

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

16

Rij

**PLANTEL TLALPAN
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ANALISIS EN TORNO AL PROBLEMA FILOSOFICO
DE LA DEFINICION DEL DERECHO.**

T E S I S
Q U E P R E S E N T A :
JORGE LEONCIO REYES HERNANDEZ
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. MARIA DEL PILAR LEON URIBE

MEXICO, D. F.

1986

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**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.

**ANALISIS EN TORNO AL PROBLEMA FILOSOFICO DE LA
DEFINICION DEL DERECHO**

**"Utilizar la Lógica es lo mismo que filosofar.
Por esto, es necesario perfeccionar nuestra
aptitud natural a la Lógica, si es que quere-
mos avanzar en las entrañas de la ciencia y
de la Filosofía."**

RAUL GUTIERREZ SAENZ.

CON EL RECONOCIMIENTO Y AGRADECIMIENTO QUE MERECE LA ESCUELA DE DERECHO DEL PLANTEL TLALPAN DE LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO.

A LA LIC. MA. DEL PILAR LEON URIBE.

Quien contribuyó pacientemente con su asesoría y conocimiento de la materia a la realización del presente trabajo.

Con respeto. **GRACIAS.**

AL LIC. OSCAR ARMANDO BELLO RAMIREZ.

Con agradecimiento a los consejos y asesoría proporcionados en la terminación del presente trabajo. **GRACIAS.**

A MI QUERIDA MADRE:

LIC. PROFA. LILIA HERNANDEZ MADRID.

Te dedico el presente trabajo en testimonio de toda la admiración que siento por ti, como madre y mujer profesionalista. En agradecimiento a todo el amor, ayuda, y comprensión que siempre me has brindado en el transcurso de mi vida.

A ti madre con mi más grande amor.

GRACIAS.

A MI PADRE:

LIC. JORGE LEONCIO REYES SEPULVEDA.

Te dedico el presente trabajo como resultado de las pláticas y reflexiones, en las que con paciencia y decisión inculcaste en mi incipiente pensamiento jurídico que la abogacía es un modo de vida; un modo especial de sentir y pensar, que nos obliga a respetarla como una actividad que postula y exige un sentido de ayuda a nuestros semejantes.

A ti padre con todo mi agradecimiento. **GRACIAS.**

A MIS HERMANOS:

LUIS OCTAVIO, MARIA LILIA Y MARIA EUGENIA.

Como muestra del profundo cariño que siento por ustedes, y en agradecimiento por todos aquellos momentos que juntos hemos compartido.

A ustedes sinceramente. **GRACIAS:**

A MI NOVIA:

SRITA. BRISEIDA ISLAS FLORES.

Como un testimonio del amor que siento por ti, y en agradecimiento a la entereza que has manifestado en nuestra relación que anima con entusiasmo todos nuestros ideales y anhelos.

A ti con todo mi Amor. **GRACIAS:**

AL C.P. ARTURO S. REYES FIGUEROA

Como un testimonio de que todo lo que realmente se desea; se logra.

Con todo respeto. **GRACIAS.**

AL LIC. MANUEL CERVANTES Y GONZALEZ.

En agradecimiento a sus apreciables consejos y oportunidades brindadas.

A usted con todo respeto. GRACIAS.

AL LIC. MANUEL CERVANTES Y BACA.

En agradecimiento a la confianza y apoyo brindados.

A ti con todo respeto. GRACIAS.

A LA SRITA. MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ GUTIERREZ.

Quién contribuyó con su experiencia y valiosa ayuda a la realización del presente trabajo.

Con cariño. GRACIAS.

Indice.

PAG.

INTRODUCCION

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.- Diferencia entre Filosofía y Ciencia.....	2
2.- Diferencia entre Filosofía Jurídica y Ciencia Jurídica.....	6
3.- La Filosofía Jurídica y su relación con el problema de la noción y definición del Derecho.....	6

CAPITULO II.

PRINCIPALES DOCTRINAS FILOSOFICAS EN EL DERECHO.

1.- Jusnaturalismo.....	14
A).- Jusnaturalismo Biológico.....	15
B).- Jusnaturalismo Racional.....	17
C).- Sócrates.....	18
D).- Platón.....	20
E).- Aristóteles.....	22
F).- Jusnaturalismo Jurídico Romano.....	23
G).- Jusnaturalismo y Cristianismo.....	25
H).- Santo Tomás de Aquino.....	27
2.- Racionalismo Jurídico.....	30
A).- Escuela Clásica.....	32
B).- Immanuel Kant.....	34
3.- Positivismo Formalista.....	37
A).- Teoría Estática y Teoría Dinámica de Kelsen.....	40

4.- Empirismo Jurídico.....	42
A).- Escuela Histórica del Derecho.....	44
B).- Sociologismo Jurídico.....	47
5).- Voluntarismo Jurídico.....	48
A).- Glorificación del Legislador.....	49
B).- Culto al Texto de la Ley.....	50

CAPITULO III.

UBICACION DEL DERECHO EN EL PLANO NORMATIVO GENERAL.

1.- Diferencias entre norma, regla y ley.....	54
2.- Diferentes tipos de normas.....	59
3.- Normas Religiosas.....	60
A).- Derecho y Religión.....	61
B).- Diferencias entre las normas religiosas y las normas jurídicas.....	63
4.- Normas Morales.....	63
A).- Moral y Derecho.....	65
B).- Diferencias entre Moral y Derecho.....	67
5.- Convencionalismos Sociales.....	69
A).- Diferencias entre los convencionalismos sociales y las normas jurídicas.....	71
6.- Normas Jurídicas.....	71

CAPITULO IV.

ANALISIS ESTRUCTURAL DE LA NORMA JURIDICA.

1.- Estructura Lógico-Formal de la Norma Jurídica.....	76
A).- El silogismo jurídico.....	78
B).- Explicación de los elementos que integran la norma jurídica en el Plano Lógico-formal.....	79

C).- El sujeto de derecho.....	80
D).- El supuesto jurídico.....	80
E).- La relación jurídica.....	83
F).- El objeto jurídico.....	84
G).- El derecho subjetivo.....	85
H).- El deber jurídico.....	90
I).- La sanción.....	92
2.- Estructura Real de la Norma Jurídica.....	96
A).- Elementos que integran la Norma Jurídica en el plano real.....	97
B).- La persona Jurídica.....	97
C).- La Sociedad.....	99
D).- La Autoridad.....	100
E).- La Coacción.....	100
F).- Los Hechos y Actos Jurídicos.....	101
3.- Contenido de la Norma Jurídica en el Plano Axiológico.....	104
A).- El bien común.....	105
B).- La Justicia.....	106
C).- La Seguridad Jurídica.....	110

CAPITULO V

ANÁLISIS EN TORNO AL PROBLEMA Y EXPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS CONVERGENTES A SEGUIR EN LA NOCIÓN Y DEFINICIÓN DEL DERECHO.

