para el provecho de algún particular, - sino para el bien común. 142

Por otra parte, en el tratado de la justicia de Tomás de Aquino, encontramos entre otros argumentos, a los siguientes:

"La justicia tiene como característica, entre las otras virtudes, el ordenar al hombre en toda aquella que se refiere a los demás. Lo cual supone una cierta igualdad, como el mismo nombre lo demuestra. Pues suele decirse ajustar al adecuar dos cosas; y es que la igualdad siempre se refiere a los demás. 143

"El derecho o lo justo es aquella que se ejecuta por otra según una cierta norma de equidad. Y algo puede ser adecuada al hombre de dos maneras: primera, por la naturaleza misma de la cosa. Segunda, cuando una cosa es adecuada o equivalente a otra por un mutuo acuerdo o por un contrato. Y

142 Idem. pp. 35, 36 y 37

143 Tomás de Aquino: Tratado de la justicia; Op. Cit. p. 117.

esto puede hacerse de dos modos: primero, cuando se hace -- por acuerdo privado; y segundo, por ley pública, como cuando todo el pueblo está de acuerdo en que tal cosa sea equivalente a otra; o bien cuando lo ordena el gobernante que dirige los destinos del pueblo y lo representa. Y en este último caso se llama derecho positivo" 144

"Por derecho natural, todas aquellas cosas en que sobreabunda el rico, están destinadas para la sustentación del pobre. Por ella dice Ambrasio en el Sermón del tiempo, Núm. 64: El pan que tu guardas es del que tiene hambre; el vestido -- que escondes pertenece al desnudo; el dinero que escondes en la tierra es la redención y liberación del miserable". 145

2.1.1.c. EL JUSNATURALISMO MODERNO

Entre el jusnaturalismo antiguo, medieval y moderno no existe de hecho una ruptura sino más bien una continuidad -- substancial; sin embargo, lo cierto es que el jusnaturalismo moderno pone decididamente el acento en el aspecto subjetivo del derecho natural, o sea en los derechos innatos, dejando en la oscuridad su correspondiente aspecto objetivo; el de norma, en el que generalmente insistieron los jusnaturalistas antiguos y medievales, y también el mismo Hugo Gracia. -- Precisamente por esta característica el jusnaturalismo moderno, o sea el de los siglos XVII y XVIII, informa profunda--

144 Comás de Aquino: Tratado de la justicia; Op. Cit. p. 119.

145 Ídem. p. 188.

El subrayado es nuestra.

mente a las doctrinas políticas de tendencia individualista y liberal, estableciendo resueltamente la instancia del respeto, por parte de la autoridad política, de lo que se proclama como derechos innatos del individuo. 146

Los derechos innatos, el estado natural y el contrato social, son conceptos del jusnaturalismo moderno y se encuentran en todas las doctrinas del derecho natural de los siglos XVII y XVIII. 147

Por su parte, Hernández Gil, nos comenta: la concepción racionalista del derecho natural es producto filosófico y social de la época en que nace. En el primer sentido representa una exaltación de la razón, como valor máximo del individuo y de la humanidad, que encuentra en Kant su especulador más consumado, en Rousseau su consagración ideológica, en -- Gracia y Pufendorf... sus juristas. En el segundo sentido -- es la ciencia social y hasta el lema en torno al cual se -- unieron los espíritus nuevos de susos de reformas para intentar la solución de los más variados problemas religiosos, -- éticos y políticos. En su nombre, podría decirse, se lleva a cabo la revolución francesa. 148

En las ciencias jurídicas y políticas penetran desde entonces una serie de ideas que costarán largo tiempo desterrar. Se establece una contraposición entre el hombre natu-

146 Guido Fassò; Op. Cit. p. 869

147 Ibidem.

148 Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 43

ral y el histórico. En general, falta un sentido de lo histórico. Se olvidan los hechos y se forjan utopías. Quiere hacerse cierta en todos los órdenes la ley de la igualdad. La idea del contrato inicial y adquiere su máxima consagración. En general y abstracto se sobrepone a lo particular y concreto; y, por lo mismo, se llega al triunfo de la ley sobre la vida. 149

En el transcurso del siglo XIX, el jusnaturalismo sobrevivió únicamente en la forma católica que se apoyaba en la doctrina de las leyes de Tomás de Aquino, pero exclusivamente en los ambientes clericales, con una función conservadora y frecuentemente reaccionaria y, sobre todo, como instrumento de contestación de la legitimidad del estado liberal y constitucional. Los juristas usaban el adjetivo "jusnaturalista" en sentido despectivo, para indicar concepciones o argumentaciones ajenas al campo de la jurisdicción, pues se entiende ya por jurídico únicamente lo que correspondía al derecho positivo. 150

2.1.1.ª. EL JUSNATURALISMO CONTEMPORANEO

Con motivo de la primera y segunda guerra mundial se incrementan los partidarios del movimiento jusnaturalista como reacción, en el orden económico y en el social, contra el ma

149 Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p.44
150 Cfr. Guido Fassu; Op. Cit. p. 871.

terialismo histórico, contra el estatismo de los regímenes totalitarios, y en el jurídico, contra el positivismo. La idea del derecho natural se abría paso, ante todas las cosas como dique y límite del poder del estado. 151

Actualmente, los jusnaturalistas se han decidido en abandonar las tesis de la inmutabilidad y de la eternidad del derecho natural y lo estiman como inmanente de la historia, tal como lo había considerado en el siglo XVIII G.B. Vico, o en cierta forma como algo que devenía con ella, como lo había concebido Romagnosi en el mencionado siglo. Además, contemporáneamente el jusnaturalismo puede tener todavía vitalidad es, según parece, la que se aproxima a las doctrinas sociológicas y realistas del derecho que rechazaban el positivismo jurídico por su formalismo. Ciertamente, sólo desligado de la idea de un derecho natural metafísico, extra histórico, eterno e inmutable, el jusnaturalismo puede encontrar un lugar en la cultura jurídico-política actual. 152

A continuación, citaremos brevemente los aspectos esenciales de las explicaciones elaboradas por algunos cultores representativos y típicos de cada una de las corrientes jusnaturalistas que resulta posible caracterizar en la actualidad.

Dentro de la dirección clásica o tradicional del derecho natural, Alfred Verdross, afirma que, si se acepta como

151 Cfr. Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 58

152 Cfr. Guido Fassò; Op. Cit. pp. 871 y 872.

valiosa la aspiración a una vida humana plena, se tiene que concluir entonces que la vida en sociedad es un imperativo, pues es aquí donde el hombre encuentra el elemento ideal para su desarrollo. En esta idea, surgen de inmediato principios como el del respeto mutuo entre los individuos, cooperación social, no apropiación indebida de bienes ajenos. Estos, se pueden catalogar en dos grandes grupos: los que contribuyen al fomento del bien común y los que atañen directamente a los derechos del hombre. 153

Jacques Maritain, nos dice que: el derecho natural no es otra cosa sino un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. Para este autor, el primer principio es hacer el bien, evitar el mal. Su naturaleza es universal e invariable, porque proviene del hecho de que el hombre es hombre. 154

Por lo que respecta, a la concepción axiológica del derecho y los enfoques pluralistas. A este respecto, Recasens Siches, nos señala: El derecho real y afectivo, es una obra humana, no obstante, no es una obra humana casual, fortuita, ya que, tiene como raíz vital unos determinados tipos de necesidades (certeza, seguridad, urgencia de resolver conflic-

153 Cfr. Alfred Verdross: La filosofía del derecho del mundo occidental; Ed. UNAM. México, D.F. 1962. pp. 371, 372, 373 y 374.

154 Cfr. Jacques Maritain: Los derechos del hombre y la ley natural; Ed. Dédalo, Buenos Aires, Argentina 1961. pp. 101 y 102.

tos en la convivencia y en la cooperación, organización y limitación del poder político,..), apunta al cumplimiento de unos determinados fines. Ahora bien, los fines son puestos como tales en virtud de juicios de valor, y estos se apoyan en valores. 155

Igualmente, el mencionado autor, nos dice que es necesario elaborar una estimativa jurídica, inspirada en la doctrina de los valores. Así pues, sus tareas principales serán:

En primer lugar, determinar los valores supremos que en todo caso deben inspirar al derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general, aplicables a todo caso y situación. V. gr.: de la dignidad moral del hombre, - el principio de la libertad como esfera de la autonomía, de la paridad fundamental ante el derecho,....

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

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

En cuarto lugar, habrá que inquirir las leyes de la re-

lación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyen en cada uno de los tipos de situaciones sociales.

En quinto lugar, estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos. 156

Por su parte, García Máynez, considera que los términos menos equívocos son los derechos intrínsecamente válidos (para el tradicionalmente llamado justo o natural); derecho formalmente válido (para el creado o reconocido por la autoridad soberana) y positivo para el intrínseca, formal o socialmente válido, cuando gozan de mayor o menor eficacia. -- Por un lado, y por el otro, cabe decir, que en un solo precepto pueden coexistir o, por el contrario presentarse aisladas, los atributos de vigencia, validez intrínseca y factividad. 157

García Máynez, estima como única y verdadera a la doctrina que ve en el derecho natural la regulación justa de cualquier situación concreta, presente o venidera, y admite por ende, la variedad de contenidos del mismo derecho, en relación con las condiciones y exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por sí mismos y deben servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formula-

156. Cfr. Luis Recasens Siches; Op. Cit. pp. 494 y 495.

157. Cfr. Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho; Op. Cit. p. 44.

ción de las normas a éstos aplicables. 158

En cuanto a la dirección relativista o historicista del derecho natural Rudolph Stammler, parte de la contingencia y variabilidad de las situaciones condicionantes del comportamiento humano que de ninguna manera, arguye, pueden conservarse inmutables a lo largo de la historia y en todo lugar, ya que, la naturaleza de la persona humana no es inmutable, sino que responde a las vicisitudes y contingencias del devenir histórico y social, encontrándose por consiguiente en -- continua evolución. De ahí que el sistema de derecho debe necesariamente ajustar sus preceptos a tal variabilidad, buscando acomodarse a los continuos cambios que la misma experimenta a lo largo de su evolución y desarrollo. 159

Georges Renard, habla de un derecho natural de contenido progresivo como instrumento indispensable para la elaboración jurídica. Para este autor, el derecho positivo es perpetuo devenir; el orden tiende hacia la perfección sin detenerse jamás. El derecho natural es la orientación de ese devenir; un movimiento se define por el fin a que tiende. Además, lanza su fórmula de derecho natural de contenido progresivo, porque el derecho natural no es un sistema acabado, sino a la manera de un principio que se realiza diversamente en los diferentes sistemas de derecho positivo. Igualmente, Renard

158 Cfr. Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho Op. Cit. pp. 48 y 49.

159 Rudolph Stammler citado por José Antonio Márquez González; Los enfoques actuales del derecho natural; 1ª ed. Ed. Porrúa, S.A. México, - D.F. 1965. pp. 94 y 95.

identifica justicia y derecho natural, orden y derecho positivo. Por último, cabe destacar que Renard, es uno de los -- que se mantiene en mas estrecha relación con la concepción -- católica del derecho natural. 160

Por lo que concierne a las teorías del existencialismo -- jurídico y la naturaleza de la cosa. Werner Maihofer, su derecho natural es un derecho existencial, que se va creando -- en forma continua; paralelamente a la existencia del ser humano porque es él, en suma, quien lo conforma y quien lo hace. No es, por tanto, un derecho preexistente, un sistema al que el hombre debe en todo caso ajustar sus preceptos, sino al contrario. La estructura de este derecho existencial y -- las pautas generales de su dirección provienen del hombre -- mismo, y no de una instancia superior. 161

Erich Fechner, considera al derecho natural como un con -- tinuo hacer, vía un proceso gradual y paulatino de confec -- ción y perfeccionamiento. Cada vez, que el derecho se encuen -- tra estructurado en una forma compleja, por capas jerarquiza -- das entre sí, donde se reúnen lo biológico, lo social, lo -- histórico, lo estrictamente jurídico, etc., por cuya razón -- es imperiosa tomar en cuenta todos estos diversos elementos para esgrimir una posible solución. 162

160 Cfr. Georges Renard citado por Antonio Hernández Gil; Op. Cit. pp. 54, 55, 56 y 57.

161 Cfr. José Antonio Márquez González; Op. Cit. p. 102

162 Idem. pp. 103 y 104.

Herbert C. Hart, considera que hay un cierto número de reglas elementalísimas que cualquier comunidad debe observar si quiere asegurar su propia supervivencia y un cierto margen de bienestar y progreso a sus ciudadanos. Dichas reglas, se refieren en general, a la prohibición o al menos restricción del libre uso de la violencia, a la exigencia de ciertas formas de honestidad y veracidad en el trato con los demás, y a la prohibición asimismo de violencia sobre las cosas o propiedades. En suma, Hart parte de la base de un cierto número de necesidades sociales, producto directo de la relación hechos naturales-propósitos humanos, que explican la permanencia de ciertos preceptos característicos en los que cualquier sistema tiene necesidad de apoyarse, contando además con la ventaja adicional de la convicción que indudablemente existe en la conciencia ciudadana de obedecer a la ley por considerarla entonces plenamente necesaria. 163

2.1.2. CARACTERÍSTICAS

En el seno del iusnaturalismo antiguo y medieval descubrimos, entre otras características:

- El derecho natural es de origen divino;
- El derecho natural tiene un carácter objetivo y normativo. Es obligatorio y vigente, no constituye una mera indicación;
- En cuanto a la razón del derecho, solo conviene a --

los hombres. Cada vez, que éstos no puedan ignorarlo en cuanto a los principios universales.

- Unidad, universalidad e inmutabilidad como notas del derecho natural, absolutamente, en lo que se refiere a los primeros principios, y también, por regla general, en orden a las conclusiones derivadas de éstos.

- El derecho natural coexistente con el derecho positivo, no se excluyen. Algunos cultores, consideran al primero como esencial y fundamental para el desarrollo del derecho positivo. Otros, manifiestan que dada la organización de la sociedad, se necesitan mutuamente.

Por lo que respecta, a las características del jusnaturalismo moderno, cabe citar, entre otras a las siguientes:

- El jusnaturalismo moderno pone énfasis en el aspecto subjetivo del derecho natural, o sea en los derechos innatos de tendencia individualista y liberal;

- El jusnaturalismo moderno considera al estado mismo - como una obra voluntaria de los individuos y no, como la contemplaban la mayoría de los juristas del jusnaturalismo antiguo y medieval, como una institución necesaria por naturaleza.

- Para éstos, el estado encuentra su justificación racional (no histórica) en el contrato que le es immanente y - que es legítimo en la medida en que se adapta a los términos racionales del contrato mismo.

- En el jusnaturalismo moderno destaca la racionalización y la sistematización de todos los aspectos de la realidad, rechazando las aportaciones de la tradición y de la historia, y todo lo que no tuviera la apariencia de un dictado de la razón.

Por último, en relación al jusnaturalismo contemporáneo citaremos la delimitación de las respectivas corrientes. Ya que, en todas y cada una de estas posiciones jusnaturalistas siguen trabajando actualmente sus cultores:

Ahora bien, la dirección clásica o tradicional del derecho natural, los sostenedores de esta corriente fundan y legitiman la existencia del derecho natural en el concepto de la dignidad de la persona humana, se afirma que el hombre -- tiene elevadas miras y objetivos, hacia los cuales se dirige con toda su naturaleza. El derecho natural en esta perspectiva no sera sino el orden insito en la naturaleza que, por -- tanto, está plenamente de acuerdo con las aspiraciones racionales del ser humano y que incluso le procura los medios necesarios para actualizar su naturaleza potencial y alcanzar gradualmente su perfección. El principio dar a cada uno lo -- suyo, es pues el fundamento práctico del derecho y este último es entonces la cosa justa, esto es, lo que debe darse a -- cada uno. 164

164 Cfr. J. Antonio Márquez González; Op. Cit. pp. 39 y 40.

La concepción axiológica del derecho y los enfoques pluralistas, los cultores de esta corriente estiman que lo que en realidad subyace a la regla del derecho es más bien la -- consideración final simple de un propósito u objetivo valioso. Esta dirección teórica preconiza la vigencia de ciertos valores superiores al ordenamiento jurídico positivo, que -- orientan y dirigen la creación, interpretación y aplicación de la norma de derecho. Dentro de esta perspectiva, se destaca el cometido axiológico de la regla de derecho. Estudiando en el mismo grado el ordenamiento jurídico que se expresa típicamente en la norma, la realidad social en la que tal ordenamiento opera, y, por supuesto, la orientación axiológica -- que la regla jurídica conlleva en sí para regular una conducta determinada. Es decir, se persigue una fundamentación integral y plena del fenómeno jurídico. 165

En cuanto, a la corriente relativista o historicista -- del derecho natural, en esta posición teórica sus cultores -- destacan la imposibilidad de lograr un sistema rígido e inmutable de derecho que mantenga pretensiones de validez universal e intemporal. Así pues, dentro de esta corriente se sus -- tienen como premisas fundamentales; la convicción inalterable de que el derecho natural responde en forma substancialmente necesaria, de una manera o de otra, a los imperativos ineludibles e impostergables de las vicisitudes históricas y

las contingencias del medio social en que se desenvuelve. 166

Por último, por lo que conviene a las teorías del existencialismo jurídico y la naturaleza de la cosa a este respecto, cabe señalar que: la dirección existencialista sustenta el derecho natural precisamente en la existencia vital y cotidiana del ser humano, rechazando cualquier valor esencial que se presenta como ostensiblemente alejado de su circunstancia vital, histórica. Estos autores propugnan un sistema jusnaturalista específicamente humano, que nace en el hombre precisamente ubicado en el contexto de su existencia cotidiana. A través de la observación y del análisis de la realidad a fin de deducir de ella las pautas que de una manera o de otra condicionan en forma necesaria la conducta del ser humano y determinan el carácter de su relación en una sociedad específica. El hombre está profundamente determinado por la estructura del mundo exterior en que su vida transcurre. La naturaleza humana está continuamente haciéndose, en un constante devenir y perfeccionamiento, debido a la interacción y comunicación que mantiene con el mundo circundante. 167

2.1.3. ALCANCES

El profesor de Belgrado G. Tasic, afirma que el derecho natural asume el significado de una crítica de las solucio--

166 Cfr. J. Antonio Márquez González; Op. Cit. pp. 93 y 94.

167 Ídem. pp. 100 y 101.

nes que el derecho positivo ha adoptado sobre las mismas -- cuestiones. 168

Por su parte, Oscar Correas, nos comenta: el derecho natural, es, de todos modos, la única tendencia burguesa que -- intenta mirar al derecho desde fuera del derecho; mal o bien ofrece un criterio para la crítica del derecho tal cual es. 169

En cuanto, a la trascendencia que ha traído consigo el jusnaturalismo, cabe citar lo siguiente: el ideal jusnaturalista del siglo XVIII tuvo efectos muy grandes en la política: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), en la que se afirma que todos los hombres -- tienen derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad..... la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), que fue uno de los primeros actos de la revolución francesa, en la cual se proclamó igualmente como derechos naturales: la libertad, la igualdad la propiedad, etc., tiene un carácter francamente jusnaturalista. 170

A este respecto, Navna Monreal, nos dice: en los siglos XVII y XVIII el derecho natural ejerció notable influencia sobre la ilustración y los teóricos de la revolución francesa¹⁷¹.

168 G. Casic citado por Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 59.

169 Oscar Correas: Introducción a la crítica del derecho moderno -- (esbozo); 1a. ed. Ed. Cajica, S.A. por el patrocinio de la MAP-MAE. Colecc. Crítica Jurídica. Puebla Pue. 1982. pp. 15 y 16

170 Cfr. Guida Fasso; Op. Cit. 670.

171 Eduardo Navna Monreal: El derecho como obstáculo al cambio social; 5a. ed. Ed. Siglo veintiuno editores. México, D.F. 1981. p. 233.

Igualmente, cabe destacar que: la reivindicación de un derecho natural racional puede ser entendida por la burguesía del siglo XVIII, como la única manera para resolver correctamente el problema de las desigualdades sociales y políticas de la sociedad francesa del siglo XVIII. En tal sentido, al hacer estallar la estructura feudal, esta reivindicación realiza una superación de las contradicciones procedentes de la sociedad feudal. Sin embargo, todo este discurso, por lo demás coherente no era sino una máscara humanista y lógica para la toma del poder de la burguesía es provecho suyo exclusivamente. 172

Así pues, la invocación del derecho natural ha sido repetidas veces el instrumento por el cual las clases en rebelión legítimaban sus aspiraciones, cuando no les era posible o no lo hacían - apoyar sus reclamos sobre normas religiosas positivas o la revelación divina. Igualmente, el derecho natural ha servido para legitimar poderes autoritarios de los más diversos tipos. 173

A pesar de que la teoría del derecho natural no posee una real función de conocimiento como concepto científico, sino una función práctico - social. No obstante, que la función de esta teoría del derecho natural como ideología, es -

172 Cfr. Michel Miaille: Une introduction critique au droit; Ed. -- François Maspero, Paris 1976. p. 309

173 Cfr. Max Weber citado por Miguel E. Ugar y Madeleine R. Lecy: El derecho y el ascenso al capitalismo; trad. al español por Nicolás Grab; 1a. ed. Ed. Siglo veintiuno editores. México, D.F. 1978. p. 269.

denunciada con frecuencia, en cuanto este discurso iusnaturalista permite ocultar la realidad. Empero, la ideología no - debe considerarse únicamente desde esa perspectiva negativa; como representación que se da a sí misma una sociedad, aparece también como uno de los medios de combate, ampliamente - utilizado en la actualidad. 174

Además, cabe destacar que el derecho natural desempeña una función ideológica. Esto es, la ideología política que está transmitida en el siglo XVIII, se plasma en un lenguaje jurídico (libertad, igualdad, derecho, ley, voluntad, etc.) que expresa las condiciones de existencia y las reivindicaciones de la formación social capitalista. Podría incluso su ponerse que si la ideología dominante de la clase esclavista fue en Europa Occidental, una ideología religiosa, la ideología de la clase burguesa es una ideología jurídico-política. Toda vez, que las nuevas estructuras económicas necesitan -- una liberación con respecto a los agentes de sus lazos heredados del pasado. Es preciso, por tanto, constituir a sujetos de derechos autónomos, libres e iguales que implican el contrato de trabajo el intercambio, la competencia y, mediante la teoría de Rousseau, la construcción de la sociedad en un Estado por medio del contrato social, es decir, de una -- asociación ficticia de individuos autónomos. 175

174 Cfr. Michel Mialle; Op. cit. p. 315

175 Idem. pp. 316 y 317.

Es cuestionable el reconocimiento que a través del derecho natural se ha abogado a fin de que todos los hombres -- sean iguales, tengan los mismos derechos, entre otros, cabe citar, el respeto a la vida, a la integridad física y moral, el de la defensa en juicio. Todo lo anteriormente manifestado conforma el fundamento extranormativo de la lucha por los llamados derechos humanos.

Así pues, para Raimundo Panikar, los derechos humanos defienden la dignidad del individuo frente a la sociedad en general y frente al Estado en particular. De ahí que una civilización tecnológica sin derechos humanos equivale a la -- situación mas inhumana imaginable. Por una parte, y por la -- otra, cabe señalar que: en la base del discurso sobre los de rechos humanos se encuentra el supuesto de una naturaleza hu mana universal común a todos los pueblos. De lo contrario, -- no habría sido lógica la proclamación de una Declaración Uni versal. Esta idea, a su vez se relaciona con la antigua no ción de una Ley natural. Además, que esa naturaleza humana -- se conoce mediante un órgano de conocimiento igualmente uni versal, denominado generalmente razón. Ello se hace evidente por el uso de la palabra declaración, que subraya el hecho -- de que no es una imposición desde arriba sino una aclaración pública, una dilucidación de lo que es inherente a la natura lexa del hombre. 176

176 Cfr. Raimundo Panikar: ¿Es occidental el concepto de los dere chos humanos?; Art. Crd. Mario A. Zamudio Vega 1a. ed. Ed. UNAM. México D.F., 1982. Rvta. "Diógenes" trimestral. Num. 120. pp. 91, 92 y 115.

Ahondando sobre esta cuestión Oscar Correas, nos comenta: "y si el problema no se ve ya de lado de los derechos humanos corrientemente reconocidos, sino del lado de lo que podría ser llamado derecho natural a no ser explotado y empobrecido hasta límites infrahumanos, el iusnaturalismo adquiere dimensiones de ideología política de la mayor importancia. En efecto ¿por qué ha de ser un imperativo ético-político luchar por la erradicación de toda forma social explotadora. Toda lucha supone un imperativo ético y en todo imperativo ético habrá casi siempre un residuo jusnaturalista". 177

En los escritos sobre la libertad de prensa que Karl -- Marx, escribió encontramos lo siguiente: la libertad de prensa es una especie perteneciente a un género único; la libertad universal de la naturaleza humana. Como género, la libertad es un don natural del cual somos deudores a la luz solar de la razón. La esencia del hombre, su naturaleza. De ahí -- que cada forma de libertad... ha existido siempre, ora como privilegio particular, ora como derecho universal. Así pues, para Marx, la libertad es un derecho natural que pertenece al hombre, aun cuando le sea positivamente negado, y que tiene una existencia natural y metafísica independiente de todo reconocimiento legal positivo. 178

177 Oscar Correas; Op. Cit. pp. 16 y 17.

178 cfr. K. Marx citado por Ricardo Guastini: El Lexico jurídico - del Marx liberal; trad. al español por Jean Hennequin. 1a. ed. Ed. MAP. Puebla, Pue. 1984. pp. 59 y 91.

Por otra parte, Marx nos da a entender que: la libertad debe consistir en la atribución de un status jurídico igual a todos los individuos en cuanto tales. Esta segunda consideración está implícita en el hecho mismo de concebir a la libertad de manera jusnaturalista; pero además, Marx nos proporciona una indicación explícita en este sentido, al contraponer la libertad universal (de todos los hombres) a la libertad de estamento, o particular y al calificar a la primera de derecho, y a la segunda de privilegio. En otro pasaje, el mismo Marx nos comenta: La ley es verdadera ley sólo en la medida en que constituye la sanción positiva (terrenal y jurídica) de la ley natural, es decir, de los atributos que corresponden al hombre como tal, y que le pertenecen, aun prejurídicamente. La libertad legítima, sancionada en forma positiva no es más que el reconocimiento de una libertad que preexiste a ella; en esta, la inconsciente ley natural de la libertad se convierte en la ley consciente del Estado. Y el espíritu del Estado es la legalidad entendida como reconocimiento positivo de la ley natural. Marx entremexcla y sobrepone aquí, dos tipos o niveles de discurso: en el terreno jurídico y formal, un discurso jusnaturalista; en el terreno político y substancial, un discurso liberal-democrático; en este contexto, el pensamiento del muy joven Marx cobra la forma de un jusnaturalismo liberal y progresista, que afirma para Prusia la necesidad de convertirse en un Estado constitucional y que defiende las instituciones de la provincia --

contra el centralismo del gobierno. 179

Al respecto, Vladimir Tumanov, nos dice que:

"El marxismo valora altamente el sentido progresista de la doctrina del derecho natural que fundamentó la necesidad de substituir el régimen feudal por el burgués. En el marco de la teoría del derecho natural, la ideología de la ilustración formuló muchas ideas sociales sobre igualdad, libertad, democracia, ideas de importancia impercedera". 180

Así pues, el derecho natural no es una teoría explicativa, y por tanto un concepto científico; a una representación ideológica producida en un momento dado por una sociedad que sufre ciertas contradicciones que intenta resolver mediante una proyección hacia el campo de lo utópico. Posee por tanto una función práctica: ser un arma de combate. 181

En suma, el derecho natural es la forma específica de la legitimidad de un orden creado por vía revolucionaria, la invocación al derecho natural ha sido siempre la forma mediante la cual ciertas clases se han rebelado contra el orden establecido, han conferido la legitimidad a su reivindicación de crear derecho, en la medida en que no se apoyaban en revelaciones y normas positivas religiosas. Así las reivindicaciones de libertad en los países en que impera un gobierno dictatorial. Es en nombre de los derechos humanos que se reclaman los cambios constitucionales, administrativos y, mas generalmente políticos. 182

179 Cfr. Karl Marx citado por Ricardo Guastini; Op. Cit. pp.93 y 94

180 Vladimir Tumanov: "Derecho natural y positivismo jurídico en la valoración marxista"; art. en la concepción Marxista del derecho, 2a. ed. Ed. Ciencias Sociales Contemporáneas - Academia de Ciencias de la URSS. Moscú, 1982. p. 15.

181 Cfr. Michel Miaille; Op. Cit. p. 318.

182 Cfr. Michel Miaille; Op. Cit. p.319

Par su parte, Giorgio del Vecchio, nos comenta que: la consecuencia que podemos sacar de la historia, tal y como -- efectivamente nos lo muestra, es que el derecho natural va encarnado en la realidad por grados progresivos y frecuentemente a través de múltiples desviaciones. Por medio de los principios generales del derecho, invocados por algunos códigos como fuentes de aquél ha insistido en acentuar el alcance y las consecuencias prácticas del derecho natural. 183

2.1.4. LIMITACIONES

El subjetivismo en que incurren algunos cultores del iusnaturalismo hace que esta corriente del derecho, se aparte de la realidad histórica concreta.

Igualmente, cabe destacar que la noción universal e inmutable del iusnaturalismo es incongruente con la realidad histórica, a este respecto, Michel Miaille, nos dice que: -- las variaciones sociológicas, económicas, políticas e ideológicas, etc., nos permiten demostrar que no es posible ningún derecho fijo ni universal. De ahí que la noción de derecho natural como contenido universal resulte un callejón sin salida: Los inmutables principios del derecho son un engaño, -- y los espíritus realistas no pueden menos que comprobarlo. -- Ante semejante fracaso, ciertos partidarios del derecho natural han pretendido salvar la idea de derecho natural afirmando que este derecho posea un contenido variable. 184

183 Cfr. Giorgio del Vecchio citado por Antonio Hernández Gil; - Op. Cit. p. 60.

184 Cfr. Michel Miaille; Op. Cit. pp. 311 y 312.

Novoa Monreal, nos comenta que: en torno al concepto de Derecho Natural existen muchas y muy variadas concepciones - sobre su fundamento, su contenido y sus características. Así mismo, las abstracciones metafísicas que lo originan no tienen acogida en el pensamiento moderno, el cual prefiere razonar a base del hombre concreto y real que conocemos y rechaza los apriorismos lógicos en el campo de las ciencias sociales. 185

A este respecto, Guido Fassó, nos señala: el jusnaturalismo de los siglos XVIII y XIX pecó gravemente de falta de sentido histórico; no sólo por haber presentado como eventos sucedidos realmente meras exigencias de la razón sino también por concebir como tales las que en realidad eran instancias políticas, y no rara vez económicas, de la sociedad de la época. 186

Alf Ross, comprueba que el derecho natural ha cumplido históricamente en forma primordial una función conservadora de hábito de validez. 187

En sentido parecido, Radhruch denuncia que el derecho natural conduce necesariamente al perenne estancamiento de la historia del Derecho. 188

185 Cfr. Eduardo Novoa Monreal; Op. Cit. pp. 71 y 72.

186 Cfr. Guido Fassó; Op. Cit. p. 870.

187 Alf Ross citada por Eduardo Novoa Monreal; Op. Cit. p. 81.

188 Cfr. Gustav Radhruch: Introducción a la filosofía del derecho; Ed. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1951. p. 130.

Por su parte, Hans Kelsen, cuando se refiere a la norma fundante del derecho natural, nos dice que:

"Tan pronto la doctrina iusnaturalista pasa a determinar el contenido de las normas deducidas de la naturaleza, como inmanentes a ésta, incurre en las más agudas oposiciones. Sus representantes no proclaman un derecho natural, sino varios muy diferentes, entre sí contradictorios. Ello, sobre todo, en lo que atañe a las cuestiones fundamentales de la propiedad y de la forma de Estado. Conforme a una doctrina iusnaturalista, sólo es natural la propiedad privada particular, mientras que para otra, sólo la propiedad colectiva; conforme a una, sólo la democracia, mientras que para la otra lo natural es la autocracia, donde por natural se entiende justa... La doctrina del derecho natural, cuando ha sido efectivamente desarrollada, no pudiendo desenvolverse de otro modo, está muy lejos de ofrecer el criterio firme que de ella se esperaba". 189

Asimismo, cabe destacar que: el jusnaturalismo es impo-
tente para explicar la existencia de las instituciones jurí-
ficas. Ningún jusnaturalista conseguirá nunca explicar par-
tiendo de la naturaleza humana, por qué existen los contra-
tos o por que una persona jurídica es un ente susceptible de
adquirir derechos y contraer obligaciones. 190

Por otra parte, cabe señalar que los seguidores del --
jusnaturalismo rara vez, perciben que los deseos y las nece-
sidades de los hombres estén condicionados por la sociedad
contemporánea y por la clase social a la cual pertenecen. -
Igualmente, consideran la ideología jurídica como la subs-
tancia, y no como el reflejo, de la lucha social. 191

189 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 231.

190 Cfr. Oscar Correas; Op. Cit. pp. 17 y 18.

191 Michael E. Tigar y Madelaine R. Levy; Op. Cit. p. - 270.

Los teóricos del derecho natural del Occidente moderno, al igual que los positivistas, trabajan con los mismos materiales: la ideología jurídica de la burguesía triunfante. -- Mientras los positivistas destacan el sistema coercitivo que la ideología aplica, los partidarios del derecho natural con centran su atención sobre las promesas de libertad humana -- que esa ideología formula inevitablemente. 192

Es válido destacar que el iusnaturalismo también ha con tribuido en mucho para fortalecer una formación que opera -- más con conceptos que con realidades, para despojar las si- tuaciones de sus elementos humanos y llegar a los problemas jurídicos en que A compra y B vende en alguna situación abs- tracta. Esta fascinación de la abstracción hace de los juris tas occidentales excelentes ideólogos. Mantienen viva la mi- tología de los primeros tiempos de los cruzados del poder -- burgués, porque siguen encarando seriamente el marco concep- tual de aquella época. 193

192 Michael E. Ugar y Madeleine R. Levy; Op. Cit.
Pag. 270.

193 Idem. pp. 271 y 272.

2.2. POSITIVISMO JURIDICO

La corriente positivista tiene como antecedente al empirismo. Dicha posición cognoscitiva se propone explicar los conceptos y juicios universales a través de la experiencia. Además, emplea entre otras, instrumentos metodológicos a los siguientes: la observación y la experimentación.

Por otra parte, encontramos que Saint-Simon,¹⁹⁴ se torna en precursor del positivismo, ya que éste sostuvo la idea de abandonar un conocimiento especulativo a fin de llegar a conocimientos positivos. Igualmente, cabe señalar, que dicho pensador sostenía que a diversas etapas del conocimiento corresponden otras tantas de desarrollo social e histórico.

Para Augusto Comte, la humanidad ha pasado por tres estadios diferentes y a saber son: el primero corresponde a la época teológica y militar. "En ese período de la sociedad, todas las concepciones teóricas, sean generales o especiales llevan un sello sobre natural. La imaginación predomina por completo sobre la facultad de observación, a la que se le -- niega todo derecho a inquirir... todas las relaciones sociales... son reconocidas y exclusivamente militares. La sociedad hace de la conquista su única finalidad permanente.

La segunda época es la metafísica y jurídica. Su carácter general consiste en no poseer características bien definidas. Constituye un vínculo y es mixta y de transición... -

¹⁹⁴ Cfr. Abelardo Villegas: Positivismo y Porfirismo; - Ed. Sep- Setentas. México, D.F. p. 6.

Se mantiene aún, a la observación subordinada a la imaginación, pero se permite a la primera, dentro de ciertos límites, modificar a la segunda. Esos límites se amplían gradualmente hasta que, al fin, la observación conquista el derecho de investigar en todas direcciones. La sociedad no es ya -- francamente militar y todavía no se ha hecho abiertamente industrial... La esclavitud industrial ya no es directa; el productor, todavía esclavo, empieza a obtener algunos derechos en sus relaciones con los militares... Al principio la industria es favorecida y protegida como recurso militar. -- Después aumenta su importancia, y finalmente se considera y se practica sistemáticamente la guerra como un medio para favorecer a la industria, lo cual es la última fase del régimen intermedio.

La tercera época es la de la ciencia y la industria. Todas las concepciones teóricas especiales se han vuelto positivas, y las concepciones generales tienden a hacer lo mismo. En lo que respecta a las primeras, la observación predomina sobre la imaginación, mientras con referencia a las segundas, la observación destronó a la imaginación sin haber tomado -- aun su lugar... la industria llegó a predominar. Todas las relaciones especiales se han establecido gradualmente sobre bases industriales. La sociedad, considerada colectivamente tiende a organizarse de la misma manera, haciendo de la producción su objetivo único y constante." 195

Ahora bien, el positivismo de Comte, limitará la actividad revolucionaria que caracterizó a la revuelta popular que derrucó a la monarquía en Francia. Cada vez, que dicha actividad giraba en relación a los principios de libertad, igualdad y fraternidad. Para invalidar esa posición, la burguesía requiere de una nueva fundamentación cuyo principio básico sea el orden.

Así pues, si se había preconizado el ejercicio absoluto de la libertad para la realización revolucionaria, ésta únicamente podría alcanzarse en el bienestar, bienestar que lleva a la felicidad humana, pero que sólo puede provenir -- del progreso. El orden existió en el período prerrevolucionario, y aislarlo es sufrir un retroceso. El progreso existe -- pero es anárquico. Lo que se requiere es unirlos, y encontrar en esa unión un orden que se represente en las instituciones y un progreso sin límites que persiga la felicidad. -- No hay orden sin progreso ni progreso sin orden. 196

A la idea de la igualdad opuso la idea de una jerarquía social. Ningún hombre es igual a otro, todos los hombres tienen un determinado puesto social. Este puesto social no podía estar determinado a la manera como lo hacía el antiguo -- orden, esto es, por la gracia de Dios o de la sangre, sino -- por el trabajo... En este nuevo orden todas las personas reconocerían lo justo de su puesto en la sociedad, porque este -- puesto dependería de las capacidades de cada uno; pero esta --

196 Cfr. Leopolda Zea: El positivismo en México; Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1981. p. 41

no implicaría un desacuerdo social, sino simplemente el reconocimiento de que todas las clases son necesarias, de que todas tienen unas determinadas obligaciones que cumplir. Combe considera que es necesario que haya en la sociedad hombres -- que dirijan y trabajadores que obedezcan. Superiores e inferiores deben estar subordinados a la sociedad. 197

Por lo que respecta, al ámbito jurídico, cabe manifestar que: a) no hay más derecho que el que nace de acontecimientos conocidos por la experiencia (las fuerzas históricas sociológicas o económicas, para el empirismo jurídico; los actos del legislador, para el positivismo jurídico; b) al jurista sólo le interesan los materiales concretos suministrados por la experiencia, y no las especulaciones que tienen por origen los anhelos de justicia o el prurito razonador -- del lógico o del metafísico, ya que estas especulaciones no son comprobables por la experiencia; y c) el derecho así comprendido tendrá una necesidad casi matemática, porque su naturaleza sólo dependerá de hechos ya existentes y verificados experimentalmente y no de actos libres de los individuos. 198

En suma, la posición voluntarista lleva implícitas consigo dos tendencias: la glorificación del legislador y el culto al texto de la ley. Se glorifica al legislador como la fuente por excelencia del derecho, e igualmente, se traspone a su obra, que son los textos legales. 199

197 Cfr. Leopoldo Zea; El positivismo en México; Ed. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1981. p. 45

198 Cfr. Miguel Villoro Toranzo; Op. Cit. p. 68.

199 Idem. p. 99

2.2.1. CONCEPTUACION

En cuanto al término positivismo, convenimos en que éste descansa primordialmente en la experiencia, motivo por el cual, el conocimiento adquirido es factible de ser demostrado. Y en consecuencia rompe con la tradición de los conocimientos preconcebidos y que muchas de las veces resultan difícil de ser demostrados.

A este respecto, Gabriel Gutiérrez, nos señala:

"En el positivismo se afirma que el conocimiento debe sujetarse sólo a lo que se percibe positivamente, a los hechos inmediatos que se adquieren por la experiencia, y la experiencia supone que lo probable se aproxima a lo verdadero. 200

Históricamente el concepto de derecho positivo aparece en la legislación de Justiniano, en el siglo VI de nuestra era, siendo utilizado en el sentido de dictar una ley.

Por otra parte, encontramos que alrededor del año de 1140, Abelardo define al derecho positivo como aquel que ha sido instituido por el hombre por motivo de utilidad o de honor, o bien, aquel que se basa únicamente en la costumbre o en autoridad de los textos escritos. 201

La escuela de los Glosadores se caracteriza por el culto que profesan al Corpus Juris Civilis del que uno por uno examinan todos los textos. Acursio, es el último representante, publicará en 1250 su Gran Glosa. Éstos, consideran al de

200 Gabriel Gutiérrez Panboja: Metodología de las ciencias sociales; Ed. Harla, S.A. México, D.F. 1984. Vol. I. p. 9.

201 Cfr. Miguel Arroyo Ramírez: "Derecho positivo" art. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; 1a. ed. 1983. 1a. reimpresión. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1985. pp. -- 196 y 197.

recho de Justiniano como un todo perfecto, un sistema racional inmejorable, un derecho vigente todavía y destinado a regir el mundo entero. Le suceden a los glosadores los Comentarios o Postglosadores, cuyos principales representantes -- florecen en el siglo XIV, éstos tienden a separarse del análisis literal y aspiran a la construcción de teorías generales.

Glosadores y Postglosadores anticipan a la Escuela de la Exegesis en el culto del texto de la ley, la profunda admiración que profesan por el legislador romano produce en la práctica un efecto semejante a la glorificación del legislador popular de la revolución francesa; la exclusión de otras fuentes del derecho. Por ambas características, estas dos escuelas deben ser estimadas como precursoras del positivismo jurídico que tiene en la escuela de la exégesis su mas pura expresión. 202

La ciencia del derecho tomó parte plenamente en el viraje general hacia el positivismo. Como movimiento contrario -- tanto contra el derecho natural racional deductivo como contra la orientación metafísica de la filosofía idealista alemana, pero también contra el romanticismo y la primera escuela histórica, el positivismo jurídico se aparta de toda metafísica. Igualmente, se desliga de la existencia acerca de -- los valores o validez, ya que, únicamente su atención se centrará estrictamente a los hechos y a su legalidad empírica.

mente observable. Según la concepción positivista, lo único que es accesible al conocimiento científico, prescindiendo de la lógica y la matemática, son los hechos perceptibles junto con la legalidad, corroborable experimentalmente, que en ellos se manifiesta. En este planteamiento aparece decisivo el modelo de las ciencias naturales exactas. En esto el positivismo es naturalismo. 203

Para Karl Larenz, el positivismo jurídico se desarrolla a través de tres tipos diferentes pero que en el fondo se -- identifican, ya que, descansan en el positivismo. Y, a saber son:

-La teoría psicológica del derecho, que intenta interpretar los más importantes fenómenos jurídicos; la ley y el negocio jurídico, así como el derecho subjetivo e incluso el deber jurídico, partiendo de un concepto de voluntad psicológicamente entendida. 204

-En el segundo caso se llega a una teoría del derecho -- predominantemente sociológica, que pregunta por las causas y efectos sociales, y también particularmente económicas, de ciertas instituciones jurídicas, pero también del derecho en general como un medio al servicio de fines sociales. 205

-La tercera posición, se representa por medio de la teoría pura del derecho, el intento de vindicar para la ciencia

203 Cfr. Karl Larenz: Metodología de la ciencia del derecho; 2da ed. Ed. Ariel-Barcelona España. 1980. pp. 57 y 58.

204 Idem. p. 59

205 Cfr. Karl Larenz; Op. Cit. p. 59

del derecho, de modo similar a la lógica y a la matemática, un objeto puramente ideal, y restringirla a aquello que al respecto es necesario según las leyes del parlamento. Pero Kelsen siguió siendo positivista, a pesar de ciertas concesiones al neokantismo, en cuanto expulsó de la ciencia del derecho toda consideración valorativa y, con ello, la cuestión acerca de la valoración pertinente en cada caso, por estimar que no es contestable científicamente. 206

En relación al positivismo jurídico, García Máynez nos dice: "De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época. El positivismo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido". 207. Una vez, que para los formalistas sólo hay un derecho, el positivo, esto es, la voluntad del legislador, porque la sanción les parece esencial. Fuera del orden emanado del legislador no hay derecho posible; el derecho se confunde con la ley.

En dirección semejante, se expresa también Novoa Monreal, quien nos señala que: el positivismo jurídico no reconoce otro derecho que el impuesto por el legislador humano. En este sentido la corriente del positivismo jurídico podría ser llamada además, en un sentido muy amplio, del formalismo

206 Cfr. Karl Larenz; Op. Cit. p. 59.

207 Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho; Op. Cit. p. 40.

jurídico, en razón de que se haga únicamente en los textos dictados por el legislador. Así pues, dentro de esta posición teórica encontramos diversos matices, los cuales consideran que es derecho tan sólo a la normativa proveniente del legislador positivo, y a saber son: la escuela de la exégesis, la dogmática jurídica y la teoría pura del derecho. 208

La Escuela de la Exégesis nace en Francia junto con la dictación de los grandes códigos. El inmenso prestigio de esos códigos, especialmente del Código Napoleón (civil), y a la idea de que ellos condensaban en forma racional y ordenada principios, reglas y conocimientos jurídicos acumulados durante siglos, el postulado político de que la ley es expresión de la voluntad del pueblo y de la razón, hicieron que se rindiera un verdadero culto al texto de la ley, obra de un legislador que aparecía como infalible y omnipotente. Al juez no le está permitida crear derecho, pues tal facultad es exclusiva del Parlamento. 209

La dogmática jurídica se desarrolló principalmente en Alemania y propone el conocimiento racional y sistemático de los fenómenos jurídicos a través de la búsqueda de los conceptos generales que se contienen objetivamente en el ordenamiento jurídico positivo. Esas instituciones u otras partes del ordenamiento jurídico que también han sido sometidas a ese proceso previa de análisis, síntesis y construcción, son

208. Cfr. Eduardo Navas Monreal; Op. Cit. pp. 235 y 236.

209. Ibidem.

sistematisados en un conjunto que comprende toda una rama -- del derecho o aun toda el ordenamiento jurídico. Éste es el aspecto teórico; junto a él se agrega un aspecto práctico -- constituido por la técnica de interpretación y aplicación de las normas concretas de un sistema dado. Se le llama dogmática porque el jurista no valora el contenido de las disposiciones que componen un determinado sistema jurídico positivo sino que considera a éstas como imperativos indiscutibles, -- con respecto a los cuales no cabe otra tarea científica que la antes mencionada. 210

Por lo que concierne, a la teoría pura del derecho, cabe destacar que para esta perspectiva del positivismo jurídico, no existe otro derecho que el que emana de la autoridad estatal. Igualmente, en esta posición teórica se estima al -- derecho como un orden coactivo constituido a base de normas, que reglamenta el empleo de la fuerza en las relaciones sociales y se reserva el monopolio de ésta. También, se considera al derecho como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada manera, técnica, -- que puede ser empleada para cualquier fin social, pues, el -- derecho no es un fin sino solamente un medio. 211

Ahora bien, respecto a qué es el formalismo jurídico Antonio Hernández Gil, nos señala lo siguiente: "Por formalismo hay que considerar, ante todo, el desentendimiento del jurista de lo social y de lo valorativo. La actividad científica

210 Cfr. Eduardo Novoa Montreal; Op. Cit. pp. 236 y 237.

211 Ídem. pp. 237 y 238.

ca agota su cometido en la norma, bien en el sentido de elaborarla, bien en el de conocerla. El formalismo es siempre - un positivismo normativo o normativista, asociada a un conceptualismo". 212

Norberto Bobbio, distingue cuatro acepciones de formalismo jurídico y a saber; en la primera de ellas, por formalismo jurídico se entiende la teoría de la justicia según la cual el acto justo es el conforme a la ley, y el injusto, el disconforme; con lo que formalismo jurídico equivale aquí al más estricto legalismo cifrada en el cumplimiento del deber emanado de la norma. 213

En una segunda acepción, el formalismo se centra en la delimitación de lo jurídico (respecto de lo moral, lo económico, lo consuetudinario), sin tomar en cuenta el contenido y sí sólo la forma, como aparece de manera muy acusada en la fórmula de Kelsen, para el cual el derecho consiste en la forma y en particular la regulación mediante el ejercicio -- del poder coactivo. Así surge el normativismo. 214

Por lo que concierne, a la tercera acepción del formalismo jurídico, cabe decir, que ésta, se traduce en la concepción de la ciencia jurídica como ciencia formal, cuyo cometido no es la explicación causal ni la justificación teleológica, sino la construcción, el sistema y la dogmática. 215

212 Antonio Hernández Gil; Op. Cit. Vol. III. pp. 19 y 20.

213 Cfr. Norberto Bobbio; Giusnaturalismo e positivismo giuridico citada por Antonio Hernández Gil; Op. Cit. Vol. III. p. 20.

214 Ibidem.

215 Ibidem.

Por último, un cuarto significado del formalismo jurídico se manifiesta en la teoría de la interpretación jurídica al propugnar la hegemonía de la interpretación lógica y sistemática sobre la histórica y teleológica (jurisprudencia - conceptual frente a jurisprudencia de intereses) y estimar que el juez despliega un cometido exclusivamente declarativo y nunca creador del derecho. 216

A continuación, nos permitimos señalar de manera un tanto cuantitativa, específicas las siguientes consideraciones en torno a una determinada perspectiva del formalismo jurídico.

Jeremias Bentham, desarrolló en su filosofía el principio utilitarista, es decir, el principio según el cual las reglas morales y jurídicas deben servir para procurar la mayor felicidad posible al mayor número de hombres posibles. Además, es precursor de la ciencia de la semántica. 217

Por otra parte, cabe destacar que Bentham, fue precursor de la reforma penitenciaria, a través de el Panopticon, en la cual se obligaría a los prisioneros a un trabajo remunerado y tendrían que hacerse útiles durante su período de encarcelamiento. 218

Jeremias Bentham, penetra en el análisis de los conceptos y nociones jurídicas. De ahí que se le pueda estimar cu

216 Cfr. Norberto Bobbio: Giusnaturalismo e positivismo giuridico; citado por Antonio Hernández Gil; Op. Cit. Vol. III. p. 20

217 Cfr. Jeremias Bentham citado por Yvon Belaval Historia de la filosofía-en el siglo XIX; trad. Eduardo Bustos, et. al. 4a ed. Ed. Siglo veintiuno, S.A. Mexico, D.F. 1981. pp. 337 y 343.

218 Ide. p. 338.

mo el fundador de la jurisprudencia analítica. 219.

Para dicho jurista, una norma jurídica puede definirse como un compuesto de signos declarativos de una volición - concebida o adoptada por el soberano en un Estado, respecto de la conducta que ha de observarse en cierto caso por cierta persona o clase de persona. 220.

En cuanto a la estructura de la norma jurídica Bentham señala que:

"Existen dos cosas esenciales a toda norma jurídica: un acto (una acción, un comportamiento)... objeto de un deseo o volición de la parte del legislador; y un deseo o volición del cual dicho acto es objeto... Los ingredientes esenciales en una norma jurídica son el acto y el aspecto". 221

Cuando Bentham, se pregunta en que reside la fuerza de una norma jurídica, para este autor, los motivos, no son sino las expectativas de pena y placer conectados de manera -- particular, en el sentido de la causalidad con las acciones con referencia a las cuales pena o placer son considerados motivos. Cuando es en la forma de placer que se aplican, -- pueden ser llamados motivos atractivos; cuando adoptan la -- forma de pena: coercitivos. Así pues, el caso es que, normalmente, el uso del castigo es, sin comparación, el más -- eficaz.

Además, cabe destacar que, la relación entre el castigo

219 Cfr. Rolando Tamayo y Salmerón: "La teoría del derecho de Jeremy Bentham"; art. Boletín Mexicano de Derecho Comparado; Ed. UNAM. México, D.F. 1984. Mayo-Agosto. Num.50 Año XVII.p.556.

220 Ídem. p. 558.

y el derecho es tan fuerte que, ahí cuando los motivos de la acción requerida o propuesta son del tipo atractivo, parece muy dudoso -observa Bentham- que a tal expresión de voluntad pueda llamarsele una norma. En consecuencia, Bentham dice -- que, la idea de coerción en la mente de las personas se haya conectado de forma inseparable con la de norma jurídica. 222

El alcance de las normas jurídicas, a este respecto, Bentham, señala: una norma jurídica puede ser particular, general, o poseer ambas características y, explica que la generalidad o particularidad de una norma jurídica resulta de la generalidad o particularidad de los sujetos y de los objetos con los cuales se relaciona. Es decir, una norma jurídica es completamente particular cuando sus sujetos y sus objetos -- son todos ellos individuales; es parcialmente particular y -- parcialmente general si uno o más de estos aspectos es individual; es completamente general si ninguno de ellos es individual, sino que cada uno de ellos es una clase. 223

En cuanto a la ejecución o aplicación de las normas jurídicas, Bentham, comenta: La voluntad del legislador sobre el asunto en cuestión ha sido, en efecto declarada; y se ha amenazado con un castigo en caso de no cumplir con tal voluntad; sin embargo, en cuanto a los medios para ejecutar tales amenazas nada ha, hasta entonces, aparecido. El poder de

222 Jeremias Bentham: 'Of Law in General'; citado por Rollando Tamayo y Salmorán Op. Cit. 561 y 562
223 Idem. 563.

legislar, aunque fuera supremo e ilimitado -sostiene Bentham- no es autosuficiente y completo. No es, de hecho, sino la mi ta d del po der que aqu ellos, por cuyo so meti mien to y ob edi en cia el do mi ni o es co n sti tui do, son ca pa ces de co n fe ri r. 224

Igualmente, encontramos en el trabajo de Jeremias Bentham, lo relativo a la distinción entre normas principales y secundarias. Al respecto, dicho autor nos manifiesta que: la norma principal y la norma subsidiaria son dos normas distin tas y no pa rtes de una mis ma no rma. No obstante lo anterior, es evidente que entre la norma principal y subsidiaria no -- puede haber sino una muy estrecha conexión y dependencia; la norma principal contiene una referencia esencial a la subsidiaria. Asimismo, cabe señalar que: Un cuerpo de normas jurí dicas es una vasta y complicada pieza de mecanismo del cual ninguna parte puede ser explicada sin el resto. 225

Por otra parte, Bentham afirma: "el único curso que es -- de eficacia universal es el castigo; una muestra del cual -- tiene que ser proporcional a toda norma de forma a ser efectiva". 226

En *Of Law in General*, encontramos que: una norma jurídica es una expresión de voluntad, ... un compuesto de signos -- expresivos de un acto de voluntad... los únicos signos que -- pueden dar respuesta a este propósito... son aquellos signos

224 Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán; Op. Cit. pp. 565 y 566.
225 Idem. pp. 566 y 567.
226 Idem. p. 568.

convencionales cuya combinación forma lo que es llamado discurso. Por un lado, y por el otro, cuando se refiere a las normas consuetudinarias, Bentham, señala: estas normas jurídicas no son sino numerosos actos autocráticos particulares u órdenes, los cuales en virtud de la interpretación más bien extensa que la gente está dispuesta a otorgarles, tienen, en alguna forma, los efectos de las normas generales. 227

Por último, en relación a la individualización de las normas jurídicas, Bentham, comenta: la individualización de una norma resulta de su integridad y de su unidad, consideradas en su conjunto. También, nos dice que una norma jurídica puede ser completa o incompleta en referencia a tres aspectos; expresión, conexión y diseño. El criterio de referencia en cuanto a la completitud expresiva lo constituye la voluntad del legislador. Además, para que estas disposiciones (artículos, cláusulas, secciones, considerandos, etc.) tengan los efectos para los que fueron creados, es necesario -- que la acción que debe ejercer cada una de ellas sobre las otras se produzca.

Toda norma jurídica es incompleta en cuanto a su diseño cuando no corresponden a la concepción que de ella se hizo -- el legislador. Toda norma tiene su origen, según Bentham, en un específico daño, apto para obtener de él el tipo de acto que el legislador es inducido a prohibir, cuya idea general

227 Cfr. Rolando Tamayo y Salmerán; Op. Cit. pp. 568 y 569.

se forma el legislador a partir del daño particular. En cuanto a la incompletitud puede pecar de defecto o de amplitud. 228

Ahora bien, en la teoría del derecho de John Austin, encontramos, entre otros conceptos, a los siguientes:

Toda norma jurídica (law) es un mandato o, mejor las normas son, propiamente hablando, especies de mandatos.. 229

Prosiguiendo con el análisis del término mandato elaborada por Austin, cabe destacar que:

- 1) El deseo, concebido por un ser racional, de que otro ser racional haga u omita.
- 2) Un daño aplicado por el primero y sufrido por el último, en caso de que éste no se conforme al deseo.
- 3) La expresión (o insinuación) del deseo mediante palabras o signos.

De toda lo antes mencionado se colige que mandato, deber y sanción son términos inseparablemente relacionados: cada uno, afirma Austin, es el nombre de la misma noción. 230

Así pues, "una norma jurídica es un mandato que obliga a una o a varias personas. Pero, a diferencia o en oposición a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga... generalmente: actos u omisiones de cierta clase. 231

228 Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán; Op. Cit. p.570.

229 Cfr. John Austin: The Province of Jurisprudence Determined citada por Rolando Tamayo y Salmorán; El Derecho y la Ciencia del Derecho; Tercera edición. Ed. UNAM. Mexico, D.F. 1984. p. 37

230 Cfr. John Austin citada por Rolando Tamayo y Salmorán; El derecho y la ciencia del derecho; Op. Cit. p. 40.

231 Idem. p.41.

John Austin, también nos señala que:

"Toda norma jurídica positiva o toda norma estrictamente así llamada es un mandato directo o indirecto del... soberano, - emitiéndola en su carácter de superior político; es decir un mandato directo o indirecto de un soberano dirigido a una -- persona o varias personas en estado de sujeción con respecto a su autor" 232

En otro apartado del trabajo de John Austin, encontramos que para dicho autor el objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo: derecho simple y estrictamente así llamada o derecho establecido por superiores políticos a inferiores políticos. 233

Para lograr el objeto de la ciencia del derecho se torna necesaria la explicación de las nociones jurídicas fundamentales a través del análisis del lenguaje del derecho y a través de la clasificación de sus términos para descubrir sus - interconexiones lógicas. Toda vez que, el derecho positivo - se constituye por hechos del mundo. La jurisprudencia es una explicación del derecho, hecha por los juristas. La jurisprudencia habla del derecho (lo describe, lo analiza), no lo establece. La jurisprudencia es una reflexión sobre el derecho; es la ciencia general del derecho positivo. 234

232 Cfr. John Austin citado por Rolando Tamayo y Salmorán: el derecho y la ciencia del derecho, Op. Cit. p. 43

233 Cfr. John Austin: The province of Jurisprudence Determined; citado por Rolando Tamayo y Salmorán. Op. Cit. p. 45

234 Cfr. H.C.A. Hart: Introduction in the province of Jurisprudence Determined-citado por Idem.p.49.

Además, de la teoría del derecho de John Austin, se desprende que: el derecho se define en términos de hechos sociales; actos humanos: mandatos, hábito de obediencia, castigos. Si el derecho se manifiesta por hechos sociales es necesario determinar aquellos hechos sociales que nos permitan identificarlo. Esta es tarea de la ciencia del derecho. 235

Por último, sólo nos resta manifestar por una parte que; el derecho de una comunidad política es un conjunto de normas jurídicas (laws); el derecho es un orden o sistema de -- normas jurídicas, y, por la otra, la eficacia es el elemento relevante del criterio de existencia del derecho. Ahí donde las normas jurídicas (laws) emitidas por una instancia soberana son habitualmente obedecidas, ahí hay derecho. 236

La aportación teórica tanto de Jeremias Bentham como de John Austin, generan el ambiente necesario para que surja en seguida la teoría pura del derecho de Kelsen .

Hans Kelsen, es sin duda, uno de los representantes más destacados del positivismo jurídico contemporáneo. En su investigación denominada Teoría Pura del Derecho, encontramos entre otros, argumentos a los siguientes:

"La Teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico.... En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de que sea el derecho, y como sea; pero no, en cambio, a la pregunta de como el derecho debe ser

235 Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán: El derecho y la ciencia del derecho; Op. Cit. p. 50.

236 Idem. p. 51

o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica..... Al caracterizarse como una doctrina "pura" con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método". 237

Ahora bien, la preocupación de Kelsen, en tratar de aislar la ciencia jurídica de las demás ciencias sociales, se debe según él, a que la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente qué lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza. En manera enteramente acribitica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentra en estrecha relación con el derecho. 238

En relación a lo antes señalado, Hans Kelsen, sostiene que:

"Cuando la teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metodológico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto". 239

Uno de los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho, lo identificamos con el de norma jurídica. A -

237 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; 2a. ed. trad. al español por Roberto José Vernengo, 1a. ed. 1979. 3a. reimpresión. Ed. UNAM, México, D.F. 1983. p. 15

238 Cfr. Ídem.

239 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 15

este respecto, Hans Kelsen, señala que:

"La norma funciona como un esquema de explicitación conceptual. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa". 240

Igualmente, cabe destacar que: una norma, no es ni verdadera ni falsa, sino sólo válida o no válida. La sentencia judicial denominada juicio, no constituye una proposición - enunciativa en el sentido lógico del término, así como tampoco lo es la ley que aplica, sino una norma; una norma individual, por cierto limitada en su validez a un caso concreto, a diferencia de la norma general denominada ley. 241

Hans Kelsen, en su Teoría general del derecho y del Estado, nos dice que el término derecho designa una técnica - específica de organización social, científicamente, el derecho es un problema de técnica social, no un problema ético. Además, un orden jurídico, ni implica ningún juicio moral, en el sentido de que tal orden sea bueno o justo. Toda vez, que derecho y justicia son conceptos diferentes. 242

Para Kelsen, el derecho es un medio, un medio social específico, no un fin. Además, el derecho es esencialmente el

240 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 17

241 Cfr. Idem.p.33

242 Cfr. Hans Kelsen: Teoría general del derecho y del Estado; trad. al español por Eduardo García Máynez, 2a ed. 1958. 3a. reimpresión. Ed. UNAM. México, D.F. 1983.p.6.

mismo para todos los pueblos, tan diversos desde el punto - de vista del tiempo, del lugar y de la cultura, a saber: -- una técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario. 243

El derecho en cuanto un orden jurídico es un orden coactivo, en el sentido que se acaba de establecer puede ser -- descrito en enunciados que declaren que, bajo determinadas condiciones (y ello quiere decir: determinadas por el orden jurídico). La totalidad del material dado en las normas jurídicas de un orden jurídico se acomoda en este esquema de enunciado jurídico formulado por la ciencia del derecho, -- enunciado que corresponde distinguir de las normas del derecho impuestas por la autoridad jurídica. 244

Así pues, la fuerza obligatoria de un mandato no deriva del mandato mismo, sino de las condiciones en las cuales es formulado. Suponiendo que las reglas jurídicas sean mandatos obligatorios, resulta claro que tienen fuerza obligatoria en cuanto son expedidas por autoridades competentes. 245

Es tarea de la ciencia jurídica presentar el derecho de una comunidad, a través del proceso legislativo en forma de

243 Cfr. Hans Kelsen: Teoría general del derecho y del estado; Op. cit. p. 22

244 Cfr. Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 70

245 Cfr. Hans Kelsen: Teoría general del derecho y del Estado; Op. cit. p. 37.

juicios que establezcan que si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse. Es preferible no dar a estos juicios el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. La regla de derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. Esta es la forma lógica que tienen también las leyes naturales. Y como en la proposición jurídica, la ley natural enlaza -- igualmente, como condición y consecuencia, dos hechos físicos. La condición es, en este caso, la causa, la consecuencia, el efecto. La diferencia entre la regla de derecho y la ley de naturaleza parece consistir en que la primera se refiere a seres humanos y a su conducta, mientras que la segunda se refiere a las cosas y a sus reacciones.

No obstante, la conducta humana puede ser materia de leyes naturales, en la medida en que tal conducta pertenece también a la naturaleza. Por lo tanto, la regla de derecho y la ley natural difieren no tanto en los elementos que enlazan sino en la forma de tales enlaces. La ley natural establece que si A es, B es (o sera), la regla de derecho dice: si A es, B debe ser. La regla de derecho es una norma (en el sentido descriptivo del vocablo). El principio de acuerdo con el cual la ciencia natural describe su objeto, es la causalidad; el principio de acuerdo con el cual la ciencia del derecho describe el suyo es la normatividad. 246

246 Cfr. Hans Kelsen: Teoría general del derecho y del Estado; Op. Cit. pp. 53 y 54.

Los actos humanos que crean los sistemas de normas jurídicas son aquellos actos que, convencionalmente se interpretan como pertenecientes a la comunidad en su totalidad; esta es, dichos actos son considerados, convencionalmente, como procedimientos de creación jurídica de la comunidad. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos decir que la convención a la que hemos aludido la celebran los miembros de la comunidad, haciendo posible un sistema de normas propuesta por alguien, cuyos actos y voliciones adquieren - mediante esta convención carácter de actos orgánicos de creación jurídica. Consecuentemente, con la explicación de la creación convencional de los sistemas de normas jurídicas, no pretendemos justificar un determinado procedimiento de creación o reprochar otros. La convención es una mera hipótesis que nos permite interpretar los actos humanos como jurídicamente creadores, sea cual fuere el sistema jurídico que crearan. 247

Podemos convenir, que la norma jurídica convencionalmente creada no es más que, conducta humana imputativamente vinculada. 248

De conformidad con la teoría Kantiana del conocimiento, la ciencia del derecho tiene, como todo conocimiento, un ca

247 Crr. Hans Kelsen citado por Rolando Tamayo y Salmerón: Sobre el sistema jurídico y su creación; 1aed. Ed. UNAM. Mexico, D.F. 1976. pp. 30 y 31.

248 Idem. p.33

El subrayado es mío.

rácter constitutivo, y por tanto, ella crea su objeto en la medida en que lo comprende como un todo dotado de significado. 249

Por último, cabe destacar que para la teoría egológica del derecho, la relación entre norma y conducta es una relación de conocimiento, las normas jurídicas constituyen el instrumento mediante el cual se conoce la conducta humana, esto es, son únicamente las normas positivas del instrumento a través del cual se conoce el comportamiento jurídico.²⁵⁰

Asimismo, cabe manifestar que: el orden jurídico ofrece una estructura escalonada. No hay conducta humana que no pueda ser contenida en una norma. El derecho vale como tal, porque nació de una cierta manera, con arreglo a una norma determinada y en virtud de un método específico. Todo el derecho se apoya en una norma fundamental cuya validex tiene el carácter de un juicio hipotético. La teoría de la estructura escalonada estudia el derecho en el movimiento, en el proceso perpetuamente movido de su autocreación. Por ello, la creación y aplicación del derecho se aproximan, aparecen en la misma línea; y así, tanto la ley como la decisión judicial, vienen concebidas como norma, sin más diferencia entre sí que la puramente cuantitativa de que en tanto la ley es norma general, la sentencia es una norma individual. 251

249 Cfr. Hans Kelsen citado por Roldano Tamayo y Salmorán: Sobre el sistema jurídico y su creación; 1a. ed. Ed. UNAM. México, D.F. 1976

250 Ídem. p. 39

251 Cfr. Legaz Lacambra: Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado. Citado por Antonio Hernández Gil; Op. Cit. pp.180 y 181.

2.2.2. CARACTERÍSTICAS

En cuanto a los aspectos fundamentales que delimitan al positivismo como corriente cognoscitiva cabe señalar, entre otras, y a saber son:

- El monismo metodológico. Los objetos abordados por la investigación científica son diversos; pero hay unidad de método y homogeneidad doctrinal. Esto es, sólo se puede entender de una única forma aquello que se considere como una auténtica explicación científica.

- Se toma como modelo metodológico el de las ciencias naturales exactas. Dicho patrón lo constituía la ciencia físico-matemática. Por él vendría medida la científicidad de las restantes ciencias sociales.

- La explicación causal como característica de la explicación científica. La ciencia trata de responder a la pregunta por que ha sucedido un hecho, es decir, responde a la cuestión acerca de las causas o motivos fundamentales. Consecuentemente, las explicaciones son causalistas y se persiguen leyes generales hipotéticas de la naturaleza que subsuman los casos o hechos individuales.

- El interés dominador del conocimiento positivista, pondrá énfasis en la predicción de los fenómenos. El control y dominio de la naturaleza constituye el objetivo de dicho interés. La amenaza que le ronda es casificar, reducir a objeto todo, hasta el hombre mismo. Este positivismo

científico va a pretender hacer ciencia social, histórica, económica, etc., siguiendo la tipificación ideal de la física matemática, acentuando la relevancia de las leyes generales para la explicación científica y tratando de subsumir -- bajo el mismo y único método a todo saber con pretensión -- científica. 252

Por lo que concierne, a las características que con mayor frecuencia encontramos en la corriente del positivismo jurídico, cabe hacer mención entre otras:

- Se deja entrever, un marcado culto liberal al texto de la ley, al igual que, a la voluntad del legislador.

- El positivismo jurídico rompe con el esquema valorativo y subjetivo del jusnaturalismo. Dicho de otra manera, para los juristas que cultivan y comparten la teoría positivista del derecho, lo que a éstos, mas les importa es describir el derecho como objeto de estudio de acuerdo a sus -- formas de elaboración y aplicación en un espacio y tiempo -- histórica concreta, sin preocuparse acerca del por qué es -- así y no de otra manera; en si es justo o injusto, en si es bueno o es malo, En suma, a las positivistas las reflexiones anteriormente citadas no les interesa.

Consecuentemente, adoptan una posición neutral en relación a las demás ciencias sociales.

252 Cfr. Gabriel Gutiérrez, Panboja: Metodología de las ciencias sociales - II; 1a. ed. Ed. Harla, S.A. México, D.F. 1986. pp. 272 y 273.

- Centran su atención en los hechos y en la legalidad empírica observable. De ahí que acepten con beneplácito el modelo metodológico de las ciencias naturales exactas.

- Igualmente, cabe destacar que, para los cultores del positivismo jurídico sólo, es derecho únicamente aquello -- que se fundamenta en un mandato emanado por la voluntad del legislador y se distingue, ya que, gira en torno a un sistema normativa coercitivo.

- Al positivismo jurídico también, se le conoce con el nombre de formalismo jurídico, el cual descansa a través de un discurso normativo de índole racional y sistemático de los fenómenos jurídicos vía conceptos generales que se obtienen del ordenamiento jurídico positivo.

- Dentro del formalismo jurídico encontramos cuatro variantes plenamente identificadas y a saber son; el legalismo, referido a la teoría de la justicia; el normativismo, relativo a la teoría del derecho; el dogmatismo, que expresa un modo de entender la ciencia del derecho, y el conceptualismo, que se manifiesta en teoría de la interpretación.

- La corriente del positivismo jurídico considera al derecho como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada forma impuesta por la voluntad del legislador.

- El positivismo jurídico no se interesa en tratar de explicar el contenido normativo y su relación con el aconte

cer histórico social, sino sólo en la descripción de la forma legal.

- Por lo que respecta, a las características de la Teoría Pura del Derecho, cabe manifestar que:

1. No es una ciencia en el sentido de una descripción y explicación de fenómenos como son, *verbi gratia* las ciencias naturales exactas.

2. Presupone la existencia de una separación, más o menos clara, de los subsecuentes niveles:

a) Realidad: acciones humanas, conducta.

b) Derecho Positivo: un conjunto de enunciados o normas que regulan esas acciones (ordenan, prohíben y facultan).

c) Ciencia jurídica o dogmática: que describe y sistematiza tales normas, mediante un conjunto de enunciados descriptivos.

Concluyendo muy apretadamente la Teoría Pura del Derecho, se puede decir que es un intento por exponer y explicar los términos o conceptos necesarios para que se pueda formar una ciencia del derecho, la cual se ocupara de describir al derecho positivo. Dicha teoría parte del supuesto de que tales conceptos jurídicos fundamentales como norma, sanción, deber jurídico, responsabilidad, etc., son necesarios e indispensables para describir al derecho positivo. Según Kelsen esta teoría requiere también de algunos principios o categorías, tales como la imputación, el deber ser y la norma

fundamental hipotética. Sin ellos no es posible hacer una --
ciencia jurídica, ni conocer su objeto: el derecho positi--
vo. 253

- Asimismo, cabe destacar que, el modelo de Kelsen no
resuelve todos los problemas que se le presentan con el mis-
mo grado de claridad y precisión.

El modelo rechaza un conjunto de problemas tradiciona-
les, calificándolos de metafísicos (Ejem. el derecho natu--
ral y la justicia) o como pertenecientes a otras discipli--
nas: sociología jurídica, ética, psicología, historia, etc.

El modelo de Kelsen, construido originalmente con una
profunda influencia, primero del positivismo jurídico del -
siglo XIX, y después de la filosofía neokantiana, particu-
larmente de la escuela de Marburgo.

La jurisprudencia analítica se limitaría a señalar un
método que intenta precisar el significado de los términos
y expresiones lingüísticas de los juristas aclarando su --
significado y la relación lógica que guardan entre sí, si
es posible deducir unos de otros, si se contradicen o si -
son independientes. No se trata de encontrar y describir -
la esencia del derecho y ni siquiera se supone que se han
encontrado los significados definitivos o verdaderos de ta
les conceptos. Por el contrario se es consciente de que mu

253 Cfr. Javier Esquivel: "El modelo Kelseniano", art. en Estu
dios en memoria de Hans Kelsen; 1a. ed. Ed. UNAM. Boletín Mexicano de
Derecho Comparado. México, D.F. Año VII. Num.19 - especial- Enero-Abril
de 1974. pp. 27 y 28.

chos de ellos son necesariamente ambiguos y que la labor de precisarlos requiere de análisis lógicos cuidadosos, muchas veces con ayuda de la lógica formal y de la lógica deontica. 254

Ahora bien, la lógica deontica puede ser definida como "la teoría lógica de la obligación y de la permisión del de ber y el poder". 255

La lógica jurídica abarca, entre otras áreas:

1. Semiótica jurídica.
2. Lógica deontica.
3. Lógica jurídica, strictu sensu. 256

Además, cabe destacar, que en realidad no existe una sola lógica deontica; dentro de esta expresión se contiene una gran variedad de sistemas o modelos a utilizar, los cuales deben cumplir las reglas mínimas señaladas para todo -- cálculo proposicional:

- a) Una relación de los símbolos primitivos
- b) Reglas de formación
- c) Axiomas
- d) Reglas de transformación

254 Cfr. Javier Esquivel; Op. Cit. 28, 29 y 30.

255 Cfr. Raúl A. Jimenez V.: La aplicación de la lógica al derecho; Tesis presentada en el curso de Filosofía del Derecho del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM. México, D.F. 1981. p. 69.

256 Ibidem.

Los operadores o modalidades deónticas son:

- A) La obligación.
- B) La prohibición.
- C) La permisión.
- D) La potestad.

Así pues, mediante la formalización de enunciados -- prescriptivos y el uso de conectivas lógicas, se llega a -- concluir que, las normas jurídicas no tienen una determinada estructura lógica; cualquier redacción puede ser convertida en un enunciado con cualesquiera de los cuatro operadores deónticos. Esto significa, por una parte, que los operadores son interdefinibles, y por la otra, que el sistema -- normativo jurídico puede ser analizado atendiendo a uno u -- otro, sin que esto signifique una naturaleza exclusiva y excluyente. 257

2.2.3. ALCANCES

Es incuestionable, que el positivismo como corriente -- cognoscitiva persigue, entre otros, objetivos y a saber son: racionalizar y sistematizar experiencias, las cuales serán confrontadas con la observación y la experimentación.

Ahora bien, por lo que concierne, al positivismo jurídico, cabe destacar, que dicha concepción jurídica se opone al idealismo subjetivo y metafísico que encierra en sus ex-

257 Cfr. Raúl A. Jiménez V.; Op. Cit. pp. 70 y 71.

tremos el iusnaturalismo.

Igualmente, cabe subrayar, lo siguiente: para los cultores del positivismo jurídico representa una singular preocupación, el tratar de manera permanente la cientificidad - del derecho. Dicho de otra manera, para los partidarios del positivismo jurídico el derecho como objeto de estudio tienen una implicación científica.

Al respecto, Hans Kelsen, nos señala:

"si existe una ciencia social diferente de la ciencia natural, necesita describir su objeto según su principio que se diferencie del de causalidad... Pero no existe razón suficiente alguna para no concebir también el comportamiento humano como un elemento de la naturaleza, es decir, como determinado también por el principio de causalidad, para explicarlo, como los hechos naturales, por causas y efectos. 258

El referido autor, en su Teoría pura del derecho, nos dice que: sólo cuando la sociedad es comprendida como un orden normativo de la interacción humana, como un objeto concebido en forma distinta del orden causal de la naturaleza, puede contraponerse la ciencia de la sociedad a la ciencia de la naturaleza... En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominada princi

258 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 89.

pios de imputación (atribución). 259.

En el curso de un análisis del pensamiento jurídico -- puede mostrarse que en las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, se da una analogía con el enunciado causalista. Así pues, la analogía reside en que el principio a que nos referimos cumple, en los enunciados jurídicos, una función enteramente semejante al del principio de causalidad en las leyes de la naturaleza, con las cuales la ciencia natural describe su objeto. Un enunciado jurídico es, por ejemplo, la oración: "Si un hombre comete un delito, debe sancionársele con una pena"; o: "Si alguien no paga sus deudas, debe procederse a ejecutar coactivamente sus bienes patrimoniales. En términos generales, el enunciado jurídico dice que bajo determinadas condiciones -- esta es, condiciones determinadas por el orden jurídico, -- debe producirse determinado acto de coacción -- a saber; el -- determinado por el orden jurídico. De igual modo que una -- ley natural el enunciado jurídico enlaza también dos elementos.

Pero, el enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. El enlace jurídico es diferente al natural. Toda vez, que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma

con base en las cuales de las proposiciones primitivas se obtienen las proposiciones derivadas. Rigor, pues, en la -- formación de las proposiciones y en la transformación. El -- lenguaje científico implica el tránsito de un conocimiento puramente subjetivo (mi percepción) a un conocimiento en el máximo grado intersubjetivo. Toda ciencia implica un análisis del lenguaje. 269

El fin que se propone la investigación del jurista en cuanto análisis del lenguaje es para Bobbio, completamente idéntico a cualquier otro análisis lingüístico; tiende a -- construir un lenguaje jurídico como lenguaje riguroso. 270

Por último, advierte Bobbio que la diferencia entre -- lógica tradicional y la lógica científica moderna radica -- en que aquella es única y universal en tanto esta se des-- compone en tantas lógicas particulares cuantos sean los -- sistemas científicos. 271

Otra característica relevante del positivismo jurídico, la detectamos al considerar al derecho como una técnica de control social mediante la implementación de un lenguaje normativo que se observa y aplica, entre otras razones, por la coercitividad. A fin de regular la conducta humana de una sociedad determinada que se desarrolla en un -- espacio y tiempo histórico determinado.

269 Cfr. Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho; Op. Cit. T.II. p. 166.

270 Ibidem.

271 Cfr. Norberto Bobbio-citado por- Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 167.

En relación, a lo anteriormente manifestado. Hans Kelsen, nos comenta: Existe una compartida opinión que considera que las normas jurídicas son una técnica de control social. Cada vez, que el orden jurídico, se conforma de un conjunto de normas jurídicas, que tienen como función guiar comportamientos humanos. Consecuentemente, se puede establecer que la conducta humana es el objeto del control social que realizan las normas jurídicas. 272

Las normas jurídicas, para motivar el comportamiento humano, utilizan esencialmente una pena denominada sanción. Cuando se quiere provocar cierto comportamiento, se impone una sanción a la conducta contraria. Es por ella que las normas jurídicas han sido consideradas por John Austin como órdenes respaldadas por amenazas y castigos.

Así pues, estableciendo sanciones el orden jurídico induce a los individuos a comportarse de conformidad al deseo o deseos de aquellos que establecen las normas. 273

Sin embargo, los cultores del positivismo jurídico no se preocupan en reflexionar y contestar acerca de quienes son los que imponen sus deseos en las normas. A este respecto, y desde nuestra perspectiva considero que quienes imponen su voluntad en el discurso jurídico son aquellos que detentan el poder económico y político en un lugar y tiempo histórico concreto.

272 Cfr. Hans Kelsen-citado por- Rolando Tamayo Salmorán: Sobre el sistema jurídico y su creación; 1a. ed. Ed. UNAM México, D.F. 1976.p.67

273 Cfr. Rolando Tamayo y S. Op. Cit. p. 69

De ahí las frases tajantes de la Ideología Alemana --
 "Los pensamientos de la clase dominante son en cada época --
 los pensamientos dominantes" y "Los pensamientos dominantes
 no son nada más que la expresión ideal de las relaciones ma-
 teriales dominantes". 274

Igualmente, en el Manifiesto del Partido Comunista, en-
 contramos lo siguiente:

" Que demuestra la historia de las ideas sino que la produc-
 ción intelectual se transforma con la producción material?
Las ideas dominantes en cualquier época no han sido nunca --
más que las ideas de la clase dominante". 275

Por otra parte, cabe resaltar que en el positivismo ju-
 rídico de Hans Kelsen, descubrimos un dato sumamente novedo-
 so. y, el cual consiste en considerar al derecho como una --
 ideología.

274 Karl Marx y Federico Engels - citados por - Luis Vi-
 llora: "El concepto de ideología en Marx y en Engels, art. -
 Mario H. Otero, et al: Ideología y ciencias sociales; la. ed
 Ed. UNAM. Mexico, D.F. 1979. p. 23.

275 C. Marx y Federico Engels: Manifiesto del Partido -
 comunista - en Obras Escogidas-; Op. Cit. p. 48

El subrayado es nuestro.

Luis Villora en su artículo supra citado, nos propor-
 ciona de manera clara y breve las diferentes acepciones en -
 torno al concepto de Ideología. Así pues, para dicha autor
 la palabra ideología es usada en los más diversos sentidos.
 Estos pueden variar desde una acepción tan amplia como "un -
 conjunto de creencias generales sobre el mundo y la socie-
 dad", hasta otra más estrecha pero igualmente vaga "como con-
 ciencia falsa".

Ahora bien, en dicho ensayo, Luis Villora, trata las -
 diferentes acepciones del concepto ideología; iniciando con
 el que se refiere a un sentido de pensar, vía una creencia -
 injustificada. En seguida, pasa al de una conciencia inverti-
 da de la realidad esta es, una creencia falsa. Posteriormente,
 identifica al concepto de ideología con el de instrumen-
 to de dominio de una clase sobre otra, hasta llegar a la con-

A este respecto, Ljubomir Tadic, nos comenta:

"A pesar de la actitud declarada públicamente de pureza de la ciencia, contraria a la ideología, Kelsen no ha permanecido completamente fiel a esta actitud inicial, pues ha admitido el uso de la noción de ideología con varias significaciones, y no sólo negativas sino también positivas. Puesto que subraya que el derecho en tanto que ideología tiene una significación positiva si la esencia del derecho es revelada en la conciencia normativa, hallándose esta última traducida en el terreno del derecho positivo y siendo opuesto a la naturaleza. La ideología tiene una significación negativa en la noción del derecho, considerado como derecho natural (la justicia), o considerado como inferido de la relación causal de la naturaleza por el método sociológico. La ideología jurídica positiva sería el derecho entendido como la conciencia en general, en tanto que realidad espiritual, y la ideología jurídica negativa sería el derecho entendido como el ideal de justicia que trasciende el derecho positivo, o bien

ceptuación del término ideología con el de apariencia. Por último, identifica el concepto de ideología con el de su superestructura. Es decir, la superestructura está constituida pues, por las formas jurídicas y políticas de un lado, por las formas de conciencia social, del otro. Una vez más, abarca sólo las formas generales de pensamiento que constituyen creencias comunes a una formación histórica en una época determinada. Por último, el concepto de ideología ya no designará solamente un estilo de pensar falso que cumple una función social determinada, ahora se identifica con cualquier forma de pensamiento condicionada por las relaciones de producción. Igualmente, en el concepto de ideología se comprenderá cualquier conjunto de creencias verdaderas o falsas, fundadas, generales o particulares que responden a una situación social dada.

La única forma de luchar por liberarnos del pensamiento ideológico, -

como una especie de fenómeno empírico-realista, en tanto que realidad sociológica". 276

Cuando Kelsen establece la identidad de derecho y Estado, nos dice que la hipótesis de esta identidad se impone precisamente desde el punto de vista de la concepción materialista de la historia. Ya que, lo que nos impide comprenderla es la idea de que el Estado sea una fuerza real, natural, y que, en tanto que tal, difiere esencialmente del derecho, que tiene una existencia puramente ideal; pero de hecho el Estado es, al igual que el derecho, algo ideal, una ideología, y el derecho, al igual que el Estado, bajo la forma de ideología, tienen sus condiciones naturales, reales. Es precisamente la concepción materialista de la historia la que permite concebir el Estado, al igual que el derecho, como ideología pura, como sobreestructura sobre la base de una relación real. 277

En esta concepción del derecho, o sea del Estado Kelsen, nos dice que está de acuerdo con lo que se denomina materialismo dialéctico. Pero me parece que todos los fenómenos sociales tienen un carácter ideológico, que son una sobreestructura y que la base real no está constituida por la estructura económica de la sociedad pues ésta debe ser conce-

repetiría Marx, no es adoptar una doctrina determinada, sino transformar a la vez las relaciones sociales que condicionan ese pensamiento ideológico y nuestra mentalidad condicionada por ellas. -Cfr. Luis Villoro; Op. - Cit. pp. 11 a 39.

276 Hans Kelsen -citado por- Ljubomir Uadric: "Kelsen y Marx. Contribución al problema de la ideología en la teoría pura del derecho y en el marxismo". Art. Juan Ramón Capella, et al: Marx, el derecho y el Estado; 2 ed, Ed. Oikos pp. 111 a 113.

277 Idem pp.115 y 116

hida ideológicamente a su vez. Cada vez, que son ideologías que poseen sus leyes específicas y, en contraposición a la naturaleza en tanto que realidad, se trata de leyes aunóomas de las que se excluye el principio de la relación causal. Así, Kelsen sitúa en el centro de la discusión, con la concepción materialista de la historia, el problema filosófico general de la relación de la realidad y la idea. 278

Según Kelsen, el derecho no es más que una ideología, y que todo lo demás pertenece al ámbito de la realidad natural, respecto de la cual el derecho debe estar bien delimitado.

En relación a lo antes señalado, Ljubomir Uadic, comenta: "La interpretación que da Kelsen a la ideología de Marx es inadecuada y problemática... La interpretación de Kelsen de los puntos de vista de Marx sobre el Estado y el derecho se caracteriza por una tendencia a la simplificación, constante y abierta, que se refleja en primer lugar en el esfuerzo por reducir la concepción materialista del mundo a una simple subcategoría de la sociología, esfuerzo que por lo demás, es dominante en una parte del pensamiento político y jurídico tradicional. 279

Reconocer en el Estado el carácter de realidad, significativa, según Kelsen, colocarlo entre los fenómenos naturales,

278 Hans Kelsen - citado por - Ljubomir Uadic; Op. Cit. pp. 115 y 116.

279 Ljubomir Uadic; Op. Cit. p. 120.

en los cuales reina el principio causal. Pero es inadmisibile, si se parte de que el Estado es el reino del espíritu. 280

Aceptar, lo expuesto por Kelsen, nos llevaría a una interpretación mecánica y metafísica del materialismo histórico y dialéctico de Marx.

De ahí, que Ljubomir Ćadić, nos comenta que:

"Para el idealista Kelsen es válida la observación crítica - de Marx sobre el materialista Feuerbach de que - sólo considera como verdadera actividad humana la actividad teórica, - mientras que considera la práctica únicamente en la vulgar - forma jurídica de sus manifestaciones". 281

Por último, cabe tener presente que, el positivismo y el neopositivismo han realizado un trabajo notable en relación a las formas del derecho moderno. Desde la estructura - lógica de las normas, pasando por el derecho como lenguaje y la lógica jurídica para llegar a la juscibernética. Empero, podemos llamar formalismo a esta línea de pensamiento cuyo - interés no está centrado en la transformación social sino - más bien en el perfeccionamiento del derecho, cualquiera que sea éste. Como bien decía Kelsen, la suya era una teoría que podía aplicarse lo mismo a Estados Unidos que a Rusia. Y como bien podrían parafrasear los neopositivistas, su actividad es útil para cualquiera que quiera sistematizar el derecho y aplicarlo con máxima eficacia, sin importar su contenido. 282

280 Ljubomir Ćadić; Op. Cit. p. 120 y 121

281 Ídem. pp. 121 y 122.

282 Oscar Correas; Ideología Jurídica; 1a. ed. Ed. UAP. Puebla, Méx. - xico. 1983. pp. 15 y 16.

2.2.4. LIMITACIONES

Dentro del campo de las ciencias sociales, la corriente positivista señala que para lograr la cientificidad de -- sus objetos de estudio es menester que éstos, retomen los pa -- sos de la metodología aplicada a las ciencias naturales, vía la observación y la experimentación de los hechos. Igualmente, se preocupan por describir y explicar causalmente la for -- ma como se presentan los hechos. Sin atender el contenido de la esencia que los produce.

A este respecto, considero que tal perspectiva del conocimiento no permite una apropiación real e integral de la estructura de su objeto de estudio considerada en su totalidad dialéctica, que va de lo abstracto a lo concreto. Además, cabe destacar que las ciencias sociales tienen como objeto -- de estudio fundamentalmente al hombre y a la sociedad humana.

Así, pues, dentro de la concepción epistemológica que -- compartimos acerca de qué es el hombre. Diremos que: "el hom -- bre es conformado tanto por su ambiente natural como social; pero la inteligencia humana activa, selectiva y creadora, -- también tiene la capacidad de plasmar los ambientes natural y social que rodea al ser humano"²⁸³

Por su parte, Roger Bartra, cuando se refiere al con-- cepto de hombre, nos dice que: "El hombre es un ser histórico que trabaja; es decir, transforma a la naturaleza porque

²⁸³ Cfr. Paul Oquist: Las bases teóricas de la investigación -- acción; Op. Cit. p. 18.

la comprende; la comprende porque transformandola se trans--
forma a si mismo porque es un ser social, histórica; y no --
obstante, en esta espiral infinitamente creadora, el hombre
permanece esencialmente idéntico. 284

Por lo que atañe, a la exaltación de las leyes cienti-
ficas, la extensión mecánica de sus caracteres a toda la cul-
tura, la visión ingenua de una ciencia que, considerando co-
mo absolutos sus resultados, pudiese solucionar todos los --
problemas del hombre, llevó de hecho al positivismo hacia --
una degeneración mecanicista, fundada en generalizaciones -
abstractas y dogmáticas. 285

Por su parte, Adorno, cuando trata críticamente al po-
sitivismo como corriente epistemológica, estima que las con-
cepciones metodológicas del empirismo son esquemas que reca-
ban datos aislados pero pierden las características de la to-
talidad del fenómeno, razón por la que método y contenido re-
sultan incompatibles. 286

De ahí que para Adorno, la dialéctica se torna en una
alternativa para el conocimiento de lo social, ya que com-
prende la totalidad del objeto social. 287.

En cuanto al positivismo jurídico, nos permitimos seña-
lar, entre otras limitaciones a las siguientes:

284 Roger Bartra; Op. Cit. p. 91

285 E. Mascitelli; Op. Cit. p. 312.

286 Cfr. Theodor W. Adorno -citado por- Gabriel Gutiérrez Pantoja:
Metodología de las ciencias sociales, II; Op. Cit. p. 280.

287 Idem. p. 281.

- Los cultores del positivismo jurídico a través de ex plicaciones conceptuales formales tratan de justificar la -- existencia del derecho.

Ahora bien, los partidarios de la corriente positivista del derecho prestan poca o casi nada de interés a los -- cuestionamientos del por qué es así el derecho, y a que int reses beneficia la voluntad plasmada en las normas jurídicas dentro de las relaciones sociales de las sociedades humanas.

- Asimismo, descubrimos que para los positivistas sólo es derecho lo dispuesto en los lenguajes normativos (leyes, decretos, reglamentos, etc.) A este respecto, consideramos -- por una parte, que el derecho no puede ser aislado de la rea lidad histórica, económica, social, política y cultural en -- que se expresa. De ahí que, no estemos de acuerdo con el pu rismo metodológico de Kelsen. Toda vez, que el derecho es -- una parte de la estructura que conforma la sociedad en su ta litud concreta.

Así pues, fundamentamos lo anteriormente señalado al citar en primer lugar lo expuesto por K. Marx:

"Canto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolu- -- ción general del espíritu humano, sino que radican, por el -- contrario, en las condiciones materiales de vida... En la -- producción social de su vida, los hombres contraen determina -- das relaciones necesarias e independientes de su voluntad, -- relaciones de producción, que corresponden a una determinada -- fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El -- conjunto de estas relaciones de producción forma la estructu -- ra económica de la sociedad, la base real sobre la que se le

El subrayado es nuestro.

vanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia.

Al cambiar la base económica, se revoluciona toda la superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y luchan por resolverlo. 288

En cuanto a la cita anterior, cabe decir, que ésta no niega la participación que tiene y juega el aparato ideológico en la realidad histórico social de los seres humanos. El suponer lo contrario, nos llevaría a una concepción deformada del materialismo histórico y dialéctico, ya que, parecería como una corriente del conocimiento dogmática vía el determinismo mecanicista de lo económico. Consecuentemente, dicha concepción, sólo nos permitiría apreciar de manera aparente y parcial los cambios que se presentan en las estructuras de las sociedades humanas dentro de su proceso histórico.

En cambio, desde nuestra perspectiva estimamos que el materialismo histórico y dialéctico, nos brindan un esquema cognoscitivo que establece una relación dinámica y de interacción recíproca entre las cosas, la realidad y el hombre - como sujeto activo, reflexivo, participativo y modificador - de su quehacer cotidiano. Es por ello, que no debemos consi-

288 C. Marx: Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política; Op. Cit. pp. 128 y 183.

El subrayado es nuestro.

derar al materialismo histórico y dialéctico como posiciones epistemológicas mecanicistas ni metafísicas, sino que, todo lo contrario.

De ahí que es válida citar la primera y onceava tesis que Marx, elabora sobre el materialismo de Feuerbach, y a saber son:

Primera: "El defecto fundamental de todo el materialismo anterior-incluido el de Feuerbach- es que sólo concibe las cosas, la realidad, la sensoriedad, bajo la forma de objeto o de contemplación, pero no como actividad sensorial humana, no como prácticas, no de un modo subjetivo. De aquí que el lado activo fuese desarrollado por el idealismo, por oposición al materialismo, pero sólo de un modo abstracto, ya que el idealismo, naturalmente, no conoce la actividad real, sensorial, como tal. Feuerbach quiere objetos sensoriales, realmente distintos de los objetos conceptuales; pero tampoco el concibe la propia actividad humana como una actividad objetiva... Por tanto, no comprende la importancia de la actuación revolucionaria, práctico-crítica". 289

Onceava : "Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo". 290

Al respecto, Escamilla Hernández, nos comenta:

"sólo una interpretación deformada puede afirmar que el derecho como superestructura, constituye un mero producto mecánico de la materialidad de la estructura económica. Además, en Marx, y considero que esto es muy claro en su pensamiento, - la distinción entre base y superestructura es metodológica - pero nunca histórica". 291

289 C. Marx: Tesis sobre Feuerbach; Op. Cit. p. 24.

290 Ídem. p. 26

291 Jaime Escamilla Hernández: "Lineamientos básicos en torno al análisis marxista del derecho". Art. Revista: El derecho: normatividad y legitimidad; Ed. UAM-Azcapotzalco. México, D.F. Enero-Abril de 1985. Vol. VI. No. 14. p. 193.

En contraposición al positivismo jurídico y desde la óptica marxista, se han desarrollado diferentes corrientes -- que corrientes que tratan el problema jurídico de la siguiente manera:

Pashukanis, nos dice en torno al derecho que:

"Las definiciones del derecho no nos enseñan gran cosa sobre lo que él es realmente, ya que, en realidad éstas sólo dan en general una representación confusa, aproximada y desarticulada del fenómeno jurídico. Y, en general desemboca inevitablemente en fórmulas verbales vacías y escolásticas, 292

Por eso Marx, no comienza sus investigaciones por consideraciones sobre la economía en general, sino por un análisis de la mercancía y del valor. 293

La teoría del derecho opera con abstracciones que no son menos artificiales: La relación jurídica o el sujeto jurídico tampoco pueden ser descubiertos con los métodos de investigación de las ciencias naturales, y sin embargo tras esas abstracciones se ocultan fuerzas sociales muy reales. 294

Marx insiste en el hecho de que, a pesar de la modificación radical de la forma y del contenido, rige el mismo principio que en el intercambio de mercancías equivalentes:

292 E.B. Pashukanis: La teoría general del derecho y el marxismo título original: Obschia Teoría Prava I Markism. Trd. al español de Carlos Castro; Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1976. pp. 33 y 36.

293 Cfr. K. Marx- citado por E.B. Pashukanis; p. 35.

294 Idem. p. 38

se cambia una cantidad de trabajo, bajo una forma, por otra cantidad igual de trabajo, bajo otra forma distinta. Aun -- cuando la relación entre los productores individuales y la -- sociedad continúe conservando la forma del intercambio de -- equivalentes, esa relación conserva igualmente la forma del -- derecho, pues el derecho sólo puede consistir, por naturaleza, en la aplicación de una medida igual. Pero dado que con ello la desigualdad natural de las aptitudes individuales no es tomada en consideración, el derecho en el fondo es, por -- tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad. 295

Marx muestra la condición fundamental, enraizada en la estructura económica de la sociedad misma, de la existencia de la forma jurídica. De esta manera descubre el vínculo interno profundo existente entre la forma jurídica y la forma mercantil. Una sociedad que es obligada por el estado de sus fuerzas productivas a mantener una relación de equivalencia entre el gasto de trabajo y la remuneración, bajo una forma que incluso de lejos recuerda el intercambio de valores -- mercancías, será obligada a mantener igualmente la forma jurídica. Sólo partiendo de ese momento fundamental se puede comprender por qué toda una serie de otras relaciones sociales revisten la forma jurídica. Pero de allí a concluir que los tribunales y las leyes deberán existir siempre porque incluso un estado de abundancia económica no hara desaparecer to-

295 Cfr. C. Marx: Crítica del programa de Göttha-citado por E.B. -- Pashukanis; Op. Cit. pp. 41 y 42.

dos los delitos contra la persona, significa precisamente - considerar a los momentos secundarios y derivados como momentos esenciales y fundamentales. 296

Toda ideología parece con las relaciones sociales que le han engendrado. Pero esa desaparición definitiva es precedida por una fase en la que la ideología, bajo los golpes -- que le aplican la crítica, pierde la capacidad de encubrir y velar las relaciones sociales de las que ha nacido. El desnudamiento de las raíces de una ideología es el signo cierto -- de que se aproxima su fin. Pues como decía Cassalle: "el -- anuncio de una época nueva se manifiesta sino por la adquisición de la conciencia de lo que la realidad en sí era hasta entonces". 297

Continuando con la teoría general del derecho y el marxismo de Pashukanis, cabe resaltar que: el derecho, en sus -- determinaciones generales, el derecho en tanto que forma no existe sólo en el cerebro y en las teorías de los juristas especializados; sino que, existe una historia real como un sistema de relaciones que los hombres contraen, bajo la coacción de las relaciones de producción. El hombre se vuelve su jeto jurídico con la misma necesidad que la transforma el -- producto natural en una mercancía dotada de las propiedades -- enigmáticas del valor. 298

296 Cfr. C. Marx: Crítica del programa de Göttingen-citado por E.B. -- Pushukanis; Op. Cit. p. 43

297 Cfr. E.B. Pashukanis; Op. Cit. p. 44.

298 Ídem. 49.