1.- Análisis del Problema.....	113
2.- Exposición de los elementos convergentes a la noción del derecho.....	114
A).- Posición de la filosofía del derecho en el problema de la noción y definición del Derecho.....	114
B).- Aportación de las Doctrinas Filosóficas a la noción del Derecho.....	115

C).- El Concepto o Idea del Derecho.....	124
a).- La formulación Jurídica.....	130
b).- La Conducta Humana.....	132
c).- El Orden Social.....	135
3.- Exposición filosófica de la definición del derecho.....	139
A).- Generalidades sobre la definición del Derecho.....	140
B).- Definición Nominal del Derecho.....	141
a).- Análisis de las palabras <i>Ius</i> y Derecho.....	142
b).- Etimología de la palabra <i>Ius</i>	143
c).- Etimología de la palabra Derecho.....	144
d).- Sustitución de la palabra <i>Ius</i> por la palabra <i>Directum</i>	145
e).- Sentido teórico y sentido práctico del Derecho.....	146
C).- Reglas a seguir al definir el derecho.....	147
D).- La definición real del derecho.....	148
E).- Importancia que guarda la definición real del derecho en la ciencia jurídica en general.....	149

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION.

El desarrollo del presente trabajo encuentra como tema principal el problema filosófico de la definición del derecho. Hemos decidido enmarcarlo bajo un análisis por la importancia que el mismo representa en el conocimiento básico de todo jurista, lo anterior, por considerar que éste sirve de presupuesto a la consecución de los demás conocimientos específicos que requiere el estudio de la ciencia jurídica.

El problema de la definición de derecho se justifica como un tema propio de la filosofía jurídica, por referirse ésta, a un orden superior del saber que busca una universalidad lógica de las opiniones que le pueden ser referidas al fenómeno jurídico.

Los diferentes autores que han abordado el tema le han reconocido una dificultad particular para lograr su solución, esto al reconocer la existencia de las diferentes ideas que se tienen del derecho, las cuales, se encuentran animadas por las diversas posiciones filosóficas en las que se encuentran dichos tratadistas.

El hecho de encontrar diversidad en los contenidos de las distintas definiciones dadas, nos hace reflexionar en la falta de un criterio primario acerca de lo jurídico, que en forma sistemática y absoluta determine con sustento filosófico el sentido del derecho, enalteciendo el papel del hombre en el mismo a la persecución de un fin social.

Consideramos que es mediante una metodología deductiva por la que se logra obtener los conceptos generales allegados al presente tema, para lo cual hemos decidido exponerlo del siguiente modo.

En el capítulo primero, al cual se le ha denominado como el planteamiento del problema, se abarcan los conceptos generales de la filosofía y la ciencia, determinando a que orden del saber se refieren éstos, asimismo, se toca las diferencias y objetivos entre la filosofía jurídica y la ciencia jurídica, para así, posteriormente encontrar la relación de la filosofía jurídica en el problema de la noción y definición del derecho.

En el capítulo segundo se encuentra destinado a la exposición de las principales doctrinas filosóficas en el derecho, desarrollando el contenido del iusnaturalismo, el racionalismo jurídico, del positivismo formalista del empirismo jurídico, y del voluntarismo jurídico.

En el capítulo tercero se dirige a ubicar al derecho dentro del plano normativo general abarcando las diferencias entre normas, regla y ley, así como los pormenores de los diferentes tipos de normas.

En el capítulo cuarto se analiza propiamente el aspecto estructural de la norma jurídica, abarcando la exposición y análisis de la estructura, lógico-formal, la estructura real y su contenido axiológico. De la exposición anterior se desprende el estudio de los llamados conceptos jurídicos fundamentales, los cuales se encuentran insertados de acuerdo a la naturaleza de la estructura que les corresponda.

En el capítulo quinto se realiza un análisis global del problema y exposición de los elementos que convergen a una noción y definición del derecho, abarcando en él la exposición de los elementos que integran la estructura necesaria de la noción del derecho.

Por último se expone, apoyada en la noción del derecho, su definición real, robust-

tecida con las reglas que han de seguirse para lograrla, así como la importancia de la misma para la ciencia jurídica en general.

Consideramos que la realización del presente trabajo tiene una doble aplicación, ya que desde un punto de vista teórico, determina aquello que debe entenderse por derecho, fundamentando la aprehensión de su sentido propio al expresar con rigor las notas esenciales y permanentes del mismo.

Desde el punto de vista práctico encausa la atención del jurista al desenvolvimiento de una actividad profesional apoyada en un ánimo filosófico que le permita descubrir las directrices de nuestra cambiante vida social.

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

SUMARIO: 1.- Diferencia entre Filosofía y Ciencia; 2.- Diferencia entre Filosofía Jurídica y Ciencia Jurídica; 3.- La Filosofía Jurídica y su relación con el problema de la definición del Derecho.

1.- DIFERENCIA ENTRE FILOSOFIA Y CIENCIA

La necesidad de filosofar sobre el derecho tiene diversas y justificadas razones. Sin embargo, se requiere para llegar a los fines que se pretenden alcanzar en la realización del presente trabajo conocer el significado de la palabra filosofía.

En un primer acercamiento etimológico de esta palabra encontramos que tiene su origen en la palabra griega FILOS la cual es un derivado del verbo FILEIN que significa amor, y de SOFIA, la cual denota sabiduría. De este modo filosofía puede traducirse como el amor a la sabiduría.⁽¹⁾ Esta es una definición generalizada en Grecia ya que se consideraba al filósofo como una persona con afición o tendencia a conocimientos profundos acerca de la naturaleza, al hombre y la divinidad. Desde los comienzos de la filosofía griega se habla de una vida teórica, así como de un saber como especulación.

Por otro lado a través del tiempo se han dado diversas definiciones de filosofía entre las cuales se encuentran:

"La Filosofía es una autorreflexión del espíritu sobre su conducta valorativa, teórica y práctica, y a la vez una aspiración al conocimiento de las últimas conexiones entre las cosas, a una concepción racional del universo."⁽²⁾

Es también definida diciendo que es el "Estudio racional del pensamiento humano desde el doble punto de vista del conocimiento y de la acción."⁽³⁾

(1) GUTIERREZ SANZ, Raúl. Introducción a la Lógica. 13a. Edición, Esfinge, México, 1979, Pág. 33

(2) HESSEN, Johan. Teoría del Conocimiento. 6a Edición, Losada, Buenos Aires, 1930, Pág. 16.

(3) GARCIA-PELAYO Y GROSS, Ramón. Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse, Editorial Noguer, Barcelona, 1972, Pág. 405.

"La Filosofía sería la contemplación reflexiva del universo, y la sabiduría, el conocimiento de la verdad, la ciencia absoluta adquirida por la reflexión."⁽⁴⁾

Esta palabra en su acepción más común viene a ser considerada como uno de los órdenes del saber, sea cual sea el tipo especial de conocimiento a que pueda referirse. Es evidente que el mismo desarrollo humano ha tomado desde sus inicios como actividad más sublimada la de hacer filosofía, y hacer de la misma un constante pensar sobre todo aquello que se presenta al hombre. El intento deliberado del hombre por conocer es producto de su voluntad la cual se encamina a crear un conocimiento que se impregna en su existencia, surgiendo el mismo inicialmente en forma espontánea y natural, transformándose posteriormente a través de la filosofía en un conocimiento de carácter reflexivo y sistemático.

A pesar de las diferentes definiciones que puedan existir en torno a esta palabra, asimismo de acuerdo a la consideración del conocimiento como elemento propio de la filosofía, podemos darnos cuenta que se puede considerar a la filosofía como un conocimiento elevado de raciocinio a través del cual puede un sujeto mediante su capacidad cognoscitiva percibir la universalidad de los objetos de estudio en cuanto a sus primeras causas y obtener con esto una unificación del conocimiento.

La filosofía puede ser considerada desde un punto de vista práctico, así como de uno teórico, de tal suerte que aquella tiene por objeto el obrar, considera a la conducta del hombre en cuanto ésta es dirigida y regida por el deber que expresan las

(4) LABOR, Editorial. Diccionario Enciclopédico Labor. Tomo IV, 5a. Edición, México, 1967, Pág. 3.

diferentes normas, en cambio la filosofía teórica llamada también especulativa tiene por objeto el estudio del ser en cuanto a sus primeras divisiones, así como el análisis de sus causas eficientes, material, formal y final, además del conocer. (5)

De acuerdo a otra opinión sobre este particular se dice que la filosofía práctica encuentra el estudio de sus elementos en dos ramas, las cuales son por un lado la Ética y por el otro la Estética. La primera valora la bondad moral de la conducta humana, encontrando sus tenas esenciales en la obligación moral, la autonomía, la ley y la libertad, así como lo relativo a la jerarquía de los valores. La Estética tiene por objeto el tratar temas como la belleza, el arte en cuanto a su esencia, la creación artística y artes particulares.

La filosofía especulativa tiene dos grandes partes, la primera es la filosofía de la naturaleza que estudia el universo en dos ramas que son: La cosmología y la psicología racional y la segunda la Metafísica que trata sobre el ser de los entes. (6)

Al existir la consideración de un grado superior de razonamiento se hace necesario buscar la relación que tiene la filosofía con otros grados del saber los cuales se pueden encontrar en las ciencias particulares.

"Quienes no admiten una diversidad de grados del saber con validez — científica es natural que rechacen el concepto de filosofía como ciencia... o bien que reduzcan la filosofía a una especie de suma o de resumen de -- las ciencias particulares..." (7)

(5) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. U.N.A.M., México, 1988, Pág. 18.

(6) GUTIERREZ SAENZ, Raúl. Op. Cit. Pág. 46-47.

(7) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 10.

La ciencia aparece, al contrario de la filosofía, con un objeto menos ambicioso, pero no por eso menos importante ya que se ha definido diciendo que es " el conjunto de verdades demostradas sobre un aspecto parcial de la realidad."⁽⁸⁾ La filosofía al ser un conocimiento científico de la realidad, encuentra su razón propia de ser en el hecho de que las ciencias, al diversificarse y repartirse los diversos sectores de la realidad no han agotado toda la plenitud de ésta ni las posibles relaciones existentes entre sus elementos.

En las ciencias la diversidad del conocimiento, su carácter parcial, y el empleo de los diversos métodos que limita su campo impiden esencialmente una visión totalitaria y última de la realidad, por lo cual la filosofía encuentra su base en el hecho de que el mundo integrado por la visión parcial de cada una de las ciencias no agota la plenitud de ser que contiene y postula toda la realidad de lo existente.

Al abarcar aspectos parciales de la realidad es natural que la ciencia se encuentre subordinada a la filosofía ya que ésta tiende mediante la actividad natural de la razón a obtener la esencia de las cosas, encontrándose precisamente en este aspecto la relación entre ambas.

"El conocimiento científico es la representación intelectual de la realidad, 'cada ciencia es un mapa parcial del universo'... así podríamos ir descubriendo la finalidad y la trabazón arquitectónica que entre sí guardan — las ciencias que estudian y precisan los diversos aspectos de la realidad universal de cuyo conjunto la filosofía es el mapa completo."⁽⁹⁾

El conocimiento proporcionado por las ciencias particulares nos ofrecen una

(8) KURI BREÑA, Daniel. *Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*. Jus. México, 1978, Pág. 14.

(9) *Ibidem*, Pág. 13.

certidumbre respecto algunos objetos determinados, una certidumbre parcial, que no excluye la duda fuera de sus propios objetos, además las diversas certezas de esos saberes particulares pueden entrar en conflicto para lo cual se hace necesario una instancia superior que decida mediante una visión general entre ellas.

En cuanto a la autonomía que deben tener las ciencias particulares se puede afirmar que se obtiene debido a que el objeto materia de las mismas se dirige a un determinado sector de la realidad, y los puntos de donde parten deben ser considerados como verdaderos postulados o principios necesarios para establecer una demostración que forma parte del objeto de la filosofía, como parte de un conocimiento universal y que en base a los diversos métodos empleados dependerán las características propias de cada ciencia.

2.- DIFERENCIA ENTRE FILOSOFIA JURIDICA Y CIENCIA JURIDICA.

Una vez comprendidos los objetos y las diferencias que existen entre la filosofía y la ciencia en general, consideramos que estamos en condiciones de entender que es la filosofía jurídica y sus diferencias con las ciencias jurídicas particulares, así la filosofía jurídica se ha definido:

"Diciendo que es la ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, - considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas." (10)

(10) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Op. Cit.*, Pág. 20. citando a E. Ahrens, curso de Derecho natural o filosofía del Derecho. Traducción de la Sexta Edición Francesa por don Pedro Rodríguez Ortetano y Don Mario Ricardo de Arenal. Pág. 1.

En esta posición el autor identifica a la filosofía del derecho con un proceso natural ya que considera que el hombre al reflexionar ordena los objetos que le rodean sobre su propia voluntad y condiciones de convivencia con sus semejantes, impregnándola de un orden universal.