Cuando Pashukanis, trata el concepto de relación jurídica, nos dice que ésta es una relación abstracta; unilateral, pero no aparece en esa unilateralidad como resultado del trabajo conceptual de un sujeto pensante, sino como producto de la evolución social. 299

Para tratar la teoría del derecho a través de la metodología marxista, debemos comenzar con el análisis de la forma jurídica en su configuración abstracta y más pura, y después ir por complicación progresiva hasta lo concreto histórico. La evolución histórica no sólo entraña un cambio en el contenido de las normas jurídicas y una modificación de las instituciones jurídicas, sino también un desarrollo de la forma jurídica como tal. Esa etapa de desarrollo superior corresponde a las relaciones económicas y sociales muy determinadas. Al mismo tiempo esa etapa se caracteriza por la aparición de un sistema de conceptos generales que reflejan teóricamente el sistema jurídico como totalidad orgánica. Sólo en ese caso podemos captar el derecho, no como un atributo de la sociedad humana abstracta, sino como una categoría histórica que corresponde a un régimen social determinado, construido sobre la oposición de intereses. 300

De ahí que Pashukanis, manifieste su contrariedad epistemológica en relación a la de Kelsen, de la siguiente manera: La relación jurídica entre los sujetos no es sino el re-

299 Cfr. E.B. Pashukanis; Op. Cit. p. 52

300 E.B. Pashukanis: La teoría general del derecho y el marxismo; - Op. Cit. pp. 52; 53 y 54.

verso de la relación entre los productos del trabajo convertido en mercancías. Consecuentemente, el método jurídico formal que no trata sino de normas y de lo que está conforme al derecho, sólo puede mantener su autonomía dentro de límites muy estrechos. A pesar de que muchas teorías del derecho buscan precisamente tal fetichización, y la fundan en consideraciones metodológicas muy sutiles. Cada vez, que el derecho - en tanto que fenómeno social objetivo, no puede ser agotado por la norma o la regla, ya sea escrita o no escrita. Para afirmar la existencia objetiva del derecho no basta sin embargo conocer su contenido normativo, sino que también hay que saber si ese contenido normativo es realizado en la vida, esto es por las relaciones sociales. 301

Por su parte, Pëter Ivanovich Stucka, nos dice que:

"El derecho es un sistema de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esa clase. 302

De ahí que Stucka, señale como una característica fundamental del derecho, el concepto de clase social. Dicho en palabras de Stucka; solamente la concepción clasista del derecho introduce esta determinación esencial, sin la cual la jurisprudencia es únicamente una técnica verbal, una esclava de la clase dominante. 303

301 E.B. Pashukanis: La teoría general del derecho y el marxismo; Op. Cit. pp. 71, 72, 73 y 74.

302 P.I. Stucka: La función revolucionaria del derecho y del Estado: trad. castellana Juan Ramón Capella-2a. ed. Ed. Ediciones península. Barcelona-España. p. 34

303 Ídem. p. 40.

El segundo elemento característico del derecho consiste en ser garantizado por la clase dominante por medio de un poder organizado (normalmente el Estado), cuyo objetivo principal, ya que no el único, es tutelar este ordenamiento para garantizar los intereses de la clase dominante misma. 304

Más adelante, encontramos en la investigación intitulada: *La función revolucionaria del derecho y del Estado de Stucka*, el siguiente argumento:

"Está claro que siempre que actúan de una u otra manera la división de la humanidad en clases y el dominio de una clase sobre otra encontramos el derecho o algo parecido. 305

De las referencias citadas, se infiere que el derecho más que una norma o conjunto de normas, es una relación entre explotados y explotadores. Consecuentemente, el derecho es considerado como instrumento de opresión y dominación en beneficio de los intereses de quienes en las relaciones sociales de producción detentan; los medios de producción y además, explotan las fuerzas de trabajo de los sectores sociales proletarianizados.

Asimismo, dentro del campo jurídico encontramos una posición voluntarista de corte marxista, la cual está representada primordialmente por Andrei Vyschinski, quien conceptualiza al derecho de la siguiente manera:

304 P.I. Stucka: *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*; Op. Cit. p.40
305 Idem. 141.

"El conjunto de reglas de conductas que expresan la voluntad de la clase dominante, legislativamente estable, lo mismo -- que de las formas consuetudinarias y de las reglas de conviencia sancionadas por el poder estatal y cuya aplicación es ta garantizada por la fuerza coercitiva del Estado a fin de tutelar, sancionar y desarrollar las relaciones sociales o - los ordenamientos ventajosos y convenientes para la clase dominante!" 306

En 1988, A. Vishinsky polemizaba con Kelsen, manifestaba que: "El normativismo parte de la representación absolutamente inexacta del derecho como 'solidaridad social' (Duguit) como norma (Kelsen) que agota el contenido del derecho independiente de las relaciones sociales que determinan en realidad el contenido del derecho. El error de los normativistas consiste en que, al definir el derecho como conjunto de normas, se limitan a ese elemento, entendiendo las propias normas como algo encerrado en sí y de por sí explicable... Ellos no ven en el derecho la expresión de la voluntad de las clases dominantes en una determinada sociedad, no ven que la -- ley y el derecho agotan su contenido en condiciones económicas o de producción determinadas que dominan en la sociedad. El derecho es el regulador de estas relaciones sociales. - - Nuestra definición parte de las relaciones de dominio y subordinación que se expresan en el derecho. 307.

306 Andrei Vyshinski citada por Umberto Cerrani: Marx y el derecho moderno; 1a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1975. p. 147.

307 Ibidem.

A este respecto, Jaime Escamilla, expresa que: en Vyschinski resulta claro que el derecho es reducido a un simple instrumento de la clase en el poder, construido a su imagen y semejanza, apareciendo como un objeto manipulable creado - como una invención engañosa producto de la voluntad consciente de una clase, resultando con esto el derecho una técnica instrumental coactiva al servicio de la clase dominante. 308

A este respecto, Jaime Escamilla, nos comenta lo siguiente:

"Es posible afirmar que en esta nación instrumentalista del derecho como objeto de investigación científica es reducida a su mera significación política." 309

Por otra parte, Michel Mialle, nos expresa que: el positivismo ha conducido a un cierto fetichismo de la ley y a una actitud que, so pretexto de neutralidad científica, implicaba a menudo la aceptación del orden vigente, siempre que este orden estuviera correctamente establecido, esto es, conforme a los procedimientos legales vigentes. 310

Teniendo en consideración a toda la anteriormente manifestado, nos permitimos concluir en los siguientes términos: Estimamos que ni el excesivo culto al texto de la ley desligado de la problemática social-económica y política, ni el determinismo mecanicista económico o la insistencia en la --

308 Cfr. Jaime Escamilla: "Lineamientos básicos en torno al análisis marxista del derecho; Op. Cit. p. 196.

309 Ibidem.

310. Cfr. Michel Mialle: Une introduction critique au Droit; Op. - Cit. pp. 322 y 323.

práctica política de una clase dominante no deben considerarse en forma absoluta ni dogmática para el estudio y comprensión objetiva y cabal del Derecho.

Asimismo, no debemos pasar por alto que el Derecho moderno se caracteriza, entre otras razones, por su abstracción, universalidad y formalidad que contempla la igualdad formal de las partes. También se distingue el Derecho moderno de los anteriores por ser históricamente necesario de las condiciones de articulación de un específico tipo de relaciones materiales; de una sociedad que se encuentra de hecho disgregada y que postula como su necesaria forma de unidad un marco formal y abstracto de cohesión funcional a toda su lógica de explotación y dominación. Es innegable que a través del Derecho se produce y reproduce la existencia social.

2.3. LA CONCEPCION SOCIOLOGICA DEL DERECHO

Para que la sociología lograra constituirse como ciencia era necesario definir con claridad su objeto y contenido a fin de diferenciarla de las otras ciencias y conferirle autonomía. De ahí que Emilio Durkheim, elabora como premisa para la realización de lo que entiende por investigación científica, las siguientes etapas: 1) definición del objeto de estudio; 2) identificación de la acción colectiva, para determinar si es normal o patológica; 3) clasificación de una sociedad determinada en especies, géneros, etc.; 4) realización de una investigación comparativa y; 5) intento por des-

cubrir alguna ley general en el proceso de las etapas precedentes. 311

Teniendo en cuenta, al esquema metodológico de Durkheim nos damos cuenta que éste rompe con la interpretación filosófica de Combe sobre la sociedad y conserva sólo la esencia cognoscitiva del positivismo, esto es, la designación de lo real frente a lo especulativo, la preponderancia de lo útil sobre lo inútil y la validez de la certeza frente a la indecisión.

Un concepto relevante de la teoría sociológica del autor referido consiste: "Hecho social es toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer una coacción exterior sobre el individuo, o bien, que es general en la extensión de una sociedad dada, conservando una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales. 312

Igualmente, cabe destacar que: "Un hecho social se reconoce por el poder de coerción externa que ejerce o es susceptible de ejercer sobre los individuos; y la presencia de ese poder se reconoce, a su vez, ya sea en la existencia de alguna sanción determinada, o en la resistencia que ese hecho -- opone a toda empresa individual que tienda violarlo" 313

Por otra parte, encontramos a Max Weber, quien represen

311 Gabriel Gutiérrez Pantuja; Metodología de las ciencias sociales- II; Op. Cit. pp. 5-7.

312 Emilio Durkheim; Las reglas del método científico; s.e. Ed. -- Ediciones Quinta Sol. México, D.F. p. 29.

313 Emilio Durkheim; Op. Cit. p. 28

ta una posición sociológica diferente a la de Durkheim. Así, pues, para Weber la sociología es: "una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esta manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos". 314

Para Weber, el conocimiento de los fenómenos sociales -- también puede ser científico si se cuenta con un esquema metodológico que contempla la lógica cognoscitiva del investigador, las características específicas del objeto de estudio y las relaciones entre el sujeto y el objeto en el proceso de conocimiento.

Dentro del esquema epistemológico de Weber, sobresalen, entre otros conceptos, y son a saber:

El criterio de objetividad: la base de la objetividad -- se puede encontrar esencialmente en la actitud que adopte un sujeto para conocer la realidad social. Esta observación se sustenta en que los diversos individuos tienen una valoración cultural, es decir, una idea o algunos intereses sobre el cómo conocer a la sociedad, el objeto social que se estudia; -- por ello se pierde la rigurosidad del conocimiento científico. Al respecto Max Weber afirma: "nada ha perjudicado más -- el interés de la ciencia que el que no quiera ver los hechos incómodos y las realidades de la vida en su dureza". 315

El conocimiento objetivo se adquiere mediante la cien-

314 Max Weber - citado por- Gabriel Gutiérrez Pantoja; Op. Cit. - p. 30.

315 Ídem. p. 31.

cia empírica la cual permite que haya una verificación de la idea que se tiene sobre la realidad. Sobre esto, Weber señala: "es y seguirá siendo cierto que una demostración científica metódicamente correcta en el ámbito de las ciencias sociales, si pretende haber alcanzado su fin, tiene que ser reconocida también como correcta por un chino. Dicho con mayor precisión: debe aspirar en cualquier caso a tal meta, aún -- cuando ésta, por deficiencia de los materiales, no sea alcanzable. Esto significa también que el análisis lógico de un ideal en cuanto a su contenido y sus axiomas últimos, y la indicación de las consecuencias que su persecución producirá en los terrenos lógicos y prácticos, han de ser válidos también para un chino, si es que deben considerarse logrados".³¹⁶

La validez objetiva de todo saber empírico descansa en que la realidad dada se ordene según categorías que son subjetivas en un sentido específico, en cuanto representan el presupuesto de nuestro conocimiento y están ligadas al presupuesto del valor de aquella verdad que solo el saber empírico puede proporcionarnos. 317

En suma, la delimitación del objeto de estudio está determinada, en la posición weberiana, por el interés del investigador para seleccionar un fenómeno social, este fenómeno está determinado porque el investigador lo considera importante o digno de ser conocido, esto se conoce en la pro-

316 Gabriel Gutiérrez Panboja; Op. Cit. p. 31.

317 Cfr. Idem. p. 32.

puesta metodológica como la referencia a valores.

Por lo que respecta, al concepto del tipo ideal, cabe decir que éste, es un concepto, o una serie de ellos, que guarda el reflejo de la percepción de un fenómeno social, y además, es resultado de un proceso que lleva a reconstruir conceptualmente el sentido de la acción social en un fenómeno determinado.

Así pues, en palabras de Weber al tipo ideal se le puede identificar como: "El cuadro conceptual que reúne determinados procesos y relaciones de la vida histórica en un cosmos, carente en sí de contradicciones, de conexiones conceptuales. En cuanto a su contenido, esta construcción presenta el carácter de una utopía, obtenida mediante el realce conceptual de ciertos elementos de la realidad". Consecuentemente, el tipo ideal es la abstracción de una parte de la realidad histórico-social, mediante conceptos de acuerdo con la selección hecha por el investigador. 318

Igualmente, se pueden construir varios tipos ideales para identificar un mismo fenómeno, pero desde perspectivas diversas.

A este respecto, Antonio Alonso, nos comenta que: la originalidad metodológica de Weber consistió en defender el empleo de las categorías subjetivas, con lo que rechazó la identificación empirista entre las ciencias sociales y las

naturales. 319 En cuanto, a los tipos ideales Deber los describe de la siguiente manera: Cada ciencia tiende a la evidencia. Esta evidencia puede ser de carácter endopática - cuando se revive plenamente la conexión de sentimientos que se vivió en ella- o de carácter racional, cuando la conexión de sentido se comprende intelectualmente de un modo diáfano y exhaustivo.

En cuanto a los "tipos ideales" cabe decir, que poseen dos características básicas y son a saber: a) generalidad abstracta y, b) exageración ideal -típica de la realidad empírica.

Empero, Deber propuso diversos tipos ideales para el análisis de los hechos a distintos niveles:

1. Los tipos ideales de acción;
2. Los tipos ideales de relaciones sociales (comunidad, sociedad, etc.);
3. Los tipos ideales de formas de organización social: burocracia; y
- 4.- los tipos ideales de sistemas de valores: protestantismo.

Por lo tanto, la serie de tipos, que resulta de las características conceptuales escogidas, aparece entonces como una secuencia histórica legalmente necesaria. El ordenamiento lógico de los conceptos, por una parte, y la disposición empírica de lo conceptual en el espacio, en el tiempo, y en el encadenamiento causal, por la otra, parecen ligados tan estrechamente que la tentación de violentar la realidad para

319 Cfr. J. Antonio Alonso: Metodología; 2a. ed. Ed. Edicol, S.A. Mexico, D.F. 1982. p. 81.

justificar la validez real de la construcción se vuelve casi irresistible. 320

Otro concepto fundamental de la metodología weberiana - lo identificamos en la neutralidad valorativa. A este respecto, Gutiérrez Pantoja, nos dice que: "juicios de valor, libertad de valores, neutralidad frente a los valores y valoraciones prácticas son sinónimos". 321.

Ahora bien, por neutralidad valorativa se entiende a -- los juicios de valor. Ahora, el juicio de valor, no puede -- ser excluido del investigador que realiza su tarea científica, pero si se debe tener conciencia de, en que momento se -- esta exponiendo objetivamente el hecho y cuando se esta emitiendo un juicio de valor, tanto como para el investigador -- mismo, como para quienes conocen su producto. De ahí que la sugerencia de neutralidad valorativa tiene como finalidad -- crear conciencia de que el conocimiento objetivo debe ser ex -- puesto de la misma manera que se percibe, y hacer la aclaración cuando se trate de una opinión personal sobre su conoci -- miento. 322

Desde la perspectiva weberiana, si se considera indeseable para fines de proposiciones científicas la constatable -- articulación entre ideología y ciencia, entre postura cultural-política y producción científica, entonces no hay más -- salida que lanzar la ideología a la arena de las hipótesis y

320 Cfr. G. Gutiérrez Pantoja; Op. Cit. p. 38

321 Idem. p. 39

322 Supra Idem. p. 41.

las comprobaciones, para que muestre sus alcances y límites y hasta su falsedad de conciencia, en lugar de intentar una inhallable salida de emergencia dentro del espacio ideológico para una ciencia neutra y pura. Para Weber no hay neutralidad de la ciencia en el sentido de que la ciencia en la definición y tratamiento de su objeto de estudio sea un proceso puramente cognoscitivo sin previa influencia de las ideas y valores de la cultura social, de la sociedad; Hay neutralidad en el sentido de que se prescinde de afirmar los juicios de valor como juicios de hecho y se deja que los juicios científicos de hecho pongan en jaque a los juicios de valor o al menos muestren la improductividad empírica de ciertas perspectivas de valor en la investigación. 323

El nombre de Talcott Parsons, nos conlleva al formalismo sociológico. Así pues, Parsons a través de su obra: "La estructura de la acción social" expone su concepción sobre las interrelaciones entre las teorías y los hechos. Además, en dicho trabajo señala que: la teoría es la variable independiente, que consta de proposiciones generales lógicamente interrelacionadas y que forman un sistema. Este sistema teórico para que sea científico y no meramente especulativo debe incluir referencias a los hechos empíricos. Igualmente, cualquier cambio importante en nuestro conocimiento de los hechos debe producir algún cambio en las proposiciones teóricas. 324

Ahora bien, para Talcott Parsons, la función clave de la teoría consiste, más que en la integración del nuevo hecho al sistema de relaciones lógicamente deducibles, en la capacidad de indicarnos qué hechos será posible observar en circunstancias determinadas. En definitiva, el interés empírico de los hechos deriva de su relevancia para la solución de los problemas planteados por el sistema teórico. 325

La hipótesis que Parsons pretende comprobar es que las interpretaciones empíricas de Marshall, Pareto, Durkheim y Max Weber de la sociedad han estado íntimamente asociadas con el cambio radical en la estructura de los sistemas teóricos. En suma, lo que nunca demuestra Parsons es que la relevancia de los hechos empíricos procede de un sistema teórico determinado. 326

La inclinación teorizante y conservadora de Parsons halló su mejor expresión en *El Sistema Social* (1951). Además, en dicho trabajo se dejan entrever, los principales síntomas de su formalismo funcionalista. El objetivo concreto es sentar las bases para comparar dos sistemas sociológicos, el de Parsons y el de Marx, semejantes a primera vista por la amplitud de sus ambiciones. Tanto Marx como Parsons pretendieron abarcar con sus síntesis teóricas la totalidad de la sociedad humana. Marx realizó una primera aplicación concreta del método general del materialismo histórico a una sociedad particular: la sociedad burguesa capitalista. En cambio, -

325 Cfr. J. Antonio Alonso; Op. Cit. p. 57.

326 Ídem. p. 57

Parsons, intenta un análisis válido para toda sociedad y para todo sistema social y su fracaso teórico radica en la - - ahistoricidad formal de su enfoque deductivo. 327

Parsons, manifestaba por una parte que: la teoría científica es un sistema más o menos bien integrado, un cuerpo - de conceptos generales lógicamente interrelacionados. y, por la otra, el objetivo es dar solución al problema del orden - social planteado por Hobbes.

Igualmente, cabe destacar que, el descubrimiento más im - portante de Parsons, consiste en señalar el papel fundamen - tal que desempeña el elemento normativo en toda sociedad hu - mana. Su atención se centra en los valores que gobiernan la orientación de un factor social con respecto a otro y deja - de lado otro ingrediente básico del sistema social como son los fines. 328

Parsons, distingue tres tipos de acción humana: la ins - trumental, la expresiva y la moral, encargada de conseguir - la integración a nivel de personalidad individual o de colec - tividad.

El citado autor, subraya su atención en las acciones mu - rales integradoras de la colectividad, cuyo elemento decisi - vo son las expectativas de los roles. 329

Asimismo, Parsons, distingue cuatro niveles en el proce - so científico, y son a saber:

327 Cfr. J. Antonio Alonso; Op. Cit. pp.56 y 57.

328 Cfr. J. Antonio Alonso; Op. Cit. p. 60.

329 Ibidem.

1. La teoría científica o ciencia, que es el intento para adquirir un conocimiento cognoscitivo y racional de la experiencia humana con métodos empíricos;

2. La teoría, propiamente dicha, que se limita a la formulación de proposiciones empíricas y sus interrelaciones lógicas, en relación directa con la observación de los hechos y la verificación empírica de tales proposiciones;

3. En la investigación hacer uso de las diferentes técnicas empíricas: las estadísticas, los estudios de casos, las entrevistas, etc.; y

4. La metodología, que interviene después de la teoría propiamente dicha para determinar si los procedimientos de observación y verificación, establecidos por la teoría son legítimos, la metodología garantiza, por tanto, la validez lógica de los procedimientos empleados en la investigación empírica. 330

Después, de haber recurrido rápidamente las corrientes sociológicas más relevantes. A continuación, nos permitimos tratar el punto central de este apartado y, el cual, tiene que ver con la sociología jurídica.

Ahora bien, a manera de introducción cabe señalar, el punto de vista de Sánchez Ascuna, quien a través de una perspectiva estructural-funcionalista nos remarca que el derecho debe ser visto como un producto de la normatividad social.

El mencionado autor, nos dice que: el individuo viene a ser integrado a las estructuras sociales a través de su núcleo familiar. Posteriormente al entrar en contacto con otros grupos extrafamiliares, comienza una segunda etapa de socialización, todavía más compleja que la primera. En este continuo proceso de integración y de movilidad por diversos grupos y estructuras sociales, la persona se ve obligada a asimilarse a órdenes normativos que en muchas ocasiones entran en conflicto entre sí, por ejemplo: su código religioso puede chocar con las normas de trabajo que en su oficina le imponen, y la persona deberá ajustar su función exterior con su super ego. Además, puede suceder que la sociedad por medio de los órdenes normativos que configuren alguna de las estructuras sociales, le impongan metas que por la reducción de los medios sociales disponibles, la persona no puede alcanzar, y ésta se vea obligada a realizar una conducta desviada para ajustarse a una conducta aprobada. Así pues, los conflictos entre las diversas estructuras sociales pueden alcanzar niveles que pongan en juego el equilibrio social, - aquí es donde se actualiza la participación coactiva del Estado, el cual tiene, entre otras funciones principales el mantener un grado de cohesión e integración de las diversas estructuras sociales que permitan el desarrollo armonioso de la comunidad. 331

331 Cfr. Jorge Sánchez Azcona: Normatividad social ensayo sociológico; 2a. ed. Ed. UNAM, México; D.F. 1981. pp. 40 y 41.

2.3.1. CONCEPTUACION

Ahora bien, la aplicación de los principios y métodos de la sociología a la ciencia jurídica, surgió en Italia dentro del derecho penal. Fueron Enrico Ferri, Carrera D'Anquino, Lombroso, Garófalo, etc., los primeros autores que trataron de encontrar y de explicar, de acuerdo con las teorías positivistas, el origen, la causa de los delitos.

Históricamente cabe señalar que el término de sociología jurídica se usa por vez primera en el año de 1892, en el libro denominada Filosofía del Delito y de la sociología de Anguillote. 332

Por lo que respecta, a la conceptualización de qué es la sociología jurídica, Renato Treves, nos dice que: "La afirmación de la sociología como ciencia surgida casi diría como antítesis de las ciencias jurídicas, esta es, como ciencia encaminada al estudio de los contenidos y de los hechos y no ya de las formas y de las construcciones abstractas". 333

Por su parte, Sánchez Azcona, nos proporciona el siguiente concepto: "La sociología jurídica, trata de determinar, definir, conceptualizar, las distintas normas que un momento dado, rigen en la sociedad y, por lo tanto, estudiarlas desde un punto de vista sociológico. Es decir, posee como tema cen-

332 Cfr. Jorge Sánchez Azcona: Normatividad social, ensayo sociológico; 2a. ed. Ed. UNAM. México, D.F. 1981. pp. 42.

333 Renato Treves: Introducción a la sociología del derecho; trad. al español de Manuel Abienza. 1a. ed. Ed. Caurus Ediciones, S.A. Madrid - España. 1978. p. 32

tral de estudio el encontrar las causas sociales que motivan la creación del derecho y la forma como él mismo, una vez -- que ha sido creada, repercute sobre la sociedad que le da vida. Estas normas sociales se pueden clasificar de acuerdo con la clase de fuerza social en la que se apoyan, y las sanciones que implica su no conocimiento. 334

Emilio Durkheim, establece una conexión entre las formas de la sociabilidad y los tipos de derecho. A este respecto, el autor en comentario nos señala que: la fuerza cohesiva de la solidaridad basada en la división del trabajo es tanto mayor cuanto mayores sean las diferencias privativas y características entre los individuos. Semejante solidaridad alcanza un máximo cuanto más plena es la expresión de la personalidad. La solidaridad orgánica es relativamente fuerte y duradera por lo mismo que arraiga en diferencias funcionales y se mantiene de tal suerte funcionalmente sólo con dificultad pueden quebrarse los vínculos que crea. 335

Por su parte, George Gurvitch, nos expresa el siguiente concepto:

"La sociología jurídica es la parte de la sociología -- que estudia la realidad social plena del derecho, partiendo de sus expresiones sensibles y exteriormente observables, en conductas colectivas efectivas (organizaciones cristalizadas prácticas consuetudinarias y tradiciones o comportamientos -- novadores) y en la morfológica (las estructuras espaciales y la densidad demográfica de las instituciones jurídicas). La sociología jurídica interpreta estas conductas y estas mani-

334 Cfr. Jorge Sánchez Azcona; Op. Cit. pp. 41-43.

335 Cfr. Emilio Durkheim -citado por- Ceandro Azuara Perez: "Sociología jurídica y Sociología Comparada"; art. rvta. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ed. UNAM. Mexico, D.F. 1970. pp. 563 y 564.

festaciones materiales del derecho según las significaciones internas que las inspiran y penetran pasando de los símbolos tales como las reglas fijadas de antemano, el derecho organizado, los procedimientos y las sanciones, a las reglas flexibles y al derecho espontáneo; de éstos pasa a los valores y a las ideas jurídicas que expresan y finalmente a las -- creencias e intenciones colectivas que aspiran a estos valores y que aprehenden estas ideas y que se manifiestan en hechos normativos espontáneos, fuentes de las fuentes de validez, es decir, de la positividad de toda derecho". 336

Roscoe Pound, nos señala que la sociología jurídica tiene entre otros objetivos, el de conocer las razones por las que un legislador dicta una norma con un determinado contenido y con otro, y procura determinar, en la medida de lo posible, cuales son los efectos de su decisión. También pretende indagar de qué manera y en qué medida los hechos religiosos y económicos influyen en la actividad de los tribunales, o bien, por cuales razones los hombres conforman o no su conducta a las normas jurídicas. 337

En sentido parecido Adam Podgorecki, nos proporciona la siguiente concepción de la sociología jurídica:

"Como la ciencia que descubre, formula y verifica las relaciones de interdependencia entre el derecho y los demás factores de la vida social y, más precisamente, como la ciencia que explica el modo en que los factores demográficos, religiosos, económicos y políticos influyen sobre los cambios del derecho y, viceversa, el modo en que el derecho influye sobre el cambio de esos factores". 338

En la misma perspectiva O.W. Haseloff y H. Stachowiak, nos dicen que: la sociología del derecho es la disciplina que

336 Georges Gurvith: Elementos de sociología jurídica; trad. J.M. - Cajica. Ed. José M. Cajica, Jr. S.A. Puebla-México, 1970. pp.41 y 42

337 Cfr. Roscoe Pound: "Sociología y jurisprudencia" art. publicada en: Sociología del siglo XX; Ed. El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, s.f. pp. 273. y 274.

338 Citado por Elías Díaz: Sociología y filosofía del Derecho: 1a. - ed. Ed. Taurus Ediciones, S.A. Madrid-España. 1971 pp. 163 y 184.

se ocupa del influjo recíproco entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Este influjo recíproco merece investigarse especialmente en épocas de sorprendentes cambios sociales -en épocas por tanto en las que una discrepancia entre derecho positivo y realidad social, es por lo general, razonable y se considera necesario solucionarla y explicarla. 339

De los conceptos anteriormente citados se desprende que el Derecho es un fenómeno social a través del cual se normativizan las relaciones sociales de producción. Dicho de otra manera, la sociología del Derecho estudia las relaciones entre la estructura económica-social y la superestructura política jurídica. Cada vez, que el derecho no significa solamente un lenguaje normativo y abstracto aislado de la realidad social.

Georges Gurvitch, en su artículo que versa sobre problemas de la sociología del derecho, nos expresa que: "La sociología del derecho implica el estudio de la plenitud de la realidad social del derecho, que pone los géneros los ordenamientos y los sistemas de derecho, así como sus formas de comprobación y de expresión en correlaciones funcionales con los tipos de cuadros sociales apropiados; investiga al mismo tiempo las variaciones de la impotencia del derecho, la fluctuación de sus técnicas y doctrinas, el papel diversificado de los grupos de juristas y, finalmente, las regularidades -tendenciales de la génesis del derecho y de los factores en

339 Cfr. Citados por Paul Upe en la "introducción" del libro elaborada por Theodor Geiger: Estudios de Sociología del derecho; 1a. ed. en español. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico, D.F. 1983.p.11

este en el interior de las estructuras sociales globales y -
parciales." 340

Por su parte, León Duguit, nos comenta que es necesario
observar todo cuanto nos rodea, esto es, el derecho esta in-
tegrado en los hechos. De ahí que una fórmula jurídica no --
tiene valor más que en la medida en que expresa en lenguaje
abstracto una realidad social la cual descansa en los hechos
sociales que se tornan en el fundamento de una regla de con-
ducta y de una institución positiva. 341

Igualmente, para Duguit, solidaridad social e interde--
pendencia conforman el vínculo fundamental de toda sociedad
humana. En cuanto, a la propiedad, Duguit propone la substi-
tución del concepto propiedad derecho por la propiedad fun--
ción. 342

Por otra parte, cabe decir que Marx Weber, se sirve de
ejemplos históricos para mostrar que las clasificaciones del
derecho que se consideran como fundamentales se basan en fac-
tores de carácter sociológico, Además, es oportuna manifes-
tar que Weber en su estudio de sociología jurídica, nos mues-
tra el aumento de racionalidad de los conceptos y prácticas
jurídicas como se han desarrollado en la civilización occi-
dental. También, analiza las instituciones y los grupos so-
ciales que han promovido o impedido este desarrollo. 343

340 Cfr. Leonardo Azuara Pérez; Op. Cit. p. 572.

341 Cfr. León Duguit -citado por Antonio Hernández Gil: Metodología
de la ciencia del derecho. Vol. I. pp. 268 a 270..

342 Idem. p. 272

343 Cfr. L. Azuara Pérez; Op. Cit. p. 578.

Por otra parte, no es por demás que tengamos presente - la concepción que tiene sobre el derecho Theodor Geiger:

"El derecho, en mi opinión, es un tipo de ordenamiento que pertenece específicamente a la atmósfera social de desconfianza. Se podría decir que su aparición es expresión directa de la desconfianza: un síntoma de la inocencia social perdida".

2.3.2. CARACTERÍSTICAS

Previamente al desarrollo de este apartado considero -- oportuno expresar aunque sea en forma somera la delimitación de los siguientes conceptos: validez, eficacia y justificación de las normas jurídicas.

Por lo que atañe al concepto de validez, cabe decir que este concepto alude a la existencia de la norma en cuanto -- tal (vigencia formal, promulgación y no derogación), dicho -- problema tiene que ver más con la dogmática jurídica.

En cuanto a la eficacia, ésta se refiere al grado de -- aceptación y de cumplimiento real en una sociedad. Y por lo general la sociología del derecho, se ocupa de esta problemática.

Por último la legitimidad y justificación expresan con -- cordancia o discordancia con un determinado sistema de valores y se convierte en problema central de la filosofía del derecho.

Luego de haber citado brevemente algunas de las tantas -- concepciones que se han vertido sobre la sociología jurí-

dica. En seguida, nos permitimos señalar, entre otras características, a las subsiguientes:

- Aparece como una constante la importancia de estimar a los hechos sociales que se dan dentro de la realidad social. Consecuentemente, para la corriente sociológica el derecho no significa solamente un lenguaje normativo y abstracto. Sino que, su preocupación descansa en estimar al derecho como producto de la realidad social. Toda vez, que la tarea mas importante de los juristas consiste en estudiar y encontrar las explicaciones más coherentes sobre las causas que motivan el contenido normativo jurídico.

- Emilio Durkheim, propone se estudie el derecho siguiendo los pasos que delimitan al método sociológico y son a saber: 1. El derecho debe ser observado en cuanto fenómeno social, existente con independencia de las conciencias individuales; 2. Las ideas morales, que indudablemente son el alma del derecho son en el individuo un producto de la sociedad, ya que todo pensar no es más que la representación lógica -- del mundo real de los fenómenos sociales; 3a. La esencia constitutiva de los fenómenos sociales es la solidaridad social, que se manifiesta externamente por la coacción que ejerce el grupo sobre los individuos, y el derecho es el símbolo visible de solidaridad social; 4. Cada forma histórica de sociedad busca su equilibrio por vínculos de un cierto género que aseguran la cohesión social; a cada estado de solidaridad so

cial corresponde un estado de derecho; luego relativismo jurídico; 5. Las instituciones jurídicas son las manifestación externa de las relaciones de coacción, características de un hecho social; por eso, partiendo de datos jurídicos, es posible llegar a la estructura interna de los grupos sociales. 344

- Las funciones del derecho se refieren a una serie de posibilidades dentro de las cuales se pueden mencionar, entre otras; control social, el cual comprende la integración de valores, la determinación de la autoridad, la decisión de los problemas, el robustecimiento de la idea de lo justo, la prevención de la conducta ilegal; Cuando el orden establecido por una gran mayoría, favorece a los grupos cuyo poder es mayor. Cuando el derecho es utilizado por los grupos dominantes para explotar a los grupos más débiles. Además, cabe decir, que la forma que tiene el derecho de llevar a cabo el control social es definiendo con precisión las reglas de conducta. Igualmente, ver si el derecho puede servir como medio de cambio social y en qué medida. 345

Para lograr eficacia la coacción gubernamental y las diversas normas jurídicas requieren del asentamiento público. Asimismo, el derecho puede ser un instrumento idóneo para de tener o para promover cambios sociales, de acuerdo con los intereses a los que sirva el sistema jurídico de que se tra-

344 Cfr. Miguel Villoro Toranzo; Op. Cit. p. 74.

345 Cfr. Leandro Azuara Pérez; Op. Cit. pp. 566 y 567.

te. Además, el hecho de que existan profesionales del derecho incrementa la existencia de probabilidades en el sentido de que el sistema jurídico de que se trate actúe como un instrumento efectivo de control social. 346.

Las transformaciones del orden jurídico no pueden ser explicadas en términos puramente jurídicos. Weber, al tratar estos aspectos de la sociología jurídica, muestra con ejemplos tomados tanto del derecho positivo como del derecho natural que los cambios en el sistema jurídico están condicionados en cierta manera por los grupos sociales que defienden sus propios intereses. Las autoridades gobernantes pueden propiciar los cambios en el derecho cuando estos convengan a sus intereses. También, cabe subrayar que, para comprender el derecho, se debe apreciar tanto el enfoque jurídico como las personas que formulan y aplican el derecho. 347.

De acuerdo a la teoría weberiana, existen elementos que aumentan la racionalidad del derecho y a saber son: la sistematización jurídica, la lógica jurídica científica al lado de una técnica racional. De otro lado, hay elementos que aumentan la irracionalidad del propio derecho tales como el juramento libre como medio de prueba y la atribución de consecuencias jurídicas a los actos informales; dentro de éstos se pueden mencionar las opiniones y la política consistentes en dar una función creativa a la actividad jurídica y, en --

346 Cfr. Leandro Azuara Pérez; Op. Cit. p. 567.

347 Ídem. p. 578.

El subrayado es nuestro.

consecuencia, dichos elementos disminuyen la predictibilidad - del derecho. De ahí que Weber estime al orden jurídico como un equivalente de técnica jurídica. 348

Por su parte, Hernández Gil, nos dice que el sociología jurídica, reduce la investigación jurídica a investigación sociológica, considerando que el derecho es un producto sociológico, una manifestación de la vida social. Igualmente el autor en comento destaca como recursos metodológicos de esta corriente a la observación; experiencia, constatación, análisis y comparación de los hechos, tal como se ofrecen en la realidad, sin inquirir principios superiores de la razón con el fin de determinar las leyes a que aquellos responden. 349

ALCANCES

Es incuestionable, la aportación que trajo consigo el desarrollo de la corriente sociológica del derecho, ya que, estima que el jurista no ha de olvidarse del contenido social que encierran las normas y cual es la conexión que se establece entre el derecho y la realidad social.

En relación a esto, Hernández Gil, nos comenta que: La sociología jurídica rompe con la rigidez de la norma y con la vinculación del jurista a esta y se sale al campo mas li-

348 Cfr. Ceandro Azuara Pérez; Op. Cit. p. 579.

349 Cfr. Antonio Hernández Gil: "Metodología del derecho"; art. -- Rev. de Derecho Privado. Madrid-España. 1945 p. 240.

bre de los hechos, a los que se quiere condicionar en todo - caso las normas y toda actividad jurídica. El sociologismo - jurídico extiende, amplia la realidad a considerar, la zona - de experiencia; y la concibe, no como una realidad jurídica, dada ya como tal, sino como realidad social en la que ha de adquirirse lo jurídico. 350

Igualmente, cabe destacar que: la sociología jurídica - penetra en el campo del derecho con un aire de franqueza, - dispuesto a descubrir lo que se encubre bajo los procedimientos de la técnica tradicional. Se ponen en evidencias ciertas ficciones y debilidades de la ciencia jurídica. 351

En Economía y Sociedad Max Weber, revela el impacto de la ideología jurídica sobre la vida de las personas y pone al desnudo los elementos que juegan en la determinación de cuándo y en que casos y formas se le han de aplicar sanciones o represalias. Los exponentes de la escuela sociológica han estudiado en profundidad el impacto de los intereses individuales y de grupo sobre el ejercicio del poder público, y la -- utilización de la ideología jurídica para expresar y codificar las relaciones sociales. 352

Michael E. Tigar, nos comenta: debemos gratitud al estudio del derecho efectuado por Weber porque: no debemos res--tringir nuestro interés, como nos lo aconsejarían los posi-

350 Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del derecho; Op. Cit. pp. 287 y 288.

351 Idem. p. 288

352 Cfr. Michael E. Tigar y Madeleine R. Levy; Op. Cit. p.276

tivistas, a aquellas ideologías jurídicas que el poder del Estado ha sancionado y convertido en derecho. Debemos comprender los intereses que aplican sus presiones sobre una ideología jurídica dominante, y estudiar los conjuntos de normas que Weber denomina convenciones -la ley de los bandoleros, el derecho mercantil en otros tiempos, el derecho eclesiástico- presentando atención especial a aquellas que aspiran a sustituir el sistema vigente de derecho del Estado. Pero al mismo tiempo debemos examinar la relación existente entre el derecho y el sistema social que el derecho presuntamente regula, y descubrir cuál de las ideologías jurídicas en competencia refleja los intereses de grupos que aspiran radicalmente a modificar el sistema. 353

2.3.4. LIMITACIONES

Por lo que respecta a la posición teórica de Weber, cabe destacar que, el historicismo weberiano desfigura el método marxista de estudio de las formaciones sociales concretas e introduce una perspectiva teórica cuya categoría central es el racionalismo abstracto. Este racionalismo procede, en último término, del afán weberiano de crear una ciencia social tan capaz de detectar regularidades y establecer relaciones de causalidad como las ciencias naturales. De ahí su preferencia por los tipos ideales. En su obra aparecen inti-

353 Cfr. Michael E. Tigar y Madeleine R. Levy; Op. Cit. pag. 277.

mamente unidos el uso de los tipos ideales racionales con la preocupación por los problemas de la racionalidad de la acción. 354

En cuanto, al idealismo formalista de Talcott Parsons - cabe decir, que es un sistema lógico cerrado. El cual choca frente a las teorías sociológicas eminentemente estructurales e históricas de Marx y, en cierto sentido, de Weber. Así pues, Parsons ha construido un sistema social cuya unidad es la relación entre los roles sociales vividos por actores individuales y el conjunto de posiciones sociales definidas -- por los sistemas de integración. Consecuentemente, Parsons - revela en vez del análisis estructural de Marx y de la metodología histórico-comparativa de Weber, Parsons introduce el análisis de los roles apoyados en las variables patrón. 355

En relación al aspecto jurídico, nos permitimos señalar que el sociologismo jurídico es criticado, ya que, incurre en reduccionismo de ver al derecho, sólo como un hecho social - alejado de toda perspectiva jurídica.

A este respecto, Hernández Gil, nos comenta que: "El sociologismo se justifica como proceso revisor del positivismo jurídico y del conceptualismo, como anti y contrapeso de uno y otro. Más el sociologismo jurídico no logra evadirse en un todo la propia posición metodológica contra la que se manifiesta. Porque, en efecto, lo que hace es, a costa de negar

354. Cfr. J. Antonio Alonso; Op. Cit. p. 86.

355. Idem. p. 68.

el positivismo jurídico, incurrir en otro tipo de positivismo: el positivismo sociológico. El sociologismo jurídico, -- por tanto, lo que censura y suplanta del positivismo jurídico no es lo que éste tiene de positivista, sino lo que tiene de normativista o formalista". 356

Teniendo en cuenta a lo anteriormente citado, Oscar Correas, comenta: "El sociologismo es también una forma de positivismo, aunque en un sentido distinto que el kelseniano. En este último caso, la positividad se refiere a la aceptación acrítica de los contenidos jurídicos tal cual éstos son y sin analizarlos; y en el caso del sociologismo la positividad consiste en que se acepta el derecho, tal cual éste es, pero atendiendo, sí, a sus contenidos concretos... Las formas sociológicas de explicaciones del derecho son, en última instancia, justificatorias del orden jurídico burgués. Porque ¿qué más quiere la burguesía que una actividad teórica - cuyo resultado consiste en explicar que el derecho burgués - es así porque así es como resulta históricamente necesario?. Es precisamente la comprobación, superficial por cierto, de la diversidad de ordenamientos positivos, lo que conduce a muchos juristas a refugiarse en el bálsamo tranquilizador -- del formalismo jurídico. 357.

Weber miraba el derecho como una administración, y de ese modo - pesar de la riqueza del conocimiento histórico y

356 Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 287

357 Oscar Correas; Op. Cit. pp. 18-20.

de derecho comparado no podía encarar la posibilidad del cambio social fundamental. Podía estudiar el pasado como cosa sucedida, pero no podía vislumbrar el presente como cosa de la historia. 358.

2.4. EL REALISMO JURIDICO

La concepción jurídica inglesa ofrece como un ejemplo perdurable y vivo de culto a la realidad y a la practicidad. De ahí que tiene cierta relación con el sociologismo jurídico. En virtud de que al jurista inglés le repugnan las construcciones teóricas de carácter general, huye de los principios abstractos, de los conceptos. Se ciñen al hecho concreto, al cultivo del caso; los libros son colecciones de casos. Generalmente el derecho tiene un carácter judicial eminentemente judicial y se pretende resolver más conforme con la naturaleza de las cosas. El espíritu práctico tiene que armonizarse con peculiaridades que pudieran parecer contradictorias, como son: el respeto a la tradición, la creencia, en principio, en la inmutabilidad del derecho y del formalismo. Clave para tal armonía es la triple distinción: statute law, common law y equity. Conceptos de no fácil delimitación, vienen a representar como las fuentes, la estructura y composición del derecho vigente. El statute law equivale a la lex scripta. El common law es el resultado de una serie ininterrompida de usos y tradiciones; más no es el equivalente - -

exacto de la *lex non scripta*, ya que no toda norma consuetudinaria se integran en el *common law* propiamente dicho, comprende: las costumbres generales inmemoriales, las decisiones judiciales, las colecciones de sentencias judiciales, -- los escritos de juristas que gozan de autoridad. Los órganos encargados de llevar a cabo la aplicación con determinados tribunales que proceden con vinculación al precedente, excepto en los casos de contradicción con la justicia natural. La *Equity*, históricamente surge como un movimiento de oposición del derecho efectivamente practicado contra el oficialmente vigente, tiene como órgano la *Court of Chancery*, a quien no liga el precedente, y es, en cierto modo el *ius honorarium* del derecho romano. La *equity*, representa además, de un correctivo una puerta abierta a las exigencias de ese carácter concreto con que se ofrece la norma aplicable y de su libertad respecto de todo sistema ha sabido arrancar el jurista inglés una gran flexibilidad. 359.

2.4.1. CONCEPTUACION

La escuela de Upsala, desarrolla como idea principal la de que sólo aquello que se manifiesta en el tiempo y en el espacio es susceptible de observación científica. Toda la -- que excede a nuestra experiencia, limitada al tiempo y al es pacio, excede también de nuestras facultades intelectuales.360

359 Cfr. Antonio Hernandez Gil; Op. Cit. pp. 315-318

360 Idem. p. 324.

En el ámbito jurídico sobresale Lundstedt, el cual, sostiene que: las ciencias jurídicas deben estudiar las condiciones y las formas bajo las cuales se desarrolla la vida en común de los hombres y de los pueblos. 361

Por su parte, De Francis, nos dice que: Los juristas -- clásicos romanos pueden llamarse verdaderos pragmáticos, para los cuales el criterio para juzgar la verdad de una fórmula o la bondad de una institución, viene determinado por su aplicabilidad y utilidad; son prácticos, que no dejan dominarse por la lógica abstracta, y aun allí donde la utilizan la ponen al servicio de la acción, de la vida, que es más rica y compleja que cuanto pueda caber en la vasta red de los silogismos. Consecuentemente, De Francis es partidario de la realidad, de la estructura y del fin práctico. 362.

El realismo jurídico norteamericano ha adquirido un desenvolvimiento extenso y compacto, entre otras razones, por la mentalidad práctica de su pueblo y la falta de un derecho codificado que confiere primacía al caso. Así pues, el realismo jurídico norteamericano se manifiesta como en el modo de explicar la función judicial que consiste en atenerse a lo que realmente hacen los jueces y funcionarios, siendo la conducta de los mismos y no las reglas abstractas, el deber ser y el tratamiento lógico el objeto de la teoría jurídica. 363

361 Cfr. Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 325

362 Idem. p. 327.

363 Cfr. Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho. T. II.; Op. Cit. p. 108.

Las culturas del realismo jurídico, consideran que la decisión judicial no es fruto de un proceso intelectual silogístico que, partiendo de la norma y prosiguiendo por los hechos jurídicamente cualificados, desemboca en una conclusión. Pues bien, para los realistas norteamericanos la sentencia no es ni remotamente un silogismo y que se produce en virtud de una intuición global, simultáneamente complejísima, unitaria e inescindible. Por lo tanto, el derecho no es todo y sólo la lógica ni, consiguientemente, la sentencia responde con exclusividad al paradigma del esquema silogístico. 364.

2.4.2. CARACTERÍSTICAS

Después, de haber citado someramente algunas delimitaciones conceptuales en relación al realismo jurídico, nos percatamos que dicha corriente jurídica, se caracteriza fundamentalmente, entre otras, razones por estimar que el Derecho no, sólo es un discurso normativo, lógico y abstracto, sino que, implica a un todo complejo, vivo y actuante en una realidad histórica concreta.

Ahora bien, el realismo jurídico surge y se desarrolla gracias a que tanto los ingleses como los norteamericanos se distinguen por su pragmatismo. De ahí que perfeccionan su realismo jurídico en contraposición del positivismo y formalismo jurídico.

364 Cfr. Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho. T. II.; Op. Cit. p. 109.

Por su parte, Novoa Monreal, nos dice que: "Los realistas se niegan a concebir el Derecho como un sistema lógico o una estructura sistemática, para considerarlo solamente como un conjunto de decisiones judiciales. Estiman que la tarea del jurista es dedicarse al análisis del funcionamiento real de los tribunales y de los múltiples factores, muchas veces enteramente desconectados de lo jurídico, que influyen en -- sus decisiones, tales como el estado de ánimo de los jueces, sus instintos heredados sus prejuicios, su estado de salud, el ambiente social en que viven, su bagage cultural, etc. -- las normas jurídicas son solamente una de los elementos que juegan, entre los varios que deben tenerse en cuenta. 365.

A los cultores del realismo jurídico, la única que interesa es la forma que revestirá la aplicación real del Derecho por los órganos jurisdiccionales, con toda la incertidumbre que ello significa, pues es necesario atenerse a lo único real, que son las determinaciones de los seres humanos de signados para integrar el tribunal que emitirá sentencia y -- los factores que de hecho influirán sobre ella. 366.

Los cultores del realismo jurídico reaccionaron contra la tendencia común de los positivistas y de la corriente del derecho natural, de enfrascarse en al elaboración abstracta de sistemas normativos. La ideología jurídica de la burguesía, cuando se elaboraba formalmente, se expresaba en un sis

365 Cfr. Eduardo Novoa Monreal; Op. Cit. p. 240.

366 Idem. p. 241.

tema coherente de principios jurídicos interrelacionados. En cambio, los realistas buscan el derecho en las sentencias de los tribunales. "Lo que yo entiendo por derecho es la predicción de que los tribunales efectivamente harán, y ninguna cosa más pretenciosa que eso", escribió Holmes. La estructuración de una imagen del derecho a partir de los fallos particulares impuestos a los litigantes posee la ventaja de liberarlo en cierta forma de sus mixtificaciones optando por -- las reglas de la práctica en lugar de los fundamentos aparentes y del pretendido acabamiento judicial a las teorías jurídicas. Los cultores del realismo jurídico ansiaban ver cómo funcionaba el derecho cuando se lo ponía en práctica respecto de los individuos en las sentencias judiciales. 367

2.4.3. ALCANCES

El derecho como objeto de estudio no se circunscribe solamente en el discurso normativo, sino que, además comprende una serie de hechos sociales e históricos que se dan en un espacio y tiempo determinado. Consecuentemente, la función del jurista es superior y no se inserta por entero en la frialdad de la lógica. El derecho se concretiza en sociedades humanas. Por lo que, es preciso el más escrupuloso tratamiento.

En los países escandinavos se ha desarrollado un realis

mo que no se atiende tanto a las decisiones judiciales. Cuya inspiración está en el deseo de eliminar del Derecho todo elemento alejado de las realidades objetivas y tangibles. -- Cualquier abstracción es tenida como algo metafísico e -- inaceptable. Se pretende tener en consideración únicamente hechos observables y medibles, pues todo lo demás son elementos míticos y mágicos que solamente pueden enturbiar un correcto conocimiento científico. 368.

Michael E. Ugar, realza la contribución de los cultores del realismo jurídico, cuando nos señala que: "Los realistas han acertado al señalar las brechas existentes entre las formulaciones oficiales de la ideología jurídica y el verdadero régimen de derecho según se aplica bajo la presión de las fuerzas sociales que procuran orientarlo en diferentes direcciones. El realismo jurídico contribuyó a la quiebra de las teorías formalistas y mecanicistas del derecho de la contratación y de la propiedad, que culminó a fines de la década de 1930 y comienzos de la década siguiente con los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos -- que respaldaron el New Deal y toda la restante legislación social de la época de la depresión. El realismo jurídico es para la ideología jurídica lo que el keynesianismo para la economía. 369

368 Cfr. Eduardo Novoa Monreal; Op. Cit. p. 241.

369 Cfr. Michael E. Ugar; Op. Cit. p. 274.

2.4.4. LIMITACIONES

Llegar al extremo de sólo aceptar como elementos jurídicos a aquellos que pueden ser observados y mesurables. Consecuentemente, se establece un ambiente de rechazo para cualquier inquietud conceptualista. A este respecto, Hernández Gil, nos comenta:

"La ciencia jurídica como toda ciencia, en cuanto tal, cualesquiera sean sus funciones, sus fines, incluso su naturaleza, por lo que se refiere a su estructura, es lógico-sistemática. y el concepto constituye dentro del sistema una pieza indispensable, un engranaje; el resorte lógico que permite la contención, la ordenación y el funcionamiento del pensamiento. De lo contrario se iría a la pluralidad asistemática de normas o al polifacetismo anticientífico de hechos, intereses, fines o fenómenos. El concepto no tiene ningún substitutivo o subrogado. En concreto, es imposible reemplazarle por la observación o por la intuición porque representan fases distintas de la actividad cognoscitiva que pueden ser, sí, antecedente y complemento de los conceptos, guías y punto de apoyo de los mismos, si quiere; pero no otra cosa. 370

Es bien cierto, que la perspectiva de los cultores del realismo jurídico, se distingue por su enfoque práctico, el cual, da la impresión de que a éstos les permite analizar los intereses que están detrás de las normas en su aplica---

ción a los casos particulares y descubrir por este camino -- los principios del orden jurídico, las actitudes sociales de los propios realistas mantuvieron sus análisis de la política social dentro de límites estrechos. Las obras de los juristas realistas se dedican a la adivinación del pensamiento de las sentencias judiciales, y de ese modo quedan encerradas entre las vallas de la mente de los jueces. 371.

Sin embargo, cabe decir, que el criterio de basar la -- ideología jurídica en los casos juzgados plantea limitaciones evidentes. Toda vez, que el mundo de los litigios no es el mundo -- de la realidad. No todos los problemas, ni todas las violaciones comprobables de la ley, llegan hasta los tribunales, sucede todo lo contrario: la policía, por ejemplo ejerce la violencia contra los ciudadanos muchas veces todos los días y rara vez rinde cuentas de ello. Como lo hacía notar Engels, "el más despreciable polizón del Estado civilizado tiene más autoridad que todos los órganos del poder de la sociedad gentilicia reunidos". Los fallos judiciales, aun aquellos que declaran principios fundamentales, se limitan a dirimir querellas entre las partes involucradas. Sientan precedente únicamente en la medida en que si otras partes con el mismo tipo de controversia contratan abogados y llevan -- el asunto hasta un tribunal de suficientes jerarquías, lo -- probable es que reciban el mismo veredicto. 372

371 Cfr. Michael E. Ugar y Madeleine R. Levy; El derecho y el ascenso del capitalismo; Op. Cit. pp. 273 y 274.
372 Ibidem.

Por último, sólo nos resta destacar, clara está, retomando el trabajo de Michael E. Tigar, dicha obra nos permite ver la agudeza analítica y crítica de sus autores.

En consecuencia, cualquier sistema jurídico que concentra toda su atención en lo que los jueces decidirán valdrá únicamente para una sola sociedad en un período determinado de su desarrollo. La reforma nuevas figuras en viejas moldes; el crecimiento de nuevos principios dentro de políticas antiguas - constituye la trama del enfoque social de los realistas. Por lo consiguiente, el enfoque realista no se presta para la descripción de cambios sociales fundamentales: debe mirar tales cambios como fenómenos de ruptura, ajenos al tema jurídico. 373.

373 Cfr. Michael E. Tigar y Madeleine R. Levy; Op. Cit. pp. 274 y 275.

CAPITULO III**MÉTODOS JURÍDICOS DE INTERPRETACIÓN**

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Métodos generales del conocimiento. 2.1. Consideraciones en torno al concepto de método. 2.2. Reflexiones sobre el término técnica. 2.3. El análisis. 2.4. La síntesis. 2.5. La inducción. 2.6. La Deducción. 3. La Jurisprudencia Técnica. 3.1. Conceptuación. 3.2. Características. 3.3. La Interpretación Jurídica. 3.3.1. Conceptuación. 3.3.2. Tipos de interpretación jurídica. 3.3.3. Elementos del proceso interpretativo. -- 3.3.3.1. Elemento literal o filológico. 3.3.3.2. -- Elemento lógico. 3.3.3.3. Elemento sistemático. -- 3.3.3.4. Elemento histórico. 3.3.3.5. Elemento sociológico. 3.3.3.6. Elemento económico. 3.3.3.7. -- Elemento político. 3.3.3.8. Elemento comparativo. 4. Métodos jurídicos de interpretación 4.1. Método Exegético. 4.1.1. Antecedentes históricos 4.1.2. Características. 4.1.3. Proceso interpretativo. -- 4.1.4. Crítica. 4.2. Método Sistemático. 4.2.1. Antecedentes históricos. 4.2.2. Características. -- 4.2.3. Proceso interpretativo. 4.2.4. Crítica. 4.3. Método Sociológico Jurídico. 4.3.1. Antecedentes históricos. 4.3.2. Características. 4.3.3. Proceso interpretativo. 4.3.4. Crítica.

1. PRESENTACION

En este apartado, nos proponemos en primer lugar, adentrarnos a la problemática conceptual de los términos método y técnica. Y, luego expresar algunas consideraciones en torno a los métodos generales del conocimiento. Con el propósito de pasar a un esquema más racional y sistemático del proceso cognoscitivo de nuestro objeto de estudio.

Dicho de otra manera, nos interesa comprender el proceso en que se ve envuelto el sujeto cognoscente en la apropiación del conocimiento. Razón por la cual, estimamos necesario el presentar una breve exposición sobre el proceso dia-

lética. a que se sujeta la práctica del conocimiento científico, y que va del análisis a la síntesis, y de la inducción a la deducción, y a la inversa en forma continua e indefinida.

En segundo lugar, continuamos con algunos señalamientos en relación a la jurisprudencia técnica. En seguida, pasamos a la delimitación de lo que es la interpretación jurídica, ya que el tema central de nuestra investigación se refiere a la crítica metodológica de los principios generales del derecho. Consecuentemente, apreciamos que de alguna manera tiene que ver con la interpretación.

En la descripción y análisis acerca de la interpretación jurídica, nos percatamos que ésta, encierra a un proceso cognoscitivo complejo. En donde, no son suficientes los métodos generales del conocimiento ni tampoco el sentido y alcance de las palabras para conseguir una interpretación adecuada sobre los diferentes problemas que se producen en el mundo del derecho. Motivos que nos obligan a recurrir a otros elementos y son a saber: el liberal o filológica, lógica, sistemática, histórica, sociológica, económica, política y comparativa.

Por último, nos permitimos expresar ciertas estimaciones en relación a los métodos de interpretación jurídica. Y, son a saber: método exegético, sistemático y sociológico jurídico. En los citados métodos, se dejan entrever de una u

otra manera, la influencia de los diferentes elementos que intervienen en el proceso interpretativo. Por una parte, y por la otra, observamos que los métodos de interpretación jurídica, se encuentran en íntima relación con las diferentes posiciones teóricas del conocimiento jurídico.

2. METODOS GENERALES DEL CONOCIMIENTO

Después de haber realizado una breve exposición acerca de las corrientes teóricas más relevantes del conocimiento jurídico de occidente. A continuación, nos permitimos señalar que el problema central del presente trabajo se refiere a una crítica metodológica de los principios generales del derecho.

De esta manera, para introducirnos en dicha crítica considero oportuno llevar a cabo, la reflexión en torno a los siguientes conceptos: método, técnica e interpretación jurídica. -- Por un lado, y por el otro, exponer en forma somera un análisis objetivo y crítico sobre los métodos jurídicos de interpretación más comunes; método exegético, método sistemático y método sociológico.

2.1. CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE METODO.

Así pues, cabe destacar que, la etimología de la palabra método se forma de dos raíces griegas y son a saber:

1) Meta = con, que significa el medio, o modo o instrumento que sirve para hacer alguna cosa.

2) Odus = vía, camino, ruta, manera de hacer algo. 374

El vocablo método en latín se escribe methodus y la palabra latina methodicus; se refiere al adjetivo calificativo - que indica al que procede conforme a una regla, a un método. 375.

El término método contempla, entre otras acepciones gramaticales a las siguientes:

a) Modo de hacer o de decir con orden una cosa.

b) Modo de obrar o proceder; hábito o costumbre que cada uno tiene y observa. 376

Por lo que respecta al sentido filosófico de la palabra método, Ferrater Mora, nos comenta que:

A) El método existe en función de su operatividad ya -- que resulta ser, el modo más adecuado para alcanzar el saber.

B) El concepto de método juega un papel trascendental - en el área del conocimiento humano. Concretamente, nos referimos al aspecto gnoseológico; el método se contrapone a la suerte y al azar, pues el método es ante todo un orden mani-

374 Florencio I. Sebastian Urza; Diccionario Griego-Español; Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España, 1964. pp. 886 y 952.

375 Agustín Blázquez Fraile; Diccionario Latino -Español; 4a. ed. Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España p. 1044.

376 Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española 1a; 19a. ed. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid España. 1970. p. 873.

festado en un conjunto de reglas; un método adecuado no es sólo un camino que puede abrir otros. El método tiene, o puede tener, valor por sí mismo. Esta última observación tiene pleno sentido actualmente sobre todo en lo referente a las cuestiones relativas al método, o a los métodos, se han considerado como centrales y como objeto a su vez de conocimiento, como tema de la llamada metodología. Además, cabe señalar que, una de las cuestiones más frecuentemente debatidas con respecto al método es la relación que cabe establecer entre el método y la realidad que se trata de conocer. Es frecuente estimar que el tipo de realidad que se aspira a conocer determina la estructura del método a seguir.

C) Por último, en atención al aspecto teleológico: se tiene un método cuando se sigue un cierto camino para alcanzar un cierto fin, propuesto de antemano como tal. Este fin puede ser el conocimiento o puede ser también un fin humano o vital. 377

Al momento, de haber hecho alusión breve sobre algunas consideraciones en torno al concepto de método. En seguida, cabe señalar que, los métodos de un modo general y según la naturaleza de los fines que procuran alcanzar, se escinden en tres tipos y son a saber:

I.- Métodos de investigación: Reciben este nombre los métodos que se destinan a descubrir nuevas verdades, a escl

377 Jose Ferrater Mora: Diccionario de Filosofía; Ed. Sudamericana Buenos Aires, Argentina. 1965. T. 2. pp. 197. y 198.

recer hechos desconocidos o, a enriquecer el patrimonio de conocimientos.

II. Métodos de organización: Son los que trabajan sobre hechos conocidos y procuran ordenar y disciplinar esfuerzos para -- que haya eficacia en lo que se desea realizar. Los principios y los fines son conocidos. Sólo falta coordinar las acciones para que haya racional aprovechamiento de las energías y de los recursos materiales y humanos.

III. Métodos de transmisión o de enseñanza: Reciben este nombre los métodos destinados a transmitir conocimientos, actitudes o ideales, o mejor dicho, los organizados para conducir hacia objetos ya conocidos para quien los transmite y desconocidos para quien los recibe. 378

Para el marxismo, el método es la manera de abordar la realidad, de estudiar los fenómenos de la naturaleza y de la sociedad. Por lo tanto, el método de investigación, no puede ser una creación arbitraria del espíritu humano. De ahí que para el marxismo, el método sólo es justo cuando refleja las leyes objetivas de la propia realidad. 379.

Luego, de haber citado algunas consideraciones en torno al concepto de método. He llegado a estimar que el referido concepto en ningún momento debe confundirse con el término -

378 Imideo G. Nércici: *Hacia una didáctica general dinámica*; 2a. ed. - Ed. Kapelusz, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1973. pp. 238 y 239.

379 M. Rosental: *Diccionario*; Op. Cit. pp. 354 y 355.

de técnica, entre otras razones y son a saber:

El término método es un concepto general que tiene relación directa con el proceso cognoscitivo teórico del ser humano. El cual, se caracteriza por ser claro, preciso, ordenado, sistematizado, etc.

2.2. REFLEXIONES SOBRE EL TÉRMINO TÉCNICA

En cambio, la palabra técnica se refiere a un concepto específico que empleamos para aplicar de manera racional y eficaz sobre un determinado objeto de estudio o actividad humana. Para el efecto de lograr una optimización de recursos tanto humanos como materiales.

Lo antes mencionado, se colige a partir de la etimología del término técnica. La cual procede del vocablo griego tekne mismo que significa arte, habilidad. 380.

Igualmente, cabe señalar que el término técnica comprende entre otras, acepciones gramaticales y son a saber:

1. Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia y un arte.

2. Pericia o habilidad para usar de esos procedimientos y recursos. 381.

Por lo que respecta al sentido filosófico de la palabra

380 Juan Corominas: Breve diccionario Etimológico de la Lengua Castellana; 3a. ed. Ed. Gredos. Madrid-España, 1973. p. 560.

381 Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española; Op. Cit. p. 1248

técnica, Nicolas Abbagnano, nos comenta que el término técnica comprende todo un conjunto de reglas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera. En una esfera de significado muy general, las técnicas a grosso modo, se pueden dividir en dos campos diferentes:

I. Técnicas mágicas y religiosas: que pueden ser puestas en acción sólo por particulares sistemas de creencias y, por lo tanto, no pueden modificarlos y se prestan ellas mismas como no corregibles o inmodificables. Estas técnicas -- constituyen uno de los elementos fundamentales de toda religión y las pueden designar con el nombre genérico de ritos.

II. Técnicas racionales: Son relativamente independientes de particulares sistemas de creencias y, por lo tanto -- pueden conducir a la modificación de tales sistemas y son -- ellas mismas autocorregibles. Además, cabe destacar que, las técnicas racionales pueden a su vez distinguirse en:

a) Técnicas simbólicas (cognoscitivas o estéticas) que son las de la ciencia y de las bellas artes. Además cabe señalar que, las técnicas simbólicas pueden ser; técnicas de explicación, de previsión o técnicas de comunicación, pero -- estas distinciones no se excluyen mutuamente.

b) Las técnicas de comportamiento del hombre con referencia a otro hombre cubren un campo muy extenso que comprenden de zonas dispares y van desde las técnicas morales, políticas, económicas, jurídicas, etc.

c) Las técnicas de producción, que consideran el comportamiento del hombre en relación con la naturaleza y que se dirige a la producción de los bienes. 382.

Por su parte, Alberto C. Merani, nos dice: Del trabajo y pensamiento, nace la técnica, que representa la realización del trabajo, que crea la producción del trabajo, en gran escala tal como hoy le conoce nuestra sociedad. Al mismo tiempo transforma la necesidad de consumir en obligación de consumir para poder sustentar los niveles crecientes de producción. 383

Ario Garza Mercado señala: Las técnicas de investigación se justifican por su utilidad, pues se traduce en la optimización de nuestros esfuerzos, la mejor administración de nuestros recursos y la comunicabilidad de nuestros resultados, la técnica no es más no menos que un conjunto de procedimientos y recursos de que se vale una ciencia o un arte.

En relación al ámbito jurídico, Antonio Hernández Gil, nos dice: La técnica del Derecho, como todas las técnicas -- consiste en el desarrollo de una actividad cognoscitiva dirigida y precisada por las exigencias de la realización:

De todo lo anteriormente, expresado se desprende lo siguiente: por ningún motivo deben ser estimados como sinónimos los conceptos de método y técnica.

382 Nicola Abbagnano: Diccionario de Filosofía; Op. Cit. p. 1118.

383 Alberto C. Merani: Psicología y Pedagogía (las ideas pedagógicas de Henri Wallon); Ed. Grijalbo, S.A. México 1. D.F. 1969. p. 118.

A este respecto, Tecla Jiménez, nos dice: "El método de termina las técnicas y les confiere su carácter científico. Aunque el método y la técnica se encuentran íntimamente ligados no se identifican. La técnica separada del método no adquiere un verdadero carácter científico., puede alcanzar - - cierto grado de precisión y de predictibilidad pero éste será siempre relativo porque no tomando en cuenta las leyes y teorías científicas servirá en tal caso para obtener soluciones parciales y temporales; y sus conclusiones finales tendrían siempre un carácter metafísico y positivista, es decir, anti-científico". 384.

Por su parte, Bascuñan Valdes, señala: "El método es el camino del pensamiento científico para la búsqueda de la verdad; por lo tanto, comprende la formulación, la ordenación de juicios en un sistema teóricamente; y finalmente, su exposición racionalmente adecuada para el convencimiento o para la enseñanza. La técnica a diferencia del método no es un modo de pensar, sino un modo o un procedimiento de hacer, -- ejecutar. A través del aprovechamiento de las fuentes del conocimiento y el registro, clasificación y señalamiento de -- los datos que ellas arrojan. 385

En relación a esta problemática, Carnelutti, nos comenta: La ciencia enseña la vía del obrar que es lo que se llama el método. Consecuentemente, si la ciencia es la busca -

384 Alfredo Tecla Jiménez; Op. Cit. p. 34

385 Anibal Bascuñan Valdes: Manual de Técnicas de la Investigación Jurídica; 4a. ed. Santiago de Chile, 1971. p. 45.

de reglas, la técnica es la aplicación de estas. La primera pertenece al campo del conocimiento, la segunda al terreno de la acción.

Empero, el conocer es un obrar; se trata de un recambio así como para obrar es necesario conocer, también para conocer es necesario obrar. De ahí que el éxito de la acción científica, depende de la adecuación de los medios al fin.

386.

Por otra parte, cabe destacar que el problema de la experiencia científica es a su vez, un problema teórico y práctico.

Ahora bien, antes de introducirnos en la exposición de los métodos generales del conocimiento, se impone la delimitación del concepto metodología, a este respecto, Francesco Carnelutti, nos dice que: "metodología puede significar por antonomasia discurso sobre el método científico. No es menos exacto, por cierto, hablar de lógica de la ciencia, o también, según uso de los filósofos, de epistemología." 387

Enrico Romano Di Falco, expresa que: la metodología es la parte de la lógica que tiene por objeto el estudio de las reglas mediante las cuales cada disciplina ordena rigurosamente el propio conocimiento considerado en sí y en relación

386 Francesco Carnelutti: Metodología del Derecho; Ed. UTEHA. México, 1962. pp. 2 y 3.

387 Ídem. p. 4.

con otras ciencias, por lo que se refiere al campo del derecho agrega que:

"La metodología jurídica estudia las reglas lógico jurídicas mediante la disociación y la asociación de los conceptos unificando al distinguir y al distinguir unificando. Mediante el examen de las relaciones jurídicas, aplicando principios exactos de método jurídico, se procura la determinación de los institutos jurídicos y su organización en el complejo dogmático". 388

Igualmente, cabe decir que: las necesidades humanas productoras del derecho no son una serie de problemas inconexos, desarticulados o amorfos, por el contrario, son problemas -- que se coordinan y unifican en el sujeto del derecho: el hombre. Es esta unidad vital el ente productor, coordinador y sistematizador del material jurídico quien al padecer su esencia y expresarla en términos formales sufre y crea datos y elementos constantes capaces de ser manejados con los métodos de la inferencia gozando así de compartir el método de las ciencias naturales; pero frente a esta posibilidad, surge la presencia de elementos que se revelan frente a todo -- criteriu unificador y, sin embargo, no pueden considerarse -- como formando un sistema independiente; estos elementos singulares pueden ser de carácter atemporal, histórico y técnico. 389.

Por lo que, el objetivo es el primer supuesto inaliena-

388 Enrico Romano Di Falco: *Introduzione alle sciengiuridiche*; citada por Sergio T. Azua Reyes: *Los principios generales del derecho*. 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. Mexico, D.F. 1986. p. 22.

389 Ramón Badenes G.: *Metodología del Derecho*; 1a. ed. Ed. Bosch, Barcelona España. 1959. pp. 25 y 26.

ble para la formación de un pensamiento adecuado a una tal disciplina, sin embargo, de nada nos vale la seguridad de un tal objeto si a la vez, no disponemos de un método conducente a la aprehensión de este objeto en su total objetividad.

El análisis y la síntesis, dan origen a dos clases de métodos; la abstracción, con su correlativo inverso, la determinación y seguidamente la inducción con su inversa la deducción.

2.3. EL ANÁLISIS

Por lo que respecta, al análisis cabe decir, que dicho término deriva del vocablo griego analysis y significa: Disolución de un conjunto en sus partes. 390.

Igualmente, la palabra análisis tiene entre otras, acepciones gramaticales:

"1. Distinción y separación de las partes de un todo -- hasta llegar a conocer sus principios o elementos"

Este procedimiento había sido adoptado ya por Aristóteles en la lógica de la demostración (apodíctica) con el objeto de disolver la demostración en el silogismo, el silogismo en las figuras, las figuras en las proposiciones. 391.

También, para Descartes el análisis o disolución muestra la ruta verdadera mediante la cual metódicamente se ha -

390 J. Corominas: Breve diccionario etimológico de la lengua castellana; Op. Cit. p.49.

391 Diccionario de la Lengua Española; Op. Cit. p.83.

inventado la cosa y hace ver la manera en que los efectos de penden de la causa. 392

Así, pues, encontramos en el Discurso del método dentro de la segunda parte, y la cual tiene que ver con las principales reglas del método, la siguiente:

"El segundo de estos preceptos, era la división de cada una de las dificultades con que tropieza la inteligencia al investigar la verdad, en tantas partes como fuera necesario para resolverlas. 393

Leibniz, formula una definición del análisis desde el punto de vista lógico-lingüístico: El análisis significa esto: que cualquier término dado sea disuelto en sus partes -- formales, esto es, se dé su definición; que estas partes -- sean, a su vez, disueltas en partes, o que se dé la definición de los términos de la definición, y así sucesivamente, hasta los términos indefinibles.

Con otras palabras Newton expresaba lo mismo: Mediante el camino del análisis podemos proceder de los compuestos a los ingredientes y de los movimientos a las fuerzas que los producen; y en general, de los efectos a sus causas o de las causas particulares, de manera que el razonamiento termina en las más generales.

Por su parte, Hegel nos dice que: Aun cuando el conocimiento analítico procede de las relaciones que no constituyen una materia dada exteriormente por determinaciones del -

392 Nicola Abbagnano: Diccionario de filosofía; Op. Cit, p. 63.

393 René Descartes: Discurso del método; trad. Francisco Carrayo, - 7a. ed. Ed. Porrúa, S.A. Colección "Sepan Cuantos..." México, D.F. 1980 Núm. 177. p. 16.

pensamiento, continua, sin embargo, siendo analítico, en -- cuanto que por ella también estas relaciones constituyen da- -- tos. En efecto, el reconocimiento de datos puede tomarse como carácter fundamental del procedimiento analítico.

La física relativista y la mecánica cuántica, pueden -- ser consideradas como resultados del procedimiento analítico. Cuando Einstein observó que para hablar de hechos simultá- -- neos es necesario ofrecer un método para observar la simulta- -- neidad de tales hechos (dando así la clave de la teoría de -- la relatividad). y cuando Niels Bohr y sus discípulos saca- -- ron a luz el hecho de que toda observación física va acompa- -- ñada por un efecto del instrumento observador sobre el obje- -- to observado, no hizo más que llevar a buen término el análi- -- sis de observación física, y de este análisis ha nacido toda -- la mecánica cuántica.

En relación a las Ciencias Sociales, Dilthey opuso al -- método metafísico y a priori, adaptada, por ejemplo, por He- -- gel, el método analítico y descriptivo, propio de la psicología; en consecuencia, se habla hoy del análisis histórico -- que tiende a comprender un hecho histórico en sus elementos -- y en la conexión de tales elementos. Se habla también del -- análisis sociológico en el sentido de un método que tiende a -- disolver una realidad social en los comportamientos, en las -- actitudes y las instituciones que constituyen los elementos -- observables. 394

Por su parte, Marx Herman, nos dice: analizar significa desintegrar, descomponer un todo en sus partes para estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos, así como las relaciones entre sí y con el todo. La importancia del análisis reside en que para comprender la esencia de un todo hay que conocer la naturaleza de sus partes. 395.

Al respecto, V. Mundt, nos señala: El Análisis es una operación mental realizada gradativamente que aspira a una comprensión del objeto a través de sus elementos componentes. Se compone así: Primer grado, un análisis elemental consistente en una descomposición de las formas aparentes del objeto. Segundo grado; un análisis lógico, existente en un desdoblamiento del hecho completo relacionado con su entrecruzamiento lógico. 396

De esta suerte, el análisis va de lo concreto a lo abstracto ya que mediante el recurso de la abstracción pueden separarse las partes (aislarse) del todo así como sus relaciones básicas que interesan para su estudio intensivo (una hipótesis no es un producto material, pero expresa relaciones entre fenómenos materiales; luego, es un concreto de pensamiento). 397.

395 Cfr. Marx Hermann: Investigación económica. Su metodología y su técnica. p. 48.

396 Cfr. Ramón Badenes G.: Metodología del derecho; Op. Cit. pp. 25 y 26.

397 Cfr. Raúl Rojas Sariano: El proceso de la investigación científica; 3a. ed. Ed. Trillas. México, D.F. 1983. p. 79.

El análisis se esfuerza por penetrar en el objeto. Opuesto a toda contemplación pasiva, no respecta a ese objeto. Nuestro pensamiento, condenado por su condición humana a ir de la ignorancia al conocimiento, se encuentra condenado igualmente a penetrar en los seres - en los objetos y en la totalidad de la naturaleza. El análisis se funda, así, sobre la acción práctica y la prolonga. Analizar una nuez es romperla (Engels) y, recíprocamente, quien parte una nuez para comérsela comienza su análisis.

Se suele decir, a propósito del análisis, que va de lo complejo a lo simple, del todo a los elementos. Esta definición del análisis exige ciertas correcciones. Cada vez, que la existencia de elementos simples, evidentes y últimos, no es en absoluto una evidencia. Por el contrario, es cierto -- que los elementos obtenidos mediante cualquier análisis son también complejos y deben ser analizados también.

Ahora bien, la sencillez no existe. El criterio de la evidencia es un criterio engañoso: lo familiar pasa por simple y evidente. El análisis no puede ser nunca exhaustivo, pues es infinito; porque lo concreto es mucho más profundo y complejo de lo que pensaba Descartes, para quien toda realidad física e incluso fisiológica se reducía al mecanismo geométrico. Empero, no existe un análisis que penetre en lo complejo y nos lo entregue transparente y sin residuos. El análisis no puede reducir lo complejo a lo perfectamente simple.

Actualmente, el método científico busca los fenómenos de lo -- real complejo bajo las apariencias simples, en lugar de redu- - cir lo complejo a lo simple. Analizar una realidad compleja y alcanzar sus elementos reales es igual a descubrir sus mo- - mentos. El análisis debe ser operado y situado en el movi- - miento, en el proceso creador. El análisis debe siempre apre- - hender concretamente esa relación compleja, contradictoria, de los momentos entre sí y con el todo. V. Gr.: Nosotros de- - cimos que la revolución de 1789 es un momento de nuestra his- - toria. Se encuentra en el mundo actual; y actúa en él aunque transforma, elemento integrado y modificado por el todo. 398

Por lo que respecta, al análisis de las proposiciones - jurídicas, cabe decir, que las oraciones de que tratamos no son otra cosa que la envoltura lingüística de las normas de derecho, el análisis de aquella es asunto de la gramática. 399.

En cuanto a las normas, el análisis debe contraerse a - estos puntos:

1. Determinación del carácter genérico o individualiza- do de cada regla.
2. Si el precepto es de índole abstracta, indicación - del supuesto jurídico y de la disposición normativa.

398 Henri Lefebvre: *Lógica formal - Lógica dialéctica*; 10a. ed. - Ed. Siglo Veintiuno editores. Crd. Ma. Esther Benitez Eirua. México 20, D.F. pp. 133 a 136.

399 Eduardo García Máynez: *Lógica del concepto jurídico*; Ed. Fon- da de Cultura Económica. México, D.F. 1959. p. 112

3. Examen de los conceptos parciales integrantes del su-
puesto de derecho.

4. Estructura lógica y elementos de la disposición.
Sujeto, cópula y predicado de la misma, si el análisis se ha-
ce desde el punto de vista de la lógica aristotélica, y tér-
mino referente, concepto relacional y término relato, si el
precepto se analiza a la luz de la teoría de las relaciones.

5. En lo que concierne al predicado relacional, señala-
miento de los conceptos parciales determinantes del objeto -
del deber o del derecho, y del sujeto de la facultad o del -
deber correlativos.

6. Indicación de las partes y elementos del juicio rela-
cional converso. (Si el directo es atributivo o, en otras pa-
labras, si confiere un derecho al pretensor, el converso ha
de ser impositivo de una obligación, y al revés).

7. Cuando, además de su conexión con el juicio converso
la norma es fundante de otra o se funda en un precepto jurí-
dico distinto, habrá que señalar los elementos de los jui- -
cios fundante y fundado. (Cada disposición de índole pres- -
criptiva, verbigracia, es fundante de la que concede al obli-
gado el derecho de cumplir con su deber).

8. Hecho el estudio de los juicios relacionales directo
y converso, lo mismo que el de las normas fundantes o funda-
das que se relacionan con ellos, el análisis puede completar
se con la consideración de todas esas juicios desde el cuá--

druple punto de vista de la cantidad, la calidad, la relación y la modalidad.

9. En el caso de las normas individualizadas, además -- del examen de su estructura lógica y de las relaciones de fu sión que puedan existir entre ellas y otras de igual especie será preciso indicar cuáles son las genéricas que les sirven de fundamento.

En cuanto, al análisis jurídico sobre las relaciones -- creadas por las normas del derecho. Tales relaciones son el correlato objetivo de la regulación bilateral de la conducta humana, y deben estudiarse en los siguientes aspectos:

1. Sujetos de las mismas: titular del derecho o sujeto activo, y obligado, o sujeto pasivo.
2. Objeto del derecho y objeto del deber, y elementos -- de cada una de estas formas de comportamiento.
3. Número de los sujetos activos y pasivos, a fin de es tablecer si la relación jurídica es uni-única, uni-múltiple, multi-única o multi-múltiple.
4. Por último, ya no a la luz de la lógica jurídica si- no de acuerdo con las prescripciones del derecho positivo, -- determinación de la naturaleza pública o privada de cada vín cula, y de la índole del derecho y del deber de los sujetos vinculados. 400

400 Eduardo García Máynez: Lógica del concepto jurídi-
ca; Op. Cit. pp. 113 y 114.

La construcción jurídica tiene por cometido elaborar -- con la materia que la interpretación proporciona, las nociones o conceptos jurídicos y, en un grado de mayor amplitud, las figuras o instituciones jurídicas, consideradas como entidades unitarias, con propios fines. Como operaciones fundamentales sucesivas que abraza la construcción suelen señalar se: El análisis jurídico, que descomponiendo las reglas positivas del Derecho y reduciéndolas a sus elementos mas simples, extrae de ellas los conceptos jurídicos. b) La concentración lógica, que, operando sobre los elementos del Derecho antes separados, y reuniéndolos según su intrínseca afinidad, formula los principios jurídicos, que podrán ser base de aplicaciones y reglas nuevas; c) La construcción de las instituciones jurídicas, que nos presenta la concepción general de cada institución, determinando sus notas esenciales y resumiendo, bajo una idea unitaria de carácter técnico, un complejo ordenamiento positivo. 401

2.4. LA SINESIS

A sensu contrario, puede decirse que lo sintético es el reverso de lo analítico y como tal presupone el anverso, o sea, lo analítico. La síntesis es una operación reproductiva así como también es un acto productivo, puesto que conduce a

401 Cfr. José Castán Tobeñas: Teoría de la aplicación e investigación del derecho; Ed. Reus. Madrid-España. 1949. pp. 345 y 346.

consecuencias sistemáticas específicas. 402.

La etimología de la palabra síntesis procede del latín synthesis y este del griego, entre otros, significados: Composición de un todo por la reunión de sus partes. 403

Dicho término aparte de la acepción común de unificación, coordinación o composición, tiene los siguientes significados específicos:

1. El de método cognoscitivo, opuesto al análisis. La síntesis puede ser considerada como el método que va de lo simple a lo compuesto, es decir de los elementos a sus combinaciones en los objetos cuya naturaleza trata de explicar. 404

A este respecto, René Descartes, nos señala como tercera regla de su método: "ordenar los conocimientos, empezando siempre por los más sencillos, elevándose por grados hasta llegar a los más compuestos, y suponiendo un orden en aquellos que no lo tenían por naturaleza." 405

2. El de actividad intelectual. La síntesis designa la unión del sujeto y del predicado en la proposición, por lo tanto, el acto o actividad intelectual que realiza tal unión. En este sentido fue usado el término por Aristóteles quien afirmó que: donde está lo verdadero y lo falso existe también cierta síntesis de pensamientos similar a la síntesis

402 Ramón Badenes G.: Metodología del derecho; Op. Cit. p. 26.

403 Diccionario de la lengua española; Op. Cit. p. 1207.

404 Nicola Abbagnano: Diccionario de Filosofía; Op. Cit. p. 1708.

405 René Descartes; Op. Cit. p. 16.

que existe en las cosas. Pero fue Kant quien hizo amplio uso del concepto de síntesis., reduciendo a síntesis toda especie de actividad intelectual. Definió la síntesis en general como: el acto de unir diferentes representaciones y comprender su unidad en un único conocimiento.

Por su parte, Gallupi invirtió el punto de vista Kantiano, poniendo al análisis por delante de la síntesis. La síntesis es la facultad de reunir las percepciones que el análisis había separado. El análisis es, por lo tanto, una condición esencial para la síntesis.

3. La síntesis como unidad dialéctica de los opuestos - nació junto con el concepto relativo de la dialéctica. Expuesto por vez primera por Fichte, quien dice: El procedimiento sintético consiste en buscar en los opuestos la nota por la cual son idénticos.

La ley de esta identidad es que ninguna antítesis es posible sin una síntesis., porque la antítesis consiste precisamente en buscar en los iguales la nota opuesta pero los iguales no serían iguales sino fueran con anterioridad puestos como tales mediante un acto sintético.

Para Schelling, a su vez habló de un proceso de la tesis a la antítesis y, por lo tanto, de un proceso hacia la síntesis., que es aquel por el cual el yo pone el objeto, se le opone y, por fin, lo reincluye en sí mismo.

En cambio Hegel prefirió al término síntesis. Los significados identidad o unidad, aun lamentando que la palabra --

unidad indicara, más que identidad, una reflexión subjetiva. La unidad o la identidad que clausura una triada dialéctica es una relación objetiva, la cual, según Hegel, se denominaría mejor inseparabilidad si no quedara excluida de este -- nombre la naturaleza positiva de la síntesis. 406

La síntesis se define, en general, como una operación - experimental (real) o racional (ideal) por medio de la cual se rehace en sentido inverso, el camino recorrido por el análisis. La síntesis reconstruye el todo, asegurándose así de no omitir nada. El todo no se agota en el análisis, y el pensamiento racional debe de mantenerse en contacto con ese todo, contenido concreto de su investigación. La síntesis no puede limitarse a un cuadro sinóptico mnemotécnico de los resultados del análisis. La síntesis conoce el movimiento que ha atravesado y superado, real y concretamente, cada momento.

Es imposible que un análisis se efectúe sin cierta síntesis... Es imposible también que una síntesis no vaya acompañada de cierto análisis. 407

El análisis dialéctico hegeliano y materialista ha reemplazado, precisamente, el análisis clásico (cartesiano) por medio de la aportación de este espíritu concreto, racional, sintético. 408

406 Cfr. Nicola Abbagnano; Op. Cit. pp. 1079 y 1080.

407 Henri Lefebvre; Op. Cit. pp. 136, 137 y 138.

408 Cfr. Henri Lefebvre; Op. Cit. p. 138

Por lo cual, la síntesis va de lo abstracto a lo concreto, o sea, al reconstruir el todo en sus aspectos y relaciones esenciales permite una mayor comprensión de los elementos constituyentes. Cuando se dice que va de lo abstracto a lo concreto quiere significarse que los elementos aislados se reúnen y se obtiene un todo concreto real (por ejemplo, el agua) o un todo concreto de pensamiento (una hipótesis o ley). 409

Al respecto, Karel Kosík, nos comenta: El progreso de lo abstracto a lo concreto como método materialista del conocimiento de la realidad es la dialéctica de la totalidad concreta, en la que se reproduce idealmente la realidad en todos sus planos y dimensiones. 410

El método de investigación comprende tres grados:

1) Asimilación minuciosa de la materia, plena dominación del material incluyendo todos los detalles históricos posibles.

2) Análisis de las diversas formas de desarrollo del material mismo.

3) Indagación de coherencia interna, es decir, determinación de la unidad de esas diversas formas de desarrollo.

409 Cfr. Raúl Rojas Soriano; Op. Cit. p. 82.

410 Karel Kosík: Dialéctica de lo concreto; trad. al Español por Adolfo Sánchez Vázquez; 7a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1967. -- pp. 49 y 50.

Consecuentemente, la dialéctica no es el método de la reducción, sino el método de la reproducción espiritual e intelectual de la realidad, el método del desarrollo, o explicación, de los fenómenos sociales partiendo de la actividad práctica objetiva del hombre histórico. 411

Por otra parte, cabe destacar que, la totalidad no significa todos los hechos. Totalidad significa; realidad como un todo estructurado y dialéctico, en el cual puede ser comprendida racionalmente cualquier hecho. Reunir todos los hechos no significa aún conocer la realidad, y todos los hechos (juntos) no constituyen aún la totalidad. Los hechos -- son conocimiento de la realidad si son comprendidos como hechos de un todo dialéctico, esto es, si no son átomos inmutables, indivisibles e inderivables, cuya conjunción constituye la realidad, sino que son concebidos como partes estructurales del todo.

De esta suerte, el pensamiento dialéctico arranca de la premisa de que el pensamiento humano se realiza moviéndose -- en espiral, donde cada comienzo es abstracto y relativo, Si la realidad es un conjunto dialéctico y estructurado, el conocimiento concreto de la realidad consiste, no en la sistemática adición de unos hechos a otros, y de unos conceptos a otros, sino en un proceso de concretización, que procede del todo a las partes y de las partes al todo; del fenómeno a la

esencia y de la esencia al fenómeno; de la totalidad a las contradicciones y de las contradicciones a la totalidad, y precisamente en este proceso de correlación en espiral, en el que todos los conceptos entran en movimiento recíproco y se iluminan mutuamente, alcanza la concreción. Por lo tanto, el conocimiento dialéctico no es una sistematización de conceptos que procede por adición una sistematización que se levanta sobre una base inmutable y de una vez para siempre, sino que es un proceso en espiral de compenetración y esclarecimiento mutuos de los conceptos, en el que la abstracción (unilateral y aislamiento) de los diversos aspectos es superada en una correlación dialéctica cuantitativo-cualitativa regresivo-progresiva. La concepción dialéctica de la totalidad no sólo significa que las partes se hallan en una interacción y conexión internas con el todo, sino también que el todo no puede ser petrificado en una abstracción situada por encima de las partes, ya que el todo se crea a sí mismo en la interacción de éstas.

Para el materialismo la realidad social puede ser conocida en su concreción (totalidad) a condición de que se descubra la naturaleza de la realidad social, de que se destruya la pseudoconcreción y de que la realidad social sea conocida como unidad dialéctica de la base y la superestructura, y el hombre como sujeto objetivo, histórico-social. La realidad social no puede ser conocida como totalidad concreta si el hombre, en el ámbito de la totalidad, es considerado uni-

camente y, sobre todo, como objeto, y en la práctica histórica-objetiva de la humanidad no se reconoce su importancia -- primordial como sujeto. 412

Por último, sólo nos resta señalar que: la totalidad -- concreta como concepción dialéctica materialista del conocimiento de lo real, significa por tanto un proceso indivisible cuyas elementos son: la destrucción de la pseudconcreción, es decir, de la aparente y fetichista objetividad del fenómeno, y el conocimiento de su auténtica objetividad; en segundo lugar, el conocimiento de carácter histórico del fenómeno, en el cual se manifiesta de modo peculiar la dialéctica de lo singular y lo general humano; y, por último, el conocimiento del contenido objetivo y del significado del fenómeno, de su función objetiva y del lugar histórico que ocupa en el seno del todo social. 413

Ahora bien, en párrafos anteriores se ha hecho mención del concepto abstracción, a este respecto, cabe decir, que: La abstracción es un procedimiento en virtud del cual comprendemos y se fijan los elementos de un concepto y eliminan se otros. La abstracción se ejecuta en dos formas o aislando o generalizando. Igualmente, cabe destacar que la abstracción en su forma básica lógica conduce a una comparación entre los conceptos y, por ella, a una forma positiva eminente.414

412 Cfr. Karel Kosík; Op. Cit. pp. 55, 62 y 65.

413 Idem. p. 74.

414 Ramón Badenes G.; Op. Cit. p. 27

En cambio, la determinación viene a ser lo opuesto a la abstracción a la que presupone. Y su sentido científico se apoya, precisamente, en una verificación concreta de lo que por lo general no consiguió la abstracción. Es decir, el -- concepto ganado por la abstracción adquiere un resaltamiento concreto y específico en gracia a la determinación. 415

2.5. LA INDUCCION

Por lo que concierne, a la inducción, cabe señalar que la etimología de esta palabra deriva del latín *inductio*, y se refiere a la acción y efecto de inducir, éste término procede del latín *inducere*. Verbo transitivo que significa instigar, persuadir, mover a uno. 416 Irregular se conjuga como conducir. 417.

Aristóteles, en su trabajo denominado *tópicos*, libro -- primero, capítulo 12, cuando se refiere al número de las especies de razonamiento dialécticos, nos dice que hay dos, -- la inducción y el silogismo. Por lo que respecta, a la inducción, esta significa la transición de lo particular a lo universal. 418

En el período posaristotélico, los epicúreos consideraron como único procedimiento de inferencia legítima, en ban-

415 Ramón Badenes G.; Op. Cit. p.27

416 Diccionario de la Lengua Española; Op. Cit. p.742.

417 Diccionario Pequeño Larousse ilustrado-1986; Op. Cit. p. 574.

418 Aristóteles: *Tratados de lógica (El Organón)*; Estudio introductorio y notas al texto por Francisco Carrayo Sa. er. Ed. Porrúa, S.A. México, 1979. p. 231.

ta los estoicos negaron su valor.

Por su parte, Francis Bacon, considera que el verdadero método del conocimiento científico es un método que se apoya en el experimento y la observación. La ascensión, a partir de los hechos sensibles hasta llegar a los conceptos, era para él la senda de la genuina ciencia. Pero esta ascensión no había que realizarla a ciegas sino de manera consciente.

Bacon no se conforma con la inducción basada en la simple enumeración, ya que, según sus palabras, esta ofrece conclusiones poco seguras. La verdadera inducción según Bacon es aquella con ayuda de la cual se pueden buscar las formas. La forma, a juicio de Bacon, es algo estable en los fenómenos, una cierta determinación interna, la que condiciona la distinta naturaleza de las cosas sus propiedades externas. La idea lógica central de Bacon, que sirve de base a la metodología descrita es la idea del esquema de confrontación que conduce a establecer el vínculo necesario; los fenómenos A y B están vinculados necesariamente entre sí cuando es factible la comparación de tres casos, en uno de los cuales se encuentra conjuntamente A y B (A^+ , B^+) en otro están ausentes ambos (A, B) y por último, en el tercer caso, la variación gradual de A se combina con la variación gradual de B (A^+ , B^-).

Sobre la base de estos criterios, Bacon formula los procedimientos de la investigación, que reciben de él los nombres de tablas de presencia, de ausencia y de grados: 1. Ta-

bla de presencia. Si hay forma hay también naturaleza, y viceversa. De aquí la necesidad de tomar todos los ejemplos conocidos que coinciden en esta naturaleza; 2. Tabla de ausencia. La ausencia de naturaleza debe ser examinada sólo en los objetos más afines a los indicados en la tabla anterior; 3. Tabla de grados. Hay que imaginar ejemplos en los que la naturaleza investigada se encuentra presente en mayor o menor grado. El objetivo de estas tablas consiste en presentar ejemplos de razón.

Ahora bien, la inducción propiamente dicha tiene dos aspectos:

1) La exclusión de los objetos inadecuados en cuanto a los criterios de la relación entre la forma y la naturaleza; 2) la separación de los objetos que son adecuados en cuanto a esos criterios. De aquí se deduce la conclusión acerca del vínculo entre la naturaleza y la forma. Y a continuación debe seguir el refinamiento del concepto obtenido. Empero, sin duda alguna, Bacon fue culpable en cierta medida de la crítica a la absolutización del enfoque empírico - inductivo del conocimiento y la representación del conocimiento como un proceso mecánico de observación, recolección, suma y confrontación de hechos, que fue desarrollada por diversos representantes del empirismo y el positivismo.

La lógica inductiva, basada en los métodos de la inducción científica que son del mismo tipo que los procedimientos de Bacon, es considerada por ellos como la lógica del --

descubrimiento y la lógica de la investigación, la cual se opone a la lógica formal tradicional y a la silogística, que es evaluada como la lógica de la demostración de verdades ya obtenidas por algún otro procedimiento. 419

Por su parte, John Stuart Mill, define a la inducción en los siguientes términos: "La inducción es un proceso mental con ayuda del cual deducimos algo que nos es conocido como verdadero en un caso particular, o en unos cuantos casos y que será verdadero en todos los casos semejantes al primero en ciertas determinadas relaciones de la clase. 420.

Mill elabora la descripción clásica de los métodos de la inducción científica, elaborada de acuerdo con la tradición de Bacon:

1. Método de semejanza: si dos o más casos del fenómeno sometido a investigación tienen de común sólo una circunstancia, entonces esta circunstancia en la que sólo concuerdan todos estos casos - es la causa (o la consecuencia del fenómeno dado.

2. Método de diferencia: Si el caso en el que aparece el fenómeno dado y el caso en que no aparece son semejantes en todas las circunstancias, excepto en una, que se encuentra en el primer caso, esta circunstancia en la cual se dife

419 Francis Bacon - citada en Metodología del conocimiento científico - Academia de Ciencias de Cuba, Academia de Ciencias de la U.R.S.S.; Ed. Quinto Sol, S.A. pp. 112 y 116.

420 John Stuart Mill citada por Idem. p. 118.

rencian únicamente estos dos casos, es la consecuencia, o la causa, o la parte necesaria de la causa del fenómeno.

3. Método combinado de semejanza y diferencia: Si dos o más casos de surgimiento del fenómeno tienen de común una sú la circunstancia, y dos o más casos en que no surge ese fenómeno tienen de común sólo la ausencia de esa misma circunstancia, entonces tal circunstancia, es la que sólo se diferencia ambos tipos de casos, es la consecuencia o la causa, o la parte necesaria del fenómeno investigado.

4. Método de variaciones concomitantes: todo fenómeno que varía de alguna manera siempre que otro fenómeno varía de una manera en particular, o bien es la causa o es el efecto de este fenómeno, o está conectado con él por alguna causa.