Para otros autores la filosofía jurídica nos enseña en base a una consideración evolutiva del derecho las causas de su devenir a través del tiempo para así lograr con ello una esquematización de sus rasgos generales, así como de sus fines por alcanzar, de tal suerte que para, Del Vecchio:

"La filosofía del derecho es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales del desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de justicia trazado por la pura razón." (11)

Stammier entiende por filosofía del derecho, aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto; y reserva a la jurisprudencia técnica (ciencia jurídica en sentido restringido), exponer el contenido especial de los ordenamientos jurídicos concretos - que se suceden históricamente, reproduciendo en forma compendiada y precisa las normas de un derecho dado. (12)

La filosofía del derecho de acuerdo a las orientaciones de los juristas antes mencionados, busca exponer los principios fundamentales de la ciencia del derecho, mismos que a su vez representan las relaciones que guardan entre sí sus ramas además de delimitar sus funciones y los fines jurídicos propios.

Los principios fundamentales a los que se refiere la filosofía del derecho deben

(11) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 20 citando a Del Vecchio. Filosofía del Derecho. 3a. Edición, T. 1., Pág. 5.

(12) Idem.

llevar además una universalidad lógica a la ciencia jurídica, mediante doctrinas u opiniones generales con un alcance absoluto.

Los filósofos juristas coinciden en distinguir la especulación filosófica jurídica en un sentido amplio ya que esta tiene como objeto material el estudio de los primeros principios del derecho, por lo tanto adquiere carácter de ciencia jurídica suprema llevando a cada ciencia jurídica particular su objeto propio, aportando con esto unidad al pensamiento jurídico, además de darle validez a los conceptos jurídicos fundamentales los cuales son comunes y utilizados de acuerdo a las características propias de cada una de las disciplinas jurídicas particulares, independientemente de la consideración metodológica que tengan.

De lo anteriormente dicho se desprende que la actividad filosófica en el derecho permite una debida comprensión del todo jurídico, tanto en el sentido general del mismo como en los alcances terminológicos contenidos en todo sistema del derecho.

3.- LA FILOSOFIA JURIDICA Y SU RELACION CON EL PROBLEMA DE LA DEFINICION DEL DERECHO.

La especulación filosófica sobre el derecho, tal y como se ha mencionado en el apartado anterior busca exponer los principios cardinales del derecho subrayando sus rasgos generales y los fines a los que se dirige, sin embargo, se hace preciso apuntar que dentro de una consideración evolutiva de su desarrollo encontramos una diversidad de definiciones mediante las cuales los juristas aportan sus nociones acerca de lo que el derecho sea. Parece con lo anterior que el problema de la definición del derecho se encuentra unido al de la idea o noción que se tenga de él. El

maestro García Maynez respecto al problema establece lo siguiente:

"Los autores que lo abordan no han conseguido ponerse de acuerdo ni en el género próximo, ni en la diferencia específica del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones y la anarquía reinante en esta materia."⁽¹³⁾

La posición de encontrar dificultad para definir el derecho debido a las diversas ideas que se tienen de él, incita a reflexionar sobre un hecho evidente. La falta de una idea rectora acerca de lo que el derecho sea y la cual permita construir sobre ella un conocimiento debidamente sistematizado de esta ciencia, la ausencia de un criterio primario sobre lo jurídico provoca incertidumbre en la noción general del derecho, además del desconcierto académico que provoca, ya que los alumnos al principio de su carrera pueden ver diversos puntos de vista sobre el objeto de que existan prescripciones que busquen regular nuestras conductas. Lo anterior provocó que cada profesor dedicado a una disciplina jurídica especial dedicaba los primeros capítulos de sus tratados a establecer el concepto del derecho como norma, así como de abarcar los llamados conceptos jurídicos fundamentales, pero las correspondientes explicaciones resultaban diversas a las dadas por otros autores, lo cual producía un estado de desorden y confusión.

"Se cayó en la cuenta de que todos estos temas no pueden ser resueltos por la suma de las aportaciones de cada disciplina jurídica particular, sino que requieren una doctrina general autónoma que tiene ya carácter filosófico."⁽¹⁴⁾

(13) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 17a. Edición, Porrúa, México, -- 1970, Pág. 3.

(14) RECANSENS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 9a. Edición, México, 1966, Pág. 13

De lo dicho anteriormente se desprende la gran importancia que tiene el tema para la filosofía jurídica y lo cual se justifica en la medida en que ésta al ser considerada como ciencia jurídica suprema⁽¹⁵⁾ busca encontrar una idea absoluta del derecho. Es por esto que todo aquello que tenga interés o relevancia en lo concerniente a la noción y definición del derecho debe ser materia propia de la filosofía jurídica.

"La noción del derecho es una noción filosófica, cada sistema filosófico tiene su correspondiente noción del derecho. Los juristas, según la filosofía que sustentan, han concebido al derecho en una u otra forma, haciendo énfasis en un aspecto del derecho y exagerándolo de tal suerte que han llegado a chocar con las otras nociones que insisten en otros aspectos"⁽¹⁶⁾

Consideramos que mientras no se tenga dentro de la ciencia jurídica una idea filosófica que rija las orientaciones de aquello que debe de entenderse por derecho, y que por consiguiente resuelva de manera absoluta el problema de la noción y definición del mismo no se puede hablar de que exista científicamente una proposición general y absoluta acerca del surgimiento, necesidad y justificación del fenómeno jurídico.

No obstante, las múltiples y variadas definiciones del derecho dadas por los diversos autores, coinciden estos en resaltar un dato el cual podemos tomar en consideración como punto de partida para el desarrollo del presente trabajo. Dicho dato es comúnmente insertado en el contenido de la mayoría de definiciones dadas

(15) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 20.

(16) VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. 7a. Edición, Porrúa, México, 1987, Pág. 3.

por los mismos y nos referimos al carácter normativo que el derecho guarda en sus preceptos, dando como resultado que la mayoría de los tratadistas propongan definiciones descriptivas tales como "el conjunto de reglas de conducta que rigen las relaciones sociales." (17) Las cuales en la mayoría de las veces no atienden a la esencia fundamental del derecho, ya que es evidente que el derecho es un conjunto de prescripciones que buscan regular las relaciones de los hombres en la sociedad.

Consideramos que la posible solución al problema de la noción y definición del derecho, debe buscarse mediante un razonamiento deductivo por permitir el mismo la obtención de conclusiones ordenadas dirigidas a unificar criterios acerca de lo que debe entenderse por derecho.

Esta metodología impone a nuestra indagatoria la necesidad de pormenorizar algunos puntos capitulándolos para un debido desarrollo del presente trabajo. Estos puntos son los siguientes:

Primeramente el esclarecer que es la filosofía, y cual es la importancia de ésta dentro del conocimiento en general, ya que de lo anterior es posible determinar la naturaleza y objeto que guarda la filosofía jurídica dentro de la ciencia jurídica.

Como un segundo paso, y una vez que ha quedado claro el interés de la filosofía del derecho en lo relativo a la noción y definición del mismo, exponer las correspondientes tendencias y diferencias que guardan las distintas doctrinas filosófi-

(17) PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, 3a. Edición, Porrúa, México, 1986. Pag. 15.

cas en las que los principales pensadores y escuelas filosóficas proporcionan sus ideas acerca del derecho.

Una vez esclarecido los datos comunes contenidos en las diferentes doctrinas filosóficas, como un tercer punto a desarrollar se dirige a ubicar el derecho dentro de un plano normativo diferenciándolo de otros tipos de disposiciones normativas que se dirigen a nuestra conducta dentro de nuestra convivencia social.

Como un cuarto criterio de análisis, se debe exponer los contenidos y elementos que en sus estructuras formales, reales y axiológicas guardan los preceptos de derecho. Dichos elementos permiten establecer y determinar lo que se ha denominado como los conceptos jurídicos fundamentales, que a su vez no son exclusivos de determinados ordenamientos sino por el contrario comunes a todos ellos.

"Estas nociones constituyen la estructura esencial de toda norma, de toda figura y de toda situación jurídica. Son nociones no exclusivas de determinados ordenamientos, sino enteramente comunes a todos ellos... constituyen conceptos puros, ajenos a la experiencia, necesarios a toda realidad jurídica, histórica o posible, condicionantes de todo pensamiento jurídico." (18)

Como quinto criterio de exposición, consideramos necesario realizar un análisis en torno al problema, esto con apoyo a lo dicho en los capítulos precedentes, para después dirigir nuestra atención a la exposición de una noción del derecho mediante la identificación de los elementos que le son fijos y permanentes a ella. Y por último realizar una exposición filosófica de la definición del derecho que permita en ella llegar a una definición real cuya importancia se verá reflejada en la ciencia jurídica en general.

(18) RECASENS SICHES, Luis. Op. Cit. Pág. 12.

CAPITULO II.

PRINCIPALES DOCTRINAS FILOSOFICAS EN EL DERECHO.

SUMARIO: 1.- Jusnaturalismo; A).- Jusnaturalismo Biológico; B).- Jusnaturalismo Racional; C).- Sócrates; D).- Platón; E).- Aristóteles; F).- Jusnaturalismo Jurídico Romano; G).- Jusnaturalismo y Cristianismo; H).- Santo Tomás de Aquino; 2.- Racionalismo Jurídico; A).- Escuela Clásica; B).- Immanuel Kant; 3.- Positivismo Formalista; A).- Teoría Estática y Teoría Dinámica de Kelsen; 4.- Empirismo Jurídico; A).- Escuela Histórica del Derecho; B).- Sociologismo Jurídico; 5.- Voluntarismo Jurídico; A).- Glorificación del Legislador; B).- Culto al Texto de la Ley.

1.- JUSNATURALISMO.

La doctrina del derecho natural surge definitivamente de la filosofía cuando el hombre tratando de indagar más sobre su entorno y aprovechándose de su razón descubre una voluntad divina de ordenar naturalmente todas las cosas, dicho orden se considera válido para todos los hombres, independientemente de su forma de organización social sin tomar en cuenta también las diversas razas y pueblos. De acuerdo a este orden de ideas se hace necesario que el hombre para encontrar su perfección deba seguir los presupuestos de este orden divino.

Al reconocer la existencia que guarda ese orden natural sobre todas las cosas y la perspectiva superior de una voluntad divina, surgen las primeras formas de jurnaturalismo, las cuales ya tratan de justificar las leyes vigentes en esa voluntad superior, sujetando con esto al legislador por debajo de un criterio supremo implicando así la negación absoluta a ese orden jurídico, la razón se toma el elemento principal denunciante de las carencias o defectos de ese orden y el resultado de esta posición será la pugna existente entre el derecho legislado y por otro, el derecho natural o de la razón, situación manejada en la llamada "Teoría de los dos órdenes", al respecto el maestro Eduardo García Maynez manifiesta que:

"El antecedente de todas las doctrinas jurnaturalistas debe buscarse en la llamada teoría de los dos órdenes... En un sentido amplio, jurnaturalista es el pensador que admite al lado del derecho positivo o sobre éste, un orden distinto, derivado de la naturaleza. Al distinguir entre orden legal y natural, casi todos los teóricos conceden al segundo mayor importancia, y sostienen que, en caso de conflicto, debe prevalecer sobre el derecho legislado. — Tal 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 plenamente valioso, ya que no es obra humana, sino creación de la divini—

vinidad. (19)

En el jurnaturalismo de acuerdo a estas ideas podemos encontrar las siguientes características:

1.- Es una especulación de carácter racional que por su naturaleza es un culto que se tributa a la divinidad.

2.- Determina como criterio rector de la conducta humana el orden de la naturaleza.

3.- Dicho criterio se encuentra ubicado en la razón de los hombres, por lo que se puede considerar una religión natural.

A).- Jurnaturalismo Biológico.

Son los sofistas los exponentes de las doctrinas biológicas del jurnaturalismo, la palabra sofista se deriva de la misma voz **SOFIA** que significa el igual que en filosofía sabiduría, la sofística al decir de Aristóteles es una sabiduría aparente, pero que no lo es, y el sofista es el filósofo que usa la filosofía aparente, pero que no lo es. Asimismo el filósofo Español Julián Marías opina sobre los mismos que:

"Son profesores ambulantes que van de ciudad en ciudad, enseñando a los jóvenes; y enseñan por dinero... Tenían gran brillantez y éxito social;

(19) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ensayos Filosóficos-Jurídicos. 1934-1979, 2a. Edición, U.N.A.M. México, 1984, Pág. 88.

eran oradores y retóricos y fundamentalmente pedagogos, pretendían saber y enseñar todo...." (20)

Estos hombres se mueven en un plano caracterizado por la retórica, diciendo las cosas de modo que convengan; es decir, de hablar con propiedad sin importar la verdad, dando como resultado una falsa filosofía.

Asimismo al ser los sofistas personas que viajaron y conocieron diversas ciudades fueron receptores de una gran cantidad de criterios religiosos, costumbres y sobre leyes positivas provocando en ellos una falta de aceptación absoluta sobre aspectos religiosos, filosóficos y jurídicos.

ANTIFON DE ATENAS.

Orador Ateniense que fue uno de los diez oradores áticos, este personaje contribuyó a la constitución del consejo de los cuatrocientos y cuando estos cayeron Antifon fue ejecutado. (21) Su aportación jurídica es en el sentido que para él es lícito traspasar la ley, con tal de que nadie lo advierta.

PROTAGORAS DE ABDERA.

Este sofista que vivió del 485 al 411 A.de C. al igual que Demócrito tuvo gran influencia en Atenas en el tiempo de Pericles, poseedor de una aptitud muy especial por la retórica y que afirmaba su escepticismo respecto a la posibilidad del conocimiento.

(20) MARIAS, Julián. *Historia de la Filosofía*. Vigésima Primera. Edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1989, Pág. 35.