5. Método de residuos: Separar del fenómeno una parte tal, que se sabe por inducciones anteriores, que es el efecto de ciertos antecedentes y el resto del fenómeno es el efecto de los demás antecedentes. 421

La inducción experimental se esfuerza por penetrar en la compleja red de los hechos, de los fenómenos, los aborda desde un ángulo nuevo con relación a la lógica clásica: desde un ángulo cuantitativo y matemático, y, por lo tanto, penetra mucha más a fondo en lo real, porque se sirve de un

instrumento más perfeccionado. 422

La inducción experimental propiamente dicha -yendo más allá de lo inmediato y más allá de las exigencias del lenguaje corriente - prolonga este movimiento. Constituye objetos de pensamiento por medio del análisis y la abstracción, y deduce sus implicaciones. Presupone, generalmente, la diferencia de lo accidental y de lo esencial. Presupone, por último tipos relativamente estables, agrupaciones de fenómenos. Más exactamente, descubre esas agrupaciones, esos tipos, es decir descubre leyes.

La relatividad de nuestro conocimiento adquiere así todo su sentido, que es un sentido enteramente objetivo. De esta forma, la inducción va más lejos en el contenido, en particular cuando se da cuenta del carácter cambiante, momentáneo, - provisional, relativo, de toda ley y de todo momento del universo. 423

En el ámbito jurídico el dato primario para la inducción se encuentra constituido precisamente por el dispositivo legal ordinario y en consecuencia este no es el principio fundatorio de otros dispositivos.

Así pues, sobre esta base podemos decir que los datos - necesarios para la inducción jurídica son los artículos de la ley, los que a su vez resultan imprescindibles para la existencia del derecho, y que los artículos de carácter ex--

422 Cfr. Henri Lefebvre; Op. cit. p. 146

423 Henri Lefebvre; Op. cit. pp. 138 a 147

plicativo, ejemplificativo, etc., a pesar de contener, en -- forma aún clarísima, la expresión de un principio general, -- no son los datos necesarios para que por medio de la induc-- ción encontremos los principios que buscamos. 424

A este respecto, Giorgio del Vecchio, ha dicho:

"Según la doctrina predominante, el método para descubrir -- los principios generales del derecho consistiría en ascender, por vía de abstracción, de las disposiciones particulares de la ley a determinaciones cada vez más amplias; continuando -- en esta generalización creciente hasta llegar a comprender -- en la esfera del derecho positivo el caso dudoso" 425

Al respecto, Azúa Reyes, nos comenta: Hay principios ge-- nerales del derecho que a su vez se encuentran subordinados a otros de mayor jerarquía y esta subordinación implica pre-- cisamente la generalidad de tales principios, empleando el -- término general como una forma de distinguir la limitación -- de la serie de artículos a los cuales es aplicable, de la -- que pudiera llamarse el principio absoluto del derecho. 426

Sistematizar todos los preceptos de un sistema jurídico para inducir de ellos una serie de principios generales y de estos indujeramos otros aún más generales y así sucesivamen-- te hasta desembocar en uno que fuera común a todos los ante-- riores, nos encontraríamos en presencia del concepto perfec-- to del derecho. Lo anterior resulta ilusorio, ya que, los --

424 Cfr. Sergio T. Azúa Reyes; Op. Cit. pp. 28 y 29.

425 Pacifici Mazzoni: Istituzioni di Diritto civile italiano-- cita-- da por Giorgio Del Vecchio: Los principios generales del derecho. trad. -- Juan Osorio Morales; 3a. ed. Ed. Bosch. Barcelona España. 1971. p. 51.

426 Cfr. Sergio T. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 30.

sistemas jurídicos lejos de ser algo acabados, son sistemas imperfectos como productos humanos que se encuentran en un constante estado de formación. 427.

2.6. LA DEDUCCION

En cuanto a la palabra deducción, cabe decir, que la etimología de dicha palabra procede del latín deductio, que significa: acción y efecto de deducir. Esta a su vez deriva del latín deducere: verbo transitivo que denota sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto. 2. Inferir, sacar consecuencia de una cosa. 428.

Por su parte, Abbagnano, cuando trata el concepto relativo a la deducción nos expresa lo siguiente:

"La relación por la cual una conclusión resulta de una o más premisas. La interpretación tradicional de la deducción como derivación de lo particular del universal o como un razonamiento que va de lo universal a lo particular".

Retrospectivamente, descubrimos en el organón de Aristóteles a través del Peri-hermeneias, posterior a las Categorías da un paso más en el sendero de la lógica gramatical a la lógica noética. A ello contribuyó mucho la reflexión relativa al tema de lo verdadero y falso. La verdad y el error no tienen su sede en los conceptos y en su expresión (la palabra), sino en el enlace o en la separación de los conceptos; lo que tiene lugar cuando se afirma o se niega un predicado de un sujeto.

427 Cfr. Sergio C. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 31
428 Diccionario de la lengua Española; Op. Cit. p. 426.

La proposición resulta entonces ser una expresión enunciativa como tal, propone algo; una proposición que afirma o niega un predicado de un sujeto a través de la partícula substantiva "es". En cambio, dos proposiciones son contrarias -- cuando difieren solo en la cualidad. V. Gr:

- Cada hombre es justo (afirmativa)
- Ningún hombre es justo (negativa)

Por otra parte, dos proposiciones son contradictorias -- cuando difieren tanto en cualidad como en cantidad por ejemplo:

- Cada hombre es justo (afirmativa universal)
- Algunos hombres no son justos (negativa particular)

En consecuencia, dos proposiciones son subalternas cuando difieren en la cantidad y tienen la misma cualidad. V. Gr.

- Cada hombre es justo (afirmativa universal)
- Algunos hombres son justos (negativa particular)

Igualmente, cabe destacar que, la conversión consiste -- en intercambiar en una proposición dada sujeto y predicado. Por ejemplo:

- Cada hombre es justo.
- Cada justo es hombre.

La piedra de toque de la lógica Aristotélica es el concepto de derivación (apodeixis). El pensar descubre la relación de dependencia entre lo particular y lo general.

Aristóteles en su trabajo denominado "Primeros Analíticos", en forma sistemática trata lo concerniente a la deducción.

A este respecto, véase el libro *Primera*, capítulo *Primera*... "La materia es la demostración; el fin es el conocimiento de la demostración... El silogismo es una enunciación en la que una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente en otra proposición diferente. ... Clamo, por tanto, silogismo completo aquel en que no hay necesidad de ningún otro dato además de los previamente admitidos, para que la proposición necesaria aparezca en toda su evidencia.

Clamo incompleto aquel en que se necesitan uno o más datos, que puedan ser precisos además de los términos sentados al principio, pero que no han sido formulados de un modo terminante en las proposiciones. Decir que una cosa se atribuye a otra toda y entera, es decir, que no se supone que haya parte alguna del sujeto de que no pueda decirse la otra cosa.

Sentado ya todo lo dicho digamos con qué elementos en qué ocasión y bajo qué forma se produce todo silogismo. El silogismo es más general que la demostración que no es otra cosa que una especie de silogismo, mientras que no todo silogismo es una demostración.

En consecuencia, cuando tres términos están entre sí en tal relación, que el último esté en la totalidad del medio y el medio este o no en la totalidad del primero es de necesidad que se forme silogismo completo con los extremos.

Clamo media al término que estando él mismo encerrado - en otra, encierra él igualmente otro término y se hace entonces media por su misma posición. Los extremos su misma - posición. Los extremos son el término que esta contenida en otro término y el término que contiene igualmente otro término. Es por tanto evidente que para que haya silogismo con términos universales, es preciso que estos términos estén - dispuestos como hemos dicho en un principio, porque no se - obtiene conclusión necesaria si lo están de otra manera.

En resumen, se ve que, cuando los términos son los unos respecto de los otros lo que se ha dicho hay necesariamente silogismo, y que si hay silogismo es de toda necesidad que los términos se den en estas relaciones. 429

Los principios capitales de esta doctrina son la sustancia de la lógica tradicional hasta nuestros días y son a saber:

- Concluir significa derivar de un juicio de otros dos;
- En la conclusión se afirma un concepto (del predicado) de otro concepto (el sujeto), es necesario, para fundar la predicación echar mano de un tercer concepto.
- Que vincula lógicamente los dos primeros. Este tercer concepto debe encontrarse en determinada relación con los dos primeros, lo que acontece en los dos juicios iniciales del silogismo llamadas premisas.

429Aristóteles: El Organón (Tratado de Lógica). Primeros Analíticos.; Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. Colecc. "SEPAN CUANTOS..."pp, 71, 75, 76 y 77.

A continuación, citamos un silogismo en donde señalaremos sus elementos:

1. PREMISA MAYOR: Todos los hombres son falibles;
2. PREMISA MENOR: Los sabios son hombres; y
3. CONCLUSION: Los sabios son falibles

Pues bien, la silogística descubre aquellas formas del pensamiento por medio de las cuales con ayuda de un concepto intermedio, es posible subsumir un concepto en otro o no.

Además, encontramos en Analíticos Segundos, que Aristóteles, trata sobre la prueba y el conocimiento científico. 430

Al respecto, cabe citar lo subsecuente:

"Cada conocimiento racional, ya sea enseñado, ya sea adquirido, se deriva siempre de nociones anteriores, la observación demuestra que esta es cierta respecto de todas las ciencias. Los razonamientos de la dialéctica tanto de los que se forman por silogismo como de los que se forman por inducción, derivan siempre de nociones anteriores... Nosotros creemos de una manera absoluta las cosas y no de una manera sofística, puramente accidental... Llamo demostración al silogismo que produce ciencia; y entiendo por silogismo que produce ciencia a aquel que sólo con lo que poseemos ya sabemos alguna cosa... La ciencia demostrativa procede de principios inmediatos, mas notorios que la conclusión de que son causa y a que preceden. Es preciso que los principios sean verdaderos, porque no es posible saber lo que no existe... es preciso que los principios sean causas de la conclusión, que sean mas notorios que ella y anteriores a ella. Los términos anterior y más notorio, pueden entenderse en dos sentidos. Llamo anterior y más notorio para nosotros lo que está mas próximo a la sensación; porque lo más lejano de la sensación es lo más general precisamente, y lo más aproximado es lo particular.

El principio de la demostración es la proposición inmediata es la que no tiene otra proposición antes de ella. 431

430 Cfr. Idem. Estudio introductivo por Francisco Carrero; Op. Cit. p. 1.

431 Aristóteles; Op. Cit. Segundos Analíticos; Sección Primera. Capítulos; 1, 2, pp. 155, 156 y 157.

Continuando con la exposición de Aristóteles, cabe señalar que: Es dialéctica cuando toma indiferentemente la una o la otra; es demostrativa cuando sólo toma especialmente una sola por verdadera. La enunciación es una de las dos partes de la contradicción.

La contradicción es la oposición que por sí misma no -- tiene término medio posible. Una de las partes de la contradicción es la afirmación que atribuye una cosa a otra; y la otra parte es la negación que niega una cosa de otra. 432.

Llamo tesis de un principio silogístico inmediato a la proposición que no puede ser demostrada, y cuyo conocimiento no es indispensable para saber algo; y por el contrario, a -- aquella que se debe necesariamente conocer para conocer la -- cosa, cualquiera que ella sea la llamo axioma. La tesis que toma una de las dos partes de la enunciación, esta es, que -- afirma o que niega la existencia del objeto, recibe el nombre de hipótesis. La tesis que carece de estas condiciones, es una definición. La definición es una especie de tesis. 433

Por otra parte, el de Estagira, nos manifiesta que: -- cuando se admite que la ciencia es imposible, es porque se -- cree que hay que caminar hasta el infinito. Y, por la otra, se admite la posibilidad de saber; porque se dice que sólo -- por la demostración se sabe, pero también se pretende que --

432 Aristóteles; Op. Cit. Segundas Analíticas; Sección Primera. Capítulos: 1, 2. pp. 155, 156 y 157.

433 Ídem. pp. 159 y 160.

no hay obstáculo alguno que se oponga a que toda se demuestre mediante a que la demostración puede ser circular y a -- que las cosas se prueban las unas por las otras. Nosotros -- sostenemos, en primer lugar, que no toda ciencia es de demostracion, y que las proposiciones inmediatas son conocidas -- son demostración. En efecto, es imposible que las mismas cosas sean respecto de unas mismas cosas anteriores y posteriores a la vez, salvo que sea bajo un punto de vista diferente, por ejemplo: tomándolas tan pronto en relación con nosotros como en su existencia absoluta; y entonces, la inducción -- nos da la ciencia bajo la primera relación, los partidarios de la demostración circular, no solo cometen la falta que -- aquí indicamos, sino que en el fondo se limitan a decir que una cosa existe si existe, luego la demostración es el silogismo que se deduce de proposiciones necesarias.

Así pues, digo que una cosa es atribuida a otra cosa, -- a toda ella, cuando no es posible atribuirla a tal parte y -- no a tal otra parte de esta cosa.

Se llaman también esenciales todas las cosas cuya definición esencial sólo puede darse por medio de las mismas cosas de que son esencialmente atributos. Por el contrario, -- llamo accidentales las cosas que no existen ni de otra manera. También se dice esencial una cosa cuando no puede atribuirse a ningún sujeto. Llamo, pues, esenciales a las cosas que no se refieren a ningún sujeto, y accidentales a las que se refieren a alguno. V. Gr.: alguno ha muerto estrangulado,

ha muerto esencialmente por efecto de la estrangulación pues lo que ha muerto porque ha sido estrangulado. 434

Por otro lado, llamo universal lo que es atribuido a la vez a toda el objeto, que le es esencial, objeto en tanto -- que el objeto es lo que es. Resulta de aquí evidentemente -- que lo que es universal en las cosas, es igualmente necesario... La demostración tiene ciertamente lugar hasta cierto punto, pero no es esencial. Consecuentemente, si la ciencia obtenida por demostración se deriva de los principios que -- son necesarios, no pudiendo ser lo que se sabe de otra manera que como se sabe; y lo que es accidental no es necesario, es preciso convenir en que el silogismo demostrativo tiene -- que sacarse de proposiciones necesarias.

Por lo que, partiendo de principios verdaderos, se puede formar un silogismo sin que por esto resulte demostración; pero partiendo de principios necesarios, no se puede formar silogismo sin que resulte demostración; porque esta -- es precisamente lo propio de la demostración. Una prueba de que la demostración se forma de elementos necesarios es que cuando hacemos objeciones a un razonamiento que el adversario cree haber demostrado, decimos que la conclusión no es -- necesaria, sosteniendo por otra parte, que la cosa puede ser de otra manera. 435.

434 Aristóteles; Op. Cit. -Segundas Analíticas. Capítulo 4. p. 160

435 Idem. Capítulo 6 pp. 162 y 163.

Igualmente, cabe destacar que: un principio es únicamente el primitivo del género mismo respecto del cual se debe demostrar. Obra prueba de que el silogismo demostrativo debe componerse de elementos necesarios, es, que mientras se ignore la causa de una cosa, por mucho que se tenga una demostración, no puede decirse que se la sabe. 436

Por otra parte, Aristóteles, nos señala: cuando la conclusión es necesaria, nada impide por lo menos que el término medio, por el que se la demuestra, no lo sea, y que se deduzca una conclusión necesaria de proposiciones que no son necesarias. Bien entendido por otra parte, que cuando el término medio es necesario, la conclusión es igualmente necesaria en la misma forma que de proposiciones verdaderas resultan siempre conclusiones verdaderas. 437.

Además, cabe señalar que: Es imposible saber por demostración los accidentes que no son esenciales en el sentido mismo de la definición..., en efecto, jamás se puede demostrar, respecto de los accidentes, que la conclusión es necesaria, puesto que un accidente es aquello que no puede ser, única especie de accidente a que me refiero en este caso. En resumen, el término medio ha de ser atribuido esencialmente al tercero; y el primero al medio, para que haya verdaderamente demostración. 438.

436 Aristóteles; Op. Cit. Capítulo 6, p. 163.

437 Ibidem.

438 Idem. p. 164

Para Aristóteles las demostraciones deben tomar en cuenta tres cosas y a saber son:

Primera, la conclusión demostrada, es decir, el atributo esencial del género de que se trata;

Segunda, los axiomas, los cuales son los elementos de donde sale la demostración;

Tercera, el género mismo de que se trata, y cuya demostración prueba los atributos y los accidentes esenciales. 439

He aquí por qué en general una ciencia no puede nunca demostrar lo que pertenece a otra ciencia, a no ser que las estén entre sí en una relación de subordinación, como lo es la óptica con la geometría, y la armonía con la aritmética. 440.

De esta forma, la definición es, o un principio de demostración, o una demostración que sólo difiere de ella por la posición de los términos, o, en fin, una conclusión de demostración.

Puesto que es evidente que no se puede demostrar una cosa sino por los principios propios de ella, es decir, si la demostrada es atribuida al objeto en tanto que este objeto es lo que es, no basta, para saber esta cosa, demostrarla -- partiendo de proposiciones verdaderas, indemostrables e inmediatas. En efecto, sabe más aquel que sabe por las causas su

439 Aristóteles; Op. Cit. Capítulo 7, p. 164

440 Aristóteles; Op. Cit. p. 165.

periores; y saber mediante los términos anteriores, es saber no por los efectos producidos, sino por las causas que lo -- producen. 441

Clamo principios en cada género a aquellos términos cuya existencia no puede demostrarse V. Gr.: Principio común; -- si de cosas iguales se quitan cantidades iguales, resultaran cosas también iguales. El valor del principio común, que acaba de citar, sera siempre el mismo.

También, se llaman principios propios, cuya existencia se admite sin demostración, aquellas cosas en que la ciencia encuentra las propiedades esenciales que ella estudia. La -- aritmética admite sin demostración las unidades, y la geometría los puntos y las líneas. 442.

Igualmente, Aristóteles en sus Segundos Analíticos nos señala que: Ciertas ciencias pueden abstenerse de afirmar la existencia del género, si es completamente evidente que este género exista. Puede igualmente prescindirse de asentar las definiciones de las modificaciones del género, si son perfectamente claras. Por último, puede dejarse de asentar lo que significan los principios comunes por ejemplo, lo que quiere decir: quitar cantidades iguales de cantidades iguales, mediante a que este principio es perfectamente conocido. Sin -- embargo, puede decirse siempre, que naturalmente se dan tres cosas:

441 Aristóteles; Op. Cit. Capítulo 8, p. 165

442 Ídem. Capítulo 9. pp. 165 y 166.

- a) Aquello de que una cosa se demuestra;
- b) Lo que se demuestra; y
- c) Aquello mediante lo que se demuestra. 443

Por otro lado, cabe destacar que: "Las definiciones no son hipótesis, porque no dicen que las cosas definidas existan o no existan. Por el contrario, las hipótesis están clasificadas entre las proposiciones. Las definiciones hasta -- comprenderlas; pero esto no sucede respecto de una hipóte- -- sis... Las hipótesis son precisamente todas aquellas cosas -- que por ser, y sólo por el hecho de existir, producen la con- -- clusión."

El geómetra no forma hipótesis de cosas falsas, como a veces se ha dicho. Y, sólo concluye las cosas de aquellas no son más que representaciones.

Además, toda postulada, lo mismo que toda hipótesis, -- puede ser universal o particular, y que las definiciones no son ni lo uno ni lo otro.

Sólo hay necesidad de que una sola y misma cosa pueda con verdad ser atribuida a muchos seres; porque, sin esta -- condición, no existe lo universal; sin lo universal no hay -- término medio, y por tanto no habrá tampoco demostración... Es imposible afirmar y negar a la vez una misma cosa, es un principio que no expresa ninguna demostración, a no ser que se quiera demostrar también la conclusión bajo esta misma -- forma. 444

443 Aristóteles; Op. Cit. Capítulo 10. pp. 167 y 168
444 Ídem pp. 168 y 169.

Así pues, la demostración por reducción al absurdo es la que emplea siempre este principio, según el que toda cosa se debe afirmar o negar. Todas las ciencias se comunican las unas con las otras mediante los principios que son a ellas comunes; y llamo comunes los principios que se emplean para demostrar mediante ellos, no aquello de que se demuestra. Igualmente puede decirse que la dialéctica es común a todas las ciencias. La dialéctica no se ocupa como las demás ciencias de ciertos objetos especiales y determinados; no se limita a un solo y único género; de otra manera no haría depender sus soluciones de las respuestas que se dieran a las preguntas -- que ellas formula. Por el contrario, cuando se demuestra, no es uno libre de interrogar de este modo, porque no se puede -- demostrar una sola y misma cosa partiendo de principios opuestos; lo cual se ha probado ya en el tratado del Silogismo -- (Primeros Analíticos). 445.

Así pues, para Aristóteles, nosotros no podemos aprender sino por inducción o por demostración. Toda vez, que la demostración sale de los principios universales, y la inducción de los casos particulares; por la inducción se conocen las cosas abstractas, cuando se quiere hacer comprender que algunas de ellas se dan en cada género, y que se llaman abstractas, aunque no están separadas hasta el punto de que cada una de ellas forme un objeto distinto. 446

445 Aristóteles; Op. Cit. Capítulo 18 p. 177.

446 Euclides citado en Metodología del conocimiento científico; Op. Cit. pp. 50 y 51.

La exposición de los Elementos de Euclides, el método tradicional de la deducción, partiendo de las premisas evidentes, está estrechamente vinculado a las deducciones obtenidas de las conjeturas o hipótesis. Es evidente que en esto corresponde un papel importante a la inducción, por medio de la cual, las cualidades descubiertas al examinar los modelos geométricos individuales, se generalizan en las clases correspondientes a estos modelos. El acto inductivo es tan elemental, que en muchos casos, no es advertida. El carácter enmascarado de la inducción empleada en los Elementos es una de las particularidades de este sistema geométrico. La correlación de la inducción y la deducción constituye en las demostraciones de Euclides un admirable testimonio de la tesis de Engels de que "la inducción y la deducción están relacionadas entre sí de una manera tan necesaria como la síntesis y el análisis. En lugar de poner a uno de ellos por encima de las otras en detrimento del otro, habría que tratar de situar a cada uno en el lugar que le corresponde; esto sólo puede conseguirse en el caso de que no se pierda de vista el vínculo que existe entre ellos y el hecho de que se complementan entre sí". 447

Por último, cabe destacar que, los griegos no dieron solución completa al problema del planteamiento lógico del conocimiento científico. La falta del número necesario de defi

447 Carlos Marx y Federico Engels: Obras Completas; t. 20, pp. 542. y 543.

niciones y axiomas y la existencia de las inferencias inductivas en el sistema deductivo, confirman que en los elementos el método tradicional de la deducción, partiendo de premisas evidentes, se entrelaza estrechamente con las conclusiones procedentes de la hipótesis. Es muy posible que los científicos de la antigüedad hicieran esto conscientemente. Una importante particularidad en la época de Euclides es el carácter constructivo de su hipótesis. En vista de esto, se puede afirmar que los griegos fueron los iniciadores del método genético de fundamentación de la teoría científica.⁴⁴⁸

Al respecto, Rojas Soriano, comenta: El método deductivo está presente también en las teorías axiomáticas, -- por ejemplo, en la Geometría de Euclides en donde los teoremas se deducen de los axiomas que se consideran principios -- que no necesitan demostración. Existe otro método afín desde el punto de vista lógico: el hipotético-deductivo. La diferencia con respecto al axiomático estriba en que las hipótesis de las que se deducen planteamientos particulares se elaboran con base en el material empírico recolectado a través de diversos procedimientos como la observación y el experimento. Se ha dicho que las verdades establecidas por la ciencia tienen que confrontarse con la realidad a través de las conclusiones que se deduzcan de los planteamientos generales (hipótesis, leyes, teorías). Este proceso implica, pues, par

⁴⁴⁸ Varios -Metodología del conocimiento científico; Op. Cit. p.59

tir de una síntesis para llegar al análisis de los fenómenos concretos mediante la operacionalización de los conceptos a reducción de estos a hechos observables directa o indirectamente. En este proceso deductivo tiene que tomarse en cuenta la forma como se definen los conceptos (los elementos y relaciones que comprenden) y se realiza en varias etapas de intermediación que permite pasar de afirmaciones generales a otras más particulares hasta acercarse a la realidad concreta a través de indicadores o referentes empíricos. Este procedimiento es necesario para comprobar las hipótesis con base en el material empírico obtenida a través de la práctica científica.

De esta forma, la investigación está constituida por un largo proceso de abstracción. En donde lleva consigo la creación ideal de un objeto de pensamiento. Este objeto está -- constituido de manera que elimina todos los elementos inesenciales y conserva la esencia, el tipo, el concepto del fenómeno.

Después, de haber constituido este objeto, que es a la vez físico (experimental) y racional (ideal), el razonamiento se convierte en deductivo y se reduce a un silogismo hipotético basada sobre una analogía; "Si todos los cuerpos pesados, como tales, caen a igual velocidad, estos cuerpos pesados, esta bala y esta hoja, van a caer con igual velocidad en el vacío: "Si en la caída de los cuerpos ya elimino to-

da lo que no sea tiempo y espacio, y si ya mida esta caída - de un cuerpo, ya encuentra una relación entre el tiempo y el espacio". 449

La hipótesis experimental propiamente dicha llega en su momento, en su lugar, y responde a un problema ya estrechamente determinado y limitado. La inducción experimental se esfuerza por penetrar en la compleja red de los hechos, de los fenómenos, los aborda desde un ángulo nuevo con relación a la lógica clásica; desde el ángulo cuantitativo y matemático. Y, por lo tanto, penetra mucho más a fondo en lo real, porque se sirve de un instrumento más perfeccionado. Pero el movimiento del pensamiento resulta el mismo. La lógica rigurosa o deductiva supone la distinción entre lo esencial y lo accidental, en la medida que dicha lógica tiene un contenido. Tomada concretamente, en comprensión, es una lógica de la esencia. 450.

La relatividad de nuestro conocimiento adquiere así todo su sentido, que es un sentido enteramente objetivo. La inducción y la deducción separan ciertos fenómenos, determinándolos así, y luego se esfuerzan por reintegrarlos al universo en la totalidad y la interacción de los fenómenos - sin perder la primera determinación. 451

Ahora bien, por lo que respecta al ámbito jurídico cabe

449 Cfr. Raúl Rojas Soriano; El proceso de la investigación científica; Op. Cit. pp. 86 y 87.

450 Henri Lefebvre; Op. Cit. pp. 146

451 Idem. p. 147

decir, que resulta un tanto cuanto, oportuno el tener en con-
sideración la tópica de Aristóteles, a este respecto, Fran-
cisco Carrayo, nos señala: "Los tópicos contienen la doctri-
na del razonamiento sobre lo probable. El término deriva del
griego topos, lugar, lugar común, y tiene en Aristóteles un
sentido preciso. Dice: "Hablamos de lugares (topoi) con rela-
ción a inferencias dialécticas y retóricas. La tópica es el
método que enseña a descubrir los puntos de vista apropiados,
los lugares comunes eficaces para discurrir sobre el tema cu-
ya solución no rebasa el campo de lo probable. 452

Así pues, para Aristóteles: "El fin de este tratado es
encontrar un método con cuyo auxilio podamos formar toda cla-
se de silogismos sobre toda género de cuestiones, partiendo
de proposiciones simplemente probables, y que nos enseñe, --
cuando sostenemos una discusión, a no adelantar nada que sea
contradictoria a nuestras propias aserciones". 453

Además, cabe decir, que este tratado puede ser útil de
tres maneras:

Primera, como ejercicio: porque, dueños de un método, -
podemos más fácilmente abordar el asunto sobre que se cues-
tiona, cualquiera que él sea;

Segunda para la conversación: teniendo en cuenta las --
opiniones de nuestros interlocutores, podremos, discutiendo
con ellos, entretenerles, no con opiniones que les sean ex--
trañas, sino con sus propias opiniones, descartando por otra
parte todos los errores en que no parezcan que han incurrido;
y

452 Francisco Carrayo: Estudio Introductivo del Organón.
Op. Cit. p. 217.

453 Aristóteles: Tópicos (de la dialéctica) libro Prime-
ro, Capítulo 1; Op. Cit. p. 223.

Tercero para la adquisición filosófica de la ciencia: - porque pudiendo discutir la cuestión en ambos sentidos, veremos más fácilmente lo que es verdadero y lo que es falso. -- Además, podremos conocer los elementos primitivos de los principios de cada ciencia. y que en cuanto a ellos se ve -- uno necesariamente precisado a estudiar cada uno aparte en vista de las proposiciones probables que les conciernen" 454

La tópica contemplada desde el ángulo del derecho "Subyuga el pensamiento tópico en cuanto inserta el derecho en los problemas y en la experiencia, alejándolos del axiomaticismo cartesiano". 455

A este respecto, Gabriel García Rojas, al citar los principios fundamentales del método de la tópica se fundamenta en la obra de Boecio, y señala:

- 1) In operabilibus finis habet rationem principii Que - en las cuestiones prácticas, el fin tiene la fuerza de principio.

Quia ex fine sumitur ratio earum quae sunt ad finem. Porque por el fin se explican las cosas, que sirven de medio para el fin.

- 2) Res per se contingentes, in ordinem ad finem necessarium. Las cosas que son contingentes por su naturaleza en orden a un fin necesario.

In necessariis convertitur. Se convierten en necesarios.

- 3) Potissime demonstrationes sumuntur ex fine in illis - qui his aliquid agitur propter finem. Las más fuertes demostraciones se toman del fin en aquellas que se hacen por fines o para fines. 456.

454 Aristóteles: Tópicos (de la dialéctica) libro Primero, Capítulo 2, p. 224.

455 Eduardo García de Enterría - citado por Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho. Vol. III; Op. Cit. p. 307.

456 Gabriel García Rojas: Apuntes sobre metodología jurídica; División de estudios de postgrado de la Facultad de Derecho - UNAM - Ciudad Universitaria. México, D.F. 1981.

A través de éstos principios el maestro García Rojas -- nos manifestaba que: el derecho nace de la necesidad y que -- en ningún momento, debe ser considerado el derecho como un proceso a priori, sino que, todo lo contrario, es decir, a -- posteriori, producto de la experiencia.

En el campo del derecho, el primer problema para trabajar a base de deducciones consiste en determinar qué es lo -- que debemos considerar como la premisa mayor de nuestra actividad investigadora. Y, así tenemos que para el iusnaturalis mo es la naturaleza humana la que debe tomarse como base o -- principio absoluto del que debemos deducir los principios -- del ordenamiento jurídico. Por un lado, y por el otro, tenemos al positivismo, para éste es la ley misma, en sus más al -- tos niveles jerárquicos, la que funda toda inferencia de este tipo. 457.

Así pues, en un sistema jurídico dado, partiendo del -- principio inducido, desde un punto de vista formal, bien estaríamos en posibilidades de resolver múltiples problemas de -- duciendo de él la norma aplicable. Sin embargo la experiencia no tardaría en demostrarnos que el correcto silogismo es frecuentemente contradicho por un texto expreso. La razón es que el derecho no surge de un plan preconcebido y perfecto. Toda vez, que no pueden ser preconcebidas y perfectas las -- necesidades a las que debe satisfacer. Esta es, el derecho -- justifica su existencia desde un punto práctico en el que se

imponen sobre las necesidades lógicas, las necesidades vitales. En síntesis, no nos es posible formular la premisa mayor de un silogismo cuya conclusión se desenvuelva correcta y necesariamente en el mundo de las realidades. 458

Lo anteriormente expresado, no significa que el derecho esté fuera de toda lógica, ni tampoco que lo sea el comportamiento humano. De ahí la posibilidad de las inferencias deductivas en el universo del derecho. Nadie niega que en una disposición constitucional se funde un código conformado por miles de artículos, pero lo más probable es que tal fundamentación no pase de ser meramente formal. Una deducción jurídica es posible, pero sólo resulta válida en forma relativa 459

A este respecto, Rolando Camayo parafraseando a Max - - Black, nos dice: "ni la deducción, ni la observación, ni la descripción, ni la generalización, ni la medición, ni la utilización de instrumentos, ni todos estos elementos juntos, - pueden ser tenidos como rasgos esenciales de la actividad conocida como métodos científicos. En efecto, se pueden encontrar ramas reconocidas como científicas, en donde no aparecen estas características o donde apenas se dibujan. Los métodos de la astronomía o de la astrofísica no incluyen la experimentación; la matemática no hace observaciones; la geometría no es en ningún sentido descriptiva; la biología no hace generalizaciones abstractas. Los caracteres mencionados no

458 Cfr. Sergio T. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 33.

459. Idem. p. 34

son, entonces, necesarios ni suficientes; pero al estar presentes, en mayor o menor grado contribuyen a caracterizar algo como método científico. La presencia de todas esas características permite reconocer como científicas ciertas actividades. La presencia de algunas de tales características rige los criterios de similitud con respecto a objetos científicamente relevantes y sus respectivas disciplinas. La desaparición de algunas de estas características no quitaría a cierta método el carácter de científico. Sólo la desaparición de todas, o de casi todas, quitaría a cierta actividad intelectual el carácter de científicas. Este sería el límite de la extensión por similitud. 460

3. LA JURISPRUDENCIA TÉCNICA

La interpretación jurídica al igual que la integración y aplicación del derecho conforman el objeto de estudio de la jurisprudencia técnica.

En el derecho romano arcaico al lado de las doce tablas y en cierta forma, como consecuencia de éstas, encontramos, la interpretación prudentium. Por lo que, se desprende que el conocimiento del derecho estuvo por más de cien años, después de la legislación de los decenviri, en manos de los pontífices. Los jurisconsultos estudiaban el derecho, lo describían. Son los jurisconsultos los que determinaban cuál era

460 Max Black: Problems of Analysis—citado por Rolando Tamayo y Salmarán: El derecho y la ciencia del derecho; Op. Cit. p. 109.

el derecho y sus alcances. Los jurisconsultos decían qué decía el derecho. A través de la interpretación los pontífices cambiaron, en mucha, el significado original de las Doce Tablas extendiendo su aplicación a nuevas situaciones. La atribución significativa fue tal que el *ius civile* fue considerado *compositum* por los prudentes. De lo anterior se sigue que en Roma existió una específica actividad, denominada "iurisprudentia", cuya función característica era la interpretación (estudio, análisis, determinación) del derecho. 461

Por su parte, Gregorio Robles, nos señala: "La actividad cuyo objeto es la reflexión sobre los problemas jurídicos para llegar a la decisión es lo que se llama *iurisprudentia*". 462

3.1. CONCEPTUACION

La palabra *iurisprudentia* proviene del latín *iurisprudentia* compuesta por los vocablos *iuris* que significa derecho y *prudentia* que quiere decir conocimiento, ciencia. 463

En cuanto a sus significados gramaticales, cabe señalar entre otros:

1. Ciencia del derecho. 2. Enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales. 3. Norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos". 464

461 Cfr. Roldano Tamayo y Salmorán: *El derecho y la Ciencia del derecho*; Op. Cit. pp. 124 y 125.

462 Gregorio Robles: *La decisión en el derecho y la técnica jurídica* art. Rvta. Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad Palma de Mallorca, España. No. 6. 1983. p. 101.

463 Diccionario jurídico mexicano; Op. Cit. t. V, I-J. p. 263

464 Diccionario de la lengua española; Op. Cit. p. 777.

Retrospectivamente encontramos en la cultura del Derecho Romano, la palabra jus de la cual derivase justitia y jurisprudencia.

Así pues, para Ulpiano: "Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi", cuyo significado en español es: "La voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo". Y, por lo que respecta, al concepto de jurisprudencia, cabe señalar: "Jurisprudencia est divinarum atque humanarum, rerum notitia, justis atque injustis scientia", cuyo sentido en español es: "El conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto". 465

Por su parte, Eduardo Pallares, conceptúa la jurisprudencia de la siguiente manera: "Los principios, tesis o doctrinas establecidas en cada nación por sus tribunales en los fallos que pronuncian. Así considerada, es una de las fuentes de Derecho más importantes porque mediante ella, de abstracta y general que es la ley, se convierte en concreta y particular, dando nacimiento a un derecho socialmente vivo, dinámico, fecundo, que pudiera llamarse derecho de los tribunales, distinto del legislador". 466

A este respecto, García Máynez, nos señala: "La jurisprudencia técnica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor

465 Eugene Petit; Op. Cit. p. 19.

466 Eduardo Pallares; Derecho Procesal Civil; 2a. ed. E. Porrúa, S.A. México, 1965.p.25.

en una época y un lugar determinados, y el estudio de los --
problemas relativos a su interpretación y aplicación". 467

3.2. CARACTERÍSTICAS

De la concepción anterior, se desprenden dos aspectos fundamentales y son a saber:

1. El teórico o sistemática; es una exposición de las reglas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento temporal y espacialmente circunscrito. Además, se desarrolla dentro de un contexto positivo, ya que no versa, como la teoría jurídica fundamental, sobre la esencia del derecho ni estudia los valores supremos del mismo, como la axiología jurídica, sino que se reduce a la sistematización de las reglas que constituyen determinado ordenamiento, se indica en qué forma pueden ser resueltos los problemas que su aplicación suscita. 468

De esta suerte, la jurisprudencia en su aspecto teórico es una disciplina nomográfica cuyo objeto estriba en exponer de manera ordenada y coherente, las disposiciones, consuetudinarias, jurisprudenciales y legales, que integran cada sistema jurídico. 469

En relación a lo antes citado, Tamayo y Salmerán, nos señala que a la jurisprudencia se le puede caracterizar como la doctrina que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. El jurista al hacer ju--

467 Eduardo García Máynez; Op. Cit. p. 124.

468 Cfr. Ibidem.

469 Idem. pp. 127 y 128.

risprudencia (civil, mercantil, penal,...) describe un derecho puesto (no supuesto), establecido. La jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho histórico. 470

En consecuencia la jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho dado (el derecho mexicano, el derecho constitucional francés, derecho mercantil italiano...) De ahí que los juristas, independientemente del credo, ideología o concepción jurídica que sustentan, cuando hacen jurisprudencia, cuando describen un determinado derecho, trabajan de forma similar y usan como materia prima materiales jurídicos que han sido establecidos; materiales jurídicos empíricamente verificables, caracterizan al derecho que manejan como positivo. 471

Por lo cual, la descripción que lleva a cabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico. La jurisprudencia ordena (o reordena) el material jurídico para construir un todo sistemático y consistente. - La jurisprudencia asigna, así, cierto significado a los materiales que describe. Determina su sentido auténtico, así como su alcance; en suma: los interpreta. 472

2. El técnico o práctico; consiste en el arte de interpretar y aplicar los preceptos del derecho vigente. Además, cabe señalar que, la técnica jurídica consiste en el adecua-

470 Cfr. Ralando Tamayo y Salmorán; El derecho y la ciencia del derecho; Op. Cit. pp. 143 y 144.

471 Ibidem.

472 Idem. p.145.

da manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos de formulación (técnica legislativa) y la de aplicación del derecho objetiva a casos singulares. 473.

La interpretación que realiza la jurisprudencia no es una mera interpretación liberal del material jurídico. La manera en que la jurisprudencia adscribe significados al material jurídico es peculiar a la jurisprudencia. Sólo por ella sabemos qué son, qué alcance tienen y cómo funcionan los materiales jurídicos. De ahí que el lenguaje en que el derecho se formula, se distingue claramente del lenguaje común (del cual aquél toma su vocabulario). El lenguaje del derecho se interpreta según el metalenguaje diferente al del lenguaje ordinario. La idea que subyace detrás de esta posición es -- que justamente la jurisprudencia consiste en encontrar y -- aplicar los principios de interpretación del (lenguaje del) derecho. 474

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia al -- identificar, interpretar y ordenar el material jurídico (así como establecer principios generales y reglas de interferencia, eliminar inconsistencias e integrar lagunas), reformula el derecho positivo. Esta reformulación la lleva a cabo mediante la creación de un corpus de doctrina. 475.

Igualmente, cabe destacar que las reglas establecen, -- también, principios generales de la interpretación y aplica-

473 Eduardo García Máynez; Op. Cit. pp. 129 y 318.

474 Cfr. Rolando Tamayo y Salmarán; Op. Cit. p. 145.

475 Ídem. p. 146.

ción del derecho. Asimismo, las reglas establecen las reglas de inferencia (conjunto de reglas de inferencia stricto sensu y reglas de razonamiento analógico para encontrar el derecho aplicable. Que los juristas realmente deduzcan proposiciones normativas a partir de principios o que simplemente arreglen su doctrina en forma deductiva para reforzar su validez, es un problema importante de la ideología de la jurisprudencia dogmática (y de la ciencia en general). 476

Por otra parte, es menester dejar bien claro lo siguiente: "La jurisprudencia posee una naturaleza distinta a la de la ley, porque no es sino una serie de sentencias o de decisiones, que por su naturaleza no poseen los caracteres de generalidad, abstracción e innovación que caracterizan al acto-regla; sin embargo, surge la duda respecto de la naturaleza de la llamada jurisprudencia obligatoria" 477

En el derecho comparado, y en relación con las sentencias del poder judicial, se dan dos sistemas para determinar el valor o fuerza obligatoria de la jurisprudencia: uno es el sistema clásico, el otro es el sistema mexicano de la jurisprudencia obligatoria:

a) El sistema clásico: consiste en hacer descansar la fuerza obligatoria de la jurisprudencia en la tradición y en el prestigio del poder judicial. En este sistema no existe ninguna norma que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia para los jueces inferiores. Por lo que, la jurisprudencia se convierte en la normalidad no normada en las re

477 Mario de la Cueva: Teoría de la Constitución; 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1982. p.44

soluciones del poder judicial. En suma, en este sistema la jurisprudencia tiene un valor de principio de seguridad jurídica; la uniformidad tiene que crear en los hombres la convicción de que están frente a una norma del orden jurídico positivo, por lo que deben ajustar a ella su conducta.

b) El sistema mexicano: Se caracteriza por la declaración legal de la obligatoriedad de la jurisprudencia, dentro de determinados supuestos. En sus orígenes, la obligatoriedad de la jurisprudencia se consigna en las leyes reglamentarias de nuestro juicio de amparo, lo que produjo los siguientes efectos: primeramente que la obligatoriedad se limitara a la establecida por la Suprema Corte de Justicia en las ejecutorias de amparo, y en segundo lugar, que la fijada por los tribunales de las entidades federativas y aun por los tribunales federales que tuviese un origen distinto, permaneciera dentro del sistema clásico. 478

Actualmente, encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Vigente, en su artículo 94, párrafo Quinto, lo subsecuente:

"La ley fijara los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación". 479

 Cit. p. 478 Mario de la Cueva: Teoría de la constitución; Op. 44.

479 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Vigente (D.O. 5 febrero de 1917).

Al respecto, Héctor Fix-Zamudio, nos comenta:

"Las características de la jurisprudencia obligatoria. El establecimiento de esta institución se debe al pensamiento del ilustre jurista mexicano y magistrado de la Suprema Corte Ignacio Luis Vallarta, quien propuso en su proyecto de Ley de Amparo, esencialmente aprobado en 1882, que el criterio expresado por la misma Corte en cinco resoluciones pronunciadas en el mismo sentido, tuviese carácter imperativo para los tribunales federales, y así lo consagró expresamente el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908. El texto primitivo del artículo 107 de la Constitución Federal de 1917 no regulaba la citada jurisprudencia, pero si las leyes de Amparo de 1919 y 1935, exclusivamente por lo que se refería a los juicios de amparo y en relación con la interpretación de la propia Constitución, leyes federales y tratados.

En las reformas sustanciales de 1951, se consignó esta institución en la fracción XIII del propio artículo 107 constitucional, pero sólo respecto al juicio de Amparo, y por ella, reglamentada por los artículos 192 y siguientes de la Ley de Amparo. En las reformas de 1967 a la propia ley fundamental, se le otorgó mayor amplitud a la citada jurisprudencia obligatoria, puesta que se le desvinculó del artículo 107 mencionado, y se le incorporó en el quinto párrafo del artículo 94, con el objeto de darle mayor amplitud desde dos ángulos: en primer lugar, al extender la jurisprudencia obligatoria a todos los asuntos de competencia de los tribunales

federales y no exclusivamente al juicio de amparo; en segundo término, respecto de la interpretación obligatoria extendida también a las leyes y reglamentos locales. Los artículos 192, 197 de la ley de Amparo y 95 de la Orgánica del Poder Judicial Federal establecen los requisitos para la formación de la citada jurisprudencia (cinco resoluciones en el mismo sentido por catorce votos en el Pleno, cuatro en las Salas, y la votación unánime de los tres magistrados de los tribunales colegiados), así como para interrumpir y modificar la propia jurisprudencia". 480

La Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, en su título cuarto, señala: DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. capítulo único. artículo 192, que a la letra dice:

"La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas, en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales.

Las ejecutorias constituirán jurisprudencia, siempre -- que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas.

También constituyen jurisprudencia la tesis que diluciden las contradicciones de sentencias de salas.

Cuando se trate de ejecutorias sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes de los Estados, la jurisprudencia

dencia podrá formarse independientemente de que las sentencias provengan de una o de varias Salas". 481

A este respecto, cabe citar, la jurisprudencia siguiente:

"INTERPRETACION Y JURISPRUDENCIA. Interpretar la ley es desentrañar su sentido y por ello la jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la de mayor importancia, que tiene fuerza obligatoria según lo determinan los artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo reformada en vigor, según se trate de jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno y al través de sus salas. - En síntesis: la jurisprudencia es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley, debiendo acabarse, la que se encuentra vigente en el momento de aplicar - - aquella a los casos concretos, resulta absurdo pretender que en el período de validez de una cierta jurisprudencia se juzguen algunos casos con interpretaciones ya superadas y modificadas por ella que es la única aplicable.

Sexta Época. Segunda Parte: vol. XLIX, pág. 58. A.D. -- 2,349/61.- Miguel Yapur Farías.- Unanimidad de 4 votos. Apén dice 1917-1975.- Segunda Parte. Primera Sala, Mayo Ediciones. Pag. 338.

Por su parte, el artículo 193 de la Ley de Amparo nos señala que:

"La jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito, en materia de su competencia exclusiva, es obligatoria para los juzgados de Distrito, para los Tribunales Judiciales del fuero común y para los Tribunales Administrativos y del Trabajo que funcionen dentro de su jurisdicción territorial.

Las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en - - ellas se sustente en cinco sentencias, no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran".

A continuación, citamos la siguiente jurisprudencia:

"JURISPRUDENCIA, CONCEPTO Y OBLIGATORIEDAD DE LA - No se puede equiparar la jurisprudencia con el "uso", "Costumbre" o -

481 Miguel Acosta Romero y Genaro David Góngora Pimentel: Ley de Amparo; 2a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1985. p. 884.

"práctica en contrario" de que habla el artículo 10 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, en virtud de que la jurisprudencia de la Suprema Corte no se origina ni se funda en ellos, sino que emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes, en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración de este Alto Tribunal, conforme a su competencia; y precisamente porque la jurisprudencia es fuente de derecho, de ahí dinamiza su obligatoriedad en los términos del artículo 193 de la Ley de Amparo.

Amparo en revisión 4,086/61.- Cía. de Fianzas México -- S.A. 15 de marzo de 1968.- 5 votos.- Ponente: Jorge Iñarribu. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Vol. CXXIX Tercera Parte. Pag. 28.

El artículo 194, de la Ley en comento, señala:

"La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por catorce ministros, si se trata de la sustentada por el Pleno; por cuatro, si es de una Sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa".

En atención, a lo antes mencionado, cabe citar las siguientes jurisprudencias:

"JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. La Suprema Corte tiene facultades para cambiar su jurisprudencia, los jueces de distrito están obligados, al tener conocimiento de ese cambio, a acatar la nueva jurisprudencia.

Cortina de Zubiaur Mercedes.- Tomo XXVIII. Pág. 443. 27 de enero de 1930.- Mayoría de 3 votos. Segunda Sala."

"JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE, DESACATO DE LA. Si un Tribunal de apelación, del fuero común, dejó de acatar la jurisprudencia establecida por esta Suprema Corte, la cual es obligatoria para dicho tribunal, conforme al artículo 194 de la Ley de Amparo, debe llamársele la atención para que en lo sucesivo se ajuste estrictamente a los términos de la citada jurisprudencia.

Amparo directo 806/50.- Arellano Camacho Manuel. 23 de abril de 1961.- Mayoría de 3 votos.- Tomo CVIII. Pag. 718.

Artículo 194 bis, de la Ley de Amparo:

"En los casos previstos por los artículos 192 y 193, el pleno o la Sala o el Tribunal Colegiado respectivo, aprobarán la tesis jurisprudencial y ordenarán su publicación en el Semanario Judicial de la Federación. Lo mismo deberá hacerse con las tesis que interrumpen o modifiquen dicha jurisprudencia".

Por otra parte, cabe destacar que de acuerdo a su contenido la jurisprudencia se clasifica en:

1.- Jurisprudencia confirmatoria de la ley. Esta es, -- aquella que se produce en el mismo sentido que la ley, abundando en las razones legales.

2.- Jurisprudencia interpretativa de la ley. En este su puesto la ley no resulta lo suficientemente explícita y la jurisprudencia se encarga de esclarecer su sentido.

3.- Jurisprudencia integradora. La jurisprudencia cubre la precariedad legislativa. Llena las omisiones legales. Dentro del orden hermetico de lo jurídico y en aras del principio de seguridad jurídica, establece reglas para que al resolverse casos posteriores a aquellos en que se cubrió la laguna legal haya criterios orientadores de solución. 482

y, por la otra, desde el punto de vista de la materia, la jurisprudencia se clasifica:

- jurisprudencia civil;
- jurisprudencia penal;
- jurisprudencia administrativa;
- jurisprudencia laboral.

Por último, sólo nos resta manifestar que los cultores de la jurisprudencia, tienen que resolver, entre otros, los

siguientes problemas de gran importancia práctica:

- a) La identificación de las normas (particularmente la base fáctica del sistema);
- b) Inducción de principios - reglas;
- c) El manejo de las normas; y
- d) Sistemización y organización del material. 483

3.3. INTERPRETACION JURIDICA

Como antecedente histórico mas acabado sobre la interpretación jurídica, lo detectamos en el Derecho Romano. Al respecto, los pontífices y jurisconsultos interpretaban la ley de las XII tablas* era conocida de todos. Mas sus disposiciones, muchas veces demasiado concisas, tenían necesidad de ser interpretadas: era útil perfeccionarlas y llenar sus lagunas. Era menester, por otra parte, fijar las formas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento, del cual la ley de las XII tablas no había determinado más que líneas generales y casos de aplicación. Era el procedimiento de las legis acciones, que consistía en formalidades simbólicas y palabras solemnes. Estando todo minuciosamente regulado, la menor omisión llevaba consigo la pérdida del proceso. Esta elaboración lenta, pero continua, llamada interpreta-

483 Cfr. Rolando Tamayo y Salmerán; Op. Cit. p. 150.

*La ley de las XII tablas reglamentó a la vez el derecho público y privado. Los romanos la consideraron como la fuente propia de su derecho. Es la ley, por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de legitimum. Según las inducciones sacadas de los fragmentos que nos quedan del comentario de Goyo.- I y II. De la organización judicial y del procedimiento.- III. De la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes.- IV. De la potestad paternal.- V. De las sucesiones y tutelas.- VI. De la propiedad. VII. De las servidumbres.- VIII. De los delitos y quizá de las obligaciones en general.- IX. Del derecho público. X. Del derecho sagrado.- XI y XII. Suplemento a las diez primeras tablas.

tin, fue, desde luego, la obra exclusiva del colegio de los pontífices. En efecto, aunque colocados, en apariencia, por sus funciones religiosas, fuera de la esfera del derecho -- privado, los pontífices estaban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían conexión con el jus sacrum: la adrogación, la devolución de los sacra privada en caso de sucesión, la confarreatio, la determinación de las res religiosas y otras. De ahí la necesidad para ellos de -- ser al mismo tiempo jurisconsultos y la influencia que fueron los primeros en ejercer sobre el desenvolvimiento del -- derecho. 484

De esta suete, los primeros jurisconsultos eran sacerdotes y esto no puede sorprender. El derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia, y, -- aún en épocas posteriores, conserva algo de ambas cosas. Inclusive, cuando la cultura comienza a decaer y el derecho a degenerar, renace a menudo esta conexión entre derecho y religión, como lo demuestra la Edad Media con sus juicios de Dios. De ahí que es válido señalar que el derecho está im--pregnado de altas dosis de ideología. 485.

Otro, antecedente histórico acerca de la interpretación lo ubicamos en los siglos XII y XIII. Este período se inició en Bolonia bajo Irinea (Werner) y se cerró con Acursio. Se interpretaba el derecho justiniano. Aunque también, en --

484. Eugene Petit; Op. Cit. pp. 38, 42 y 43.

485 G.F. Margadank: Derecho Romana; Op. Cit. p. 53.

alguna medida el derecho canónico y germánico. Su función - se caracteriza en explicar el sentido del texto legal. Para ellos no hay más derecho que el corpus iuris civilis. Igualmente, su método se distingue por realizar anotaciones de carácter aclaratorio (entre las líneas o al margen) para explicar el sentido del texto glosae.

En los siglos XIV y XV, se desarrolla la corriente de los comentaristas con Bartolo, Baldo, etc. Los comentaristas aspiran a la construcción de una teoría general. Además, esta escuela se distingue por emplear el método escolástico - para comentar el derecho romano, o, las más de las veces, la interpretación que hicieron de él los glosadores. 486

Al descubrirse la literatura clásica se elaboró por -- primera vez la jurisprudencia en forma científica. Se puede llamar esta época como la de los humanistas franceses, y cu bre el lapso de los siglos XVI y XVII, los cultores de esta corriente no pensaban en considerar a la jurisprudencia como un sistema. Una muestra de esta escuela fue Cujacio. Si- gue luego, el período de los holandeses a fines del siglo - XVII y XVIII, se caracteriza por surgir la filología. En -- los tiempos modernos, sobresale el mito de la ley. Al res-- pecto, Tamayo y Salmerán, nos comenta:

"La importancia de la ley escrita en el siglo XVIII, es que en combinación con su carácter impersonal, general y abs-- tracto satisface el ideal de un Estado de derecho. Por ejem- plo, la constitución de Virginia de 1776, en la cual se ga-

garantizan, por escrito, los derechos de los ciudadanos. El carácter impersonal y abstracto de la legislación satisface el ideal de la teoría liberal de la igualdad ante la ley. De esta manera se garantiza un Estado de derecho donde no existen situaciones jurídicas de excepción. Además, no hay que olvidar que el siglo XVIII, fue la era del racionalismo. Entonces se creía posible determinar un cuerpo de normas universalmente válidas e inmodificables aplicable a todos los países, a partir del conocimiento de la naturaleza del hombre. Un ejemplo típico de esta concepción es el Código de Napoleón". 487

Por lo tanto, la interpretación se aplica a todas las normas, incluso a las que su contenido es claro, pues no hay que confundir la interpretación con la dificultad de la interpretación. La doctrina moderna rechaza la máxima in claris non fit interpretatio. Entiende Ferrara, que la ley se presenta siempre como un texto rígido que debe ser animado e iluminado en su sentido interior por la actividad interpretativa. 488

3.3.1. CONCEPTUACION

La interpretación es un término que deriva del latín interpretatio. La cual representa acción y efecto de interpretar. Por su parte, la palabra interpretar proviene del latín interpretare, cuyo significado consiste en explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad. Otra acepción, señala: atribuir una acción a determinado fin o causa; también significa: comprender y expresar bien o mal el asunto o materia de que se trata. 489

487 Cfr. Rolando T. y Salmarán; Op. Cit. pp. 31 a 33

488 Ramón Badenes Gasset; Op. Cit. p. 359.

489 Diccionario de la lengua Española; Op. Cit. p. 755.

En cuanto, al vocablo intérprete, cabe señalar que éste es tomado del latín *interpres*, *etis*, equivale a mediador.⁴⁹⁰

teniendo en consideración, a todo lo anteriormente expuesto, cabe decir que, de manera general, interpretar es de terminar o asignar el sentido a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras. El intérprete es, pues, una especie de mediador que comunica a los demás (generalmente en lenguaje común) el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos. Esto es, el intérprete pone en conocimiento de los demás (aunque no necesariamente) el sentido que -- (según él o de acuerdo con cierto método) corresponde a determinados objetos.

La investidura mística del intérprete (magos, oráculos o sacerdotes) y el desconocimiento de sus métodos o procedimientos de significación, o mejor, de interpretación, -- originó en gran medida la creencia de que estas personas poseían (en virtud de una misteriosa razón) la extraña y sorprendente aptitud de encontrar o desentrañar el sentido inmanente de las cosas (como si las cosas tuvieran un sentido previo al establecimiento significativo).⁴⁹¹

Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica --dice Alf Ross-- derivan de la creencia de

490 Juan Corominas: *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*; Op. Cit. p. 336.

491 Rolando Tamayo y Salmerán: "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica"; *Art. La interpretación constitucional*, 1a. ed. Ed. UNAM-Instituto de Investigaciones jurídicas. 1975. pp. 125 y 126.

que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyos significados deben ser descubiertos o descritos por la filosofía... el filósofo se pregunta qué son realmente, verdad, belleza, bondad, ..., y cree posible establecer - definiciones verdaderas.

Sin embargo, cualquiera que inquiera por el sentido que guardan ciertos objetos, signos o acontecimientos y obtenga una respuesta, se encuentra en realidad, asignando un significado a estos objetos, signos o acontecimientos. El sentido es siempre incorporado mediante la interpretación, pero ni se busca ni se desentraña. 492.

De esta suerte, el objeto por interpretar bien puede ser un lenguaje (o los términos de un lenguaje). En este caso la función significativa de la interpretación consiste en la incorporación o asignación de un sentido a ciertos signos, términos o palabras a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos. Que un lenguaje (o los términos de un lenguaje) sean el objeto de una interpretación no representa ningún problema particular. 493

La interpretación de un lenguaje es, así, la significación que se incorpora a un lenguaje (o a los términos de un lenguaje) - el que recibe el nombre de lenguaje interpretado mediante otro lenguaje - que podría denominarse lenguaje sig

492 Rolando Tamayo y Salmorán: "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica"; art. La interpretación constitucional, 1a. ed. - Ed. UNAM-Instituto de Investigaciones jurídicas. 1975. pp. 126.

493 Ídem. p. 126

nificativo.- El lenguaje interpretado o lenguaje objeto puede ser simbólico, ideográfico, algorítmico o ideomático, verbal o escrito. Sin embargo, es bastante habitual considerar que interpretar se refiere normalmente a establecer o declarar el sentido de un texto. 494

Ahora bien, la interpretación jurídica puede consistir, entre otras, en probabilidades:

1. La adscripción de un significado jurídico dado a -- ciertas hechas, signos, acontecimientos o comportamientos -- (objetos significados, los cuales se constituyen en objetos jurídicos, en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados). 495

2. La adscripción de un cierto significado suministrado al discurso jurídico (leyes, constituciones, etc).

Igualmente, cabe señalar que, una de las particularidades que ofrecen los objetos conocidos como formando la experiencia jurídica es de que, en cierta medida, constituyen un lenguaje o se presentan como lenguaje. Cada derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje. A este lenguaje bien podemos denominarle lenguaje jurídico. 496.

494 Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán; Op. Cit. pp. 153 y 154.

495 Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán; La imputación como sistema de interpretación de la conducta; art. Boletín de Derecho Comparado. Ed. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. año IV. Num.12. septiembre-diciembre 1971 pp.431-454

496 Juan Ramón Capella; El derecho como lenguaje; Ed. - Ariel, Barcelona-España.1968.p.28.

Por último, sólo nos resta manifestar: quienquiera que otorgue cierto significado al lenguaje jurídico se encuentra interpretándolo.

Entre otros, conceptos cabe citar, a los siguientes:

Para F. K. Von Savigny, la interpretación "es reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro, es igual) expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley". 497

Por su parte, Castán Tobeñas nos dice que: indagar el verdadero sentido y, por ende, del contenido y alcance de las normas jurídicas, en relación con los casos que por ellos hayan de ser reglados, se le llama interpretación. 498

Enneccerus, nos señala que: "Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido, y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica, y por tanto, también para la resolución judicial". 499

Igualmente, Messinea, nos proporciona el siguiente concepto: Interpretación es la indagación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma (o sea de la voluntad de la misma) para medir su precisa extensión y la posibilidad de su aplicación a las relaciones sociales que trata de regular.

Para Coviello: una cosa es indagar el significado de --

497 Friedrich Karl Von Savigny; Metodología jurídica; trad. J.J. Santa-Pinter. Ed. Depalma, Buenos-Aires-Argentina. 1979. p.14

498 Jose Castán Tobeñas: Teoría de la aplicación e Investigación del derecho; 1a. ed. Ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, España, 1947. p.219

499 Ibidem.

una disposición de la ley, que indudablemente concierne a un determinado caso, deduciendo las consecuencias que lógicamente se derivan de ella, y otra distinta indagar el principio jurídico que se debe encontrar latente en el sistema legislativo para aplicarlo a un caso no expresamente contemplado.⁵⁰⁰

Por su parte, Luis Cabral de Moncada, quien abarcando - el triple aspecto a forma bajo el que se presenta el derecho positivo, no sólo como norma, sino también como orden (o institución) y como decisión, conceptúa la interpretación como la actividad del espíritu que se pone en juego para captar o aprehender el sentido y significaciones de las realidades jurídicas, de cualquier naturaleza que éstas sean, bien se trate de normas, ya de instituciones o de decisiones. 501.

Desde la perspectiva de la teoría egológica de Carlos Cassin, que considera el derecho, no como normas sino como conducta estimando que las normas sólo son conceptos que -- mientan o representan la conducta -- dice que no se interpreta la ley, sino la conducta mediante la ley.⁵⁰²

Para Hans Kelsen, "la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpreta--

500 Coviella citado por Jose Castán Tobeñas; Op. Cit. p. 220.

501 Cfr. Jose Castán Tobeñas: Op. Cit. p. 221.

502 Ibidem.

ción, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la -- norma individual de una sentencia judicial o de una resolu-- ción administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto." 503

Pero también tenemos una interpretación de la constitu-- ción en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimien-- to legislativo, en una grada inferior. Además, tenemos una - interpretación de los tratados internacionales o de las nor-- mas de derecho internacional general consuetudinario, cuando éste o aquel tienen que ser aplicados por un gobierno, por * un tribunal, u órgano administrativo internacional o nacio-- nal. Y hay también una interpretación de normas individuales sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos, etc., en suma: una interpretación de todas las -- normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación. Igual-- mente, los individuos que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo al llevar a cabo la conducta que evita las -- sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que de-- ben acatar, estableciendo para ello su sentido. Y, asimismo la ciencia jurídica cuando describe un derecho positivo, tie-- ne que interpretar sus normas. 504.

Por otra parte, cabe señalar que la relación entre una grada superior y una inferior del orden jurídico como se da

503 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 349.
504 Idem. pp. 349 y 350

entre constitución y ley, o entre ley y sentencia judicial, es una relación de determinación o de obligación; la norma de grada superior regula el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución -- cuando ya se trata de éste. Además, del contenido de la norma que se instaurará o del acto de ejecución que se cumplirá. Empero, la norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre habrá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. 505

Así pues, en relación al concepto de interpretación Kelsen, nos comenta lo siguiente:

"Si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, -- todas las cuales en tanto son cubiertas solamente con la ley que haya de aplicarse tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en la ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales -- y no la norma individual que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general. 506

505 Hans Kelsen: *Tercía pura del derecho*; Op. Cit. p. 350.

506 *Idem*. pp. 351 y 352

Al respecto, Castán Tobeñas, nos comenta: La interpretación no es una operación mecánica, en la que no haya un cierto margen de libertad y discrecionalidad; pero ello no autoriza a admitir la concepción relativista de Kelsen.

Por su parte, Radbruch, nos dice que: la interpretación jurídica es una mezcla inseparable de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creadores, productivos y reproductivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos.

Para Carnelutti, toda interpretación supone una transmisión del pensamiento y, por lo tanto, una declaración por -- parte del declarante (el legislador, si de la interpretación de la ley se trata) y una comprensión de ella por parte del destinatario. De ahí que la interpretación sea considerada como una actividad creativa, pues equivale a volver a pensar lo que ya ha sido pensado, y explica que los fenómenos de -- transformación del pensamiento declarado, los cuales son -- siempre más frecuentes y graves para la ley que para el contrato. 507

Después, de haber manifestado algunas consideraciones acerca del concepto interpretación, cabe decir, que en el -- presente capítulo vamos a tratar a la interpretación jurídica tanto en su momento de técnica como de método jurídico. Esto es, no sólo nos interesa abordar la interpretación como un arte o habilidad para desentrañar sentido de las expresiones. Sino contemplarla dentro de un esquema teórico mas am-

plio que, nos acerque a un proceso científico del derecho. - De ahí que no es correcto identificar el concepto de hermenéutica jurídica con el de interpretación jurídica. Toda vez que la hermenéutica jurídica implica un esquema teórico de la interpretación.

A este respecto, Gesche Müller, nos comenta: Tradicionalmente se concibe la interpretación de la ley como sinónimo de hermenéutica legal. Esta concepción simplifica indebidamente un proceso complejo cuyo resultado final va a ser la aplicación de una norma jurídica a una situación de hecho concreta. En efecto, si bien la interpretación se manifiesta formalmente como un silogismo deductivo en el cual, la premisa mayor es la norma de derecho aplicada; la premisa menor, el o los hechos a que ella se aplica, y la conclusión, la afirmación de una relación lógica entre dichas premisas; ya el punto de partida del silogismo está indicando que el intérprete no solo se limitará a fijar el sentido de la premisa mayor o norma de derecho, sino que para ello debe realizar, además un acto de selección entre diversas normas disponibles, y elevar a una de ellas a la categoría de premisa de tal índole, o formular una regla de derecho con tal objeto cuando se encuentra en presencia de una laguna legal. Al respecto, se ha dicho que la ciencia jurídica se ha preocupado exhaustivamente de la interpretación de la ley en el sentido de hermenéutica legal; pero poco o nada ha dicho sobre la labor de selección de la norma aplicable a los hechos sometidos

dos a la decisión judicial, labor esta que muchas veces será mucho más compleja que aquella. 508

Por su parte, Karl Larenz, al referirse a la hermenéutica jurídica nos señala que:

"Por hermenéutica entiendo yo aquí; la doctrina sobre las - condiciones de posibilidades y del especial modo del comprender en sentido estricto, es decir, de comprender lo que tiene sentido en cuanto tal, en contraposición al explicar objetos sin atención a la referencia al sentido. Si en la Metodología jurídica se trata del especial modo de comprender referencias de sentido jurídicas, la hermenéutica general, en el sentido señalado, constituye, a su vez, también la base - de la Metodología Jurídica". 509

La metodología de la jurisprudencia puede caracterizarse, como su autorreflexión a la luz de la hermenéutica. Con autorreflexión no se quiere decir algo así como un análisis psicológico de los procesos de decisión jurídicas, por muy útil que esto pueda ser, sino el descubrimiento y enjuiciamiento hermenéutico de los métodos y formas de pensar aplicables, mas o menos conscientemente, en la jurisprudencia.

En consecuencia, la metodología jurídica no es ni lógica formal ni instrucción sobre la técnica de solución de casos. La metodología no establece reglas fijas que sólo fuera preciso seguir para caminar seguro en la aplicación de normas jurídicas. La interpretación, y todo lo que lleva esta - consigo, no es una actividad que pudiera ser realizada según reglas fijas; para ello es también, precisa siempre la fantasía creadora del intérprete. Además, cabe destacar que el in-

508 Cfr. Bernardo Gesche Müller: "La interpretación de la ley;" art. RVta. Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica. Santiago de Chile. 1973. p.1.

509 Karl Larenz: Metodología de la ciencia del derecho; Op. Citl p. 238.

interpretar no es un hacer únicamente receptivo, sino que es también siempre productivo. 510

Esto sólo extraña a quien no se libera de la idea de que el conocimiento es siempre la reproducción en la conciencia cognitiva de un objeto subsistente en sí. Pero esta idea es equivocada, como nos enseña la hermenéutica con respecto a la comprensión de las obras del espíritu y, en especial, con respecto a la comprensión jurídica. El orden jurídico no existe plenamente independiente del proceso del comprender, sino sólo del modo como, en base a este proceso, se muestra en cada caso la comprensión de los llamados a su aplicación y desarrollo. Este vale no sólo para el derecho, sino para las objetivaciones de todo contenido espiritual con sentido. Su contenido de sentido tiene que ser puesto de manifiesto constantemente, pudiendo al efecto adoptar también nuevos rasgos. Para el derecho esto es de importancia singular, porque en él las más de las veces no se trata sólo del comprender sino, al mismo tiempo, de su realización. Así, en el conocimiento judicial, como nosotros denominamos también al juicio, la comprensión de la resolución dotada de fuerza jurídica desemboca en un acto de configuración del derecho. 511

Habida cuenta, lo anteriormente manifestado cabe destacar, que no debe confundirse la interpretación con la hermenéutica. Toda vez que la hermenéutica jurídica es la disciplina

510 Karl Lorenz: Metodología de la ciencia del Derecho; Op. Cit. p.p. 239, 240 y 241.

511 Ídem. p. 399.

plina científica cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos. Esta es, - la hermenéutica es la teoría científica de la interpretación. En cambio, la interpretación es desentrañar el sentido de la expresión, por lo que no se equivoca quien usa como equivalentes los términos interpretar y comprender. 512

3.3.2. TIPOS DE INTERPRETACION

A este respecto, cabe señalar por un lado, a la mens le gisladora o teoría subjetiva, la cual halla el sentido de la ley en la voluntad del legislador que la había sancionado. Y, por el otro, a la mens legis o teoría objetiva, la cual - pone como objetivo de la interpretación la voluntad de la -- ley, entendiéndola que lo que el intérprete debe investigar - es no lo que el legislador ha querido, sino aquello que en - la ley aparece objetivamente querido". 513

Encontramos otro tipo de interpretaciones, en cuanto a los autores de la interpretación y así venemos:

1. Interpretación auténtica: si el legislador, mediante una ley, establece en qué forma ha de entenderse un precepto legal, la exégesis legislativa obliga a toda el mundo, preci samente porque su autor, a través de la norma secundaria in- terpretativa, así lo ha dispuesto:

512 Cfr. Linares Quintana, S. ...: "Tratado de la ciencia del dere- cho constitucional; art. -citado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA. T. XVI-INSA - IUSN. Ed. Bibliografía. Buenos Aires, Argentina. pp. 481 y 482

513 Cfr. Jose Maria Martín Oviado; "Consideraciones sobre la teoría general de la interpretación de las normas jurídicas"; art. Rvta. Univer- sidad Complutense de Madrid, España, pp. 309 a 332.

2. Interpretación judicial o jurisprudencial; Si es el juez quien interpreta un precepto, a fin de aplicarlo a un caso concreto, esa interpretación no adquiere obligatoriedad general, pero sirve, en cambio, de base a una norma individualizada: el fallo que en la especie se dicte.

3. Interpretación doctrinal o privada: si un abogado, o un particular cualquiera, interpretan una disposición legislativa, su interpretación correcta o incorrecta tiene un simple valor doctrinal y, por ende, a nadie obliga. 514.

Por sus funciones o resultados, se suele clasificar la interpretación en declarativa, restrictiva y extensiva;

A. Interpretación declarativa: Se dirige únicamente a de terminar el significado de las palabras (claras o ambiguas) de la ley. En efecto, si las palabras de la ley son imprecisas o admiten diversos sentidos, incumbe a la interpretación escoger, entre esos varios sentidos posibles, aquel que, según las circunstancias, responda mejor al espíritu de la ley. Además, surgen dos clases de interpretación declarativa: estricta o de sentido limitado a las expresiones, por ejemplo, cuando se dice hombre en su sentido de varón, por un lado, y por el otro, tenemos a la interpretación declarativa en sentido amplio, verbigracia, en el caso de la palabra hombre, - que puede entenderse como comprensiva de hombre y mujer. 515

B. Interpretación restrictiva: Se encaminan a restrin-

514 Cfr. Eduardo García Máynez; Op. Cit. pp. 329 y 330.
515 Cfr. José Castán Tobeñas; Op. Cit. pp. 258 a 260.

gir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que el legislador quiso (*potius dixit quam voluit*). De esta suerte, lo esencial de esta interpretación consiste en indagar la voluntad real o verdadero pensamiento de la ley. Además, cabe destacar que, la interpretación restrictiva tiene lugar, especialmente, en tres casos y son a saber: 1. Si el texto, entendido en el modo general -- como fue redactado, vendría a contradecir otro texto de la ley. 2. Si la ley contiene en sí una íntima contradicción -- (argumento ad absurdum). 3. Si el principio aplicado sin restricción va más allá del fin para que fue ordenado. 516

Sin embargo, en la práctica y aun en la jurisprudencia es frecuente confundir la interpretación restrictiva con la interpretación declarativa estricta.

C. Interpretación extensiva: Se caracteriza por extender el natural significado de las palabras de la ley cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir (*minus dixit quam voluit*). La interpretación extensiva más que añadir a la norma o extenderla a casos no contemplados, lo que hace es dar relieve a aquellas que la norma contenía ya virtualmente.

Igualmente, se pueden señalar como casos más comunes de interpretación extensiva a los siguientes:

- El de que la ley utilice una expresión concreta especial en vez de adoptar la expresión abstracta general que ha

bría correspondido más exactamente a la finalidad perseguida. Derrivación cuando existe la prohibición de vender bienes inmuebles impuesta a los menores emancipados, a todo acto de enajenación de tales bienes a título oneroso y aun a título gratuito como la donación:

- El caso de que la ley, enunciando un concepto general haga aplicación por vía indicativa o demostrativa (demonstrative causa) a determinados casos particular. Se asignan corrientemente a la esfera de la interpretación extensiva las siguientes clases de argumentos:

1. El argumento a pari, basado en la identidad de razón entre el caso controvertido y el caso semejante previsto expresamente en la ley; ubi Eadem ratio, eadem iuris dispositio.

2. El argumento a fortiori, de razón mayor o más fuerte que se apoye en que los motivos que hayan inspirado determinada disposición legal se den más evidente y palpablemente que en la hipótesis aludida por el legislador, en aquella otra que el legislador no previó. Son variedades de esta última argumentación:

a) La derivada del principio de que la ley que permite lo más, permite lo menos (argumento a maiori ad minus - aplicada a las leyes permisivas).

b) La que surge de la regla según la cual la ley que prohíbe lo menos, también prohíbe lo más (argumento a minori

ad maius, aplicado a las leyes prohibitivas). 517.

Interpretación modificativa o abrogante: Tiene lugar -- cuando la expresión literal de la ley de a entender algo cualitativamente diversa de la querida por el legislador. En -- torno a esta interpretación se entabla una discusión, por -- una parte, existe una corriente que la niega, y por la otra, encontramos a otra que la admite, manifestando que: La inter -- pretación abrogante significa que el jurista pueda corregir no solo la expresión literal de la ley, sino la ley misma, dejándola de aplicar (conforme al principio cessante ratióne legis cessat lex ipsa) en aquellos casos en los que se pre -- senta como injusta por no corresponder al sentido lógico que la ley debe tener, o bien aplicándola a aquellos casos de -- concurrencia de normas legales en los que incumbe al intér -- prete la facultad de abolir una ley aparentemente vigente, -- por razón de incompatibilidad con otra. 518

3.8.8. ELEMENTOS DEL PROCESO INTERPRETATIVO

Savigny, tiene el honor de haber descubierto los si -- guientes elementos que participan en el proceso interpretati -- vo y son a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y -- el sistemático. 519

A este respecto, cabe decir, que actualmente se sigue -- con leves modificaciones o alguna ampliación, las huellas de

517 Cfr. José Castán Tobeñas; Op. Cit. pp. 261 a 263

518 Idem. pp. 264 y 265.

519 Cfr. Friedrich Karl Von Savigny: Metodología Jurídica; Op. Cit. p. 13.

Savigny, o bien reducen los cuatro factores a solo dos: el literal y el lógico, distinguiendo dentro de este último varios subelementos.

Por lo tanto, lo que debemos tener en consideración es que cada uno de los elementos interviene y se interrelacionan para conformar el proceso interpretativo. Esto es, sería un error el suponer que los factores, gramatical, lógico, sistemática, histórica, sociológica, etc., den lugar a diversas especies de interpretación que puedan funcionar con independencia y a gusto del intérprete.

Sino que, la interpretación jurídica es un todo complejo. La cual no se sujeta a un elemento único, es decir, que no se aísla de los demás factores que participan en la constitución del proceso interpretativo. Así pues, entre otros, elementos cabe señalar a los siguientes: gramatical, filológico, lógico, sistemática, sociológica, histórica, económico y político.

- Elemento literal o filológico: La llamada interpretación gramatical es, naturalmente, la primera etapa del proceso interpretativo. Como la ley se expresa con palabras, el intérprete ha de empezar por obtener el significado verbal que resulta de ellas, según su natural conexión y las reglas gramaticales. De esta forma, cuando una misma palabra pueda tener significaciones distintas, se adoptará la que se reputa más idónea, dada su conexión con las demás del precepto -

de que se trate y con la materia a que el mismo se refiera.

En cuanto al significado de los vocablos, cabe decir, que éstos deben ser considerados en su sentido usual o más común (en razón a que el legislador se dirige a la generalidad de los individuos, para ser comprendido por ellos), salvo el caso de que la conexión del discurso o de la materia tratada resulte un significado especial técnico.

Por otra parte, cabe señalar que existe una corriente que estima que cuando se trata de términos jurídicos suele opinarse que debe ser preferido el sentido técnico jurídico, ya que se ha de presumir que el legislador expresa su pensamiento en los términos más propios. 520

Al respecto, Enrique P. Haba, nos comenta que: La interpretación literal-gramatical consiste en determinar la significación de los textos por medio del sentido de las palabras y a las reglas corrientes de la sintaxis del lenguaje utilizado. Hemos visto que las mayores dificultades se refieren sobre todo al primero de estos dos aspectos: hallar los criterios para determinar el verdadero sentido de las palabras. Igualmente, cabe señalar que la interpretación de la letra debería tomar en cuenta la totalidad de los elementos del texto; no sólo las palabras mismas, sino también elementos como los signos de puntuación, las cursivas, separación de párrafos y hasta los caracteres externos del modo en

que ha sido formulado el escrito, verbigracia, los subrayados. 521.

Empero, la mayoría de los autores estima que el carácter específico de la interpretación gramatical-liberal consiste en encarar las palabras o frases de una manera relativamente aislada, tendiendo así a considerar que la significación de cada palabra tiene una dimensión fija. 522

No obstante, otros autores consideran que la interpretación no arranca de la palabra aislada, sino que parte del contexto de la ley, en función del cual cada palabra toma su correspondiente coloración.

Al respecto, Roberto José Vernengo, nos dice:

"En suma: el método liberal, apegado en principio a la superficie literaria, irremediablemente conduce a una interpretación sistemática, donde el significado de los términos está condicionado, de alguna suerte, por las relaciones que la expresión enigmática mantiene con las expresiones contextuales en el ordenamiento". 523

El significado de una palabra, indica Alf Ross, se precisa cuando el vocablo es analizado como parte integrante de un enunciado específico; a su vez, el significado de éste - y por ende, el de sus palabras- resulta del contexto o situación en que es formulado, distinguiendo también entre un texto lingüístico y un contexto no lingüístico o situación.

521 Cfr. Enrique P. Haba; "En torno al concepto de la interpretación liberal; art. Rvta. de Ciencias Jurídicas de la Fac. de Derecho. - San José Costa Rica. No. 33. 1977. pp. 138 y 139.

522 Cfr. Enrique P. Haba; Op. Cit. 140.

523 Roberto José Vernengo: La interpretación liberal de la ley; Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1971. p.98

El significado de un término, pues es función del significado del enunciado en que aparece, de su contexto verbal, y de la situación en que se lo utiliza. Por lo tanto, la concepción clásica de la interpretación literal no sólo descuida el contexto y la situación sino que advierte explícitamente que el sentido de un término es función del enunciado que integra. De ahí que Ross sostenga enfáticamente que "la tesis de que la interpretación de la ley pueda o deba partir del significado corriente de las palabras... es un punto de vista ilusorio no existe sentido semejante". Sólo los otros -- dos factores el contexto y la situación, permiten establecer un sentido razonable, es decir, adecuado a una cierta situación y (aunque por lo general implícitamente) al contexto -- lingüístico. La analítica transformación permite, explicar -- con mayor precisión las características contextuales del fenómeno de la interpretación literal.

A fin de ahondar más sobre esta cuestión, Ross postula cuatro axiomas que se aplican a las palabras de uso cotidiano: 1) el significado posible de toda palabra es vago y su campo de referencia indefinido; 2) la mayor parte de las palabras son ambiguas; 3) para determinar con precisión el significado de una palabra hay que considerarla como parte de una expresión, 4) el significado de una expresión depende de su contexto lingüístico y de la situación. De 3) y 4) se infiere que el significado de una palabra es una función de la expresión, contexto y si tuación en que aparece. La interpretación es la actividad dirigida a ex-

poner el significado de una expresión, pero designa también el producto de tal actividad. De conformidad con la tesis de que el significado es una función de expresión contexto y situación, los problemas pueden clasificarse en tres grupos: 1o. Sintácticos, que se refieren a la estructura de la expresión o conexión de las palabras. Por lo general, apunta, no hay reglas fijas y se acude a datos no lingüísticos para resolverlos. 2o. Lógicos, que se refieren a las relaciones de las expresiones entre sí dentro de un contexto, los casos más importantes son la inconsistencia, la reducción y las presuposiciones. 3o. Semánticos, en sentido restringido, que tienen que ver con la situación, verbigracia: vaguedad y ambigüedad.

Cuando Alf Ross, trata los factores que influyen en toda interpretación, tal y como ocurre en la práctica, no como debiera ocurrir, los divide en factores cognoscitivos y emotivo-valorativos. La teoría tradicional sostenía que el factor cognoscitivo era el conocimiento del verdadero significado de la ley de los hechos probados y que el motivo era la obediencia de la ley. La tesis tradicional las ignora, sin advertir que no hasta la actividad cognoscitiva y que el órgano tiene que elegir lo cual es siempre una valoración. Consecuentemente, toda interpretación es constructiva y está determinada por dos factores; cognoscitivos y valorativas, no es una mera actividad intelectual. 525

525 Alf Ross-citado por Javier Esquivel Pérez: Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho; 1a. ed. Ed. UNAM. México, D.F. 1980. pp. 158 y 159.

- Elemento lógico; La teoría de la interpretación monta da sobre bases romanistas y apuntada por la lógica escolástica, se ejerció de esta manera a lo largo de siglos. Se ha su lido creer, con harto simplismo, que la interpretación era una función técnica que se ejercía tras la subsunción del su puesto en la norma. Empero, a lo largo de la cadena silogís tica mediante la cual se va cumpliendo el proceso de aplica ción individualizada del derecho, la técnica interpretativa debe ejercerse, no una sino repetidas veces. Al respecto, En gisch, nos señala:

"si se quiere dar una expresión lógica más exacta hay que -- agregar que, mediante la interpretación, entre la premisa ma yor que hay que obtener inmediatamente de la ley y la deci-- sión del caso, no solo se intercala una premisa menor, sino varias más, y son éstas las que facilitan la subsunción. 526

Por último, sólo nos resta destacar que los párrafos -- tercero y cuarto del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contienen las pautas funda mentales de interpretación e integración para el derecho po sitivo mexicano.

Ahora bien, el párrafo tercero del referido artículo a la letra dice:

"En los juicios de orden criminal queda prohibido impo ner, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena - alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplica ble al delito de que se trata". 527

526 José María Martín Oviedo; Op. Cit. pp. 329 y 331.

527 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, - vigente; Op. Cit. p. 37.

Al respecto, García Máynez, nos comenta: el párrafo ter ce ro del artículo 14 Constitucional no es, propiamente ha- - bl an do una regla de interpretación sino norma que prohíbe la aplicación analógica de penas, relativamente a hechos no con s i d e r a d o s co m o d e l i c t u o s o s. Igualmente, cabe decir que en d i c h o párrafo se menciona como principio fundamental del d e r e c h o penal, el siguiente:

"No hay delito sin ley, ni pena sin ley (nullum crimen, nulla poena sine lege). Esto es, no hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni -- más penas que las que las mismas establecen.

De lo expuesto, se desprende que la ley penal debe apli c a r s e exactamente. Empero, ello no quiere decir, que no sea posible interpretarla. La ley es siempre una forma de expresión del derecho, lo cual demuestra que, en todo caso, exige ser interpretada. Lo que realmente expresa el párrafo en comentario, no es la prohibición en la interpretación sino la in te g r a c i o n de la ley penal, ya que ésta, por definición carece de lagunas. Además, de la prohibición del argumento anal ó g i c o suele considerarse que la aplicación de las leyes penales se encuentra sujeta a otros dos principios, y son a sa ber :

1º En caso de obscuridad de la ley, es decir, cuando - h a y a d u d a acerca de su sentido, debe interpretarse en la for ma más favorablemente al acusado;

2º La interpretación extensiva sólo es lícita en favor del reo. 528.

Por lo que respecta, al párrafo cuarto del artículo 14 constitucional, cabe decir que éste, encierra tanto reglas - de interpretación como de integración.

El párrafo citado expresa textualmente:

"En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

De lo expresado en dicho párrafo se dejan entrever, entre otras consideraciones a las subsecuentes:

En primer lugar, se deja ver un defecto, ya que, únicamente se refiere al acto por el cual un negocio es fallado, como si los problemas hermenéuticos, en esta materia sólo se pudieran presentar cuando el juez dicta sentencia. Las cuestiones interpretativas surgen no sólo al resolver los conflictos, sino en cualquier acto de aplicación de leyes y, -- por ende, en cualquier momento del juicio, desde la formulación de la demanda hasta el postrer acto de ejecución. La regla contenida en el artículo 19 del Código Civil del Distrito Federal es más completa, ya que, se refiere a la interpretación e integración de leyes civiles. Empero, en este momento sólo haremos mención únicamente de lo concerniente a la interpretación.

En segundo lugar, apreciamos en la primera parte del pá

rrafo en comento que en los juicios de orden civil, la sentencia deberá ser conforme a la letra de la ley. A este respecto se pregunta García Máynez lo siguiente: ¿Quiere esto decir que las leyes civiles han de interpretarse de manera puramente literal o gramatical? El autor citado nos da la siguiente respuesta: En nuestra opinión, la primera parte del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional debe entenderse así; el juez civil ha de resolver, de acuerdo con la ley, las controversias de que conoce, cuando aquella prevé la situación jurídica controvertida. Expresado en otro giro; el juez está ligado a los textos legales, si éstos le brindan la solución que busca.

En tercer lugar, cuando el sentido de la ley es dudoso, debe el intérprete echar mano de todos los recursos que el arte de la interpretación le ofrece. Intervienen entonces -- las llamadas interpretación histórica, interpretación lógica e interpretación sistemática. A ello aluden las palabras "o a la interpretación jurídica". Más no hay que olvidar que se trata de la búsqueda del sentido de la ley y que este no ha de identificarse con la voluntad del legislador. Si la labor interpretativa revela al juez que el caso sometido a su decisión no está previsto, tiene la obligación de colmar la laguna. 529

En relación, al elemento lógico Savigny, nos señalaba -
529 Cfr Eduardo García Máynez; Op. Cit. p. 381.

que: la parte lógica de la interpretación consiste en la presentación del contenido de la ley en su origen y presenta la relación de las partes entre sí. Igualmente, es la genética presentación del pensamiento en la ley. 530

Los autores modernos por el influjo del positivismo jurídico, van reduciendo el llamado elemento lógico a la relación abstracta, formal, de las distintas partes de la norma y a las conclusiones que pueden obtenerse con el mero razonar lógico. Además, señala que la interpretación lógica se realiza de dos modos y son a saber: La lógica interna que implica la fórmula legislativa a través de deducciones y de inducciones que han de permitir entender todo el pensamiento que, con la fórmula legal, ha querido el legislador expresar. Con ella se descubre el elemento psicológico que ha informado la ley. Mas para entender completamente el valor originario de ésta es indispensable un proceso lógico más profundo que gire en torno de aquellos actos externos de los que depende la formación del precepto legislativo, entre los cuales se encuentran las circunstancias que representan el fundamento racional o fin esencial de la ley (ratio legis) y aquellas otras que han constituido su ocasión inmediata (occasio legis). 531

Toda disposición de derecho es siempre medio para obtener un fin y, por consiguiente, ha de ser interpretado dándo

530 Cfr. Karl F. Von Savigny; Op. Cit. p. 13.

531 José Castán Tobeñas; Op. Cit. pp.

le el significado que exija su cualidad de medio utilizable para la consecución del fin perseguido.

Por lo que, el motivo o razón, y el fin de la norma indisolublemente unidos a este respecto, constituyen la ratio legis, y que no ha de confundirse con la occasio legis, que sólo significa la circunstancia histórica que determinó la formulación del precepto legal y que tiene importancia muy secundaria en orden a la función interpretativa. El análisis de los motivos y finalidades de la norma jurídica supone una delicada y compleja apreciación de intereses prácticos y de ideales éticos y culturales. Sobre todo exige ahondar en las realidades de la vida, en sus exigencias económicas y sociales. 532

Al respecto, Francois Geny, nos dice: En cuanto, a la finalidad perseguida por el legislador, esto es, las circunstancias sociales, económicas, técnicas, etc., para las cuales la ley fue elaborada. así como los problemas que su autor pretendió resolver. Aparecerá así el fin propio de la ley (ratio legis) que, sin revelar por sí mismo y exclusivamente los medios empleados por el legislador para realizarlo permite, al menos, comprenderlos mejor y desenvolver los detalles.

Habrá que estudiar también el medio social en que la ley se originó, la ocasión en que fue formulada (occasio legis), las concepciones dominantes en el espíritu de sus re-

dactores y las influencias directas y profundas, de las legislaciones extranjeras. 533

Por su parte, Gastón Tobeñas, nos comenta que: La hermenéutica jurídica ha de proponerse, en primer lugar, descubrir el fin concreto perseguido por la norma; pero, en cuanto éste no se presente claro y no pueda por consiguiente, -- servir de criterio decisivo, hasta atender aquella al fin general del ordenamiento jurídico (la justicia) en relación con las particularidades del caso de que se trate (idea de equidad). 534.

Pra Enrique P. Haba, el elemento lógico de la interpretación se deja ver de la siguiente manera: Frente a un caso, puede ser que no sea tomado en cuenta más que un principio general solo. Pero puede ser también que en conjunto se tomen todos o varios de los que informan determinado instituto. De una manera o de la otra, así se obtienen criterios normativos que sirven para ilustrar el sentido de la disposición que corresponde a determinado texto jurídico, en cuanto se le suponga basado en dichos principios. Así pues, se trata de un razonamiento a la manera de un silogismo. El principio general del derecho obra como premisa mayor; la premisa menor sería el sentido que a primera vista presenta, en interpretación literal, el texto concreto en estudio; siendo la conclusión, el sentido que en definitiva se reconoce a ese

533 Francois Geny: Método d'interpretación et sources en droit privé positif. I.p.286- citado por Eduardo García Máynez; Op. Cit. p.341.

534 Cfr. José Castán Tobeñas; Op. Cit. pp. 243 y 244.

texto en función del principio general contenido en la premisa mayor.

En fin, aquí la interpretación actúa en función de un proceso lógico compuesto de tres fases principales y son a saber:

1. Obtención del principio general abstracto; ya sea -- partiendo solamente de textos de sentido particular e induciendo de ellos lo general; ya sea encontrando directamente dicho principio general formulado en un texto positivo, y advirtiéndose que en aquél se fundan una serie de disposiciones particulares; pudiendo extenderse, tanto en una como en el otro caso, que el principio general reviste o no naturaleza jurídica apriorística.

2. El estudio de determinado texto del derecho positivo permite apreciar (ya sea por el análisis gramatical de sus elementos normativos, ya sea porque ese texto se encuentra correlacionado con otros dentro de determinado instituto) -- que a su letra corresponde una norma basada en tales o cuales principios generales.

3. Deducción de determinadas consecuencias normativas concretas de aquellos principios generales, en relación al objeto específico a que se refiere el texto que se interpreta; de modo tal que haya de entenderse que esas consecuencias corresponden al sentido de dicho texto. 535

535 Enrique P. Haba: Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito; Op. Cit. pp. 165 y 166.

Antes de proseguir con el desarrollo de este apartado - es menester que delimitemos de acuerdo con la doctrina clásica el concepto de la subsunción. Al respecto, cabe decir, -- que la subsunción se centra en el carácter automático, lógico-formal de ésta. La subsunción reduce el papel del sujeto que aplica el derecho (el juez, en particular) a la mera comprobación de que se ha producido la situación de hecho que determina la aplicación de la norma; comprobando esto, el juez debía limitarse a aplicar, rigurosa y automáticamente, la consecuencia o sanción ordenada por la propia ley. La misión del juez se reducía a la constatación de la cuestión de hecho con relevancia jurídica. 536.

Al respecto, Luis Legaz Lacambra, nos dice que:

"El juez no está sometido más que a la ley. En la función de juzgar no hay más criterio obligatorio para el juez que el expresado por la ley. Sujeto únicamente a la ley, y por eso independiente, el poder judicial no puede legislar, sino tan sólo aplicar la ley. Y aplicar la ley, según la doctrina tradicional, no es otra cosa que subsumir el caso jurídico concreto bajo el precepto legal y, silogísticamente aplicarle la solución prevista en él. En este silogismo la premisa mayor es la ley y la conclusión es la sentencia. Así, la sentencia no añade nada nuevo al orden jurídico y no puede ser considerado su establecimiento como un acto jurídico de creación. 537

Por su parte, García Máynez, nos dice que: El razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico. La premisa mayor está constituida por la norma genética; la menor por el juicio que declara realizado el su

536 Cfr. José María Martín Oviedo: Consideraciones sobre la teoría general de la interpretación de las normas Jurídicas; Op. Cit. p.322.

537 Luis Legaz y Lacambra: Filosofía del derecho; 2a. ed. Ed. Bosch Barcelona-España, 1961. pp.534 y 535.

puesta de aquella, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho.

Por ejemplo: 538.

Premisa mayor: Al que cometa el delito de falsificación de moneda se le aplicarán de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos (Art. 234 del Código Penal del Distrito Federal).

Premisa menor: X ha cometido el delito de falsificación de moneda; luego

Conclusión: Deben aplicarse a X de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos.

Otro ejemplo:

Premisa mayor: El que siembre, plante o edifique en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unas y otras, pero con la obligación de pagarlos en cada caso y de resarcir daños y perjuicios si ha procedido de mala fe (art. 897 del Código Civil del Distrito Federal).

Premisa menor: Z ha sembrado en su finca, con semillas de Y, pero sin proceder de mala fe; luego,

Conclusión: Z tiene la obligación de pagar a Y el importe de sus semillas, sin que éste pueda exigirle una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Hemos escogido adrede el ejemplo del art. 234 del Código Penal vigente, para demostrar que el proceso de aplicación no siempre se reduce a un solo silogismo. La aplicación silogística de la norma contenida en tal artículo conduce a la conclusión de que el falsificador debe condenársele a prisión de seis meses a cinco años, y al pago de una multa de cien a tres mil pesos; pero ello no resuelve de modo cabal el caso concreto de X, porque la ley obliga al Juez a fijar la pena dentro de ciertos límites, de acuerdo con las circunstancias especiales del hecho, y en primer término, toman en cuenta las que enumera el art. 52 del propio Código ("En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: 1a.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2a.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del su-

jeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3o.- Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad"). La sentencia que se dicte en contra del sujeto del ejemplo no podrá, pues, fundarse simplemente en el artículo 234, sino que habrá de aplicar otras disposiciones del mismo ordenamiento, como el ya citado art. 52, el 51, que consagra el arbitrio judicial (el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso), y el art. 235 que define el delito de falsificación de moneda. 539.

El movimiento realista norteamericano ha llevado a cabo la más demoleadora crítica de la concepción mecánica de la función judicial, es decir, de aquella doctrina que explica la sentencia como un silogismo. Cierta que esa ingenua teoría que veía en la sentencia judicial un proceso de lógica deductiva, un razonamiento silogístico. A este respecto, Jerome Frank, nos dice que: La lógica formal tiene su validez para mostrar la esencia y las relaciones entre las formas. Pero el problema de la decisión judicial consiste sobre todo en la elección de las premisas. Esto no significa que, no halla reglas jurídicas. Por el contrario, reconoce la existencia de normas jurídicas generales, y, además, reconoce --

539 Eduardo García Máynez; Op. Cit. pp. 321 y 322.

Véanse los trabajos de Eduardo García Máynez: Introducción a la lógica jurídica; Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1951.; Lógica del juicio jurídico. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1955; Lógica del Raciocinio Jurídico. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1964 Los principios jurídicos de Contradicción y de Tercero Excluido, - art. Rvta. Filosofía y Letras. Tomo XX, No. 37, México 1950; La lógica deontica de G.H. Von Wright y la Ontología Formal del derecho, art. Rvta. Facultad de Derecho de México. T. III. No. 9. 1953.

también que estas cumplen una función importante. Lo que niega es que el Derecho efectivo producido por los tribunales - consista exclusivamente en conclusiones sacadas de normas generales. Las normas generales son sólo uno de los ingredientes que intervienen en la elaboración del derecho efectivo. Toda vez, que las normas generales no suministran base suficiente para poder predecir con exactitud los fallos futuros, ni constituyen tampoco explicación suficiente de los fallos preteritos. 540.

Para Helmut Coing, la aplicación de la ley no puede proceder nunca de un modo exclusivo en la forma de la inferencia puramente lógica, subsumiendo una determinada actividad vital bajo los conceptos generales de la ley. La aplicación de la ley es más bien siempre valoración de los hechos según los juicios de valor contenidos en el derecho. 541.

Por su parte, Georges Kalinowski, nos dice que: "La jurisprudencia puramente silogística significa algo así como la detención del derecho en un momento elegido arbitrariamente como originario; la paralización de la ciencia jurídica, en el alar del deductivismo necesario de la lógica -- formal. Lo expuesto hasta aquí no significa afirmar que el jurista y el juez no hagan uso de silogismos al razonar el de-

540 Cfr. Jerome Frank - citado en al Enciclopedia OMEBA JURIDICA; Op. Cit. p. 556.

541 Cfr. Helmut Coing: Fundamentos de filosofía del derecho; Ed. Ariel Barcelona-España.1961.p.274.

recha * Lo que ocurre es que estos raciocinios tienen carácter instrumental, subordinado y ordenado al fin práctico-jurídico. Además, no sólo a través de silogismo razona el juez sino también con argumentus retóricos y con razonamientos extralógicos o judiciales estrictos". 542

542 Georges Kalinowski: Introducción a la lógica jurídica; Ed. Eudeba. Buenos Aires-Argentina.1973. p.148.

* De suma importancia el estudio de la estructura lógica de las normas jurídicas y de las relaciones lógicas que se dan entre éstas. En cuanto, al estudio que se proponen -- enunciar las leyes lógicas que fundamentan las reglas de inferencia deductivas normativas, así como el ordenamiento de estas leyes en un sistema deductivo axiomatizado y formalizado. Dando como consecuencia, la lógica de las normas. En seguida, se mencionan los principios de la lógica deontica y los de la ontología formal del derecho y son a saber:

1.- El acto que no está (jurídicamente) permitido esta jurídicamente prohibido (según G.H. Von Wright). Dicho principio tiene que ver las posibles aplicaciones del principio ontológico-jurídico de identidad de García Máynez (sólo difiere en la forma). "Lo que no está jurídicamente -- prohibido, esta jurídicamente permitido", las otras aplicaciones del principio de identidad referentes a los conceptos de lo prohibido y lo permitido, las he expuesto de esta manera: "Lo que no está jurídicamente permitido esta jurídicamente prohibido"; "Lo que está jurídicamente prohibido no está jurídicamente permitida"; y "Lo que está jurídicamente -- permitida no esta jurídicamente prohibida".