(21) *Diccionario Enciclopédico Labor*. Editorial Labor. Tome I, Barcelona, 1987, Pág. 386.

to, en su libro "La verdad o los diálogos destructores", expone su pensamiento, que resume con su frase "Omnium rerum homo mensura est" por la cual afirmaba que el hombre es la medida de todas las cosas. De esta frase surgen diversas interpretaciones las cuales oscilan entre el relativismo y el subjetivismo, para Pitágoras el orden natural consistiría en cierta sociabilidad que poseen todos los hombres pues sin ella no podrán reunirse buscando la seguridad formando ciudades.

CALICLES

Es a este pensador al que se debe que se llame jusnaturalismo biológico o teoría del más fuerte, pues para él lo justo es que el que vale más tenga más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil. Este orden es el que se guarda en la naturaleza y es seguido tanto en animales como en el hombre y en él se da tanto en Estados como en Naciones. Por lo tanto se habla de una justicia natural cuyo "...orden natural consistirá por consiguiente, en el orden que impera de hecho en la naturaleza animada, orden que es común a hombres y animales."(22)

B).- Jusnaturalismo Racional.

Se hace necesario afirmar que dentro de los sofistas también se dio una corriente de jusnaturalismo en donde no se toman únicamente los datos naturales o instintivos para derivar un orden natural, por el contrario también se encuentran referidos datos como la razón como fundamento del derecho.

"En la filosofía griega encontramos además un jusnaturalismo racional-

(22) VILLORO TORANZO, Miguel. Op. Cit. Pág. 22.

Nota. Llamamos así a la tesis que, al referirse al orden de la naturaleza, no — alude a los instintos o tendencias biológicas del ser humano sino a su índole racional y hace de la razón o logos el fundamento del derecho.⁽²³⁾

De este modo es el mismo Calicles mediante una moderación a su teoría de la justicia natural que observa que si bien es cierto que en el orden biológico impera la ley del más fuerte, no es menos cierto que en el hombre se trata de reprimir la fuerza de los poderosos persiguiendo la igualdad de los hombres.

Esta tendencia de ver en las leyes algo más que la justificación de situaciones de hecho que radican en la naturaleza instintiva de los seres dados por la naturaleza misma y empezar a resaltar a la razón como elemento de justificación de un conjunto de leyes, es retomado por Sócrates, Platón y Aristóteles, los cuales de acuerdo a sus respectivos pensamientos justificarán de manera diversa el fenómeno de sujeción a un determinado sistema de leyes.

C).- Sócrates.

Este filósofo es posiblemente uno de los pensadores más interesantes en Grecia, su presencia inquietó de tal forma que incluso le costó la vida, Sócrates tiene la peculiaridad de no haber escrito nunca nada, se conoce su filosofía a través de sus discípulos, sobre todo de Platón, quien lo hace el personaje principal de sus diálogos.

La filosofía de Sócrates tuvo una marcada preocupación del hombre y consideraba al mismo desde el aspecto interno, así su frase: "Conócete a ti mismo";

(23) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos-Op. Cit. Pág. 67.

es decir, partiendo de la interioridad a la ley, trayendo con esto un nuevo sentido de reflexión y de crítica tendiente al enriquecimiento del pensamiento griego. Pues esta orientación interna lleva un sentido moral, el cual se identifica al sentido de observancia a las leyes establecidas, de lo cual podemos percatarnos de la siguiente forma:

Sócrates fue condenado a muerte por haber corrompido a los jóvenes, siguiéndole en este caso un juicio en el que se cubrían todas las formalidades prescritas. Empero Sócrates no acepta el destierro como medio legal de conmutar su pena de muerte, por el contrario acepta la pena aunque para su punto de vista es injusta. Que es lo que hace entonces aceptar a Sócrates semejante castigo, él impulsado por su carácter moral concibe lo que se puede llamar el principio de seguridad jurídica, pues acepta beber la cicuta diciendo que la sentencia de muerte es una injusticia de hombres más no de leyes, además cuando se le comunica la posibilidad de huir responde:

"...necesario es examinar '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...' Supongamos, Critón, que en el momento de la huida o, si te agrada más, de nuestra salida, la ley y la República misma se presentasen ante nosotros y nos dijese: Sócrates, — ¿Que vas hacer? ¿La acción que preparas no tiende a trastornar, en cuanto a 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 podríamos responder, Critón, a este cargo y otros semejantes que se nos podrían dirigir?..."(24)

Del pensamiento socrático se desprenden los siguientes principios:

(24) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos, Op. Cit., Pág. 81.

1.- La justicia sólo puede darse en un orden pacífico.

2.- Para que exista certeza jurídica debe de haber estabilidad y uniformidad en la aplicación de las leyes, para determinar la adecuación de la conducta a la hipótesis normativa y con esto se actualicen las consecuencias jurídicas en ellas contenidas.

3.- La seguridad jurídica que caracteriza a todo orden jurídico no tendría objeto si no se hicieran respetar las resoluciones de los Tribunales pues de este modo cada quien se haría justicia a su manera.

El pensamiento socrático ofrece al mundo jurídico la idea de respeto y seguridad hacia la actividad jurisdiccional, además de dar el ejemplo más loable de ciudadanía.

D).- Platón.

Nació en Atenas en el año 427 y murió en la plenitud de su vida intelectual en 347. Perteneciente a una familia noble su vocación se dirigía a la actividad política, sin embargo, la muerte de Sócrates lo apartó de sus intentos políticos permaneciendo en él el interés por dichos temas. Al estudiar su realidad contemporánea percibe que el mal gobierno es un fenómeno común de la época, y manifestaba que solo la justicia y el orden se lograrían hasta que llegasen al poder los filósofos ejerciendo una política del saber. Sus obras principales son "La República", "Las Leyes", "El Político". Su filosofía distingue dos mundos:

A). El mundo sensible, el cual participa de las características de mutabilidad, relatividad y contingencia.

B). El mundo de las ideas cuyas características son las de ser inmutable, absoluto y necesario.

Para Platón el verdadero conocimiento es aquél que se obtiene cuando la razón logra vencer las apariencias de los sentidos llegando de este modo a la contemplación de las ideas. El filósofo y ensayista Español Julian Marias al explicar el significado que guarda en la filosofía platónica el significado de idea lo hace de la siguiente manera:

"Dicho en otros términos, el ser casi blanco de muchas cosas requiere la existencia de lo verdaderamente blanco, que no es cosa alguna sino que está fuera de las cosas. A este ser verdadero, distinto de las cosas, es lo que Platón llama idea." (25)

En cuanto a la justicia será aquella que ven los filósofos a través de la razón, por lo que se desprende que sus aportaciones al derecho natural serán:

1.- Al partir su filosofía de una posición moralista entre el mundo de las ideas y el mundo sensible es de entender que las leyes positivas por ser obra de los hombres pertenecen al mundo sensible participando con esto de los caracteres de mutabilidad, relatividad y contingencia.

2.- El bienestar común se encuentra determinado por la actividad política ya que el Estado encausa al individuo a la virtud por medio de las orientaciones de sus dirigentes filósofos. "Los filósofos son los 'arcontes' o gobernantes encargados de la dirección suprema de la legislación y de la educación de todas las clases." (26)

(25) MARIAS, Julian. *Op. Cit.* Pág. 43.

(26) *Ibidem*, Pág. 53.

E).- Aristóteles.

Con Aristóteles la filosofía griega llega a su plena madurez y desde la cual empieza su decadencia, nunca más en Grecia fueron tratados los problemas filosóficos con tanta profundidad, es Aristóteles quizás la figura más grande de la filosofía Helénica debido esto a que trazó los destinos que debería seguir la filosofía, descubridor de cuestiones metafísicas, realizador de conceptos a través de los cuales se manejan o se trata de pensar en el ser de las cosas, es el creador de la lógica como disciplina.

En la filosofía Aristotélica desaparece la división rígida de su maestro Platón referente al mundo de las ideas y el mundo de los sentidos, por el contrario él consideraba que la realidad universal esencial de las cosas debe buscarse en las realidades ontológicas de las cosas mismas, interpretando de este modo la substancia como un compuesto de dos elementos: la materia y la forma tratándose de dos momentos ontológicos que el análisis de los objetos puede distinguir, la materia es aquello de lo que está hecha una cosa; y la forma es lo que hace que algo sea lo que sea, son elementos que convergen en un mismo objeto informándose reciprocamente.

"Si el conocimiento humano es, como enseña Aristóteles, una reproducción de los objetos, si estos tienen forma y una naturaleza propia, entonces -- los conceptos fundamentales del conocimiento, las categorías, representan -- propiedades generales de los objetos, cualidades objetivas del ser."⁽²⁷⁾

En consideración a lo anterior se entiende que la facultad de abstracción constante en el entendimiento humano descubre en la realidad sensible los elementos

(27) HESSEN, Johan. *Op. Cit.* Pág. 114.

necesarios para su conocimiento, el cual comienza por la experiencia y ordenada dentro de un valor absoluto. es causa suprema de todas las cosas que se dirigen a su propio fin. La filosofía Aristotélica de este modo se dirige a saber como el hombre y por consiguiente la sociedad pueden llegar a su propio fin y así procede a realizar un análisis de los regímenes políticos existentes de su época.

"El método aristotélico está basado en la experimentación y en el análisis. Construye sus enunciados políticos previo estudio de lo fáctico. Así lo hace con el estudio de más de cien constituciones para llegar finalmente, a la conclusión de que la más perfecta es la Ateniese, pues Atenas en aquellos momentos, tenía una fundamentación democrática." (28)

Realizando el análisis filosófico de los principios de la política misma, los cuales se pueden encontrar en sus obras "La política" y "Ética a Nicómaco" llega a las siguientes conclusiones:

El hombre es un animal social y es en la sociedad que alcanza su pleno desarrollo. La agrupación de éstos hombres crea ciudades que realizan su fin mediante la justicia, por lo tanto el hombre realizará concretamente su desarrollo a través de la realización de deberes cívicos. Los hombres son diversos en cuanto a sus fines, sin embargo, los mismos tienen un fin en común que es la convivencia y la seguridad de la comunidad, los cuales se traducen en el régimen político escogido por ellos.

F).- Jusnaturalismo Jurídico Romano.

(28) ARNAIZ, Aurora. Ciencia Política. Editorial Pax-México, Librería Carlos Cesarman, México, Pág. 74.

La existencia del derecho natural contemplado en Grecia por sus pensadores. llega a la cultura Romana a través de la filosofía "La noción del jus naturale es formulada la primera vez por Cicerón, quién la toma de los estoicos, más tarde es desenvuelta por los jurisconsultos del Imperio."⁽²⁹⁾ El derecho natural en los jurisconsultos dada la naturaleza religiosa entonces imperante en Roma se consideraba una serie de principios que derivados de la voluntad divina son apropiados a la naturaleza de los hombres y por consiguiente inmutables.

Para Ulpiano el derecho natural consiste en el conjunto de leyes que la naturaleza ha impuesto a todos los seres animados, dando como resultado la unión de sexos, la procreación de hijos, etc., estas leyes instintivas en los seres exige naturalmente una distinción pues existe el dato de racionalidad que distingue al hombre del animal, por lo cual el mismo Ulpiano apunta:

"Mas los animales obedecen al instinto y no al derecho. Solo el hombre tiene derechos y deberes, porque él sólo está dotado de razón y de --- conciencia de la moralidad de sus actos."⁽³⁰⁾

Sin embargo, consideramos que las ideas jurnaturalistas en Roma se dan cuando los principios quedan integrados en la Ley de las XII Tabas, pues los romanos al querer ilustrarse por el estudio de la legislación de Grecia, la cual contenía dichos postulados envían en el año 451-450 a.c., a las ciudades Griegas un grupo de patricios a conocer las leyes de Solón y de Licurgo vigentes, a su regreso se confecciona la Ley de las XII Tabas cuyos preceptos e instituciones se inspiran en dichas leyes griegas.

(29) PETIT, Eugene. Op. Cit. Pág. 21.

(30) ídem.

No obstante lo anterior las XII Tablas tendrían un carácter eminentemente romano ya que las soluciones prácticas en ellas integradas se encontraban basadas en sus costumbres, lo cual las hace más reales en cuanto a su contenido.

Esta ley reglamentó tanto el derecho público como el derecho privado y fue considerada por los romanos como la fuente propia de su derecho. Así como de legítimo todo aquello que de ella emanaba.

"La Ley de las XII Tabas ha sido considerada la *lex rogatae* por excelencia. A partir de las XII Tabas, se prohibió a los magistrados expedir leyes — contra cualquier particular y la generalidad se consideró requisito esencial de las leyes..." (31)

Es mediante esta ley que puede decirse que se llega a fundar realmente la ciudad Romana pues contaría con ella como una legislación aplicable a todos los ciudadanos.

G).- Juranaturalismo y Cristianismo.

Es por el cristianismo que surge en la filosofía dos grandes etapas del pensamiento occidental, en la filosofía griega asume gran importancia el aspecto del movimiento; es decir, las cosas cambian ya que llegan a ser y dejan de ser lo que son. En el Cristianismo por el contrario lo que importa es la existencia de las cosas mismas que requieren una justificación en donde el Cristianismo adquiere un papel decisivo en la Metafísica, ya que le dará un nuevo sentido a la existencia del mundo y

(31) BIALOSTOSKY, Sara. *Panorama del Derecho Romano*. Textos Universitarios, U.N.A.M. México, — 1982, Pág. 29.

del hombre.