2.- Si la negación (debe decirse "omisión") de un acto está (jurídicamente) prohibida, el acto es (jurídicamente) obligatorio (según von Wright). Corresponde al siguiente de la axiomática de García Máynez: "Si la omisión de la conducta jurídicamente permitida está -- jurídicamente prohibida, esa conducta está jurídicamente ordenada". Me he servido igualmente de la forma: "Si un proceder está jurídicamente ordenado, su omisión está jurídicamente -- prohibida"; y de esta otra, más general: "Lo que siendo derecho es, al propio tiempo deber, puede hacerse, pero no omitirse".

3.- Cuando se permite optar entre dos actos, ello implica -- que ambos están permitidos (Principio de distribución según Von Wright).

Para García Máynez: "La facultad de optar entre hacer y no hacer algo, necesariamente implica la licitud de la acción y la omisión"; este enunciado es una de las múltiples proyecciones del axioma ontológico-jurídico de contradicción, según el cual "la conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, al propio tiempo, prohibida y permitida.

4.- Para todo acto vale el principio de que, o está (jurídicamente) permitido, o su omisión está (jurídicamente) permitida (de acuerdo al esquema de Von Wright).
García Máynez, formula de la siguiente manera dicho principio: "La omisión de la conducta jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida". Lo cual es consecuencia de este -- axioma, no formulado por Von Wright: Quien tiene un deber -- tiene el derecho de cumplirla.

5.- Si la ejecución de la que debemos hacer nos compromete (jurídicamente) a otra cosa, este nuevo acto es (jurídicamente) obligatorio (según Von Wright).
Dicho principio trátase de una de las posibles aplicaciones del principio ontológico-jurídico de identidad, según el -- cual "todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo" (desde la posición de García Máynez).

6.- Si el hacer algo nos compromete a ejecutar un acto (jurídicamente) prohibido, el primer acto también está (jurídicamente) prohibido (según Von Wright).
Lo anterior equivale a la afirmación de que nadie puede válidamente obligarse a ejecutar un acto ilícito. Lo cual resulta obvio, pues si pudiéramos contraer semejante obligación, tendríamos el derecho de cumplirla, y aquel acto se hallaría a la vez, prohibido y permitido, lo que implica contradicción.

7.- Nadie puede válidamente obligarse a optar entre alternativas (jurídicamente) ilícitas (según Von Wright).
Al respecto, García Máynez, nos dice que: Esta proposición -- como la anterior, es un corolario de la que afirma que "ninguna conducta puede estar, al mismo tiempo, jurídicamente ordenada y jurídicamente prohibida".

8.- Si la no ejecución de un acto nos compromete (jurídicamente) a ejecutarlo, el acto es (jurídicamente) obligatorio (según Von Wright).
Desde el punto de vista de García Máynez, el fundamento de -- este enunciado reside en la siguiente proposición de la Ontología Formal del Derecho: "Si la omisión de la conducta jurídicamente permitida está prohibida, esa conducta está jurídicamente ordenada".

Desde la perspectiva de García Máynez, el resultado del cotejo de los principios de Von Wright con los de la Axiomática, se dejan entrever, las siguientes conclusiones:

a) La lógica deontica no aporta nada nuevo a la Ontología formal del derecho, cuyas proposiciones fundamentales fueron formuladas en mi opúsculo Libertad, como derecho y como poder (Compañía General Editora, México 1939) y en la conferencia La Axiomática Jurídica (Revista de la Universidad de Guatemala, 1945), y cuyo desarrollo cabal aparece en el libro Introducción a la Lógica jurídica, publicada, como el del autor inglés, en 1951.

b) Las proposiciones de Don Wright susceptibles de interpretación jurídica son sólo una parte de las de mi Axiomática, y no bastan para elaborar un sistema completo de Ontología Formal del Derecho.

c) Aun cuando divide los actos normativamente regulados en permitidos y prohibidos, y en relación con los del primer grupo habla de los que son obligatorios, nada dice sobre las conexiones esenciales de carácter formal entre lo ordenado y lo permitido, ni distingue lo lícito obligatorio de lo lícito potestativo.

d) Las llamadas modalidades deonticas, a saber: "lo permitido", "lo obligatorio", "lo prohibido", son propiedades \bar{P} atribuidas de la conducta normativamente regulada la cual demuestra que las proposiciones de Don Wright simplemente expresan la pertenencia de los actos objeto de regulación a la clase de los procederes prohibidos, o a la de los permitidos, o a la de los que se encuentran, a la vez, permitidos y ordenados.

e) Las fórmulas del autor inglés difieren sólo exteriormente de las de esta, como puede comprobarlo quien las compare con las que yo he usado.

f) Comete, el error de referir al plano ontológico de la conducta nociones como las de negación y conjunción que sólo son aplicables al plano lógico de los juicios, únicamente así se explica que al hablar de los actos obligatorios, diga que son aquellos cuya negación esta prohibida, y que al referirse al concepto de incompatibilidad sostenga que dos procederes son (moralmente) incompatibles cuando su conjunción no está permitida.

g) El citado error permite entender la ausencia de la distinción entre lógica y ontología formal de lo normativo, y de la no menos importante entre juicios enunciativos y normas de conducta. Don Wright, se concreta a formular principios sobre la conducta normativamente regulada e ignore los aplicables a la regulación de tal conducta pese a que éstos, tienen significación exclusivamente lógica. (E. García Máynez; Op. Cit. pp.210 a 217).

La lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.

De esta suerte la lógica tradicional es el instrumento adecuado para tratar con las ideas puras a priori-tales como los axiomas lógicos, las leyes del silogismo, los principios matemáticos, etc., y para la aprehensión de los hechos de la naturaleza. Por eso se le puede llamar lógica físico-matemática. 543.

Empero, es menester destacar que la lógica tradicional no es toda la lógica, ya que, el campo de logos es muchísimo más extenso que el área de la lógica pura tradicional. De ahí que se hable de una razón histórica apuntada por Dilthey la de la razón vital e histórica, mostrada por Ortega y Gasset a través de una lógica de la acción que se opone a la razón físico-matemática no se trata de conceder permisos de irracionalismo. Toda vez, que su preocupación descansa en la comprensión. 544.

Igualmente, descubrimos una lógica de la experiencia -- práctica, desenvuelta por John Dewey por medio de su trabajo denominado: El problema del método lógico y el derecho. Di-

543 Cfr. Luis Recasens Siches: Tratado general de filosofía del derecho; Op. Cit. p. 646.

544 Cfr. Enciclopedia OMEBA-JURIDICA. T. XVI -INSA-INSN. Op. Cit. pp. 556 y 557.

cho autor, manifestaba que; la lógica deductiva, debe ser -- abandonada como instrumento principal y decisivo para llegar a la sentencia judicial, y sustituirse por una lógica que no arranque de los antecedentes, sino que tenga su centro de -- gravedad en la consideración de las consecuencias. Esta lógi -- ca pertinente para el derecho, sería una lógica de previsión y de probabilidades, más bien de deducción de certidumbre. -- Esta lógica averigua los efectos probables. Los principios -- generales deben ser solamente medios para estudiar, analizar y conocer los factores de la situación de que se trate. Las leyes son instrumentos que deben ser modificados cuando se -- apliquen a nuevas situaciones o cuando se intente obtener -- nuevos resultados. 545

Por su parte, Recasens Siches, nos comenta:

"La lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada pa -- ra tratar la vida humana ni sus problemas prácticos. Toda -- vez, que el Derecho, lo mismo que toda obra humana, es cir -- cunstancial, esto es, depende de las circunstancias de las -- condiciones de la situación, de las necesidades sentidas y -- de los efectos que se trata de producir mediante dicha obra, por ejemplo, mediante una ley". 546

Así pues, el problema de la interpretación es un proble -- ma de lógica material y no de lógica formal. La lógica for -- mal, de tipo puro, a priori tiene ciertamente empleo neces -- rio y correcto en el tratamiento de las formas jurídicas, es

545 Cfr. Abelardo Rojas Roldán: *Sistemas de interpretación de la ley*. El arte de la interpretación jurídica; art. Roba. Facultad de Derecho de la UNAM. México, D.F. 1977. pp. 335 y 336.

546 Luis Recasens Siches Citado por la Enciclopedia OMEBA Jurídica.- Op. Cit. pp. 557 y 558.

decir, en la aclaración y en el análisis de los conceptos jurídicos puros, de los conceptos jurídicos esenciales, verbi-gracia: norma jurídica, relación jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, consecuencia jurídica, ... En el siglo XX se han producido distintos tipos de investigaciones lógicas, entre otras, cabe citar, la teoría pura del derecho de Hans -- Kelsen, sobre base fenomenológica Scheler, el de lógica de lo razonable de Recasens Siches. Por una parte, y, por la -- otra, los recientes estudios de axiomática jurídica y de lógica y ontología formales del derecho de García Máynez, Miró Quesada, von Wright y otros. En todos esos estudios y en -- otros análogos se aplica legítima y correctamente la lógica pura al estudio de las formas esenciales del derecho.

En cambio, la lógica material o de lo razonable se ocupa sobre los contenidos de las normas jurídicas, tanto de -- las generales como de las particulares, como también de las individualizadas (fallos y resoluciones). Las normas del derecho positivo las leyes, los reglamentos..... pretenden ser sólo instrumentos para la acción, y además, son instrumentos ocasionales, circunstanciales, cuya validez y alcance dependen de las urgencias o necesidades de la situación. Sin em-- bargo, existen juristas que tomaron los artículos de los códigos como si fueran verdades definitivas y enchufaron en -- esas artículos el mecanismo del silogismo y empezaron a sacar consecuencias ilimitadamente. De ahí que los contenidos de las normas jurídicas no pueden ser tratados como verdades

mediante el instrumento de la lógica de lo racional, ya que, la lógica tradicional conduce a un resultado disparatado, e injusto. 547

Es por ello, que hay que explorar la razón jurídica de los contenidos de las normas de derecho, ya que, esa razón - jurídica material habrá de ser, al fin y al cabo, una especie de razón vital o histórica o mejor dicho una lógica de la acción, la cual es razón.

Ahora bien, a la forma humana de la cual el derecho es una forma le es propia una lógica diferente de la lógica de lo racional o de la razón físico-matemática, a saber la lógica de lo razonable. 548

A continuación, expresamos las características más relevantes del logos de la acción humana, o logos de lo razonable:

- 1.- Está limitado o circunscripto por la realidad concreta del mundo en el que opera - en el derecho está circunscripto por la realidad del mundo social particular, en el cual, con el cual y para el cual se elaboran las normas jurídicas.
- 2.- Está impregnado de valoraciones;
- 3.- Tales valoraciones son concretas, es decir, están referidas a una determinada situación y, por lo tanto, toman en cuenta las posibilidades y las limitaciones reales.
- 4.- Está regido por razones de congruencia o adecuación; a) entre la realidad social y los valores (cuáles son valores pertinentes para la regulación de una determinada realidad social); b) entre los valores y los fines (cuáles son los fines valiosos); c) entre los fines y la realidad social concreta (cuáles son los fines de realización posible); d) entre los fines y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines; e) entre los fines y los medios

547 Enciclopedia OMEBA-JURIDICA.T.XVI; Op. Cit. p. 558.

548 Ídem. p. 559.

respecto de la corrección ética de los medios, y f) entre los fines y los medios en lo que se refiere a la eficacia de los medios.

5.- Está orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia vital e histórica, esto es, individual y social, y se desenvuelve al compás de esta experiencia.

Desde el punto de vista de Recasens Siches, la norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada, que en la medida en que esté vigente es revivida de modo actual por las personas que la cumplen y por las personas que la aplican, y que al ser revivida debe experimentar modificaciones para ajustarse a las nuevas realidades en que es revivida y para las cuales es revivida.

De ahí que la decisión judicial sea considerada como un proceso tanto cognoscitivo como valorativo.

Para Reinhold Zippelius, cuando aborda la interpretación jurídica, nos dice: 549

"Los argumentos lógicos de la interpretación desempeñan en especial una importante función cuando se investiga la compatibilidad lógica de las diversas normas. Si determinada interpretación plantea una contradicción, en tanto que otra solución no da origen a ella, debe seguirse, en tanto sea posible, esta última variante. En primer lugar, dicha regla tiene validez respecto de la relación entre normas de igual jerarquía, y en segundo término, las disposiciones jurídicas deben interpretarse de tal manera (en la medida de lo factible), que desde el punto de vista lógico no contradigan las normas de mayor jerarquía (lo que sería causa de su nulidad). Específicamente, las leyes deben interpretarse conforme a la constitución y los reglamentos conforme a la ley". 550

Durante mucho tiempo, se estimó que los razonamientos jurídicos relativos a la aplicación de la ley, lo mismo si -

549 Enciclopedia OMEBA-JURIDICA. T. XVI; Op. Cit. p. 559.

550 Reinhold Zippelius: La estructura argumentativa de la interpretación de la ley; art. Rvta. Facultad de Derecho de la UNAM. Trd. del alemán al español por Héctor Fix Fierro revisada por el Dr. Héctor Fix Zamudio. México, D.F. pp. 602 y 603.

se trata de una decisión judicial que si es administrativa, se consideraban como una simple operación deductiva, en la cual la solución debía ser apreciada únicamente según el criterio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable, esto es, de todo tipo de juicios de valor.

Por su parte, Carlos I. Massini, al abordar el dogmatismo silogístico, nos dice que: esta posición es falsa, ya que, supone la existencia de un ordenamiento legal suficiente y completo. Para cualquier situación concreta, individual o colectiva, habría siempre una norma racionalmente cierta en el derecho positivo, que funcionaría como la premisa mayor universal del silogismo demostrativo. Pero resulta que la norma jurídica no tiene el carácter de ley universal que se pretende, como el de la premisa mayor del silogismo; la ley jurídica es una norma dictada por el legislador histórico con el fin de dar solución a un problema social determinado.

Al respecto, Ducci Claro, nos comenta que: el sistema legislativo no es completo, pues existen lagunas legales, ya sea por imprevisión del legislador o por el cambio ocurrido en las relaciones reguladas, estas últimas llamadas por Philip Heck, lagunas sobrevinientes.

Por lo tanto, nos percatamos que en el razonamiento judicial no se da aquí esa ley universal bajo la que necesariamente ha de subsumirse el caso, sino una norma circunstancial e histórica, que debe ser determinada mediante un juicio

de valor, juicio que escapa a los cánones estrictos de la lógica formal. 551.

Además, cabe decir, que los hechos jurídicos no tienen el carácter axiológicamente neutro que pueden tener aquéllos que estudia la física, por el contrario son hechos humanos libres realizados en la convivencia social. Al respecto, Miguel Reale, ha manifestado: "El dato de la experiencia jurídica es siempre un contenido valioso, algo que implica un -- significado axiológico, que no puede ser tratado como un hecho natural ni explicado exclusivamente según nexos causales de coexistencia y sucesión".

Los positivistas a través de la experiencia y la demostración pueden establecer la verdad de algunos hechos y de algunas proposiciones lógicas y matemáticas, mientras que el juicio de valor continúa siendo controvertido, sin que se ha ya podido encontrar un método racional que permita establecer un acuerdo sobre esta materia. En efecto, muy a menudo -- cuando hay que sobrepasar los desacuerdos que se suscitan y tomar una decisión se impone la razón del más fuerte. Empero, la concepción positivista era limitar el papel de la lógica, del método científico y de la razón a problemas de conocimiento puramente teórico y negar la posibilidad de un uso -- práctico de la razón. De ahí que hace falta elaborar una metodología que permita ponerla en práctica, elaborando una lógica

551 Cfr. Carlos I. Massini: Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial; art. Rvta. Facultad de Derecho, Mendoza Argentina pp. 69 y 70.

C. Ducci Claro: Interpretación jurídica-citado-Supra. Ibidem.

gica de los juicios de valor que no haga depender éstos del arbitrio de cada uno. Para elaborar una lógica de este tipo es necesario renovar la lógica formal. Partiendo de la idea de que en las deducciones matemáticas se encuentran las mejores muestras de un razonamiento lógico, al respecto, Gottlob Frege, ha analizado las técnicas de pruebas para separar los procedimientos de aquellos que no se contentan con recurrir a las intuiciones y a las evidencias y tratan de demostrar sus teoremas de una manera rigurosa. 552.

A este respecto, Ch. Perelman, concluye:

"No hay una lógica específica de los juicios de valor, sino que, en los campos examinados, como en todos aquellos en que se trata de opiniones controvertidas, cuando se discute y se delibera se recurre a técnicas de argumentación. Estas técnicas habían sido analizadas desde la antigüedad por quienes se interesaban por los discursos con los que se trata de persuadir y convencer a otros". 553

Así pues, cuando se está en presencia de discusiones -- acaloradas y controvertidas, muchas de las veces las diferencias sólo se prolongan y se empeñan cuando nos faltan instrumentos de medida u criterios de objetividad. Tal es el caso, decía Sócrates, cuando existen desacuerdos sobre lo justo y lo injusto, lo bello y lo feo, en una palabra sobre los valores. Por eso, si queremos evitar que en tales casos el desacuerdo degenera en conflicto y se resuelva violentamente, no existe otro recurso que la discusión razonable. Consecuentemente, el método apropiado para la solución de problemas -

552 Cfr. CH. Perelman: La lógica jurídica y la nueva retórica; trad. al español por Luis Díez-Picazo. 1a. ed. Ed. Civitas, S.A. Madrid-España. 1979. pp.133 a 136.

jurídicas, como son las que conciernen a los fines de la acción, en que están comprendidos unos valores. 554

En las filosofías racionalistas o positivistas, lo que importa es la verdad de una proposición y el acuerdo viene - por añadidura, una vez que se ha establecido la verdad mediante el recurso a la intuición o a la prueba. Sin embargo, la noción de acuerdo se transforma en una noción central, -- cuando faltan los medios de prueba o son insuficientes y, sobre todo, cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición, sino el valor de una decisión de una opción o de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho. 555

Para Aristóteles, la retórica es: "El arte de buscar en cualquier situación los medios de persuasión disponibles"

Por su parte, Perelman, nos dice que la retórica tiene por objeto el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento.⁵⁵⁶ Igualmente para precisar dicha definición es necesario que tengamos en consideración a las siguientes observaciones:

1.- La retórica trata de persuadir por medio del discurso; 2.- La demostración y a las relaciones de la lógica formal con la retórica, la prueba demostrativa, que analiza la lógica formal, es más que persuasiva. Es convincente, pero a condición de que se admita la veracidad de las premisas de que parte.

554 Cfr. CH. Perelman; Op. Cit.p.

555 Ibidem.

556 Aristóteles citado por CH. Perelman; Op. Cit. p. 139.

3.- La adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable, lo que es esencial cuando no se trata de verdades, sino de valores.

4.- La cuarta observación que distingue la retórica de la lógica formal, u en general la de las ciencias positivas, es que no se refiere a la verdad como a la adhesión de una o varias inteligencias a las que nos dirigimos. Es decir, de un auditorio. Además, cabe destacar que la noción de auditorio es central en la retórica. Un discurso solo es eficaz si se adapta al auditorio al que se trata de persuadir o convencer. 557

La nueva retórica, al considerar que la argumentación puede dirigirse a auditorios variados, Esto significa que se interesa tanto por el diálogo socrático, por la dialéctica - tal como la consideraron Platón y Aristóteles, y por el acto de defender una tesis y atacar la del adversario en una controversia. Debe englobar, todo el campo de la argumentación, que es complementario de la demostración y de la prueba inferencial, que estudia la lógica formal.

En consecuencia, para persuadir a un auditorio lo primero que hay que hacer es conocerlo, es decir, conocer la tesis que el auditorio admite de antemano y a las cuales se podrá por consiguiente aferrar la argumentación. Es importante no solo saber cuáles son las tesis que los oyentes admiten, sino también con que intensidad les dan su adhesión, pues son estas tesis las que han de suministrar el punto de partida de la argumentación.

Por otra parte, Ch. Perelman, nos señala que: mientras los razonamientos demostrativos y las inferencias formales son correctos o incorrectos, los argumentos y las razones --

que se dan en favor o en contra de una tesis son más o menos fuertes y hacen variar la intensidad de la adhesión del auditorio. Partiendo de lo que está admitido, todas las técnicas de argumentación tratan de reformar o de debilitar la adhesión a otras tesis o de suscitar la adhesión a tesis nuevas, que pueden, por otra parte, resultar de la reinterpretación o adaptación de las tesis primitivas. 558

En antaño, los cultores del positivismo estimaban que sólo los juicios de realidad son expresión de un conocimiento objetivo, empírico y racionalmente fundado, mientras que los juicios de valor son, por definición, irracionales, subjetivos y dependientes de las prenaciones, intereses y decisiones arbitrarias de los individuos y grupos de todo tipo. — Empero, la reacción antipositivista, que caracteriza a la filosofía de la posguerra, encontramos, entre otros representantes, a Thomas S. Kun, quien en su trabajo denominado *The structure of scientific revolutions* (sobre las revoluciones científicas) nos señala que:

"Cada investigación científica se inserta dentro de una visión del mundo y en una metodología, que no pueden prescindir de los juicios de valor y de apreciaciones previas a cualquier teoría, a cualquier clasificación y a cualquier elaboración de una terminología apropiada, el rechazo de los juicios de valor al campo de lo arbitrario e irracional, — priva, de golpe, de todo fundamento al edificio de la ciencia, que garantiza los juicios de realidad cuya objetividad parecería la más asegurada. En efecto, como las ciencias no son otra cosa que el producto de la actividad científica, no puede elaborarse su metodología si se niega la existencia de criterios que permitan considerar como preferibles algunas —

hipótesis, algunas teorías una cierta terminología y un cierto uso del lenguaje". 559

Igualmente, cabe manifestar que: en esta oposición con los métodos de la lógica formal, que no dejan ningún sitio a las reacciones del auditorio, hemos visto como toda argumentación debe partir de tesis a las que se adhieran aquellos - a quienes queremos persuadir o convencer. Si se olvida esta condición, el orador o el que presente la argumentación, corre el riesgo de cometer una petición de principio. De esta suerte, para evitar la petición de principio. De esta suerte, para evitar la petición de principio el orador debe conocer a su auditorio o, por lo menos, sus posiciones respecto del tema abordado.

El que ignora las opiniones y las convicciones de aquellos a quienes se dirige, podrá a través del método de las preguntas y de las respuestas, asegurarse sobre cuales son las tesis admitidas por sus interlocutores, pero si las condiciones no son tales y el orador no puede proceder de esta manera, está obligado a partir de hipótesis o de presunciones sobre qué es lo que el auditorio admite. Así pues, el juez admite la validez del derecho que debe aplicar, cada orador, en cada época, se hace una idea de lo que el sentido común admite y de los hechos, teorías y presunciones, valores y normas que se consideran admitidos por toda ser razonable. Una noción característica de toda la teoría de la argu-

559 Thomas S. Kun citada por Ch. Perelman; Op. Cit. pp. 149, 150 y 151.

mentación, analizada ya por Aristóteles, es la del lugar común. El lugar común es ante todo un punto de vista, un valor que -- hay que tener en cuenta en toda discusión y cuya elaboración -- adecuada desembocará en una regla o en una máxima que el orador utilizará en su esfuerzo de persuasión. Los lugares comunes son, en relación con el pensamiento no especializado, lo que los lugares específicos son en relación con una disciplina particular. Si los principios generales del derecho no son -- otra cosa que los lugares específicos del derecho, afirmaciones de orden muy general.

*La cuestión del sentido de las palabras no es un problema teórico que tenga una solución única, conforme a lo real, -- sino que es un problema práctico, que consiste en encontrar, o en elaborar si es necesario, el sentido que se adapte mejor a la solución concreta que por una u otra razón preconizamos.

Por otra parte, cabe destacar que, los axiomas de un sistema formal hacen abstracción del contexto, lo que permite que se puedan comparar un sistema formal y un juego. En cambio, la argumentación se inserta necesariamente en un contexto psicosocial, que no se puede separar totalmente de las fuerzas subyacentes, sean éstas militares; económicas, institucionales o -- ideológicas. Hablar de una argumentación pura o de una teoría pura del derecho es olvidar estos elementos sin los cuales el razonamiento práctico funcionaría por decirlo así en el vacío.

En suma, en un sistema formal, una vez enunciados los ---

El subrayado es nuestro.

axiomas y formuladas las reglas de deducción admitidas no hay que hacer otra cosa que aplicarlas correctamente para demostrar los teoremas de un modo concluyente. Cuando la demostración es correcta, habrá que inclinarse ante el resultado obtenido y admitir la veracidad del teorema, si se acepta la veracidad de los axiomas y no se pone en duda la coherencia del sistema. No ocurre, lo mismo cuando se argumenta. Por lo que, la argumentación no es jamás necesaria como la demostración. y por ello, lo más frecuente será que existe acuerdo sobre el punto de partida de la argumentación y no sobre las conclusiones hacia las cuales tiende el discurso.

Las técnicas de enlace comportan argumentos cuasilógicos, que son argumentos fundados sobre la estructura de lo real y argumentos que fundan la estructura de lo real. Los argumentos cuasilógicos tienen una estructura que recuerda a los razonamientos formales, lógicos o matemáticos. Así, los argumentos que recurren a una definición y a un análisis y que recuerdan el principio de identidad los argumentos que establecen una incompatibilidad y que recuerdan el principio al principio de contradicción, los argumentos que recuerdan una transitividad formal (los amigos de mis amigos son mis amigos); la argumentación por medio del sacrificio, que recuerda una pesada. Los argumentos cuasilógicos pueden discutirse siempre, pues al poner de manifiesto lo que les distingue de las demostraciones formales, se muestra al mismo tiempo lo que se les puede objetar y lo que les priva de todo valor concluyente.

Los argumentos fundados sobre la estructura de lo real -- utilizan las relaciones de sucesión o las de coexistencia. Las relaciones de sucesión conciernen a acontecimientos que se siguen en el tiempo como la causa y el efecto. Permiten investigar la causa a partir de los efectos, sacar la conclusión sobre la existencia de la causa a partir de los efectos o apreciar la causa por los efectos.

Igualmente, encontramos al lado de los argumentos fundados sobre la estructura de lo real, hay que dejar un sitio importante a los argumentos que fundan la estructura de lo real, como son el razonamiento por medio de ejemplos o el modelo de la analogía, merced a los cuales se extraen regularidades, leyes o estructuras, que sirven de base a los argumentos fundados sobre la estructura de lo real.

La argumentación a través del ejemplo o del modelo es un razonamiento en virtud del cual se pasa de un caso particular a otro caso particular o de un acuerdo particular a una regla. En el caso del ejemplo, la conclusión se refiere a lo que es y en el caso del modelo a lo que debe ser. En efecto, si pasamos de un caso particular a otro, para que el argumento por medio del ejemplo se aplique bien, es menester que el segundo caso sea suficientemente parecido al primero y que se pueda despreciar lo que les diferencia. El recurso al precedente, en cuanto decisión anterior que debe servir de modelo a la decisión actual, plantea, en derecho, problemas de la misma naturaleza. ⁵²⁰

Por lo que respecta, a la analogía, cabe decir, que puede existir el silencio de la ley respecto de un punto determinado y, sin embargo, existir una disciplina jurídica para un caso semejante al previsto, esto es, que tenga con él elementos comunes. En este caso entra en juego la analogía que etimológicamente significa parangón entre dos cosas, igualdad y proporción, y podemos definir como procedimiento basado en la fuerza sistemática del Derecho que tiene por objeto regular casos no contemplados por la norma mediante el empleo de razonamientos obtenidos sobre la base de la semejanza entre la relación no contemplada y la prevista, cuando exista identidad en el elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer la norma relativa a la relación prevista. Es decir, se inquiriere la norma, ya que lo semejante es el supuesto de realidad que determina y al que aplica una prescripción (thatbestand para los alemanes, fattispecie para los italianos).

Por su parte, Romero y Pucciarelli, estiman que la analogía es un procedimiento que en el campo general de la lógica, se presenta de la siguiente manera:

"En el razonamiento analógico o por analogía, de que un objeto A' coincide con otro objeto A" en ciertas notas a, b, c, que son comunes a ambos, se concluye que A'" poseerá también la nota p que sabemos posee A". En un razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo. Por su forma, el razonamiento analógico reviste la apariencia de un silogismo: "La tierra está poblada por seres vivos; Marte es análogo a la tierra (tiene de común con ella las propiedades a, b, c, etc.); luego Marte debe estar poblado por seres vivos". Pero el razonamiento analógico

no posee la fuerza probante del silogismo legítimo... Pero para inferir con certeza que por tener A" la nota p también poseerá la misma nota p su análogo A'", deberíamos haber establecido antes que la nota p está ligada normalmente o con necesidad a las notas a, b, c, etc., o con algunas de ellas". 561

Ahora bien, en el terreno de la interpretación jurídica la analogía se hace intervenir cuando frente a determinado caso se aprecia que el mismo no se encuentra contemplado en el texto de cierto precepto de Derecho Positivo y que, en cambio, en ese texto se encuentran sí contemplados casos análogos. Entonces, por analogía, se concluye que también al primero de esos casos corresponde aplicarle lo que dispone aquel precepto.

Por su parte, Castán Tobeñas, nos dice que:

"La analogía supone que una norma dictada para determinados casos, debe ser transportada a los casos análogos, es decir, los que presentan con el primero afinidad o coincidencia esencial". 562

Igualmente, dicho autor nos señala que la analogía puede ser concebida de dos formas y son a saber:

1.- Como una relación de semejanza que enlaza directamente el caso previsto en la ley y el que se trata de resolver por la analogía:

A este respecto, Eduardo Pallares, nos dice que:

"Dos cosas son análogas o semejantes cuando la mayor parte de sus elementos o notas constitutivas son iguales". 563

2.- Como una relación de identidad (identidad de razón)

561 Cfr. Ramón Badenes; Op. Cit. pp. 394 y 395

562 José Castán Tobeñas; Op. Cit. p. 315

que enlaza indirectamente el caso regulado y el no regulado a través de una idea o principio superior común a ambos.

De ahí que debemos distinguir plenamente cuando estamos en presencia de una relación idéntica, a este respecto, cabe señalar, que dos cosas son idénticas cuando no es posible -- distinguirlas porque tienen todas sus notas esenciales y accidentales igualmente indiscernibles. 564

Igualmente, cabe decir que, son diferentes, cuando predominan en ellas las notas diversas, lo que demuestra que la analogía entre dos seres o cosas, es posible percibir las sin hacer referencia a una tercera. 565

Ramón Badenes, cuando trata sobre el fundamento de la analogía, nos expresa lo subsecuente:

"El principio de la igualdad jurídica, el cual exige que casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes. La analogía se basa en un procedimiento de abstracción en -- virtud del cual, de las normas expresas y particulares, se llega al principio que las gobierna, para hallar en éste una regla más amplia que abarca el caso previsto y el no previsto". 566

Para García Máynez, la analogía no es una interpretación de la ley, sino que es un medio de integración de los textos. De ahí que retoma el criterio de F. Geny, el cual señala que: la analogía no es un procedimiento de interpretación. Toda vez, que se recurre a ella precisamente cuando la interpretación revela que un caso por resolver no ha sido -- previsto. La aplicación analógica sólo puede justificarse --

564 José Castán Tobeñas; Op. Cit. p. 315

565 Eduardo Pallares; Op. Cit. p. 83

566 Ramón Badenes Gasset; Op. Cit. p. 396

cuando a una situación imprevista se aplica un precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza, sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que el otro (*Ubi eadem ratio, idem jus* = a igual razón, igual derecho). La aplicación analógica puede basarse en una consideración de índole legislativa (*ratio legis*), derivada de las ideas de justicia o de utilidad social, o en elementos técnicos (*ratio juris*), a la luz de un concepto puramente jurídico. Pero, en todo caso, - la analogía infiere una solución, para una cierta situación de hecho, de una semejanza fundamental entre tal situación y aquella otra que la ley ha reglamentado. 567

Así pues, en relación a la analogía legis, cabe decir, que ésta se emplea para regular un caso nuevo, esto es, una nueva controversia relativa a un instituto jurídico ya disciplinado por el legislador, o, es la que parte de una disposición concreta de la ley, para, sobre las bases de su razón - o idea fundamental, aplicarla a casos semejantes, o, mejor, idénticos en su esencia jurídica al que la ley ha regulado.⁵⁶⁸

A este respecto, Miguel Arroyo, nos señala que:

"La analogía legis es aquella que se establece entre una norma jurídica determinada y un hecho diferente al que está regulada. Enneccerus lo explica de la siguiente manera: la analogía de la ley parte de una proposición jurídica concreta, desenvuelve su idea fundamental purificándola mediante la -- eliminación de todos los factores no esenciales, y aplica la

567 Cfr. Eduardo García Máynez; Op. Cit. pp.342 y 343

568 Cfr. Ramón Badenes; Op. Cit. p. 396.

idea depurada de esta suerte, a las cosas que encajan en ella y sólo se distinguen de las resueltas en la ley en puntos secundarios que no afectan intrínsecamente a la esencia de la regla". 569

El derecho mexicano, no siempre acepta el uso de la analogía legis como método de integración jurídica. Al respecto, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en su tercer párrafo nos expresa que: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Empero el artículo 1858 del Código Civil expresa: "Los contextos que no están especialmente reglamentados en este código se regirán por... las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento".

Igualmente, en el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, encontramos lo siguiente: "A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad".

569 Miguel Arroyo Ramírez; "Analogía"; art. citado en el Diccionario Jurídico Mexicano Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Ed. Porrúa, S.A. C.I., A-B. México, D.F. 1985. p. 145.

Por otra parte, en cuanto a la analogía juris, cabe decir, que ésta se emplea para regular esta materia nueva, o sea un conjunto de relaciones que constituyen un instituto jurídico en sí mismo que la ley no ha disciplinado en modo alguno. Y, además, cabe resaltar, que la analogía juris, arranca de una pluralidad de disposiciones singulares de las que extrae, por vía de inducción, las ideas o principios que explican y justifican las soluciones positivas dictadas por el legislador, para deducir de ellos consecuencias y aplicaciones no previstas en ninguna de las disposiciones de la ley.⁵⁷⁰

Al respecto, Miguel Arroyo, nos dice que: la analogía juris es aquella que se establece entre los principios generales del derecho y una situación fáctica concreta. De ahí que la analogía juris arranca de una pluralidad de disposiciones jurídicas singulares y extrae de ellas por medio de la inducción principios más generales y los aplica a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley.

En el ordenamiento jurídico mexicano encontramos, entre otras, referencias expresas acerca de la analogía juris, a las siguientes:

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en su párrafo cuarto, nos señala que: "En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica

⁵⁷⁰ Cfr. Ramón Badenes; Op. Cit. p. 396.

ca de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Además, en el artículo 18 del Código Civil señala:
 "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

Por su parte, el artículo 19, del citado Código expresa:
 "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

Habiendo cuenta, lo antes manifestado, cabe destacar que, para que la analogía tenga lugar es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.- Existencia de una laguna legal con respecto al caso contemplado, de tal modo que éste no puede decidirse ni según la letra, ni según el sentido lógico de las normas legales, aclarado por la interpretación, ni tampoco por la costumbre del lugar.

2.- Concurrencia de la igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el supuesto o supuestos previstos por el legislador. Para apreciar esta igualdad se han de tener en cuenta no los elementos accidentales y accesorios, sino los elementos esenciales, jurídicamente relevantes, los que constituyen el fundamento o razón jurídica de la norma. En esta selección radica la dificultad de la analogía, que -

pone a prueba la sagacidad y sentido jurídico del intérprete.

A este respecto. Guasp, en su trabajo: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, nos dice que:

"La elección entre los dos procedimientos con que pueden ser resueltos los problemas de la integración del derecho y que conducen a resultados opuestos; la analogía, que aplica una solución concreta a un supuesto de hecho no previsto en la norma que se aplica, considerando a dicha norma como una manifestación particular de un principio general no desarrolla, y el argumento a contrario, que excluye de la aplicación de una norma un determinado problema no incluido en el supuesto de hecho, considerando que el silencio legal equivale a una regulación distinta o contraria, no puede hacerse sino a base de una investigación del fin de la norma (jurisprudencia teleológica), de la ponderación de los intereses (jurisprudencia de intereses) o, incluso de la exploración de la convicción jurídica de la comunidad". 571

3.- Inexistencia de una voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía, que puede darse tanto cuando el legislador dicta una prohibición expresa de usar en ciertos casos el sistema analógico como cuando, al establecer una determinada disposición, se propone darle un ámbito limitado al caso concreto de que se trate, excluyendo los casos análogos. En esta última hipótesis procede en vez del argumento a pari, el referido argumento a contrario". 572

Ahora bien, el razonamiento judicial se dirige establecer y justificar la solución autorizada de una controversia, en la cual una serie de argumentaciones producidas en diversos sentidos y manejadas conforme a unos procedimientos impuestos, tratan de hacer valer, en situaciones variadas, un valor o un compromiso entre valores, que pueden ser aceptados en un medio y en un momento dados.

571 Guasp citado por José Castán Tobeñas; Op. Cit. p. 328.

572 Cit. Perelman; Op. Cit. p. 177.

El razonamiento judicial no ha sido el mismo de siempre, esto es, dicho de otra manera en el devenir histórico de la ideología judicial se aprecian tres fases y son a saber:

Primera fase: antes de la revolución francesa, el razonamiento judicial pone el acento sobre el carácter justo de la solución y apenas concede importancia a la motivación, aunque estaba ligado por la regla de justicia que exige el trato igual de casos esencialmente similares. De ahí, la importancia concedida a las reglas consuetudinarias y a los precedentes.

Segunda fase: Después de la Revolución francesa, con la proclamación del principio de la separación de poderes, la publicación de un conjunto de leyes en la medida de lo posible codificado y la obligación del juez de motivar sus juicios con referencia a la legislación en vigor. Incluso en los casos de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley el juez debía referirse al derecho positivo para motivar sus decisiones.

Al colocarse la legalidad y la seguridad jurídica, en primer plano, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento judicial. La aproximación entre el derecho y las matemáticas debía garantizar el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales. Esta manera de ver las cosas subordinaba, el poder judicial al legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho.

Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Unicamente a través de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia. Igualmente, la motivación nos permite comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y de las antiguas. Dan a los comentaristas de sentencias, la posibilidad de compararlas entre sí, analizarlas, clasificarlas, sacar de ellas las oportunas lecciones y a menudo preparar las soluciones del porvenir. Sin los motivos no podríamos tener las notas de jurisprudencia.

Por último, sólo nos resta manifestar que los motivos bien redactados deben hacernos conocer con facilidad todas las operaciones mentales que han conducido al fallo adoptado. Son la mejor y la más alta de las garantías, pues protegen al juez contra cualquier falso razonamiento que pueda ofrecerse a su inteligencia y contra cualquier presión que quiera actuar sobre él.

Tercera fase: Después de algunas decenas de años asistimos a una reacción, que, sin llegar a retornar al derecho natural a la manera que éste se presentó en los siglos XVII y XVIII, confía al juez la misión de buscar, para cada litigio particular, una solución equitativa y razonable, aunque demandándose que se mantenga, para llegar a ella, dentro de los límites de lo que su sistema de derecho la autoriza a hacer. Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley,

se le permite flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los principios generales del derecho y por la toma en consideración de tópicos jurídicos, esta nueva concepción hace del juez el auxiliar y el complemento indispensable del legislador e, inevitablemente, aproxima la concepción continental del derecho a la concepción anglosajona regida por la tradición de la Common Law.

En consecuencia, la argumentación judicial tiene que ser específica, pues tiene por misión mostrar como la mejor interpretación de la ley se concilia con la mejor solución del caso concreto. Consecuentemente, la actual concepción del derecho, menos formalista y más preocupada por la materia que la acepta el medio al que rige y por esto misma interesada por conocer el modo de funcionar de la legislación dentro de la sociedad. Pues puede haber divergencias entre la selva de los textos, su interpretación y su aplicación. Es decir, cuando hablamos de la vida del derecho; nos referimos a la manera en que un mismo texto ha podido dar lugar a interpretaciones variables según las épocas.

Por lo que respecta, al razonamiento de los abogados cuyas pretensiones se contraponen en un litigio. El papel del abogado consiste en utilizar, dentro de los límites permitidos por la deontología profesional, todos los medios que le permitan hacer triunfar la causa que ha aceptado defender, -

a menos que la causa sea tan mala que tenga que contentarse con maniobras dilatorias. Puede también rehusar encargarse de una causa porque le parece indefendible o porque su defensa es contraria a sus convicciones.

Igualmente, cabe decir, que todos los abogados saben -- que la presentación de los hechos y de las consecuencias jurídicas que de los hechos se sacan; va a ir seguida de una presentación de hechos y de unas conclusiones jurídicas diferentes por la parte contraria. La convicción del juez va a resultar en gran parte de la confrontación entre las exposiciones contrapuestas, en que no sólo los hechos de la causa van a poder ser descritos o calificados de otra manera, sino también en que una de las partes, al mismo tiempo que descuida hechos que ella considera irrelevantes, introduce otros -- que considera esenciales y que la otra parte ha dejado en la sombra. Esta diferencia en la presentación de los hechos de la causa puede ser consecuencia de que las insisten sobre reglas de derecho diferentes o sobre precedentes distintos, -- considerándolos como decisivos para la solución del litigio.

De ahí que, la calificación de los hechos estará en función de la regla en la que se le quiere subsumir o del precepto al que se le quiera aproximar. La elección de la regla aplicable o del precedente que se invoca exigirán para su -- puesta en práctica en el caso concreto, la determinación de su sentido y de su alcance. 574

Por lo que concierne, a la sentencia dictada por un juez, cabe señalar que, la calificación de los hechos y las consecuencias jurídicas que de los hechos extrae, deben corresponder a una opinión común en materia de hechos o en materia de derecho. Es menester que la motivación de la decisión demuestre con suficiencia que conforme con el derecho en vigor, tal como comprenden estas las instancias superiores y la opinión de los juristas calificados. Así, la argumentación de cada una de las partes debe tender a hacer admitir al tribunal que la tesis por ella defendida responde mejor a estas exigencias.

Por otra parte, cabe resaltar que el material más rico para el estudio de la lógica jurídica, nos lo suministra la jurisprudencia. En efecto, son los tribunales y no los teóricos los encargados de decir el derecho, al motivar sus decisiones. A fin de cuentas, su razonamiento es lo que permite destilar la lógica jurídica que opera en un Estado y en un momento dado.

Cada litigio implica un desacuerdo, una controversia, - el papel del juez consiste en hallar una solución que sea razonable y aceptable, es decir, ni subjetiva, ni arbitraria. El juicio, que es una decisión, y no una conclusión impersonal y necesaria hecha a partir de unas premisas indiscutidas supone la intervención de una voluntad. ¿Como mostrar que ésta no ha sido arbitraria?

Cabe evidentemente dar el cambio y camuflar el papel

del juez gracias al silogismo jurisdiccional, que formula en la premisa mayor la norma aplicable, indica en la menor los hechos probados y termina con la conclusión que la ley prescribe a parir de la subsunción de los hechos dentro de la norma jurídica. Mas este silogismo sólo se impone a condición de que no haya sido objeto de controversia ninguna de sus elementos, lo que está contradicho por la existencia misma del proceso. Como el juez debe resolver una controversia, cualquier motivación en la que parezca que los elementos litigiosos son evidentes, deriva de la ficción. Como han escrito dos eminentes juristas "el considerando que presenta algo como evidente transporta al jurista al país de las maravillas.

De esta suerte, motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa. Esta justificación, específica del razonamiento judicial es lo que hay que examinar más de cerca. Al explicitar las razones de fallo, debe convencer a los litigantes de que la sentencia no es una toma de posición arbitraria.

Empero, la aplicación del derecho, si se quiere que sea aceptable por razonable, uno se puede limitar a una pura deducción, ya que el contenido de un gran número de conceptos sólo se define por su relación con los valores admitidos en la sociedad. Es decir, los conceptos no pueden disociarse -- nunca del contexto social. Por ejemplo: Las costumbres de --

nuestra sociedad han evolucionado tanto y tan rápidamente en el curso de los últimos años que lo que era contrario a las buenas costumbres antes de la última guerra, actualmente parecen completamente anodino. De ahí que el derecho admitido no es simplemente el derecho impuesto por el legislador. Hay que flexibilizarlo para conciliarlo con lo que se considera como equitativo o razonable. y en este sentido evoluciona el derecho contemporáneo en todas las sociedades democráticas, en la que la simple afirmación por vía de autoridad aparece fuertemente discutida.

En resumidas cuentas, la lógica judicial se centra enteramente sobre la idea de adhesión y no sobre la idea de la verdad. Lo que el abogado trata de ganar con su informe es su adhesión del juez. y sólo puede obtenerla mostrándole que tal adhesión está justificada, porque la probaran las instancias superiores y la opinión pública. Para conseguir sus fines, el abogado no partirá desde unas verdades (los axiomas) hacia otras verdades a demostrar (los teoremas), sino de unos acuerdos previos hacia la adhesión a obtener.

Los acuerdos previos recaen sobre los hechos, mientras no sean discutidos. Después, sobre las presunciones, mientras no sean invertidas. Más tarde sobre los valores y las jerarquías de valores y los lugares comunes reconocidos en una sociedad dada. Por último, sobre la existencia y la interpretación de las reglas de derecho a partir de los textos legales y la jurisprudencia.

Mientras que la demostración se desarrolla en el interior de un sistema, cuyos elementos, a la vez unívocos y coherentes, no pueden ser ni interpretados ni puestos en cuestión, la argumentación se desarrolla a partir de acuerdos previos. La partida será siempre más fácil para aquél cuya argumentación esté favorecida por presunciones o por precedentes, pues de este modo se insertan más fácilmente en el orden jurídico.

Además, cabe decir, que es raro que en el curso de un proceso desaparezcan o se modifiquen los acuerdos previos. Lo más frecuente será que las partes se limiten a precisarlos o reinterpretarlos. Sólo si nos encontramos en presencia de acuerdos que se manifiestan como incompatibles surgirá en el curso del litigio el problema de su reajuste. 576

Nada se opone a que el razonamiento judicial se presente, a fin de cuentas, bajo la forma de un silogismo, pero esta forma no garantiza en absoluto el valor de la conclusión. Si esta es socialmente inaceptable, es que las premisas han sido aceptadas a la ligera. El debate judicial y la lógica jurídica - no lo olvidemos - se refieren a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas. -- Esa aceptabilidad resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y valores que se contraponen

en el litigio. El juez debe efectuar el arbitraje de unos y otros para tomar una decisión y motivarla. En suma, la lógica jurídica se presenta no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad.⁵⁷⁷

Desde otro punto de vista, Gilberto Giménez, nos dice - que:

"Cuando hablamos de argumentación no nos estamos refiriendo al arte de razonar correctamente, ni estamos en una tipología de silogismos o modos posibles de razonamiento, a la manera de la retórica clásica o de la nueva retórica de Perelman y Olbrechts-Tyteca"⁵⁷⁸... Sino que se aborda la argumentación como probable manifestación discursiva de una lógica natural de naturaleza ideológica y social, cuyas leyes y modos de funcionamiento se trata de detectar y formular. En esa óptica, la argumentación puede definirse provisoriamente como un proceso cuasi-lógico de esquematización o de representación de la realidad a partir de premisas ideológicas que se suponen compartidas y en vista de una intervención sobre un determinado público, todo ello desde un lugar social e institucional determinado.

Para Georges Vignaux, en la argumentación se presentan claramente los siguientes aspectos fundamentales;

a).- Punto de partida: que son ciertas premisas ideológica culturales;

⁵⁷⁷ Cfr. Ch. Perelman; Op. Cit. pp. 232 y 233.

⁵⁷⁸ Gilberto Giménez; Poder, estado y discurso-perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político jurídico; la. en. Ed. UNAM México, D.F. 1981. p. 140.

b).- Su objetivo de intervención sobre un destinatario;
y

c).- Su función esquematizadora de la realidad en cuanto proceso de representación de la misma. 579

Teniendo en consideración, a los puntos antes mencionados, cabe señalar que: mediante la argumentación se socializa y se masifica un modelo ideológico general, y se obtiene una reiberación periférica del mismo. Cada vez que se acepta un argumento, el receptor se adhiere a las opiniones dominantes que están en la base del proceso argumentativo.

Al aceptar un argumento, el receptor se solidariza también con su ideología latente. La argumentación desarrolla un raciocinio que nos permite simultáneamente llegar a una conclusión aceptable y reforzar la ilusión que la originó. Consecuentemente, cabe manifestar que: el proceso argumentativo es un habla, un discurso o un raciocinio que resitúa un conjunto de signos informativos en la función del poder. Por eso, el proceso argumentativo transforma el lenguaje lingüístico en ideología. Por su intermedio el emisor del mensaje se apropia de hechos, objetos, situaciones o valores para -- elaborar, técnica y sutilmente, un proceso de sujeción y de normalización de las relaciones sociales. 580

Para Gilberto Giménez, el análisis argumentativo se da a través de dos planos complementarios; uno sintagmático, el cual trata de reconstruir analíticamente el proceso de esque

579 Cfr. Georges Vignaux-citado por Idem. p. 141.

580 Gilberto Giménez; Op. Cit. pp. 141 y 142.

matización de la realidad operado por el discurso; y el otro paradigmático, éste, se intenta identificar y explicitar el esquema o paradigma ideológico latente a partir del cual se produce el proceso argumentativo.

El análisis sintagmático comprende tres fases y son a saber:

1.- Reconocimiento de argumentos: Consiste en inventariar en forma abreviada y según el orden en que aparecen en el texto las series de argumentos en función de sus respectivos objetos discursivos.

Los objetos discursivos son los grandes tópicos o asuntos del discurso, considerados anteriormente a sus determinaciones predictivas. Estos objetos pueden ser figuras o personajes (Fernando VIII), nociones (la soberanía), hechos (la invasión de la Península por las tropas de Napoleón) o situaciones (el estado de la Península bajo la dominación francesa). Se los identifica gracias a su recurrencia en forma de repeticiones, redundancias o énfasis.

Por lo general, los objetos discursivos de un corpus -- suelen ser muy pocos (so pena de que el discurso se torne -- complicado y confuso), y aparecen relacionados entre sí por analogía, oposición, complementación, yuxtaposición o inclusión.

Se llaman argumentos las determinaciones predictivas -- que definen y dan contenido a los objetos discursivos atribuyéndoles determinados aspectos, características, funciones o propiedades.

Igualmente, cabe decir, que un mismo objeto discursivo puede ser construido con argumentos, diferentes y hasta contradictorios.

Por otra parte, es necesario que tengamos presente lo siguiente: No debe confundirse argumento con proposición o frase. Una proposición puede contener varios argumentos y un argumento puede hallarse expuesto por una o más frases. Además, los argumentos se presentan frecuentemente en forma de enunciados modalizados.

Así pues, las modalizaciones desempeñan un papel importante en las estrategias argumentativas y pueden definirse provisoriamente como la manera en que el sujeto de enunciación se relaciona con su propio enunciado o con el destinatario de su enunciado. A continuación, se expresan las modalizaciones más frecuentes y, son a saber:

- Categorías de la aserción (afirmación, negación, interrogación);
- Categorías de la certeza (cierto, probable, necesario posible, contingente,...);
- Modalizaciones deónticas (debe ser, tener que ser, etc.);
- Categorías de la veridicción (parece que, es verdad que, no es cierto que,...);
- Modalizaciones factivas (hacer, hacer ejecutar,..);
- Modalizaciones apreciativas (me alegra de que, es extraño que, etc.)

2.- Explicitación de la gramática de argumentos:

El procedimiento consiste en seleccionar los argumentos fundamentales del discurso para explicitar y diagramar las relaciones lógicas que los articula y enlaza. De este modo se obtendrá una cartografía de las principales operaciones lógicas realizadas en el discurso, que se reducirán siempre a algunas de las que siguen:

- Incompatibilidad; se da entre dos nociones que no pueden coexistir simultáneamente dentro de un mismo ámbito de aplicación.

- consecuencia: Se refiere a la relación causa efecto:

- Implicación: En sentido lógico (si X, entonces Y), o en el sentido de una propiedad ligada a la naturaleza o a la identidad del objeto-noción considerado;

- Oposición: De naturaleza, de identidad, de propiedad o de consecuencias;

- Complementación: Relación de asociación entre objetos o nociones según la complementariedad de sus identidades o de sus propiedades;

- Equivalencia: Se da entre dos términos que producen los mismos efectos o entre términos definidos como de naturaleza o de propiedades semejantes o aún idénticas;

- Diferencia, discriminación: Lo contrario de la relación precedente (no se trata del mismo concepto ni de las mismas propiedades); "no hay que confundir..."; "hay que distinguir...". etc.

- Unión: Resulta de procesos de asimilación, de identificación, de adición,...

- Jerarquía: Designa una desigualdad entre dos objetos, pero de modo tal que el uno sea superior con respecto al otro. Esta superioridad puede definirse en términos de importancia, de naturaleza, de alcance, de dignidad, de rol, etc.

Las operaciones lógicas principales que se dan en los argumentos, se agrupan a través de dos vertientes, una asociativa entre objetos o argumentos (Equivalencia, implicación, consecuencia, complementación, unión). Y, la otra de tipo disociativa entre los mismos argumentos (Incompatibles - exclusión, oposición, diferencia, discriminación).

En suma, las relaciones asociativas permiten transferir sobre la conclusión la adhesión acordada a las premisas; por su parte, las relaciones disociativas, apuntan a separar elementos que el lenguaje común o una tradición reconocida habían ligado anteriormente entre sí.

Por lo tanto, se puede decir que la técnica argumentativa se reduce, en lo esencial a esta doble operación asociativa y disociativa que determina la aceptabilidad o inaceptabilidad de la proporción central.

3.- Identificación de las estrategias discursivas: entendemos por estrategia discursiva la selección y el orden de las operaciones lógicas y modales aplicadas a las series de argumentos agrupadas en función de sus respectivos objetivos discursivos. Es decir, considerando también las operaci

nes modales, las aspectuales y las temporales.

Después, de haber citado los elementos fundamentales -- del análisis sintagmático, a continuación pasamos a exponer al análisis paradigmático del discurso argumentativo. El objetivo de este análisis es, como queda dicho, la identificación y explicitación de las representaciones colectivas que subyacen de un modo generalmente implícito en la argumentación. Estas representaciones sociales funcionan en el discurso como axiomas preconstituídos que no requieren justificación ni están destinados a la comunicación, aunque constituyen el presupuesto necesario de la comunicación.

Por lo que concierne, al análisis de la verosimilitud en el discurso. Cabe aclarar, que entendemos por verosimilitud de un texto todo aquello que mina la verdad y asume la apariencia de la realidad misma en dicho texto.

La axiomática de la verosimilitud se presenta generalmente en el texto bajo las siguientes modalidades:

- En forma de definiciones implícitas o explícitas disminuidas en el texto y frecuentemente introducidas por medio de la relativa explicativa, por ejemplo, "...la potencia moderna que es, como lo sabéis muy bien, la de la economía";

- En forma de giros impersonales que borran la presencia del sujeto de enunciación en el discurso y orienta la -- atención hacia la "realidad objetiva" presentada como un sistema de evidencias ("se trata de...", "esto es...", "por eso", "es decir...", "hay esto y aquello", "es verdad que...", "es suficiente que...");

- En forma de procedimientos de énfasis (afirmaciones tajantes subrayadas por expresiones tales como "ciertamente", "en todo caso", "sin ninguna duda", etc.; o por los superlativos);

- En forma de un sistema de normas introducidas en forma implícita o explícita;

- En forma de asertos avalados por alguna autoridad como la sabiduría popular, el sentido común, la ciencia, determinados autores,.... ("como todos saben", "como dijeron nuestros mayores", "cualquiera que esté en su sano juicio sabe que", "la iglesia siempre creyó que", etc.);

- En forma de preconstituidos o de presuposiciones que constituyen el "fondo de evidencias" que se suponen compartidas por el destinatario del discurso.

Siguiendo la metáfora de la axiomática, podría distinguirse los axiomas (proposiciones no justificadas, que se presentan como principios naturalmente evidentes y universalmente aceptados) de los teoremas, que son juicios que se presentan con cierto estatuto de generalidad y como consecuencia o derivación lógica de otros principios (axiomas o teoremas) más generales previamente introducidos en el discurso.

Por último, sólo nos resta destacar que:

"El análisis paradigmático de las representaciones sociales contenidas en el discurso no se limita al registro lineal y cronológico de sus axiomas y teoremas ideológicos, sino que debe comprender también un intento de formulación de las le-

yes ideológicas que en un determinado corpus hacen posible - su movilización y funcionamiento efectivo mediante operaciones lógicas que remiten a argumentos ya adelantados en diferentes momentos del discurso. Esta formulación deberá referirse a cada uno de los objetos discursivos" 581.

- Elemento sistemático: A este respecto, Castán Cabeñas, nos comenta: El elemento sistemático está en íntima conexión con el elemento lógico o es una aplicación de él. 582

Empero, previamente al desarrollo de este apartado se torna oportuno el tener presente la conceptualización del término sistematización.

Por lo que se refiere al significado gramatical de la palabra sistematización, cabe decir, que es sustantivo femenino que significa: acción y efecto de sistematizar; a su vez, el vocablo sistematizar representa un verbo transitivo que denota reducir a sistema. Por su parte, el término sistema expresa un sustantivo masculino que tiene, entre otras connotaciones, a las siguientes: 1. conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. 2. Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto. 583.

Nicholas Rescher, al tratar el tema de la sistematización nos comenta que: En toda la historia de la filosofía oc

581 Gilberto Giménez: Poder, estado y discurso-perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político jurídico; 1a. ed. Ed. UNAM, D.F. 1981. pp. 149 a 151.

582 Cfr. José Castán Cabeñas; Op. Cit. p. 241

583 Cfr. Dicc. de la lengua española de la real academia española Op. Cit. p. 1208.

occidental se ha insistido en que el hombre no conoce genuinamente algo, a no ser que ese conocimiento sea realmente sistemático. Además, cabe destacar que la raíz de la idea de sistema es la de estructura u organización, la de integración en un todo ordenado que funciona como unidad orgánica. Citando el trabajo monográfico de Otto Ristch, nos señala -- que en griego antiguo, *systema* (*syn histeemi*, equivale a man tenerse o hacer mantener juntos) aludía originalmente a algo que se mantiene firme, un todo compuesto o interconectado. -- Por otra parte, Theodor Ziehen, nos dice que su carácter de término técnico le viene con los estoicos que lo aplicaron específicamente al mundo físico: la composición del cosmos -- que abarca el cielo y la tierra.

En el renacimiento se le dio al concepto de sistema un nuevo valor. Así, los filósofos del siglo XVII, estimaban al referido término como un cuerpo de conocimientos orgánicamente estructurado. No era una simple acumulación o compilación de información miscelánea (como un diccionario o una en enciclopedia), sino una exposición organizada, funcionalmente y articulada en forma conexa de una disciplina unificada. Al respecto, Christian Wolff, nos expresa la siguiente significación: sistema es una colección de verdades debidamente ordenadas de acuerdo con los principios que gobiernan sus conexiones.

Una acepción nueva sobre el concepto de sistema, se dio a partir de la mitad del siglo XVII. Entonces un sistema lle

gó a ser considerado como un acercamiento particular a un de terminado asunto: una teoría o doctrina particular acerca de ese tema articulada en un complejo organizado de hipótesis concordantes, un nexus veritatum (enlace entre verdades). Es to es, el sistema era entendido ahora como una doctrina o -- una enseñanza en su desarrollo comprensivo (es decir, sistemático). 584.

Por su parte, Lambert sintetiza las discusiones de los primeros teóricos del concepto de sistema. A continuación, - se mencionan los siguientes rasgos como caracteres definitivos del vocablo sistematicidad y son a saber:

1.- Totalidad: unidad e integridad como un todo genuino que abarca e integra sus partes constituyentes;

2.- Integridad: comprensividad sin resquicios ni componentes faltantes, inclusividad sin que falte nada que sea necesario;

3.- Autosuficiencia: independencia, autocontinencia, autonomía;

4.- Cohesión: conexión, relación y vinculación de las partes entre sí, coherencia (en uno de sus sentidos) ligazón de las partes, reglas, principios de asociación que lo componen; si se cambian o modifican algunos componentes, los otros relacionaron a la alteración;

5.- Consonancia: consistencia y compatibilidad, coherencia (en otro de sus sentidos), ausencia de discordancia o dissonancia interna; colaboración y coordinación armónica entre sus componentes conservando cada parte su lugar;

6.- Arquitectónica: estructura bien integrada de arreglo de partes debidamente ordenadas, generalmente en una disposición jerárquica de subordinación y supraordinación;

584 Cfr. Nicholas Rescher: Sistematización cognoscitiva; 1a. ed. en español. tr. de Carlos Rafael Luis. Ed. Siglo Veintiuno editores, S.A. México 20, D.F. 1981. pp. 15, 16, 17, 18, 19, 20.

7.- Unidad funcional: interrelación intencional; racionalidad unificadora o belos que encuentra su expresión en ciertos principios sintetizadores de carácter funcional;

8.- Regularidad funcional: normicidad y legalidad; ordinalidad de operación, uniformidad, normalidad (conformidad con el curso habitual de las cosas).

9.- Simplicidad funcional: elegancia, armonía y equilibrio; economía estructural, pulcritud en la colaboración o coordinación de los componentes.

10.- Apoyo recíproco: los componentes de un sistema están combinados bajo la égida de un propósito o un principio común de una manera tal que colaboran mutuamente para la realización de ese propósito, interrelación;

11.- Eficacia funcional: eficiencia, efectividad, adecuación a la misión común. 585

De esta suerte, la sistematización cognoscitiva es una noción epistemológica, no literaria o retórica. Se refiere a la organización de la información, no a su presentación; a su modo de explicación no de exposición. La idea de sistematización está muy emparentada con la de planeación en su sentido genérico de organización de materiales.

En suma, un sistema cognoscitivo debe ser un cuerpo de información estructurada, organizado en consonancia con principios taxonómicos y explicativos que unen esa información en un todo coordinado con bases racionales.

Igualmente, cabe preguntarse: ¿Para qué sirve la sistematización del conocimiento? al respecto, el autor en comentario, nos contesta dicha interrogante a través de una respuesta escindida en tres partes y son a saber:

- La sistematización proporciona un medio para hacer inteligente nuestras presunciones cognoscitivas;
- La sistematización autentica como científico un cuerpo de conocimientos: es un test de adecuación científica para la exposición del conocimiento;
- Al proporcionar un control de calidad en gran escala a un cuerpo de conocimientos, la sistematicidad también - - brinda un instrumento para probar presunciones de conocimiento con miras a su inclusión en nuestro cuerpo de conocimientos. De este modo nos da un instrumento probativo, una prueba de aceptabilidad (o corrección) de pretensiones de conocimiento fáctico. 586

En cuanto, a las nociones de sistema normativo, cabe decir que: tenemos un conjunto sistemático de enunciados cuando entre ellos es posible discernir relaciones precisas de deducibilidad, por ejemplo, en el sentido de que cada enunciado se encuentra implicado por otro, y así sucesivamente, hasta configurar una red de relaciones lógicas.

Ahora bien, el discurso jurídico gira en torno a enunciados modales normativos, por normas. Éstas no son verdaderas ni falsas. Son modalmente obligatorias, permitidas, prohibidas o facultativas. Por lo que, la sistematicidad a que aspira el conocimiento jurídico permitiera prever, en cierta medida, cuales sean las futuras normas que los órganos de creación y aplicación puedan crear, las mismas tendrán que ser -

derivaciones racionales de normas anteriores conocidas. Teóricamente, la coherencia y unidad del sistema derivaría en que todos los enunciados normativos provienen de un único -- principio que garantiza la coherencia y la relativa racionalidad. 587

En relación al concepto de sistemática jurídica, Hans Kelsen, nos expresa lo subsecuente: Para que una teoría del derecho pueda ser considerada como sistemática es preciso -- que reuna dos condiciones, a saber, la consistencia y la completud.

Por cuanto al concepto de consistencia, cabe decir, que un ordenamiento jurídico podrá ser considerado como consistente si se logra demostrar que no pueden existir contradicciones de normas o antinomias, ya que, la consistencia es -- una condición del sistema por definición, y si se niega consistencia al derecho se niega también la posibilidad de una ciencia jurídica sistemática.

De ahí que Kelsen, considera al orden jurídico como -- una pirámide de normas jerarquizadas. Una norma dada sólo -- pertenece a un orden jurídico determinado si es conforme -- con la norma superior que regula su creación. Consecuente- -- mente, una disposición jurídica pertenece a un sistema si, y sólo si, fue creada mediante el ejercicio, de facultades con

587 Roberto José Vernengo: La Naturaleza del Conocimiento Jurídico; 2a ed. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Argentina, 1986. pp. 295 a 302

feridas por la norma fundamental que confirió las facultades por las cuales todas las otras disposiciones jurídicas del sistema fueron creadas.⁵⁸⁸

Igualmente, Kelsen considera que es la norma fundamental de todo sistema jurídico la que garantiza la coherencia interna del sistema. El principio de no contradicción está contenido en la norma fundamental. Por razones similares considera a toda norma fundamental estipulando que toda norma establezca una sanción. Por ello, Kelsen afirma que toda norma fundamental aunque no idéntica al derecho sin embargo con tiene la definición del derecho.⁵⁸⁹

Así pues, la norma fundamental, dice Kelsen, se formula de la siguiente manera:

"Los actos coactivos deben ser realizados bajo las condiciones y la manera que la primera constitución histórica y las normas creadas de conformidad con ella, prescriben. En breve: uno debe comportarse como la constitución prescribe"⁵⁹⁰

A este respecto, Joseph Raz, nos comenta que: el concepto de norma fundamental es uno de los dos conceptos sobre los cuales se fundamenta el criterio de identidad de Kelsen. El otro es el concepto de cadena de validez, el cual se explica en el siguiente párrafo.

"A la cuestión de por qué esta norma individual es válida

588 Cfr. Albert Calsamiglia: Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica; 2a. ed. Ed. Ariel. Barcelona España 1978, pp. 93, 95 y 98.

589 Hans Kelsen citado por Joseph Raz: El concepto de sistema jurídico 1a. ed. Ed. UNAM. Trad. al español por Rolando Tamayo y Salmaran, México, D.F. 1986. pp. 125 y 126.

590 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 208.

Como parte de un determinado orden jurídico, la respuesta es: porque ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, finalmente, recibe su validez de la constitución, puesto que ha sido establecida por el órgano competente en la forma que la constitución prescribe. Si preguntamos por que la constitución es válida, quizá lleguemos a una anterior constitución. Por último, llegamos a una constitución que es la primera constitución histórica la cual fue establecida -- por un usurpador individual o por algún tipo de asamblea... Se postula que uno debe comportarse como el individuo o los individuos, que establecieron la primera constitución, han ordenado. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en consideración". 591

Por lo consiguiente, para Kelsen, la contradicción de normas es un sinsentido porque el fundamento de validez es unitario. La norma inferior debe su validez a la norma superior. Si el contenido o la forma de la norma inferior no entran en el marco preestablecido por la norma superior resulta que la norma inferior es una apariencia de norma. Empero, resulta que en los derechos positivos existen normas inferiores que contradicen a las superiores y son aplicadas y consideradas como derecho vigente. Para poder describir estos casos, relativamente frecuentes, Kelsen tiene que recurrir a la noción de cosa juzgada, a la resolución administrativa firme, o a la decisión irrecurrible. 592.

Por lo que concierne, al concepto de consistencia, Alberk Calsamiglia, lo visualiza desde una perspectiva crítica y diferente como lo aborda Kelsen. Para el primero: el ordenamiento jurídico no puede solucionar por sí mismo, esta es, intransistematicamente, las antinomias, y que por tanto, el

591 Joseph Raz; Op. Cit. p. 126.

592 Alberk Calsamiglia; Op. Cit. pp. 102 y 103.

lenguaje legal puede ser incompleto. A partir de esta conclusión cabe negar la pretensión de Kelsen de elaborar una ciencia jurídica sistemática ya que no existe un criterio unitario para resolver los conflictos de normas. Consecuentemente, el lenguaje legal puede ser inconsistente, por la existencia de antinomias, y resulta que estas antinomias sólo pueden -- ser solucionadas, en última instancia, por medio de las decisiones de los órganos encargados de aplicar el derecho cabe afirmar que el derecho no reúne las características necesarias para formar un sistema y por tanto se puede negar sistematicidad del ordenamiento jurídico. 593

En cuanto, al concepto de completud del que nos habla - Kelsen, en su teoría del orden jurídico sistemático. A este respecto, Norberto Bobbio, ha señalado:

"Completud significa exclusión de cualquier situación en la que no pertenezca al sistema ninguna de las normas contradictorias.

La noción de completud en la teoría pura del derecho -- significa que el ordenamiento jurídico proporciona una solución al juez sin tener que recurrir a elementos externos al sistema normativo. De ahí, que Kelsen, considere que las lagunas jurídicas son ficciones o pseudoproblemas. Para dicho autor, la laguna significa que:

"El derecho vigente no se puede aplicar porque no existe ninguna norma general que se refiera al propio caso. Kelsen parte de la idea de que el ordenamiento jurídico vigente siem--

593 Cfr. Albert Calamiglia; Op. Cit. pp. 106 a 109.

pre es aplicable y que la noción de laguna propuesta por la doctrina tradicional es una ficción porque mediante esta noción se pretende aplicar como si fuera derecho postulados -- iusnaturalistas o de política jurídica".

Por lo tanto, para Hans Kelsen, el concepto de laguna de derecho es una ficción porque si no existe una norma aplicable al caso resulta que la conducta está permitida.

La constante preocupación del jurista vienés en comento -- consiste en separar la política de la ciencia jurídica. Esta ha conducido a Kelsen, a estimar que la cuestión de las lagunas del derecho es un intento de reemplazar el derecho vigente por el derecho deseado. Consecuentemente, dicho autor ha pretendido hacer una teoría apolítica del derecho, ha visualizado el problema desde esta perspectiva, acusando de ideológicas a las doctrinas que aceptan la posibilidad de la existencia de lagunas del derecho.

Empero, desde otra perspectiva, cabe señalar, que existe escepticismo acerca de la completud del orden jurídico. Ello permite que el derecho sea relativamente flexible. Una teoría que insista en la completud difícilmente podrá explicar el cambio social, poco a poco se ira desfasando de la realidad y se mostrará como algo arcaico e inoperante. Por ello se han introducido términos tan ambiguos como útiles, -- verbi gratia, los principios generales del derecho, la equidad, el sentimiento de justicia del juez, la analogía... todos ellos elementos externos del sistema, pero que permiten

adecuar el derecho a las relaciones sociales.

En conclusión, Kelsen rehuye el problema de la decisión porque lo considera una cuestión política. En sentido diferente Luis Legaz y Lacambra, insiste en el papel de la decisión, expresando que tanto la creación como la aplicación -- del derecho son fruto de una decisión. En último término el orden jurídico depende de la decisión política. Por lo consiguiente, si retomamos el criterio de Legaz, nos conlleva a estimar que el saber jurídico como mera conjunto de normas es un estudio parcial e incompleto del fenómeno jurídico. Ex -- tremando la tesis de Lacambra llegaríamos a la síntesis de -- que el derecho instaura una serie de garantías y de respeto a la libertad siempre y cuando el poder político esté dis -- puesto a garantizar y respetar estas libertades.

En suma, la interpretación jurídica se vale del elemen -- to sistemático, ya que, el derecho no se contempla únicamen -- te al tenor literal de la ley en forma aislada. Sino que, el derecho forma un todo, y que para conocer y comprender el -- sentido y alcance de una disposición es necesario valorarla en la totalidad del ordenamiento jurídico. 594.

A este respecto, Ramón Badenas, nos expresa que:

"Para descubrir el verdadero sentido de la ley no basta aten -- der al significado de las palabras contenidas en una sola -- disposición, sino que es necesario poner en correlación una disposición con las demás afines que forman toda una institu -- ción jurídica, y aun poner ésta en relación con institutos -- análogos y con los principios fundamentales de toda el dere -- cho. 595

594 Cfr. Albert Calamiglia; Op. Cit. pp. 119 y 120
595 Ramón Badenas Gasset; Op. Cit. p. 377.

Por su parte, Antonio Hernández Gil, nos dice que: En virtud del elemento sistemático se elabora una obra constructiva, se establece el lazo íntimo que une a las instituciones y reglas jurídicas dentro de una vasta unidad, y, en particular, se encuadra a la ley dentro del sistema general.⁵⁹⁶

Por su parte, Héctor Cuadra, nos expresa: Ya se trate de problemas sustantivos, cuya solución requiere una voluntad política traducida en un acuerdo jurídico; de problemas de procedimiento para resolver prioridades de cuestiones relativas a dispositivos institucionales para materializar propósitos y acciones, siempre aparece el instrumento legal que define, organiza, establece y sanciona. Cuando se trata de -- comparar la naturaleza de varios órdenes parciales para apreciar su idoneidad y eficacia, respecto del orden total, surge el genio del derecho que, tiende a racionalizar las conductas y a normalizar los comportamientos; ese impulso del derecho lo lleva a elaborar sistematizaciones que permitan conferir un mínimo de coherencia al conjunto de las relaciones sociales. 597

Para Recasens Siches, los varios preceptos jurídicos regulativos de una situación no se dan como inconexas entre sí, antes bien se engranan los unos con los otros de modo que integran la silueta de una institución, la cual debe ser enten-

596 Antonio Hernández Gil: Metodología del derecho; Op. Cit. p. 86.

597 Cfr. Héctor Cuadra: "Aspectos jurídicos del nuevo orden económico internacional", en Cuadra, H. (com) et al. Estudios de derecho económico, Vol. III. 1 ed. Ed. UNAM-México, D.F. 1979.p.178.

dida y tratada en todas sus articulaciones... Aunque una institución tenga dentro del orden jurídico cierto carácter autónomo, no se halla desvinculada de todo el resto de las demás instituciones, sino que, por el contrario, está articulada con las demás, integrando el orden jurídico vigente; en conclusión, es preciso integrarla en la totalidad del orden jurídico. 598.

El elemento sistemático recurre para interpretar a investigar el derecho, a dos elementos y son a saber:

1.- Tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma, para su análisis e interpretación; y

2.- Determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. En ambos, juega un rol fundamental la norma constitucional que da la naturaleza a todas las instituciones secundarias o subsistemas. Así, en esta dicotomía, sistema (constitución) vs. subsistema (norma secundaria), la validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho 599.

Por último, sólo nos resta destacar que uno de los elementos de interpretación sistemática está constituido por la sede material, es decir, la colocación de las normas dentro del conjunto de una ley o de un Código. Por una parte, y por la otra, cabe señalar que: el culbo al elemento sistemá-

598 Cfr. Luis Recasens Siches; Tratado general de Filosofía del derecho; Op. Cit. pp. 291 a 297.

599 Cfr. Departamento de Seminarios de la Universidad externada de Colombia: Metodología y técnicas de la investigación jurídica; 2a. ed. - Colombia, 1968. pp. 60 a 65.

tico fue al parecer el origen del predominio de una jurisprudencia conceptual, reforzada a su vez por el empleo incondicional de una lógica formal deductiva. En efecto, si la sistemática implica la existencia de principios normativos ordenados de manera piramidal en cuanto a su generalidad, fácil es concluir, que las reglas jurídicas particulares, como son las sentencias, no son sino el resultado de un razonamiento lógico deductivo, elaborada con sujeción a la estructura sistemática del orden jurídico vigente. 600

- Elemento histórico: En el devenir histórico de las sociedades humanas descubrimos diferentes ordenamientos jurídicos que se han dado para regular la convivencia humana en épocas y lugares distintos.

A este respecto, Savigny, nos expresa:

"La ley es dada en un momento determinado, es preciso conocer, pues, estas condiciones históricas para captar el pensamiento de la ley. La presentación de la ley es solo posible por la presentación del momento en que la ley existe"⁶⁰¹

Por su parte, GescherMüller, al tratar el elemento histórico dentro de la interpretación jurídica, nos dice que:

"La indagación sobre el origen de la ley y la reconstitución de su proceso de elaboración puede hacerse para desentrañar la voluntad normativa del legislador o la voluntad del derecho frente a problemas sociales, políticos y económicos de la época en que fue dictada... El elemento histórico tiene por objeto indagar el estado del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta y el legislador antes de dictar la ley que se trata de interpretar. Si consideramos que todas las instituciones del presente llevan gérme-

600 José Castañ Tubefias; Op. Cit. p. 245.

601 F. Karl Von Savigny; Op. Cit. p. 13

nes de las del pasado, podemos comprender el valor del elemento que nos ocupa". 602

Las disposiciones legales, aun aquellas que ofrecen mayores apariencias de novedad, son siempre reproducción, modificación o desarrollo de un derecho preexistente. De ahí el gran interés que para la interpretación de las normas ofrecen los materiales históricos, que se pueden agrupar en las siguientes categorías. 603.

1. Precedentes remotos; constituidos por el derecho semítico, romano, canónico, germano y demás derechos históricos que han contribuido a la formación del nuestro:

2. Precedentes inmediatos: formados por el estado legal anterior a la legislación vigente. Igualmente, deben considerarse el estudio de los trabajos llamados preparatorios, exposición de motivos, proyectos, discusiones parlamentaria, - en ambas cámaras, e informes que suelen preceder

En síntesis, los trabajos preparatorios pueden valer como indicio de una cierta voluntad legislativa, pero han de ser utilizadas con cierta cautela y circunspección, ya que, como observa D'Amelio, el puro juego de ellos podría obstaculizar el de los de orden sociológico, dada la sustancial antítesis que se da entre ambos elementos de interpretación, - estático el uno y dinámico el otro.

- Elemento sociológico: Es incuestionable que el factor social ha de ser considerado para indagar la función de la -

602 Bernarda Gescher Müller; Op. Cit. p. 21.

603 José Castán Tobeñas; Op. Cit. p. 245.

norma y que, en caso de duda y en cuanto no sea incompatible con el texto y el sentido de la ley -apreciado este último en relación con el espíritu que muestre el conjunto de la legislación vigente - se ha de dar a aquella la interpretación - que mejor cuadre a las exigencias, tendencias y fines prácticos de cada momento. Dicho de otra manera, hoy en día no bastan, para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que -- constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados - que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del elemento sociológico, integrada por aquellos factores; ideológicos, morales, etc., que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico. 604.

De ahí que actualmente, se cuestiona no sin razón, la pureza metódica del derecho, la cual, sólo considera a la ley como derecho, por una parte, y por la otra, era escudriñar el sentido y alcance gramatical, lógico y sistemático de la ley, alejado del entorno social y de su problemática. En cambio, desde una perspectiva diferente, se estima al discurso jurídico también, como una expresión ideológica de la realidad social que regula intereses sociales contrapuestos.

Ahora bien, insistir en la abstracción puramente racional del ordenamiento normativo jurídico es rayar en el encu-

brimiento de una categoría histórica que corresponde a un régimen social determinado construido sobre la exposición de - intereses que se dan en las relaciones sociales escindidas - en clases sociales antagónicas.

A través del elemento sociológico, los juristas amplían su esquema cognoscitivo acerca de qué es el derecho cómo se da, y cómo se presenta en la sociedad. Esta es, por medio de dicha vereda epistemológica los cultores del derecho lograrán clarificar su objeto de estudio y consiguientemente encontrarán las explicaciones más coherentes sobre las causas que motivan el contenido normativo.

- Elemento económico: consideramos que la interpretación jurídica no sólo, se auxilia de los elementos gramatical; lógico, sistemático, histórico y sociológico, sino que, además es necesario tener presente que las relaciones jurídicas regulan relaciones sociales de producción. Es decir, se normativizan relaciones económicas, de propiedad, entre compradores y vendedores, trabajadores y patrones, etc.

De ahí que es válida señalar que: tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse - por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radican en las condiciones materiales de vida... En la producción social de su vida, los hombres - contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas producti--

vas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. 605.

Al respecto, Pashukanis, nos expresa que:

"El trabajador asalariado aparece en el mercado como libre - vendedor de su fuerza de trabajo, y por eso la relación de explotación capitalista se mediatiza bajo la forma jurídica del contrato. 606

Esta es, la fuerza de trabajo se le considera en la relación social de producción como una simple mercancía. De esta forma, el valor de toda mercancía está determinado por la cantidad de trabajo materializada en su valor de uso, por el tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción.

Ahora bien, el concepto jurídico de propiedad se conceptualiza como el derecho de goce, uso y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con lo permitido por la ley. Empero, desde otra perspectiva la propiedad privada es, el resultado necesario del trabajo enajenado.

605 Cfr. C. Marx; Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política; Op. Cit. pp. 181 y 182.

606 E.B. Pashukanis; Op. Cit. p. 105.

Para Marx, el concepto de propiedad no debe ser considerado como un concepto estático, sino que, se desenvuelve en forma dinámica, y nos expresa lo siguiente:

"En cada época histórica la propiedad se desarrolla diferentemente y en una serie de relaciones sociales enteramente diferentes. De tal manera, definir la propiedad burguesa no es otra cosa que hacer la exposición de todas las relaciones sociales de la producción burguesa. Pretender dar una definición de la propiedad como de una relación independiente, de una categoría aparte, de una idea abstracta y eterna, sólo puede ser ilusión de metafísica o jurisprudencia". 607

El hecho de que los bienes económicos contienen trabajo es una propiedad que le es inherente; el hecho de que puedan ser intercambiados es una segunda propiedad que sólo depende de la voluntad de sus propietarios, con la única condición de que esos bienes sean apropiados y enajenables. Por esa razón, al mismo tiempo que el producto del trabajo reviste las propiedades de la mercancía y se convierte en el portador de valor, el hombre se vuelve sujeto jurídico y portador de derechos. 608.

Así pues, el vínculo social entaizado en la producción se presenta bajo dos formas, por un lado, como valor mercantil y por el otro como capacidad del hombre de ser sujeto de derecho.

En realidad, la categoría de sujeto jurídico es evidentemente abstraída del acto de intercambio que se realiza en el mercado. El objeto es la mercancía, el sujeto es el propietario de mercancías que dispone de ellas en el acto de apropiación y de enajenación.

607 K Marx: Miseria de la filosofía citada por E. Balibar; Op. Cit. p. 250.

608 E.B. Pashukanis; Op. Cit. pp. 111 a 114.

Igualmente, cabe decir, que el fetichismo de la mercancía es completado por el fetichismo jurídico. En donde el -- concepto de propiedad juega un rol importante dentro del esquema del discurso jurídico, a este respecto, E.B. Pashukanis, nos señala: 609.

"La apropiación forma el punto de partida genético del desarrollo, la transformación de esa relación en una relación jurídica tuvo lugar bajo la influencia de las necesidades creadas por la circulación de bienes, es decir, esencialmente -- por la compra y la venta". 610.

En suma, la propiedad en sentido jurídico nació, no por que a los hombres se les haya ocurrido atribuirse recíprocamente esa cualidad jurídica, sino porque sólo podían intercambiar mercancías poniéndose la máscara del propietario, El poder ilimitado de disponer de la cosa sólo es el reflejo de la circulación ilimitada de las mercancías.

Para Yavich, la forma jurídica puede ser separada de su contenido material solamente en el campo de la abstracción jurídica. Es decir, la regulación y el orden operan en las relaciones sociales como un momento de la producción y del intercambio, ya que, la ley surge como una variedad especial de consolidación social del modo de producción prevaleciente y por lo tanto está vinculada desde el mismo principio a las relaciones de propiedad verdaderas como la apropiación de -- los objetos de la naturaleza y de los resultados de las actividades de trabajo.

609 E. B. Pashukanis; Op. Cit. p.-120

610 Idem. p. 124.

De ahí, que la ley pertenece a una función de la conciencia social y no a la base sino a sus fenómenos superestructurales. Empero, lo anterior significa que la ley tiene un contenido social real, sus raíces están en las necesidades del modo de producción prevalencietes en la sociedad de clases.

En consecuencia, el carácter obligatorio de las normas legales se deben a la división social del trabajo, a la propiedad diferenciada de los objetos de trabajo y consumo, a las relaciones de propiedad, a la producción de bienes y al intercambio.

En suma. la historia del origen y la evolución del derecho permite concluir que la forma jurídica está por necesidad conectada en principio con los modos de producción históricos, la distribución y el intercambio que descansan en la división social del trabajo y en la propiedad, y que esos niveles de desarrollo de las fuerzas de producción no pueden proporcionar a cada individuo los productos del trabajo de acuerdo a sus necesidades. Por lo tanto presuponen la desigualdad material y la reglamentación de la distribución y la defensa de las relaciones de bienes equivalentes. Consecuentemente, la historia confirma que la producción de bienes y las relaciones no pueden existir en general sin la mediación legal. 611.

611 Cfr. L.S. Yavich: Teoría general del derecho; Op. - Cit. pp. 30, 33, 34, 35 y 39.

De ahí que, la interpretación económica se efectúa teniendo en cuenta a los factores económicos y examinando los resultados económicos que tales tesis van a traer consigo. Igualmente, cabe señalar que las leyes fundamentales tienen un trasfondo económico; ya Charles A. Beard realizó un interesante estudio para comprobar su hipótesis de que la constitución norteamericana fue hecha por los grupos económicos, afectados negativamente por la constitución de la confederación. 612.

Por último, sólo nos resta destacar que en la interpretación del derecho es importante tener presentes las consideraciones económicas de valor, ganancia, interés, ya que, estas estimaciones nos permiten clarificar de manera objetiva qué es lo que, más conviene a las partes, en cuanto a sus intereses económicos que se encuentran en conflicto. En materia procesal es muy frecuente escuchar la siguiente recomendación: "mas vale una mala transacción y no un buen juicio". Actualmente, cabe resaltar que los juicios son largos y costosos. Por lo consiguiente, entablar un juicio para reivindicar orgullos, resulta un tanto cuanto menos que pragmático en nuestros tiempos. De ahí que la negociación adquiera un lugar mas que relevante y sobre todo, si ésta se da rápidamente se verán menos afectados los intereses económicos de las partes.

Por toda lo anteriormente manifestado, cabe decir, que

612 Cfr. Jorge Carpiza: Op. Cit. p. 55

una relación jurídica normativiza relaciones sociales económicas. En donde, los interesados entran en franca y abierta disputa sobre sus intereses económicos. Y, así vemos que en una relación laboral, al trabajador le interesa lograr una mayor remuneración y mayores prestaciones económicas, para el efecto de subsanar sus necesidades elementales de ser humano con cierta holgura. En cambio, el patrón insistirá en obtener una mayor plusvalía para acrecentar su capital, a este, no le interesa si esto se logra a costa y en perjuicio de la clase trabajadora.

Tanto en el ámbito del derecho privado como del derecho público se deja entrever la presencia del factor económico. Dicho de otra manera, el derecho civil nos proporciona, entre otros ejemplos, a los siguientes: lo relativo a la propiedad; contratos de compra-venta, de matrimonio (sociedad conyugal o separación de bienes vía capitulaciones), arrendamiento, por una parte, y por la otra, al través de las sucesiones testamentarias o intestamentarias; legados, donaciones, etc.

Igualmente, esto se visualiza en las relaciones comerciales, en donde, el derecho mercantil regula relaciones de lucro económico.

Además, retrospectivamente encontramos que el derecho romano contemplaba cuatro categorías de contratos innominados (atípicos) y son a saber:

- Do ut Des - Doy para que des-: se presentaba cuando las prestaciones de cada una de las partes convinieran en dar algunas cosas:

- Do ut Facias = Doy para que hagas--: una parte se compromete a dar alguna cosa y la otra a prestar ciertos servicios;

- Facio ut Des = Hago para que des--: esta categoría es igual que la anterior, pero observada en sentido inverso.

- Facio Ut Facias = Hago para que hagas--: intercambio de servicios. 613.

También, en los contratos atípicos se aprecian en el fondo relaciones de intercambio. Dicho de otra manera, la esencia de los referidos contratos consiste en considerar a las partes no tan sólo, como voluntades abstractas sino también como cosas que pueden recíprocamente intercambiarse.

Asimismo, cabe decir, lo mismo para el derecho público. Así tenemos que el derecho penal tampoco se encuentra fuera del alcance del elemento económico, a este respecto son ilustrativas las figuras jurídicas que protegen tanto a la propiedad privada individual como pública. Al través de los delitos de robo, abuso de confianza, peculado, dano en propiedad ajena, despojo, etc.

Igualmente, podemos decir lo mismo para el derecho constitucional, a este respecto, la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus siguientes artículos:

25.- "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

613 Eugene Fehit: Tratado elemental de Derecho Romano; Op. Cit. - pp. 421 y 426.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional....."

26.- "El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía y cultural de la nación....."

27.- "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.....", etc.

28.- "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y -- las exenciones de impuestos en los términos y condiciones -- que fijan las leyes....."

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o en pocas manos de artículos de consumo -- necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios....."

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos,....", etc.

Al respecto, Héctor Cuadra nos comenta: la peculiar simbiosis de derecho y economía se da en función de la creciente e incontenible actividad del Estado de nuestra época en la vida económica, en la regulación y control de todas las actividades económicas por los diversos sectores sociales y sus intensas y determinantes relaciones económicas... 614

En suma, observamos que casi siempre aparece en el fondo de toda disposición jurídica la presencia de intereses económicos. Los cuales se traslucen en la mercancía universal--

614 Cfr. Héctor Cuadra: "Reflexiones sobre el derecho económico", en Cuadra, H. (comp) et al. Estudios del derecho económico; 1aed. Ed. UNAM-Mexico, D.F. Vol. I. 1977. p. 40.

mente aceptada por todos y que identificamos como dinero*

Por último, sólo nos resta recordar que el verdadero valor de las mercancías descansa en la fuerza de trabajo. Ahora bien, por fuerza de trabajo entendemos el conjunto de las facultades físicas y mentales que existen en la corporeidad, en la personalidad viva de un ser humano y que él pone en movimiento cuando produce valores de uso de cualquier índole.

De esta manera, el intercambio de mercancías, en sí y para sí, no implica más relaciones de dependencia que las que surgen de su propia naturaleza. Bajo este supuesto, la fuerza de trabajo, como mercancía, sólo puede aparecer en el mercado en la medida y por el hecho de que su poseedor la ofrezca y venda como mercancía. Para que su poseedor la venda como mercancía es necesario que pueda disponer de la misma, y por lo tanto que sea propietario libre de su capacidad de trabajo, de su persona. El y el poseedor de dinero se encuentran en el mercado y traban relaciones mutuas en calidad de poseedores de mercancías dotados de los mismos derechos, y que sólo se distinguen por ser el uno vendedor y

* W. Shakespeare, en Timon de Atenas: Oro?, Oro precioso, rojo, fascinante? Con el se torna blanco el negro, y el feo hermosa; virtuosa el malvado; el anciano, mancebo, valeroso el cobarde y noble el ruin. El oro... desplaza al sacerdote del altar y rebota la almohada a quien yace enfermo. Este esclavo dorado aba y desata vinculos consagrados; bendice al maldito; hace amable la lepra; honra al ladrón y le da rango, poder y preeminencia en el consejo de los senadores; conquista pretendientes en favor de la viuda anciana y corcovada; Es como un balsamo que rejuvenece y pinta con colores de la primavera a los pacientes de putridas lacertias arrojados con asco de los hospitales. Oh, maldito metal, vil ramera de los hombres, que enloquece a los pueblos!... Oh, tu, dulce regida, noble cizana entre padres e hijos!... (tomado de los Manuscritos Economicos-Filosoficos de 1844 de Carlos Marx. tr. Wenceslao Roca; Op. Cit. p. 156.

el otro comprador, ambos, pues, son personas jurídicamente iguales. Para que perdure esta relación es necesario que el poseedor de la fuerza del trabajo venda siempre por un tiempo determinado, y nada más, ya que si la vende toda junta, - de una vez para siempre, se vende a sí mismo, se transforma de hombre libre en esclavo, de poseedor de mercancía en simple mercancía. 615

Además, para la transformación del dinero en capital el poseedor del dinero, pues, tiene que encontrar en el mercado de mercancías al obrero; en el doble sentido de que por una parte dispone, en cuanto hombre libre de su fuerza de trabajo en cuanto mercancía suya, y el de que, por otra parte, - carece de otras mercancías para vender está exento y desprovisto, desembarazado de todas las cosas necesarias para la - puesta en actividad de su fuerza de trabajo.

El valor de la fuerza de trabajo al igual que el de toda otra mercancía, se determina por el tiempo de trabajo necesario para la producción, y por lo tanto también para la - reproducción, de ese artículo específico. Por tanto, el tiempo de trabajo necesario para la producción de la fuerza de - trabajo se resuelve en el tiempo de trabajo necesario para la producción de dichos medios de subsistencia, o, dicho de otra manera, el valor de la fuerza de trabajo es el valor de los medios de subsistencia necesarios para la conservación del poseedor de aquella. 616

615 Karl Marx: El Capital - T. I / Vol. I, Libro Primero; Op. Cit. pp. 203 a 205.

616 K. Marx; Op. Cit. p. 207.

Habida cuenta, lo anteriormente señalado es necesario subrayar que aquellos que insisten en considerar al derecho como un objeto de conocimiento aislado de la problemática social, económica - y política de las sociedades humanas que se dan en un lugar y tiempo histórico concreto, incurren lisa y llanamente en el fetichismo jurídico, ya que, el derecho regula relaciones sociales, económicas y políticas de las sociedades humanas en su devenir histórico.

Al respecto, consideramos que es válida la comparación con el carácter fetichista de la mercancía.

Para Karl Marx, el carácter fetichista de la mercancía consiste en representar a ésta, como un ente autónomo de la fuerza de trabajo y que se produce socialmente. 617

Por lo tanto, es válido decir, que el lenguaje jurídico encubre la fórmula general del capital, D - M - D, dinero mercancía, dinero. 618

Por último, sólo nos resta destacar que la interpretación del derecho no debe ser considerada únicamente como un ensayo intelectual en abstracto de aspectos puramente gramaticales y lógicas aislado de la realidad histórica concreta en que se desarrollan las relaciones sociales de producción.

617 Cfr. K. Marx: Op. Cit, pp. 87 a 102.

618 Supra idem. p. 315.

Por lo tanto, si bien es cierto que el discurso jurídico se presenta a través de enunciados lingüísticos, también es -- cierto que en el fondo regula relaciones de intereses económicos contrapuestos.

- Elemento político: Al respecto, cabe decir que, los -- problemas constitucionales son problemas de poder, esto es, - políticos. Y desde este punto de vista es claro que los factores políticos influyen en la interpretación de la ley constitucional y el intérprete no puede pasarlos por alto. 619.

Además, cabe destacar que la distinción entre constitución formal y material refleja el hecho de que la organización y el régimen efectivos del poder no dependen solamente - de factores jurídicos, sino de la interacción entre factores jurídicos y políticos. Consecuentemente, la constitución material constituye una categoría interpretativa que se refiere a la vida efectiva de una constitución y a las fuerzas reales que la condicionan y le sirven de apoyo. La constitución material es la constitución efectiva, esto es, el conjunto de comportamientos constitucionales que organizan y definen efectivamente un determinado régimen político, independientemente - de su mayor o menor grado de conformidad con las disposiciones de la constitución formal, aunque también en estrecha dependencia de esta. 620.

619 Cfr. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio: "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano"; art. en la interpretación constitucional colaboradores Héctor Fix-Zamudio, et al; la ed. Ed. UNAM. México, 1975. p.53.

620 Cfr. Gilberto Gimenez; Op.Cit.pp.104 y 105.

De ahí que Michel Miaille, nos señale lo siguiente: las clases dominantes tratan de construir y de perfeccionar indefinidamente una expresión constitucional adecuada a su posición dominante en las relaciones de poder. 621

En suma, la distinción entre constitución material y formal permite dar cuenta de ciertos fenómenos sociológicos y jurídicos relevantes, como la continuidad o discontinuidad constitucional, las modificaciones tácitas y la evolución de la constitución formal en virtud de la actividad interpretativa solicitada por las fuerzas políticas reales. 622

- Elemento comparativo: tiene por objeto establecer la sistemización de los estudios jurídicos comparativos a fin de que puedan utilizarse de manera funcional y, en este sentido posee similitud con otras perspectivas metodológicas, tales como la historia, la filosofía, la lógica jurídica, etc. 623

Para Francisco Cornejo, el derecho comparado es el instrumento metodológico que nos permite estudiar a los diversos sistemas jurídicos existentes para descubrir sus semejanzas y diferencias. 624.

Asimismo, cabe señalar que el jurista contemporáneo no puede ignorar el nuevo equilibrio de fuerzas operado en el --

621 Michel Miaille: Constitutions et luttes de classe, Montpellier citada por Gilberto Jiménez; Op. Cit. p. 106.

622 Cfr. Gilberto Jiménez; Op. Cit. p. 107.

623 Cfr. Héctor Fix-Zamudio: Metodología, docencia e Investigación jurídica; 2a. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1984.p.260.

624 Cfr. F.M. Cornejo Cerbucha: "Derecho Comparado" en Diccionario jurídico, Mexicana. T.III -D-;Op. Cit. p.147.

cuadro mundial de la economía y de la política. El cual se --
 presenta en forma interdependiente; ello es tanto más necesari-
 o cuanto estamos obligados a mantener relaciones comercia-
 les con los países europeos de occidente o con la Unión Soviética,
 los Estados Unidos de Norteamérica, o con los países la-
 tinoamericanos, o con los países del continente Africano, o
 con la India, etc. 625.

En cuanto, a los objetivos perseguidos por el instrumen-
 to metodológico comparatista cabe mencionar, entre otros, a -
 los siguientes:

1. La obtención del verdadero nivel científico de los es-
 tudios jurídicos. Toda vez, que la función esencial del dere-
 cho comparado es devolver al derecho el carácter universal de
 toda ciencia, pues entre todas las disciplinas científicas só-
 lo el derecho ha creído falsamente, que podía ser puramente na-
 cional.

2. Mejor conocimiento del derecho nacional: Sin el auxi-
 lio del método comparativo, el jurista se acostumbra a consi-
 derar las soluciones de la legislación, la doctrina y la ju-
 risprudencia de su país como las únicas posibles con lo que -
 sólo se logra una concepción estrecha y limitada de su propio
 ordenamiento jurídico. 626

A este respecto, René David, nos señala lo siguiente:

"El nacionalismo jurídico es más bien provincianismo, incun-
 ciable con el auténtico espíritu científico, y representa un

625 Cfr. René David: Los grandes sistemas jurídicos Contemporáneos
 trad. de la 2a. ed. francesa por Pedro Bravo Gala. Ed. Aguilar Madrid, Es-
 paña. 1968. p. 7

626 Cfr. Héctor Fix-Zamudio; Op. Cit. p.261.

empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional". 627

Así pues, a través del contraste de un determinado ordenamiento jurídico con otros diversos puede ampliar sus horizontes culturales, comprender con mayor precisión el alcance de los problemas jurídicos y lograr una mayor sensibilidad para resolverlos, perfeccionando los instrumentos que se le han proporcionado, al utilizar la experiencia y los conocimientos de otros sistemas jurídicos.

3. Perfeccionamiento del lenguaje jurídico: al través -- del estudio de el sentido exacto de los términos extranjeros que se descubren en el análisis de los diversos sistemas jurídicos. 628.

4. Comprensión internacional del derecho: En atención a la interdependencia social, política y económica que se establece entre los países del orbe, por lo que no se justifica el aislamiento de los diversos sistemas jurídicos, que también reciben una influencia recíproca permanente.

5. Unificación o armonización de los ordenamientos jurídicos: Por medio de modelos regionales se ha logrado la formación de un verdadero derecho comunitario, verigracia: La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). El Mercado Común Centroamericano (MCC), La Comunidad Económica Europea (CEE), El Consejo de Ayuda Económica Mutua entre países Socialistas (COMECON), La Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), etc.

627 René David; Op. Cit. p. 9.

628 Héctor Fix-Zamudio; Op. Cit. p.262

6. Conocimiento dinámico de los ordenamientos jurídicos: sólo los juristas que utilizan el método comparativo poseen - la sensibilidad y la comprensión indispensables para lograr, el ejercicio de las diversas profesiones jurídicas (judicatura, legislación, ministerio público, abogacía, docencia e investigación), la adaptación oportuna y adecuada del ordenamiento jurídico propio a los cambios constantes y cada vez -- más rápidos de la vida social, pues de lo contrario, se corre el riesgo de contemplar un sistema estático, rígido y anquilosado que impide la función de promotor del progreso y de la - evolución social, que debe corresponder a la ciencia jurídica, especialmente en los países en vías de desarrollo, en las cua - les la labor de los juristas debe servir de impulso y no de - retroceso, como con frecuencia se les atribuye. 629

4. METODOS JURIDICOS DE INTERPRETACION

En los puntos anteriores se han expresado algunas consi- deraciones en torno a los métodos generales del conocimiento. A continuación, nos permitimos delimitar el concepto específi- co de método jurídico, a este respecto, Hans Kelsen, nos dice que: el método del derecho es normativo pero no por crear nor- mas sino porque trata de captarlas o comprenderlas, dirigién- dose a la idealidad, tiene además la característica de ser pu- ramente formal o conceptual. En donde se libere a la ciencia jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disci-

629 Héctor Fix-Zamudio; Op. Cit. pp.262 y 263.

plinas, evitando con ello un sincretismo metódico. 630

Empero, desde otra perspectiva cognoscitiva del Derecho, Antonio Hernández Gil, nos señala que:

"La teoría del método implica una actitud previa ante el problema de la esencia, el origen y el fin del derecho. Y así vendrá en gran medida determinada por la posición que adopte ante él, aunque esto no sea un aspecto de la teoría del método, sino sólo un presupuesto. El otro punto de apoyo para la formulación de la teoría del método arranca de la experiencia. Se requiere un conocimiento personal y directo de la actividad jurídica y una autorreflexión sobre la misma". 631

De ahí que el método jurídico no pueda contenerse en el texto de una ley ni constituir una teoría cerrada. Así pues, la naturaleza del método ha de venir determinada por la naturaleza del objeto a considerar. En cuanto al derecho acaba -- una zona específica de la realidad cultural y cumple una función propia, consecuentemente reclama una metodología propia. Para lograr esto ha de servirse de cuantos medios de conocimiento sean aptos para inquirir el objeto a que se dedica: observación, interpretación, análisis y síntesis conceptual.

De lo anteriormente expuesto, sólo nos resta subrayar -- que el método jurídico nos conlleva a un esquema teórico que nos permite aclarar y precisar qué es lo que nos interesa conocer en relación al problema gnoseológico del derecho.

Por otra parte, cabe destacar, que el derecho como objeto de estudio puede ser visualizado al través de distintos -- puntos de vista. Es por ello, que la labor interpretativa no se cime a un sólo aspecto sino que a varios. Por lo tanto, pa

631 Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho; Op. Cit. Vol. I. pp. 403, 404 y 407.

ra determinar el significado de los conceptos, hay que tener en cuenta que estos son de dos clases: conceptos por intuición y conceptos por postulación. Los primeros están referidos a contenidos fácticos aprehensibles por los sentidos. Pertenecen a este grupo todos los supuestos de hechos de las normas, por ejemplo, el nacimiento, la muerte, acceso carnal, etc., y las segundas a contenidos teóricos deducidos de un determinado esquema ideológico, a este corresponden los supuestos normativos, de valor, o de contenido científico, que integran las mismas, tales como el concepto de cosa ajena, vida honesta o grave anomalía psíquica.

La interpretación de una norma jurídica es referirla al fin para el cual fue formulada, es el definir dicho fin cuando surgen las distintas posturas de los juristas, como expresión de su concepción epistemológica y política del derecho. En suma, la interpretación del derecho implica, por tanto, una definición política. Exige asumir una postura en relación con la función del derecho, por lo consiguiente supone tomar partido por determinada corriente teórica del conocimiento jurídico.

4.1. METODO EXEGETICO

El método exegético jurídico tiene su origen en la concepción divina de los reyes, primeros legisladores, y después de los teóricos de la revolución francesa. Al respecto, Ramón Bañenas, nos expresa: el legislador primitivo (individual o

colectivo) era considerada como algo sobre humano, y su posición tenía tanto de divina que solía llamarse apóstol de los dioses u elegidos por ellos. La primera consecuencia de este modo de concebir al legislador, es su infabilidad que a su vez lleva consigo la idea de perfección de la ley. El legislador dirige al juez la prohibición de que manipule o interprete la ley, reservándose el monopolio interpretativo, dando lugar a la llamada interpretación auténtica:

De lo anterior se colige que quién tiene el poder formula la norma y a nadie le es dado variar su contenido. La finalidad del método exegético jurídico descansa en el culto al texto de ley y en descubrir la intención del autor de la ley. De ahí que se considere a la norma como algo perfecto y estático. Lo que el legislador diga, dicha está, y lo que calla, callado está; tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable. El legislador sabe lo que hace, nunca se equivoca. En este contexto, toda controversia debe necesariamente encontrar la respuesta en los textos legales, y al juez le corresponde la función un tanto silogística y mecánica de aplicar a la ley. Este método jurídico utiliza, entre otros, elementos interpretativos a los siguientes: gramatical, histórico y lógico. 632

4.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A partir del siglo XII de nuestra era, aparece en la Universidad de Bolonia, Italia. La escuela de los glosadores se

632 Cfr. Ramón Badenas Gasset; Op. Cit. pp. 82 y 83.

inicia y es dirigida en su primera etapa por Irineo de Bala-
nia y se cerró con Acursio.

Los glosadores estudiaron el Derecho Romano según las co-
lecciones de Justiniano, cuya conjunto, desde esta época toma
el nombre de corpus juris civilis, por oposición al corpus ju-
ris canonici. El objetivo de los glosadores consiste en bus-
car el sentido de dichos textos, comentándolos y añadiendo no-
tas marginales o interlineales llamadas glosas, de donde pro-
viene el nombre de glosadores. 633

Sin embargo, los glosadores no tienen para nada en cuen-
ta las transformaciones históricas y sociales operadas; desde-
ñan lo actual. El derecho según su ideología se ha dictado de
una vez para siempre y reside en las normas. Por lo tanto, la
exégesis consiste en el estudio directo y principalmente ana-
lítico de los textos, trazando los antagonismos y paralelis-
mos entre las diversas normas. La interpretación de que se --
sirve es liberal. Renuncian a toda opinión personal y la auto-
ridad de la ley les subyuga. 634.

Sucedan a los glosadores los Comentaristas o Postglosado-
res, cuyos principales representantes florecen en el siglo XIV.
Al contrario del genio de los juriconsultos romanos, que no
son nada generalizadores, Bartolo, de Saxoferrato, que enseña
ha el derecho en Pisa y en Prusia, busca la manera de hacer
teorías. Utilizando formas escolásticas, de divisiones y dis-

633 Cfr. Eugene Pabit; Op. Cit. p. 66

634 Cfr. Antonio Hernández Gil; Op. Cit. p. 74.

tinciones ingeniosas hasta llegar a desmedidos alardes dialécticos y especulativos. 635

Closadores y Postclosadores anticipan a la Escuela de la Exegesis en el culto del texto de la ley. La profunda admiración que profesan por el legislador romano produce en la práctica un efecto semejante a la glorificación del legislador popular de la Revolución Francesa.

Otro antecedente, lo encontramos en la prohibición de interpretar la ley se localiza en las Partidas (ley 14, título I, Partida I) y en la Novísima Recopilación (ley 3, título II, libro III), e iguales disposiciones dictaron los reyes Alfonso II y Jaime II, del reino aragonés-catalán-valenciano. Con el robustecimiento de las monarquías absolutas, el principio se exaltó. En general, en la época que precedió a la Revolución francesa dominaba en Europa la norma de que la interpretación correspondía al legislador.

En Prusia, al Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten de 6 de julio de 1793, establecía que cuando los jueces encontraran dudas en la aplicación de la ley, debían acudir al legislador, representado por una comisión permanente.

En Italia, una disposición de 1774 prohibía resolver las dudas a los tribunales, remitiéndolas a la interpretación auténtica. También imperaba en Francia el principio de que la interpretación correspondía al rey. Una Ordenanza de abril de 1667 (título I, art. 70.) prohibía interpretar la ley a los

jueces en los casos dudosos, ordenando que se remitiese el -- proceso al rey.

Como reacción del absolutismo estatal surge el iusnatura -- lismo de los siglos XVII y XVIII, se abandona el estudio del derecho positivo, pero al propio tiempo influye en la opinión hacia la formación de las grandes codificaciones. El Código -- es un producto de la fe en el hombre como portador de la ra -- zón, y la fe en el poder omnimodo del legislador en cuanto le es dado transformar la razón en la ley escrita.

De esta manera, el principio de la división de poderes liberó al juez de su condición de delegado del rey. Es por -- ello que para Rousseau los legisladores son superhombres, y es -- te principio influye poderosamente en el movimiento metodoló -- gico que representan los exégetas.

Para Montesquieu, el legislador es un mundo; el Juez un gramo de arena. Igualmente, nos señala que: en el gobierno re -- publicano por la naturaleza de su constitución, los jueces -- han de seguir el contexto literal de la ley.

En España Pi. Margall, fiel a las tradiciones de la Revo -- lución francesa, decía; No admito eso que se llama jurisprudencia; tampoco otra interpretación que la auténtica. 636

La escuela francesa de la exégesis, surge con motivo de la publicación del Código Napoleón en el siglo XIX y sucumbe a fines del mismo siglo ante las críticas de la Escuela cien -- tífica. Empero, su influencia sigue siendo poderosa entre los

juristas de nuestra América Latina.

El principal expositor de la escuela de la exégesis es - J. Bonnacase quien distingue en ella tres fases y son a saber:

- Fundación: 1804 - 1830;
- Apogeo: 1830 - 1880; y
- Decadencia: 1880 - 1900.

En la fase de apogeo sobresalen Aubry y Rau, Demolombe, Marcadé, Laurent y Troplong, y en la fase de decadencia a Baudry-Lacantinerie y a Guillaud. 637

4.1.2. CARACTERÍSTICAS

1. El derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley; culto, pues, al texto de la ley, sumisión absoluta. Son ya famosas las palabras de Bugnet; "yo no conozco el derecho civil; y no enseño más que el Código de Napoleón". 638

2.- Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador sobre el alcance liberal de la ley; "Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene por misión hacer el derecho; el derecho esta hecho". 639

3. Descubierta esa intención y establecida el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo; y sin más punto de apoyo

637 Cfr. Miguel Villoro Toranzo; Op. Cit. p. 102.

638 Antonio Hernández Gil; Op. Cit. Vol. p. 81.

639 Ídem. p. 82

El subrayado es nuestro.

que el raciocinio y la habilidad dialéctica, por lo que pudo pensar Liard que los artículos del Código son teoremas cuyo - enlace entre sí hay que demostrar y deducir sus consecuencias, hasta el punto que el verdadero jurista es un geómetra y la - educación puramente jurídica es puramente geométrica. 640

4. La exégesis, al partir del supuesto de que el legislador es omnisciente, considera su obra perfecta: lo que el legislador diga, dicha queda, y lo que calla, callado esta; - "tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable el legislador sabe lo que hace, nunca se equivoca", se dice.

5.- Se niega valor a la costumbre; las insuficiencias de la ley se salvan al través de la ley misma, mediante la analogía.

6.- Se tiene muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores.

7.- Se atribuye al derecho un carácter eminentemente estatal. Dura lex, sed lex. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas. No hay más equidad que la de la ley ni más razón que la de esta.

8.- La labor de la exégesis consiste en armar consistentemente, con los fragmentos dados por los concretos legisladores históricos, una figura mítica que justifique la concreta voluntad imperante de los grupos en el poder. Los súbditos de ben sumeterse al derecho positivo, a la voluntad de los que - actualmente están en el poder, porque ese derecho no es sino

manifestación parcial de un orden consistente y armonioso que formulara, quizás oscuramente un primer legislador mítico en que se encarna la voluntad racional del ser humano en general.

9.- La exégesis aparece como un procedimiento predominante en todas las derechos escritos y, especialmente en aquellos sometidos a una sistematización legislativa como la efectuada por las codificaciones de los siglos XIX y XX. 641

4.1.3. PROCESO DE LA INTERPRETACION EXEGEICA

Cuando el texto legal es claro y no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores. En esta coyuntura la interpretación resulta puramente gramatical.

Al respecto, cabe señalar que los exégetas han formulado varios principios que orientan este tipo de análisis:

- Toda palabra tiene valor exacto; nada hay ocioso en la ley; nada sobra.

- Toda omisión es intencionada.

- Las palabras deberán entenderse en su sentido natural y obvio, a menos que pertenezcan a una ciencia o técnica -caso en el cual su significado será el que corresponda en estas- o que hayan sido definidas por el legislador, y se deberá por tanto, estar a dicha definición.

- Cuando el tenor literal de las palabras sea claro, no se podrá desatender este so pretexto de interpretar su espíritu. 642.

641 Cfr. Roberto José Vernengo: La interpretación jurídica 1a. ed. Ed. UNAM. México, D.F. 1977. p. 67.

642 Cfr. Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho; Op. Cit. p. 334.

Además, para el efecto de lograr una mayor información a este respecto, véase lo expuesto en el punto anterior relativo al elemento de interpretación filológica o literal.

Empero, si la expresión es oscura o incompleta. Entonces no basta el elemento gramatical, y en consecuencia es menester buscar el pensamiento del legislador en un cúmulo de circunstancias extrínsecas a la fórmula y, sobre todo, en aquellas que presidieron su aparición, en este caso, se hará uso del elemento histórico. Al través del examen de los siguientes puntos:

- Análisis de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias.

- Examen de la tradición histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue elaborada, así como los motivos que indujeron al legislador a establecerla. y, si estos medios resultan infructuosos, habrá que valerse de procedimientos indirectos. Entre ellos figuran en primera línea el recurso a la equidad y la aplicación de los principios generales del derecho.

Por último, si los elementos gramatical e histórico no son suficientes para aclarar y precisar el sentido de las textos legales, entonces debemos acudir al elemento lógico. A fin de descubrir la ley, para controlar, completar, restringir o extender su letra. Hay entonces que utilizar los recursos que brinda al intérprete la lógica. A continuación se enumeran los subsecuentes:

- Argumentos a contrario: Cuando un texto legal encierra una solución re restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella debe ser objeto de una solución contraria.

- Argumentos a pari, a majori ad minus, a minori ad majus. Estos argumentos constituyen, en su conjunto y combinación lo que se llama razonamiento de analogía. Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica la disposición debe ser la misma. (Ubi eadem ratio, idem jus). A fin de lograr una mayor comprensión e información de esta problemática léase lo expuesto en el punto anterior que tiene que ver con el elemento lógico. 643.

4.1.4. CRÍTICA

El método exegético jurídico se basa en un esquema teórico que raya en las explicaciones conceptuales formales hasta llegar al dogmatismo de sólo considerar derecho lo que está plasmado en los textos legales vías codificaciones. Además, cabe resaltar, que en este método jurídico de interpretación se presta poca o casi nada de interés a los cuestionamientos del por qué es así el derecho, y a qué intereses beneficia la voluntad plasmada en los textos legales.

Igualmente, cabe destacar, que el método exegético jurídico al estimar sólo como derecho a lo que está plasmado en la ley. Se olvida de que el derecho no puede ser aislado de

la realidad histórica, económica, social, política y cultural en que se expresa.

A este respecto, F. Geny, nos comenta que: el método exegético bajo la apariencia de permanecer fiel a la ley y a su pensamiento, se introduce en el subjetivismo más desordenado. Asimismo, les es común el exagerado normativismo, su culto a la lógica, su afán por la generalización, su creencia en las abstracciones y en cuanto implique un apartamiento de la vida real.

Para Cambert, el método exegético se olvida de las leyes fundamentales del desarrollo social, la misma creencia en el dogma absurdo de la inmovilidad del derecho, que ya originó el desdoblamiento de la legislación romana en derecho civil y derecho pretorio y el desdoblamiento de la costumbre inglesa en common law. 644

El método exegético jurídico al estimar que sólo es derecho lo contenido en la ley. Hace del juez un simple aplicador de la misma. Toda vez, que la creación del derecho es obra -- del legislador, y de nadie más que del legislador.

Por lo que respecta, al dogmatismo silogístico que caracteriza al método exegético. Carlos I. Massini, nos señala lo siguiente: es falso decir que existe un ordenamiento legal suficiente y completo. Para cualquier situación concreta, individual o colectiva, habría siempre una norma racionalmente -- cierta en el derecho positivo, que funcionaría como la premi-

644 Cfr. Antonio Hernández Gil; Op. Cit. pp. 83 - 86.

sa mayor universal del silogismo demostrativo. Pero resulta - que la norma jurídica no tiene el carácter de ley universal - que se pretende como el de la premisa mayor del silogismo; la ley jurídica es una norma dictada por un legislador histórico con el fin de dar solución a un problema social determinado. Esto es, no se trata de una ley universal, como la de que "todos los hombres son mortales" o que "el calor dilata los cuerpos", sino de la solución dada en un lugar y un tiempo determinado, para superar un problema circunstanciado e irrepetible. 645

En igual sentido se expresa Helmut Coing, cuando nos dice que:

"La aplicación de la ley no puede proceder nunca de un modo exclusivo en la forma de la inferencia puramente lógica, subsumiendo una determinada actividad vital bajo los conceptos generales de la ley. La aplicación de la ley es más bien siempre valoración de los hechos según los juicios de valor contenidos en el derecho". 646

Proclamar la omnipotencia del legislador y en la creencia en su infabilidad, nos conlleva a una apreciación errónea de la realidad, ya que, existen lagunas en algunas leyes. De esta suerte, la percepción de una laguna en la ley significa claramente, para el juez que la solución no se puede obtener por medio de una deducción hecha a partir de un texto legal, Si no obstante debe llenar la laguna y motivar su decisión, es claro que sólo podrá llegar a este resultado recurriendo a formas de razonamiento que no sean las de la lógica formal.

645 Cfr. Calosci. Massini; Op. Cit. pp. 70-72.

646 Helmut Coing: Fundamentos de filosofía del derecho; Ed. Ariel Barcelona-España. 1961. p. 274.

647 Cfr. Ch. Fereiman; Op. Cit. p. 65.

En una sociedad democrática es imposible mantener la visión positivista (exegética) según la cual el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente, el derecho debe ser aceptado y no sólo impuesto por medio de la coacción. 648

Para Ramón Badenes, el método exegético jurídico al analizar los textos llega con mayor frecuencia al casuismo. Resuelve cómodamente el problema del concepto de derecho afirmando que es lo que se da: la ley, llegando a un máximo de positivismo y racionalismo prescindiendo de consideraciones sociológicas, económicas. Y en definitiva, no recompone, sistematiza ni construye, agotándose en la deducción y en el análisis. 649.

A pesar de todas las consideraciones anteriormente aludidas, hay que reconocer que la operación exegética es, según Castán Tobeñas, la base y antecedente indispensable de todo ulterior trabajo sobre el derecho positivo y que no hay posibilidad de llegar a resultado científico alguno si no es partiendo de una recta inteligencia de los textos de la ley. 650

Por último, sólo nos resta señalar que:

"Uno de los métodos jurídicos de interpretación más curiosos y de más difícil comprensión en la historia de los sistemas interpretativos, es el denominada método exegético. Se trata pese a su aparente irracionalidad, de uno de los métodos más persistentes y al que más tenazmente se han adherido los juristas de nuestra tradición, aun aquellos juristas que suelen repudiar, formal y rebóricamente, el recurso a ella como un procedimiento superado, no titubean, tan pronto ini--

648 Cfr. Ch. Perelman; Op. Cit. p. 231.

649 Cfr. Ramón Badenas Gasset; Op. Cit. p. 95

650 Cfr. José Castán Tobeñas; Op. Cit. p. 83

cion el trabajo puramente dogmático de procesamiento teórico de un texto legal, o cuando se ven trabados por algún inconveniente en una interpretación práctica, a recurrir a la exégesis como la cosa más natural del mundo. El rechazo de la exégesis, pues, es más verbal que real, y la importancia que se suele dar a algunos antagonistas de la exégesis". 651.

4.2. METODO SISTEMATICO

Es bien sabida por todos que, el término sistemático deriva del vocablo sistema y éste, tiene entre otras, acepciones a las siguientes: Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. 2. Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto.

En filosofía la palabra sistema, nos indica preferentemente un discurso organizado en forma deductiva, o sea que -- constituye un todo cuyas partes pueden resultar una de la -- otra. Además, cabe señalar que, el ideal del sistema como el de un organismo deductivo fundado sobre un principio único ha seguido siendo el patrimonio de la filosofía. 652.

Al respecto, G.F. Hegel, nos expresa que: lo sistemático aparece como correlativo, a la vez que supuesto de toda verdad científica. En donde, la totalidad juega un papel relevante, ya que lo general se da en lo particular o, lo que es lo mismo, el todo se contiene y se expresa como referencia obligada en la parte. Por lo tanto, la verdadera figura en que -- existe la verdad no puede ser sino el sistema científico de --

651 Roberto José Vernengo; La interpretación jurídica; Op. Cit.p.67

652 Cfr. Nicola Abbagnano: Diccionario de filosofía; Op. Cit. pp. -- 1081 a 1083.

ella. 653

En suma, un sistema cognoscitivo debe ser un cuerpo de - información estructurada, organizado en consonancia con principios taxonómicos y explicativos que unen esa información en un todo coordinado con bases racionales. Esto es, el sistema nos indica un conjunto de ideas caracterizadas tanto por su coherencia interna y vinculación, como por su referencia a la totalidad. Nada es aquí aislado. Todo está en conexión con todo. Si esto es así, entonces la parte sola adquiere sentido - en relación con el todo.

En materia jurídica, Hans Kelsen, hace uso del concepto sistemático. Para dicho autor el derecho no es, como a veces se dice, una norma, sino que, es un conjunto de normas que -- tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. 654.

De ahí que Kelsen, considera al orden jurídico como una pirámide de normas jerarquizadas. Una norma dada sólo pertenece a un orden jurídico determinado si es conforme con la norma superior que regula su creación. Consecuentemente, una disposición jurídica pertenece a un sistema si, y sólo si, fue -

653 Cfr. G.F. Hegel: Fenomenología del espíritu; trad. Wenceslao Rocés, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1966 pp. 9 y s.

654 Cfr. Hans Kelsen: Teoría general del derecho y del Estado; trad. Eudardo García Máynez. 2a. ed. E. Textos Universitarios- UNAM. México, - D.F. 1958. 3a. Reimpresión, 1983. pp. 129 a 131.

creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la norma fundamental que confirió las facultades por las cuales todas las otras disposiciones jurídicas del sistema fueron -- creadas. Además, considera que es la norma fundamental de todo sistema jurídico la que garantiza la coherencia interna -- del sistema.

En suma, la interpretación jurídica se vale del elemento sistemático, ya que, el derecho no se contempla únicamente al tener liberal de la ley en forma aislada. Sino que, el derecho forma un todo, y que para conocer y comprender el sentido y alcance de una disposición es necesario valorarla en la totalidad del ordenamiento jurídico. 655

4.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En cuanto al concepto sistema, cabe señalar, que por primera vez fue empleado por Sexto Empirico, en el sentido de -- una totalidad deductiva de discurso a fin de indicar el conjunto de las premisas y de la conclusión o el conjunto de las premisas.

Otto Ristch nos expresa que en griego antiguo, systema (synhisteemi, equivale a mantener juntos) aludía originalmente a algo que se mantiene firme; un todo compuesto e interconectado. 656

Por otra parte, Theodor Zichen, nos dice que su carácter de término técnico le viene con los estoicos que lo aplicaron

655 Cfr. Hans Kelsen-citado por Joseph Raz; El concepto de sistema jurídico; Op. Cit. pp. 125 y 126.

656 Cfr. Nicola de Abbagnano; Op. Cit. p. 1081.

específicamente al mundo físico: la composición del cosmos -- que abarca el cielo y la tierra. 657

Para G. W. Leibniz, la base de la verdad de la proposición puede ser hallada por medio del análisis, que se aplica simultáneamente al concepto y a la proposición. El análisis de los conceptos consiste en las definiciones, el análisis de las verdades, en la demostración. La demostración se reduce al análisis del concepto, es decir, a la definición. El análisis del concepto es la descomposición progresiva de los conceptos más complejos para llegar a otros más simples con la particularidad de que el análisis puede ser finito o infinito. 658.

En el renacimiento se le da al concepto de sistema un valor. Así, los filósofos del siglo XVII, estimaban al referido término como un cuerpo de conocimiento orgánicamente estructurado. A este respecto, Christian Wolff, nos expresa -- que: sistema es una colección de verdades, debidamente ordenadas de acuerdo con los principios que gobiernan sus conexiones. 659.

Kant nos habla tanto de una lógica general como de una lógica trascendental. Así pues, la lógica general hace abstracción de toda contenido del conocimiento, es decir, de toda referencia del conocimiento al objeto y considera solamente la forma lógica en la relación de los conocimientos entre

657 Cfr. Nicholas Rescher; Op. Cit. pp. 15-17

658 Cfr. Metodología del conocimiento científica; Op. Cit. p. 98.

659 Cfr. Nicholas Rescher; Op. Cit. p. 18.

sí, es decir, la forma del pensamiento general. Por una parte, y por la otra, sólo puede llamarse lógica trascendental - el conocimiento de que esas representaciones no tienen un origen empírico y la posibilidad de que una determinación geométrica a priori se refiera, sin embargo, a priori a objetos de la experiencia.

En suma, Esperando pues, que pueda haber quizá conceptos que se refieran a priori a objetos, no como intuiciones puras o sensibles, sino sólo como acciones del pensar puro, que - sean, por tanto, conceptos, pero cuyo origen no sea empírico ni estético, nos hacemos de antemano la idea de una ciencia - del entendimiento puro y del conocimiento racional, por la - cual pensamos enteramente a priori objetos. Semejante ciencia que determinase el origen la extensión y la validez objetiva de esos conocimientos, tendría que llamarse lógica trascendental, porque no trata sino de las leyes del entendimiento y de la razón, pero solamente en cuanto son referidas a objetos a priori y no, como la lógica general, a los conocimientos racionales, empíricos o puros, sin distinción.

Igualmente, cabe recordar que Kant manifestaba que; la - unidad sistemática es la que convirtió el conocimiento en - ciencia, es decir, la que coordina en sistema un simple agregado de estos conocimientos, la arquitectónica es por consiguiente la teoría de lo que hay de científico en nuestro conocimiento en general, y pertenece, por lo tanto, necesariamente

te a la metodología. Por lo tanto, ya entienda por sistema, - la unidad de diversos conocimientos bajo una idea. Esta idea es el concepto racional de la forma de un todo, en tanto que es en él donde están determinadas a priori la esfera de los - elementos diversos y la posición respectiva de las partes. El concepto racional científico contiene, por consiguiente, el - fin y la forma de todo lo que concuerda con ella. El todo es, por consiguiente, un sistema orgánico y no un conjunto desordenado... Para ser realizada, la idea tiene necesidad de un - esquema, es decir, de una diversidad y de un orden de las partes que sean esenciales y determinadas a priori según el principio del fin.

Por su parte, G.F. Hegel en su trabajo denominado Sistema del idealismo trascendental, no hace más que sancionar el punto de vista de Kant; la ciencia de lo absoluto es esencialmente sistemática porque lo verdadero, como concreto, lo es - sólo en cuanto se desarrolla en sí, se recoge y mantiene unidad, es decir, como totalidad, y sólo mediante el diferenciar se y la determinación de sus diferencias resultan posibles la necesidad de estas y la libertad del todo.

Igualmente, cabe destacar que un filosofar sin sistema - no puede ser para nada científico, porque expresa un modo de sentir subjetivo, y la exigencia sistemática se hizo valer en contra de las doctrinas románticas que precisamente se sustraían a tal exigencia.

661 Manuel Kant; Op. Cit. pp. 359 y 360.

662 Nicola de Abbagnan; Op. Cit. p. 1082.

Además, teniendo en consideración a lo anteriormente manifestado es plausible decir que las teorías Kelsenianas encuentra su fundamento en las consideraciones Kantianas y Hegelianas. A este respecto, nóbese la correlación absoluta que se da entre el método de conocimiento normativo (normológico), y su objeto (el Derecho y el Estado); éste es un fruto de - - aquél. Del mismo modo como para Kant el sujeto crea el objeto, así también el conocimiento normativo es lo que determina el Derecho o el Estado. Claro es que para Kelsen, lo mismo que para Kant, no se trata de una creación real, sino sólo de hacer posible el objeto de conocimiento es decir, de su determinación o aplicación. A la aportación del sujeto sobre el caos de datos sensibles es a lo que Kant llama objeto. Así pues, - esta aportación del sujeto consiste en una ordenación merced a puntos de vistas formales, a saber, la categoría, El conocimento y por tanto el objeto, sólo es posible para Kant reduciendo nuestras sensaciones a unidad. El principio de esta -- unidad o síntesis trascendental, es el yo trascendental o la conciencia absoluta. Esta conciencia trascendental no es un fenómeno psíquico, sino una construcción teórica a saber, la posibilidad de referir todos los datos a un principio unificador que los determina: es el principio que crea la identidad de la conciencia a través de todos sus contenidos empíricos. El principio supremo de la unidad sintética de la apreciación trascendental es el yo pienso, entendido, no empíricamente, sino como la unidad ideal de la conciencia, que acomp

ña al conocimiento científico, universal y necesariamente.

Desde este punto de vista, el mundo objetivo es sólo posible como correlato de una conciencia trascendental. De ahí que no es difícil darse cuenta de que la norma fundamental de Kelsen significa para la teoría pura del derecho lo mismo que el yo trascendental kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es para la física. Es el principio ideal que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos, y que por lo tanto crea, posibilita, condiciona o explica el objeto de conocimiento, es decir, el Derecho. El método trascendental consiste en demostrar como las condiciones del conocimiento son al propio tiempo las condiciones de su objeto, porque éste es creado determinado por aquél. 663

4.2.2. CARACTERÍSTICAS

Por lo que concierne al concepto de sistematicidad sólo haremos mención de los rasgos más comunes que intervienen en la delimitación del referido concepto (ya que, en el punto anterior que versó sobre el elemento de la interpretación sistemática se le trató en forma amplia), y son a saber: Totalidad, Integridad, Autosuficiencia, Cohesión, Consonancia, Arquitectónica, Unidad Funcional, Regularidad Funcional, Simplicidad, Funcional, apoyo Recíproco, Eficacia Funcional.

Es por ello, que la sistematización cognoscitiva es una noción epistemológica, no literaria o retórica. Se refiere a

663 Cfr. Luis Recasens Siches: Antología 1922-1974: 1a. ed. Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. México 12, D.F. 1976 p. 67.

la organización de la información, no a su presentación; a su modo de explicación no de exposición. La idea de sistematización está muy emparentada con la de planeación en su sentido genérico de organización. 664

En cuanto, a la sistemática jurídica, cabe expresar lo siguiente: Una multitud de normas constituye un orden, esto es, un sistema relativamente autónomo, cuando su validez deriva de una misma norma, la cual recibe el nombre de norma fundamental. Como quiera que es característico del derecho el que regule su propia producción, la conexión interna entre las distintas normas jurídicas, es una relación de creación o derivación. Cada vez, que la causa de validez de una norma jurídica radica en otra norma que regula la producción de esta; la cual vale porque y en tanto fue establecida de acuerdo con la norma superior. Así la norma individualizada de la sentencia judicial tiene la razón de su validez en la ley estatal que aplica; y ésta, a su vez, en la constitución. 665

A este respecto, Hans Kelsen, nos dice que:

"Un orden es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden. Las normas de un orden jurídico regulan conducta humana. 666

Además, de acuerdo con la naturaleza de la norma funda--

664 Cfr. Nicholas Rescher; Op. Cit. pp. 23 y 24.

665 Cfr. Luis Recasens Siches; Op. Cit. p. 66

666 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. pp. 44 y 45

mental, podemos distinguir dos diferentes tipos de órdenes o sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos. Dentro -- del sistema estático las normas son válidas en virtud de su dignidad intrínseca. Las normas tienen tal cualidad en cuanto son derivables de una norma fundamental específica de la misma manera en que lo particular es derivable de lo general. La fuerza obligatoria de la fundamental es evidente por sí misma o, al menos, se supone que tiene tal carácter.

Así pues, lo único esencial está en que las diversas normas de cualquiera de esos sistemas se encuentran implicadas -- en la norma fundamental del mismo modo que lo particular hallase implicado en lo general, y en que, por ende, todas las normas particulares de ese sistema pueden obtenerse mediante una operación intelectual, es decir, gracias a una inferen-- cia de lo general a lo particular. Este último sería un siste-- ma de naturaleza estática. 667.

Por lo que respecta, al sistema dinámico de normas, Kelsen nos expresa:

"La norma básica de un sistema dinámico es la regla fundamental de acuerdo con la cual han de ser creadas las demás normas del sistema. Una norma forma parte de un sistema dinámico si ha sido creada en la forma establecida en último término por la norma básica". 668 De ahí que sus distintas normas no pueden ser obtenidas mediante una operación intelectual, partiendo de la norma básica. Esta última simplemente establece una determinada autoridad que puede a su vez, conferir la

667 Cfr Hans Kelsen: Teoría general del derecho y del Estado; Op. Cit. pp. 131 y 132.

668 Idem. pp. 132 y 133.

facultad de creación normativa a otras autoridades. Las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto.

La totalidad del Derecho positivo de un Estado en un determinado momento, está compuesto no solamente de las leyes, costumbres, reglamentos, sino también por un numeroso conjunto de otras clases de normas; se trata de normas más concretas, e incluso individualizadas para situaciones singulares, como son: los contratos (cuyo tenor constituye la ley que regula las relaciones de las partes contratantes), los testamentos (cuyas cláusulas regulan determinadas relaciones patrimoniales), las sentencias de los tribunales con referencia a la situación concreta para la que se dan, las disposiciones administrativas de las autoridades locales, las resoluciones de las autoridades administrativas sobre los casos sometidos a su decisión. 669

Por lo tanto, cabe destacar que, un conjunto de normas - constituye un orden, esto es, un sistema relativamente independiente, cuando la razón de ser o validez de todas ellas se deriva de una sola y misma norma, sobre la cual todas se apoyan formalmente, la cual recibe con referencia a todas las demás, la denominación de norma fundamental. Debemos esta teoría para construir el sistema del orden jurídico vigente a --

669 Cfr. Hans Kelsen: Teoría general del derecho y del Estado; Op. Cit. pp. 132 y 133.

Los maestros de la escuela vienesa Kelsen, Merkl y Verdross.⁶⁷⁰

4.2.3. PROCESO INTERPRETATIVO

En cuanto, al proceso interpretativo del método sistemático jurídico, cabe expresar lo siguiente:

"Así como Kant pregunta como es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación?, que no eche mano de autoridades metafísicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica de uno debe comportarse como la constitución lo prescribe. La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales". 671.

Para Kelsen, la fundamentación de la validez de una norma positiva (esta es: impuesta mediante un acto de voluntad), que obliga a determinada conducta, se efectúa con un procedimiento silogístico. En este silogismo, la premisa mayor es -- una norma considerada objetivamente válida (o mejor: el enunciado de semejante norma), según la cual debe uno comportarse obedeciendo las órdenes de una determinada persona, esto es -- comportarse conforme al sentido subjetivo de esos actos imperativos. La premisa menor afirma el hecho de que esa persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera; la conclusión afirma la validez de una norma: uno debe comportarse

670 Cfr. Luis Recasens Siches: Tratado general de filosofía del derecho; Op. Cit. pp. 291 a 293.

671 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. cit. p. 210.

de esa determinada manera. 672.

Al respecto, Recasens Siches, nos señala que: el fundamento gnoseológico del Derecho, consiste en la posibilidad de referir los preceptos jurídicos vigentes, a un único centro - jurídico, a saber, la constitución. Los preceptos jurídicos - singulares se ordenan en círculos concéntricos alrededor de - la constitución. El orden jurídico está constituido no sólo - por las leyes, sino también por los reglamentos administrati- vos de toda clase, por las decisiones concretas y por las sen- tencias judiciales, por las normas contractuales, etc. 673

Además, los varios preceptos jurídicos regulativos de una situación no se dan como inconexos entre sí, antes bien - se engranan los unos con los otros de modo que integran la si- luetta de una institución, la cual debe ser entendida y trata- da en todas sus articulaciones. Por lo consiguiente, es preci- so integrarla en la totalidad del orden jurídico. 674.

El método sistemático jurídico recurre para interpretar e investigar el derecho, a dos elementos y son a saber:

1.- Tipificación de la institución a la cual debe ser re- ferida la norma para su análisis e interpretación. Este proce- so puede realizarse por tres medios y son a saber:

a) Integración a través de la norma constitucional; A es- te respecto, Kelsen nos expresa: "la validez de una norma es- tá siempre en otra norma, nunca en un hecho. Consecuentemente

672 Hans Kelsen: Teoría pura del derecho; Op. Cit. p. 210.

673 Cfr. Luis Recasens Siches; Op. Cit. p. 65

674 Cfr. Luis Recasens Siches; Tratado general de filosofía del de- recho; Op. Cit. pp. 291 a 297.

la validez hay que buscarla en otra norma de mayor jerarquía que la respalde jurídicamente, hasta llegar a la norma fundamental, la que tiene una validez a priori. De ahí que todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un sistema normativo, cuya consistencia intrínseca emana de la norma constitucional. 675.

b) Integración de la institución en función de la división formal del ordenamiento jurídico. Si el derecho es un sistema, el sentido auténtico de un precepto no está en la norma que contiene la prescripción, sino en el puesto que ella ocupe dentro de la totalidad del ordenamiento al cual corresponde un específico entorno. En este entorno lo que se llama institución; la cual es, en este caso, la unidad formal de una pluralidad de normas. Esa unidad formal no se define arbitrariamente, sino que la determina la misma legislación al crear categorías jurídicas que sirvan a su vez para distribuir lógicamente todo el ordenamiento, ya sea en código, ya en unidades internas dentro de cada código (hijos, contratos delictos contra la vida, delitos contra la propiedad, etc.). Estas divisiones del ordenamiento jurídico en general, o de los códigos en particular, tematizan diferentes materias que guardan relación entre sí, relación que constituye precisamente el vínculo que tipifica la institución y que sirve para definir la.

675 Cfr. Hans Kelsen: Teoría General del Derecho y del Estado; Op. Cit. p. 130.

c) Integración de la institución por inducción: Igualmente se puede tipificar la institución jurídica en función de la cual se funda la solución del problema, mediante el proceso de inducción a partir de las distintas normas que la integran, o que están relacionadas con ella.

2.- Determinación del significado de los términos y el alcance de la norma en función de la institución: Tipificada la institución, es necesario determinar el significado de los términos y el alcance de la fuente que se va a interpretar, para lo cual se debe referir a dicha institución.

Además, cabe destacar que uno de los problemas que más suelen dificultar la labor del estudioso en el análisis de las providencias o textos doctrinales en los que se hace uso del método sistemático, es la diferenciación de los fundamentos utilizados para tipificar la institución, y los utilizados para resolver los problemas, sobre todo cuando para tipificar la primera se utilizan normas. Para diferenciarlas se debe tener en cuenta que la tesis es la respuesta dada al problema, y que la fuente es la norma, cláusula contractual, principio general, etc., que sirve de fundamento jurídico a la tesis. Las demás normas pueden servir de base para definir la institución en función de la cual se va a interpretar la fuente.

4.2.4. CRITICA

Es incuestionable el avance que se logra con el método sistemático jurídico en relación con el método exegético jurídico, ya que, el primero no se ciñe a una mera interpretación liberal o lógica del texto de una ley aislada del conjunto normativo que conforma a un determinado sistema jurídico.

Además, cabe destacar la preocupación permanente de los seguidores del método sistemático jurídico por tratar de conseguir la cientificidad del derecho.

Sin embargo, el método jurídico en comento limita su estudio y comprensión por el hecho de que en los partidarios de esta corriente metodológica sólo, les importa describir el derecho como objeto de estudio de acuerdo a sus formas de elaboración y aplicación en un espacio y tiempo histórico concreto, sin preocuparse acerca del por qué es así el derecho y no de otra manera; en si es justo o injusto, etc.

En suma, a los estudiosos de esta perspectiva metodológica no les interesa en ningún momento la participación dentro del análisis de su objeto de estudio de las variables sociológicas, económicas, políticas, ... Las cuales juegan un rol importante en la aprehensión un tanto cuanto más objetiva del discurso normativo jurídico.

Por otra parte, cabe señalar que aunque los simpatizantes del método sistemático jurídico manifiestan con frecuencia que no existen contradicciones en los ordenamientos jurídicos. Empero, la realidad nos demuestra que los ordenamien-

tos jurídicos no dejan de ser incompletos y en ocasiones contradictorios. De ahí la presencia de las lagunas en los ordenamientos jurídicos.

4.3. METODO SOCIOLOGICO JURIDICO

Después de habernos referido a los métodos de interpretación jurídica más comunes: Exegético y sistemático, cabe decir, que dichos métodos reflejan ideas jurídicas dominantes en el mundo occidental. De ahí que han llegado a un alto grado de desarrollo en cuanto a los supuestos y a las técnicas específicas de interpretación.

Sin embargo, se ha puesto poca atención para perfeccionar un método de interpretación que evolucione en toda su magnitud la comprensión de que, el derecho es una realidad social. Consecuentemente, es menester que se tenga en mente que la interpretación del derecho requiere del estudio de la realidad económica y social de donde emerge la normatividad.

Teniendo en cuenta que el derecho regula la conducta social de los humanos en un continuo proceso de integración y movilidad por diversos grupos y estructuras sociales, las personas se ven obligadas a asimilarse a órdenes normativos que en muchas ocasiones entran en conflicto entre sí.

De esta manera, la sociología jurídica contempla, entre otros temas centrales, el estudio de las causas sociales que muestran la creación del derecho y la forma como él mismo, -- una vez que ha sido creado repercute sobre la sociedad que le dio vida.

Por su parte, Elías Díaz, nos dice que: actualmente la sociología del derecho se investiga a través de dos niveles conexos pero diferenciables y son a saber:

- 1.- La interrelación entre el derecho positivo y la sociedad; y
- 2.- Las interrelaciones entre valores jurídicos y sociedad. 677

Por lo que concierne, a las relaciones del derecho positivo y la sociedad, se visualizan entre otros temas:

- 1.- Constitución del derecho realmente vivido en una sociedad, así como la graduación de esa vivencia, diferenciando por tanto, entre el Derecho vigente -formalmente válida- y el Derecho eficaz -realmente vivido-. Consecuentemente, se llegará con toda ello a la comprensión del funcionamiento real de un sistema jurídico (normas e instituciones), a la explicación de por qué existe un Derecho y no otro, a la constatación de lo que se siente como derecho en una sociedad.

- II.- Análisis del substrato sociológico de un sistema jurídico, tanto con respecto de la normatividad positiva como de las instituciones que funcionan en el sistema. Estudio por tanto, de las fuerzas reales de todo tipo y de los factores -infra y superestructurales (factores económicos, sociales, culturales, políticos, éticos, etc.) que determinan el nacimiento, conservación, transformación, destrucción y posible muerte del derecho, tanto en un sentido general histórico co-

ma en referencia a un concreto ordenamiento jurídico positivo. Además, se plantean aquí, entre otros, los problemas de la génesis sociológica del derecho y de los factores que la determinan, así como, en general, el tema de las interrelaciones entre cambio social y cambio jurídico. Toda vez, que el derecho es en su base un producto social, producto de una determinada situación de fuerzas, intereses y valores actuantes en una sociedad.

III.- análisis de la influencia del derecho sobre la realidad social, esto es, además de una consideración histórica general, comprobación de los efectos de todo tipo que un ordenamiento jurídico (normas e instituciones) produce en una determinada sociedad. Igualmente, el derecho puede ser utilizado como factor de inmovilismo, de conservación del orden existente, pero puede servir también como instrumento para la transformación social.

También, se trata lo referente a la función que el jurista cumple en una sociedad determinada.

En cuanto, a los nexos entre valores jurídicos y sociedad, se tratarán las interrelaciones entre los sistemas de legitimidad, valores jurídicos, y la sociedad, factores sociales que están en la base de aquéllos. Toda vez que se alude a valores (o quizá sería más exacto decir, a valoraciones) la relación es más directa con la filosofía del derecho. Empero, no ha lugar a confusiones, ya que, la sociología del derecho toma aquí los valores como hechos; no se valora, se comprueba

únicamente la presencia o ausencia de un valor en una sociedad, o en un sector de ella, así como el grado en que se dan una y otra; se analiza el substrato sociológico de esas variaciones y sus consecuencias de hechos. Así opera la Sociología del Derecho; la Filosofía jurídica, en cambio, toma los valores como tales, no como hechos: valora, enjuicia críticamente los hechos, las normas e incluso las mismas valoraciones.

Desde esta perspectiva sociológica del derecho, cabe citar, entre otros temas:

a) Constatación de los valores jurídicos aceptados en -- una sociedad, especificando, por supuesto, los diferentes sistemas de valores sentidos como tales por los diferentes grupos o sectores sociales. Comprobación empírica, pues de la vivencia real de una serie de valores jurídicos en una sociedad, y de la no vivencia y rechazo de otros.

En líneas generales, esta investigación viene a mostrar cuál es la ideología jurídica o el sistema de legitimidad -- realmente aceptado por una sociedad, y cual la ideología jurídica o el sistema de legitimidad impuesto a través de la normatividad jurídica positiva.

b) Análisis del substrato sociológico de los valores jurídicos, esto es, estudio de los factores sociales de todo tipo (intereses económicos, políticos, culturales,...) que junto con los factores individuales, determinan la creación, -- aceptación y vivencia de unos valores jurídicos y el rechazo de otros. Asimismo, consideración de los diferentes sistemas

de valores aceptados por cada uno de los diferentes grupos sociales. Cuyo objetivo es la investigación del componente real que constituye la base de todo sistema ideológico y de todo sistema de valores relacionados con el derecho.

c) Análisis de la influencia de los valores jurídicos sobre la realidad social, es decir, consideración de los efectos de todo tipo que un sistema de legitimidad, o que diferentes sistemas de legitimidad, pueden producir en una determinada sociedad, o en diferentes tipos de sociedad. 678.

Por lo tanto, a través de la sociología del derecho lograremos una comprensión más amplia y objetiva acerca de lo que es el derecho.

4.3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La secularización y relativización del *nomos* llevada a cabo por los sofistas podría verse como un precedente lejano es la Sociología del Derecho. La diferenciación y no confusión entre *nomos* (leyes y costumbres humanas) y *physis* (ley natural) implicaba, en efecto y entre otras cosas, un acercamiento del derecho a la realidad social, su consideración en función de datos (intereses y fines) reales y empíricos. Prtagóras, Hipias, Gorgias, Calicles, podrían ser considerados, más que Sócrates y Platón, dentro de esta línea presociológica del derecho. 679.

678 Cfr. Elías Díaz; Op. Cit. pp. 213 a 216.

679 Cfr. Hans Welzel: Derecho natural y justicia material - citado por Elías Díaz; Op. Cit. p. 136.

Para Gurvitch, la sociología jurídica de Aristóteles forma parte de su Ética y de su Política; a través de su método de síntesis empírico-realista investigará los fines supremos de las conductas individuales y colectivas y los medios para alcanzarlos. Por lo que para establecer en qué consiste la -- justicia, Aristóteles describe primero las diferentes especies del derecho positivo, en sus relaciones con el nomos (el orden social realmente eficiente), la filia (sociabilidad o solidaridad social) y las agrupaciones particulares (κοινωνιαί). De ahí que, el nomos no es el conjunto de leyes dictadas por el Estado, sino la totalidad de las reglas de conducta social, eficiente en un medio dado, su orden vivo y espontáneo. Consecuentemente, podemos decir que, la realidad viva del derecho sólo puede afirmarse en un medio social, y que éste está constituido por las formas de la sociabilidad y las agrupaciones particulares. 680

Por su parte, Carlos Luis de Secundat, barón de Bréde y Montesquieu, en noviembre de 1748, aparece por primera vez la publicación de su obra. "Del espíritu de las leyes o de la relación que las leyes deben con la constitución de cada gobierno las costumbres, el clima, la religión y el comercio, etc" Del mencionado trabajo se deja entrever que Montesquieu, fue un notable observador experimental y un trabajador inductivo notable, por lo que bien se le ha considerado como uno de los fundadores de la sociología.

680 Cfr. Georges Gurvitch; Op. Cit. pp. 56 a 63.

En el Libro Primero que se denomina de "Las Leyes en general, dicha autor nos expresa: "Las Leyes, en su significación más extensa, no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas". A través de los treinta y un libros que conforman "El espíritu de las leyes". Montesquieu analiza el carácter relativo y mudable de las leyes en relación con la constitución política de cada país, con el carácter de sus ciudadanos, con el clima, con la geografía, - con las costumbres y los modus de cada pueblo, con los caracteres del comercio, con la densidad de la población, con la religión, etc. 681.

Montesquieu, en "El espíritu de las leyes", persigue dos grandes objetivos, señala Curvitch, y son a saber:

a) Investigar, bajo la corteza formal de las reglas jurídicas, su inspiración, su unión con la forma de gobierno y, - por tanto, con la estructura variable del grupo político subyacente;

b) Establecer las leyes naturales ("Las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas") que explicarían la génesis de los diferentes tipos jurídico-políticos por sus dependencias respecto de los otros fenómenos sociales. 682.

Otro, antecedente lo encontramos en Johannes Althusius en su libro Política (1603), distinguió múltiples especies --

681 Cfr. Montesquieu: Del espíritu de las leyes; Op. Cit. pp. 3 y ss.

682 Georges Curvitch; Op. cit. p. 67.

consociationis y especies correspondientes de órdenes jurídicos autónomos, pero no pudo liberarse definitivamente de la influencia de Aristóteles y permaneció fiel a una jerarquía preestablecida de los grupos. 683.

Hugo Gracia (1583-1645), hay tantos órdenes de derecho (sea positivo o natural) como tipos de grupos y distingue en particular el jus latius patens, engendrado por la sociedad internacional, el jus civile engendrado por el Estado y el jus arctius engendrado por los grupos particulares, estando el derecho estatista así rodeado, exterior e interiormente, de órdenes jurídicos autónomos. Además, cabe destacar que el jus arctius se divide en jus rectorium, que rige las relaciones entre los padres y los hijos, entre los amos y los servidores (familia doméstica, grupos económicos), entre los administradores y los administrados (comunidades, villas, ciudades), y en jus equatorium (familia conyugal y asociaciones fraternales y voluntarias). 684

Para Guodofredo Guillermo Leibniz (1647-1716), no solamente el derecho positivo, sino también el derecho natural es esencialmente contingente; ambos revelan verdades de hecho y no verdades eternas. Por tanto, se impone un estudio empírico de las variaciones del derecho, y Leibniz inicia vasta investigación histórica tanto sobre las fuentes del derecho internacional, como sobre la especificidad del derecho consuetudinario germano con relación al derecho romano. Este empirismo

683 Georges Gurutch; Op. Cit. pp. 76 y 77.

684 IBIDEM.

mo latente, unido a la hostilidad contra la reducción del derecho al mandamiento de un superior, ha permitido a Leibniz insistir con un vigor particular, sobre el limitadísimo papel del Estado en la vida jurídica, sobre la independencia total - el derecho positivo respecto de él, sobre el pluralismo de -- los grupos equivalentes, que engendran su derecho autónomo, y por último, sobre el papel preponderante de la costumbre frente a la ley. 685

Los discípulos de Leibniz, Wolf, Ickstadt, Daries y sobre todo, Nettelbladt, a pesar de su racionalismo dogmático - continuaron ocupándose de la tipología jurídica de las agrupaciones, y sus clasificaciones de las especies correspondientes a los ordenamientos jurídicos autónomos han sido más sistematizadas y más precisas que las de Leibniz.

Nettelbladt insistió sobre la distinción en jura socialia societatis - el ordenamiento del derecho autónomo que rige la vida interior de cada grupo y el derecho externo de los -- grupos, derecho intergrupar que es la misma especie que el derecho individual: 686

Los fisiócratas en Francia, cuya inspiración filosófica se encuentra en Malebranche y Leibniz, han opuesto el orden jurídico espontáneo de la sociedad económica, concebida como un todo, al orden estatista. Quesnay, Le Trosne, Dupont de - Nemours, Mercier de la Riviere, por sus reflexiones sobre el

685 Georges Gurvitch; Op. Cit. pp. 77 y 78.

686 Idem. pp 80 y 81.

orden fundamental y esencial de la sociedad, constante económica, que el Estado es incapaz de modificar, por su comprobación de que el derecho que establece el Estado se pliega -- siempre ante el derecho de la sociedad económica, han sido no solamente los fundadores de la economía política, sino también los promotores de la sociología jurídica. 687

En el siglo XIX, las investigaciones sobre la tipología jurídica de los grupos, bajo la forma de oposición entre el orden jurídico de la sociedad y el orden estatista, fueron -- continuadas, por una parte, en las doctrinas socialistas francesas de Saint-Simon y Proudhon, y, por otra, en el círculo de los filósofos alemanes, Fichte y Krause, así como en la escuela histórica de los juristas y en los germanistas.

Para Krause (1781-1832), las asociaciones no están subordinadas al Estado, sino que le están coordinadas. Además, distingue tres tipos fundamentales de grupo y son a saber:

1.- Las sociedades globales tales como la nación y la comunidad internacional;

2.- Los grupos de fondo que tienen una acción universal sobre la vida de sus miembros, tales como la familia, la unión de los amigos, la comuna, la municipalidad y sus diferentes federaciones; y

3.- Los grupos con fines especializados, tales como las asociaciones económicas, las Iglesias, los Estados, las Asociaciones pedagógicas y varias otras. 688

687 Cfr. Georges Gurvitch; Op. Cit. pp. 80 y 81
688 Idem. pp. 82 a 85.

Konstantin Stoyanovitch, nos dice que: Marx al haber - - prescindido de la filosofía del derecho, que juzga a la vez - inútil e ilusoria, y no haber abordado la ciencia del derecho positivo vía explicación del derecho desde un punto de - - vista normativo, sino desde un punto de vista fenoménico o su - ciológico. Dicho de otra manera, el derecho no puede explicarse por sí mismo, es decir, por procedimientos puramente normativos, familiares a los juristas positivistas, ni tampoco por lo que se llama, con Hegel, evolución general del espíritu - - humano, esto es, por una idea a priori tal como lo hacen los pensadores idealistas. En cambio, Marx, tratará de explicar - el derecho a través de las condiciones de la vida material, - y es en la economía política donde hay que buscar la anatomía del derecho y de la sociedad civil, cuya fisonomía expresa. - Toda vez, que detrás del derecho se perfilan siempre relaciones sociales y porque esas relaciones nacen en el proceso de producción, están determinadas por causas objetivas, corresponden a un cierto grado de desarrollo de las fuerzas productivas, y su conjunto constituye la estructura económica y social de la sociedad, en tanto que el derecho, que es su expresión formal, como lo son por lo demás todas las formas sociales y categorías determinadas de la conciencia. 689

De ahí que K. Marx, en su prólogo a la contribución a la crítica de la economía política, afirma con fuerza:

689 Cfr. Konstantin Stoyanovitch: El pensamiento marxista y el derecho; 1a. ed. en español. Ed. Siglo XXI de España Editores, S.A. Madrid - España. 1977. pp. 5 y 6.

"El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia". 690

Por su parte, Elías Díaz, nos dice que cuatro son los -- puntos centrales que pueden destacarse en esa Sociología jurídica de Marx, y son a saber:

1) El relativo a la interconexión estructura-superestructura, la prevalencia de la primera y la consideración del derecho como superestructura derivada de una determinada estructura económica-social, es decir de una determinada organización de los medios de producción. Es esta interconexión estructura-superestructura (relaciones de producción y derecho) hay ya explícitamente formuladas y exigida una Sociología jurídica, esto es, una indagación del derecho en sus raíces sociales y económicas.

2) En su análisis de la sociedad burguesa, Marx ve el - derecho como superestructura surgida para mantener, a través de la coacción, la posición dominante de la burguesía; instrumento de dominación y de opresión, lo mismo que el estado, para la defensa de un sistema de propiedad de carácter clasista. De ahí las frases tajantes de la Ideología Alemana: 691

"Los pensamientos de la clase dominante son en cada época los pensamientos dominantes" y los pensamientos dominantes

690 K. Marx; Op. Cit. pp. 181 y 182.

691 Cfr. Elías Díaz; Op. Cit. pp. 143 a 145.

no son nada más que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes". 692 Dicha fórmula reaparece en el Manifiesto del Partido Comunista: "¿Qué demuestra la historia de las ideas sino que la producción intelectual se transforma -- con la producción material? Las ideas dominantes en cualquier época no han sido nunca mas que las ideas de la clase dominante". 693

3) Un tercer aspecto importante de la teoría marxista - del derecho es el que hace referencia, no ya a las interconexiones entre normatividad jurídica y relaciones de producción ni tampoco a la conceptualización del derecho burgués como instrumento de dominación clasista, sino el que se refiere al Derecho (y del Estado) que surgieran en el proceso de construcción de esa nueva sociedad: una primera transición conocida como dictadura del proletariado y en el cual el Derecho y el Estado aparecen como instrumentos al servicio de los intereses de dicho proletariado.

De esta primera fase de la dictadura del proletariado - continua siendo necesario el mantenimiento de esos aparatos - coercitivos que son el derecho y el Estado. No superada todavía la escasez, no desaparece, por tanto la desigualdad. A este respecto, escribe Marx: han variado la forma y el contenido, porque bajo las nuevas condiciones nadie puede dar sino - su trabajo, y porque por otra parte, nada puede ahora pasar a

692 K. Marx y F. Engels: La Ideología Alemana - Citada por Luis Villoro; Op. Cit. p. 23.

693 C. Marx y F. Engels: Manifiesto del Partido Comunista - citado en Obras Escogidas; Op. Cit. p. 48

ser propiedad del individuo, fuera de los medios individuales de consumo. Pero, en lo que se refiere a la distribución de estas entre los distintos productores, rige el mismo principio que en el intercambio de mercancías equivalentes: se cambia una cantidad de trabajo, bajo una forma, por otra cantidad de igual trabajo, bajo otra forma distinta. En el fondo es por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad. Y añade: Pero estos defectos son inevitables en la primera fase de la sociedad comunista, tal y como brota de la sociedad capitalista después de un largo y doloroso alumbramiento. El derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionada. 694

En cuanto, a la segunda fase Marx, nos expresa que: En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, la oposición entre el trabajo intelectual y el manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, -- crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho -- burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera la fórmula

694 Cfr. K. Marx: Crítica del Programa de Göttingen: citado por Elías Díaz; Op. Cit. pp. 146 y 147.

la de la justicia; ¡De cada cual según sus capacidades; a cada cual según sus necesidades!

Por lo tanto, la problemática sobre la desaparición o disolución del derecho, ha sido replanteada y desenvuelta en -- nuestro siglo por Stucka y Pashukanis, que desde los tiempos inmediatos posteriores a la revolución rusa de 1917, propugnan por la progresiva desaparición y extinción del Derecho y del Estado en la U.R.S.S. Stucka, con su teoría del derecho -- como interés de clase, y Pashukanis, dando sentido al derecho únicamente en situaciones de cambio de mercancías, es decir, en la sociedad mercantil burguesa, constituyen, entre otros, bases importantes para el análisis y explicación sociológica del Derecho socialista.

4) Umberto Cerroni, desde una perspectiva marxista nos -- expresa que: el problema actual radica en la necesidad de -- coordinar las exigencias del Derecho como sistema normativo, sistema de legalidad, con la posibilidad de una investigación sociológica del mismo.

Así pues, con la superación, por un lado, del puro voluntarismo estatalista y, por el otro, del sociologismo disolvente de la legalidad, se estaría en la posición y aportación -- fundamental de Marx en el campo del Derecho: la afirmación de la unidad -- distinción de norma y relación social, de Derecho y economía. En este sentido escribe Cerroni: Una definición -- del derecho sólo es posible si se realiza una mediación de racionalidad e historia, de idea y realidad, de idealidad y em-

pirie, de sociedad y naturaleza; si el derecho viene concebido no solamente como estructura voluntario-normativa, sino -- también como estructura material real (relación económico-social).

Revalorizando los términos derecho-sociedad, norma hecha social y sus interconexiones, desarrolla Cerroni esa fórmula que implica, el reconocimiento de la real duplicidad del derecho, en cuanto normatividad ordenadora de un tipo de sociedad organizada en producción a través del cambio y, después, en cuanto normatividad ordenada por una objetiva estructura social material. En suma, la reconocida mediación real de sociedad y naturaleza parece consentir la mediación científica de idea y realidad, de valor y hecho, de validez y efectividad, evitando tanto la reducción naturalista del derecho como su reabsorbimiento exclusivamente filosófico. 695

Ahora bien, a finales del siglo XIX y durante parte del XX se produce en el ámbito jurídico un fuerte movimiento crítico que pone de manifiesto las deficiencias y exageraciones a que había llegado la primacía del método exegético. Este rechazo trae por consecuencia la creación de una serie de escuelas que tratan de establecer principios y nuevas técnicas en la creación, formulación e interpretación del derecho, de las cuales cabe hacer mención de la historicista de Savigny y la de la libre Investigación científica de Geny.

La Escuela histórica considera que no se da ninguna exis

695 Cfr. Umberto Cerroni: Marx e il diritto moderno; citada por -- Elías Díaz; Op. Cit. pp. 148 a 150.

bencia humana completamente individual y separada. Las partes se integran en el todo. Lo que puede ser considerado como individual ha de considerarse, además, como miembro de un todo superior. De esta suerte, cada individuo, no sólo ha de ser considerado como tal, sino como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado. Cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas. Cada edad no crea arbitrariamente y por sí su propia vida, sino en indisoluble comunidad con el pasado; y ha de reconocer en sí algo dado ya, lo cual es necesario. De ahí que la historia no sea mera colección de ejemplos políticos y morales, sino el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado. 696

Para Savigny, el pueblo, la conciencia jurídica popular, es el origen, la base sobre la que descansa la realidad del derecho positivo; cabe, pues, llamarle derecho del pueblo. Este se halla integrado por individuos. Mas no ha de pensarse que tales individuos hayan creado el derecho arbitrariamente; en ese caso, sería la verosimil que hubiesen creado multitud de derechos diferentes. Consecuentemente, el derecho positivo sale de ese espíritu general que anima a todos los miembros de una nación; la unidad del derecho se revela necesariamente a su conciencia y no es producto de la casualidad.

Igualmente, cabe destacar, que al derecho hay que contemplarlo, no sólo en conexión con un determinado pueblo, sino

en relación con el tiempo. El tiempo modifica, transforma el derecho. La vida de los pueblos, de igual manera que la vida de los individuos, lejos de permanecer estacionada, está sometida a una continua sucesión de desenvolvimientos orgánicos.

Dicho de otra manera, el derecho es fruto del desarrollo histórico de los pueblos. Esto quiere decir, que el derecho no ha surgido por generación espontánea; al contrario, las normas jurídicas y los institutos a ellas vinculados son el resultado de una larga y paciente labor humana. Un criterio sociológico parte del concepto de que el derecho es un fenómeno cultural, un proceso que se desarrolla en el espacio y en el tiempo; es pensamiento y conducta del hombre para la regulación de su vida social, en constante mutación a consecuencia de factores externos e internos, se considera así que el derecho, al igual que las demás manifestaciones de la cultura, es objeto y contenido de la historia. 697

A este respecto, Michel Miaille nos comenta: La Escuela sociológica del derecho fue precedida por la llamada escuela histórica, que se desarrolla principalmente en Alemania en el siglo XIX. Para el efecto de mostrar por que la explicación jurídica debe apoyarse en el estudio de la historia, hay que partir de un fenómeno muy preciso; la revolución francesa de 1789. Ya en 1790, una obra inglesa es publicada; las reflexiones sobre la Revolución de Francia de E. Burke. Dicha obra representa una reacción frente a este fenómeno socio-político -

que sacude los troncos de toda la Europa del siglo XVIII. En la esencial, se dedica a demostrar que las revoluciones inglesas, apoyándose en la herencia social y nacional, son radicalmente diferentes por su naturaleza, de la revolución francesa poseída por el delirio de una construcción abstracta, geométrica y artificial. Esta reacción fue retomada en Alemania -- (en particular por Genty) y se desarrolló en el seno de la Escuela Histórica cuyo más celebre representante fue Savigny en el siglo XIX.

La escuela histórica declara que el derecho no puede ser el resultado de una construcción deliberada de los hombres, de manera totalmente libre. El derecho se forma en realidad de manera espontánea, y más particularmente por el camino de la costumbre. Esta formación natural del derecho proviene del espíritu del pueblo que se desarrolla en el curso de la historia. De ahí que el legislador de un país dado deberá por lo tanto limitarse a traducir en sus leyes lo que le dicta el espíritu del pueblo, es decir, lo que es compatible con la evolución histórica de este pueblo. Es por ello, que los partidarios de la escuela histórica hablan en nombre de la historia de la necesidad de tomar en cuenta las realidades sociales concretas del pueblo que es el objeto de este sistema jurídico. Al hacerlo, la escuela histórica había preparado el terreno para la escuela sociológica. 698.

698 Cfr. Michel Maillie: Une introduction critique au droit; Op. Cit. pp. 325 y 326.

Por último, cabe resaltar que la Escuela de la libre investigación científica del Derecho se desarrolla en Francia y su principal exponente es Francois Gény, quien en su clásica obra "Méthode de interprétation et sources en droit privé positif" (Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo), plantea sus principales criterios acerca de las fuentes del derecho y de la interpretación.

Al respecto, Ramón Badenas, nos dice: Pueden señalarse como notas de esta escuela las siguientes:

- a) Crítica de la escuela de la exégesis
- b) Repulsa del positivismo jurídico;
- c) Negación del concepto como fin (el concepto tiene un valor instrumental);
- d) Distinción entre ciencia y técnica del Derecho;
- e) Doble juego de factores reales (sociológicos) y racionales (ideales) en la elaboración del Derecho. 699

En consecuencia, para Gény, interpretar la ley es buscar el contenido de dicha voluntad con ayuda de la fórmula que la expresa. Pero cuando la ley escrita se muestra incapaz de aprisionar en sus fórmulas el número siempre creciente de relaciones sociales, es necesario recurrir a las otras fuentes formales del derecho positivo. Cuando las fuentes formales del Derecho privado positivo no bastan, el intérprete debe recurrir a la libre investigación científica; libre, porque se encuentra sustraída a la acción propia de toda autoridad posi

tiva; científica, al mismo tiempo, porque no puede encontrar sus bases sólidas más que en los elementos objetivos que puede revelarle la ciencia. Por una parte se ha de descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia; -- por otra, se ha de atender a los fenómenos sociales para -- aprehender las leyes en su armonía y los principios de orden que requieren. 700

De 1914-1924, aparece publicada en París, otra obra fundamental de Gény; "Science et Technique en Droit privé positif (Nouvelle contribution a la critique de la méthode juridique) 4 tomos.

En dicho trabajo Gény, perfecciona su teoría mediante la distinción de los dos grandes elementos del Derecho; lo dado o los datos, o sea el material real con que ha de trabajar el jurista en la construcción de sus conceptos, y que le es suministrado por la libre investigación científica, y lo construido, esto es, el resultado que se obtiene merced a la utilización de los elementos formales de la técnica jurídica. El dato formula la regla de Derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas. Lo construido, hace referencia a un medio de trabajo subjetivo, artificial, que tiende a erigir la regla jurídica bruta en precepto susceptible de insertarse en la vida. La ciencia tiene por objeto constatar los datos de la naturaleza y de los hechos. Cometido de la técnica es la construcción jurídica. 701.

700 Cfr. Francois Gény -citado por Supra Idem. pp. 262 y 263.

701 Cfr. Ramón Badenes; Op. Cit. pp. 263 y 264.

La ciencia opera con los siguientes elementos:

1) Datos reales o estrictamente naturales, constituidos por las circunstancias de hecho (derivadas de la naturaleza física o moral del hombre, condiciones económicas, etc) en que vive la humanidad.

2) Datos históricos, resultantes de la evolución a que han estado sometidos esos mismos datos reales.

3) Datos racionales, integrados por los principios de la razón, postulados del derecho natural, derivados de la naturaleza humana con carácter universal e inmutable.

4) Datos ideales formados por las aspiraciones y tendencias que marcan una dirección a seguir en la ruta del constante progreso del derecho positivo. 702

En cuanto a la técnica, es concebida por Gény como en auxilio de la ciencia, ya que, la técnica viene a suplir la insuficiencia, adaptando preceptos generales y abstractos a fines muy concretos y precisos. Los procedimientos de la técnica son clarificados por Gény en dos grandes categorías y son a saber:

1.- Los que pueden comprenderse bajo la denominación general de formas, y que son los elementos de exteriorización de la regulación jurídica; y

2.- Aquellos procedimientos de carácter más bien intelectual constituidos por la aprehensión en conceptos de las realidades de la vida del derecho.

Desde la perspectiva de Gény, cabe decir, que el método tiene que ver con la actividad del espíritu dirigidas a descubrir, por los medios apropiados; los datos en que se contiene el elemento experimental y el racional del derecho. El método aplicado a la técnica hace referencia a la elección de los procedimientos más adecuados para poner de relieve, en su expresión mas perfecta, la regla virtual del derecho.

Además, en las ciencias sociales, a las que pertenece el derecho, dado su carácter complejo, el problema del método se complica y no existe propiamente uno determinado. De ahí que en el seno de las ciencias sociales se dan todas las variedades metodológicas que se sintetizan en la deducción y la inducción. Mas ha de tenerse en cuenta que el derecho no es exclusivamente, ni siquiera principalmente, una ciencia que constata las leyes naturales o reales de las relaciones humanas y sociales. Ante todo, es una disciplina normativa; tiene al ideal, hacia lo que debe ser. Sólo en tanto sea posible una actividad intelectual basada en los conceptos y el razonamiento, puede hablarse de método. En suma, el procedimiento estrictamente lógico es inaplicable en su forma pura de método geométrico y abstracto; y también, necesita ser completado. A tal respecto la intuición puede desempeñar un cometido importante. El contacto directo con las realidades, más sensibles que inteligibles, que nos ofrece la vida moral o social, es medio apto para remediar la insuficiencia de un método estrictamente intelectualista. 703

4.3.2. CARACTERISTICAS

Para la sociología jurídica, el derecho no significa únicamente un lenguaje normativo y abstracto, sino que, es necesario poner atención en los hechos sociales. Dicho de otra manera, el derecho no puede ser visto como un conocimiento estático y aislado de la problemática social, económica y política de las relaciones humanas en su devenir histórico.

Por otra parte, cabe señalar que la Escuela Histórica como precedente de la corriente sociológica del derecho, declara que el derecho no puede ser el resultado de una construcción deliberada de los hombres, de manera totalmente libre. - El derecho se forma en realidad de manera espontánea, y mas particularmente por el camino de la costumbre. Esta formación del derecho proviene del espíritu del pueblo que se desarrolla en el curso de la historia.

De esta suerte, los partidarios de la escuela sociológica del Derecho, se preocupan por explicar su objeto de estudio (el derecho) a través de la realidad social. Esto es, el estudio del derecho para poder explicar qué es el derecho - no lo hara solamente a través de la voluntad legislativa del hombre, ya que, el derecho es el resultado de las fuerzas sociales. De ahí, que la realidad social será explicada por medio de los hechos sociales.

Igualmente, cabe resaltar que la escuela sociológica del derecho recurre a la observación, experiencia, constatación, análisis y comparación de los hechos, tal como se ofrecen en

la realidad, sin inquirir principios superiores de la razón con el fin de determinar las leyes a que aquellos responden.

Además, para la sociología jurídica, el Derecho se presenta como un todo complejo e íntimamente relacionado con las demás ciencias sociales. Es por ello, que la interpretación del derecho requiere del estudio de la realidad económica y social de donde emerge la normatividad.

Por lo tanto, la sociología del derecho contempla, entre otros temas centrales, el estudio de las causas sociales que muestran la creación del derecho y la forma como el mismo, -- una vez que ha sido creado repercute sobre la sociedad que le da vida.

También, la sociología jurídica se investiga a través de dos niveles y son a saber:

1) La interrelación entre el derecho positivo y la sociedad. En este apartado se comprenden, entre otros, temas los siguientes:

a.- Constatación del derecho realmente vivido en una sociedad, diferenciando, entre el derecho vigente formalmente válido y el derecho eficaz realmente vivido.

b.- Análisis del sustrato sociológico de un sistema jurídico. Estudio de las fuerzas reales de todo tipo y de los factores infra y superestructurales (factores económicos, sociales, culturales, políticos, éticos, etc.).

c.- Análisis de la influencia del derecho sobre la realidad social, ya sea como factor de inmovilidad y de conserva--

ción del statu quo, pero puede servir también como instrumento para la transformación social.

2) Las interrelaciones entre valores jurídicos y sociedad. En este punto se tratan las interrelaciones entre los sistemas de legitimidad, valores jurídicos, y la sociedad, factores sociales que están en la base de aquellos.

Son objeto de estudio dentro de este rubro los subsecuentes temas:

A.- Constatación de los valores jurídicos aceptados en una sociedad vía comprobación empírica. A fin de mostrar cual es la ideología jurídica o el sistema de legitimidad realmente aceptado por una sociedad a través de la normatividad jurídica positiva.

B.- Análisis del sustrato sociológico de los valores jurídicos; estudio de los factores sociales de todo tipo (intereses económicos, políticos, culturales,...) que junto con los factores individuales, determinan la creación aceptación y vivencia de unos valores jurídicos y el rechazo de otros.

C.- Análisis de la influencia de los valores jurídicos sobre la realidad social, es decir, consideración de los efectos de todo tipo que un sistema de legitimidad, o que diferentes sistemas de legitimidad, pueden producir en una determinada sociedad, o en diferentes tipos de sociedad.

4.3.3. PROCESO INTERPRETATIVO

Previamente, al desarrollo de este apartado es oportuno tener presente las siguientes consideraciones:

Los cultores de la sociología jurídica señalan, entre --
 otras, preocupaciones la de sustituir el racionalismo jurídi-
 ca por el empirismo. Además, se niega la existencia de princi-
 pios jurídicos inmutables y absolutos.

Igualmente, cabe decir que no es posible obtener una de-
 cisión judicial al mismo tiempo justa y útil, según los méto-
 dos de la escuela analítica, esta es, mediante procedimientos
 meramente lógicos, y pretendiendo encontrar en una norma abs-
 tracta y general, la resolución del caso de que se trata. Si
 el juez quiere cumplir debidamente su misión, ha de tener en
 cuenta numerosos factores de orden económica, social y moral
 que pueden influir en la resolución del litigio.

Por otra parte, en esta posición metodológica resaltan
 los subsecuentes puntos:

1.- Los fallos de los tribunales no son exclusivamente
 un proceso de descubrimiento sino el resultado de una activi-
 dad creadora encomendada por la ley a aquellos.

2.- El juez debe ser un intérprete de la idea y de los -
 sentimientos de justicia que en un tiempo determinado existan
 en la conciencia social, pero también ha de contribuir a ela-
 borarlos y perfeccionarlos. Su función es meramente pasiva.

3.- La lógica no desempeña ni debe desempeñar en las de-
 cisiones judiciales un papel principal. Ha de estar subordina-
 da a otra clase de consideraciones en las que se tomen en --
 cuenta los intereses en conflicto, el equilibrio social y --
 otros factores de índole ética.

4.- El abogado, el juez y el legislador de hoy día tienen que tener una comprensión amplia de las fuerzas sociales, económicas y políticas que operan en la sociedad contemporánea. De otra manera, serán incapaces de hacer frente en forma creadora a los problemas jurídicos que hay que resolver en -- nuestro tiempo y que no son tanto cuestiones técnicas de procedimiento cuanto problemas de política social y económica:

A este respecto, descubrimos que en las legislaciones -- contemporáneas de nuestro país, se plasman aunque en forma un tanto cuanto, reducidos criterios de índole sociológica y económica, a fin de lograr el equilibrio social. En atención, a lo antes mencionado, el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Puebla, vigente en su título de la Disposiciones Generales, artículo 15, nos expresa:

"Nadie puede sustraerse a la observancia de las leyes, alegando que las ignora; pero el juez podrá, oyendo al Ministerio Público, eximir a las personas físicas de las sanciones en -- que hubieren incurrido, por esa causa, cuando no se trate de leyes de interés público y quien las ignore sea de notorio -- atraso intelectual, de manifiesta pobreza o resida en lugar -- alejado de las vías de comunicación".

Otro, criterio con sentido parecido al anterior, lo ordena el artículo 24, fracción II del susodicho Código;

"Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa -- aplicable, se observarán las siguientes disposiciones:

II.- Si la posición de las partes no es igual, por ser -- una de ellas de notorio atraso intelectual o de manifiesta pobreza, el conflicto se decidirá en favor de esta, si fuere entre derechos iguales o de la misma especie".

704 Cfr. Eduardo Pallares: La interpretación de la Ley Procesal -- y la doctrina de la reconvencción; 1a. ed. Ed. Bobas. México, D.F. 1948. pp. 60 a 63.

705 Nueva Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla; 1a. ed. Ed. Cajica, S.A. Puebla-México. 1985. pp. 14 y 16.

Igualmente, encontramos criterios de carácter psicosociales, culturales y económicos en el Código de Defensa Social, vigente para el Estado Libre y Soberano de Puebla. En su capítulo decimooctavo. Aplicación de Sanciones. Sección Primera. Reglas Generales, entre otras, artículos y son a saber:

"Art. 72.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada delincuente y las exteriores de ejecución del delito".

"Art. 71.- En la aplicación de las sanciones, se tendrá en cuenta:

II.- La edad, educación, ilustración, costumbres y conducta precedentes del delincuente, motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas."

Por lo que, el intérprete debe tener como objeto de sus juicios interpretativos la normatividad vigente. Su función es la desentrañar el sentido de la norma, pero no de acuerdo con su texto literal o con su correspondencia sistemática, -- sino con la realidad social de donde emerge, con el elemento social (grupo) que le dio origen.

Además, el significado de los términos de una norma que constituye la realidad mentada por ella, dentro de este método, está adherido a la realidad social que expresa. Los conceptos familia, trabajador, comerciante, apuntan a elementos de la estructura social.

Por otra parte, el alcance de la norma que se interpreta se encuentra condicionado por la realidad social que le dio origen. En el proceso de interpretación es necesario, por tan

to, configurar la institución social cuya realización se busca a través de la norma interpretada, para definir el alcance de esta en función de las características de aquélla. Esto es, en el método sociológico, la institución corresponde a la realidad concreta.

En cuanto, a la configuración de la institución social, esta se puede hacer de dos maneras:

1) El Juez forma parte de un grupo social, y participa, por esta razón, de los valores de este. Cuando va a determinar el alcance de una norma o el significado de algunos de sus términos, suele proyectar la vivencia que tiene de los fenómenos sociales involucrados, de la fuente interpretada. Quiere establecer, por ejemplo, cuales son las características esenciales de la institución, de la familia, esta será definida en forma diferente según sea la procedencia regional o el nivel social de quien vaya a hacer la interpretación. Lo mismo ocurre con términos como vida honesta, publicaciones pornográficas, etc.

2) También, puede recurrir el intérprete a la configuración que de las instituciones y fenómenos sociales y personales hayan hecho los sociólogos, antropólogos, psicólogos y economistas mediante un procedimiento de inducción a partir del estudio de la realidad concreta. Interpretar el significado de la expresión de ira e intensa dolor en función de la teoría psicológica de la frustración, o determinar el alcance de las normas sobre la patria potestad, según la caracteriza-

ción que de los distintos tipos de familia hayan hecho los sociólogos y antropólogos de un país determinada, son ejemplos de interpretación sociológica.

4.3.4. CRÍTICA

Para Michel Maillat, la corriente sociológica del derecho debe ser considerada como profundamente positivista y realista en el sentido de que toma el sistema jurídico positivo como el objeto de estudio y que lo trata como una cosa, ya -- que, la posición sociológica tiende a liberar el estudio del derecho de las naciones de naturaleza filosófica o humanista que lo emborpeca. Así pues, lo que los juristas naturalistas intentaban explicar recurriendo a una razón universal, los cultores de la sociología del derecho lo explicarían por medio de la sociedad.

Además, cabe destacar, que la corriente sociológica se interesa por estudiar y analizar el derecho en sus implicaciones sociales reales. Sin embargo, cuando los seguidores de la citada corriente únicamente rayan en los hechos sociales, sin relacionarlos con el desarrollo histórico de las relaciones sociales de producción. Dicho de otra manera, cuando se analiza al derecho como meros hechos sociales aislados de la problemática histórica, económica, política, cultural e ideológica, se incurre en un positivismo ya no, de conceptos, sino de hechos sociales. Consecuentemente, no basta con declarar que el derecho sea un hecho social, semejante conclusión no es nada sorprendente; creer que la ciencia esta basada únicamente

en la experiencia de los hechos constituye de por sí, la adopción de una concepción ideológica, pues en realidad, los hechos no dicen nada. 707.

Por su parte, Antonio Hernández Gil, nos comenta que; la escuela sociológica del derecho se justifica como proceso revisor del positivismo jurídico y del conceptualismo, como - anti y contrapeso de uno y otro. Mas los estudiosos de esta - posición sociológica no logran evadirse en un todo la propia posición metodológica contra la que se manifiesta. Porque, en efecto, lo que hace es, a costa de negar el positivismo jurídico, es llegar a otro tipo de positivismo: el positivismo sociológico jurídico, por tanto, lo que censura y suplanta del positivismo jurídico no es lo que este tiene de positivista - sino lo que tiene de normativista o formalista. 708

De ahí que Mialle, se pregunta ¿Cómo explicar entonces el desarrollo del positivismo conceptual y el realismo sociológico en el pensamiento jurídico? Sólo la historia lo podrá explicar; especialmente el conocimiento de las condiciones -- concretas en las que apareció esta corriente. En efecto, toda ocurre más o menos de la manera siguiente: después de un largo período marcado por el naturalismo, el positivismo se convierte en la escuela dominante, para posteriormente ponerse - la máscara del sociologismo. No podemos entender esta historia del pensamiento al margen de la historia, es decir, sin - el recurso de ésta. En este aspecto, es importante fijar lími

707 Cfr. Michel Mialle; Op. Cit. pp. 327 a 339.

708 Cfr. Antonio Hernández Gil; Op. Cit. V.I. p.287.

tes cronológicos a la mencionada evolución. Y entonces, podremos observar, con relativa facilidad, que el naturalismo moderno conoce su apogeo y el inicio de su decadencia con la revolución francesa; que el positivismo constituye la corriente dominante a partir del principio del siglo XIX y que será reemplazada por el sociologismo hacia finales del siglo. La evolución se vuelve entonces comprensible. El ascenso de la burguesía se realiza, en el plano ideológico por el desarrollo del naturalismo que es el arma intelectual que permite criticar el orden social feudal. Sin embargo, una vez realizada su revolución e instaladas sus instituciones, la burguesía cerrará las puertas de la interpretación y, volteando la corriente en la que había expresado sus reivindicaciones, intentará imponer una forma totalmente distinta de pensamiento, cuyas primeras manifestaciones (la escuela de la exégesis) serán abiertamente apologéticas. En lo sucesivo las contradicciones de la paz burguesa se harán demasiado evidentes y muchas veces como para seguir sosteniendo el discurso positivista de los admiradores del Código de Napoleón. La corriente sociológica llegó a tiempo para tomar el relevo ideológico de la dominación burguesa, bajo la égida de las ciencias sociales. El caso León Duguit, es definitivamente uno de los más importantes. Al sostener que el derecho era la expresión de la solidaridad social, resolvía, al mismo tiempo, el problema de la científicidad del estudio del derecho y la cuestión social -- particularmente aguda al final del siglo XIX. Los sucesos de

principios de siglo XX, especialmente la realización de una revolución socialista en 1917, constituyeron razones reales de preocupación para los juristas burgueses. El miedo al socialismo, esto es, el temor a una transformación radical de las relaciones sociales, obligó a los juristas a actualizar sus doctrinas. La incorporación de la sociología a las diferentes ramas del derecho y su aparición en los estudios correspondientes permitió dar nuevas justificaciones a los principios del orden establecido. A pesar de un aparato teórico algunas veces elaborado, ya no sorprenderá que el retorno a los hechos, el análisis de los fenómenos sociales, vengán a confirmar los temas y las instituciones burguesas más establecidas. 709.

A pesar de todas las críticas anteriormente manifestadas consideramos que, la interpretación jurídica que se logra a través del método sociológico del derecho, es un tanto cuanto más amplia que la alcanzada por los métodos exegético y sistemático jurídico, ya que, además de tratar en forma sistemática al derecho normativo vigente, lo visualiza desde un punto de vista sociológico emparentado con las demás ciencias sociales. A fin de obtener una explicación más objetiva y concreta de lo que es el derecho.

En suma, por medio del método sociológico jurídico llegamos al planteamiento de una nueva alternativa metodológica -- que nos permita explicar la realidad en la que se da y se de-

Michel Miaille: Une introduction critique au droit; Op. Cit. pp. 340 y 341.

sarrolla el derecho desde una perspectiva interdisciplinaria. A fin de adquirir una comprensión más cabal de lo que es el derecho vía explicación teórica del materialismo histórico y dialéctico.

Sin embargo, debemos reconocer que el esquema teórico y práctico del mencionado método de interpretación jurídica sobre todo en América Latina, se encuentra en su fase de iniciación y desenvolvimiento. Razón por la cual, hasta el momento no ha logrado el arraigo y aceptación de que gozan los métodos exegético y sistemático jurídico.

CAPITULO IV
CRITICA METODOLOGICA
DE LOS

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Los principios generales del derecho. 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. Conceptuación de los principios generales del derecho. 2.2.1. Conceptuación iusnaturalista de los principios generales del derecho. 2.2.2. Conceptuación positivista de los principios generales del derecho. 2.3. Funciones de los principios generales del derecho. 2.4. Descripción, análisis y crítica de los principios generales del derecho. 2.4.1. La libertad. 2.4.2. La igualdad.

1. PRESENTACION

La presente investigación se fundamenta con el materialismo histórico y dialéctico. Dicho marco teórico nos proporciona los conceptos y las leyes que nos permiten, por una parte, entender críticamente a las diferentes posiciones teóricas del conocimiento jurídico, y por la otra, a los diferentes métodos de interpretación jurídica.

Lo antes expresado nos lleva a comprender que el derecho es un fenómeno social, que no se encuentra aislado de la problemática económica, social, política, cultural e ideológica de las sociedades humanas que se desenvuelven en un espacio y tiempo histórico concreto.

La hipótesis central de este trabajo consiste en la desmistificación de los principios generales del derecho. Ahora bien, para demostrar que los principios generales del derecho se constituyen en los conceptos ideológicos fundamentales de cualquier sistema jurídico y en el caso del derecho Occidental

De esta manera, las clases dominantes de occidente impo-

nen la lógica y el discurso de dominación en perjuicio de las mayorías explotadas.

Para lograr la crítica a los principios generales del derecho, se ha estructurado el presente apartado de la siguiente forma: en primer lugar, hacemos la delimitación conceptual de que son los principios generales del derecho; en segundo lugar, pasamos a la síntesis histórica de los referidos principios. Después, continuamos con la descripción conceptual de los susodichos principios, que hacen por un lado, los cultores del iusnaturalismo, y por el otro, la de los partidarios del positivismo jurídico.

Por último, llegamos a la descripción y al análisis crítico de la libertad y de la igualdad jurídica como principios generales del derecho.

Concluyendo, que la crítica a los referidos principios se ha realizado con el propósito fundamental de lograr y generar una conciencia más socializada, alejada de los apetitos individuales y egoístas que caracterizan a las relaciones sociales desiguales. De ahí, que nuestra preocupación descansa en luchar por hacer menos desiguales a los desiguales y por lo tanto, no divulgar quimeras que sólo sirven a las clases dominantes.

Sin lugar a dudas, dicho cuestionamiento nos conlleva a una concepción jurídica diferente a la tradicional. Dicho de otra manera, cabe subrayar que con el desenmascaramiento de los principios generales del derecho: la libertad y la igualdad jurídica que imperan en las sociedades occidentales no son más que ficciones formales, abstractas y ahistóricas. Por lo tanto, estamos obligados a concebir un derecho más apegado a las necesidades de las sociedades humanas que se desarrollan en un espacio y tiempo histórico concreto.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Cuando nos preguntamos: ¿Qué son los principios generales del derecho?, de inmediato aparecen posibles respuestas. Sin embargo, al profundizar sobre dicha cuestión, nos surgen una multitud de dudas, ya que, en todas las contestaciones encontramos contradicciones y vacíos.

Además, cabe resaltar que la delimitación que hagamos sobre éstos, se encuentran en relación directa con la corriente teórica del derecho que cultivemos. Dicho de otra manera, - para los iusnaturalistas los principios generales del derecho son aquellos que se encuentran intrínsecamente en la naturaleza humana. En cambio, para los cultores del positivismo jurídico los principios generales del derecho son los que conforman los aspectos fundamentales del derecho positivo, vía generalización creciente de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias.

Al respecto, García Máynez, nos expresa: determinar -- qué debe entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. 710

Lo anteriormente manifestado se corrobora con el sentir de Giorgio del Vecchio, quien decía: el legislador no -

710 Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho; Op. Cit. p. 370.

ha intentado realmente señalar cómo y dónde se deben buscar esos principios, sino sólo precisar el orden de aplicación - de los mismos, o sea las condiciones de su entrada en vigor. 711

En atención a lo previamente citado, la legislación mexicana nos proporciona modelos sumamente ilustrativos, basta citar a los siguientes ordenamientos legales:

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, en su párrafo cuarto nos señala:

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho".

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal vigente, en su artículo 19 determina:

"Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

Igualmente, en el artículo 1324 del Código de Comercio vigente encontramos lo siguiente:

"Toda sentencia debe ser fundada en la ley y si ni por el sentido natural ni por el espíritu de ésta se puede deducir la controversia, se atenderá a los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso".

711. Cfr. Giorgio Del Vecchio: Los principios generales del derecho; trad. al español por Juan Osorio Morales. Prólogo de Felipe Clemente de Diego; 3a. ed. Ed. Bosch. Barcelona-España. 1971. p.20.

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 17 nos menciona:

"A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6º, se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad".

Por lo que respecta, al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cabe citar lo siguiente:

En la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación se publicó en el Tomo XCIII, página 858 con fecha del mes de febrero del año de 1935, la siguiente ejecutoria:

"PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. El artículo 14 de la Constitución General de la República dispone que en los casos de omisión o deficiencia de la ley debe acudir, para resolver la controversia judicial, a los principios generales del derecho, debiendo entenderse por tales, no la tradición de los tribunales que, en último análisis, no son más que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas o reglas inventadas por los jurisconsultos, supuesto que no hay entre nosotros autores cuya opinión tenga fuerza legal, ni tampoco la que haya acogido la inventiva de la conciencia privada de un juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales, no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del País, sino también las anteriores". 712

Amparo 224/34, Lopez de Chavez María Angelina, 11 de febrero de 1935, mayoría de 9 votos.

También, en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación encontramos otra referencia acerca de los

Citada por Guerrero Lara Ezequiel y Enrique Guadarrama López: La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1982); 1a. ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. 1984. C.I. p. 615.

principios generales del derecho. En el tomo LV, página 2641 con fecha del mes de marzo del año de 1938, la ejecutoria -- que a la letra dice:

"PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO. El artículo 14 de la Constitución Federal elevó, a la categoría de garantía individual el mandato contenido en los artículos 20 del Código Civil de 1884, y 1324 del Código de Comercio, en el sentido de que cuando no haya ley en que fundarse para decidir una controversia, la resolución de ésta debe fundarse en los -- "principios generales del derecho" y la Constitución limita la aplicación de estos "principios", como garantía individual, a las sentencias definitivas, en tanto que la legislación común, así como la de diversos Estados de la República, y el artículo 19 del Código Civil, actualmente en vigor en el Distrito Federal, autoriza que se recurra a los "principios generales del derecho" como fuente supletoria de la ley para resolver toda clase de controversias judiciales del orden civil. Universalmente se conviene en la absoluta necesidad que hay de resolver las contiendas judiciales sin aplazamiento alguno, aunque el legislador no haya previsto todos los casos posibles de controversia; pues lo contrario, es decir, dejar sin solución esas contiendas judiciales, por falta de ley aplicable, sería desquiciador y monstruoso para el orden social, que no puede existir sin tener como base la -- justicia garantizada por el Estado, y por ello es que la -- Constitución Federal, en su artículo 17, establece como garantía individual la de que los tribunales estén expedidos para administrar justicia, en los plazos y términos que fija la ley, y los Códigos Procesales Civiles, en consecuencia -- con este mandato constitucional, preceptúan que los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito; pero las legislaciones de todos los países, al invocar los "principios generales del derecho", -- como fuente supletoria de la ley, no señalan cuales sean dichos principios, que características deben tener para ser -- considerados como tales, ni que criterio debe seguirse en la fijación de los mismos; por lo que el problema de determinar la que debe entenderse por "principios generales del derecho", siempre ha presentado serios escollos y dificultades, puesto que se trata de una expresión de sentido vago e impreciso, que ha dado motivo para que los autores de derecho civil hayan dedicado conjuntamente su atención al estudio del problema, tratando de definir o apreciar lo que debe constituir la esencia o índole de tales principios. Los tratadistas más destacados del Derecho Civil, en su mayoría, admiten que los "principios generales del derecho" deben ser verda--

El subrayado es nuestra.

des jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho, mediante procedimientos filosóficos jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos Principios", que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquéllos; de lo que se concluye que no pueden constituir "principios generales del derecho", las opiniones de los autores, en ellas mismas consideradas, por no tener el carácter de generalidad que exige la ley y porque muchas veces esos autores tratan de interpretar legislaciones extranjeras, que no cambien las mismas normas que la nuestra.

Amparo Civil directo 6187/34, Meza de Díaz Catalina y coagraviados, 15 de marzo de 1938, unanimidad de 5 votos.713

Teniendo en consideración tanto a lo dispuesto por los artículos como a las ejecutorias anteriormente señaladas, nos percatamos que en ningún momento se dice cuáles son y que características tienen los principios generales del derecho.

De ahí que es válido expresar que los principales generales del derecho han sido tratados desde diversos puntos de vista, por ejemplo: cuál es su origen, su fundamento y su naturaleza; de qué manera deben aplicarse, cuál es su jerarquía como fuente del derecho; pero no se establece cuáles son esos principios. Esta situación implica que quien emprende el estudio de esos principios, no tenga una idea clara sobre ellos y en la actividad judicial, quien está facultado para aplicarlo, por así establecerlo la ley, en ca-

so de que en ella se hallen imprevisiones respecto a un caso concreto, no tenga certidumbre sobre cuáles son y, por tanto, cuál es el principio general aplicable al caso en particular.⁷¹⁴

No obstante, lo anterior, cabe resaltar, que desde nuestra perspectiva teórica estamos de acuerdo con Yavich, cuando éste expresa que: los principios jurídicos reflejan las propiedades esenciales de la base social en el contenido de la realidad legal, y corresponde a los patrones objetivos de una formación socioeconómica dada y a la esencia de clases del derecho inherentes en ella. De esta manera, los principios del derecho guían y sincronizan toda la maquinaria de la regulación legal de las relaciones sociales, y ante todo expresan las tendencias de clase de un tipo histórico del derecho y su lugar en la evolución social. 715

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los primeros en plantear el problema de los principios generales del derecho fueron los griegos. Se percataban que existían entre pueblo y pueblo una variedad infinita de leyes y costumbres. En consecuencia se preguntaron si el derecho y la justicia serían meros productos de la convención, la utilidad de principios rectores, permanentes y uniformes, válidos para cualquier época y lugar. 716

714 Cfr. José Davalos: "Los principios Generales del Derecho en la Interpretación del Derecho del Trabajo"; art. Ruba. Boletín Mexicano de Derecho Comparado; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D.F. No. 38, 1980. p. 397.

715 L. S. Yavich; Op. Cit. pp. 178, 182 y 183.

716 Cfr. F. González Díaz Lombardo: Op. Cit. p. 93.

Por su parte, Federico de Castro y Brava, nos dice: Tenemos como primer antecedente de los principios generales del derecho a Grecia, ciudad en que se concibe al Derecho como -- una manifestación del orden universal, establecida por los -- dioses, o la ley general en el ordenamiento jurídico de cada ciudad; a pesar de lo anterior, se reconoce la existencia de la ley escrita y de la no escrita, derivada de la naturaleza, basadas en la equidad y la tradición, o impuesta por las convenciones morales y religiosas. 717

Para Castan Ubenas, la función integradora del derecho tiene como antecedente histórico mas conformado en la Etica Nicomaquea en su libro V, de la Justicia, según Aristóteles: cuando la ley falte, el juez ha de decidir según la norma que el legislador establecería si estuviera presente. 718

Con el ánimo de ampliar y profundizar aun más sobre la función integradora del derecho. A continuación, citamos textualmente el siguiente párrafo:

"Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría legislado". 719

Ahora bien, el antecedente histórico más remoto de los

717 Cfr. Federico de Castro y Brava: Derecho Civil de España, Ed. -- Casa Martín. España T. I. p. 448.

718 Cfr. Jose Castan Ubenas; Op. Cit. p. 301.

719 Aristoteles: Etica Nicomaquea; Op. Cit. Libro V - de la Justicia Capitulo X. p. 71.

principios generales del derecho lo hallamos en Grecia a través de Aristóteles de Estagira (382 - 322 a.J.C.), ya que, es el pensador al tratar el tópico de la justicia, nos señala en tre otras reflexiones, a las subsecuentes:

- Se preocupa por delimitar la existencia de una justicia de orden natural y otra de índole legal voluntaria;

- Igualmente, nos expresa que la justicia tiene que ver con la igualdad. La cual consiste en el justo medio, que se da entre el exceso y el defecto.

- También, nos remarca que la justicia tiene que ver con la igualdad; y que la injusticia se asocia con la desigualdad.

- Además, plantea la distinción entre los justo natural y lo justo legítimo o convencional. Lo justo natural es aquella que siempre y en todas partes es tal, intrínsecamente, con independencia de una voluntad humana. Lo justo legítimo o convencional, es aquello que en un principio es igual realizarlo de una manera o de otra; pero cuando es recogido por la ley, se constituye como obligatoria. Tanto lo justo natural como lo legítimo integran el orden normativo de la Ciudad.

- Asimismo, en las reflexiones que hace Aristóteles sobre la justicia, este la complementa con la de la equidad. La equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es enderezamiento de lo justo legal. La causa de esto está en que toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición en general. Por

tanto, lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que justo en absoluto, sino mejor - que el error resultante de los términos absolutos empleados - por la ley. y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que esta es deficiente por su carácter general. 720.

- Por último, sólo nos resta destacar, que el concepto de recta razón, es citado por vez primera, por Aristóteles en su obra denominada *Ética Nicomaquea* en libro VI de "*Cas Virtudes Intellectuales*", capítulo I:

"Puesto que hemos llegado a afirmar antes que es menester escoger el medio, y no el exceso ni el defecto, y que el medio es como lo dicta la recta razón, analicemos este último concepto..... Mas semejante enunciado, por verdadero que sea nada tiene de claro". 721

Para Federico de Castro y Brava, la fórmula Principios Generales del Derecho no existió en Roma, aunque no por ello dejaron de existir; así, los juristas apoyaron sus decisiones a casos no previstos en la *ratio iuris*, en la *natura rerum*, - incluso en las *pietas* y en la *humanitas*, principios que podrán estar o no contenidos en una legislación, pero cuya presencia es manifiesta: 722.

Por su parte, Del Vecchio, nos señala que:

"Los juristas romanos reconocían abiertamente los principios generales como fundados del sobre el derecho natural o sobre la "*naturalis ratio*". 723.

720 Cfr. Aristóteles: *Ética Nicomaquea*; Op. Cit. pp. 58 a 72.

721 Idem. p. 74.

722 Cfr. Federico de Castro y Brava; Op. Cit. T. I. p. 449.

723 Giorgio del Vecchio; Op. Cit. p. 56.

Igualmente, cabe señalar, que en el derecho romano se -- consideraba a los principios como fuente supletoria de la ley según lo disponía la Ley 13, párrafo 7, del título 1º, Libro 27 del Digesto, se acepta que en ausencia de ley expresa podría resolverse según naturali iustitia: "Si alguna por enfermedad o otra necesidad... no pudiere venir al tiempo determinado (para excusarse de la tutela), se le ha de dispensar; para lo cual, aunque basta la justicia natural, la constitución de los emperadores Severo y Antonino lo expresa también. 724

En el siglo XIII, Raimundo Cullio, habla de "principios de Derecho" en su Introducción del Arte Magna y General para todas las ciencias. En donde distingue los dos significados de la expresión de los principios generales del derecho, como fundamento y como elementos; en el primer sentido señala a los de amar a Dios, vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo; en el segundo, indica los distintos principios clasificatorios utilizables. 725

En la Edad Media imperó el Derecho Natural, a este respecto, Tomás de Aquino, en su tratado de la ley, capítulo VI, de la ley humana artículo 2: Si toda ley humana se deriva de la ley natural.

"De ahí se sigue que toda ley humana en tanto es ley en cuanto se deriva de la ley natural. Mas si en algún caso una Ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de ley.

Pero hemos de advertir que una ley se puede derivar de la ley natural de dos maneras: primero, como conclusión a partir de los principios generales; segunda, como determinación particular de algunos principios comunes". 726

724 Lorenzo A. Gardella: "Principios generales del Derecho"; Art. citado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA. Buenos Aires-Argentina, 1969, t. XXIII. p. 129.

725 Cfr. Raimundo Cullio citado por Ramon Badenes; Op. Cit. p. 307.

726 Tomás de Aquino: Tratado de la Ley; Op. Cit. pp. 34 y 35.

Tomás de Aquino, hace otra referencia a los principios - generales del derecho, en sus Comentarios a las Sentencias, - que el derecho humano queda a la voluntad de los hombres a -- quienes corresponde aplicarlo diversamente según los tiempos, las leyes, y las circunstancias; los medios y cambios de fortuna, los principios universales del derecho natural. Distin- gue el poder en sí y el poder bajo tales o cuales condiciones esto es, la forma misma del poder y la relación abstracta en- tre el que gobierna y el gobernado. 727

En atención, a lo antes expresado Jorge Rodríguez, nos - señala el siguiente comentario: Tanto Aristóteles como Tomás de Aquino, fueron los primeros en tratar los principios gene- rales del derecho. Ambos pensadores hablan del derecho natu- ral, y los proponen de manera explícita para integrar. Además, para Tomás de Aquino, el derecho natural tiene un origen divi- no. En cambio, Aristóteles le atribuye su origen en la razón.

Sin embargo, ni uno ni otro son un antecedente del emp- plea de los principios generales como método específico de in- tegración. 728

Otro antecedente de los principios generales del derecho, lo encontramos en la Constitución de 1251, publicada por el - Rey Don Jaime I, en la Ley 1ª, título 8º, Libro 1º, Volumen 3º

727 Cfr. Francisco González Díaz Lombardo; Op. Cit. p. 182.

728 Cfr. Jorge Rodríguez Silca: "Los Principios Federales del Derecho Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F. 1960. p. 77.

El subrayado es nuestro.

de las Constituciones de Cataluña, prohibiendo alegar las leyes romanas, canónicas y góticas en las causas seculares y ordenando "que en toda causa secular se hagan las alegaciones conforme a los Usajes de Barcelona y a las costumbres aprobadas en aquel lugar donde la causa radique y que en falta de ellas se proceda según la razón natural". 729

Los intérpretes, incluso en Castilla, no olvidaron esta tradición. Antonio Gomez, en el comentario de la Ley 1^o del Toro, remitía a la razón natural, en defecto de ley y costumbre. 730.

Para Hugo Gracian (1583 - 1645) el derecho natural es el dictado de la recta razón que indica que un acto, según sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza. Además, el gobernante estaba obligado a observar los principios del derecho natural y de gentes. Si abusaba de su poder, los súbditos no tenían, por regla general, derecho a rebelarse contra él. Los principios del derecho natural quedan confinados, en última instancia, al cuidado benévolo de un gobernante soberano que ordinariamente no está sometido a ningún control por parte de sus súbditos. 731

En relación, a todo lo antes mencionado, Ermini Giuseppe expresa el siguiente comentario: A pesar de la concepción juris naturalista medieval, los principios que tal ideario podía -- inspirar no llegaron a producir mayores resultados al fin y

729 F. Clemente de Diego; Op. Cit. pp. 12 y 13.

730 Cfr. Jose Castan Cohenas; Op. Cit. p. 302.

731 Cfr. F. Gonzalez Diaz Combarro; Op. Cit. p. 193.

naturalista medieval, los principios que tal ideario podía -- inspirar no llegaron a producir mayores resultados al fin y -- al cabo, la Edad Media como continuación del antiguo imperio romano hizo que sus jurisconsultos recurrieran a la compilación de justineano como a la primera fuente del derecho común civil. En las circunstancias referidas, la ausencia de leyes precisas aplicables a ciertos casos y la necesidad de resolver los mismos, hizo que con el tiempo la interpretación del derecho sumara enormes cantidades de volúmenes en los que se encontraban los textos mas contradictorios o ininteligibles, lo que implicó vanas especulaciones de los juristas y las tesis más absurdas de los litigantes sostenidas en defensas de sus clientes y con ella la crisis del derecho común que se de ja sentir en los juristas de Italia, Francia, Alemania, Holanda, Belgica y España. 732.

Previamente, al señalamiento de las codificaciones madernas, cabe expresar que en Cataluña se publicó el capítulo 40 de las Cortes de 1599, Constitución título 30, Libro 10, Volumen 10 de las constituciones en la que se instauran el Derecho Canónico y el Romano como derechos supletorios y en su defecto las doctrinas de los doctores, agregando que no pueda decidirse y declararse las causas por equidad sino es la regulada y conforme a las reglas del derecho común y las que refieren los doctores sobre materia de equidad. 733

732 Cfr. Giuseppe Ermini; Op. Cit. pp. 95 y 96.

733 Cfr. Felipe Clemente de Diego; "Prólogo" a los principios generales del Derecho de G. del Vecchio; Op. Cit. p. 14.

Ahora bien, es incuestionable que la fórmula técnica -- "principios generales del derecho" pertenece a la codificación moderna. El primer código que se ocupó expresamente de nuestro objeto de estudio, bajo la designación de los principios generales y naturales del derecho, fue el que se implementara en 1797, bajo Leopoldo II de Austria, en la Galitzia Occidental (I, art. 19). Su inspirador, Carlos Antonio Martini, profesor de derecho natural de la Universidad de Viena y discípulo de Christian Wolff. 734.

La labor codificadora austriaca, culmina con Francisco Zeiller, cuando el 10 de enero de 1812 entra en vigor el código civil. Dicho código en su artículo 70, ceñía la fórmula galitiziana, eliminando el concepto "generales y quedándose únicamente con "naturales": "No pudiendo ser resuelto un caso, ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley, deberá estarse a los casos semejantes resueltos en las leyes y tomarse en consideración los fundamentos de otras leyes análogas. Si no obstante el caso jurídico permanece dudoso; deberá decidirse de acuerdo con las circunstancias reunidas y médicamente apreciadas. 735.

De esta manera, se inaugura una nueva interpretación del artículo 70 del Código de 1812, que atenuaría sensiblemente -- el sesgo jusnaturalista de dicha norma: a esa tendencia se -- adscribieron; Wagner y Stubenrauch, quienes hablarán de "los

734 Cfr. Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. p. 129.

735 Ibidem.

principios del derecho austriaco". 736

De 1804 a 1810 Napoleón dicta en Francia cinco grandes - cuerpos legislativos que la historia ha denominado "los Cinco Códigos": el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio, el Código Penal y el Código de Instrucción Criminal. De ellos, el que alcanzó mayor prestigio fue el primero, pues de una manera u otra inspiró prácticamente toda la legislación civil escrita continental. Su influencia fue inmensa y su acogida amplia. 737

Así pues, al codificarse el derecho francés, se planteó desde el punto de vista práctico y teórico la cuestión de la insuficiencia de la ley y de la conveniencia de dar al juez la posibilidad de recurrir a una regla subsidiaria para decidir los casos no previstos por la ley.

En el proyecto inicial del Código Civil napoleónico en su artículo 11, título preliminar, expresaba: "En las materias civiles, el juez, a falta de ley precisa, es un ministro de la equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural, o a los usos aceptados en el silencio de la ley positiva; en conexión con esta norma se había previsto otra, que se dejó al lado por juzgarla superflua, que rezaría así: "existe un Derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; es la razón natural en tanto que gobierna a todos los pueblos de la tierra.

736 Eduardo Navas Monreal: El Derecho como obstáculo al cambio social; Op. Cit. pp. 17 y 18.

737 Ramon Badenes Gasset, Op. Cit. pp. 304 y 305.

Sin embargo, la fórmula proyectada se eliminó, sin sustituirse por otra; de suerte que el Code Napoléon queda con un sensible vacío acerca del derecho supletorio. Empero, la influencia de inspiración francesa no se hizo esperar en el Código Civil de Louisiana en 1808, según lo dispone su artículo 21, el cual señala: "En materias civiles, en defecto de ley precisa, el juez puede proceder conforme a la equidad; para decidir conforme a la equidad hay que recurrir a la ley natural y a la razón o a los usos recibidos". 738

De ahí, que la superación del precepto de principios generales en el Código de Napoleón, es la causa de que sea el Código austriaco el que primero hable de los principios generales, remitiéndolo al de los principios jurídicos naturales.⁷³⁹

El eslabón próximo, en esta cadena de antecedentes que arranca del Código galiziano y pasa por el austriaco, está constituido por el Código civil de los Estados Sardinios, o Código Albertino de 1837. En dicho proyecto se mencionaba a los principios generales del derecho naturales, posteriormente se reemplazó por el de razón natural. Por su parte, el senado del Piamonte se inclinaba por el derecho común o la de Principios de razón. En cambio, para el senado de Saboya propiciaba por los "principios de equidad".

738 Cfr. Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. p. 130.

739 Cfr. Ramón Badena Casset; Op. Cit. p. 305.

Sin mayores explicaciones, el concepto de naturale se -
barra del proyecto, y así se sanciona como texto definitivo:

"Si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto -
ni por el espíritu de la ley; se tendrán en consideración los
casos semejantes que las leyes hayan previsto especialmente -
y los fundamentos de otras leyes análogas; si a pesar de ello
la cuestión es todavía dudosa, deberá decidirse según los --
principios generales del derecho, tomando en consideración to
das las circunstancias del caso".

A este respecto, Portalis, ilustre comentarista del Código
Sardo, explicará que los principios generales del artículo 15
son esos principios de justicia universal de donde derivan to
das las leyes. 740

Por su parte, Azúa Reyes, nos señala que: la expresión
"Principios Generales del Derecho" que aparece en el artículo
15 del Código Albertino o Sardo, es la primera que se encuen-
tra consagrada en su texto legal, pues como hemos visto, las
mismas expresiones de la Edad Media no llegaron a alcanzar la
fuerza de leyes positivas.

La fórmula del artículo 15 del código Sardo es retomada
por el artículo 30 de las disposiciones preliminares del Códig
go Civil Italiano de 1865, y que a la letra dice:

"En la aplicación de las leyes no se les puede atribuir
otro sentido que el emergente del propio significado de las
palabras según la conexión de ellas y de la intención del le-
gislaador. Cuando una controversia no puede decidirse con una
precisa disposición legal, se tendrán en consideración las --
disposiciones que regulan casos similares o materias análogas,
cuando el caso quede todavía dudoso, se decidirá según los --
principios generales de derecho" (i principii generali di diri
tto). 741

740 Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. p. 132.

741 Cfr. Sergio T. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 9 (Además, el referido -
autor nos dice que el proyecto del código civil de los Estados Sardos, se
debía a los deseos de Carlos Alberto, y debía entrar en vigor en día 1.^o
de enero de 1848 en todas las estados sujetos a la soberanía de Saboya.

Durante, el fascismo con Benito Mussolini, a la cabeza del Estado Italiano, se publica el nuevo Código Civil en vigor desde el año de 1942, en su artículo 12 prescribe:

"Si una controversia no puede ser decidida por una disposición precisa, se toman en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso sigue siendo todavía dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado." 742.

Teniendo en cuenta, a lo anteriormente señalado nos percatamos que en artículo 12 del actual Código Civil Italiano ya no se hace referencia sólo a "los principios generales del derecho" sino a "los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado" posiblemente esto se debió a que el Código en vigor fue dictado bajo el fascismo y por lo tanto se deja entrever una tendencia positivista o estatista con la finalidad de evitar que se acudiera a lo que propiamente estaba fuera del derecho positivo italiano.

Igualmente, cabe destacar que en los trabajos preparatorios del susodicho código no faltó quien propusiera la enumeración casuística de tales principios (y a saber son los siguientes: la capacidad de obrar es la regla y la incapacidad es la excepción; la libertad en la forma de los contratos es la regla y la forma impuesta la excepción, pacta sunt servanda, el acreedor no debe agravar con su propio hecho la situación del deudor, se responde por los propios actos y no por los

ajenos, en las relaciones sociales debe ampararse la buena fe y reprimirse la mala, ne bis in idem, quien daña debe resarcir, se presume la buena fe, la ley es igual para todos, no es lícita la justicia por mano propia, debe respetarse la personalidad ajena, se debe más favor a quien trata de evitarse un daño que al que persigue un lucro, no hay deber jurídico ni sanción sin norma que así lo establezca, cada cual tiene derecho al fruto de su trabajo, etc.).

En España el derecho aragonés y catalán medieval, nos mostrarán cómo los principios jusnaturalistas fueron admitidos entonces en calidad de derecho supletorio, según la razón natural. Sin embargo, se producirá más tarde un oscurecimiento del concepto jusnaturalista, reduciéndolo al derecho romano, o al canónico, o al fuero juzgo, o al derecho común de Castilla; y en definitiva la constitución dada en las Cortes de Cataluña en 1599 derogará el viejo sistema, señalando como derecho supletorio al canónico y al romano, y en su defecto a la doctrina de los autores no admitiéndose otra equidad que la regulada y conforme a las reglas del derecho común y las que refieren los doctores sobre materia de equidad.

Por otra parte, al revisar el Proyecto de Código Civil de Florentino García Goyena, del año de 1851, consignaba en su artículo 12 la obligación de fallar de los jueces, pero no aludía al derecho supletorio, por considerarse obvio que "la equidad... que no es otra cosa que la razón o justicia natu-

ral... debe ser el verdadero suplemento de las leyes expre--
sas. 743.

Empero, es hasta el año de 1889, cuando aparece consagra
da en España, la fórmula de los "principios generales del de--
recho" a través de su artículo 6º, 2ª. parte dispondrá que:

"...cuando no haya ley exactamente aplicable al punto --
controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su --
defecto, los principios generales del derecho". 744

De lo anteriormente expresado, se desprende que se adap--
taba la fórmula del Código sardo de 1837, luego del Código Ci--
vil italiano de 1865.

En el año de 1858 Antonio Luis de Seabra formula el pro--
yecto del Código Civil Portugués cuyo artículo 13, nos seña--
la que:

"Si las cuestiones sobre derecho y obligaciones no pue--
den ser resueltas ni por el texto de la ley ni por su espíri--
tu, ni por casos análogos previstos en otras leyes, se regula--
rán por los principios generales de la equidad, según las cir--
cunstancias del caso, y sin que pueda recurrirse a ninguna le--
gislación extranjera, a no ser como testimonio de la misma --
equidad.

El proyecto de Código Civil portugués de 1858 es reempla--
zado por el Código Civil de 1867, dicho código ya no hablará
de principios generales de equidad sino de los principios del
derecho natural. Así pues, el artículo 16 del nuevo Código Ci--
vil portugués, a la letra expresa:

743 Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. p. 136.

744 Cfr. Gabriel Garcia Rojas; Op. Cit. s.p.

El subrayado es nuestro.

"Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudiesen ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos previstos en otras leyes se decidirán conforme sus circunstancias especiales por los principios del derecho natural". 745

Igualmente, el Código Civil de la Rusia Soviética de 1922 dispone en su artículo 5º y que a la letra dice:

"La interpretación extensiva del Código Civil podrá admitirse en los casos en los que exigiese la salvaguardia de los intereses del Estado Obrero y Campesino y de las masas trabajadoras".

Por su parte, el párrafo 4º de la ley de procedimiento Civil alude a "los principios generales de la legislación soviética y de la política general del gobierno de obreros y campesinos".

A este respecto, Lorenzo A. Gardella, nos comenta: En definitiva un criterio abiertamente positivista político constituye el derecho supletorio para los jueces soviéticos en estrecha concordancia con la concepción jurídica marxista. 746

El Código Civil egipcio de 1948, en su artículo 1º, párrafo 2º, preceptúa:

"A falta de una disposición legislativa aplicable, el juez estatuirá según la costumbre, y en su defecto, según los principios del derecho musulmán. En defecto de esos principios, el juez tendrá recurso al derecho natural y a las reglas de la equidad". 747

Además, cabe señalar que el artículo 1º del Código Civil Chino del año de 1929 expresa:

"En materia civil, en defecto de disposición legal apli-

745 Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. pp. 140 y 141.

746 Idem.

747 Cfr. Ibidem.

cable, se sigue la costumbre, y, en defecto de la costumbre, los principios generales del derecho".

Al respecto, A. Gardella, nos manifiesta: la jurisprudencia de los tribunales de Pekin entendió que se trataba aquí - de aquellos principios técnico-jurídicos, que informan a las principales legislaciones extranjeras.

De Castro y Bravo, nos informa que los principios generales del derecho también, han sido acogidos en Polonia.

El concepto de los principios generales del derecho también ha sido aceptado por la mayoría de los Códigos Civiles latinoamericanos de los siglos XIX y XX, hacen mención como derecho supletorio a los principios generales del derecho a fórmula análoga:

Recorriendo las diferentes legislaciones del urbe, nos damos cuenta que el orden jurídico eclesiástico, igualmente, contempla a los principios generales del derecho.

Así pues, el código de Derecho canónico del año de 1918 alude en su canon 20, la siguiente:

"Cuando sobre una materia determinada no exista prescripción expresa de la ley, ni general ni particular, la norma debe tomarse, a no ser que se trate de aplicar alguna pena de las leyes dadas para casos semejantes; de los principios generales de Derecho aplicado con equidad canónica; del estilo y práctica de la Curia Romana; del parecer común y constante de los doctores. 748

Asimismo, cabe citar también aquí, por su vinculación íntima con la Iglesia a la Ciudad del Vaticano con su ley sobre

fuentes del derecho del día 7 de junio del año de 1929, artículo 22:

"Cuando una controversia civil no pueda decidirse con -- una norma precisa incluida en las fuentes que se contienen en los artículos precedentes... el juez, teniendo en cuenta los preceptos del derecho divino y de derecho natural, además de los principios generales del derecho canónico, decide aplican do el criterio que seguiría si fuese legislador". 749

En la ciudad de San Francisco (Estados Unidos) se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre organiza-- ción internacional, del 25 de abril al 26 de junio de 1945. El resultado fue la firma de la Carta de las Naciones Unidas, documento de alcance universal. En la misma conferencia se -- aprobó el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que sustituiría a la Corte Permanente de Justicia Internacional, y fue adoptada como anexo de la Carta. La cual entró en vigor el 24 de octubre de 1945. 750

Ahora bien, al dar lectura a dichos documentos encon -- tramos la fórmula de los "principios generales del derecho" -- como fuente del derecho internacional.

Así pues, la Carta de las Naciones Unidas en su capítulo XIV, nos habla de la Corte Internacional de Justicia en el artículo 92, preceptúa:

"La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta".

749 Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. n. 144.

750 Cfr. Modesto Seara Vázquez: Derecho Internacional público; 1a. - ed. Ed. Porrúa. S. A. México D.F. 1984. pp. 146 y 147.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su capítulo II, trata de la "Competencia de la Corte" y, a través de su artículo 38, nos señala lo siguiente:

"1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

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

b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

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

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

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

Para Seara Vázquez, los principios generales del derecho reconocidos dentro del contexto internacional, no pueden ser considerados como principios de derecho natural porque se establece claramente que "sean reconocidos por las naciones civilizadas". Además, para el referido jurista los principios generales del derecho son aquellos principios que son aceptados en el derecho interno de cada Estado, y que son susceptibles de aplicación internacional. 751.

Por lo que respecta, a la fórmula "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas", ca

751 Cfr. Modesto Seara Vázquez; Op. Cit. pp. 72 y 73.

El subrayado es nuestro.

he decir, que desde nuestra perspectiva teórica y metodológica dicha fórmula deja entrever, las siguientes apreciaciones:

- Una marcada huella discriminatoria, ya que, sólo hace referencia de las naciones civilizadas; dejando entrever que existen naciones no civilizadas.

- Consecuentemente, cabe preguntarse ¿que debemos entender por nación civilizada?

- Acaso la única verdadera y propia forma de civilización es la occidental (Europea, E.E.U.U.)

- De esta manera, nación civilizada es aquella que ha logrado un alto desarrollo científico y tecnológico. De ahí que éstas, se caractericen por haber llegado a un alto grado de desarrollo industrial y económico.

- Por lo tanto, podríamos convenir que por naciones civilizadas debemos estimar a los Estados más poderosos y ricos del Orbe y, que se caracterizan entre otras razones, por ser aquellos Estados que tienen un aparato militar altamente sofisticado. Razón por la cual, imponen su ideología de dominación con el objetivo de establecer el control sobre los países dependientes y que son los menos desarrollados por su carencia de recursos tanto económicos como tecnológicos. No obstante, son los más explotados y saqueados en sus materias primas, por los países altamente desarrollados (o dicho de otra manera, por las naciones civilizadas).

Igualmente, considero que desde nuestro punto de vista, la apreciación estimada por Seara Vázquez, no es del todo correcta, ya que, en los diferentes ordenamientos que conforman al derecho internacional, se dejan entrever, marcados rasgos de corte iusnaturalista. Dicho de otra manera, si bien es cierto, que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38, 1 c), nos señala que la Corte deberá aplicar "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Lo anterior, no significa que se des-
 carte expresamente la posición iusnaturalista. Una vez que dentro del articulado que conforman tanto a la Carta de las Naciones Unidas como a los preceptos que integran a la Declaración Universal de Derechos humanos del 10 de diciembre de 1948, se dejan plasmadas las inquietudes de los cultores del derecho natural.

A fin de probar lo anteriormente expresado, cabe señalar a los siguientes ordenamientos:

En el párrafo tercero de la introducción de la Carta de las Naciones Unidas, se manifiesta:

"a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas",

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en su preámbulo, consideran-
 do número cinco, a la letra dice:

"Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales -- del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel dentro de un concepto más amplio de la libertad".

Aunando sobre esta cuestión son más que ilustrativos -- los siguientes artículos; 1, 2, 7, y demás relativos de la Declaración Universal de derechos humanos, los cuales expresan lo siguiente:

Art. 1.: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Art. 2.: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción depende una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometido a cualquier otra limitación de soberanía".

Art. 7.: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

Habida cuenta, sólo nos resta manifestar que es válido decir que los principios generales del derecho a que se refieren los preceptos que constituyen la Declaración Universal de derechos humanos son de naturaleza iusnaturalista.

Por otra parte, cabe destacar que damos con otra referencia acerca de los principios generales del derecho. En el Pac

ta Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y - que entró en vigor desde el 23 de marzo de 1976, a través de su artículo 15 párrafo 2º, que a la letra dice:

"Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

El Tratado Institutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, en su artículo 215,2 con una variante no sustancial, preceptúa la fórmula de los principios generales del derecho.

Igualmente, encontramos dicha fórmula en el Tratado de Euratom de 1957, en su artículo 188, 2, nos señala:

"En materia de responsabilidad extracontractual la comunidad debe resarcir, conforme a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, los daños ocasionados por sus instituciones y por sus agentes en el ejercicio de sus funciones".

Por último, sólo nos resta hacer mención breve del proceso histórico que se dió en México en torno a la fórmula de los principios generales del derecho.

A este respecto, Azúa Reyes, nos señala como primer antecedente de los principios generales del derecho, la aclaración tercera al acta de Casamata de fecha 10 de febrero del año de 1823 que dice:

"Los ciudadanos gozarán de sus respectivos derechos, conforme a nuestra peculiar Constitución, fundada en los principios de igualdad, propiedad y libertad, conforme a nuestras leyes, que los explicarán en su extensión; respetándose sobre toda sus personas y propiedades que son las que corren más peligro en tiempo de convulsiones políticas". 752

Desde luego no es aquí en donde encontramos la fórmula, - pero si la referencia a principios que evidentemente son principios de derecho.

Por su parte, Andrés Loxano, nos comenta lo siguiente: Justo Sierra O' Reilly, participó en la elaboración de un Proyecto de Código Civil mexicano en el año de 1859. En donde, - el artículo 10 decía:

"Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, - ni por la palabra, ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias. El Juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurre en responsabilidad".

Habiendo cuenta, es inconcusa que el autor del referido proyecto tomó la fórmula en cuestión del Código Sardo de 1837.

La siguiente etapa la constituye el artículo 20 del Código Civil de 1870, a través del cual la referida fórmula alcanza por fin en nuestro medio consagración legal, ya sea que ha ya sido tomada directamente de la disposición del Proyecto del jurista Justo Sierra como es de presumirse a todas luces por el estudio comparativo de ambos artículos y por la expresa declaración de la Comisión del Código Civil mexicana de 1870, que textualmente preceptúa:

"...y los proyectos formados en México y en España, han sido los elementos con que la comisión ha contado".... y bien de la ley sarda, pues igualmente expresa la Comisión:

"los artículos de Cerdeña han sido los elementos con que la Comisión ha contado"; o por último que con una y otro código haya ratificado su información y decisión el legislador del Código Civil Mexicano de 1870, ya que el jurista Justo Sierra

reproduce o transcribe textualmente la sección relativa del artículo 15 del Código Sardo que preceptúa:

"Cuando el caso permanezca aún dudoso, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso"; y a la vez el artículo 20 del Código Civil de 1870, en la parte relativa, es la reproducción literal de la frase arriba citada. Finalmente, es preciso agregar que el Código Civil de 1884, también en su artículo 20, no modificó los términos de la disposición anterior, cuyo tenor es el siguiente:

"Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso". 753

Al respecto, Julian López García, nos expresa lo siguiente: la exposición de motivos del Código Civil de 1870, en relación a su artículo 20, destaca que éste fue objeto de largas discusiones, por considerarlo de una importancia vital y de su dicho vamos a entresacar los puntos que estimamos tienen mayor interés y son a saber:

Es por lo mismo una verdad incuestionable que no siendo posible un código que comprenda todos los actos humanos, el juez tiene la indeclinable necesidad de obrar frecuentemente fuera de la letra de la ley. Dejar de juzgar por falta o insuficiencia de la ley sería devolver, al fallo siempre torpe de

753. Cfr. Andrés Lozano: Los principios generales de derecho; Te^osis para obtener el título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de México. México, D.F. 1938, pp. 11 y 12.

las pasiones, lo que estas habían sujetado a la decisión imparcial de los tribunales, y constituir a la sociedad en un estado de permanente desorden, que de mal en mal llevaría su destrucción. Enumerar reglas parecidas a la comisión propia de un Código: porque siendo esta la ley, los jueces tendrían obligación de sujetarse a las reglas fijadas; y pudiera suceder que algunos no estuvieran comprendidos en ellas; de donde resultaría la necesidad de dictar nuevas o de fallar interpretando. Esto no sería más que aumentar elementos de complicación, viniendo siempre al sensible extremo del arbitrio judicial.

En los códigos modernos encontró la comisión uniformidad en el principio y discordancia en la resolución; pues que en unos sólo se prohíbe dejar de fallar por falta de ley y en otros se establecen medios supletorios, que todos vienen a reducirse a los principios generales del Derecho. 754.

Por estos motivos, y convencida la comisión de que no es posible por hoy a lo menos, llenar ese vacío, redactó el artículo 20 en términos generales, dejando a la ciencia y rancien cia de los jueces la manera de suplir el defecto de la ley.

Así pues, el artículo que comentamos, pasa al Código Civil de 1884, sin sufrir alteración en su texto ni aun en su número; más que en un nuevo código es una reproducción del ar

754 Cfr. Julian Lopez Garcia: Los principios generales del derecho en la legislación mexicana; Tesis para obtener el título de licenciado en derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1958. p. 46

ticulo 20 del Código Civil de 1870.

Teniendo en consideración, a lo anteriormente expuesto - es válido decir que nuestra legislación del siglo pasado y en los albores del presente, estuvieron inspiradas en las corrientes del Derecho Natural y de la ideología del liberalismo francés, esta última contenida en la fórmula -dejar hacer-dejar pasar-. Plena corroboración de ello, es la declaración del legislador del Código Civil de 1870, quien no tiene pretensión de innovar y se reporta para la elaboración de tal ordenamiento, a las codificaciones extranjeras, que ya antes hemos mencionado, en las cuales la idea del iusnaturalismo iluminaba la conciencia de sus elaboradores. 755.

En consecuencia, cabe destacar que nuestros sistemas jurídicos partieron de principios apriorísticos fundamentalmente europeos o sea de las doctrinas y principios imperantes en aquellas latitudes de las cuales se dedujeron y muchas veces se copiaron textualmente ordenamientos legales que se implantaron lógicamente y extra-lógicamente en nuestro país. Lo anterior seguramente se debió a las circunstancias de nuestro proceso histórico y sociológico de la conquista y del colonialismo de tres siglos bajo la dominación española. 756.

Ahora bien, las ideas que sirvieron para la construcción de las legislaciones del siglo pasado, se cimbran y han de transformarse con el vigoroso movimiento social iniciado en

755 Cfr. Julián López García; Op. Cit. 47.

756 Ídem. p. 48.

el primer cuarto del presente siglo, cuyos ideales se plasmaron en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, de donde se han derivado ordenamientos jurídicos tales como nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal que contiene innovaciones tanto en ideales como en leyes concretas que dan una tónica mexicana a nuestro sistema legal.

Si bien es cierto, que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, cristaliza algunas reivindicaciones de carácter solidario. Esto no significa que la estructura económica y social de nuestro país ha dejado de ser capitalista. Dicho de otra manera, resulta un tanto cuanto demagógico el afirmar que el contenido jurídico-político de nuestra Carta Magna del 17, sea de naturaleza socialista o que da la pauta para el establecimiento y conformación de una organización económica, social, política e ideológica, sui generis, vía "economía mixta".

Al respecto, Benjamín Retchkiman K., nos comenta: Pero en México, se habla no de un régimen capitalista o socialista sino de un régimen de economía mixta, que sustituye una gama de conceptos tales como el de capitalismo popular y la convergencia, entre otras; Sin embargo, desde el punto de la teoría económica científica todas estas denominaciones han sido rechazadas como meros subterfugios que crean confusiones ideológicas, pues resultan meros juegos semánticos, que son empleados para legitimar un estado determinado. Así pues, la economía mixta

no determina un régimen económico "sui generis", sino la existencia de los mecanismos comunes y corrientes en toda sociedad capitalista moderna y que, en todo caso al referirnos a México están caracterizados por contribuir acentuadamente a la -- concentración de la riqueza y del ingreso... Las garantías de Derecho Social, específicamente las consagradas en los artículos 3, 27 y 123 de la Constitución Política de los Estados -- Unidos Mexicanos vigente, sólo representan parte del proceso de legitimación dentro de las funciones del Estado Capitalista. 757.

En anteriormente manifestado, se refuerza con la investigación realizada por J.O.' Connor, y que se intitula: "The fiscal Crisis of the State", dicho autor nos dice que: Los gastos en seguridad social, no contribuyen ni directamente e indirectamente a la producción pero sí, a la legitimación, y en consecuencia vista de esta manera la seguridad social no es segura para los trabajadores, sino una especie de garantía para los capitalistas y sus corporaciones monopolistas. 758.

Por lo consiguiente, podemos expresar que el Código Civil para el Distrito Federal del 30 de agosto de 1928, y que por decreto fechado con 29 de agosto de 1932, dispuso que dicho Código comenzará a regir el día 10 de octubre de 1932, no

757 Cfr. Benjamin Retchkiman K.: Política fiscal mexicana; 1a. ed. Ed. Textos Universitarios, UNAM. México, D.F. 1979. pp. 168 y 169.

758 Cfr. Benjamín Retchkiman K.; Op. Cit. pp. 183 y 185.

encierra reformas tan espectaculares como algunos espantados consideran. De esta suerte, encontramos en la exposición de motivos del referido código, a las siguientes inquietudes -- ideológicas de corte progresista y son a saber:

"Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular".

"La profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico..., han -- producido una crisis en todas las disciplinas sociales, y el derecho, que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir la influencia de esa crisis".

"El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación. De ahí que el Código Civil de 1884, producto de circunstancias económicas y políticas de otro momento histórico sea obsoleto

"... elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad".

"Es completamente infundada la opinión de los que sostie-
nen que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las
relaciones entre particulares que no afecten directamente a
la sociedad, y que, por tanto, dichas relaciones deben ser re-
guladas únicamente en interés de quienes las contraen. Son po-
quisimas las relaciones entre particulares que no tienen re-
percusión en el interés social, y que, por lo mismo, al regla-
mentarlas no deba tenerse en cuenta ese interés..."

"La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la
riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignoran-
tes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la de-
senfrenada competencia originada por la introducción del ma-
quinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que
directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensa-
ble que el Estado intervenga para regular las relaciones jurí-
dico-económicas, relegando a segundo término al principio de
que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contra-
tos".

"La idea de solidaridad arraiga cada vez más en las con-
ciencias y encausa por nuevos derroteros las ideas de liber-
tad y de igualdad".

"En nombre de la libertad de contratación han sido ini-
cuamente explotadas las clases humildes, y con una declara-
ción retórica de igualdad se quiso borrar las diferencias que
la naturaleza, la educación, una desigual distribución de la

riqueza, etc., mantienen entre los componentes de la sociedad -
dad".

"Es preciso socializar el derecho, porque...socializar -
el derecho significa extender la esfera del derecho del rico
al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al --
asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni
exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un
privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra".

"Se ha dicho, no sin cierta razón, que las leyes no --
crean las condiciones del mundo social y que no hacen más que
expresarlas. Pero la legislación no se limita a este papel pa-
sivo; es en gran parte el eco de las condiciones sociales.

A este respecto, Eduardo Novoa Monreal, nos expresa el -
siguiente comentario: la exposición de motivos del Código Ci-
vil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales de Méxi-
co, a pesar de sus propósitos de apartarse de la tendencia in-
dividualista que predomina en el Derecho Romano, en la legis-
lación napoleónica y gran parte del antiguo Código Civil de -
1884, para preferir la vía de una "socialización del Derecho"
No obstante, una revisión cuidadosa de su texto demuestra que
ese propósito no fue alcanzado y que ese código mantiene, en
sus líneas generales, el mismo plan, contenido, instituciones
y formas tradicionales, contando solamente con algunas modifi-
caciones aisladas que se ajustan a ideas jurídicas más moder-
nas. Estas novedades jurídicas, en general muy plausibles, no

son bastantes para alcanzar a cumplir, ni de cerca, el designio manifestado por los redactores (la más importante novedad social de este Código, que es la creación del patrimonio de la familia, no ha tenido repercusión práctica).⁷⁵⁹

Ahora bien, esta exposición de índole informativa e histórica quedaría trunca, si no la rematasemos con la transcripción de las disposiciones vigentes que hacen mención en nuestro país de los principios generales del derecho y son a saber:

El párrafo cuarto y último del artículo 14 de nuestra Ley Suprema, que a la letra señala:

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Por último, el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal declara:

Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

2.2. CONCEPTUALIZACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

En este apartado trataremos el punto que tiene que ver con la delimitación conceptual de qué son los principios generales del derecho desde el punto de vista jurídico. Empero, no es por demás el señalar en primer lugar, el origen etimológico de la palabra principio. Y, en segundo lugar, expresar

⁷⁵⁹ Cfr. Eduardo Novoa Montreal; Op. Cit. pp. 19 y 20.

las diferentes acepciones gramaticales que encierra el referido término.

Por lo que respecta, al significado etimológico, Enrico Pattaro, comenta lo siguiente: Como es sabido, el término que en griego antiguo corresponde a principio es arxe. En Aristóteles (Stagira 384- Calicles 322 a.C.) arxe se asocia con -- Stoikeikon (elemento constitutivo) así como alitia (causa). -- Inicio, elemento constitutivo, causa (primera) son tres significaciones posibles del término principio. Probablemente los tres (en algunos autores o en algunas teorías) concurren en el concepto de principios generales del derecho. Sin embargo, ninguna de los tres, desde un punto de vista de historia terminológica y conceptual, representa un significado del todo pertinente del término principio en la expresión principios generales del derecho. 760.

En cuanto, a las diferentes acepciones gramaticales, el Diccionario de la Lengua Española nos menciona, entre otras significaciones, a las siguientes:

"... 3. Base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia...9. Cada una de las máximas particulares por donde cada cual se rige para sus operaciones o discursos...11..." de derecho foren se norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina u aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales..." 761.

760 Enrique Pattaro: "Al origen de la noción Principios generales del derecho. Lineamiento histórico filásafico". Trad. al español por Rolando Tamayo y Salmorán-art. Revta. Boletín Mexicano de Derecho comparado. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. - Núm. 59. Mayo-Agosto de 1987. p. 526.

761 Diccionario de la Lengua Española-de la Real Academia; Op. Cit. p.1066.

De la última connotación se deja entrever una marcada influencia iusnaturalista.

Por otra parte, cabe destacar que: los problemas relativos a la naturaleza y sentido de llamados principios generales del derecho y la apreciación crítica de este instrumento de elaboración jurídica, han sido y siguen siendo siempre objeto de acaloradas discusiones. Hasta seis opiniones diferentes recoge Stolfi, en Italia, en relación al concepto que los autores de aquel país han asignado a los principios generales del derecho, considerándolos como los del derecho natural, los de la equidad, los del derecho Romano, los contenidos en las obras de los antiguos intérpretes, los admitidos generalmente en la ciencia o los extraídos del sistema de la legislación vigente. 762.

Habiendo cuenta, cabe expresar que existe la variedad de estimaciones en torno a nuestro objeto de estudio. Haciendo la aclaración que éstas, están en íntima relación con la corriente epistemológica del Derecho que se cultive.

Así pues, para el efecto de la exposición del presente tema, sólo haremos mención de dos de las corrientes teóricas más representativas del conocimiento jurídico y son a saber: por un lado, el iusnaturalismo, y por el otro, el positivismo jurídico.

762. Cfr. José Castán Tobeñas; Op. Cit. p. 332.

2.2.1. CONCEPCION JURISNATURALISTA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

A grossa modo podemos decir que los cultores de jusnaturalismo han entendido a los principios generales del derecho como axiomas y como verdades jurídicas universales, es decir como algo con existencia propia y con total independencia de la función legislativa. En seguida, vamos a citar, entre - - otras, delimitaciones conceptuales a las siguientes:

Para Ricardo Couto, los principios generales del derecho son:

"Aquellas máximas del derecho natural, de justicia universal, que están encerradas en el corazón de todos los hombres y que por la verdad que encierran han recibido el nombre de "Razón escrita". 763

Por su parte, Mucius Scaevola, conceptúa a los principios generales del derecho como aquellos principios de justicia, revelados por la razón y la conciencia, que encierran una verdad jurídica universal. 764

Felipe Clemente de Diego, en el prólogo al estudio de los principios generales del derecho Del Vecchio, opina que:

"Mas cuando la solución no este consagrada ni prevista en la ley, otra fuente, la costumbre del lugar, nos sale al paso por imperio de la ley misma. Sólo en defecto de esta podemos explotar los principios generales del derecho, y es claro que han de ser los de la misma ley y costumbre, y cuando ellos no alcancen a satisfacer la necesidad del momento o a dar la solución requerida, entonces, para no ponerse enfrente de la inexorabilidad del fallo, hay que buscarla en la propia realidad social investigada con criterio científico, fecundizada por los principios de razón y de justicia, y

763 Ricardo Couto: Derecho Civil Mexicano; 2a. ed. Ed. La Vasconia; Mexico, D.F. 1919. T. I. p. 75.

764 Mucius Scaevola, citado por Jose Castan Cobenas; Op. Cit. p. 332.

para ello goza el intérprete de más amplia libertad". 765

Por su parte, Giorgio Del Vecchio, nos expresa: La idea del Derecho natural es, en efecto, de esas que acompañan a la Humanidad en su desenvolvimiento; y si, como no pocas veces ha ocurrido sobre todo en nuestro tiempo, algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida. Inútil es, por tanto, a más de incongruente, la tentativa de repudiarla; y tanto más inútil e incongruente cuando se trata de interpretar un sistema legislativo que, como el nuestro, se ha formado directa e indirectamente bajo el imperio de aquella idea. De lo cual tenemos la prueba, no sólo en los trabajos preparatorios, sino también en el hecho de que nuestra legislación se inspira en su mayor parte, en lo relativo al derecho privado, en el Derecho Romano - todo el desarrollado en torno a la idea de la "naturalis ratio" y para el derecho público en los sistemas constitucionales de Inglaterra y Francia que tienen como documentos fundamentales los Bills of rights y las Déclarations des Droits, expresiones típicas y genuinas de la escuela del jus naturae. 766

En otro pasaje de los Principios generales del derecho de Giorgio Del Vecchio, encontramos lo siguiente: sin lugar a dudas la legislación vigente se alimenta de las teorías -

765 Felipe Clemente de Diego: "Prólogo" a los principios generales del derecho de Giorgio Del Vecchio; Op. Cit. p. 25.

766 Cfr. Giorgio Del Vecchio; Op. Cit. p. 71.

iusnaturalistas. Así pues, el Derecho responde a una necesidad del hombre y es inseparable de la vida humana. Ubi homo - ubi jus. O, en esta otra fórmula; ubi societas, ubi jus, ya que la sociedad es connatural al hombre, la cualidad de sujeto de derecho, y por tanto de persona, no es mera concesión extrínseca y arbitraria de otra persona, sino derivada inmediatamente de la naturaleza humana. 767

Consecuentemente, la ley que atribuye a cada cual la condición jurídica de persona, aunque no esté sancionada en el orden positivo, es una ley natural. Ser jurídicamente persona, significa valer como tal frente a los demás.

Igualmente, cabe destacar, por un lado, la máxima de la libertad igual o de la coexistencia de las voluntades; que significa la necesidad de cada cual tiene que limitar su propia conducta para hacerla compatible con la de los demás, en un orden universal. Se confirma así aquel principio de la igualdad jurídica entre los hombres, que esta ya implícito en la noción del derecho de la personalidad que a cada uno corresponde, y, por el otro, que da a la máxima de la libertad igual un valor dinámico más bien que estático, consiste en que cualquier limitación al derecho de la persona sólo puede establecerse en virtud de una ley; entendiéndose por ley la expresión de la voluntad general. Con esto se afirma la exigencia racional de que el poder público se funde sobre el consentimiento virtual de

767 Cfr. Giorgio Del Vecchio, Op. Cit. p. 78.

todos, y, más propiamente, sobre el derecho que a cada cual - corresponde en igual medida de concurrir a la formación de -- las normas que han de ser obligatorias para todos. Sólo así - puede conciliarse la idea de la libertad originaria del indi- viduo con la de la coordinación social y política, la cual im- plica necesariamente una limitación de las voluntades y un -- respeto constante a la ley común. La libertad misma se ejerce en efecto, cuando esta señala sus propios límites; y la obe- diencia a la ley consentida es una confirmación y no una nega- ción de la libertad. 768

De esta manera, el principio de la soberanía de la ley, entendida la ley no como un mandato arbitrario, sino como la síntesis del derecho de todos o "registro de nuestras mismas voluntades" (repetiendo la fórmula de Rousseau); el principio de la igualdad de todos ante la ley, o sea la idéntica subor- dinación de cada uno respecto a ella; en fin, el principio de la división de poderes, que tiende a asegurar aun más la su- premacía de la ley en relación con las otras actividades -ju- dicial y administrativa- del Estado.

Fácil es ahora advertir que todos los principios hasta - aquí señalados, como propios de las teorías iusnaturalistas, - han penetrado substancialmente en nuestra legislación positi- va. 769

Ahora bien, para el autor en comento, la escuela del de-

768 Cfr. Giorgio Del Vecchio; Op. Cit. pp. 78 y 79

769 Idem. pp. 79 y 80

recho natural ha entendido y pretende esencialmente mantener la no arbitrariedad del derecho, o sea la existencia de una relación necesaria entre la substancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas de derecho. Igualmente, las obligaciones naturales deben, por consiguiente, ser jurídicas, pero en un sentido más amplio y genérico, mas virtual - que las obligaciones estrictamente civiles o absolutamente - positivas.

De ahí que Del Vecchio, nos expresa que: los principios generales del derecho emanan de la razón jurídica natural y representan al mismo tiempo las directrices fundamentales del sistema positivo. 770

Por último, el referido autor concluye su trabajo en los siguientes términos:

"...bastarán quizá para mostrar las funciones características de los principios generales del derecho en cuanto forman parte de un sistema jurídico determinado. Tales principios, a pesar del cual superan virtualmente al sistema concreto de que forman parte, no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso; pero tienen valor, sin embargo, sobre y dentro de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa. Cuando existe correspondencia entre lo que se deduce racionalmente de la naturaleza intrínseca de las cosas

770 Cfr. Giorgio Del Vecchio; Op. Cit., pp. 79 y 80
El subrayado es nuestro.

sas y las disposiciones legales; cuando, en otras palabras, - el derecho natural se funde con el derecho positivo, los principios generales viven y actúan en las mismas normas particulares, y puede entonces parecer superfluo recurrir a dichos principios. 771

Así resulta, que no sólo la elaboración científica, sino también la práctica judicial, para desarrollarse correctamente, obliga a acudir nuevamente a la ratio legis, y a ascender de grado en grado hasta los principios supremos del derecho - en general, ante la realidad siempre nueva de los hechos a -- los cuales la ley ha de aplicarse. Por otra parte, cuando las normas particulares faltan, bien porque el legislador no haya previsto ciertos casos contingentes, o porque, a pesar de haberlos previstos, haya dejado deliberadamente de regularlos, aparece más manifiesta la necesidad de recurrir a aquellos -- principios de la razón jurídica natural, que constituyen las bases necesarias para definir toda relación humana y social. De esta necesidad ha dejado testimonio solemne nuestro legislador, reconociendo precisamente en los principios generales del derecho el medio supremo para integrar sus propios preceptos. 772.

Toda esto tiene lugar respecto al derecho vigente, ya -- que, el valor de aquellos principios generales del derecho se revela aun con mayor intensidad. Toda vez que representan, no

771 Giorgio Del Vecchio; Op. cit. pp. 137 y 138.
772 Idem. 138 y 139.

sólo un elemento fundamental de un sistema determinado, sino una fuerza viva, que domina todos los sistemas y actúa sobre la estructura de estos, haciendo que se modifiquen y evalúen según los principios eternos de la justicia, inherentes a la naturaleza humana. 773.

Por último, sólo nos resta destacar que el jurista, a diferencia del leguleyo, no puede darse por satisfecho con lo que en la ley está escrito, sino que debe además investigar su fundamento intrínseco.

Virgilio Domínguez se adhiere a la tesis de De Vecchio sobre los Principios generales del derecho, por estimarla como única verdadera. A este respecto, nos comenta: La validez del derecho no puede descansar sino en las obligatoriedad -- que le reconoce del Estado, o en la justicia intrínseca de su contenidos. El primer caso es el del derecho vigente, en tanto que el segundo es el del derecho justo. Si, pues, existe una laguna de la ley, y por hipótesis no existe derecho vigente respecto de ella, la única justificación que puede tener la norma que el juez elabore, consiste en una realización de la justicia. y esta labor no puede realizarla por medio de la inducción de las normas particulares, del derecho romano de los principios de la ciencia jurídica, sino sólo acudiendo a criterios principalmente filosóficos. 774.

Igualmente, García Máynez, se une al criterio de Giur--

773 Giorgio Del Vecchio; Op. Cit. p. 139

774 Cfr. Virgilio Domínguez - citado por Rafael de Pina: Elementos de Derecho Civil Mexicano; Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1956 U.I. pp. 118 y 119.

gia Del Vecchio, cuando nos expresa:

"Para ciertos tratadistas, principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural. En una admirable monografía, Del Vecchio ha demostrado que esta postrera opinión es la única correcta.

Cuando se afirma que los principios generales son los del derecho natural, quiere decirse que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Que da excluido -- por tanto, la posibilidad legal de que falle de acuerdo con sus opiniones personales". 775

Por su parte, Gómex de la Serna, expresa : Hay principios inmutables que están en la conciencia del género humano, que en todos los pueblos a que ha llegado la antorcha de la civilización se respetan como leyes... Estas no son leyes, sino que pueden llamarse con propiedad leyes de leyes; son reglas de orden superior que siempre se suponen, aunque no están reducidas a fórmulas oficiales de la ley ni pasan por las solemnidades de una publicación que nadie necesita para conocerlas. 776.

775 Eduardo García Máynez; Op. Cit. p. 371.

776 Gómex de la Serna -citado por Ramón Badenes G; Op. Cit. pp. 308 y 309.

En sentido parecido, Martín Mendizábal, nos afirma :

"El derecho natural es no sólo la fuente remota del derecho positivo, sino su necesario complemento; pues allí donde no hay prescripción alguna ni alcanza los principios generales de la legislación establecida, ni es razonable extender por analogía las normas vigentes a relaciones jurídicas o bien a alguna parte o aspectos de las mismas, sin semejante en la ley, en la costumbre ni en la práctica judicial; en esos vacíos reales y frecuentísimos que surgen al aplicar la ley a la vida real, nuestra razón acude al derecho natural" 777

Por su parte, Federico De Castro y Bravo, nos dice que: La expresión principios generales del derecho permite comprender todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Esta es su ventaja respecto de otros términos, como principios de justicia, principios del derecho natural, equidad o razón natural; con ella se alude también a los demás tipos de normas no formuladas, principios sociales y principios políticos. 778

Así pues, para el autor citado, los principios generales del derecho son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación. Y, a la vez, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas.

777: Cfr. Martín Mendizábal: Teoría general del Derecho; Zaragoza - España. 1915. p. 30

778 Cfr. Federico De Castro y Bravo; Op. Cit. p. 464.

Para Diego Espín Cánovas, los principios generales del derecho no son otros que los del derecho natural.

Baldomero Clerena, al referirse a los principios generales del derecho, expresa que son: los principios de valor universal sancionados por la propia conciencia del hombre como síntesis de lo que es justo y equitativo. 779

Carlos Cassin, precisa que los juicios estimativos de justicia conformes a la razón son precisamente los principios generales del derecho.

Por su parte, Enrique Aftaliún defiende la tesis filosófica: nuestro artículo 16 (Código Civil Argentino) no alude a los axiomas de la lógica jurídica, ni tampoco a una síntesis de ordenamiento positivo, sino a los principios de justicia en la medida que ellos se concilien con el peculiar estilo de la cultura nacional. 780.

Borraja Dacruz Efrén, nos expresa que:

"Las normas jurídico-laborales tienen un doble fundamento ideológico, a saber: en un plano abstracto y remoto, su fundamento es la justicia, y con ella se colocan fuera del tiempo y del espacio, se nutren de principios que se presentaban como consustanciales con la naturaleza del hombre viviendo en sociedad, etcétera, ahora bien, en un orden concreto y próximo, su fundamento es una idea de la justicia, en nuestro caso la llamada idea social de la justicia o, sin más, la justicia social, que se recoge y formaliza en las reglas y declaraciones de la Constitución Política, es decir, en las leyes fundamentales". 781

779 Cfr. Diego Espín Cánovas- citado por Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. p. 146.

780 Cfr. Lorenzo A. Gardella; Op. Cit. p. 147.

781 Efrén Borraja Dacruz: Introducción al derecho español del trabajo; 2a. ed. Ed. Tecnos. Madrid-España. 1969.p.420.

Rafael Preciado Hernández, al referirse a los principios generales del derecho, nos señala la siguiente conceptualización:

"Estos son los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual". 782.

Por último, sólo nos resta citar a Eduardo Pallares, quien al abordar el punto referente a los principios generales del derecho nos expresa que:

"Cada evolución en general implica una creencia iusnaturalista, pero especialmente la revolución francesa, magna apogensis de la fe en el Derecho natural, de la que se derivaron las luchas constitucionales del siglo pasado. Esa misma idea triunfó también la legislación positiva que recogió las máximas fundamentales del Derecho natural, según la concepción que se tuvo de él en el anterior período de las luces o luminismo; y domina en la jurisprudencia que constantemente se refiere a ella bajo expresiones varias (buenas costumbres, moral, naturaleza de las cosas, etc.) Es vano, pues, la tentativa de rechazar el criterio de un ideal de Derecho; tanto más como advierte del hecho - cuanto que se trata de interpretar sistemas legislativos que han sido elaborados preponderantemente bajo esta convicción. El actual derecho legislado se ha formado rindiendo culto a unos principios ideales que ha ido incorporando en mayor o menor proporción a sus textos y a los que ha apuntado intencionalmente el legislador.

Es pues obvio que cuando el legislador se refiere a los supremos principios del orden jurídicos, denota un criterio de estimación ideal, puesto que éste le ha servido a él de estrella polar para la elaboración del Derecho formulado. Si examinamos atentamente los sistemas jurídicos contemporáneos de los pueblos de Occidente, veremos como los principios generales que los informan responden a una concepción iusnaturalista, y como contienen gran número de preceptos derivados indirectamente de ella (los derechos absolutos de la personalidad; la igualdad ante la ley; la obligatoriedad de los contra

782 Rafael Preciado Hernández: "El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho" Art. Rvta. de la Facultad de Derecho Ed. UNAM, t. XIX. Nums. 75-76.1969.p.640.

tos; que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de -- otros; que al que pertenecen las ventajas de una cosa deben -- corresponderle también las desventajas; la legítima defensa, etc.)". 783

Teniendo en consideración a todo lo anteriormente expues-
to, llegamos a concluir, entre otras razones, que en la posi-
ción teórica del iusnaturalismo aparece como una constante y
en forma intrínseca a la naturaleza humana los principios ge-
nerales del Derecho.

2.2.2. CONCEPCION POSITIVISTA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Después, de haber citado brevemente algunas conceptuaciu-
nes en relación a los principios generales del derecho, desde
el punto de vista de los cultores del iusnaturalismo. A conti-
nuación, vamos a expresar las delimitaciones conceptuales de -
los partidarios del positivismo jurídico.

Empero, previamente al desarrollo de este punto no es --
por demás recordar que: El positivismo jurídico rompe con el
esquema valorativo y subjetivo del iusnaturalismo. Dicho de --
otra manera, para los juristas que cultivan y comparten la -
teoría positivista y nonpositivista del derecho, lo que a és-
tos, mas les interesa es describir el derecho como objeto de
estudio de acuerdo a sus formas de elaboración y aplicación -
en un espacio y tiempo histórica concreto. Sin preocuparse --
acerca del por qué es así y no de otra manera; en si es justo

a injusto, en si es bueno o es malo. En suma, a los positivistas pareciera ser que las reflexiones anteriormente citadas - no les interesa.

Igualmente, cabe resaltar que: representa un intento por exponer y explicar los términos o conceptos necesarios para - que se pueda formar una ciencia del derecho, la cual se ocupará de describir al derecho positivo. Dicha teoría parte del - supuesto de que tales conceptos jurídicos fundamentales como norma, sanción, deber jurídico, responsabilidad, etc., son necesarios para describir el derecho positivo.

Otra, característica relevante del positivismo jurídico, la detectamos al considerar al derecho como una técnica de control social mediante la implementación de un lenguaje normativo que se observa y aplica, entre otras razones, por la coercitividad. A fin de regular la conducta humana de una sociedad determinada que se desenvuelve en un espacio y tiempo histórico determinado.

Así pues, la posición positivista ha tenido, entre otras, representantes a los siguientes:

Para Burón, los principios generales del derecho son aquellos en que se halla contenido el sentido y capital pensamiento de las instituciones de nuestro derecho patria. 784.

Por su parte, Nicolas Coviello, al referirse a los principios generales del derecho, nos dice que son: los principios

784 Burón citado por José Castán Tobeñas; Op. Cit. p.333,

fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social, y también principios de Derecho romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque sean puramente racionales, éticos o de Derecho científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro Derecho, y llegado a ser de ese modo principios de Derecho positivo y vigente. 785.

Francesco Carnelutti, nos expresa que los principios generales del derecho no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino; son el espíritu o la esencia de la ley.⁷⁸⁶

Ahora bien, para Puig Peña, los principios generales del derecho son aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un determinado orden de cultura, condenados generalmente en reglas o aforismos, transmitidos tradi-

785 Cfr. Niculás Coviella: Doctrina general del Derecho Civil; México, D.F. 1938. pp. 96 y 97.

786 Francesco Carnelutti -citado por Nestor De Buen Cozaco: "Los principios generales del trabajo en el ámbito procesal (perspectiva mexicana)"; Art. Roiba. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas la UNAM. México Num. 38. mayo-agosto de 1980. p. 344.

cionalmente, y que tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo. 787.

Ruggiero citado por Manuel Borja Soriano, nos expresa -- que los principios generales del derecho, no son sino los -- principios del derecho positivo italiano, tal como se deducen de todo el sistema orgánico.

En igual sentido, concluye Micelli, al decir que es exacta la interpretación generalmente aceptada de que los principios generales del derecho no son sino aquellos que pueden inferirse del ordenamiento positivo italiano. 788

Para Isidro Montiel y Duarte, por principios generales -- del derecho debemos entender aquellos que esten consignados -- en algunas de nuestras leyes; teniendo por tales no solo las mexicanas que se hayan expedido despues del Código Civil de -- 1870, sino tambien las anteriores; de modo que para buscar -- los principios generales del derecho de una justa y legal -- aplicación, según los términos del artículo 20 de nuestro Código, existe el anchísimo campo de la legislación mexicana -- que nació con nuestra independencia; y el mas amplio todavia de la legislación española que comenzó en el Fuero Juzgo. 789

Por su parte, Roberto Esteva Ruiz, ha expresado; los -- principios generales del derecho no pueden ser otros que --

787 Cfr. Puig Pena citado por Ramón Badenas G.; Op. Cit. p. 312.

788 Cfr. Manuel Borja Soriano: Teoría general de las obligaciones; 9a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1984, pp. 55 y 58.

789 Cfr. Isidro Montiel y Duarte: Tratado de las leyes y su aplicación; citado por Andrés Lozano; Op. Cit. pp. 36 y 37.

aquellos que, por inducción, desprendemos de las leyes mismas, las cuales representarían aplicaciones concretas de una norma básica general, o si se quiere, abstracta con relación a aquellas otras, en el sentido que dice Edmundo Husserl, al denominar a toda "esencia independiente", y decir que es concreta - la que de modo absoluto "se sostiene por si misma" como independiente. 790.

Ignacio Burgoa considera a los principios generales del derecho a las normas que se obtienen inductivamente de uno o varios sistemas de derecho positivo, sistemas que a su vez están informados por múltiples factores culturales de los que participan los pueblos que reconozcan un común origen histórico. De ahí que los principios generales del derecho se constituyen como fuente de colmación de las lagunas de la ley o como supletoria de la falta de ésta para resolver los conflictos jurídicos en los términos del cuarto párrafo de nuestro artículo 14 constitucional, deben entenderse las normas elaboradas por la mente investigadora mediante el análisis inductivo del sistema jurídico mexicano y de los sistemas culturales afines, con vista a establecer, en juicios lógicos en que deben traducirse tales principios, las notas uniformes que rijan a todas las instituciones integrantes de tales sistemas. ⁷⁹¹

Por último, para Blanco Fornieles, los principios genera

790 Cfr. Roberto Esbeva Ruiz - citado por Rafael de Pina: El Derecho Civil Mexicano; Op. Cit. pp. 118 y 119.

791 Cfr. Ignacio Burgoa Orihuela: Las Garantías Individuales; 20a. - ed. Ed. Porrúa, S.A. Mexico, D.F. 1986, pp. 577 y 578.

les del derecho dan los juicios estructurantes del sistema jurídico-positivo, que encierran sus contenidos básicos, sus directrices y sus metas fundamentales, plasmados en las normas jurídicas, en forma tácita o expresa, que son el contenido expreso de tal sistema jurídico, sirviendo a este de criterios de ordenación, estructuración, valoración y enjuiciamiento.⁷⁹²

Habiendo cuenta, a todo lo anteriormente expresado, sólo nos resta destacar que para los cultores del positivismo jurídico los principios generales del derecho constituyen el presupuesto necesario en que se funda el legislador para la creación de la ley que ese presupuesto debe buscarse por medio de una actividad que empieza en las normas particulares y culmina precisamente en ese presupuesto orientador de la actividad legislativa.

2.3. FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Luego de haber manifestado algunas delimitaciones conceptuales en relación a los principios generales del derecho. -- También, se torna necesario el dejar bien claro, cual es la naturaleza, origen y fundamento de los principios generales del derecho. A este respecto, Norberto Bobbio, nos expresa:

En cuanto, a la naturaleza de los principios generales del derecho, cabe decir, que estos tienen el carácter de normas. De acuerdo a los argumentos de Crisafulli, y son a saber:

⁷⁹² Víctor José Blanco Fornieles: Los principios generales del derecho. Metodología de obtención y formulación; Tesis para lograr el título de licenciado en Derecho-Facultad de Derecho de la UNAM. México, D.F. Noviembre de 1974. p. 51.

1) En la mayor parte de los casos, esos principios son - obtenidos mediante generalizaciones sucesivas, de las normas particulares, por lo que resulta imposible considerar que, -- cuando llegan a cierto grado de generalidad, también de naturaleza, es decir, dejen de ser normas;

2) Aun admitiendo que algunos principios no se obtengan de normas particulares mediante generalización, sino que se - den de modo inmediato en todo su alcance general, la función que cumplen (normalmente en materia de lagunas), es ofrecer - prescripciones o modelos de conducta a los operadores jurídicos; por ende, tal función en nada difiere de las normas particulares. 793.

Al respecto, García Máynez, nos comenta: Estamos de acuerdo con Bobbio en que los principios generales de que se hace uso con fines hermenéuticos y de integración tienen naturaleza normativa.

Además, cabe resaltar que las resoluciones de los jueces deben, en todo caso, basarse en normas, juicios o principios generales de índole enunciativa no pueden, servirles nunca de fundamento.

Sin embargo, para el autor en comento, hay principios de carácter completamente distinto, los lógico-jurídicos y ontológicos -- jurídicos que expresan conexiones esenciales de índole formal entre los preceptos del derecho y las modalidades de lo permitido, lo prohibido, lo ordenado y lo potestativo. Mientras los principios generales de carácter axiológico están referidos al deber ser, los de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica son, como diría Felix Somlo, -- principios sobre el deber ser del derecho. Precisamente por -

793 Cfr. Norberto Bobbio - citado por Eduardo García Máynez: Filosofía del Derecho; 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1986. pp.312 y 313.

ella, los últimos se expresan siempre por medio de juicios -- enunciativos. Por ejemplo, el aserto "nadie está obligado a -- lo imposible", no es de naturaleza normativa, ya que no prescribe nada. Si todo deber presupone que la conducta obligatoria es posible -- supuesto no axiológico, sino ontológico -- la imposibilidad de un comportamiento necesariamente trae consigo la de que llegue a convertirse en objeto de una prescripción. Por ello afirmamos que el tan traído y llevado aforismo: "lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente -- permitido", no es una norma, ni cabe recurrir a él para colmar lagunas, ya que se trata de un juicio puramente analítico sobre la identidad de "lo no prohibido jurídicamente" y "lo -- jurídicamente permitido". 794

Por lo que respecta, al origen de los principios generales del derecho es necesario inquirir si están o no contenidos en el sistema que sirve de base al órgano aplicador. Además, que los susodichos principios sólo pueden ser aplicados cuando no contrarían las disposiciones del sistema del órgano aplicador. A priori queda excluida la posibilidad de aplicar un principio general en contradicción con un principio particular. Este requisito se funda en la naturaleza del sistema -- jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura --no ambigua y menos aún contradictoria para toda posi-

ble relacion de convivencia; sólo de este modo podrá el jurista aduenarse del espíritu interno del sistema y proceder de acuerdo con él en las aplicaciones particulares, evitando los errores a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de esta o aquella norma. 795

En relación al problema del fundamento de los principios generales del derecho, cabe decir, que cuando hay delegación en favor de éstos (como la que en México establece el Constituyente en el párrafo 4o. del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental; el artículo 19 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; cualquier principio general de carácter normativo, congruente con el espíritu del sistema, puede ser empleado con fines hermenéuticos o de integración. Ninguna dificultad hay en admitirlo, porque los principios axiológicos congruentes con las disposiciones expresas de cada orden legal quedan, merced a la mencionada delegación, incorporados a tal orden, ya se trate de los implícitos en las normas que proceden de las fuentes de creación jurídica, ya de los ius naturales no contradichos por esas normas.

Ahora bien, el fundamento formal de validez de esos principios comunes es distinto en relación con cada orden jurídico; por ello se trata de una coincidencia puramente substancial. el aserto de que los principios generales tienen su fundamento en el trasfondo axiológico de cada sistema positivo no destruye el postulado de unidad de la última razón de vali

dez del propio sistema, porque en la medida en que aquéllos se hallan implícitos en este y condicionan la actividad del legislador y de los encargados de aplicar las normas vigentes, formalmente son parte del segundo y, en tal sentido, en cuentan en la norma básica la razón de su fuerza vinculante." 796.

Al respecto, Mario de la Cueva, comenta: el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo debe interpretarse en el sentido de que existen fuentes formales primarias y fuentes, principios o criterios supletorios. Las fuentes formales primarias son: "la constitución, la ley, los tratados internacionales y sus reglamentos y, a falta de disposición expresa en dichas fuentes, se aplicarán las fuentes, principios o criterios supletorios. Dentro de las fuentes, principios o criterios supletorios, se encuentran comprendidos los principios generales del derecho y, para De la Cueva, esos principios adquieren matices de fuente material o sustancial, pues tal parece que al aplicarse se hace como si se creara la norma, o sea, que el juzgador adopta el carácter de legislador.

Afirma que no debe perderse de vista que el orden jurídico descansa en el principio de la soberanía del pueblo y - por tanto "los principios generales del derecho no pueden ser sino los que el pueblo puso en la base de su orden jurídico, o sea que son los principios de la democracia del pue-

796 Cfr. Eduardo García Máynez: *Filosofía del Derecho*, Op. Cit. - pp. 316 - 319.

bia para el pueblo". 797

Norberto Bobbio, expresa que los principios generales - del derecho pueden cumplir diversas funciones, entre otras, cabe señalar a las siguientes:

- Interpretativa;
- Integradora;
- Directiva; y
- Limitativa.

Ahora bien, por lo que atañe a la función interpretativa de los principios generales del derecho, Bobbio, comenta que ésta, consiste en fijar de acuerdo con alguno de los citados principios, el sentido de tal o cual expresión jurídica. 798.

Al respecto, García Máynez, dice que: el párrafo cuarto del artículo 14 de nuestra ley fundamental no es sólo regla de interpretación sino de integración. Empero, en este momento sólo haremos mención de la función interpretativa. Por lo que, se refiere a la primera parte del párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, y que a la letra señala: "En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación de la ley..." 799

797 Cfr. Mario de la Cueva: Nuevo derecho Mexicano del trabajo. Ed. Porrúa, México, D.F. 1977. p. 132.

798 Cfr. Norberto Bobbio: "Principi generali di diritto" citada por Eduardo García Máynez en Filosofía del Derecho; Op. Cit. p. 320.

799 Cfr. Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho; Op. Cit. pp. 381 a 383.

El autor en comento, manifiesta: el juez está ligado a los textos legales, si estos le brindan la solución que busca. Así pues, si la labor interpretativa revela al juez que el caso sometido a su decisión no está previsto, tiene la obligación de colmar la laguna. El artículo 14 constitucional claramente establece que, a falta de ley, el caso se resolvera de acuerdo con los principios generales del derecho, lo que significa que el recurso a ellos es el único procedimiento de integración autorizado por nuestra ley fundamental.

Los principios generales del derecho dentro del contexto de la función interpretativa, desempeña una participación relevante, ya que, todo precepto jurídico encierra un sentido, pero éste no siempre se halla manifiesto con claridad, Si la expresión es verbal o escrita puede ocurrir que los vocablos que la integren posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. 800

Al respecto, Fix Zamudio, comenta que: "A veces una norma aislada, desde el punto de vista gramatical, significa algo determinado; pero cuando se le relaciona, como necesariamente hay que hacer, dentro de un contexto, pueden significar algo diferente". 801

800 Cfr. Eduardo García Máynez: Introducción al estudio del derecho Op. Cit. p. 129.

801 Héctor Fix Zamudio y Jorge Carpiza; Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano. La interpretación Constitucional; Ed. UNAM-México, D.F. 1975-p.47.

En cuanto, a la interpretación de un precepto legal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sentado el siguiente criterio:

"Interpretación de la ley. Los preceptos de un ordenamiento legal deben interpretarse en el sentido de que no se contradigan; y para lograrlo, a fin de establecer su verdadero sentido y alcance, deben ser interpretados en relación con los demás de la misma ley, armónicamente.

Amparo en Revisión 1139/71, Manufacturas Universa, S.A. y otras, resuelto el 15 de febrero de mil novecientos setenta y dos, por unanimidad de 16 votos de los señores ministros: - Guerrero, Del Río, Rebollo, Jiménez Castro, Burguete, Saracho, Martínez Ullua, Marriku, Solís López, Salmorán de Tamayo, Yañez, Ramírez Vázquez, Guerrero Martínez, Mondragón, - - Aguilar Alvarez y presidente Guzmán Neyra.

Ponencia del señor ministro Muñiz.

Por otra parte, cabe destacar que cuando un juez afronta un problema concreto, para el cual no existe un precepto legal específico que le sea aplicable, no puede dejar de resolverlo y lo tendrá que hacer de una forma justa y específicamente, dentro de nuestro orden jurídico, lo tendrá que hacer atendiendo a los principios generales del derecho, según lo establece el artículo 14 Constitucional.

Por su parte, Blanco Farnieles, expresa lo siguiente: -- Por lo que toca a la función de los principios generales del derecho, en tanto criterios que permiten resolver antinomias, consideramos que debe incluirse en su función interpretativa. 802.

Empero, de antemano se impone la necesidad de delimitar el concepto de qué es la antinomia, a este respecto, García -

Mañeuz, nos dice que el concepto de oposición contradictoria puede, por ende, precisarse así:

"Dos normas de derecho de un mismo sistema se ponen contradictoriamente si, y solo si, teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta".

Dicha autor, prosigue: hay también oposición contradictoria entre preceptos jurídicos cuando uno de ellos ordena y el otro prohíbe a los mismos sujetos, en condiciones iguales de espacio y tiempo, el mismo proceder. En el caso se habla de un conflicto antinómico porque cuando se impone a una persona un deber jurídico, implícitamente se le otorga el derecho de haberlo prescrito. Esta oposición es un caso especial de la que existe entre lo prohibido y lo permitido, de acuerdo con el siguiente principio de la ontología formal -- del derecho: Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.

De esta suerte, los dos casos, general y especial, de oposición contradictoria, pueden, de acuerdo con lo expuesto, enunciarse así:

1. Dos normas jurídicas son contradictorias cuando una prohíbe y la otra permite a un sujeto la misma conducta, en condiciones iguales de espacio y tiempo.
2. Si una norma prohíbe y la otra ordena a un sujeto el mismo acto, en iguales condiciones de espacio y tiempo, esas normas se oponen contradictoriamente, porque la segunda permi

te de modo tácito lo que la primera prohíbe de modo expreso.⁸⁰³

Esta oposición contradictoria de dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, pueden ser salvada valiéndose de los principios generales del derecho, pues, como hemos dicho: los principios generales son el contenido básico del sistema, además de que tienen una superioridad jerárquica inevitable sobre los demás elementos del sistema, de tal forma que la norma congruente con un principio general será la que deba prevalecer.⁸⁰⁴

Por último, sólo nos resta citar, lo expuesto por Azúa Reyes, quien al referirse a la función interpretativa de los principios generales del derecho, llega a la siguiente conclusión:

"Podemos decir que los principios generales del derecho constituyen un factor determinante (entre otros) en la interpretación jurídica, pues la presencia de estos, en forma consciente o inconsciente, en tal labor va a ser la condensación de lo que un sistema ha consagrado como la finalidad del derecho y que a la vez en su punto de partida y, por consecuencia su base interpretativa.⁸⁰⁵

Después, de haber manifestado en forma breve algunas consideraciones en relación a la función interpretativa de los

⁸⁰³ Eduardo García Máynez: *Lógica del raciocinio jurídico*; 1a. ed. - Ed. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1964. pp.109 y 110.

⁸⁰⁴ Cfr. Víctor José Blanco Fornieles; *Op. Cit.* p. 136.

⁸⁰⁵ Sergio T. Azúa Reyes; *Op. Cit.* pp. 100 y 101

principios generales del derecho. En seguida, nos ocuparemos de igual manera en señalar algunas precisiones en torno a la función integradora de los principios generales del derecho.

La disciplina jurídica de las lagunas entra en juego -- cuando existe silencio de la ley, es decir, cuando existe vacío en la legislación. Desde luego, la obra legislativa no puede dar solución a los diferentes casos que la vida nos -- presenta, ya que ésta se renueva incesantemente y nos ofrece aspectos y realidades que no tienen cabida en la fórmula en que se traduce el precepto legal. Por tanto, la laguna -- tiene lugar:

a) Porque no existe una disciplina aplicable al punto -- controvertido; y

b) Porque, existiendo, los preceptos que la rigen son -- absolutamente contradictorios (no con contradicción aparente que es misión de la interpretación), o regulando en principio, no disciplinan el punto concreto controvertido. 806

Por lo tanto las lagunas de la ley son una realidad innegable. De ahí, que es menester rechazar el dogma positivista de la plenitud lógicamente necesaria de la legislación escrita.

A este respecto, Castán Cabeñas, comenta: en nuestro Derecho positivo, al establecer una fuente subsidiaria en defecto de ley, reconoce implícitamente la posibilidad de lagu

nas en aquellas normas; pero, al propio tiempo, al imponer al juez el deber de fallar, bajo responsabilidad, viene a reconocer que en el conjunto del ordenamiento jurídico no existen - algunas, puesto que no remite al libre arbitrio judicial en - defecto de ley o costumbre, sino que ordena acudir a los prin - ci - pi - os generales del derecho. 807

Así pues, cabe decir que la función integradora de los - principios generales del derecho se da cuando estamos en pre - sencia de los vacíos de las fuentes formales, que es, por - - ejemplo, la atribuida a los principios generales del derecho por el párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución Polí - tica de los Estados Unidos Mexicanos. 808.

En cuanto, a la función integradora que cumplen los prin - cipios generales del derecho, Giorgio Del Vecchio, comenta: y si la función del juez es, a pesar de ello, siempre posible sobre la base de la ley, esto ocurre porque la misma ley ha - acogido, además de la interpretación analógica, los princi - pios generales del derecho, dando a estos, con esa fórmula -- tan ampliamente comprensiva, un reconocimiento especial y una propia y verdadera sanción de orden positivo. Circunscribir, - pues, tales principios a las mismas normas particulares ya -- formuladas, y pretender que aquéllos se obtengan exclusivamen - te de éstas, equivale a introducir de nuevo el obstáculo que - el legislador ha querido remover, y a negar a los principios -

807 Cfr. José Castán Tobeñas; Op. Cit. p.311

808 Cfr. Norberto Bobbio-citado por Eduardo García Máynez: Filoso - fía del Derecho; Op. Cit. p. 320.

generales su verdadera virtud de integración. 809.

Ahora bien, dentro de la técnica jurídica, según García - Máñez, uno de los problemas que forman su objeto de estudio es la integración. Cuando existen preceptos que interpretar, - valga la redundancia, puede existir la interpretación, pero se dan casos en que un problema concreto sometido al conocimiento de un juez, no caiga bajo ningún supuesto del ordenamiento positivo, o sea que exista una laguna en la ley la cual debe ser cubierta y los medios para realizarlo los proporciona el propio ordenamiento jurídico; en él se encuentran los criterios - para subsanar tal imprevisión. Cuando se da tal situación se - recurre a los llamados principios generales del derecho, al de recho natural o a la equidad. En esta hipótesis, el juzgador - debe aplicar al caso concreto la norma que él considere mas -- adecuada y, entonces, realiza una tarea constructiva y no de - interpretación, pues no existe norma predeterminada aplicable al caso concreto. 810.

Por su parte, Luis Legaz y Lacambra, nos expresa:
El problema de las lagunas es un enigma tanto lógica como axio lógico, esto es, ante la ausencia de una respuesta en la ley, ya sea en forma directa mediante un artículo, o indirecta a -- través de la interpretación de este; o bien, la respuesta que - resulta ser incongruente con las finalidades del sistema al --

809 Giorgio Del Vecchio; Op. Cit. pp. 58 y 59.

810 Cfr. Eduardo García Máñez: Introducción al estudio del Derecho Op. cit. p. 129.

cual pertenece el cuerpo jurídico que se observe. De esta manera, la función estimativa del jurista no es una función que pueda quedar al arbitrio de sus personales convicciones, sino una función que necesariamente debe considerar los valores -- que se encuentran presentes en las disposiciones del sistema con el que trabaja. 811.

Ronald M. Dworkin, nos proporciona la información sobre un caso cuya solución se hace a través de integración de la ley con base en los principios generales del derecho.

Empero, previamente a la exposición del caso Henningsen vs. Blomfield Motors, Inc., no es por demás, que tengamos presente cual es la delimitación que da Dworkin, acerca de los principios generales del derecho. Y, es la siguiente:

"Clamo principio al patrón que debe ser observado, no -- porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad". 812

En 1960, un tribunal de Nueva Jersey se enfrenta, en el caso Henningsen vs. Blomfield Motors, Inc., con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (y en qué medida) limitar su responsabilidad en el caso que el auto móvil sea defectuosa. Henningsen había comprado un automóvil, y firmado un contrato que decía que la responsabilidad del fabricante por defectos se limitaba a "reparar" las partes de--

811 Cfr. Luis Legaz y Lacambra: Filosofía del derecho; 4a. ed. Ed. Bosch, Madrid-España. 1975.p.547.

812 Ronald M. Dworkin: ¿Es el derecho un sistema de reglas? Trá. de Javier Esquivel y Juan Reholledo G; 1a. ed. Ed. Instituto de Investigaciones Filosóficas- UNAM. Cuadernos de Crítica 5. México, D.F. p. 19.

fectuosas "quedando esta garantía expresamente en lugar de todas las demás garantías, obligaciones u responsabilidades".

Henningsen arguía que, al menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía de ser protegido por esta limitación y que debería de responder por los gastos médicos y otros hechos por las personas lesionadas en el accidente. El demandante no pudo señalar ninguna ley, ni ninguna regla de derecho establecida que impidiera que el fabricante se atuviera a los términos del contrato. No obstante, el tribunal estuvo de acuerdo con Henningsen. En diversos puntos de la argumentación del tribunal se hicieron las siguientes referencias a patrones:

a) "Nosotros debemos recordar el principio general de -- que en ausencia de fraude, quien no desea leer el contrato antes de firmarlo no puede luego librarse de sus cargas";

b) "Al aplicar dicho principio, la tesis básica de la libertad de contratación es un factor de importancia";

c) "Libertad de contratación no es una doctrina de tal modo inmutable como para no admitir especificaciones en el área que nos concierne";

d) "En una sociedad como la nuestra, en la que el automóvil es un implemento común y necesario de la vida diaria, y en la que su uso está tan cargado de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante está bajo una especial obligación con respecto a la construcción, promoción y venta de sus automóviles. En consecuencia, los tribunales --

deben examinar cuidadosamente los contratos de compraventa para ver si los intereses del consumidor y del público son equitativamente considerados";

e) "¿Acaso existe algún principio que sea más familiar - o que esté más firmemente inmerso en la historia del derecho angloamericano que la doctrina básica de que los tribunales - no deben permitir el ser usados como instrumentos de iniquidad e injusticia?;

f) "Más específicamente, los tribunales generalmente se niegan a prestarse para la imposición de un arreglo en el - - cual una de las partes ha tomado ventaja injustamente de las necesidades económicas de la otra". 813

Habida cuenta, los percatamos que los principios juegan un papel relevante a fin de resolver los problemas jurídicos, cuando falta un precepto satisfactorio, dicho de otra manera, como contenedores potenciales de cualquier solución justa en el orden de ideas básicas o fundantes de un determinado sistema.

De ahí, que para Dworkin, no es válida la argumentación de los positivistas acerca de que los principios no pueden -- contar como derecho porque su autoridad, y más aún su peso, - es congénitamente polémico. Cada vez, que al asociar lo antes citado con un contra-argumento que se opone a la doctrina positivista, ya que, si no se reconoce que algunos principios - son obligatorios para los jueces, exigiéndoles en conjunto --

que lleguen a determinadas decisiones, entonces tampoco de -- ninguna o de muy pocas reglas puede decirse que son obligatorias para ellos. 814.

A este respecto, Azúa Reyes, comenta: no hay necesidad de asumir el papel de legisladores casitas, de fabricar una legislación exhaustiva que por otro lado, jamás llegaría a -- ser conclusa; todo ello para perdernos en un mundo cada vez -- más enmaranado de preceptos legales que aumentarían la incongruencia legal para acabar por destruir el sistema. La gran riqueza de posibilidades en las relaciones humanas nunca podrá ser suficientemente prevista por el legislador; ahí está la piedra de toque para satisfacer esas carencias: el recurso a los principios generales del derecho. 815.

Por último, sólo nos resta destacar que los principios -- generales del derecho tienen una función integrativa, según -- lo disponen diversos preceptos del derecho positivo. En cuanto, al caso concreto de nuestro país, así lo dispone el párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra reproducimos una vez mas:

"En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

En igual sentido y con mayor amplitud en su función de -- los principios generales del derecho en el ámbito civil, la --

814 Cfr. Ídem. pp. 40 y 41.

815 Sergio C. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 106.

dispone el artículo 19 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y de múltiples Códigos de los diferentes Estados que conforman a la República mexicana, lo mismo podemos afirmar de los distintos ordenamientos legales de muchos - - otros países, según lo vimos claramente en el apartado histórico del presente capítulo.

Así pues, el artículo antes citado, a la letra dispone:

"Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

Sin embargo, debemos precisar que la función integradora de los principios generales del derecho, es además una probabilidad obligatoria e imperativa para el poder judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 del Código Civil vigente antes mencionado y que a continuación expresamos literalmente:

"El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

En sentido parecido, pero un tanto cuanto más explícito, el artículo 60 del Código Civil español, en su redacción originaria establece que: el tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. 816

Por lo que respecta, a la función directiva que desempeñan los principios generales del derecho, cabe decir, según -

Norberto Bobbio, a aquella que es propia de los principios - constitucionales de tipo programático destinados a orientar la actividad del legislador y de los órganos inferiores de producción jurídica. 817

Ahora bien, algunos autores consideran que para que un precepto legal tenga una existencia efectiva es necesario -- que el mismo derive consciente o inconscientemente de los -- principios generales del derecho, a contrario sensu podemos afirmar que en ellos se encuentra resumida la multitud de -- preceptos que constituyen los cuerpos legales, esto es, los principios generales del derecho son la entraña misma del -- sistema jurídico.

A este respecto, Azúá Reyes, expresa lo siguiente: Se -- ha argumentado que la función judicial se reduce a aplicar -- la ley formulada por el legislador. Empero, el juez no puede reducirse a mero aplicador del derecho existente, sino que -- está obligado a resolver aun en ausencia de ley, por lo que su función se concibe como independiente de la previa exis-- tencia de leyes que aplicar. De ahí, que el párrafo cuarto -- del artículo 14 de nuestra ley fundamental, prescriba que la sentencia deberá ser conforme a la letra o a la interpreta-- ción de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los princi-- pios generales del derecho, lo que nos demuestra que el pa-- der judicial no sólo se concreta en aplicar la ley, sino que

817 Norberto Bobbio -citado por Eduardo García Máynez: Filosofía del derecho; Op. Cit.p.130.

también esta facultado para interpretarla en casos de obscuridad o duda, e incluso de crearla cuando sea necesario por no existir preceptos aplicables al caso controvertido. 818

Por último, para Norberto Bobbio, los principios generales del derecho cumplen también una función limitativa, a este respecto, dicho autor, nos expresa que: la función limitativa, que corresponde, verbigracia, según el artículo 117 de la Constitución Italiana, "a los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado", respecto de las disposiciones legislativas emanadas de las regiones. 819

A este respecto, Blanca Farnieles, nos dice que la función limitativa de los principios generales del derecho tiene que ver con lo subsecuente:

Al conformarse los principios generales del derecho como juicios estructurales, con todas las implicaciones ya examinadas, entre ellas las de ordenación y estructuración, cumplen con una función limitativa, puesto que señalan campos de acción, que no pueden rebasarse sin que exista una contradicción interna. 820

Dicho de otra manera, cabe resaltar que los principios generales del derecho además, cumplen la función limitativa

818 Cfr. Sergio T. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 109.

819 Cfr. Norberto Bobbio-citado por Eduarda García Máynez; Filosofía del Derecho; Op. Cit. pp. 320 y 321.

820 Cfr. Víctor José Blanca Farnieles; Los principios generales del Derecho-Metodología de obtención y formulación; Tesis de licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM. México, D.F. Noviembre de 1974. p. 137.

cuando estos demarcan ordenadamente relaciones entre normas jurídicas de jerarquía superior con otras de rango menor. Lo anterior no significa en ningún momento que se rompa con la armonía y arquitectura del sistema al que están sujetas.

2-4. DESCRIPCIÓN, ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En este apartado no trataremos a todos los principios generales del derecho que encontramos dentro de la literatura jurídica, ya que, la información que existe respecto a éstos, es muy amplia y en consecuencia rebasaría la naturaleza de la presente investigación.

Razón por la cual, únicamente nos dedicaremos al estudio de tres de los principios generales del derecho, entre otras razones, por ser los más representativos para nuestro objeto de estudio y son a saber:

- LA LIBERTAD; Y
- LA IGUALDAD;

No obstante, dicho sea de paso, haremos alusión breve de algunos de los tantos principios generales del derecho con el fin de no omitir su existencia.

Así pues, para Federico De Castro y Bravo, los principios generales del derecho se clasifican en tres categorías y son a saber: 1) Los del derecho natural (que son eternos, inmutables y perfectos); 2) Los tradicionales (costumbres, -

convicciones y aspiraciones de la colectividad); 3) Políticos (manifiestos en las leyes políticas). 821

Por su parte, Norberto Bobbio, nos dice que los principios generales del derecho pueden ser agrupados de acuerdo con la materia a que pertenecen y así tenemos:

- Principios generales de derecho civil;
- Principios generales de derecho mercantil;
- Principios generales del derecho penal;
- principios generales de derecho administrativo;
- principios generales de derecho laboral, etc.

Dicha clasificación resultaría poco satisfactoria, porque la diversidad material no implica necesariamente, en el caso, una diferencia de naturaleza. 822.

Al respecto, García Máynez, comenta: Si en vez de dividir los principios generales del derecho atendiendo a las diversas ramas de los derechos privado y público, hacemos uso del criterio material en un sentido más amplio, podremos de acuerdo con el citado jurista, obtener la clasificación siguiente:

10. Principios generales de derecho substancial: que establecen máximas para la conducta de los particulares (como, por ejemplo, la prohibición de actos que impliquen el llama-

821 Cfr. Federico De Castro y Brava: Derecho Civil de España; Op. Cit. T.I. pp. 452 y sgts.

822 Norberto Bobbio -citado por Eduardo García Máynez: Filosofía del Derecho; Op. Cit. p. 319.

do abuso de un derecho);

2º Principios generales de derecho procesal, dentro de -
cuyo grupo hay que incluir, en opinión de Bobbio, las reglas
generales de carácter hermenéutico (por ejemplo: el de no juz-
gar dos veces el mismo caso, en caso de duda debe beneficiar-
se el acusado, etc.)

3º Principios generales de organización (por ejemplo el
de la heterotutela en los ordenamientos estatales, el de la -
separación de poderes en el Estado de Derecho o el de la irre-
troactividad de las leyes). 823

De lo antes mencionado, se deja entrever que los del pri-
mer grupo se hallan principalmente dirigidos a los ciudada-
nos, los del segundo a los jueces y los del último al legisla-
dor.

Otra clasificación es la que se encuentra basada en la -
extensión del ámbito de validez de los principios generales -
del derecho. Cada vez, que muestra, en primer lugar, que aque-
llos no son todos generales del mismo modo, sino que ocupan -
distintos planos de acuerdo con el diverso grado de su genera-
lidad; y, en segunda lugar, porque el concepto de generalidad
como varias veces se ha observado, es relativo, lo que expli-
ca que la misma norma pueda considerarse como principio gene-
ral respecto de otra mas específica o como norma específica -
respecto de otra mas general.

Así pues, de acuerdo al criterio antes citado, los principios generales del derecho se dividen en:

I.- Principios de un instituto (como el de la indisolubilidad del matrimonio en el derecho italiano o el de la irrevocabilidad de las donaciones).

II.- Principios de una materia (por ejemplo, el que estatuye que la carga de la prueba corresponde a quien hace valer su derecho);

III.- Principios de una rama jurídica (verbigracia, el del favor rei en derecho penal o de la progresividad del impuesto en derecho fiscal);

IV.- Principios de todo un orden jurídico (como, por ejemplo, el de la libertad de contratación en un régimen inspirado en la ideología liberal o el de respeto a la vida de la comunidad). 824

Ahora bien, dentro de la categoría de los principios universales entrarían, de acuerdo con Bobbio, las siguientes

1º A los llamados principios de justicia, tales como el de no dañar a nadie y el de dar a cada quien lo suyo, a los que considera como fórmulas vacías que pueden llenarse con cualquier contenido;

2º Principios que derivan de condiciones de hecho im-

824 Cfr. Norberto Bobbio; Principi Generali di Diritto, En Novissimo Digesto Italiano. p. 894 y 895. citado por Eduardo García Máynez: Filosofía del derecho; Op. Cit. p. 320.

prescindibles e incontrovertibles, tales como los que establecen que nadie esta obligado a lo imposible y el de que nadie puede transmitir más de lo que tiene; y

3º Principios que enuncian las condiciones de posibilidad de todo orden jurídico (como el principio de pacta sunt servanda).

A continuación, pasamos a mencionar a algunos de los principios generales del derecho y son a saber:

- Recta razón propuesta por Aristóteles; 826
- Los juristas romanos apoyaron sus decisiones a - 827
casos no previstos en la ratio iuris, en la naturalis ratio;
- Raimundo Lulio, nos señala a los de: amor a Dios, vi
vir honestamente y dar a cada uno lo suyo; 828
- Tomás de Aquino, habla de la razón natural proveniente de la razón divina;
- La capacidad de obrar es la regla, la incapacidad es la excepción;
- El principio es la libertad de las formas de los actos y de los negocios, la observancia de una determinada forma es la excepción;
- Las obligaciones asumidas deben ser respetadas o dicho de otra manera, la palabra dada debe ser cumplida (PACTA SUNT SERVANDA);
- El acreedor no debe agravar con el hecho propio la situación del deudor;

825 Cfr. Norberto Bobbio-citado por Eduardo García Máynez; Op. Cit. p. 320.

826 Véase Aristóteles: *Ética Nicomaquea*-Libro VI de "Las virtudes intelectuales"; Op. Cit. p. 74.

827 Cfr. Giorgio Del Vecchio; Op. Cit. p. 56

828 Cfr. Raimundo Lulio-citado por Ramón Badenes G; Op. Cit. p.307

- Se responde de los propios actos, no de los ajenos; -
- Solamente el autor de un acto dañoso responde frente al perjudicado;
- En las relaciones sociales, debe tutelarse la buena fe y reprimirse la mala fe;
- Hay que favorecer más a quien trata de evitarse un daño que a aquel que trata de obtener una ganancia;
- No se puede hacer recaer más de una vez, sobre el sujeto, la responsabilidad de un hecho;
- No hay deber jurídico, ni consiguientemente sanción, para el caso de inobservancia, si no existe una norma que im--ponga la observancia del deber;
- Cada cual tiene derecho a todo el fruto de su propio trabajo;
- No se puede adquirir un derecho mayor o diverso de --aquel que compete a quien lo transmite;
- Si llega a caer el derecho del tratamieto, cae tam--bién el derecho del adquirente;
- Quien procura un daño a otro está obligado a resarcir lo;
- La diligencia exigida en el cumplimiento de los deberes, y también en el goce de ciertos derechos, es la del --buen padre de familia;
- En la duda se presume la libertad de los bienes inmuebles;

- En el conflicto entre dos adquirentes del mismo derecho, es preferido quien haya sido el primero en adquirirlo;

- La buena fe se presume;

- Todos tienen iguales derechos y deberes frente al ordenamiento jurídico (la ley es igual para todos);

- A nadie le es lícito hacerse justicia por su mano;

- Debe respetarse la personalidad ajena;

- La familia es una unidad orgánica y esta regida por principios unitarios.⁸³⁰

- Respeto debido a la personalidad humana;

- Derechos sobre el propio cuerpo humano;

- Protección a la existencia espiritual del ser;

- Respeto a la integridad tanto corporal como moral

- Respeto a la actividad del pensamiento;

- Nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro; ⁸³¹

A este respecto, Azúa Reyes, comenta: Podríamos afirmar que las reglas que hemos denominado principios generales del derecho de carácter derivado no son otra cosa que la explicitación de los de mayor jerarquía. Para dar una idea de la multiplicación de estos últimos, señalaremos la existencia de dos obras dedicadas a enunciar esta clase de principios: la primera se titula *Regulae Juris* (Racolta di 2000 Regole del Diritto eseguita sui migliori testi, con l'indicazione

⁸³⁰ Francisco Messineo; Manual de Derecho Civil y Comercial; Buenos Aires - Argentina. T.I. 1954. pp. 111 y 112.- Citado por Lorenza A. Gardella; Op. Cit. p. 135.

⁸³¹ Giorgio Del Vecchio; Op. Cit. pp. 91 a 103.

delle fonti, shiarimenti, capitoli riassuntivi e la versione italiana riprodotta dei piucelebri commentatori), su autor es C. de Mauri, Editore Ulrico Hoepli Milano Ristampa, 1949. La segunda, perteneciente a la literatura jurídico-cánónica, es debida a Victorius Bratocetti y se titula "De Regulis Juris - Canonici" (Regularum in Libro VI Decretelium earumque praeser bim cum Codice J.C. relationum brevis explanatio). Editore Angelo Belardetti, Roma, 1956. 832

Así pues, para Nestor De Buen Lozano, no hay nada seguro ni firme en relación a los principios generales del derecho. 833

Por su parte, C.S. Yavich, señala: los principios legales son fenómenos de muchas facetas cuya descripción puede y debe tratarse desde varios ángulos. Empero, no debemos olvidar que éstos, presentan las siguientes características y son a saber: a) reflejan la base económica en la esfera de las relaciones sociales volitivas, b) inevitablemente expresan los intereses de ciertas clases, c) juegan un papel muy especial en la conciencia social y en la lucha ideológica. 834

En sentido diferente, Azúa Reyes, concluye de la siguiente manera: Los principios generales del derecho son postulados que a lo largo de la historia han permanecido inalterados en lo substancial. Su evolución sólo se da en principios gene

832 Sergio C. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 133

833 Cfr. Nestor De Buen Lozano; "Los principios generales del trabajo en el ámbito procesal; art. Ruba. Boletín mexicano de Derecho comparado, Ed. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Mexico, D.F. - Año XIII, Numero 38, mayo-agosto de 1980. p. 358.

834 C.S. Yavich: Teoría general del derecho; Op. Cit. pp. 179 y 181

En sentido diferente, Azua Reyes, concluye de la siguiente manera: Los principios generales del derecho son postulados que a lo largo de la historia han permanecido inalterados en lo substancial. Su evolución solo se da en principios generales de carácter derivado y es mas lenta mientras mayor es su trascendencia y mas rapida mientras mas circunstanciales son los fenomenos que hay que regular. 835.

Desde nuestro punto de vista, la conclusion expresada -- por Azua Reyes, deja entrever acusados rasgos de inmutabilidad y de ahistoricismo idealista. Toda vez, que niega en lo substancial transformacion alguna.

De ahí que no estemos de acuerdo con dicha autor, ya que en atencion a nuestra posicion teorica metodologica, los referidos principios sufren cambios en forma permanente y se encuentran en intima relacion con el momento historico concreto en -- que se utilicen.

835 Sergio U. Azua Reyes: Los principios generales del derecho; 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. Mexico, D.F. 1982. p. 134.

Dicho de otra manera, los principios generales del de recho representan el fundamento ideológico de cualquier sistema jurídico. Es por ello, que estos no escapan a las transformaciones sociales que se dan en nuestro devenir histórico concreto. En donde se deja sentir la influencia condicionante del desarrollo de las fuerzas productivas y de las relaciones sociales de producción.

A este respecto es válida citar a Jose Castan Tobeñas quien expresa lo siguiente: Los principios generales se han de extraer no solo del Código mismo, sino del entero ordenamiento jurídico, del cual forman parte las leyes políticas y especiales que pueden recoger, mejor que un Código aislado, el Estado actual de la conciencia jurídica nacional. Por este medio los principios generales del derecho privado resultaran conectados con los dogmas de la ideología política dominante. 836

De lo anterior se desprende que los principios genera

836 Jose Castan Tobeñas: Teoría de la aplicación e investigación del derecho; 1a. ed. Ed. Instituto Editorial Reus Madrid España, 1947, p. 339.

De lo anterior se desprende que los principios generales del derecho no deben ser vistos en forma aislada de la -- problemática económica, social cultural e ideológica de las -- sociedades humanas que se desenvuelven en un espacio y tiempo -- histórico concreto.

Igualmente, cabe destacar, que la categoría de principio legal fue empleada por vez primera en la literatura Maxista por Engels, cuando expresa: El reflejo de las condiciones económicas en forma de principios jurídicos es también forzosamente, un reflejo invertido: Se opera sin que los sujetos -- agentes tengan conciencia de ello; el jurista cree manejar -- normas apriorísticas, sin darse cuenta de que estas normas no son más que simples reflejos económicos, todo al revés. --Dicho de otra manera, las condiciones materiales de vida juegan un papel sumamente importante, ya que condicionan la superestructura de la sociedad, esta es, tanto al derecho como a las actividades culturales, artísticas e ideológica--.

Para mí, es evidente que esta inversión que mientras --

no se la reconoce constituye lo que nosotros llamamos concepción ideológica, repercute a su vez sobre la base económica y puede, dentro de ciertos límites modificarla. 837

2.4.1. LA LIBERTAD

El término libertad deriva del latín *libertas-atis* que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud.

Además, cabe destacar que el vocablo libertad encierra - varias acepciones, entre otras, citamos a las siguientes:

"Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. 2. Estado o condición del que no es esclavo. 3. Estado del que no está preso. 4. Falta de sujeción y subordinación. 5. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas. 6. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres. 7. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes". 838 etc.

Para Thomas Hobbes, por libertad se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen -- parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten. 839

Por otra parte, Nicola Abbagnano, nos dice que la palabra libertad tiene tres significados fundamentales que corresponden a tres concepciones que se han intercalado en el curso

837 Federico Engels: "Carta de Engels a Konrad Schmidt. Londres, 27 de octubre de 1890" en Carlos Marx y F. Engels: Obras Escogidas. Op. Cit. p. 723.

838 Diccionario de la lengua española; Op. Cit. p. 801.

839 Thomas Hobbes: Leviatán o la materia, forma y poder de una república - Eclesiástica y Civil; Op. Cit. p.

de su historia y que pueden caracterizarse del modo siguiente:

1.- La concepción de la libertad como autodeterminación o autocausalidad, según la cual la libertad es ausencia de condiciones y de límites;

2.- La concepción de la libertad como necesidad que se fundamenta en el mismo concepto que la precedente, o sea en el de autodeterminación, pero que se atribuye la autodeterminación misma a la totalidad a la cual el hombre pertenece;

3.- La concepción de la libertad como posibilidad o elección, según la cual la libertad es limitada y condicionada, esto es, finita. 840.

Por su parte, F. Oppenheim, comenta: la palabra libertad tiene una fuerte connotación eufemista. Por lo tanto se ha usado para cubrir cualquier acción política o institución que pudiera considerarse válida, desde la obediencia al derecho natural o positivo hasta la prosperidad económica. Los escritores políticos rara vez dan definiciones explícitas de la libertad en términos descriptivos; pero con frecuencia se pueden extrapolar del contexto definiciones descriptivas. El concepto de libertad se refiere más frecuentemente a la libertad social, que debe distinguirse de otros usos de las palabras tanto en sentido descriptivo como valorativo. Las definiciones descriptivas de libertad designan estados de hechos determinados empíricamente y pueden ser aceptadas por cualquiera sin considerar los puntos de vista normativos de cada uno en lo que se refiere a la libertad.

Así pues, la libertad en sentido valorativo se usa para recomendar más que para describir; en consecuencia, tiene significados diferentes de acuerdo con los diversos modelos éticos en que se inspiran los escritores.

El concepto de libertad interpersonal o social se refiere a las relaciones de interacción entre personas o grupos, es decir al hecho de que un actor deja a otro actor en libertad de actuar en cierto modo. Este concepto debe definirse con referencia a otra relación de interacción, la de la no libertad interpersonal o social. 841

Para el hombre de las comunidades primitivas era la necesidad (y no el verbo), la necesidad de alimentarse, de beber, de alojarse, de vestirse, de reproducirse. Empujado por un irresistible impulso hacia su satisfacción, esta necesidad y el esfuerzo para satisfacerla son el primer hecho histórico del hombre. Una sola condición, pero capital, es necesaria para la realización total de aquel en esta relación fundamental y ya dialéctica: que el producto de su trabajo no le sea arrancado. Esta condición, que es una manera de definir la libertad, estaba dada, si no económica, al menos socialmente, por la forma de propiedad colectiva de los medios de producción que caracterizaba a la sociedad gentilicia. Con la aparición de la división del trabajo, de la propiedad privada y del intercambio, la objetivación que se seguirá coincidirá, sin em

841 Cfr. Felix Oppenheim: "Libertad" art. citado por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci: Diccionario de Política; Op. Cit. t.2.p.939.

bargo, en adelante con la alienación, una alienación negativa degradante, esclavizante, por supuesto. Los objetos, aunque producidos por el hombre que trabaja, pertenecerán en adelante a aquel que posee los medios de producción, y el productor no podrá ya por ello satisfacer sus necesidades más que en los límites del estricto mínimo. Su trabajo, su ser económico, estará de ese modo alienado y al mismo tiempo la naturaleza representada por el objeto y el otro hombre perteneciente, en una sociedad dividida en adelante en clases sociales antagónicas, a la clase dominante y explotadora se volverán extraños y hostiles para él: 842.

Teniendo en estimación a lo anteriormente expuesto, llegamos a concluir que el concepto de la libertad no tiene una demarcación única, sino que, tiene distintas. Las cuales se han transformado al través de nuestro devenir histórico. Y, así encontramos que el concepto de la libertad en la antigüedad se relaciona con el de propiedad privada. Esto es, ser libre antiguamente significaba ser no esclavo.

De esta suerte, ser esclavo es la condición de las personas que están bajo la propiedad de un dueño. De ahí, que la esclavitud es una institución legitimada en todos los pueblos antiguos como algo necesario y natural: 843.

842 Cfr. Konstantin Stoyanovitch: El Pensamiento marxista el Derecho; Op. Cit. pp. 150 y 151.

843 Cfr. Eugene Petit; Op. Cit. p. 76.

A este respecto, Aristóteles en la política expresa:

"En el régimen familiar pueden distinguirse ciertas partes correspondientes a las partes de que consta la familia; - ahora bien, la familia completa se compone de esclavos y libres.... La propiedad es parte de la casa, y el arte de adquirir los bienes económicos es parte del régimen familiar (pues sin lo necesario es imposible vivir, y luego vivir bien).... De este modo, la posesión de un artículo es un instrumento para la vida; la propiedad en general es una colección de instrumentos, y el esclavo una posesión animada.... De aquí se deduce que en tanto que el señor es simplemente señor del esclavo, pero sin ser algo de este último, el esclavo por su parte no es sólo esclavo del señor, sino que es por entero de él.... 844

Es pues esclavo por naturaleza el que puede pertenecer a otro (y por esto es de otro) y que participa de la razón en cuanto puede percibirla, pero sin tenerla en propiedad. Los demás animales, en cambio, no obedecen a la razón, de la cual nada perciben, sino a sus instintos. La utilidad de los esclavos difiere poco de la de los animales; de unos y otros, así de los esclavos como de los animales domésticos, recibimos ayuda corporal en nuestras necesidades. La naturaleza muestra su intención al hacer diferentes los cuerpos de los libres y los de los esclavos; lo de éstos, vigorosos para las necesidades prácticas, y los de aquellos, erguidos e inútiles para estos quehaceres, pero útiles para la vida política (que a su vez se divide en las faenas de la guerra y de la paz). 845

Es pues manifiesto que hay algunos que por naturaleza son libres y otros esclavos, y que para estos es la esclavitud cosa provechosa y justa.

Mas adelante Aristóteles, comenta:

"No es difícil ver que quienes sostienen la opinión contraria tienen en cierto modo razón. En efecto, los términos esclavitud y esclavo se usan en doble sentido. En virtud de una convención legal hay también esclavos y esclavitud, puesto que dicha convención es una especie de acuerdo por el cual el botín de guerra se estima ser del vencedor. Muchos juristas, sin embargo, impugnan la legalidad de este derecho convencional, como impugnarían a un orador que quisiera apartarse de la ley; y sostiene ser cosa monstruosa que quien puede usar la fuerza y es superior en poder, puede tener a su víctima por esclavo y súbdito. 846.

844 Aristóteles: "Política - libro Primero"; Op. Cit. p. 159

845 Idem. pp. 160 y 161

846 Supra idem p. 162'

De lo antes expresado, se deja entrever que la libertad se pierde, entre otras razones, por las guerras, ya que, los vencedores se apropiaban tanto de la persona como de los bienes de los vencidos. Sin más explicación que el de la fuerza y codicia de los vencedores.

Al respecto, Marx comenta: la sociedad antigua se fundaba en el trabajo esclavo y por consiguiente su base natural era la desigualdad de los hombres y de sus fuerzas productivas. 847.

Consecuentemente, la base de las relaciones de producción de la sociedad esclavista era la propiedad completa del esclavista tanto sobre los medios de producción como sobre el propio esclavo y cuanto éste produjera. 848

Por su parte, I. Burgua, se pregunta: la libertad que todo hombre debe poseer ¿prácticamente la ha tenido? La historia nos demuestra hasta la evidencia que tal correspondencia ha faltado a menudo. Así, desde los tiempos más remotos había una acentuada diferencia social entre dos grupos de hombres: los libres y los esclavos. La libertad estaba reservada a una clase privilegiada, a un sector que imponía su voluntad sobre el resto de la población constituida por los esclavos. Estas no eran personas, sino cosas, como sucedía principalmente en Grecia y en Roma. No era cierto que todo

hombre, por el hecho de ser tal, fuese libre; era falso que la libertad constituyera un atributo inseparable de la naturaleza humana; la potestad libertaria se reservaba a una -- clase social superior, privilegiada, que tenía todos los de^{re}chos sobre los seres no libres. Esta negación de la liber^{ta}dad a un grupo humano de la sociedad, esta desigualdad ini^{cu}ua que imperaba entre dos clases sociales -- hombres libres y esclavos --, era el signo invariable y característica de -- las realidades políticas de la antigüedad. 849

Igualmente, cabe decir que en la Edad Media la liber^{ta}dad era un privilegio de unos cuantos. A este respecto, -- Marx expresa: En la Edad Media en lugar del hombre independiente nos encontramos con que aquí todos están ligados por lazos de dependencia: siervos de la gleba y terratenientes, vasallos y grandes señores, seculares y clérigos. La depen^{de}ndencia personal caracteriza tanto las relaciones sociales -- en que tiene lugar la producción material como las otras es^{fe}ras de la vida estructuradas sobre dicha producción. La -- prestación personal servil se mide por el tiempo, tal cual se hace con el trabajo que produce mercancías, pero ningún siervo ignore que se trata de determinada cantidad de su -- fuerza de trabajo personal, gastada por él al servicio de su señor. El diezmo que le entrega al cura es más diáfano -- que la bendición del clérigo. Sea cual fuere el juicio que

nos merezcan las máscaras que aquí se ponen los hombres al -- desempeñar sus respectivos papeles, el caso es que las relaciones sociales existentes entre las personas en sus trabajos se ponen de manifiesto como sus propias relaciones personales y no aparecen disfrazadas de relaciones sociales entre las cosas, entre los productos del trabajo. 850.

Lo mismo que en el régimen esclavista, las relaciones de producción del feudalismo fueron relaciones de dominio y sometimiento, de explotación de los campesinos siervos por parte de los señores feudales. No obstante, fueron más progresivas que las de la sociedad esclavista, ya que despertaron cierto interés de los trabajadores por el trabajo. Los campesinos y los artesanos poseían su hacienda propia (el campesino tenía una porción de terreno, caballo y otros animales domésticos, a más de aperos; el artesano, herramientas y mecanismos de los más simples), en la cual trabajaban para ellos después de haber cumplido todas las obligaciones feudales. Estaban interesados en perfeccionar los instrumentos y mejorar los métodos de trabajo en la agricultura y artesanía ⁹⁵¹

A este respecto, N.G. Alexandrov, expresa lo siguiente: Bajo el régimen feudal, el derecho representaba la voluntad de los señores feudales como clase, voluntad que es erigida en ley para todos los miembros de la sociedad. Condicionada

850 K.Marx: El Capital-C.I. Vol.I.; Op. Cit. pp.94 y 95
851 Cfr. D. Afanasiev; Op. Cit. pp. 222 y 223.

como estaba por la posición dominante de los señores feudales en la vida económica de la sociedad, este Derecho servía a los intereses de dicha clase, permitiéndole mantener bajo la explotación a los siervos de la gleba.

La consolidación y defensa de la propiedad feudal sobre la tierra, de la propiedad privada sobre los demás instrumentos y medios de producción, la forma jurídica por la que -- eran adscritos los campesinos a la tierra de los señores y -- el mantenimiento de la servidumbre son los principios que -- inspiran el derecho de la sociedad feudal. He aquí, por ejemplo, lo que se decía acerca de los derechos de los terratenientes sobre los siervos de la gleba en uno de los artículos del Código de 1649:"

"y serán devueltos aquellos campesinos, con tierra o -- sin ella, a los señores a quienes estén adscritos según los registros de años anteriores, o a los que pertenecían según los actuales, si han huido o huyen adelante; y también -- los campesinos, sin tierra o con ella, y los niños, y sobrinos, y nietos con sus mujeres y niños y toda ser viviente, -- adulta o sin dote, serán devueltos a aquellos de quienes huyeron, de acuerdo con los registros, en cualquier instante y de ahora en adelante nadie ha de tomar ni tener campesinos -- de otros". 852

De esta suerte, se deja entrever que el derecho feudal consolidaba abiertamente la desigualdad en la sociedad, era un derecho clasista, un derecho de privilegio, puesto que -- servía únicamente a la clase privilegiada, que ostentaba el poder, a la nobleza y al clero, aseguraba la subordinación y la opresión de los estamentos sojuzgados de la población.

852 N.G. Alexandrov y otros; Op. Cit. pp. 67 y 68.

El derecho feudal presentaba igualmente la característica de hallarse ligado ordinariamente, o de una forma directa a las normas de la moral religiosa, lo que era consecuencia del papel y del lugar que ocupaba la Iglesia en la sociedad feudal. Un lugar especial entre las normas del derecho feudal corresponde al derecho canónico, que abarcaba no sólo las relaciones entre los clérigos - los servidores de la Iglesia -, sino que en gran parte abarcaba también a todos los miembros de la sociedad (relaciones matrimoniales, familiares y de sucesión, herejías, brujerías, etc.). Los castigos que imponían los tribunales eclesiásticos se distinguían por su crueldad. La investigación y la vista de la causa en los tribunales de la Inquisición, eran secretas y se utilizaban refinados suplicios. En suma, el derecho feudal defendía siempre e invariablemente los derechos y privilegios de clase de los señores contra las masas oprimidas de los siervos de la gleba. 853

En la Edad Media y hasta los tiempos modernos, la libertad humana no existía como atributo real de todo hombre. Los privilegios y la reserva de la libertad en favor de grupos sociales determinados subsistieron, a pesar de las concepciones filosóficas propaladas en el sentido de que todos los hombres sin distinción son igualmente libres. No fue sino hasta la Revolución francesa cuando se proclamó la libertad universal del ser humano; todo hombre, se dijo entonces, por

el hecho de ser tal, nace libre. 854.

A continuación, nos permitimos expresar algunas consideraciones en torno al modo de producción capitalista. A fin de tener presente el marco en que se desarrollan las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción que circundan al concepto actual de libertad jurídica.

Empero, antes de adentrarnos a dicha exposición, estimo oportuno señalar que: los burgueses tienen su antecedente en la clase social de los mercaderes. Ahora bien, cabe preguntarse entre otras cuestiones, a las siguientes: ¿cómo eran? a que se dedicaban?, etc. A este respecto, Michel E. Ugar, comenta:

Alrededor del año 1000 d.c., el mercader tenía una imagen algo diferente a la actual. *Pies poudreux* (pies polvorientos), se llamaba, porque llevaba sus mercancías de aldea en aldea, de feria en feria, de mercado en mercado, a pie o a caballo, vendiendo a medida que marchaba. En los grandes salones de los señores feudales, el mercader era objeto de burla, desprecio, y hasta odio, ya que, las utilidades que lograba el mercader, se daba de la diferencia entre el precio que el mercader pagaba al comprar y el precio que recibía al vender, se consideraba deshonrosa en una sociedad que ensalzaba las nobles virtudes del matar y alababa a a quienes vivían de los esfuerzos y fatigas de los campesinos. La

ganancia se miraba como una forma de la usura: 855

En el año de 1184 d.c., en la ciudad francesa de Chateauf, unos revolucionarios asumieron el control de los principales edificios, proclamando que protestaban por los impuestos, exacciones, y el cercenamiento de su libertad de trabajar y comerciar. Exhortados a renunciar a la comuna o conjuración... que han erigido, se negaron. Transcurrió un año antes que el orden se restableciera por completo, y aún después persistían rumores de conjuraciones, conspiraciones y sociedades secretas. Los revolucionarios eran, según las palabras del papa, "los llamados burgueses"; o, según las del arzobispo, potentiare burguenses (los burgueses poderosos).

De ahí que el odio sobre esta clase vino cuando una nobleza necesitada de dinero efectivo para financiar sus guerras y su estilo de vida descubrió que los mercaderes tenían más dinero que ella: 856.

En cuanto, a la relación entre la burguesía naciente y el derecho tiene tres facetas y son a saber:

1.- El derecho en la medida en que cabe hablar de él en la mañana de la vida feudal, no aludía al comercio o bien le era hostil. El mercader, por lo tanto, era en ese sentido un descastado social, que veía el sistema jurídico-el sistema que dictaba normas respaldadas por la fuerza institucional -

855 Cfr. E. Vigar Michel y Madaline R. Levy; Op. Cit. p. 17.

856 Cfr. Michel E. Vigar; Op. Cit. pp. 17 y 18.

como hostil y ajeno. El mercader común trataba de arreglarse con el sistema en forma que le permitiera lucrar. Cuando el número y el poder de los mercaderes creció, los ideólogos jurídicos de esa clase trataron de justificar el lugar del comercio dentro de las coordenadas del sistema feudal. También buscaron un modo de acomodarse dentro del derecho feudal, y los puntos débiles del mismo.

2.- A medida que el mercader fue ampliando su campo de acción para crear instituciones de comercio-ciudades, puertos, almacenes, bancos, talleres,.... -entró cada vez más en colisión frontal con los intereses económicos y políticos de los señores feudales de uno u otro sector de territorio. Por ejemplo, las normas que prohibían o restringían la venta de tierras fuera de la familia -lo cual impedía eficazmente que la tierra fuese un artículo de comercio - hasta la prohibición de la mayoría de las formas de asociación, tanto política como económica, el conflicto se agudizaba y se ampliaba - hasta que el burgués descubría gradualmente los puntos en -- que el sistema jurídico ya no podía adecuarse a su voluntad, asimilarse por un precio aceptable, ni eludirse.

3. Están las leyes que los mercaderes hicieron para -- ellos mismos, el sistema jurídico que moldearon para que sirviera a sus propios intereses. Primero crearon tribunales para arreglar los litigios que surgían entre ellos, luego arrancaron u obtuvieron con lisonjas concesiones de príncipes es-

La manufactura vino a sustituir el taller del artesano. 858

Para K. Marx, la acumulación del capital presupone el plusvalor, el plusvalor la producción capitalista, y ésta - la preexistencia de masas de capital relativamente grandes en manos de los productores de mercancías. En relación a la acumulación originaria del capital existen fundamentalmente dos posiciones contradictorias, una de ellas, hace referencia a lo siguiente: En tiempos muy remotos había, por un lado, una élite diligente (inteligente y ante todo ahorrativa) y por el otro una pandilla de vagos y holgazanes (que dilapidaban todo lo que tenían y aun más). Ocurrió así que los primeros acumularon riqueza y los últimos terminaron por no tener nada que vender excepto su pellejo. Y de este pecado original arranca la pobreza de la gran masa. En cambio, la otra vertiente, nos remarca que en la historia real el gran papel lo desempeñan como es sabido, la conquista, el sometimiento, el homicidio motivado por el robo: en una palabra, la violencia. 859

El dinero y la mercancía no son capital desde un primer momento, como tampoco lo son los medios de producción y de subsistencia. Requieren ser transformados en capital. Pero esta transformación misma sólo se puede operar bajo determinadas circunstancias coincidentes: es necesario que se enfrenten y entren en contacto dos clases muy diferentes de poseedores de mercancías; a un lado, los propietarios de di

pirituales o temporales a fin de establecer zonas de libre comercio, y finalmente en un período de siglos- se lanzaron al poder sobre las naciones. El proceso de la legislación -- burguesa vio la creación y la aplicación de normas legales -- específicas sobre los contratos, la propiedad, y los procedimientos judiciales; esas normas legales se dictaron conforme a un contexto de ideología jurídica que identificaba la libertad de acción de los empresarios con el derecho natural y con la razón natural.

Estos elementos de la relación de los burgueses con el derecho no corresponden a períodos históricos nítidamente de finidos: aparecen en cada país de Europa occidental desde el siglo XI hasta la conquista del poder por la burguesía entre el siglo XVII y el XIX. La caída del régimen feudal fue un proceso gradual jaloneado por levantamientos súbitos y violentos. 858

Así pues, las relaciones capitalistas se desarrollan en las entrañas del régimen feudal. Además, es necesario tener presente en el análisis de este modo de producción, a los -- grandes descubrimientos geográficos de fines del siglo XV y comienzos del siglo XVI (el de América, el de la ruta marítima a la India, etc.) Se formó el mercado internacional. Aumentó la demanda de diversas mercancías, demanda que la producción artesana ya no estaba en condiciones de satisfacer.

857 Cfr. Michel E. Tigar; Op. Cit. pp. 17 y 18.

858 Cfr. C. Marx y E. Engels: Manifiesto del partido comunista; Op. Cit. pp. 33 y 34.

nero, de medios de producción y de subsistencia, a quienes - les toca valorizar, mediante la adquisición de fuerza de trabajo ajena, la suma de valor de la que se han apropiado: al otro lado, trabajadores libres, vendedores de la fuerza de trabajo propia y por tanto vendedores de trabajo. Trabajadores libres en el doble sentido de que ni están incluidos directamente entre los medios de producción - como si lo están los esclavos, siervos de la gleba, etc., ni tampoco les pertenecen a ellos los medios de producción - a la inversa de lo que ocurre con el campesino que trabaja su propia tierra, etc., hallándose, por el contrario, libres y desembarazados de esos medios de producción. Con esta polarización del mercado de mercancías están dadas las condiciones fundamentales de la producción capitalista. 860.

De esta suerte, la llamada acumulación originaria no es, por consiguiente, más que el proceso histórico de escisión entre productor y medios de producción. Aparece como originaria porque configura la prehistoria del capital y del modo de producción correspondiente al mismo.

Ahora bien, cabe decir que el proceso de escisión incluye toda una serie de procesos históricos, una serie que, precisamente, es de carácter dual: por una parte, disolución de las relaciones que convierten a los trabajadores en propiedad de terceros y en medios de producción de los que éstos se han apropiado, y por la otra, disolución de la propiedad

que ejercían los productores directos sobre sus medios de -- producción. El proceso de escisión, pues, abarca en realidad toda la historia del desarrollo de la moderna sociedad bur-- guesa, historia que no ofrecería dificultad alguna si los -- historiadores burgueses no hubieran presentado la disolución del modo feudal de producción exclusivamente bajo el claro-- cura de la emancipación del trabajador, en vez de presentar-- la a la vez como transformación del modo feudal de explota-- ción en el modo capitalista de explotación. El punto de par-- tida del desarrollo fue el sujeción del trabajador. La etapa siguiente consistió en un cambio de forma de ese su-- jeción.

Aunque la producción capitalista, esporádicamente, se -- estableció ya durante los siglos XIV y XV en los países del mediterráneo, la era capitalista sólo data del siglo XVI. -- Allí donde florece, hace ya mucho tiempo que se han llevado a cabo la supresión de la servidumbre de la gleba y que el régimen urbano medieval ha entrado en decadencia. 861

En la historia del proceso de escisión hacen época des-- de el punto de vista histórico, los momentos en que se sepa-- ra súbita y violentamente a grandes masas humanas de sus me-- dios de subsistencia y de producción y se las arroja, en ca-- lidad de proletarios totalmente libres, al mercado de traba-- jo. La expropiación que despoja de la tierra al trabajador, constituye el fundamento de todo el proceso. De ahí que debe

mos considerarla en primer término. La historia de esa expresión adopta diversas tonalidades en distintos países y recorre en una sucesión diferente. Además, cabe recordar que dichas experiencias históricas han sido grabadas en los anales de la humanidad con trazos de sangre y fuego. 862

A continuación, vamos a referirnos brevemente sobre las ideas que tenían algunos ideólogos de la burguesía en relación al concepto de la libertad.

Para Hobbes, el uso del término libre albedrío no puede inferirse libertad de la voluntad, deseo o inclinación sino libertad del hombre, la cual consiste en que no encuentra -- obstáculo para hacer lo que tiene voluntad, deseo o inclinación de llevar a cabo. Pero del mismo modo que los hombres, para alcanzar la paz y, con ella, la conservación de sí mismos, han creado un hombre artificial que podemos llamar Estado, así tenemos también que han hecho cadenas artificiales, llamadas leyes civiles que ellos mismos, por pactos mutuos -- han fijado fuertemente, en un extremo, a los labios de aquel hombre o asamblea a quien ellos han dado el poder soberano.

En efecto, si advertimos que no existe en el mundo Estado alguno en el cual se hayan establecido normas bastantes -- para la regulación de todas las acciones y palabras de los -- hombres, por ser cosa imposible, se sigue necesariamente que en todo género de acciones, conforme a leyes preestablecidas los hombres tienen la libertad de hacer lo que su propia ra-

zón les sugiera para mayor provecho de si mismos.

Mas adelante dicho autor comenta: la libertad como exención de las leyes, no es menos absurda que los hombres demanden como lo hacen, esta libertad, en virtud de la cual todos los demás hombres pueden ser señores de sus vidas. y por absurdo que sea, esto es lo que demandan, ignorando que las leyes no tienen poder para protegerlas si no existe una espada en las manos de un hombre o de varios para hacer que esas leyes se cumplan. La libertad de un súbdito radica, por tanto, solamente, en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones han preterdeterminado el soberano: por ejemplo, la libertad de comprar y vender y de hacer, entre sí, contratos de otro género, de escoger su propia residencia, su propio alimento, su propio género de vida, e instruir sus niños como crea conveniente, etc. 863.

Por su parte, Baruch Spinoza, desde su perspectiva jusnaturalista racionalista comenta: en el estado de naturaleza -- había siempre odio, envidia y guerra. Sin embargo, el poder de la razón inherente a los seres humanos, les lleva a abandonar esta situación y a ordenar sus vidas de modo pacífico y racional. Entonces formarán un Estado bajo un gobierno, cuya misión será conservar la paz y la seguridad de quienes se someten a su autoridad. Para este célebre filósofo, la libertad es la más alta finalidad del gobierno. 864

863 Cfr. Thomas Hobbes; Op. Cit. pp. 173 y 174

864 Cfr. F. González Díaz Lombardo; Op. Cit. pp.195 y 196.

Igualmente, cabe decir que para Spinoza, se actúa libremente cuando se vive bajo el régimen de la virtud orientado por la luz de la razón y tomando conciencia, por una comprensión adecuada de las cosas, de aquellos que positivamente son nosotros, independientemente de las fuerzas extrañas que nos asaltan y atraigan de todos lados. 865

John Locke (1632-1704) destacado político y jurista inglés de tendencia democrática y liberal opuesta a la posición absolutista de Hobbes. Así pues, para Locke, el hombre es naturalmente sociable y que no existe un estado de naturaleza sin sociedad. La concepción individualista y aislacionista de Hobbes falsea la realidad. Para Locke en el estado de naturaleza el hombre tiene ya algunos derechos como por ejemplo, el derecho a la libertad personal y el derecho al trabajo y por consecuencia a la propiedad. Lo que falta es la autoridad que garantice esos derechos. Los individuos deben renunciar a una parte de sus derechos naturales, consentir en ciertas limitaciones, lo cual se realiza mediante el contrato. Pero en quien se deposita la autoridad no puede hacer de ella un uso arbitrario y si llega a abusar del poder viola el contrato y el pueblo recobra ipso facto su soberanía originaria. De esta suerte, la obediencia se encuentra subordinada a la obediencia del contrato social por parte de los gobernantes. Para Locke el Estado no es la negación de -

865 Cfr. Sylvain Zac: "Spinoza"; art. citado en Historia de la filosofía - Racionalismo, Empirismo, Ilustración-bajo la dirección de Lyon-Belaval; 6a. ed. Ed. Siglo XXI editores, S.A. Vol. 6. México, D.F. 1982 p. 116.

la libertad natural, sino una reafirmación de la misma dentro de ciertos límites. El contrato social es descrito por Locke como un hecho, pero como el más racional de los hechos. La su misión al poder público no es por tanto incondicionada. Al señalar al consentimiento de los ciudadanos la institución del poder público da lugar a la tesis de que aquella misma voluntad, allí donde fue instituido ese poder, conserva un predominio sobre el mismo y puede en todo tiempo modificar o revocar su ordenación. La voluntad popular es la soberana y la legitimidad de un gobierno se mide por el patrón del consentimiento del pueblo. 866

Además, cabe destacar que el liberalismo clásico, desde Locke hasta Spencer y sus seguidores, sostenía que el Estado debería limitar la libertad de una persona cuando y sólo cuando fuera necesario proteger los derechos fundamentales de otra persona (considerados frecuentemente como correspondientes a los derechos naturales). 867

En cambio, John Stuart Mill, estima que una sociedad es libre si se funda en estos principios de *Caissex faire*. Y una persona que goza de estos derechos legalmente reconocidos y está sujeta a los correspondientes deberes es libre, aunque puede ser no libre en otros aspectos y respecto de agentes distintos del gobierno, por ejemplo a causa de la explotación económica o de la presión social. 868.

866 Cfr. F. González Díaz Lombardo; Op. Cit. pp. 194 y 195

867 Cfr. Felix Oppenheim; Op.Cit. p. 943

868 Ibidem.

Por su parte, Carlos Luis de Secundat, mejor conocido como Montesquieu (1689-1755), en su obra el Espíritu de las leyes, libro undécimo "De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la constitución, en el capítulo II, encontramos los distintos significados que tienen la palabra libertad. A este respecto, dicho autor expresa:

"...la palabra libertad, para unos significa la facilidad de deponer al mismo a quien ellos dieron un poder tiránico; para otros la facultad de elegir a quien han de obedecer algunos llaman libertad al derecho de usar armas, que supone el de poder recurrir a la violencia; muchos entienden que es el privilegio de no ser gobernados más que por un hombre de su nación y por sus propias leyes... Cada uno llama libertad al gobierno que se ajusta más a sus costumbres o a sus inclinaciones; pero es lo más frecuente que la pongan los pueblos en la república y no la vean en las monarquías, porque en -- aquella no tienen siempre delante de los ojos los instrumentos de sus males. En fin, como en las democracias tiene el pueblo mas facilidad para hacer casi todo lo que quiere, ha puesto la libertad en los gobiernos democráticos y ha confundido el poder del pueblo con la libertad del pueblo". 869

Igualmente, dicho autor distingue lo que es independencia de lo que es libertad. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría mas libertad, porque los demás tendrían el mismo poder.

De esta suerte, la libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro. Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo y se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay

libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

Además, no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener fuerza de un opresor. 870.

Por último, sólo nos resta destacar que en el Espiritu de las leyes, Montesquieu, distingue entre libertad filosófica y libertad política. Por lo que respecta, a la primera expresión que: la libertad filosófica consiste en el ejercicio de la propia voluntad, o a lo menos en la creencia de que se ejerce la propia voluntad. En cuanto, a la libertad política cabe decir, que esta consiste en la seguridad, o a lo menos en creer que se tiene la seguridad.

A pesar de las inquietudes libertarias de Montesquieu, mismas que fueron plasmadas en su obra fundamental de El Espiritu de las Leyes. Cabe decir, que dicho autor tenía otra dimensión del concepto de la libertad en el terreno de la práctica concreta, ya que, este era en primer lugar, un accionista importante de la Compañía de las Indias, y en conse

cuencia un próspero burgués. De ahí que defendiera y diera prioridad a sus intereses económicos. Cada vez, que se esforzaba en explicar y justificar la esclavitud como medio idóneo para obtener mayores rendimientos económicos. Sin importarle y, por lo tanto, haciendo a un lado sus exaltadas ideas en pro de la libertad.

A este respecto, Michael E. Tigar, apunta: Montesquieu, en una tentativa de armonizar su idea de los derechos naturales con el éxito comprobado de la Compañía de las Indias, había escrito:

"Debe decirse que la esclavitud se opone a la naturaleza si bien en ciertos países se basa en la razón natural. Es preciso distinguir entre esos países y aquellos en que la razón natural rechaza la esclavitud. Es necesario por lo tanto, limitar la esclavitud a determinadas porciones de la tierra. Agregaba: El azúcar resultaría demasiado costoso si no se empleara trabajo esclavo". 871

Igualmente, Voltaire acumuló elogios sobre un libro titulado *Essai politique sur le commerce* que defendía la trata de esclavos, además, elogió a Luis XIV por haber implantado el Código Negro. 872.

Por su parte, Louis Sala-Molins en un breve ensayo sobre el *Code Noir* (código negro), deja entrever la incongruencia tan espantosa que se ha dado a lo largo de la historia del pueblo francés. No obstante, que éstos han vociferado públicamente sus idólicas declaraciones de libertad, igualdad y fraternidad, hasta hacerlos llegar a los rincones más

871 Michael E. Tigar; Op.Cit. p.234.
872 Cfr. *Ibidem*.

apartados del orbe. Con el ánimo no tan ingenuo de ser considerados los defensores mas incansables y convencidos del respeto por los derechos humanos, haciendo gala de su larga tradición, ya que, ante la opinión pública internacional se les estima sin conocimiento de causa como los pioneros de la libertad. Sin tener presente, que cuando éstos hablaban de libertad encubrían la existencia de un ordenamiento legal monstruoso, que tuvo una vigencia de aproximadamente un siglo y medio -de 1685 a 1848- y que se le conocía como el "Code noir" dicho código tenía que ver con la vida y la muerte de los Africanos robados en su continente, reducidos a la esclavitud objeto de trueque en las Antillas, explotados a muerte, tallados hasta los huesos, violados hasta el alma, marcados en cada transacción, torturados, amputados, flordelisados, quemados, desollados.

Francia lo sabe y se burla. Ella tiene el gusto de la legalidad. Lo que hace lo hace leglamente y nada más. Es ella - quien ha querido el Code noir. ¿Por qué tendría que perder el hábito de ser la primera en el teatro universal de la sabiduría y de la virtud? Fue ella quien hizo a Bodin y a La Boetie a Descartes y a Pascal, a Malebranche y a Bussuet, a Arnaud y a Fanelon. Justamente, todos esos faros de la inteligencia filosofan y teologizan sobre la libertad natural y sobre la soberanía; estos grandes hombres entonan cada uno a su ritmo la canción de la grandexa del sujeto, y en coro las maravillas de la Providencia. Todos se entristecen hasta las lágrimas por--

que los blancos se matan entre ellos en el reino y sus alrededores por pleitos de Reforma y de Contrareforma, de fronteras y de palmas de tierra.

Empero, el Code noir rige puntualmente los latigazos, -- las mutilaciones, las torturas y las mil muertes infligidas al esclavo por la menor falta a una legislación cuyos artículos y apartados, todavía hoy, no se pueden recorrer sin que se inunden los ojos y se vuelva un nudo la garganta; pero eso no turba a ninguno de estos grandes espíritus. 873

Lo antes manifestado, nos obliga a poner en tela de duda el discurso libertario y democrático de los ideólogos de la naciente burguesía, ya que, la realidad histórica concreta nos demuestra la existencia de contradicciones en el quehacer de éstos. Dicho de otra manera, los ideólogos de la revolución democrática burguesa incurrían en grandes contradicciones en lo que piensan, dicen u llevan a cabo en la práctica concreta.

Para Juan Jacobo Rousseau, el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas.

A pesar de que, ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre su semejante, puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan sólo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres. Consecuentemente, un

873 Cfr. Louis Sala-Molins: "Code Noir. Viaje al fondo de la infamia; Trd. al español por Teresa Martínez Cerán; Art. sacado de la revista Afrique. ASie. publicado en la Rvta. Crítica Jurídica. Ed. UNAP. Puebla -- México. 1987. pp. 181 a 186.

hombre deja su condición de hombre libre cuando, éste la enajena y que significa que la vende o cede su libertad a fin de subsistir. 874

Por lo tanto, afirmar que un hombre se da a otro gratuitamente, es afirmar una cosa absurda e inconcebible: tal acto sería nulo, por la razón única de que el que la lleva a cabo no está en su estado normal.

No obstante, renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la humanidad y aun sus deberes. No hay resarcimiento alguno posible para quien renuncia a todo. semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre: despojarse de la libertad es despojarse de moralidad. En fin, es una convención futil y contradictoria estipular de una parte una autoridad absoluta y de la otra una obediencia sin límites. 875

En otro pasaje del Contrato Social de Rousseau, encontramos lo siguiente;

"Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano parecería". De ahí que es necesario encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino

874 Juan Jacobo Rousseau: El contrato social; 1a. ed. en francés 1762. 3a. ed. en la Colección "Sepan Cuantos..." en español; estudio preliminar de Daniel Moreno. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1974.p.3

875 Cfr. Idem. pp. 5 y 6.

a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es problema fundamental cuya solución da el Contrato Social. 876.

Ahora bien, cabe decir que las cláusulas de este contrato están de tal manera determinadas por la naturaleza del pacto, que la menor modificación las haría inútiles y sin efecto; de tal suerte que, aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas y han sido en todas partes tácitamente reconocidas y admitidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural, al perder la convencional por la cual había renunciado a la primera. 877

Mas adelante, el autor citado comenta: Estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás, ya que, cada uno pone en común su persona y toda su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo.

Así pues, el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que p...

876. Juan Jacobo Rousseau; El contrato social; 1a. ed. en francés 1762. 3a. ed. en la Colección "Sepan Cuantos..." en español; estudio preliminar de Daniel Moreno. Ed. Porrúa, S.A. Mexico, D.F. 1974 p.9

877 Cfr. Juan Jacobo Rousseau; Op. Cit. p. 9.

see. Para no equivocarse acerca de estas compensaciones, es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general; y la posesión, que no es otra cosa que el efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede ser fundada sino sobre un título positivo. Por lo que, la obediencia a las leyes es la libertad.

Igualmente, Rousseau, señala que por el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político; tratase ahora de darle movimiento y voluntad por medio de la ley. Asimismo, cabe decir que los fines primordiales que deben lograr los sistemas legales, se reducen a dos y son a saber: la libertad y la igualdad. La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella.⁸⁷⁸

A pesar de las declaraciones de Rousseau en pro de la libertad encontramos en su Contrato Social, lo siguiente:

"Aristóteles había dicho que los hombres no son naturalmente iguales, pues unos nacen para ser esclavos y otros para dominar. Aristóteles tenía razón, sólo que tomaba el efecto por la causa. Todo hombre nacido esclavo, nace para la esclavitud, nada es más cierto. Los esclavos pierden todo, hasta el deseo de su libertad: aman la servidumbre como los compañeros de Ulises amaban su empobrecimiento. Si existen, pues, esclavos por naturaleza, es porque los ha habido contrariando sus leyes la fuerza hizo los primeros, su vileza los ha perpetuado".⁸⁷⁹

878 Cfr. Juan Jacobo Rousseau; Op. Cit. pp. 12, 19 y 28
879 Ídem. pp. 4 y 5

Lo antes manifestado, nos lleva a plantear, entre otras, reflexiones y son a saber; por un lado, pareciera ser que Rousseau, se olvidaba de lo que en un principio había dicho acerca de que los hombres han nacido libres o, a lo mejor había querido decir que sólo los franceses de color blanco y no los negros, ya que, aceptaba sin ninguna preocupación moral la existencia de la esclavitud. Y, por el otro, nos conlleva a deliberar sobre la aceptación de la esclavitud por los mismos esclavos. Es decir, que los mismos esclavos reciben con gusto su status de esclavos. Empero, desde nuestro punto de vista, consideramos que tal estimación es por demás incorrecta, ya que, no existe hasta el momento ser humano en condiciones de equilibrio mental que quiera para sí el sufrimiento de la vejación y de la explotación para el beneficio económico de unos cuantos. Tal y como lo prescribía el Código Noir.

Por otra parte, cabe destacar que, se tiene generalmente una apreciación no muy clara y precisa acerca de la cuna de los derechos generales del hombre a la libertad, igualdad, la propiedad y la seguridad. Para muchos, el origen debe buscarse en la literatura de los ideólogos de la burguesía francesa, para otros, en la proclamación de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776. En donde, se exponen una serie de derechos del hombre. Empero, no cabe duda alguna de que ambas experiencias son consecuentes en la formación del Estado moderno propio del sistema económico de producción capitalista.

En cuanto, al origen de los derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo, a este respecto, - Jorge Jellinek, se ha preocupado en precisar a lo largo del desarrollo de su trabajo de investigación denominado: "Ca de claración de los derechos del hombre y del ciudadano", en dicho trabajo el autor citado señala que: la representación de los derechos del hombre innatos e inalienables, se desenvuelven por primera vez en las luchas política - religiosas a fin de lograr la libertad religiosa. Y no como se creía en una investigación superficial. En donde, se nos llevaba a una fácil solución. Ya el mismo nombre indica la fuente inglesa. El Bill of Right de 1689, el Habeas Corpus de 1679 la Petition of Right de 1627, y, por fin la Magna Charta libertarum. aparecen como los antecedentes incuestionables del Bill of Right de Virginia.

Así pues, cabe recordar que el cristianismo nos da muestra de esas preocupaciones, al considerar la igualdad fundamental y la fraternidad de todos los hombres, bajo la universal paternidad de Dios, el respeto al libre consentimiento de los contratantes e inspirado en la buena fe y en la equidad.

Empero, el principio de la libertad religiosa aparece por vez primera plasmada en las leyes positivas del siglo XVII. Al respecto Jellinek, expresa: En la base misma de la Constitución de la Iglesia reformada se halla la idea democrática, la cual vino a desenvolverse a fines del siglo XVI,

en Inglaterra, y esto, en primer lugar por obra de Roberto -- Brown y sus adeptos. Según ellos, la Iglesia debía identifi-- carse con la Comunidad en una comunidad de creyentes que, por medio de un pacto con Dios, se han sometido a Cristo; y ade-- más admitían como norma directora la voluntad de la asocia-- ción, es decir, de la mayoría. El brownismo fue perseguido - en Inglaterra, por lo que hubo de refugiarse en Holanda en - donde, especialmente bajo el influjo de John Robinson, se -- transformó en el Congregacionismo, que no es sino el Indepen-- dentismo en su forma primitiva. Las bases principales del -- Congregacionismo son, ante todo, la separación de la Iglesia y del Estado, y luego la autonomía para cada comunidad, se-- gún expresaba una Petición elevada a Jacobo I en 1616, con - el derecho de gobernarse y administrarse en los asuntos espi-- rituales bajo la autoridad inmediata de Cristo, mediante el consentimiento libre y común del pueblo.

De esta manera el Independentismo no se limitó a desa-- rrollarse en el mero terreno espiritual sino que también se trasladó al territorio de la política. Consideraba al Estado, y a toda asociación política, lo mismo que a la Iglesia, co-- mo el resultado de un contrato entre sus miembros, original-- mente soberanos.

El pacto tendría ciertamente por fuente un mandado divi-- no; por eso no obsta para que al fin constituyera la base ju-- rídica de la comunidad política. Se habría celebrado en vis--

ta de un derecho originario del individuo, y tendría por objeto, no sólo garantizar la seguridad y el bienestar, sino, sobre todo, consagrar y asegurar el derecho innato e inalienable de la conciencia, la propiedad y la libertad pertenecen naturalmente a todos los hijos de Adán. Los natural rights se formulan en los Estados independientes con expresiones como estas: "Todos estamos dotados de libertad y propiedad naturales e innatas"; así dice una proposición del Sectarario. El día 28 de octubre de 1647 fue sometido al consejo general del ejército de Cromwell el agreement of the people, el proyecto de una nueva Constitución para Inglaterra elaborada por Levellers.

En el año de 1631 desembarca en Massachusetts un joven independiente Roger Williams, a quien la comunidad de Salem eligió como su pastor. Predicó éste la separación de la Iglesia y del Estado, y reclamó además una total libertad religiosa, no solamente para todos los cristianos, sino inclusive para los judíos, turcos y paganos, los cuales debían tener en el Estado iguales derechos civiles y políticos que los adeptos a la Iglesia.

Ahora bien, el derecho innato a disfrutar de libertad religiosa, por el que luchó tan energicamente Roger Williams encuentra su confirmación jurídica oficial, en el curso del siglo XVII, primeramente en el Código de Rhode Island de 1647, y luego en la Carta que Carlos II otorgó en 1663, a las Colonias de Rhode Island y a las Plantaciones de Providencia.

dense. A instancia de los Colonos se les concedió, en un acto memorable, la garantía de que en adelante nadie sería molestado, procesado ni condenado a causa de sus opiniones religiosas, y que toda persona debía gozar, en todo momento, - la libertad de conciencia más absoluta a condición de observar una conducta pacífica y quieta a fin de no causar daños o perjuicios exteriores a los demás.

New Jersey en 1664 y New York en 1665 fueron las otras colonias en que se estableció una gran tolerancia. En New York, que ya antes bajo la dominación holandesa, profesaba principios de libertad en asuntos de religión, se proclamó en 1663 que todo hombre que profesase la fe en Cristo no debía ser molestado en razón de cualquiera discrepancia en materia de dogma.

Otro antecedente, lo encontramos en la Carta otorgada en 1629, a Massachusetts por Guillermo III, se garantizaba, como hacía el Acta de Tolerancia inglesa de 1688, la plena libertad de conciencia a todos los cristianos, con excepción de los católicos, Jorge II otorgaba a Georgia en 1732 una ley semejante.

Habiendo cuenta, a todo lo antes expresado, sólo nos resta remarcar que: el principio de la libertad religiosa alcanzó en América, una consagración jurídico-constitucional, con límites más o menos amplios. Dicho principio, se encuentra vinculado con el gran movimiento político y religioso de donde ha surgido la democracia americana, emana de la convicción

de mayo de 1776 a darse una Constitución. De los trece Estados que en un principio formaban la Unión, once habían seguido la invitación antes de la revolución francesa. El de Virginia fue el primero de los otros Estados que en la Convención reunida en Williamsburg el 6 de mayo, y que concluyó el 29 de junio de 1776, adoptó una Constitución que llevaba, a manera de preliminar, un solemne Bill of Right, acordado el 12 de junio por la Convención. Su autor fue Jorge Madison -- ejerció una decisiva influencia en su redacción definitiva. Esta Declaración de Virginia fue un verdadero modelo para todas las demás, incluso para la del Congreso de los Estados Unidos, el que la adoptó sólo tres semanas después, siendo de notar que la redactó Jefferson, ciudadano de Virginia.⁸⁸¹

A continuación, citaremos a dos de las declaraciones que conforman la Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia, reunidos en plena y libre Convención; derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento del gobierno:

I.- Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.

XVI.- Que la religión o los deberes que nosotros tenemos para con nuestro Creador y la manera de cumplirlos, sólo pueden ser dirigidos por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente, todos los hombres

⁸⁸¹ Cfr. Jorge Jelinek; Op.Cit. pp. 39 y 40.

ción de que es un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano el de tener libertad de conciencia y libertad de pensamiento en materia religiosa, siendo fuente de tales libertades un derecho que está por encima del Estado, y que este no puede violar.

Así pues, el antecedente más conformado lo encontramos en Rhode Island y las demás colonias. En donde, el derecho de libertad de conciencia se proclama allí, engendrando así la idea de un derecho del hombre. En el año de 1776, en casi todos los Bills of Rights se hablaba de ese derecho natural e innato en primer lugar de una manera un tanto enfática.

De lo antes expuesto, se deja entrever, que lo que en un principio apareció como una lucha religiosa a fin de lograr la libertad de conciencia, posteriormente, se hizo una disputa jurídica política. Para el efecto de legitimar a un nuevo modo de producción el "capitalismo".

Luego, de haber hecho mención acerca de los Bills of Rights, que aludían a la libertad de conciencia religiosa, damos que estos, van a influir en la Declaración de Independencia de los trece Estados de América del Norte de fecha 4 de julio de 1776.

El Congreso de Filadelfia, que representaba las Colonias decididas a separarse de la Madre patria, las invitaba el 15

880 Cfr. Jorge Jellinek; La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano; Ed. Nueva España, S.A. México. s.e. y s.f. pp. 92 a 105.

tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia y que es un deber de todos practicar entre sí la resignación, el amor y la caridad cristianos. 882

No obstante, que en la declaración I, de los derechos del pueblo de Virginia, se expresaba que: todos los hombres son por naturaleza igualmente libres, cabe recordar, que sólo en las regiones del Noroeste de los EE.UU. estaba prohibida allí la esclavitud desde el año de 1787. Y, es hasta el año de 1862, cuando se declara la liberación de los esclavos negros en todos los Estados de los EE.UU. proclamada por el presidente Abraham Lincoln. 883

Después, de haber recorrido algunos antecedentes acerca de los principios fundamentales del orden jurídico-político que trajo consigo la Revolución francesa, llegamos a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789. En seguida, citamos a los subsecuentes artículos:

Art. 1º Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común.

Art. 2º El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Art. 4º La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; también el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados si

882 Cfr. Jorge Jellinek; Op. Cit. pp. 61

883 Cfr. I. Loxovki, et al: Compendio de historia y economía; 7a. ed. Ed. Ediciones de Cultura Popular. Trad. al español por Marat Kuznetsov México, D.F. 1975. p. 272.

Art. 5° La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena.

Art. 10° Ninguna debe ser molestada por sus opiniones, aun las religiosas, mientras que la manifestación de ellas no perturbe el orden público establecido por la ley.

Art. 11° La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre; así pues, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, sin perjuicio de que responda de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley.

A este respecto, Jellinek, comenta: Cotejando la Declaración Americana con la francesa, se nota de inmediato que ambas enuncian, con el mismo sentimiento, principios abstractos y, por tanto, ambiguos, de diferentes sentidos. Los franceses no sólo han prolijado las ideas americanas, sino que adoptaron la forma bajo la cual aquellas ideas fueron expresadas al otro lado del Atlántico. Por una parte, y por la otra, cabe decir que, evidentemente la Declaración francesa no es una servil copia de las americanas; ya que las condiciones políticas de Francia en el año de 1789 eran completamente diferentes de las de los estados norteamericanos en 1776.

Igualmente, en dichas declaraciones se deja entrever que los derechos de libertad no son de naturaleza positiva, sino negativa; que no se fundan en una pretensión respecto

Vease el apéndice número . De donde, se señalan todos los artículos que conforman tanto a la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

a la acción, sino en un no hacer del Estado. 884.

Por su parte, Alexandrov, comenta lo siguiente: En la -
lucha contra las normas feudales, la burguesía proclamaba la
libertad de la propiedad, la libertad e igualdad formales --
del individuo y afirmaba que el Estado por ella creado había
perdido su carácter clasista, ya que, proclamaba expresaba -
los intereses de todo el pueblo. La realidad es que la liber-
tad de propiedad equivale, para los que carecen de bienes, -
a "librarles" de toda riqueza, es la libertad de morir de mi-
seria. 885

A este respecto, Diego Cañizares, expresa: la libertad
consignada en el Derecho Burgués es relativa, porque el desa-
rrollo de las nuevas fuerzas productivas puestas en marcha,
necesitaban no del sirvo atado a la gleba ni del artesano --
amarrado del gremio, sino de trabajadores "libres", obreros
capaces de vender libremente su fuerza de trabajo en el mer-
cado. La burguesía luchó por liberar a los siervos de esas -
relaciones para engendrarlos a otras. La libertad adoptó, en
pues dos caras: una de la burguesía consistente en la liber-
tad de explotar; otra la del obrero, consistente en vivir ha-
ja la explotación o morir de hambre. 886

Dicho de otra manera, en el sistema económico de produc-
ción capitalista la fuerza de trabajo misma será cambiada en

884 Cfr. Jorge Jellinek; Op. Cit. p. 76

885 N.G. Alexandrov, et al; Op. Cit. p. 70.

886 Cfr. Fernando Diego Cañizares; Teoría del Derecho; la, reim-
presión. Ed. Pueblo y Educación. La Habana-Cuba. 1979. p. 86.

ma una mercancía por dinero libremente en el mercado por su poseedor, libre de todos los lazos y libre, es decir, desprovisto, de todo haber.

De ahí que es válido expresar que: "La historia de todas las sociedades hasta nuestros días es la historia de las luchas de clases". 887 ya que, la moderna sociedad burguesa, que ha salido de entre las ruinas de la sociedad feudal, no ha abolido las contradicciones de clase. Únicamente ha sustituido las viejas clases, las viejas condiciones de opresión, las viejas formas de lucha por otras nuevas.

Sin embargo, nuestra época, la época de la burguesía, - se distingue por haber simplificado las contradicciones de clase, en dos grandes clases antagónicas: la burguesía y el proletariado. Consecuentemente, en el capitalismo la explotación se personifica, esto es, ahora se habla de una explotación del hombre por el hombre mismo, hasta deshumanizarlo. A este respecto, Marx, comenta:

"La esfera de la circulación o de intercambio de mercancías, dentro de cuyos límites se efectúa la compra y la venta de la fuerza de trabajo, era, en realidad, un verdadero eden de los derechos humanos innatos. Lo que allí imperaba era la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham. Libertad!, - porque el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo de la fuerza de trabajo, sólo están determinados por su libre voluntad. Celebran su contrato como personas libres, jurídicamente iguales. El contrato es el resultado final en el que sus voluntades confluyen en una expresión jurídica común. ¡Igualdad!, porque sólo se relacionan entre sí en cuan

to poseedores de mercancías, e intercambian equivalente por equivalente. Propiedad, porque cada uno de los dos se ocupa sólo de sí mismo. El único poder que los reúne y los pone en relación es el de su egoísmo, el de su ventaja personal, el de sus intereses privados.

Al dejar atrás esa esfera de la circulación simple o del intercambio de mercancías, en la cual el librecambista vulgaris abreva las ideas, los conceptos y la medida con que juzga la sociedad del capital y del trabajo asalariado, se transforma en cierta medida. El poseedor de dinero abre la marcha como capitalista; el poseedor de la fuerza de trabajo lo sigue como su obrero; el uno, significativamente, sonríe con infantas y avanza impetuosa; el otro lo hace con recelo, reluciente, como el que ha llevado al mercado su propio pellejo y no puede esperar sino una cosa. que se lo curtan" 888

De lo antes citado, se colige que el concepto de libertad en el modo de producción capitalista adquiere una dimensión vital, diferente a las que tenían anteriormente, ya que, en el capitalismo todas las personas sin excepción son libres de hacer o no hacer lo que quieran de acuerdo con las declaraciones formales (legales). Sin embargo, la realidad histórica concreta es otra, ya que sólo unas pocas, pueden vivir plácidamente de sus rendimientos económicos (capital). En cambio, una gran mayoría está obligada si es que no quiere morir de hambre a vender su fuerza de trabajo para apenas conservar su existencia precaria.

Por su parte, Recasens Siches, expresa que: el individualismo liberal cree que el Estado servirá tanto mejor a la personalidad humana cuanto mayor sea el volumen de libre actividad que la conceda, limitándose a garantizar la libertad individual mediante una eficaz protección; y estima que

888 K. Marx: El Capital, T.I. Vol. I, Op. Cit. p. 214. El subrayado es nuestro.

el espontáneo juego de las actividades privadas es la óptima fuente de solidaridad social. Me refiero al individualismo liberal de los siglos XVIII y XIX. En donde, la función del Derecho y del Estado, se restringe a sólo garantizar las libertades individuales, mediante la administración de justicia que vele por ellas y la defensa material interior y exterior (policía y ejército) a fin de proteger la libertad de contratar y de la propiedad, sin que el Estado intervenga para nada en la realización de los fines humanos concretos de bienestar (culturales, económicos, etc.). 889

A este respecto, Novoa Monreal, señala que: la idea de que el Derecho está directamente ligada al concepto de justicia es propia de la época liberal-individualista, durante la cual todo el interés estaba centrado en el individuo, en sus derechos subjetivos y en su libertad, concebida esta como la más amplia independencia frente al Estado. Se pensaba entonces que el Derecho objetivo estaba constituido básicamente por el conjunto de todos los derechos subjetivos individuales. El Estado liberal se circunscribía a dictar aquellas reglas de comportamiento coincidentes con una moral mínima indispensable para el mantenimiento del orden público material; era el Estado gendarme que se limitaba a velar porque los individuos respetaran los derechos subjetivos ajenos, dejando a todos su libertad para desenvolverse en la vida social como mejor les pareciera.

En donde, la libertad del hombre no tiene más límites - que la del vecino. Es libre de llegar a un acuerdo con otro hombre, que es libre a su vez de rehusar. Además, se llega al principio de que la "voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos". 890

Ahora bien, desde nuestra perspectiva teórica, dicho -- principio no es más que, una ilusión legalista, que al ser -- confrontada en la realidad ha quedado demostrada que sólo, -- unos cuantos pueden elegir libremente que es lo que más les conviene. En cambio, para la gran mayoría no les queda otra, que aceptar lo impuesto por una de las partes, y que viene -- a ser la voluntad del mas fuerte desde el punto de vista eco -- nómico y político.

Por lo consiguiente, cabe decir lo mismo, cuando en -- nuestros días hablamos de la libertad de intercambio comer -- cial.

En nuestros días hablar de la libre empresa y de la li -- bertad de intercambio entre éstas, es un tanto cuanto relati -- vo, ya que, actualmente la ley de la oferta y la demanda, es una categoría económica desactualizada y por lo tanto, ha pa -- sado a formar parte del álbum de los recuerdos. Hoy en día, se habla de decisiones monopólicas y oligopólicas.

Al respecto, Pierre Vilar, expresa el siguiente comenta -- rio: El mérito de Marx consistió en descubrir, aceptando como punto de partida la hipótesis de la concurrencia perfecta y --

las aportaciones científicas del primer pensamiento clásico, y son a saber:

1) Que el equilibrio teórico y el dinamismo forzoso de -- una economía de concurrencia se realizaban en el tiempo sólo a través de las oscilaciones destructivas llamadas crisis, -- que eran tan naturales en el capitalismo como los equili- -- brios instantáneos;

2) Que, incluso aceptando el inconveniente pasajero de -- las crisis, la aparente armonía económica encubría una cre- -- ciente contradicción social una división de la sociedad en -- dos clases antagónicas, con intereses opuestos;

3) Que, en tales condiciones, la igualdad jurídica y la -- libertad de iniciativa de los agentes económicos individua- -- les eran, de hecho, para la inmensa mayoría de estos, una -- quimera;

4) Que, en último término, debido al juego mismo de estas crisis y contradicciones, la concurrencia perfecta, hipóte- -- sis previa, conducía a su propia destrucción, a través de -- concentraciones de medios que podían llevar hasta el monopu- -- lio. 891.

Lo antes manifestado, se aclara aun más, con las delimita- -- ciones expuestas por Lenin,⁴ en su trabajo denominado el "im- -- perialismo fase superior del capitalismo" y que a continua- -- ción citamos:

891 Pierre Vilar: Iniciación al vocabulario del análisis histórico; Trd. al castellano por M. Dolores Folch. 3a. ed. Ed. Crítica, S.A.-Grupo Editorial Grijalbo, Barcelona-España, 1981. pp. 207 y 208.

5.- La terminación del reparto territorial del mundo entre las potencias más importantes. 892

Pasando a la esfera del mundo jurídico, cabe señalar que: en el Derecho liberal -individualista es la justicia conmutativa (la cual supondría que todos los hombres tuvieran una situación económica relativamente equivalente) la que goza en la ley de exagerada preponderancia. En cambio, apenas hay normas que se ocupen de la justicia distributiva y prácticamente se niega la justicia general. En cuanto a esas normas ordenadoras ajenas a los principios de justicia, que constituyen la mayoría de los preceptos legales nuevos que han aparecido en el último de las diversas legislaciones, ellas son restringidas al máximo dentro de la concepción liberal individualista, invocándose para ello el respeto de la libertad individual. 893.

Además, no debemos olvidar que el Estado de Derecho ideado por la burguesía en contraposición a los Estados Monárquicos y Absolutistas propios del feudalismo, no sólo, tiene como función la de regular las conductas libres e independientes de los propietarios de las mercancías (burgueses y proletarios) - sino también, participa en la lucha que se da entre las clases antagónicas de la sociedad, por un lado, los poseedores del capital y, por el otro, los desposeídos y explotados. En donde, el Estado generalmente se convierte en una poderosa arma de --

892 Cfr. V.I. Lenin: El imperialismo fase superior del capitalismo; - Ed. Ediciones en lenguas extranjeras-Editorial del Pueblo. Pekin en septiembre de 1964. Consultado el original en Ruso de las Obras Completas de Lenin. T. XXII. 4a. reimpresión, 1975. pp. 111, 112 y 113.

893 Cfr. Eduardo Novoa Monreal; Op. Cit. p. 77.

opresión y de represión en beneficio de los burgueses. En este sentido, las relaciones de ninguna manera se forman dentro del espíritu de la definición kantiana del derecho como la restricción mínima de la libertad, indispensable para la coexistencia humana.

Aquí Gumplowicz tiene perfectamente razón cuando explica que tal tipo de derecho nunca ha existido, pues el grado de libertad de unos no depende sino del grado de dominación de los otros. La norma de la coexistencia no está determinada por la posibilidad de la coexistencia, sino por la dominación de unos sobre los otros". 894

Así pues, la agudización de la lucha de clases obligó a la burguesía a arrojar completamente la máscara del Estado de derecho y a descubrir la esencia del poder del Estado como la violencia organizada de una clase de la sociedad sobre las demás.

Desde otra perspectiva, Luis Legaz y Lacambra, nos ofrece una delimitación del concepto de la libertad en los siguientes términos:

Tampoco la persona jurídica es pensable sin la libertad. El Derecho recorta la superficie de la libertad existencial y desenvuelve como recompensa la libertad jurídica de las personas.

La libertad es la realidad radical sobre la que se asienta el derecho. Pues, como forma de vida, está existencial y

894 Cfr. E.B. Pashukanis; Op. Cit. p. 155.

Trasímaco: "-Oyeme, pues, Digo que la justicia no es otra - cosa sino aquello que es ventajoso para el más -- fuerte. Vamos ¿por qué no aplaudes?"

Sócrates: "Por lo que dices, la justicia es aquella que es ventajoso para el más fuerte. Que entiendes por eso, Trasímaco? Quieres decir que porque el atleta Polidamas sea el más fuerte que nosotros, y -- porque sea ventajoso para el mantenimiento de sus fuerzas comer carne de buey haya de ser análogamente ventajoso para nosotros comerla también?"

Trasímaco: "Eres un burlón, Sócrates, y sólo buscas echar a mala parte toda lo que se te dice".

Sócrates: "¿Quién yo? Nada de eso! Pero por favor, explícateme más claramente.- No sabes que los Estados, o son monárquicos o aristocráticos, o populares?"

Trasímaco: "Sí que lo sé.- ¿No es el más fuerte aquel que go bierna en cada Estado?"

Sócrates: "Evidentemente."

Trasímaco: "Ahí tienes cual es mi pensamiento. En cada Estado, la Justicia no es sino el provecho de aquel - que tiene en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte. De lo cual se sigue, para todo hombre que sepa razonar, que dondequiera que sea la justicia y lo que aprovecha al más fuerte son una y la misma cosa." 896

Al consultar, el Manifiesto del Partido Comunista, encontramos en un pasaje de dicha obra, el tema relacionado con la desaparición de la burguesía en su fase de transición al socialismo y, es ahí donde Marx, nos brinda una respuesta plausible sobre las preguntas anteriormente expresadas, y a saber señala:

"...mas no discutáis con nosotros mientras apliqueis a la abolición de la propiedad burguesa el criterio de vuestras nociones burguesas de libertad, cultura, derecho, etc."

896 Platón Diálogos; Op. Cit. pp. 442, 443 y 444.

El subrayado es nuestro.

ontológicamente inserto en la libertad. Pero la libertad jurídica es libertad organizada, precisada, recortada.

Ser libre jurídicamente significa estar en situaciones de Derecho subjetivo y desenvolverse en ellas con la seguridad de lograr los efectos normales y de no ser impedida en el uso de las propias facultades sino por normas jurídicas regularmente establecidas. 895

De los criterios supra citados sobre el concepto de la libertad jurídica, se dejan entrever, entre otras interrogantes a las siguientes: "Es acaso, la voluntad general del pueblo la que conviene gustosamente en limitar el concepto de la libertad? o mejor dicho ¿quién detente el poder económico y político en un momento determinado de la historia de los pueblos son quienes restringen la libertad jurídica?"

Ahora bien, interrogantes como éstas, han sido planteadas desde la época, helenística. Y, así encontramos en el libro primero de la República o de lo Justo y que se halla en los Diálogos de Platón, en donde se relata el diálogo sostenido entre Sócrates y Trasímaco, acerca de ¿qué es la justicia?, y que a continuación mencionamos:

Sócrates: "Razón tienes, trasímaco, al decir que aprendo gustosamente de los demás. Pero te equivocas cuando dices que en modo alguno se lo agradezco. Les doy muestras de mi reconocimiento en cuanto está en mí poder. Aplaudo; eso es todo lo que puedo hacer, toda vez que carezco de dinero...."

Vuestras ideas mismas son producto de las relaciones de producción y de propiedades burguesas, como vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en la ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase... ¿Qué demuestra la historia de las ideas sino que la producción intelectual se transforma con la producción material? Las ideas dominantes en cualquier época no han sido nunca más que las ideas de la clase dominante. 897

Por lo tanto, y, sin lugar a dudas, quienes restringen la libertad jurídica son ni más ni menos, que la clase dominante. La cual a través de su poder económico y político impone la moral que les venga en gana.

Otra definición sobre la libertad jurídica, nos la proporciona García Máynez, para dicho autor, la libertad jurídica no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino que es una facultad autorizada por una norma. 898

Igualmente, dice que: la libertad jurídica puede ser definida tanto en su sentido negativo como en sentido positivo, y así tenemos que:

En sentido negativo, libertad jurídica es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos.

Libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio, resulta obvio que la existencia de

aquella está condicionada y es necesaria consecuencia de la de los derechos independientes. 899

Asimismo, para el referido autor, al hablar de libertad en sentido jurídico, no se refiere a las llamadas libertades públicas (como las de tránsito, asociación, prensa, etc.) que son derechos de primer grado, sino a las de segundo que se fundan no sólo en aquellas, sino en todos los derechos de ejercicio no obligatorio. Precisamente por ser una facultad fundada, el derecho de libertad existe en función de los ejercicios potestativos que cada sujeto tiene y, por ello también, es una magnitud variable, que crece o decrece en la misma medida en que las facultades que le sirven de fundamento aumentan o disminuyen. Si una de las funciones sirven de fundamento aumentan o disminuyen. Si una de las funciones esenciales de la justicia distributiva precisamente consiste en la correcta atribución de derechos y deberes a los miembros de la comunidad, resulta evidente que el ámbito justo de la libertad de cada sujeto tendrá que hallarse determinada por esa correcta atribución. 900

Así pues, uno de los mayores problemas de la instancia a quien se encomienda esta tarea distributiva, es encontrar el debido equilibrio entre los derechos independientes y los deberes jurídicos de cada hombre. Pues como, en relación a los segundos, el sujeto no es jurídicamente libre,

899 Eduardo García Máynez: Filosofía del Derecho; Op. Cit. p. 489.
900 Idem. pp. 489 y 490.

su libertad depende, en forma exclusiva, de la existencia - de los primeros. Mientras mayor es el número de las facultades independientes de cada sujeto, mayor también es el ámbito de su libertad, y a la inversa. Por ello hemos sostenido que en un régimen donde nadie tuviera más facultad que cumplir sus propios deberes, la libertad (como derecho), no existiría. y al revés: un régimen que permitiese optar entre el ejercicio y el no ejercicio de todos los derechos, - dejaría de ser jurídico, para disolverse en la anarquía.⁹⁰¹

Además, no debemos pasar por alto, lo siguiente: el valor que la esfera de los derechos subjetivos independientes tiene para cada hombre o, más correctamente expresado, la medida en que tal esfera representa un bien para él, depende no sólo de la amplitud de la última, sino, primordialmente, de la posibilidad real de ejercicio de aquellos derechos y de la forma que tal ejercicio asuma. Pues cuando sólo una parte -generalmente la menor- de los miembros de una sociedad está en condiciones de ejercitar realmente los derechos que la ley le concede, y los que forman esa minoría incurren en el llamado abuso del derecho, en perjuicio de quienes formalmente tienen tales facultades, mas no el poder de ejercitarlas, el mal uso de los derechos subjetivos independientes por esa minoría o, como debiera decirse: la violación, por los miembros de ésta, del deber de ejercitarlos dentro de sus justos límites, se convierte en instru-

⁹⁰¹ Cfr. Eduardo García Maynez: Filosofía del Derecho; Op. Cit. pp. 489 y 490.

mento de opresión y atenta, haciéndolos nugatorios, contra los derechos de la mayoría. Por ello no puede afirmarse, como lo hacen los teóricos del liberalismo, que la libertad es el fin jurídico supremo, como no puede sostenerse que el libre juego de las fuerzas económicas, dentro del marco de una igual libertad formal a la que corresponde una igual capacidad real de ejercicio de los derechos subjetivos, sea un medio idóneo de realización de justicia.⁹⁰² Por ello, también, los principios de la justicia distributiva tienen que ser complementados, muchas veces, por los de llamada justicia protectora.

Las reflexiones vertidas por García Máynez, acerca de la libertad jurídica, no obstante, estar expresadas en un lenguaje un tanto abstracto y aparentemente alejado de toda problemática económica y política, reconoce que la libertad es un derecho subjetivo que pertenece a todos los miembros de una sociedad (tampoco específica a que tipo de sociedad). Esto no significa, que todos se encuentren en iguales condiciones para poder ejercitarla, ya que, sólo una minoría tiene la capacidad real para hacerla efectiva.

Posiblemente, el referido jurista al decir capacidad real se refiere a la desigualdad material que existe entre los poseedores del capital y que son una minoría. Por una parte, y por la otra, los desposeídos del capital y que

⁹⁰² Eduardo García Máynez: Filosofía del Derecho; Op. Cit. pp. 490 y 491.

El Subrayado es nuestro.

forman a la gran mayoría de los explotados en su fuerza de trabajo.

Al respecto, Ignacio Burgoa, señala: la libertad individual como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió, pues, en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla.

No dejamos de reconocer, por otra parte, que el ejercicio real de la libertad humana como contenido de un derecho público en los términos anotados, está sujeto a diversas condiciones objetivas que se dan en el ambiente socio-económico. En otras palabras, el ejercicio libertario en sus distintas manifestaciones no puede desplegarse sin dichas condiciones. Cuando éstas faltan, la libertad y los derechos públicos subjetivos que contienen sus diferentes especies, se reducen a meras declaraciones teóricas formuladas en la Constitución frente aquellos grupos humanos que por su situación económica y cultural no pueden desempeñarlos en la realidad. Por ello, la concepción clásica, tradicional de la libertad jurídicamente consagrada, ha sido atacada con acritud por el pensamiento marxista, para el que una libertad que no corresponda a la realidad socio-económica es simplemente formal, desprovista de contenido y sentido, respecto de sujetos que no cuentan con medios para ejercitarla. Esta apreciación es correcta. 903

Ahora bien, desde nuestra perspectiva teórica consideramos que las apreciaciones mencionadas por Ignacio Burgua, -- son atinadas, -- sobre todo, cuando dicho autor reconoce el pa pel tan importante que desempeñan las condiciones materiales de vida y que a la vez, condicionan el ejercicio real de las personas para hacer valer sus derechos subjetivos públicos.

Por lo tanto, una vez más, se demuestra que: son las con diciones materiales de vida, las que nos permiten comprender realmente tanto a las relaciones jurídicas como a las formas de Estado, ya que, éstas no pueden entenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano. Dicho sea de otra manera, el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, jurídica, po lítica, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia. De ahí que es válido, siempre tener presente que: No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia.

Teniendo en consideración, a todo lo anteriormente ex- -- puesto, cabe decir, que el marco teórico de la presente investigación es el adecuado para llegar a descubrir la verdad real y concreta de nuestro objeto de estudio y, el cual tiene que ver con la crítica metodológica de los principios generales del derecho: la libertad y la igualdad jurídica. Ad

más, es necesario destacar que gracias al materialismo histórico y dialéctico, hemos llegado a desmitificar la libertad jurídica de su ropaje mítico e idílico que la burguesía de ayer y ahora se han preocupado por santificarle y consecuentemente, alejar de toda culpa a la libertad jurídica.

Sin embargo, no debemos olvidar que a través del referido concepto, la burguesía ocultó y por desgracia para los oprimidos y explotados, aun sigue ocultando sus verdaderas intenciones de poder y de dominación.

Así pues, desde nuestro punto de vista, la libertad jurídica no es, más que un concepto ideológico importante del cual se ha valido la clase dominante para el efecto de deformar la realidad tan desigual en que vivimos y que para seguir conservando nuestra existencia, la gran mayoría de la humanidad se ve obligada a vender su fuerza de trabajo al mejor postor. Es por ello, que a través del desarrollo del presente apartado nos hemos planteado como objetivo fundamental, el de desnudar las insanas intenciones de la clase dominante que oprime y explota sin misericordia de ninguna especie, y que imponiendo sus ideas y modos de vida, cabe precisar, cada día más deshumanizados. Es así, como a través de esta lógica pretenden seguir conservando su hegemonía de clase dominante. De tal manera, que hoy en día, ya no, vemos al arapiento mercader que en forma individual va de ciudad en ciudad vendiendo y comprando sus mercancías y al mismo tiempo ahorrando sus pingües utilidades. No, ahora

el explotador (transnacional), ya no enseña la cara, sino -- que, por medio de sus filiales saquean inicuaamente a pueblos enteros hasta dejarlos en la bancarrota, y en algunos casos, al borde de las hambrunas colectivas. Esa es la realidad imperante para el 80% de la población mundial, se quiera o no aceptar.

2.4.2. LA IGUALDAD

La palabra igualdad deriva del latín *aequitas*, que significa uniformidad, nivel, justa proporción, semejanza. 904

Por su parte, el diccionario de la lengua española, señala entre otros, significados a los subsecuentes:

"Conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad 2. Correspondencia y proporción que resulta de muchos partes que uniformemente componen un todo, 3. Matemáticas expresión de la equivalencia de dos cantidades. 4. ante la ley. Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos..." 905

Para Felix E. Oppenheim, al referirse a la igualdad, expresa: Ante todo determinemos la expresión que queremos definir. Aquí debemos hacer una distinción. La igualdad puede predicarse de ciertas características personales, o de distribuciones hechas por un actor al menos entre otros dos, o bien de normas que establecen como deben efectuarse estas distribuciones. 906.

904 Agustín Blanques Fraile: Diccionario Latino-Español; Op. Cit. p. 109.

905 Diccionario de la lengua española; Op. Cit. p. 729.

906 Felix E. Oppenheim: "Igualdad" art. Citado en Diccionario de Política. T.I.; Op. Cit. p. 802.

Así, la igualdad, desde un punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente indeterminadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivados de una cierta y determinada situación en que se encuentran.

Además, no hay que confundir la igualdad con la proporcionalidad, pues son dos conceptos distintos. La igualdad se refiere a la calidad o naturaleza de los derechos y obligaciones propios de un estado jurídico específico. Por el contrario, la proporcionalidad, que supone siempre la igualdad, implica la fijación de derechos y obligaciones para una persona desde un punto de vista cuantitativo dentro de una misma situación jurídica. 907.

Ahora bien, en el lenguaje jurídico, el concepto de la igualdad se expresa generalmente bajo las expresiones siguientes y son a saber: "toda persona", "todo individuo" "y nadie", a este respecto, Azúa Reyes, señala: dichas expresiones no son otra cosa que la consagración de la igualdad, que cuando aparece en un texto legal de la más elevada jerarquía, como lo son las leyes y acuerdos internacionales o las constituciones políticas, constituyen la expresión por excelencia del principio de la igualdad.

907 Ignacio Burgoa: Las garantías individuales; Op. Cit. pp. 251, 252 y 253.

908 Sergio T. Azúa Reyes; Op. Cit. p. 148.

Empero, el propósito de la presente investigación tiene como fin primordial desenmascarar el encubrimiento que se hace de la realidad histórica concreta a través de la igualdad formal.

De esta manera, Aristóteles, sostenía que los hombres no son naturalmente iguales, pues unos nacen para ser esclavos y otros para dominar.

"Es pues manifiesto que hay algunos por naturaleza son libres y otros esclavos, y que para éstos es la esclavitud cosa provechosa y justa". 909

Ahora bien, Aristóteles habla sobre la desigualdad por ser una realidad existente entre los griegos de la época helénística. En vista de que en aquel estadio histórico ya imperaba el sistema económico de producción esclavista, en donde, también ya se encuentra demarcada la división social del trabajo y de la propiedad privada. y, consecuentemente la lucha de clases sociales dada entre los esclavistas y los esclavos.

Sin embargo, encontramos en otro lugar del orbe y alrededor del siglo II a.c. una secta judía conocida con el nombre de los Esenios, éstos habían renunciado a toda propiedad personal no podían tener oro y plata, ni en particular tierras ni casas, las cuales eran comunes y tenían acceso hasta los extranjeros. No practicaban el comercio puesto que se despertaría la afición al lucro y al deseo de dañar al prójimo. No había esclavos y se prohibía fabricar instru

909 Aristóteles: Política, Libro I, capítulo II; OP. Cit. 162.

mentos que sirvieran para la guerra. Todos eran libres e iguales, entre todos nombraban los que debían de ser administradores de las riquezas comunes. 910.

En sentido parecido, la revelación bíblica, según la cual Dios creó al hombre a su imagen y semejanza. Seguramente dicha revelación, se refería a un Dios libre e independiente y no sujeta.

Igualmente, cabe recordar que dentro de las características del pensamiento cristiano se habla de la igualdad fundamental y la fraternidad de todos los hombres, bajo la paternidad universal de Dios. 911

Lo antes mencionado, nos invita a reflexionar y a sacar posibles explicaciones en relación a la conducta de éstos. Una de ellas, sería la siguiente: se podría convenir en señalar que en la antigüedad el pueblo hebreo estuvo sometido a la esclavitud y avasallado por diferentes imperios y son a saber, entre otros; Asirios, Babilónicos, Egipcios, Persas, Romanos, etc. En consecuencia, cabría decir que para los judíos hablar de la igualdad era un recurso idiólógico para hacerle frente a los dominadores.

A este respecto, I. Krivelion, expresa: Para crear la imagen sincrética de un Mesías de gran alcance internacional y extraordinariamente impresionante, la fantasía religiosa de los pueblos del mediterráneo disponía ya, hacia los pri-

910 Cfr. F. González Díaz Lombardo; Op. Cit. p. 62
911 Idem. . 136.

meros siglos de nuestra era, de materiales de construcción más que suficientes en las creencias precristianas de la antigüedad, ante todo en el judaísmo. Sólo se necesitan -- las condiciones sociohistóricas idóneas que la empujasen a trabajar en este sentido. y las condiciones para ello estaban presentes. En el plano social e histórico, la vida de todos los pueblos del Imperio romano avasallados por la vigorosa potencia esclavista ofrecía un terreno sumamente favorable para el desarrollo de las representaciones e ideas mesiánicas.

Los numerosos pueblos aherrajados por el yugo férreo del dominio romano se veían privados de toda esperanza de conseguir su liberación por los medios reales. Las derrotas de los movimientos de liberación nacional y de las insurrecciones de esclavos insinuaban la inutilidad absoluta de la resistencia armada. Sólo se podía contar con la ayuda de las fuerzas sobrenaturales. Los cultos mesiánicos -- florecieron impetuosamente entonces en todo el territorio del Imperio romano.

En un principio, la leyenda de Cristo y el culto asociado era una de las variantes del mesianismo hebreo. No tenía éxito entre los judíos, dominados por el espíritu de la espera de un Mesías-guerrero real, de un mensajero divino activo y valiente prometido por los profetas, que guiarían al pueblo escogido y este alcanzaría tarde o temprano sus objetivos. Pero después de penetrar en el medio de pue

hlos alógenos, dicha variante ganó pronto a las grandes masas. Pero debió haber experimentado cambios tan sustanciales que, de hecho, dejó de ser judaica. En primer lugar, había abandonado prácticamente la concepción de la exclusividad de Israel para convertirse en una doctrina religiosa -- cosmopolita. Habían cambiado también los motivos de la salvación mesiánica del género humano. Además, la eliminación de las numerosas prohibiciones impuestas por el judaísmo en cuanto a la alimentación, renuncia a la circuncisión, etc. 912

Además, cabe señalar que en las más antiguas comunidades primitivas sólo podía hablarse de igualdad, a lo sumo -- entre los miembros de la misma comunidad; las mujeres, los esclavos, los forasteros, quedaban excluidos, naturalmente, de esta igualdad. En Grecia y en Roma, las desigualdades entre los hombres tenía mucha más fuerza que cualquier género de igualdad. Y si alguien se le hubiese ocurrido decir por entonces que los griegos y los bárbaros, los libres y esclavos, los ciudadanos del Estado y los extranjeros acogidos -- a su protección, los ciudadanos romanos y los súbditos de -- Roma eran acreedores al mismo trato político, habría pasado por loco a los ojos de los antiguos. Bajo el imperio romano, estas diferencias fueron disolviéndose todas poco a poco, a excepción de aquella que distinguía a los esclavos de los -- hombres libres; surgió, al menos entre los libres, aquel --

912 I. Krivelión: Cristo: ¿Mito o Realidad? Ed. Nauka Academia de Ciencias de la URSS, Redacción Ciencias Sociales Contemporáneas. Moscú URSS. 1986 pp. 160 y 161.

sistema de igualdad entre las personas privadas sobre cuya base se desarrolló el derecho romano, la mas perfecta expresión que se conoce de un derecho cimentado en la institución de la propiedad privada. Pero, mientras subsistía la contradicción entre libres y esclavos, no se podía hablar de los correlarios jurídicos derivados de la igualdad de todos los hombres. 913.

Desde otro punto de vista, Hobbes, expresa que: "la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu". 914.

Al respecto, F. Oppenheim, comenta: Se puede decir -- que los seres humanos son iguales o desiguales únicamente en relación con ciertas características personales que debe especificarse. No tiene sentido decir que "todos los hombres son iguales". Respecto de cualquier característica dada, algunos hombres pueden ser iguales más no todos son iguales. La única característica que comparten es una naturaleza humana común, pero ésta es una afirmación tautológica. 915.

Ahora bien, en nuestro devenir histórico encontramos diferentes maneras de conceptualizar a la desigualdad humana, entre otras, cabe destacar a la del sofista Gorgias sobre la doctrina del derecho del más fuerte y obtiene sus mejores logros en el pensamiento de Calicles, desarrollándose

913 Cfr. Federico Engels: Anti-Dühring, Op. Cit. p.102

914 Tomas Hobbes; Op. Cit. p. 110.

915 Felix E. Oppenheim: "Igualdad"; Op. Cit. p. 803.

después por Trasímaco y, en épocas posteriores, en el pensamiento de Maquiavelo y Nietzsche, al considerar el derecho como la expresión del poder.

En cambio, desde otro punto de vista un tanto más objetivo Rousseau, considera el origen de la desigualdad humana en el preciso momento en que aparece la propiedad privada y en consecuencia, la explotación del hombre por el hombre mismo. Dicho de otra manera, con la presencia de los antagonismos de clases sociales; esto es, entre explotadores y explotados.

Empero, es en el sistema económico de producción capitalista en donde, se agudiza aun más la contradicción de las clases sociales entre poseedores del capital, por un lado, y por el otro, los desposeídos de los medios de producción y que únicamente cuentan con su fuerza de trabajo para poder subsistir. Sin embargo, es con el ascenso de la burguesía al poder económico y político cuando se habla de los principios generales de libertad e igualdad de manera formal y universal.

A este respecto, Engels, expresa: La emancipación y abolición de los privilegios feudales, de la exención de impuestos de la nobleza, de los privilegios políticos de cada estamento. y como la sociedad no vivía ya un imperio municipal como el romano, sino en un sistema de Estados independientes que mantenían entre sí un trato de igualdad y que habían llegado a un grado casi igual de desarrollo burgués,

era natural que aquellas tendencias asumiesen un carácter general, traspasando las fronteras de los Estados; era natural que la libertad y la igualdad se proclamasen como derechos humanos. 916

Por su parte, Juan Jacobo Rousseau, concibe en la especie humana dos clases de desigualdades: la una que consideró natural o física, porque es establecida por la naturaleza y que consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas corporales y de las cualidades del espíritu o del alma, y la otra que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una especie de convención y porque está establecida o al menos autorizada, por el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios de que gozan unos en perjuicio de otros, como el de ser más ricos, más respetados, más poderosos o de hacerse obedecer. 917

Además, para dicho autor, la desigualdad se origina con el desarrollo de causas subjetivas, entre otras, cabe expresar a las siguientes: la vanidad, el egoísmo, el desprecio, la envidia y la competencia, a este respecto, Rousseau, señala:

"El primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: Esto me pertenece, y halló gentes bastante sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil, ¡Qué de crímenes, de guerras, de ase-

916 Cfr. Federico Engels: Anti-Dühring; Op. Cit. pp. 104 y 105.

917 Juan Jacobo Rousseau: Discurso sobre ¿cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres? ¿Está ella autorizada por la ley natural? y que aparece publicado en el año de 1955, Estudio preliminar por Daniel Moreno. 3aed. Ed. Porrúa, S.A. Colección "Sepan Cuantos..." México, D.F. 1974. p.109.

sinatos, de miseria y de horrores no hubiese ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas y llenando la zanja, hubiese gritado a sus semejantes: "Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos pertenecen a todos y que la tierra no es de nadie". 918

Así pues, con el desarrollo de las condiciones objetivas y que primeramente descansan con el apoderamiento personal de lo que todos compartían, surge la propiedad privada - como causa original que viene a demarcar claramente la desigualdad entre los hombres. Y, para que ésta fuese respetada por los demás aparecen los ordenamientos legales.

De tal manera, que con el sudor de los esclavos y su miseria se acrecientan las riquezas de unos cuantos, al igual que sus propiedades privadas.

Y, es así, como Rousseau, concluye: la ambición devora áora, el deseo ardiente de aumentar sus fortunas, no tanto por necesidad cuanto por colocarse encima de los otros, inspira a todos una perversa inclinación a perjudicarse mutuamente. En una palabra, competencia y rivalidad de un lado, oposición de intereses del otro, y siempre el culto deseo de aprovecharse a costa de los demás; he allí los primeros efectos de la propiedad y el cotejo de los males inseparables de la desigualdad naciente. 919

De ahí, que los ricos apenas conocieron el placer de la dominación, desdeñaron a los demás, y, sirviéndose de

918 Juan Jacobo Rousseau: Discurso sobre 'Cual es el origen de la desigualdad entre los hombres'; Op. Cit. p. 129.

919 Ídem. p. 137.

sus antiguos esclavos para someter otros nuevos, no pensaron más que en subyugar y envilecer a sus vecinos, a semejanza de esos lobos hambrientos que, habiendo probado una vez carne humana, rehusan toda otra clase de comida, no que riendo más que devorar a los hombres.

Así resultó que, los más poderosos hicieron de sus fuerzas un derecho en su beneficio, el derecho de propiedad, y que rota la igualdad, se siguió el más espantoso desorden, pues las usurpaciones de los ricos, los latrocinios de los pobres y las pasiones desenfrenadas de todos, convirtieron a los hombres en avaros, ambiciosos y malvados. Surgía entre el derecho del más fuerte y el del primer ocupante un conflicto perpetuo que sólo terminaba por medio de combates y matanzas. 920.

Por último, sólo nos resta destacar que del discurso sobre el origen de la desigualdad de Rousseau, se desprenden entre otras, consideraciones: la libertad y la igualdad son una quimera desde el instante en que aparecen las leyes que regulan a la propiedad privada. La cual se origina por una hábil usurpación, y, en provecho de algunos ambiciosos, sometieron en lo futuro a todo el género humano al trabajo, a la esclavitud y a la miseria. 921

920 Juan Jacobo Rousseau: Discurso sobre el origen de la desigualdad; Op. Cit. p. 137.

921 Idem. pp. 138 y 139.

Ahora bien, cuando hablamos de la libertad y de la igualdad como conceptos aislados de toda realidad histórica concreta llegamos a deformar la realidad, dicho fenómeno se da con mucha frecuencia con la ficción del derecho y se legitima cuando a éste, se le estudia y conoce sólo a través de conceptos desligados de su objeto (la realidad histórica -- concreta).

A este respecto, Engels, expresa: una realidad deducida no de sí misma, sino de la imaginación, no es más que pura ideología. De ahí que hemos visto de sobra que la completa igualdad entre las dos voluntades subsiste solo mientras las dos voluntades no quieren nada; que desde el momento en que dejan de ser voluntades humanas como tales y se convierten en voluntades reales, individuales, en las voluntades de dos hombres reales, se acabó la igualdad. 922.

Por su parte, Michael E. Tigar, al comentar el Ancient Law de Henry Maine, señala lo siguiente: A pesar de que sus observaciones profundas y de su investigación histórica tan amplia, a Maine, se le conoce más que nada por una única línea extraída de Ancient Law, que expresa su punto de vista:

"La evolución de las sociedades progresistas hasta el presente ha sido un camino del Estatuto al Contrato". 923

Maine quería decir que el desarrollo gradual e inevitable del orden jurídico mundial había consistido en ir desechando obligaciones legales basadas en la posición social -

922 Cfr. Federico Engels: Anti-Dühring, 1aed. 7a reimpresión. Ed. Ediciones de Cultura Popular, S.A. México, D.F. 1984. pp.95u 101.

923 Michael E. Tigar y Madelaine R. Levy; Op. Cit. pp. 270 y 271

(y últimamente familiares) para sustituirlas por acuerdos - concertados en forma presuntamente libre (contratos) entre las personas. En último término, Maine adoptaba la mitología de la libertad de contratación que había sido tan popular en la Inglaterra del siglo XIX cuando ya hacía tiempo - que había perdido toda relación con la realidad. Sin embargo, es sorprendente que Ancient Law siga siendo un libro de texto en las escuelas de derecho de hoy. Pero lo que sucede es que a los abogados se les prepara para manejarse con conceptos mas que con realidades., para despojar las situaciones de sus elementos humanos y llegar a los problemas jurídicos en que A compra y B vende en alguna situación abstracta. Esta fascinación de la abstracción hace de los juristas occidentales excelentes ideólogos. Mantienen viva la mitología de los primeros tiempos de los cruzados del poder burgués, por que siguen encarando seriamente el marco conceptual de aquella época. 924

Al respecto, Marx expresaba: No es por conseción gratuita la proclamación de las de los derechos de igualdad en el capitalismo, ya que, es un requisito sine qua non, el que todos los hombres sean tratados formalmente de manera libre e impregnados de igualdad, entre otras razones, porque de ahora en adelante ya no, se hablará de esclavos ni de sirvos de la gleba sino de personas iguales e independen-

924 Michael E. Tigar y Madelaine R. Levy; Op. Cit. pp. 270 y 271.

El subrayado es nuestro.

dientes que intervienen en las relaciones sociales de producción. En el caso de no contar con capital para comprar y vender las mercancías que necesiten, cuentan con su fuerza de trabajo para poder adquirir las mercancías que estén a su alcance.

Lo antes mencionado se fundamenta con la siguiente -- apreciación que hace Marx, al hablar del intercambio de mercancías:

"La esfera de la circulación de las mercancías dentro de cuyos límites se efectúa la compra y la venta de la fuerza de trabajo, era en realidad, un verdadero Edén de los derechos humanos innatos. Lo que allí imperaba era la libertad la igualdad, la propiedad .. Celebran su contrato como personas libres, jurídicamente iguales. El contrato es el resultado final de sus voluntades confluyen en una expresión jurídica común. ¡Igualdad!, porque solo se relacionan entre sí en cuanto poseedores de mercancías, e intercambian equivalente por equivalente" 925

Históricamente, encontramos que el primero en descubrir en la expresión del valor de las mercancías, una relación de igualdad, fue Aristóteles, cuando enuncia con claridad que la forma dinerario de la mercancía no es más que la figura ulteriormente desarrollada de la forma simple de valor, estas es, de la expresión que adopta el valor de una mercancía en otra mercancía cualquiera. Además, advierte que la relación de valor en la que se encierra esta expresión de valor, implica a su vez el hecho de que la casa se equipare cualitativamente al lecho, y que sin tal igualdad de esencias no se podría establecer una relación recíproca, como magnitud-

925 K. Marx: El capital: t.1. Vol. 1. Libro primero; Op. Cit. p. 214.

des conmensurables, entre esas cosas que para nuestro senti-
dos son diferentes. El intercambio no se podría dar sin la
igualdad, la igualdad, a su vez, sin la conmensurabilidad.

Sin embargo, por razones de circunstancias históricas
concretas Aristóteles no llega al punto esencial del valor
de las mercancías, a este respecto, Marx comenta: bajo la -
forma de los valores mercantiles todos los trabajos se expre-
san como trabajo humano igual, y por tanto como equivalen-
tes, era un resultado que no podía alcanzar Aristóteles par-
tiendo de la forma misma del valor, porque la sociedad grie-
ga se fundaba en el trabajo esclavo y por consiguiente su -
base natural era la desigualdad de los hombres y de sus -
fuerzas de trabajo. 926

Así pues, el secreto de la expresión valor, la igual-
dad y validez igual de todos los trabajos por ser trabajo -
humano en general, y en la medida en que lo son, sólo podía
ser descifrado cuando el concepto de la igualdad humana po-
suyera ya la firmeza de un prejuicio popular. Más esto es -
posible en una sociedad donde la forma de mercancía es la -
forma general que adopta el producto de trabajo, y donde, -
por consiguiente, la relación entre unos y otros hombres co-
mo poseedores de mercancías se ha convertido, asimismo, en
la relación social dominante. El genio de Aristóteles bri-
lla precisamente por descubrir en la expresión del valor de

926 K. Marx: El Capital: T.I. Vol. I. Libro primera; Op. Cit. p.
72 y 73.

El subrayado es nuestro

las mercancías una relación de igualdad. Sólo la limitación histórica de la sociedad en que vivía le impidió averiguar en qué consistía, "en verdad", esa relación de igualdad.⁹²⁷

Ahora bien, la igualdad jurídica tiene su origen en el intercambio de las mercancías. De esta suerte, el proletario formalmente es considerado igual al burgués, esto, no es más que una ficción de la ley, ya que, en realidad existe una desigualdad extrema, entre el poseedor del capital y el desposeído. Cada vez, que el último únicamente cuenta -- con su fuerza de trabajo y que en el proceso de las relaciones de producción es considerada como una mercancía más que entra al mercado.

A este respecto, Yavich, señala: los principios económicos en el derecho y el principio de propiedad privada se vuelven la idea más importante del derecho de todas las formaciones de clase presocialistas. La propiedad se declara -- como el derecho natural del hombre, y la fuente de libertad e igualdad con otros hombres. El vínculo orgánico entre la forma legal y la propiedad se puede rastrear a través de toda la historia desde su existencia. ⁹²⁸. De ahí que los principios del derecho tales como la igualdad y libertad en última instancia también son predeterminados bajo el capitalismo por las relaciones de propiedad de intercambio burgueses. Las mismas relaciones privadas burguesas, de capitalis

927 K. Marx; El Capital; Libro Primero.- T.I. Vol. I.; Op. Cit. p. 74.
928 Cfr. L.S. Yavich; Op. Cit. p. 184.

tas, dieron a los principios de libertad e igualdad un carácter distorsionado. Marx muestra en El Capital que la propiedad privada y las relaciones de mercancías tienen su apogeo en la sociedad burguesa, que la fuerza de trabajo se convierte en mercancía, y triunfa un nuevo modo de explotación basado en la sumisión económica del proletariado privado de medios de producción para trabajar. Al mismo tiempo las cosas no se pueden relacionar una a otra como mercancías si sus poseedores no se reconocen unos a otros como propietarios que se encuentran igualmente relacionados uno con el otro y que llevan al cabo el intercambio de su propia libre voluntad. La relación de los propietarios de mercancías es una relación legal, y

"esta relación jurídica, que así se expresa en un contrato, ya sea parte de un sistema legal desarrollado o no, es una relación entre dos voluntades, y no es sino el reflejo de la relación económica real entre los dos". 929

Por lo tanto, el poder político, igual que el derecho, está determinado de hecho por el factor económico y no por las posibilidades de coerción física y espiritual o la cantidad de armamentos. El Estado no fue creado por una fuerza extraña; surgió de la sociedad y básicamente dicho de las mismas condiciones materiales como forma legal. En las sociedades de clase desarrolladas, los individuos dominantes en las relaciones de propiedad dadas organizan el poder en la forma de un Estado y dan a su voluntad expresión universal como --

ley para todos. Consecuentemente, los principios ideológicos y morales de la actividad jurídica de las formaciones explotadoras fueron y así permanecen una expresión de la conciencia social de las clases que ejercían y todavía ejercen la dominación económica y política sobre las masas trabajadoras. La fuente ideológica de los principios legales es el sentido de justicia de quienes mantienen el poder del Estado y legislan y administran la justicia. 930

De esta manera, mientras que el derecho, por su naturaleza, es determinado por la estructura económica, social y política de la sociedad y su esencia de primer orden es la voluntad materialmente determinada de las clases dominantes hecha ley para todos, en su aspecto funcional representa un regulador específico de las relaciones sociales. De aquí se desprende que los principios del derecho también realizan la función correspondiente de mediar y consolidar las relaciones sociales.

Igualmente, cabe destacar que los principios del derecho son lineamientos básicos que constituyen el contenido principal no sólo de las leyes sino también de los derechos (y por lo tanto también de las obligaciones legales). Al constituir el contenido principal del derecho en general, y como un todo, los principios legales adquieren todas sus propiedades y funciones, lo que significa:

a) que deben ser considerados como voluntad de las clases dominantes hecha ley para todos;

b) que son normativos, universales y obligatorios, y

c) que su función social es regular las relaciones sociales". 931

Además, cabe decir que los principios generales del derecho también son capaces de influir independientemente sobre las relaciones sociales.

En suma, de acuerdo a nuestra perspectiva teórica los tiempos cambian, ya que, los modos de producción material y espiritual se suceden uno al otro, una clase dominante cede el lugar a otra, las culturas y las civilizaciones se sucedieron una a la otra, y las condiciones de vida y la conciencia social se transforma. Así pues, en la sociedad esclavista el principio legal de la igualdad no tuvo efecto sobre la posición de las amplias masas de esclavos, quienes eran excluidos de la esfera de la regulación legal.

Por lo que respecta, a los principios socioeconómicos en el tipo de derecho feudal, cabe señalar que éstos, fueron el mantenimiento de la dominación de la propiedad de la clase de los señores feudales: la consolidación del poder del Estado constituyó el principio político de este derecho. Las grandes propiedades de los feudales no excluyeron las granjas de pequeña subsistencia de los siervos campesinos. De esta manera y en contraste con los esclavos el campesino no sí

socialmente pero la apropiación de lo que se produce es en forma individual. La máxima extracción de ganancias del capitalista se asegura por la despiadada explotación de los trabajadores, ya que, el capitalista no es nada más que el propietario de los medios de producción que explota al trabajador libre.

No obstante, debemos reconocer que la posición legal y real de los trabajadores difieren enormemente del esclavo y el campesino. El sistema burgués es un avance significativo sobre las formaciones precedentes tanto en el progreso social como en el desarrollo del individuo, aunque la propiedad privada y la explotación del hombre por el hombre sean sus fundamentos.

Así pues, en la declaración de derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, en su declaración primera, se reconoce formalmente la igualdad de todos los hombres, y se expresa literalmente en los siguientes términos:

"Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad".

En sentido parecido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, proclamaba la santidad y la inviolabilidad de la propiedad privada, la libertad y la igualdad de los derechos de todos los ciudada-

nos, y la soberanía del pueblo y su derecho a resistir ante la opresión. A continuación, citamos textualmente los artículos 1º y 6º de la mencionada declaración.

Art. 1º. "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en utilidad común".

Art. 6º. "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho a concurrir a su formación personalmente o por medio de sus representantes. Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante la ley, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos según su capacidad, sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos".

Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la asamblea general de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, en sus artículos 1 y 2, hacen mención de la igualdad en los siguientes términos:

Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres, e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros.

Art. 2. 1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

A este respecto, C.S. Yavich, comenta: Los principios de libertad, igualdad, soberanía del pueblo, legalidad y democracia siempre han tenido un carácter limitado en la sociedad burguesa, y en muchos casos es meramente formal; todavía la tiene, nunca ha eliminado la desigualdad real (la apropiación), la propiedad privada y la explotación, ni la dominación política y económica del capital. 932

Por su parte, Novoa Monreal, expresa lo siguiente: dichos principios son en verdad postulados básicos de convivencia social que se plantean como premisas políticas de una vida en sociedad, y que se vincula, ciertamente, a ideas éticas y de justicia, pero en forma más próxima constituye la forma concreta e histórica que los hombres quieren dar a la sociedad en que viven, a partir de un cierto grado de evolución de las ideas sobre organización y gobierno de una nación.

Consecuentemente, es válida manifestar que la política y la economía determinan el contenido del Derecho y que éste es un instrumento al servicio de ellas. De ahí, que en el concepto de persona se cifran la igualdad jurídica, la libertad de ser propietario, igual para todos y la libertad igual de contratación; pero en realidad, la libertad de ser propietario se convierte, en manos del más fuerte, en una libertad para disponer de cosas y en una libertad para disponer de hombres, pues quien manda sobre los medios de producción tiene en sus manos la suerte de los trabajadores. Estas libertades, combinadas entre sí, conducen al capitalismo y, por tanto, a la desigualdad efectiva. 933

Es por ello, que el Estado que conocemos sigue siendo un fenómeno histórico encargado de perpetuar las condiciones económico-sociales actuales en provecho de la clase dominante a la cual debe su concepción y estructura. Dicha clase ne

cesita un Estado y un Derecho que oculten y enmascaren los antagonismos sociales, como medio de mantener determinadas relaciones de producción que la favorecen. De esta manera, la teoría contractual individualista, concebida para hombres abstractos, supone la igualdad de todas las partes que interviene en una declaración de voluntad bilateral. Por consiguiente, toda obligación contraída por personas jurídicamente capaces, sin la presencia de una coacción física exterior, es válida, salvo casos muy excepcionales en que se admite cuestionar su eficacia por vicio del consentimiento o, en medida aun más limitada, por lesión del reclamante o por razones de orden público. 934

Sin embargo, la realidad es otra. Los hombres viven en condiciones enormemente desiguales y tienen entre sí desigualdades de muchas clases; una de estas, que de hecho afecta en forma considerable la real libertad para ligarse jurídicamente, es la desigualdad económica. Por lo tanto, hoy en día, ya no es válido, decir que lo concenida por las partes adquiere el carácter de fuerza legal, sino lo que, en la realidad opera es lo impuesto por una de las partes adquiere el carácter de fuerza legal.

Al respecto, Diego Cañizares, señala: todos los hombres tienen los mismos derechos a ascender a las más altas funciones y hacer que se les haga justicia, a fundar una familia y a educarse. Igualitarismo individualista porque sólo entre

934 Cfr. Eduardo Novoa Monreal; Op.Cit. pp. 123,149 y 150.

Los individuos se proclama la necesaria relación de igualdad. Característica esencial del Derecho Burgués es la honda contradicción entre las normas obligatorias por él proclamadas para todos y las relaciones sociales, que se manifiestan en la vida. Por ello la igualdad burguesa también tiene un contenido.

Es cierto que en el Derecho Civil se trata de hacer - iguales ante la ley al hijo ilegítimo del natural, dotándolo de iguales derechos, a la esposa y a la concubina, etc. Pero este tipo de igualdad sólo aprovecha a contadas personas y no a las grandes capas populares a quienes en definitiva no les importa esta distinción.

Por otra parte, aunque queda establecido el principio de que todos los hombres son iguales ante la ley también rige aquel otro que expresa que la ignorancia de la ley a nadie sirve de excusa y el cual establecido como presunción en una sociedad de explotación, afecta fundamentalmente a las clases pobres, menesterosas, explotadas, cuya situación intelectual debido al régimen social burgués, no les permite adquirir siquiera los conocimientos elementales del derecho, y no digamos penetrar al laberinto obscuro de las complicadas leyes en el cual apenas pueden orientarse los profesionales del derecho. 935.

A este respecto, González Díaz Lombardo, expresa: los juristas de la llamada escuela clásica preparan el terreno

para el orden jurídico de nuestros días. El derecho es el halarbe contra la anarquía y el despotismo. El derecho que es impuesto sin libertad individual y limitación gubernamental, no puede ser tal. Apadrinó la escuela clásica el principio de la igualdad ante la ley. Aun cuando la realidad es que la mayor de las desigualdades es la igualdad ante la ley ante - circunstancias desiguales. 936

Georges Ripert, considera que el capitalismo para su desarrollo se basó fundamentalmente en dos instituciones jurídicas: la propiedad privada y la libertad contractual. Así, la empresa se construyó sobre la propiedad de los bienes de producción y la libertad para establecer las condiciones laborales mediante el contrato de trabajo. 937

Ahora bien, estos ideales de contratación y de propiedad cobraron vida jurídica con la expedición del código civil francés de 1804, que se ha calificado como el triunfo de las aspiraciones e intereses de la burguesía sobre el sistema feudal y en donde se proclamaron, al decir de Karl Renner dos mandamientos, "uno material, de que cada cual debía conservar lo que tuviera, y otro personal: que cada cual debía ocuparse de lo suyo". 938

936 Cfr. F. González Díaz Lombardo; Op. Cit. p. 227.

937 Cfr. Georges Ripert: Aspects juridiques du capitalisme moderne; 2a. ed. Paris, 1951. pp. 214 y 280.

938 Karl Renner-citado por Michael E. Tigar y Madeleine Levy; Op. Cit. p. 125.

El subrayado es nuestro.

De esta manera, el liberalismo económico se pudo consolidar a través de la autonomía de la voluntad de los contratos. Para ello se partía de la idea errónea de que al existir libertad entre los contratantes, al ser discutido y consentido, existía una presunción de justicia. Esto suponía igualdad de fuerzas e igualdad de discusión, lo cual no ocurría en la realidad. Los contratos sólo fueron la aplicación de la ley del más fuerte, el que imponía su voluntad y sus condiciones, no quedando a la otra parte más que por necesidad adherirse sin discutir. 939.

Por otro lado, cabe destacar que junto al contrato laboral, otro acto bilateral en particular fue objeto de especial interés: el contrato de sociedad mercantil y, a través de él, se logró el descubrimiento más importante para el desarrollo del capitalismo: la sociedad anónima. Ha dicho con justicia Walter Lippmann que "el capitalismo moderno no habría podido desarrollarse si la sociedad por acciones no hubiera existido". La sociedad mercantil, ficción legal, fue un instrumento importante para acrecentar el poder de algunos hombres y de asegurar la supremacía del capital; fue una forma jurídica que justificó la diferenciación entre proletarios y desposeídos, además de dar forma jurídica a la empresa mercantil, que debería buscar el lucro y la máxima ganancia, realizando el comercio sin necesidad de que apareciera, como antaño, un comerciante. 940

939 Cfr. Urbano Farias: "El derecho y la desigualdad"; art. citado en la Desigualdad en México, coordinadores: Rolando Cordera y Carlos

como antes, un comerciante. 940.

Igualmente, cabe señalar que junto a la sociedad anónima se desarrolla con plenitud el derecho de crédito y con el los títulos-valor, fomentando la circulación de la riqueza - a través de acciones, como principales títulos de crédito. El orden jurídico le dio a una hoja de papel la consideración de bien que tiene valor de intercambio. Así, el crédito de - alguna forma empieza a sustituir el concepto tradicional de - propiedad, pues resultaba más importante que la misma posesión de un bien. Desde entonces, es más atractivo el derecho como acreedor no sólo sobre los actuales bienes del deudor, sino sobre todos los beneficios que tuviera o pudiera adquirir en el futuro. Con dichas instituciones jurídicas, junto al desarrollo de un sistema bancario manejado por sociedades mercantiles e intereses privados, se facilitó la gran -- concentración o acumulación de capital de riqueza en unas pocas personas y justificó la utilización o explotación de las mayorías, que carecían de ellos. Los desposeídos o descapitalizados nada podían hacer, la ley y la aplicación de principios de seguridad jurídica se habían encargado de ello. No sólo con la imperatividad de la legislación y la no retroactividad de la misma en perjuicio de los "derechos adquiridos" por las personas, sino con la creación de diversas institu-

940 Cfr. Urbano Farias: "El derecho y la desigualdad"; art. citado en la Desigualdad en México, coordinadores: Rolando Cordera y Carlos Tello. La ed. Ed. Siglo veintiuno editores. México, D.F. 1984. p. 72

El subrayado es nuestro.

ciones que protegían el patrimonio y su transmisión: el anonimato en la tenencia de valores; la transmisión por herencia de los bienes; la prescripción adquisitiva; los derechos atribuidos a un hecho, como lo es la posesión de bienes; la garantía de la libre concurrencia, y tantos otros. 941

Además, la ley se elevó al rango de reina del derecho y contra su voluntad no se podía alegar la costumbre o la práctica en contrario de un derecho socialmente aceptado. La garantía de la aplicación de la ley se logró plenamente con la aplicación del principio antidemocrático de que la ignorancia de la ley a nadie beneficia (ignorancia iuris non excusat). El problema es que los pobres no sólo no sabían de la existencia de ciertos derechos suyos, sino que ignoraban los de los demás, hasta que no los sufrían. Desde esta época proviene la máxima de que el derecho civil, que regula principalmente a la propiedad, se aplica a los ricos, y el derecho penal, que regula las sanciones, se aplica a los pobres, en tanto estos no podían defenderse ni costear su defensa. 942

De ahí que no debe sorprendernos que la mayor parte de la población que se encuentra recluida en los centros de "readaptación social" son personas que provienen de los sectores de más bajos ingresos y marginados de la sociedad.

En el terreno de la práctica procesal también aflora la

941 Cfr. Urbano Farias; Op. Cit. p. 72
942 Ídem. 73

desigualdad, en donde a los económicamente débiles les estaba vedado el acceso a la justicia. Desde la época del derecho romano se decía por Ovidio que "el tribunal está cerrado para los pobres" (curia pauperibus clausa est). No obstante, debemos recordar que al inicio del liberalismo en Francia, por la ley del 16-24 de agosto de 1790, se afirmaron tres -- principios revolucionarios, que después se copiaron por todos los códigos procesales de los distintos países, y son a saber:

1.- Quedaba abolido todo privilegio en materia de jurisdicción;

2.- Todos los ciudadanos, sin distinción, litigarían en la misma forma y ante los mismos jueces, si los casos fueran iguales, y

3.- Los jueces administrarían justicia gratuitamente.

Dichos lineamientos en teoría parecían la solución adecuada para poner coto a las desigualdades. Sin embargo, la realidad seguía su curso desigual entre los poseedores de la riqueza y los desposeídos de lo mínimo esencial, y estos últimos, sólo cuentan con su fuerza de trabajo. Consecuentemente, cuando se habla de la igualdad de las personas ante la ley, no, es mas que una simple y sencilla deformación de la realidad. En vista de que la realidad histórica concreta que se vive en los Estados capitalistas, es de marcados contrastes entre los que tienen capital y los que no lo poseen. 943

De ahí que siga siendo válida la observación de Lenin, al decir que: "no puede haber igualdad real, verdadera, mientras no haya desaparecido toda posibilidad de explotación de una clase por otra". 944 En consecuencia, cabe señalar que la igualdad jurídica no es más que una igualdad formal, abstracta. Es por ello, que el derecho establece criterios iguales. Por tanto, discrimina sólo por cuanto legaliza la discriminación real, que radica en las relaciones de clase del capitalismo, aplicándose igualmente a sujetos desiguales. -- Así, el obrero y el patrón tienen derecho igual a romper sus relaciones contractuales. Pero para el obrero esto significaría perder el trabajo y, por consiguiente, la fuente de subsistencia, mientras que para el patrón, en el peor de los casos, sólo la necesidad de comprar nueva mano de obra en el mercado de trabajo. La liquidación de esta discriminación real del obrero ante el patrón no es, sin embargo, cuestión del derecho. La puede resolver la lucha contra las diferencias de clases.

A este respecto, Marx explicaba que la resistencia a la igualdad y a la libertad y la violación de éstas son iminentes al sistema capitalista, que de hecho resulta ser su régimen sin igualdad ni libertad. 945

944 V.I. Lenin: Obras Completas, 2aed. Buenos Aires, Cartago, t.30

945 K. Marx -citado por Walter Zilbermayer: "La concepción de la igualdad en una sociedad de injusticia" art.

Así pues, el juicio o proceso se convirtió en un drama, no por la actuación y diálogo que se representa en forma similar al del teatro, sino por su triste desarrollo y por la afectación que se causaba a una de las partes, para quien el juicio terminaba en muchos casos en tragedia y que generalmente recae en las espaldas de los pobres, por carecer de los recursos económicos necesarios para sufragar los honorarios de un abogado, además de erogar las expensas necesarias para financiar juicios muy largos.

Asimismo, cabe subrayar que los principios tradicionales de los procesos obligan al juez a mantenerse expectante, como tercero imparcial de un duelo que como dos espadachines libran las partes o contendientes, en donde triunfa, en no pocas ocasiones, el mas hábil o sagaz y no el que tenía la razón y le asistía el derecho. Los vericuetos de un proceso escrito, lento y largo, y las formalidades que tanto en plazos, pruebas y reglas del juego hay que hacer valer . 946 .

A este respecto, Guillermo Buendía, expresa el siguiente comentario:

"La complejidad de las relaciones que se dan al interior de la sociedad -y que encuentran su expresión jurídica en un gran número de leyes-, sólo nos muestra la evolución de las condiciones que la clase dominante impone para desarrollar "su" orden social. Indudablemente, a lo largo de ese recorrido, se buscan formas de legitimidad, no sólo a través de un sistema jurídico en particular, sino también por medio de distintos instrumentos superestructurales que hacen aparecer al régimen de propiedad como algo natural - al igual que

946 Cfr. Mauro Cappelletti: Proceso, ideología, Sociedad. Ed. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1974 p.158.

la libertad y la igualdad jurídica de los hombres--.

Partiendo de esta premisa fundamental es difícil negar que tanto la enseñanza del derecho como el ejercicio de la profesión jurídica atraviesan por una crisis de credibilidad. Ella tiene su origen en las contradicciones que se generan en la protección de intereses heterogeneos e irreconciliables. Y su respuesta formal expresada en las normas jurídicas es la de servir a las necesidades que se les plantea a los tentadores del poder político y económico. Pero esta crisis de credibilidad, contra lo que se pudiera creer, no es reciente. En 1898, se creó un personaje literario que muy bien puede encarnar las remotas características del problema y las formas corruptas de que peca el ejercicio de esta ciencia, cuyo nombre es Crisanto Jaramillo, ese "zorro astuto -- burlón, capaz de jugarle una mala pasada al Santo Padre; y la reputación que disfrutaba-- si es que disfrute puede haber en lo malo --correspondía plenamente... (a que) conocía a maravilla las rancadillas del procedimiento, y las manejaba -- con habilidad suma", tanto que acabo por ser temido. Sin embargo, de la moraleja literaria a la categoría histórica no hay más que una realidad inobjetable: cada día son mas palpables las muestras de que quienes ejercen el derecho estan contribuyendo a la defensa de un estado de cosas altamente injusto." 947

Por su parte, Piero Calamandrei ha destacado que en el proceso puede existir entre las partes una igualdad teórica a la que no corresponde una paridad de hecho; las dos son 'personas' en el mismo sentido, pero los medios de que disponen para hacer valer esa igualdad son desiguales. Esta desigualdad de medios puede significar, dentro del proceso, una desigualdad de personalidades". 948

En suma, todos los principios e instituciones jurídicas de alguna forma constituyen el derecho de la desigualdad. La concepción individualista liberal tiene el mérito indudable

947 Guillermo Buendía: Una Visión del Derecho: Formación y Praxis Art. citado Rvta. Foro Universitario No. 5 abril 1981, México, D.F. pag. 37.

948 Cfr. Pedro Calamandrei; Proceso y democracia, Ed. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires Argentina; 1960 .p.181.
El subrayado es nuestro.

de haber defendido la libertad de todos frente a los poderes públicos, pero tuvo el gran defecto de no defender al hombre contra el hombre y contra los riesgos o contingencias sociales. Fue así como el derecho ayudo a configurar un régimen social de miseria para las mayorías y de opulencia para las minorías titulares de la riqueza, que ha auspiciado la desigualdad entre los hombres.

Teniendo en consideración, a todo lo anteriormente manifestado resulta un tanto fuera de todo sentido común congruente seguir hablando de igualdad y de libertad en sociedades tan desiguales como las nuestras. En donde, se encuentran antagonismos de clases sociales entre los poseedores de la riqueza por un lado, y por el otro, los desposeídos de la misma.

De ahí que estemos de acuerdo con Stoyanovitch, cuando expresa lo siguiente: la idea de justicia, tal como se la describe generalmente, es una idea de igualdad en la desigualdad. Acepta la desigualdad de condiciones y de aptitudes de los individuos como una realidad indiscutible, existente y se esfuerza en construir, en medio de asperezas sociales, una nivelación jurídica, sin intentar allanar primero esas asperezas. De esta manera, una igualdad en la desigualdad no puede ser, en el mejor de los casos, más que una igualdad formal y, en consecuencia, vacía de sentido, por ser una igualdad material en una desigualdad material una contradicción irreductible: se destruye por si misma. 949

contradicción irreductible: se destruye por sí misma. 949

Así pues, lo que existe es una doble apreciación contradictoria del derecho en vigor, que es justo para unos e injusto para otros, viniéndole ese carácter de justo e injusto de las condiciones económicas y sociales que los unos se proponen mantener en su favor y en detrimento de los otros, y que los otros se proponen abolir con un propósito análogo. No hay nunca una apreciación intermedia, neutra y desinteresada, capaz de conciliar a las dos primeras y de hacer una síntesis de ellas. 950 En cambio, para Aristóteles, sí existe un punto intermedio entre la justicia y la injusticia. Y, lo hace de la siguiente manera: son pues, tenidas por injustas el transgresor de la ley, el codicioso y el inicuo o desigual; de donde es claro que el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo justo, pues, es lo legal y lo igual; lo injusto, lo ilegal y lo desigual.

Por lo tanto, el injusto es desigual y lo injusto es lo desigual, claro está que hay algún término medio de lo desigual, que es lo igual. Porque en toda acción en que hay lo mas y lo menos hay también lo igual. Si, pues, lo injusto es lo desigual, lo justo será lo igual; lo cual sin otra razón lo estiman así todos. Y puesto que lo igual es un medio, lo justo será también una especie de medio.

949 Cfr. K. Stoyanovitch; Op. Cit. pp. 128 y 129.

950 Cfr. Konstantin Stoyanovitch: El pensamiento marxista y el Derecho; Op. Cit. pp. 129, 130 y 131.

De esta manera, si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales. Dicho de otra manera, la justicia consiste en tratar de modo igual a los iguales y de igual modo a los desiguales, pero en forma proporcional a su desigualdad, y la proporcionalidad es una igualdad de relaciones. Así, lo justo es algo proporcional. Lo proporcional no es propio tan sólo del número como unidad abstracta, sino del número en general. La proporción es una igualdad de razones. Consecuentemente, lo justo es entonces un medio entre extremos desproporcionados porque lo proporcional es un medio, y lo justo es lo proporcional. 951

Sin embargo, para Marx, unos individuos son superiores física o intelectualmente a otros y rinden, pues, en el mismo tiempo, más trabajo, o pueden trabajar más tiempo; y el trabajo, para servir la medida, tiene que determinarse en cuanto duración o intensidad; de otro modo, deja de ser una medida. Este derecho igual es un derecho desigual para trabajo desigual. No reconoce ninguna distinción de clase, porque aquí cada individuo no es más que un obrero como los demás, pero reconoce, tácitamente, como otros tantos privilegios naturales, las desiguales aptitudes de los individuos, y, por consiguiente, la desigual capacidad de rendimiento. En el

fondo, es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la de igualdad. El derecho sólo puede consistir, por naturaleza, en la aplicación de una medida igual pero los individuos de de iguales (y no serían distintos individuos si no fuesen de iguales) sólo pueden medirse por la misma medida siempre y -- cuando que se les enfoque desde un punto de vista igual, -- siempre y cuando que se les mire solamente en un aspecto de determinado; por ejemplo, en el caso concreto, sólo en cuanto obreros, y no se vea en ellos ninguna otra cosa, es decir, -- se prescinda de todo lo demás. Prosigamos; unos obreros de están casados y otros no; unos tienen más hijos que otros, -- etc., etc. Al igual rendimiento y, por consiguiente, a de igual participación en el fondo social de consumo, unos de obtienen de hecho más que otros, unos son más ricos que otros, etc. Para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no -- tendría que ser igual, sino desigual. 952.

Raymond Ledrut, al referirse a las desigualdades huma-- nas señala: el problema de la desigualdad debe ser visto de la siguiente manera; la reivindicación igualitaria fundamen-- tal es la exigencia de igualdad de oportunidades. Esta, y no igualdad ante la ley, es la igualdad del poder ser. Se pasa de lo posible abstracto, del derecho formal, a lo posible -- concreto, al poder real. Por otra parte, las desigualdades -- parciales se fundan en la jerarquía de poder. En todas par--

952 C. Marx: "Crítica del programa de Cotha-citada en: Obras Escu-- gidas de C. Marx y Federico Engels; Op. Cit.pp. 334 y 335.

El subrayado es nuestro.

tes, el poder aparece en un primer plano, porque, en todas partes también, la desigualdad reside en la diferencia de las capacidades y de los poderes sociales. 953

Por tanto, una declaración formal de igualdad resulta ilusoria cuando los sujetos a quienes se declara legalmente iguales carecen de medios para ejercitar los derechos ligados a esa declaración de igualdad. 954.

Al respecto, Ignacio Burgoa, emite el comentario siguiente: "De ahí que la igualdad jurídica, según nuestra opinión, sea el resultado de un proceso de igualación socio-económica que debe suministrar el contenido a la ley para que ésta se adecúe a los diferentes sectores reales que deba regir". 955

Sin embargo, el optimismo del autor antes citado se desintegra si lo confrontamos con la realidad histórica concreta en que nos desenvolvemos. Dicho de otra manera, hoy en día, el escenario mundial se encuentra caracterizado por dramáticas contradicciones e incongruencias.

Por una parte, descubrimos que el 80% de la población mundial con aproximadamente 5000 millones de seres humanos viven en situaciones infrahumanas. Es decir, conforman grandes masas de desnutridos y frustrados que carecen de lo mínimo para vivir. Y, en consecuencia, carecen de oportuni-

953 Raymond Ledrut-citado por Eduardo García Máynez: Filosofía del Derecho; Op. Cit. p. 492.

954 Eduardo García Máynez; Filosofía del Derecho; Op. Cit. p.492.

955 Ignacio Burgoa O.Op.Cit. p.254.

des para poder desarrollarse. Lo anterior, nos lleva a poner en tela de duda y con conocimiento de causa a la tan anhelada igualdad de las personas ante la ley, sin importar su posición económica, social y cultural. Dicha igualdad no es más que una falacia.

Y, por la otra parte, encontramos que el 20% de la población restante engloba a los países dominantes del Orbe. En donde, a éstos, se les caracteriza por el derroche y el exceso en que incurren, hasta citar la fabulosa cantidad de 100 000 millones de dólares que gastan en armamentos anualmente. A este respecto, cabe señalar, que con los mencionados recursos económicos se podrían reducir y resolver algunos de los tantos problemas que sufren los países más pobres del mundo y son a saber: sequía, desnutrición, insalubridad, analfabetismo, etc.

Empero, pareciera ser que dichos programas de ayuda en beneficio de los países más pobres del planeta, no gusta ni conviene a los intereses de los países dominantes del mundo. De ahí que es válido manifestar que la población más pobre del mundo está condenada a morir de hambre por el capricho de los países hegemónicos, los cuales no tienen miramiento alguno sobre los valores de justicia e igualdad.

Al respecto, Pierre Grabbe, señala entre otras, apreciaciones a las subsecuentes:

En 1986 la población en países menos desarrollados fue estimada en 3763 millones, en comparación con 1180 en las naciones más desarrolladas. Entre los habitantes de los países en desarrollo y la población indigente de las grandes ciudades en ambos hemisferios cerca de 2 000 millones están atrapados en un círculo vicioso de pobreza, malnutrición, enfermedades, analfabetismo, frustración y desesperación; esto no sólo consume sus fuentes de energía, obstaculiza su capacidad de trabajo y limita su habilidad para planificar.

De esta manera, más de 1 000 millones de personas, están desnutridos o hambrientos. En México, casi 50% de la población nunca come carne o huevos. En diciembre de 1983 la UNICEP informó al mundo que 15 millones de niños murieron de hambre y malnutrición durante el año. Según la misma fuente, más de 1 millón murió de hambre en Etiopía en 1985, y más de 10 millones de niños mueren de hambre en regiones tropicales cada año.

En las naciones en desarrollo, quizás 1 000 millones de personas, es decir, una quinta parte de la población mundial, están sufriendo de enfermedades parasitarias o tropicales, también llamadas "enfermedades de la pobreza", como son: malaria, esquistosomiasis, tripanosomiasis (enfermedades del sueño africana y mal de Chagas, filariasis, lepra, leishmaniasis, cólera, diarrea y otras enfermedades, para muchas de las cuales, hoy, no hay medicamento adecuado o disponible.

Según la Organización Mundial de la Salud - *World Health Organization*, p.6.

En cambio, en los países desarrollados, casi la mitad de la mortalidad está directamente relacionada con la conducta, en particular con el comer en exceso, el alcohol, el fumar, las tensiones de la vida moderna, enfermedades tales como: hipertensión, arteriosclerosis, depresión, cáncer, diabetes, etc.

En los países privilegiados como Estados Unidos, los de Europa Occidental y Japón, el producto territorial Bruto - (PTB) per cápita es alrededor o superior a los 10 000 dls al año; esto es, más de 10 veces mayor que el de la mayoría de los habitantes del mundo. 956 Por ejemplo, el PTB per cápita es de 300 dls en China, con más de 1 050 millones de habitantes; 260 dls en la India con una población superior a los 785 millones; y sólo 130 dls en Bangladesh. Juntos estos tres países representan 40% de la población mundial. El promedio del PTB en África es de 740 dls; 1 900 dls en Latinoamérica. Un informe oficial, publicado en México en 1982, estimaba que el 33% de la población metropolitana vivía en la miseria y no podía satisfacer sus necesidades básicas. 957 Al respecto, consideramos que con la gran crisis económica que en México se inició en el año de 1982, las carencias han aumenta-

956 Cfr. Pierre Crabbe: "Un programa para las universidades", Art. citado en la Rvta. Ciencia de la Academia de la Investigación Científica Vol. 28, número 1. México, D.F. marzo de 1987. p.4.

957 Cfr. Pierre Crabbe; Op. cit. pp. 4 y 5

do en toda la largo y ancho de la república mexicana. Según el Instituto Nacional de la Nutrición más del 50% de todos los mexicanos muestran desnutrición del 1er., 2do., o 3er. grado y sólo el 15% de la población total esta adecuadamente alimentada. 958

El espectro del desempleo y subempleo, con la inseguridad y las frustraciones que acarrea, se está incrementando, tanto en las ciudades privilegiadas (cerca de 10 millones en los Estados Unidos, mas de 28 millones en Europa Occidental), como en el mundo en desarrollo. El gigantesco oleoducto ruso que lleva gas de Siberia a Europa Occidental ha sido construido para combatir el desempleo en el país, así como para obtener divisas fuertes. En China, algunos informes indican que en 1981 más de un 20% de la clase trabajadora estaba desempleada, sin que estos individuos contaran con todos los beneficios sociales que garantiza el mundo industrializado occidental. En Bangladesh, el desempleo alcanza cerca del 40% tanto en las áreas urbanas como en las rurales. Algunos informes señalan que el empleo y subempleo en la ciudad de México, es de 10 millones sin tomar en cuenta a todos los de más estados de la república mexicana.

Un informe reciente de la UNICEF indica que, en el mundo entero, el 25% de los adultos varones y el 39% de las mujeres son analfabetos. Hay mas de 200 millones de jóvenes de

958 Cfr. Ursula Oswald: El impacto de la crisis en la estructura social de México; Ed. UNAM-Centro regional de investigaciones multidisciplinarias. México, D.F. 1987.p.21.

12 a 17 años en África, Asia y América Latina que no van a la escuela. Esto lleva a la conclusión de que hay mucho más de 2 000 millones de analfabetos en el mundo.

En cuanto, a la explosión demográfica, cabe decir, que hacia el octavo milenio a.C., la población mundial oscilaba entre 5 y 10 millones de habitantes. Para el principio de la Era Cristiana, cerca del año 1 d.C., se calculaba una población de 200 a 250 millones de personas. En ausencia de invenciones técnicas importantes, el ritmo de crecimiento de la población permaneció estable hasta el año 1650, cuando la comunidad mundial era de cerca de 500 millones. En el transcurso de los tres siglos siguientes, ocurrió un desarrollo violento. En 1850, se llegó a los 1 000 millones de habitantes, en tan solo 80 años se duplicó para llegar a los 2 000 millones, de 1930 a 1976 (46 años) se duplicó para alcanzar los 4 000 millones. Hoy, somos casi 5 000 millones de habitantes. Sólo en 1985, la población mundial se incrementó en más de 83 millones, lo cual significa que para el año 2025 seremos más de 9000 millones de habitantes.

Por último, de acuerdo con estimaciones hechas por las Naciones Unidas, sólo alrededor de 25 de los 150 estados miembros de la ONU son países libres, o sea, países donde las personas se les permite estudiar lo que quieran, escoger sus empleos o cambiar su ocupación, mudarse de una ciudad a otra, casarse cuando y con quien quieran, decidir cuando to-

mar vacaciones, viajar al exterior, etc. Estos 26 países -- privilegiados están localizados principalmente, en América del Norte y Europa Occidental, lo cual significa que quizás el 80% de los ciudadanos del mundo no disfruta de la libertad que otros tienen. Por muchos gobiernos, la estabilidad política se paga por una falta de justicia y libertad. 959

Después, de haber manifestado brevemente algunas consideraciones que nos permiten delimitar cual es la situación real del escenario mundial, nos percatamos que las brechas de las desigualdades son mayores.

Por lo que, seguir hablando de la igualdad en sociedades tan desiguales es pecar de ignorancia por desconocer la realidad histórica concreta que, nos circunda o, en el caso de que se haga con conocimiento de causa de la misma, entonces de manera deliberada se fomenta la deformación de la realidad para bien de los intereses mezquinos y bastardos de las clases dominantes, ya que, éstos se valen del concepto de la igualdad para el efecto de hacer creer a las masas domesticadas y sometidas a un paraíso idílico de equilibrio y de justicia.

No obstante, la realidad en la que vivimos es altamente desigual. Es por ello, que no estamos de acuerdo, en aceptar la quimera del principio general del derecho que establece, la igualdad de todas las personas ante la ley. Cuando en la

959 Cfr. Pierre Crabbe: "Un programa para las universidades". Op. Cit. pp. 5 y 6.

cruda realidad, sólo se observa la existencia de las desigualdades, entre las personas y que día a día son mayores. - Dicho de otra manera, las limitaciones económicas, sociales y culturales entre las personas son cada vez más antagónicas. En cambio, sólo unos cuantos tienen en sus manos el poder de decisión.

Habiendo cuenta, lo antes manifestado, llegamos a concluir que el principio jurídico de la igualdad en sociedades tan desiguales, no es más que un simple concepto ideológico, sostenido y propagado por la clase dominante. Dicha clase hegemónica hace uso de la igualdad jurídica para deformar la realidad histórica concreta y en consecuencia lograr el beneficio para sus intereses de clase dominante.

Por lo tanto, la igualdad legal, no es más que un instrumento ideológico, que permite a la clase detentadora de los medios de producción, en seguir conservando su rol de clase explotadora, y, es así como consiguen someter y oprimir a las masas en creencias paradisíacas, que sólo existen, en la utopía de los ingenuos.

De ahí, que quienes somos conscientes de las desigualdades tan extremas que se dan en la práctica cotidiana, estamos obligados a luchar por hacer menos desiguales a los desiguales, a través de una distribución más equitativa de la riqueza existente y la que en el futuro se produzca. A fin de proporcionar a los desiguales más y mejores oportunidades de desarrollo.

Por último, sólo nos resta destacar, que no es de humanos bien nacidos, el seguir conservando y a la vez alimentando la deshumanización, tan atrás que se da en nuestros días, consecuentemente, esta tarea se convierte sobre todo, para las personas que de alguna manera tienen que ver con la práctica jurídica en un compromiso histórico de cambio, en ya, - no seguir legitimado el statu quo, a través de conceptos abstractos y ahistóricos como la libertad y la igualdad, ya que, estos encubren desigualdades tan grandes en la dura realidad de nuestras sociedades humanas tan asimétricas.

El subrayado es nuestro.

CONSIDERACIONES FINALES

PRIMERA.- El materialismo histórico y dialéctico conforman el marco teórico del presente trabajo. En vista de que dicha referencia teórica se constituye en la posición gnoseológica más cercana a la realidad y a la práctica científica de las ciencias sociales.

SEGUNDA.- Desde esta perspectiva teórica el derecho es un fenómeno social que no se encuentra aislado de la problemática económica, social, política, cultural y demás consideraciones ideológicas de las sociedades humanas que se desenvuelven en un espacio tiempo histórico concreto. Dicho de otra manera, el derecho no puede entenderse por sí mismo, sino en atención a las condiciones materiales de vida.

TERCERA.- Teniendo en consideración lo antes expresado cabe destacar que las relaciones sociales de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales, establecen un vínculo condicionante para con las manifestaciones superestructurales; jurídicas, políticas, religiosas, artísticas, etc., empero, lo anterior no debe estimarse en forma absoluta ya que, el aparato ideológico juega también un rol muy importante en la transformación social. Suponer lo contrario lleva a una concepción deformada del materialismo histórico, en el cual aparece como un método dogmático, vía el determinismo mecanicista

ta de lo económico. Consecuentemente, sólo se apreciarían de manera parcial los cambios que se presentan en las estructuras de las sociedades humanas, dentro de su proceso histórico.

CUARTA.- De ahí que sea válida señalar que el materialismo histórico proporciona un esquema cognoscitivo que establece una relación dinámica y de interacción recíproca entre las cosas, la realidad y el hombre, como sujeto activo, reflexivo, participativo y modificador de su quehacer cotidiano.

QUINTA.- El materialismo dialéctico se constituye en una teoría del conocimiento que permite integrar y estructurar en una totalidad concreta el proceso cognoscitivo.

De esta manera, el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento se interaccionan y retroalimentan en forma dinámica y contradictoria dentro de un contexto social.

SEXTA.- Es por ello que en la presente investigación demostraré que el materialismo dialéctico se torna en la práctica científica más adecuada para tratar los problemas epistemológicos de la historia, de la economía, del derecho, de la política, etc., lo anterior se logrará por medio de las explicaciones objetivas y de los análisis críticos y sistemáticos para el efecto, de conocer tanto el aspecto aparente como esencial del problema que es objeto de estudio.

SEPTIMA.- En suma, consideramos que la dialéctica es el método más objetivo para la explicación de los fenómenos sociales, partiendo de la actividad práctica y objetiva del hombre en su totalidad histórica concreta. Es decir, estamos obligados a estimar a la realidad como un todo estructurado y dialéctico en el cual puede ser comprendido racionalmente cualquier hecho. Toda vez, que el pensamiento humano se realiza moviéndose es espiral, pues donde comienza es abstracto y relativo; del todo a las partes y de las partes al todo, del fenómeno a la esencia y de la esencia al fenómeno, de la totalidad a las contradicciones y de las contradicciones a la totalidad. De ahí que todos los conceptos entran en movimiento recíproco y se interaccionan mutuamente hasta alcanzar la concreción.

OCTAVA.- Así pues, desde nuestra perspectiva teórica-metodológica, el análisis y la síntesis no se presentan en forma aislada, ya que el proceso cognoscitivo no es unilineal y simple; sino que es múltiple y complejo; es decir, en ocasiones se inicia el proceso de conocimiento de lo concreto a lo abstracto o de lo abstracto a lo concreto. Lo mismo sucede con la inducción y la deducción.

NOVENA.- Existen diferentes teorías del conocimiento -- que nos permiten explicar sistemáticamente a los diferentes objetos de conocimiento que conforman el mundo de las ciencias sociales. Sin embargo, para el autor del presente tra-

bajo la posición teórica cognoscitiva que más se apega a la práctica científica es la contenida en el materialismo histórico y dialéctico.

DECIMA.- Por lo que respecta al derecho, cabe mencionar que, a lo largo de su existencia descubrimos distintas corrientes teóricas que se esfuerzan por explicarlo de manera articulada y coherente. A este respecto, cabe señalar, entre otras posiciones teóricas a las siguientes: iusnaturalismo, positivismo y neopositivismo jurídico, corriente sociológica del derecho y la del realismo jurídico, empero, para comprender cabalmente al objeto de estudio de la presente investigación es necesario tener presente al marco teórico que se fundamenta en el materialismo histórico y dialéctico, ya que sólo, así se lograra la crítica metodológica a los principios generales del derecho.

DECIMA PRIMERA.- Desde mi punto de vista, la interpretación jurídica encierra un proceso cognoscitivo amplio y complejo, en donde no son suficientes los métodos generales del conocimiento vistos desde una perspectiva formal y aislada, tampoco el tan usado y viciado método literal de interpretación legal, en vista de que los problemas jurídicos son un tanto cuanto más complejos. Consecuentemente, estamos obligados a recurrir a otros elementos que son a saber: el gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico, económico, político y comparativo.

DECIMA SEGUNDA.- Es incuestionable que los métodos de interpretación jurídica se encuentran en íntima relación con las diferentes posiciones teóricas del conocimiento jurídico. De esta manera, cabe citar, entre otros métodos de interpretación jurídica, a los subsecuentes: exegético, sistemático y sociológico jurídico.

DECIMA TERCERA.- Desde nuestra perspectiva teórica, -- los principios generales del derecho deben ser considerados como el soporte ideológico fundamental de cualquier sistema jurídico. De ahí que la libertad y la igualdad jurídica han llamado mi atención.

Aclarando que dichos principios no -- son los únicos, sino que existen otros más, como la equidad y la seguridad jurídica. Sin embargo, en este trabajo sólo -- trataré de desmistificar a la libertad y a la igualdad jurídica.

DECIMA CUARTA.- Por lo que atañe al concepto de la libertad, cabe destacar, que dicho término es muy amplio ya -- que, comprende diferentes sentidos y alcances. Y, que a continuación expreso:

En la antigüedad el concepto de la libertad se relaciona con el de propiedad privada. Esto es, -- ser libre significa ser no esclavo.

En cuanto, a los diferentes significados de la palabra libertad hallamos los siguientes:

- Como autodeterminación: según la cual la libertad es ausencia de condiciones y límites;
- Como necesidad de autodeterminación en la totalidad a la cual el hombre pertenece, y
- Como medida de posibilidad y, por lo tanto, elección motivada o condicionada.

Desde el punto de vista del positivismo jurídico la libertad es una facultad autorizada por una norma de hacer o de omitir. Dicho de otra manera, la libertad jurídica es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y no ejercicio de un derecho subjetivo.

DECIMA QUINTA.- Teniendo en cuenta a lo antes expresado, cabe decir, que el concepto de la libertad es un tanto abstracto y ambiguo. Razón por la cual tiene una fuerte connotación eufemista y es usada para cubrir cualquier acción política o a institución que pudiera considerarse válida des de la obediencia del derecho natural o positivo hasta la prosperidad económica.

DECIMA SEXTA.- Igualmente, cabe destacar que el concepto de la libertad se desarrolla al parejo de las relaciones sociales de producción. Es decir, para unos, la libertad es ta en función de su esfera de dominio. En cambio, para otros

la libertad se restringe en atención a su posición en las relaciones sociales de producción.

De esta manera, descubrimos por un lado que en la antigüedad algunos hombres eran libres y estos -- eran los poseedores de los medios de producción. Y, por el otro, encontramos a los esclavos que conformaban el grueso de la población.

Por lo que respecta, a las relaciones sociales de producción del sistema feudalista descubrimos -- condiciones de dominio, explotación y de sometimiento para las mayorías de los campesinos y siervos de la gleba, impuestos por los señores feudales y la nobleza. Así pues, en este estadio histórico, el derecho representaba la voluntad de -- los señores feudales como clase dominante erigida en ley. De esta forma, el derecho feudal consolidaba abiertamente la desigualdad en la sociedad, era, pues, un derecho clasista, un derecho de privilegio, ya que únicamente servía a las clases privilegiadas que ostentaban el poder económico y político -- representado por la nobleza y el alto clero que subordinaban y oprimían a los estamentos más pobres de la sociedad feudal. En esta época destacaba el derecho canónico y sus tribunales eclesiásticos, que se caracterizaban por su extraordinaria -- crueldad (tribunales de la inquisición).

DECIMA SEPTIMA.- Tanto en el esclavismo como en el feudalismo la libertad humana no existió como atributo real de

todo hombre; sino que, la libertad y los privilegios sólo se reservaron para grupos minoritarios. Ahora bien, no fue sino hasta la declaración de independencia de las colonias de Norteamérica y de la revolución francesa cuando se proclamó la libertad universal del ser humano, al señalar que "Todo hombre, por el hecho de ser tal, ha nacido libre". Es innegable que dichas declaraciones son de marcados rasgos iusnaturalistas.

DECIMA OCTAVA.- Los ideólogos de la burguesía, entre otros, cabe mencionar a Montesquieu, Locke, Voltaire, Rousseau, etc., al tiempo de que hablaban de la libertad de todos los hombres -en sus escritos- en el terreno de la práctica concreta explicaban y justificaban con lujo de detalles a la esclavitud. Es decir, formalmente se habla de la libertad pero en la realidad histórica concreta se restringe para unos cuantos. Dicho de otra manera, se pone en tela de duda el discurso libertario y democrático de la burguesía, ya que la realidad actual nos demuestra la existencia de contradicciones en el quehacer de éstos. Esto es, los ideólogos de la burguesía incurren en grandes incongruencias de lo que piensan, dicen y llevan a cabo en la práctica concreta.

DECIMA NOVENA.- Para algunos, el principio de la libertad jurídica tiene su origen en la libertad de conciencia religiosa del siglo XVII, en la base misma de la constitución de la iglesia reformada. Dicha libertad es aceptada por ser

un derecho natural, además, cabe resaltar, que lo que es un principio apareció como una lucha religiosa a fin de lograr la libertad de conciencia, posteriormente, se hizo una disputa jurídico-política, a fin de legitimar al nuevo modo de producción "el capitalismo".

VIGESIMA.- En el sistema económico de producción capitalista el concepto de la libertad jurídica adquiere una dimensión vital diferente a la que tenía anteriormente; es decir, en el capitalismo todas las personas sin excepción son libres de hacer o no hacer lo que quieran, de acuerdo con -- las declaraciones formales (legales). Sin embargo, la realidad histórica concreta es otra, ya que solo unos cuantos pueden vivir placidamente de sus rendimientos económicos y de explotar a las mayorías libremente. En cambio, la mayoría es obligada, si es que no quiere morir de hambre, a vender su fuerza de trabajo para apenas conservar su existencia precaria.

VIGESIMA PRIMERA.- Desde nuestro punto de vista, la libertad jurídica no es más que una ilusión legalista que al ser confrontada con la realidad ha quedado demostrado que solo unos cuantos pueden elegir libremente que es lo que más les conviene. No obstante, para la mayoría no les queda otra alternativa que aceptar lo impuesto por una de las partes y que viene a ser la voluntad del más fuerte económica y políticamente hablando. De ahí que quienes pretenden seguir hablando de la libre empresa y de la libertad de intercambio -

incurren en una visión un tanto aparente de la realidad, ya que, hoy en día, la ley de la oferta y de la demanda son una categoría económica desactualizada, ahora, se habla de decisiones monopólicas y oligopólicas.

VIGESIMA SEGUNDA.- El Estado moderno generalmente se convierte en una poderosa arma de opresión y de represión en beneficio de los burgueses. Consecuentemente, el grado de libertad de unos no depende sino del grado de dominación de los otros.

De esta manera, el Estado burgués equivale a la violencia organizada de una clase de la sociedad sobre los demás; por lo tanto, quienes detentan el poder económico y político en un momento determinado de la historia de los pueblos son los que restringen la libertad. En vista de que las ideas dominantes en cualquier época no han sido más que las ideas de la clase dominante. Dicho de otra manera, la libertad es una quimera para quienes carecen de iguales oportunidades de hacer o no hacer, en sociedades tan desiguales. Esto es, uno tiene tanta libertad cuanto más poder tenga. Sin embargo, en el capitalismo existe una abierta y franca desigualdad de la riqueza y de oportunidades. Por lo consiguiente, hay menos libertades para los desposeídos de la riqueza material y cultural.

VIGESIMA TERCERA.- A través del materialismo histórico

y dialéctico hemos llegado a desmistificar la libertad jurídica de su ropaje mítico e idílico que la burguesía de ayer y de ahora se han preocupado por santificarla, para el efecto de ocultar sus intenciones de poder y de dominación, es por ello, que desde nuestra perspectiva teórica y en atención a dichos motivos, la libertad jurídica no es más que un concepto ideológico importante del cual se ha valido la clase dominante a fin de deformar la realidad tan desigual en que vivimos y que para seguir conservando nuestra existencia la mayoría de los humanos nos vemos obligados a vender nuestra fuerza de trabajo al mejor postor.

VIGESIMA CUARTA.- Por lo que respecta a la igualdad jurídica cabe decir, que esta representa a un concepto abstracto y de suma importancia en los sistemas jurídicos contemporáneos, ya que, aparece en casi todas las disposiciones legales: constituciones políticas, tratados internacionales, declaración universal de los derechos humanos y demás disposiciones secundarias.

VIGESIMA QUINTA.- El propósito fundamental de la presente investigación se concreta en desenmascarar el encubrimiento que se hace de la realidad histórica concreta, a través de la igualdad de todas las personas ante la ley.

VIGESIMA SEXTA.- Es incuestionable que en el régimen esclavista se inicia la marcha de la desigualdad plena entre

los hombres. Es decir, la desigualdad social no se origina -- por razones naturales o por el capricho de una voluntad divina; sino que; obedece al surgimiento de razones tanto subjetivas como objetivas. Por lo que toca, a los motivos de indole subjetiva, cabe señalar, entre otros a la ambición, al egoísmo y a la maldad en los humanos, lo que genera la usurpación de los bienes comunales, y en consecuencia, el sometimiento de las mayorías por unos cuantos. En relación, a las razones de carácter objetivo descubrimos a la división del trabajo, la propiedad privada sobre los medios de producción y a la apropiación individual de todo lo que se produce.

VIGESIMA SEPTIMA. -- Desde mi punto de vista considero -- que la igualdad formal que describe la ley, no tiene su sustento en la semejanza natural y fisiológica de las personas; sino que se debe al intercambio de mercancías. Dicho de otra manera, es en el sistema económico de producción capitalista en donde se descubre que el valor real de todas las cosas -- descanza en la fuerza de trabajo de los hombres. En conse -- cuencia, la fuerza de trabajo no es más que una mercancía -- universal que entra al mercado.

VIGESIMA OCTAVA. -- Los cultores del derecho positivo y natural difícilmente plantean la interrogante del por qué -- son los hombres iguales ante la ley, no obstante, lo que a -- éstos les preocupa es que dicho principio debe estar estable -- cido por una norma jurídica para el efecto de su observancia.

Como si, las normas jurídicas formaran parte de un mundo diferente de los sujetos a quienes se les aplica, es decir, a -- los abogados se les prepara para manejarse con conceptos más que con realidades para despojar las situaciones en que A -- compra y B vende en actitud abstracta. Este aspecto hace a -- los juristas occidentales, excelentes ideólogos.

VIGESIMA NOVENA.- Los principios generales del derecho tales como la libertad y la igualdad, en última instancia son predeterminados bajo el capitalismo por las relaciones de -- propiedad y de intercambio burgués, en consecuencia, dichos principios tienen un carácter deformado al no tomar en consi -- deración a los factores económicos, sociales, políticos y -- culturales de la sociedades humanas, ya que, desde nuestra -- perspectiva teórica el conocimiento jurídico forma parte de un todo concreto.

TRIGESIMA.- Consecuentemente, cabe expresar que los -- principios generales del derecho tienen una naturaleza emi -- nentemente ideológica que las clases dominantes utilizan pa -- ra su mayor beneficio. Esto es, por medio del discurso jurí -- dico se mediatizan y consolidan las relaciones sociales de -- producción capitalista, y, sólo de esta manera, logran con -- servar y desarrollar la posición de clases dominantes.

TRIGESIMA PRIMERA.- Así pues, a través de los princi -- pios de la igualdad y de la libertad jurídica, la clase domi

nante oculta y enmascara los antagonismos de clases, igualmente, cumple el rol de mantener determinadas relaciones de producción que la favorecen. De esta suerte, la teoría contractual individualista, concebida para hombres abstractos, supone la igualdad de todas las partes que intervienen en una declaración bilateral de voluntad por ello que toda obligación contraída por personas jurídicamente capaces, sin la presencia de una coacción física exterior, es válida, salvo casos muy excepcionales en que se admite cuestionar su eficiencia por vicio de consentimiento, en medida aun más limitada; por lesión del reclamante o por razones de orden público. Sin embargo, la realidad histórica concreta es otra, los hombres viven en condiciones económicas desiguales y tienen entre sí desigualdades de muchos tipos.

Por lo tanto, hoy en día, ya no es válido decir que lo convenido por las partes adquiere el carácter de fuerza legal, sino lo que en la realidad opera es lo impuesto por una de las partes adquiere el carácter de fuerza legal.

De esta manera, la igualdad jurídica de Occidente viene a ser la desigualdad más grande, toda vez que esta se da en circunstancias desiguales.

TRIGESIMA SEGUNDA.— Otra aberración del derecho clasista, consiste en señalar que: "La ignorancia de la ley a na-

die beneficicia, dicho principio es por demás desigual en la realidad, ya que, por un lado no debemos olvidar el alto porcentaje de analfabetas que existen, y por el otro, cabe resaltar que el lenguaje jurídico se caracteriza por su abstracción y ambigüedad. Dichos motivos hacen que el derecho sólo sea entendido por los letrados en esta ciencia y con algunas dificultades. De ahí la existencia de una variedad de métodos de interpretación jurídica.

TRIGESIMA TERCERA.- Hablar de la igualdad, de la libertad y de la justicia en sociedades tan desiguales como las nuestras es como querer comunicarse por medio de la palabra hablada con sordomudos. Es por ello, que para el sustentante hablar de la igualdad en la desigualdad no es más que una igualdad formal, abstracta y vacía de sentido. En suma, en sociedades tan desiguales la igualdad jurídica no es más que una simple ficción de trasnochadores. Razón por la cual no estamos de acuerdo en aceptar la quimera que encierra el principio de la igualdad de las personas ante la ley. Además no debemos pasar por alto que la igualdad jurídica no es más que un concepto ideológico sostenido y promovido por la clase dominante y que es la que detenta los medios de producción. Dicha clase dominante se esfuerza en conservar su rol de clase explotadora, y al emplear la libertad y la igualdad jurídica como instrumentos ideológicos consigue oprimir y su-
meter a las grandes masas que integran al proletariado a - -

creencias paradisiacas. Las cuales sólo existen en la utopía de los ingenuos.

TRIGESIMA CUARTA.- Teniendo en consideración todo lo anteriormente manifestado, sólo me resta destacar que es un compromiso ineludible e impostergable para quienes somos conscientes de las desigualdades tan extremas que se dan en la práctica cotidiana de luchar por hacer menos desiguales a los desiguales. Poniendo en práctica políticas económicas y sociales de corte transpersonalista, a fin de lograr una distribución más equitativa de la riqueza existente y de la que en el futuro se produzca, con el fin de proporcionar a los desiguales más y mejores oportunidades de desarrollo.

Dicha tarea se convierte en objetivo = principal sobre todo para las personas que de alguna manera tienen que ver con la práctica jurídica. En vista de que se torna en un compromiso histórico de cambio, entre otras razones para no seguir legitimando el statu quo, impregnado de desigualdades tan grandes y abominables a través de conceptos abstractos y ahistóricos como la igualdad y la libertad jurídica, toda vez que dichos conceptos encubren injusticias que únicamente benefician a la clase dominante para seguir conservando el poder de decisión y de mando.

A P E N D I C E S

HOCA: Información obtenida del trabajo de Jorge Jellineck
La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Op. Cit. Apéndice No. 1, pp. 60 a 73; Apéndice No. 2, pp. 175 a 179.

APENDICE NUMERO 1

DECLARACION DE DERECHOS DE VIRGINIA DEC 12 DE JUNIO DE 1776.

Hecha por los Representantes del buen Pueblo de Virgini--
nia, reunidos en plena y libre Convención; derechos que perte-
necen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento del -
gobierno.

I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente
libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes,
de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden
por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad; espe-
cialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios
de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la
felicidad y la seguridad.

II.- Que todo poder reside en el pueblo y por consiguien-
te, de él se deriva; que los magistrados son sus mandatarios y
servidores y en todo tiempo responsables ante él.

III.- Que el gobierno es, o debe ser instituido para el
el común beneficio, la protección y seguridad del pueblo, na-
ción o comunidad; que de todas las modas y formas de gobierno,
la mejor es la que sea capaz de producir el más alto grado de
felicidad y seguridad y esté más eficazmente garantizada con-
tra el peligro de una mala administración; y que cuando un go-
bierno resulte inadecuado o contrario a estos fines, la mayo--

ría de la comunidad tiene el derecho indubitable, inalienable e indefectible de reformarlo, cambiarlo o abolirlo del modo - que juzgue más apropiado para el bien público.

IV. Que ningún hombre, ni grupo de hombres, tienen título para recibir de la comunidad emolumentos o privilegios exclusivos o distintos, sino en atención a servicios públicos y no siendo estos hereditarios, tampoco pueden serlo los oficios de magistrado, legislador o juez.

V. Que los poderes legislativos, ejecutivo y judicial - deben ser separados y distintos y que a sus miembros se les puede impedir la opresión, haciéndoles sentir las cargas del pueblo y participar de ellas; y que deben, en períodos fijos, ser reducidos a la condición privada, volviendo al cuerpo de donde originariamente han salido; proveyéndose las vacantes -- por elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las cuales todos o parte de los anteriores miembros sean reelegibles o no según lo que las leyes ordenen.

VI. Que todas las elecciones deben ser libres y que todos los hombres que ofrezcan garantía suficiente de un interés común permanente y de amor a la comunidad tienen derecho de sufragio; y que no pueden ser gravados en su propiedad ni privados de ella por utilidad pública sin su consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni obligados por ninguna ley - para el bien público, a la cual no hubieran dado por tal manera su asentimiento.

VII. Que todo poder de suspender las leyes o su ejecución por cualquier autoridad sin el consentimiento de los representantes del pueblo, es contrario a sus derechos y no debe ser ejercida.

VIII. Que en toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a presentar las pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce vecinos, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable; que no puede ser compelido a declarar contra si mismo; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares.

IX.- Que no deben exigirse fianzas excesivas, ni imponerse multas excesivas, ni castigos crueles y desusados.

X.- Que los mandamientos generales, por cuya virtud su funcionario o agente sea requerido para realizar investigaciones en lugares sospechosos sin la prueba del hecho cometido, o para detener a una persona o personas no designadas nominalmente o cuyo delito no esté particularmente determinado y apoyado en pruebas, son ofensivos y opresivos y no deben ser autorizados.

XI. Que en las contiendas sobre propiedad y entre hombre y hombre, el antiguo juicio por jurado de doce hombres es

preferible a cualquier otro y debe ser tenida por sagrada.

XII.- Que la libertad de la prensa es una de las grandes baluartes de la libertad y jamás puede ser restringida sino por su gobierno despótico.

XIII.- Que la milicia regular, compuesta por el pueblo instruido en las armas, es la defensa propia, natural y segura de un Estado libre; que los ejércitos permanentes en tiempo de paz deben ser evitados como peligrosa para la libertad; y que en todos los casos, la fuerza militar debe estar estrictamente subordinada y gobernada por el poder civil.

XIV.- Que el pueblo tiene derecho a un gobierno uniforme; y por tanto, que ningún gobierno separado o independiente del gobierno de Virginia, debe ser erigido o establecido dentro de sus límites.

XV.- Que ningún gobierno libre ni el beneficio de la libertad pueden ser asegurados a ningún pueblo sino mediante la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud y recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales.

XVI.- Que la región o los deberes que nosotros tenemos para con nuestro Creador y la manera de cumplirlos, sólo pueden ser dirigidos por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente, todos los hombres

tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia y que es un deber de todos practicar entre sí la resignación, el amor y la caridad cristianas.

APENDICE NUMERO 2.

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE LA CONSTITUENTE FRANCESA DEL 26 DE AGOSTO DE 1789.

Art. 1^o. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común.

Art. 2^o. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Art. 3^o. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación ni ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente.

Art. 4^o. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; también el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley.

Art. 5^o. La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena.

Art. 6^o. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho a concurrir a su formación personalmente o por medio de sus representantes. Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante la ley, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos según su capacidad, sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

Art. 7^o. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades en ella prescritas. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o prendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, haciéndose culpable por causa de resistencia.

Art. 8^o. La ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y ninguno podrá ser castigado sino en virtud de ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

Art. 9^o. Como se presume que todo hombre es inocente mientras no ha sido declarado culpable, si se juzga necesario detenerlo, cualquier rigor innecesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.

Art. 10^o. Ninguno debe ser molestado por sus opiniones

Art. 11º. La libre comunicacion de los pensamientos y de las opiniones es uno de los mas preciosos derechos del hombre; así pues, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, sin perjuicio de que responda de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Art. 12º. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Así pues, esta fuerza se instituye para ventaja de todos no para la particular utilidad de aquellos a quienes esta confiada.

Art. 13º. Es indispensable una contribución común para el mantenimiento de la fuerza pública y para las expensas administrativas. Tal contribución debe quedar repartida igualmente entre todos los ciudadanos en razón a sus facultades.

Art. 14º. Todos los ciudadanos tienen derecho de constatar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, así como el de consentirla libremente, - investigar su empleo, determinar la calidad, la cuota, el pago y la duración.

Art. 15º. La sociedad tiene derecho de pedir cuenta de su administración a todo funcionario público.

Art. 16º. La sociedad que no tiene asegurada la garantía de sus derechos, ni tiene determinada la separación de sus poderes, carece de constitución.

Art. 170. Siendo la propiedad un derecho inviolable y -
sagrado, nadie puede ser privado de ella, si no es cuando una
necesidad pública, debidamente comprobada, lo exija de un ma-
do evidente, y bajo la condición de una previa y justa indem-
nización.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

DICCIONARIOS

- Abbagnano, Nicola: Diccionario de Filosofía; 2a. ed. en español tr. Alfredo N. Gallebbi, 1a. reimpresión. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 12, D.F. 1980.
- Bartra, Roger: Breve diccionario de sociología marxista; 1a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. Cnl. 70. México, D.F. 1973.
- Bobbio, Norberto y Nicola Matteucci: Diccionario de Política 1a. ed. en español tr. Raúl Grisalfín, et. al. Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México 20, D.F. 1981.
- Blánquez Fraile, Agustín: Diccionario Latino-Español; 4a. ed. Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona España, 1961.
- Corominas, Juan: Breve Diccionario Etimológico de la lengua Castellana; 3a. ed. 1973. 1a. reimpresión. Ed. Gredos, Madrid España, 1976.
- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española; -- 19a. ed. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid España, 1970.
- Ferrater Mora, José: Diccionario de Filosofía; s.e. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, Argentina 1965.
- Fix-Zamudio, Héctor, Jorge Barrera Graff, et al: Diccionario Jurídico Mexicano - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1a. ed. -- 1984. Primera Reimpresión 1985. t. I - VIII.
- Mascitelli, Ernesto, et. al: Diccionario de términos marxistas; 1a. ed. en español tr. Elena de Grau. Ed. Grijalbo, S.A. Barcelona España, 1979.
- Pallares Eduardo: Diccionario de Derecho Procesal Civil; 13a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1981.
- Pey, Santiago y Juan Ruiz Calonja: Diccionario de sinónimos y contrarios; 6a. ed. Ed. Teide, S.A. Barcelona España, - 1976.
- Rosenthal, M. y P. Ludin: Diccionario Filosófico Abreviado; se. Ed. Ediciones Quinto Sol, S.A. México, D.F. s.f.
- Sebastián Yarza, Florencio: Diccionario Griego-Español; Ed. - Ramón Sopena, S.A. Barcelona España, 1964.

Seldon, Arthur y F. G. Pennance: Diccionario de Economía; 3a. ed. en lengua castellana tr. Antonio Casahuga Vinardeil. Ed. Oikos-Tau, S.A. Barcelona España, 1980.

ARTÍCULOS (QUE APARECEN EN ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS)

- Adame Goddard, Jorge: "Principios generales del derecho", -- art. citado en el Diccionario Jurídico Mexicano, t. V. -- II- P - Ren. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1985.
- Gardella, Lorenzo A.: Principios Generales del Derecho: art. citado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA. t. XXIII. Ed. -- Bibliográfica, Buenos Aires Argentina, 1967.
- Guido Fasso: "Iusnaturalismo"; art. citado por Norberto Bor- -- hbio y Nicola Matteuci; Diccionario de política, t. I - I J, trad. en español por Raúl Crisafin et al. 1a. ed. Ed. -- Siglo Veintiuno editores, S.A. México, D.F. 1981.
- Linares Quintana, Segundo V: Interpretación Constitucional; -- art. citado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XVI. -- CASA - LUSN E. Bibliográfica, Buenos Aires Argentina, -- 1967.
- Lumbardo A., Horacio: "Interpretación Jurídica"; art. citado en el Diccionario Jurídico Mexicano, t. V. I - J. Ed. Por- -- rrua, S.A. México, D.F. 1985.
- Oppenheim, Felix E.: "Igualdad"; art. citado en Diccionario -- de Política. trad. al español por Raúl Crisafin, et. al. -- Ed. Siglo veintiuno editores, S.A. México 20, D.F. 1981, t. I.
- Recasens Siches, Luis: "Interpretación del Derecho", art., ci- -- tado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA. t. XVI. Ed. Bi- -- bliográfica Buenos Aires-Argentina, 1967.
- Tamayo y Salmerán, Rolando: "Igualdad Jurídica"; art., citado en el Diccionario Jurídico Mexicano. t. V. I - J; Ed. Por- -- rrua, S.A. México, D.F. 1985.

LIBROS

- Acosta Romero Miguel y David Góngora Pimentel; Ley de Amparo 2a. ed. Ed. Porrúa; S. A. México D.F. 1955.
- Afanasiév V.: Fundamentos de filosofía; Ed. Ediciones de Cultura popular, S.A. México, D.F. 1976.
- Alonso J. Antonio: Metodología; 2a. ed. Ed. Edicol, S.A. México, D.F. 1982.
- Althusser Louis; Materialismo Histórico; Trd. al español por Nora Rosenthal de Pasternac. 11a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A. México, D.F. 1986.
- La revolución teórica de Marx; Trd. al español por Martha -- Harnecker 11a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores S.A. México D.F. 1981.
- Aristóteles: Ética Nicomaquea; Trd. al español e introducción de Antonio Gómez Rubledo; 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. Colección. "Sepan Cuantos". México, D.F. 1973, No. 70.
- El Organón (Tratado de Lógica). Estudio introductorio por, -- Francisco Carrayo; 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México D.F. 1979.
- Arellano García Carlos: El Juicio de Amparo; 1a. ed. Ed. Porrúa. S.A. México, D.F. 1982.
- Azúa Reyes, Sergio T.: Los Principios Generales del Derecho; 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1982.
- Balibar Ebiene: Para leer el capital Trd. al español por Martha Harnecker 18a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores México, D.F. 1981.
- Bañanes G. Ramón; Metodología del Derecho; 1a. ed. Ed. Bosch Barcelona España. 1959.
- Ballbe Faustino: Esquema de Metodología Jurídica; 1a. ed. Ed. Ediciones Botas México, D.F. 1956.
- Bacon Francis: Citado en metodología del conocimiento científico-Academia de Ciencias de Cuba - y de la U.R.S.S. Ed. Quinta Sol. S.A. s.f.
- Barraju Dacruz Efrén: Introducción al Derecho Español del -- Trabajo 2a. ed. Ed. Tecnus Madrid España 1969.

- Bascuñan Valdes Anibal: Manual de técnicas de la investigación Jurídica 4a. ed. Santiago de Chile, 1976.
- Bobbio Norberto: Origen y fundamento del poder Político; -- Trad. José Fernández Santillana (Norberto Bobbio - Il Potere e Il Diritto y Il Modello gius naturalistico) - 2a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. Colección - Enlace México - D.F. 1985.
- Borja Soriano Manuel: Teoría General de las Obligaciones 9a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México D.F. 1984.
- Burgua Orihuela Ignacio: Las garantías Individuales; 20a. ed. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1986.
- Derecho Constitucional; 6a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México D.F. 1985.
- Brucoli A: Ideología y Educación 3a. ed. Ed. Nueva Imagen, S.A. México, D.F. 1980.
- Calamandrei Piero: Proceso y Democracia. Ed. Ediciones Jurídicas. Europa América, Buenos Aires, Argentina 1960.
- Calsamiglia, Alberto: Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica. 2a. ed. Ed. Ariel Barcelona España 1978.
- Cañizares Diego Fernando: Teoría del derecho 1a. reimpresión Ed. Puebla Educación - La Habana Cuba 1979.
- Capella Juan Ramón: El derecho como Lenguaje Ed. Ariel Barcelona España 1978.
- Cappelletti Mauro: Proceso Ideología Sociedad Ed. Ediciones Jurídicas; Europa - America, Buenos Aires Argentina 1974.
- Carnelutti Francesco: Metodología del Derecho Ed. UTEHA. México 1962.
- Carpizo Jorge y Hector Fix - Zamudio: "Algunas reflexiones -- sobre la interpretación constitucional, Colaboradores -- Hector Fix - Zamudio, et al. 1a. ed. Ed. UNAM. México -- 1975.
- Castán Tobeñas José: "Teoría de la aplicación, investigación del Derecho" 1a. ed. Ed. Instituto editorial, Reus Madrid España 1947.
- Cerroni Umberto: Marx y el derecho Moderno; 1a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. México D.F. 1975.
- Correas, Oscar: La Ideología Jurídica; 1a. ed. Ed. MAP. Puebla, México - 1983.

- Oscar Correas: Introducción a la Crítica del Derecho Moderno, (ESBOZO); 1a. ed. Ed. Cajica S.A. Puebla, México, por el patrocinio de la -- IAP. y de la IAG. Colec. Crítica Jurídica, Puebla, Pue. 1982.
- Craig Helmut: Fundamentos de filosofía del derecho; Ed. -- Ariel - Barcelona - España 1961.
- Couto Ricardo: Derecho civil mexicano; 1a. ed. Ed. La Vasconia México, D.F. 1919.
- Coviello Nicolás: Doctrina General del Derecho Civil. México D. F. 1938.
- Cicerón Marco Tulio: Tratado de las leyes; Trd. al castellano, por Francisco Navarro y Calvo y Juan Bautista Calvo Ed. Porrúa, S.A. Colección "Sepan cuantos".... México D. F. 1984.
- Cuadra Héctor: Reflexiones sobre el "Derecho Económico" En Cuadra, H. comp. et. al; Estudios de Derecho Económico 1a. ed. UNAM. México D.F. Vol. I. 1977.
- "Aspectos Jurídicos del nuevo orden Económico internacional" vol. III, 1979.
- David Rene: Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos - Trd. de 1a., 2a. ed. Francesa por Pedro Bravo Yala. Ed. Aguilar. Madrid - España 1968.
- De Aquino Tomás: Tratado de la ley. Tratado de la justicia Traducción al español por Carlos Ignacio Gonzalez S.D. - 2a. ed. Ed. Porrúa S.A. colección "Sepan cuantos"... -- No. 301 - México D.F. 1981.
- De Castro y Bravo Federico: "Derecho Civil de España", Ed. Casa Martin España 1955.
- De la Cueva Mario; Teoría de la constitución; 1a. ed. Ed. -- Porrúa S.A. México 1982.
- Descartes René; Discurso del método. Trd. por Francisco Carrayo; 7a. ed. Ed. Porrúa S.A. colección "Sepan cuantos"; México D.F. 1980.
- Del Vecchio Giorgio: Los principios generales del derecho - Trd. al español por Juan Osorio Morales, prólogo Felipe Clemente de Diego; 3a. ed. Ed. Bosch. Barcelona - España 1971.
- Departamento de Seminarios; De la Universidad externa de Columbia: Metodología y técnicas de la investigación Jurídica; 2a. ed. Columbia 1968.

- Siménez Gilberto: Poder, estado y discurso - perspectivas sociológicas del discurso Político Jurídico; 1a. ed. Ed. -- UNAM. D.F. 1981.
- Geiger Theodor: Estudios de Sociología del Derecho; 1a. ed. - es español Ed. Fondo de Cultura Económica, D.F. 1983.
- González Díaz F. Combardo: Compendio de Historia del Derecho y del estado; 1a. ed. Cimsa México D.F. 1975.
- Guastini Ricardo: El Léxico Jurídico de Marx. Liberal; trad. - al español por Jean Hennequin. 1a. ed. Ed. MAP. Puebla, - Pue. 1984.
- Gurvitch Georges: Elementos de sociología jurídica; trad. -- J. M. Cajica, Ed. Jose M. Cajica J.R. S.A. Puebla, México D.F. 1975.
- Gutiérrez Pantoja, Gabriel; Metodología de las ciencias sociales -- II Ed. Harla México 1986.
- G. F. Hegel: Fenomenología del espíritu. trad. Wenceslao Roces ed. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1966.
- Harnecker Martha: Los Conceptos elementales del materialismo histórico 5a. ed. Ed. Siglo Veintiuno; Editores S.A. México, D.F. 1985.
- Hernández Gil, Antonio: Metodología de la ciencia del derecho Ed. Civitas. Madrid - España.
Vol. I. 1971
Vol. II. 1971
Vol. III. 197
- Hegel G. F.: Fenomenología del espíritu; trad. Wenceslao Roces Ed. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1966.
- Helmut Cuing: Fundamentos de filosofía del Derecho Ed. Ariel Barcelona España 1961.
- Hobbes Thomas: Leviatán a la materia. Forma y poder de una República eclesiástica y civil. trad. de Manuel Sánchez - Sarta. 1a. ed. en Inglés 1651. 1a. ed. en Latín 1668. 1a. ed. en Alemán 1794. 1a. ed. en Español 1940. 2a. reimpre-sión. Ed. Fondo de Cultura Económica México. D.F. 1948.
- Jellineck Jorge: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; Ed. Nueva España, S.A. México, D.F. S.a. - S. f.

- Díaz, Elías: Sociología y Filosofía del Derecho; 1a. ed. Ed. Caurus ediciones, S.A. Madrid España 1971.
- Durkheim Emilio: Las reglas de método científico; 5a. ed. -- Ed. Quinta Sol. México D.F.
- Engels, Federico: Anti Duhring; 1a. reimposición, Ed. Fondo de Cultura Popular S.A. México D.F. 1984.
- "Carta a W. Borgias"; en C. Marx y F. Engels: Obras escogidas.
- El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado; - en Obras Escogidas.
- Introducción a la dialéctica de la Naturaleza - en Obras Escogidas.
- Esquivel Pérez Javier: Kelsen y Ross-Formalismo y Realismo - en la teoría del Derecho, 1a. ed. Ed. UNAM, México, D.F. 1980.
- Farias Urbano; "El derecho y la desigualdad"; art. citado en la desigualdad en México, coordinadores: Rolando Cordera y Carlos Tello, 1a. Ed. Siglo Veintiuno, editores México D.F. 1984.
- Fix Zamudio Héctor: Metodología, Docencia e Investigación Jurídica; 2a. ed. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1984.
- García Máynez, Eduardo: Introducción al estudio del derecho 32a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México D.F. 1980.
- Filosofía del Derecho; 5a. ed. Ed. Porrúa S.A. México D.F. - 1986.
- Ensayos Filosóficos jurídicos; Ed. Universidad Veracruzana. Jalapa - Veracruz. México. 1959.
- Lógica del concepto Jurídico. Ed. Fondo de Cultura Económica México D.F. 1959.
- Introducción a la Lógica Jurídica; Ed. Fondo de Cultura Económica México D.F. 1951.
- Lógica del Juicio Jurídico; Ed. Fondo de Cultura Económica - México, 1955.
- G. Nereci Imeden: Hacia una didáctica general dinámica, 2a. ed. Ed. Kapelusz. S.A. Buenos - Aires, Argentina. 1973.

- Kalianowski Georges: Introducción a la lógica Jurídica; Ed. - Eudeba. Buenos Aires - Argentina 1973.
- El pensamiento Marxista y el Derecho; trd. al español por Andrés López Acosta, 1a. ed. Ed. Siglo Veintiuno editores - S.A. México, D.F. 1977.
- Kant Manuel: Crítica de la razón pura; trd. Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez; 6a. ed. en la colecc. "Sepan cuantos".....Ed. Porrúa S.A. México D.F. 1972.
- Kelsen Hans: Teoría general del derecho y del estado. trd. -- Eduardo García Maynez. 2a. ed. Ed. Textos Universitarios UNAM. México, D.F. 1950. reimpresión 1983.
- Teoría Pura del Derecho: trd. al español por Roberto José Vengnengo. 1a. ed. Ed. UNAM. México, D.F. 1979.
- Kelle V. y M. Kovalson; Materialismo Histórico; 1a. ed. 1975, 2a. reimpresión Ed. Ediciones de Cultura Popular. S.A. -- México. D.F. 1979.
- Kupnin P. V.: Lógica dialéctica; trd. Lydia Kuper de Velasco 5a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1985.
- Kosik, Karel: Dialéctica de lo concreto; trd. al español por -- Adolfo Sánchez Vázquez. 7a. ed. Ed. Grijalbo, S.A. México D.F. 1967.
- Krivelion, I.: Cristo ¿Mito ó realidad?, Ed. Nauka. Academia de Ciencias Sociales Contemporáneas Moscú URSS. 1986.
- Larenz, Karl: Metodología, de la Ciencia del Derecho; 2a. ed. Ed. Ariel. Barcelona Espana. 1980.
- Lenin V.I.: Materialismo Empírico-crítico; 1a. ed. Ed. Ediciones en lenguas Extranjeras; 2a. reimpresión, Pekin -- China, 1975.
- El Imperialismo Fase Superior del Capitalismo, Ed. Ediciones en lenguas Extranjeras. Editorial, del pueblo Pekin, Septiembre de 1964. Consultado del Original en Ruso de las obras completas de Lenin. T. XLII 4a. reimpresión 1975.
- Primer Borrador del artículo las tareas inmediatas del poder Soviético Obras. T. 27.
- Contenido Económico del populismo y su crítica, en el libro -- del Señor Stive Obras T. 1.

- Cuadernos Filosóficos: Obras, T. 3. Ed. Cartago - Buenos Aires Argentina 1960.
- Lefebvre Henri; Lógica Formal, Lógica Dialéctica; 1a. ed. Ed. Siglo Veintiuno, Editores. trd. Ma. Esther Benites Eirua. Mexico 20, D.F. 1981.
- Legaz y Lacambra Luis.: Filosofía del Derecho; 2a. ed. Ed. - - Bosch. Barcelona España, 1961.
- L. Merani Alberto: Psicología y Pedagogía. (las Ideas Pedagógicas de Henri Wallon). Ed. Grijalbo S.A. México D.F. 1969.
- Luzovski, et al: Compendio de Historia y Economía. 7a. ed. Ed. Ediciones de Cultura Popular trd. al español por Morat Kuznetsov. Mexico D.F. 1975.
- Marx, C.: Miseria de la Filosofía Ed. Quinto Sol. S.A. México D.F. s.f.
- "Prólogo a la contribución a la crítica de la Economía Política en C. Marx. y F. Engels. Obras Escogidas. Ed. Progreso - Moscú. Servicios Bibliográficos Palomar S.A. México D.F.
- "Tesis sobre Feuerbach", en C. Marx, y Engels: Obras Escogidas Ed. Progreso Moscú, servicios Bibliográficos Palomar S.A. México, D.F.
- Manuscritos Económicos Filosóficos de 1844. trd. (Wenceslao Ruces); Ed. Grijalbo S.A. México. D.F. 1985.
- La Sagrada Familia: trd. del Alemán al Español por Wenceslao - Ruces; 13a. ed. Ed. Grijalbo. S.A. México, D.F. 1983.
- El Capital. libro primero, "Crítica de la Economía Política. - Trd. al español por Pedro Cerón. 11a. ed. Ed. Siglo Veintiuno, Editores S.A. México D.F. 1984.
- Libro tercero "El proceso global de la producción Capitalista", trd. al español de (Ceón Names). 1a. ed. Ed. Siglo - Veintiuno Editores S.A. México. D.F. 1981. T. III.
- Maritain Jacques: Los derechos del Hombre y la Ley Natural Ed. Deusto Buenos Aires - Argentina. 1961.
- Marquez González Jose Antonio: Los enfoques actuales del Derecho Natural; 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México D.F. 1985.
- Dworkin, Ronald M.: Es el derecho un sistema de reglas ; trd. de Javier Esquivel y Juan Rebulledo G.; 1a. ed. Ed. Instituto de Investigaciones Filosóficas - UNAM. Cuadernos de - Crítica 5 México D.F.

- Mendizabal: Teoría general del derecho; Zaragoza España 1915.
- Miaille. Michel: Una Introduction Critique au droit; Ed. Fran-
cois Masperu, Paris 1976.
- Nicholas Rescher: Sistemización Cognoscitiva; 1a. ed. en Es-
pañol trd. de Carlos Rafael Luis; Ed. Siglo Veintiuno Edi-
tores S.A. México 20 D.F. 1981.
- Novna Montreal Eduardo: El Derecho como Obstáculo al cambio so-
cial. 5a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores. México. D.F.
1981.
- Pashukanis, E. B.: Teoría General del Derecho y el Marxismo; -
título original. Oshchia Teoria Prava I. Markism. trd. al
español de Carlos Castro; Ed. Grijalbo. S.A. México D.F.
1976.
- Pauli Bolin, Francisco José: Ensayos de Sociología, Política
1a. ed. Ed. UAM. México - Azcapotzalco 1982.
- Pallares, Eduardo: La interpretación de la Ley procesal y la -
doctrina de la reconvencción 1a. ed. Ed. Botas Mexico, - -
D.F. 1948.
- "Derecho Procesal Civil"; 2a. ed. Ed. Porrúa S.A. México. - -
1965.
- Petit, Eugene: Tratado elemental de Derecho Romano; trd. José
Fernández González 5a. ed. Ed. Epoca S.A. Mexico D.F. - -
1977.
- Perelman, Ch.: La Lógica Jurídica y la nueva retórica; trd. -
al Español por Luis Díez - Picazo. 1a. Ed. Civitas, S.A.
Madrid - España 1979.
- Pierre Vilar: Iniciación al Vocabulario de análisis Histórico
trd. al castellano por M. Dolores Folchi; 3a. ed. Crítica
S.A. Grupo Editorial Grijalbo. Barcelona - España. 1981.
- Poulantzas. Nicos: Poder Político y Clases Sociales en el Es-
tado Capitalista; trd. al español por Florentino M. Car-
ner 19a. ed. Ed. Siglo Veintiuno editores, S.A. México, -
D.F. 1980.
- Poulantzas Nicos: Las Clases Sociales en el capitalismo ac- -
tual; 6a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores S.A. México, -
D.F. 1981. trd. Aurelio Garzón,

- Platón: Diálogos. Estudio Preliminar de Francisco Carrayo 19a. ed. Ed. Porrúa. S.A. Colecc. "Sepan Cuantos"; No. 113 México D.F. 1981.
- Radbruch Gustav: Introducción a la Filosofía del Derecho; Ed. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1955.
- Raz Joseph: El Concepto de Sistema Jurídico; trd. al español - por Rolando Tamayo y Salmerán. 1a. ed. Ed. UNAM. México -- D.F. 1986.
- Recasens Siches, Luis: Antología 1922 - 1974. 1a. ed. Ed. Fondo de Cultura Económica; S.A. México, 12 D.F. 1976.
- Filosofía del Derecho; 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. - 1975.
- Retchkiman K., Benjamín: Política Fiscal Mexicana; 1a. ed. Ed. Textos Universitarios UNAM. México, D.F. 1979.
- Rousseau Juan Jacobo: Discurso sobre ¿Cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres? . Esta ella autorizada por la ley natural - Publicado en el año de 1955 Estudio Preliminar por Daniel Moreno; 3a. ed. Ed. Porrúa, S.A. colección. "Sepan Cuantos" México D.F. 1974.
- El Contrato Social; 1a. ed. en Francés 1762, 3a. ed. en la colección "Sepan Cuantos".
- Rojas Soriano, Raúl; El Proceso de la investigación científica 3a. ed. Ed. Trillas. México, D.F. 1983.
- Ripert Georges: Aspects Juridiques du capitalisme moderne 2a. ed. Paris 1951.
- Sánchez Ascuna Jorge: Normatividad Social Ensayo Sociológico; - 2a. ed. Ed. UNAM. México, D.F. 1981.
- Sánchez Vázquez Adolfo: La Filosofía de la Praxis; Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1973.
- Seara Vázquez Modesto: Derecho Internacional Público; Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1984.
- Shaff, A.: Historia y Verdad; Ed. Grijalbo S.A. México D.F. -- 1974.
- Stoyanovitch Konstantin, El pensamiento Marxista y el derecho trd. Andrés López Acuña. 1a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores S.A. México, D.F. 1971.

- Stucka P.L.: La Función revolucionaria del Derecho y del Estado; trd. Castellano, Juan Ramón Capella 2a. ed. Ed. -- Ediciones Península, Barcelona España.
- Tadic, Ljubomir: "Kelsen y Marx. Contribución al Problema de la Ideología en la teoría pura del Derecho y en el Marxismo". art. citado por Juan Ramón Capella. et. al; Marx. El Derecho y el Estado 2a. ed. Ed. Oikos - Madrid España 1977.
- Tamayo y Salmorán, Rolando: La imputación como sistema de interpretación de la conducta. art. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F. año IV Num. 12 Septiembre - Diciembre 1971.
- Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Jurídica; -- art. La Interpretación Constitucional. 1a. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. -- 1975.
- El Derecho y la Ciencia del Derecho. 1a. ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. D.F. -- 1984.
- Sobre el sistema Jurídico y su creación; 1a. ed. Ed. UNAM. - México D.F. 1984.
- "La teoría del Derecho de Jeremías Bentham"; art. Boletín Mexicano de Derecho Comparado; Ed. UNAM. México D.F. 1984. - Mayo - Agosto No. 50 año XVIII.
- Tigar, Michael E. y Madeleine R. Levy: El Derecho y el Ascenso del Capitalismo; trd. al español por Nicolas Grab. -- 1a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores. México, D.F. 1978.
- Trape, Paul: "Introducción" Del libro elaborado por Theodor Geige Estudios de Sociología del derecho; 1a. ed. en Español. Ed. Fondo de Cultura Económica México. d.f. 1983.
- Treves Renau: Introducción a la sociología del Derecho; trd. al Español de Manuel Abienza 1a. ed. Ed. Taurus Ediciones S.A. Madrid España. 1978.
- Tumanov Vladimir: "Derecho Natural y Positivismos Jurídico en la Valoración Marxista del Derecho. 2a. ed. Ed. Ciencias Sociales Contemporáneas - Academia de Ciencias de la URSS. Moscú 1982.
- Verdross Alfred: La filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Ed. UNAM. Mexico D.F. 1962.

- Vernengo, José Roberto: *La Interpretación Liberal de la Ley*. Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires. Argentina, 1971.
- La Naturaleza del Conocimiento Jurídico; 2a. ed. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina, 1971.
- La Interpretación Jurídica, 1a. ed. Ed. UNAM. México, D.F. 1977.
- Von Savigny, Friedrich Karl; *Metodología Jurídica*, trd. - J.J. Santa-Pinbar 1a. ed. Ed. Depalma Buenos Aires - Argentina 1979.
- Villora Curanzo, Miguel: *Introducción al estudio del Derecho* 6a. ed. Ed. Porrúa. S.A. México D.F. 1984.
- Villegas, Abelardo: *Positivismos y Porfirismo* Ed. Sep. Setenta, México, D.F.
- Weber, Max: *Economía y Sociedad*; trd. de José Medina Echeverría, et al. 1a. ed. 1964. 7a. reimposición 1984. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1984.
- Witker, Jorge: "Investigación Jurídica formativa"; art. citada en la Antología sobre la Investigación Jurídica; - Ed. UNAM. México, D.F. 1978. No. 29.
- Yajur, O: 'Que es el Materialismo Dialéctico' 5a. ed. Ed. - Ediciones Quinto Sol. s.f.
- Zac, Silvain: "Epiroza"; art. citada en Historia de la filosofía - Racionalismo. Empirismo. Ilustración bajo la dirección de Ivon Belaval. 6a. ed. Ed. Siglo Veintiuno Editores S.A. Vol. VI. México D.F. 1982.
- Zea, Leopoldo: *El positivismo en México*; Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1981.
- Yavich, L.S.: *Teoría general del Derecho*; 1a. ed. en Ruso - 1980. trd. al Español por Alejandro Arroyo. M. Sotomayor 1a. ed. Ed. Nuestro Tiempo, S.A. México D.F. 1985..

TESIS

- Blanco Fornieles, Víctor José: Los Principios Generales del Derecho-Metodología de Obtención y Formulación: tesis para obtener la licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, D.F. 1974.
- Jiménez Vázquez, A. Raúl; La aplicación de la Lógica al Derecho; Tesina presentada en el curso de Filosofía del Derecho del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F. 1981.
- Catechipia, Gil: Los Métodos Jurídicos; tesis de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F. 1957.
- López García, Julian: Los Principios Generales del Derecho en la Legislación Mexicana; tesis de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, D.F. 1958.
- Lozano Andrés: Los Principios Generales de Derecho; tesis para obtener la licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de México, México. D.F. 1938.
- Martínez Terán, Ma. Teresa: Notas para una crítica de la -- normatividad moderna (Freud y Kelsen); tesis para obtener la licenciatura en Filosofía de la Universidad Autónoma de Puebla. Puebla, Pue. México, 1985.
- Rivera Duarte, Francisco: Los Principios Filosóficos y la -- Sistemática de la Interpretación Jurídica en el Derecho de los Estados Unidos Mexicanos; tesis para obtener la licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. - 1970.
- Rodríguez Silva, Jorge: Los Principios Generales del Derecho; tesis para obtener la licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 1960.
- Toledo Gonzalez Vicente: El Proceso Enseñanza Aprendizaje -- del Derecho; Tesis para optar por el grado de Maestro en Derecho que otorga la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 1976.

PUBLICACIONES PERIODICAS

Azuara Pérez, Ceandro: "Sociología Jurídica y Sociología Comparada". art. revista. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ed. UNAM. México, D.F. 1985.

Belaunde Moreyra, Antonio: "Los principios generales y la unidad del derecho" art. revista. Peruana. s.f.

Buendía, Guillermo: "Una visión del Derecho Formación y Praxis; art. citado revista. Foro Universitario. SCUNAM No. 5. México, D.F. Abril 1981.

Castillo, Antonio: "la Misión de los Juristas en un Estado -- Marxista". Art. revista. de derecho Privado. Colombia.

Davalos, José: "Los Principios generales del Derecho en la Interpretación del derecho del trabajo"; art. revista. Boletín Mexicano de Derecho comparado; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México No. 38. 1980.

De Buen Lozano, Nestor: "Los principios generales del trabajo en el ámbito procesal" revista. Boletín Mexicano de derecho comparado. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. No. 38, Mayo-Agosto 1980.

Esquivel Pérez Javier: "El Modelo Kelseniano"; art. citado en estudios en Memoria de Hans Kelsen. Revista. Boletín Mexicano de Derecho comparado - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. Año VII. Num. 19. especial. Enero - Abril de 1974.

Escamilla Hernández Jaime: "Lineamientos básicos en torno al Análisis Marxista del Derecho"; Art. citado en la Revista. - El Derecho: normatividad y legitimidad; Ed. UNAM. Axcapuzcalco México, D.F. Enero - Abril de 1985. Vol. I. No. 14.

Fernández Carrasquilla Juan: "Dialéctica de la libertad" revista. de la Facultad de derecho de Medellín - Colombia.

G. Valdecasas, Guillermo: "Los principios generales del derecho en el nuevo título preliminar del código civil". art. revista. de Instituto Nacional de Estudios Jurídicos Serie. 1 número Madrid España.

Gesche Müller Bernarda: "La Interpretación de la ley". art. - revista. Boletín del Instituto, de docencia e investigación Jurídica. Santiago de Chile 1973.

- Haba, Enrique: Esquemas Metodológicos en la interpretación -- del Derecho; art. rvtá, de la Facultad de Derecho de Costa Rica. 1977.
- Hernández Gil, Antonio: "Metodología de la ciencia del Derecho art. rvtá. de derecho privado Madrid España, 1945.
- Lions, Monique: "Los principios generales" de la nueva constitución de la República Popular de China del 4 de Diciembre de 1982; art. rvtá. El Posmanismo" Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F. Mayo - Agosto 1985.
- Manssini I. Carlos: "Reflexiones acerca de la estructura del Razonamiento Judicial" Rvtá. Facultad de Derecho Mendoza Argentina.
- Martín Oviedo, José María: "Consideraciones sobre la Teoría general de la interpretación de las Normas Judiciales" art. rvtá. Universidad Complutense de Madrid, España. 1982.
- Panikar, Raymundo: Es occidental el concepto de los derechos Humanos. art. brd. por María A. Zamudio Vega 1a. ed. Ed. UNAM, México D.F. 1982. Rvtá. "Dídgenes" trimestral, Num. 20.
- Pattaro, Enrico : Al origen de la Notión, principios generales del Derecho - Cincamiento histórico Filosófico, brd. al español por Rolando Tamayo y Salmorán; Rvtá. Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. UNAM. México, D.F. 1986.
- Pierre, Grabbe: Un programa para las Universidades; art. citado en rvtá. Ciencia de la academia de la investigación -- científica vol. 38 Num. 1, Mexico, D.F. 1987.
- Preciado Hernández, Rafael: "El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho" art. rvtá. de la facultad de derecho. Ed. UNAM. t. XIX, Nums. 75 y 76, México D.F. 1969.
- Real Ramón, Alberto: Los principios generales del Derecho en -- el derecho administrativo". Principios del derecho administrativo. art. rvtá. Facultad de Derecho y C.S. de Montevideo.
- Haba, Enrique P.: "En torno al concepto de la interpretación liberal; art. rvtá. de Ciencias Jurídicas de Facultad de Derecho Nu. 33. San José Costa Rica, 1977.
- Rojas Rolán, Abelardo: "Sistema de la Interpretación de la -- ley. El arte de la Interpretación Jurídica" art. rvtá. Facultad de derecho de la UNAM, México. D.F. 1983

- Robles, Gregorio: "La decisión en el derecho y la tónica jurídica": art. rpta. Cuadernos de la facultad de derecho. -- Universidad. Palma de Mallorca España No. 6. 1983.
- Sala Molina, Luis: "Code noir", Viaje al fondo de la Infamia" trd. al español por Teresa Martínez Terán; art. rpta. -- Afrique Asie. Publicado en la rpta. Crítica Jurídica; Ed. MAP. Puebla, Pue. México 1987.
- Sanchez Gonzalez, Santiago: "El Pensamiento Jurídico político de Marx (II)". art. rpta. de derecho Político, Universidad Nacional de Educación a distancia. Madrid-España. No. 13 1982.
- Zippelius, Reinhold: "La estructura argumentativa de la Interpretación de la Ley"; art. rpta. de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. trd. - del Alemán al Español por Héctor Fix Fierra, revisada por el Dr. Héctor Fix - Zamudio. México, D.F. 1986.

PONENCIAS

Oquist, Paul: "Las bases teóricas de la investigación-acción: La epistemología de la investigación-acción"; Ponencia presentada en el Congreso de Cartagena, Colombia, 1978.

APUNTAMIENTOS

García Rojas, Gabriel: Apuntamientos sobre Metodología Jurídica. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. -- Ciudad Universitaria. México. D.F. s.f.

LEGISLACION

- Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776. Información obtenida del trabajo de Jorge Jellineck: La Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano; Ed. Nueva España. México, D.F. s.e.s.f.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789; Información lograda del trabajo de Jorge Jellineck: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. -- Ed. Nueva España, México, D.F. s.e.s.f.
- La Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945. Información obtenida en el trabajo de Modesto Seara Vazquez: Derecho Internacional Público; 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1984.
- El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entra en vigor el 24 de Octubre de 1945. Substituyó a la Corte Permanente de Justicia Internacional.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Información lograda en el apéndice II del trabajo de Garantías Individuales de Ignacio Burgua. -- 20ª. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1986.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y que entra en vigor el 23 de marzo de 1976. Información obtenida en el trabajo de Modesto Seara Vazquez: Derecho Internacional Público; 1a. e. Ed. Porrúa, S. A. México, D.F. 1980.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (5 de febrero de 1917) Vigente. Colección Leyes Mexicanas; Ed. Harla. México, D.F. 1987.
- Código de Comercio para los Estados Unidos Mexicanos de 4 de junio de 1887 y que entró en vigor el día 1º de enero de 1890; 38ªava. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1981.
- Código Civil para el Distrito Federal. publicado en el Diario Oficial el día 26 de marzo de 1928, en vigor a partir del día 1º de octubre de 1932; 48ªava. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1980.

Nueva Ley Federal del Trabajo. en vigor a partir del día 10. de Mayo de 1970. Se abroga la Ley Federal del Trabajo de 18 de Agosto de 1931. Alberto Trueta Urbina y Jorge Trueta Barrera; 54a. ed. Ed. Porrúa. S.A. Mexico, D.F. 1986.

Nuevo Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla en vigor desde 1985. 1a. ed. Ed. Cajica, S.A. Puebla. -- Pue. México 1985.

Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en vigor a partir de enero de 1987. 1a. ed. Ed. Cajica, S.A. Puebla, Pue., México 1987.