El punto de partida se encuentra en el Génesis primer libro de la Biblia, el cual se refiere al principio y origen de todas las cosas. "...Al principio de todo existe Dios. No el Mundo, la Materia o la Naturaleza, sino alguien que hizo todo por decisión propia suya." (32)

De este modo la religión cristiana tiene dos sentidos; por un lado comprende el ser de Dios o Creador, el cual es el verdadero ser del que emana todo cuando existe. Por otro lado se encuentra el mundo o la llamada creación de la cual es partícipe el ser creado u hombre, lo cual se traduce en el objeto de la filosofía cristiana que son las relaciones entre Dios y sus creaturas.

Junto con el Imperio Romano el cristianismo crea la base del pensamiento jurídico de Occidente, y a la caída de aquél la Iglesia se convierte en la institución educadora y evangelizadora a través de la cual las nuevas agrupaciones sociales y culturales se desarrollaron en nuevas valoraciones éticas y jurídicas.

El Cristianismo no llega a realizar una teoría jurídica sin embargo, dada su influencia como institución guía en varios aspectos de la vida social, toma ideas de pensadores estóicos con un nuevo espíritu adecuando las ideas al evangelio valorizándolo con un carácter religioso. Los juristas cristianos en base a esos valores impregnan en el campo del derecho una filosofía moral que servirá para evaluar las instituciones existentes, buscándoles orientaciones nuevas. El hombre como hijo de

(32) RICCARDI, Ramón. Y HARAU, Bernardo. La Biblia. Tercera Edición. Editorial Verbo Divino. Madrid, 1972, Pág.1

Dios busca su fin en su creador por lo cual el Estado viene hacer un medio a través del cual el hombre mediante una convivencia recíproca con sus semejantes llega finalmente a Dios.

Por último se puede decir que el Jusnaturalismo adquiere con el Cristianismo el carácter de un plan divino sobre los hombres, un orden ideal normativo impuesto por el creador a la naturaleza humana.

H) - Santo Tomás de Aquino.

Teólogo y Filósofo escolástico italiano, miembro de la orden de Santo Domingo y defensor de las doctrinas aristotélicas, realizó en base a ellas una síntesis organizada de la filosofía, la escolástica adquiere carácter de filosofía propia de la Edad Media, y Santo Tomás reelabora la exposición teológica de los dogmas de la iglesia.

"El tomismo representa una amplia utilización profunda, ponderada y armónica de las doctrinas fundamentales aristotélicas al servicio del dogma, sin tesis que por su equilibrio, ponderación y claridad, se ha abierto camino y suma influencia entre los pensadores y teólogos católicos..." (33)

Santo Tomás dedica su vida al trabajo de la filosofía y de la teología al igual que estaba alimentada su vida por la religión, su obra intelectual es numerosa y en ella se puede encontrar su interés por defender y justificar a la religión cristiana, además contempla aspectos teológicos dogmáticos así como jurídicos.

Entre sus obras se encuentran "Comentarios a Aristóteles". "Los Opúsculos",

(33) Diccionario Enciclopédico Lara, Tomo VIII, Pág. 242.

"Las Quaestiones Quodlibetales", Quaestiones disputate", "Summa contra Gentiles", "Compendium Theológico and Reginaldum" y sobre todo la obra más importante de Santo Tomás, es la "Suma Teológica" en la que expone sistemáticamente su pensamiento y aún toda la escolástica.

El maestro Villoro Toranzo considera que de la obra Tomista se pueden extraer enseñanzas de interés jurídico, (34) ya que en la Suma Teológica, obra que explica la esencia de Dios al hombre, este filósofo considera por derecho (jus) "la misma cosa justa". En tanto que la ley es "una constitución escrita" de ahí que la ley no sea el derecho mismo, ya que este es la cosa misma ordenada según justicia, lo justo en este filósofo no es un ideal lejano, sino una exigencia inmediata del orden guardado en las relaciones de los hombres, lo justo no puede ser algo imposible, sino una exigencia que debe realizarse en todo momento y de acuerdo a las posibilidades permitidas por las circunstancias.

Santo Tomás explica que las normas jurídicas valen por la formulación de justicia que brotan del orden objetivo y metafísico de los seres y sólo en segundo lugar por la autoridad que las promulga, de este modo el derecho se busca en las facultades y exigencias morales de las personas sobre otra u otras, solo después se considera lo que diga la autoridad sobre el caso.

El pensamiento tomista se preocupa por el contenido de justicia, así como el conjunto de leyes es el medio por el cual la autoridad exige que se cumpla lo justo. "La Ley no es más que un ordenamiento de la razón, en orden al bien común, promulga"

(34) VILORO TORANZO, Miguel. Op. Cit. Pág. 40.

gado por aquél que tiene a su cuidado la comunidad." (35)

La Ley puede tener diversas manifestaciones así puede ser eterna, temporal, natural, humana y divina.

"puesto que toda ley es una formulación de un orden justo y que toda -- justicia tiene su fundamento en Dios, no sólo no hay contradicción entre las -- diversas clases de leyes sino que unas se complementan con otras." (36)

En el pensamiento Tomista las diversas leyes participan en la esencia divina del siguiente modo:

ESENCIA DIVINA.	Ley Eterna (razón del orden).	Principio intrínseco Motor.	apetitos.	naturales. sensitivos. intelectuales.
	Ley Temporal (Ejecución del orden).	Formulación de la Razón.	Formulación principios inatos.	Ley Natural Individual. Familiar. Social Política
		Conclusión	Ley Humana de los hombres.	De gentes. Civil.
			Ley Divina o por Dios.	Antiguo Testamento. Nuevo Testamento.

(35) VILLORO TORANZO, Miguel. Op. Cit. Pag. 41. Citando a Santo Tomas, Suma Teológica. 1-2, q. 90, a.4, c.

(36) Idem.

La esencia divina es la razón y voluntad de Dios el cual tiene un plan sobre la creación, por lo tanto existe una ley eterna por ser dirigida la ejecución de esa creación por su creador. Al mismo tiempo se concibe una ley temporal ya que la ejecución de ese orden divino se realiza en un tiempo determinado, dentro de esa consideración temporal todos los seres creados pueden participar en ese orden divino mediante la acción de un principio intrínseco motor los cuales se traducen en apetitos o tendencias inatas impresas en cada ser, o bien participar mediante el ejercicio de la razón, a través de la cual formula principios inatos que forman una ley natural y que determina el proceder del hombre en sus aspectos individuales, familiares, sociales y políticos. Esta ley natural es "la participación de la ley eterna en la creatura racional."⁽³⁷⁾ La cual descubre los principios de su conducta y desprende conclusiones en las cuales descubre una ley humana que es aquella que entendemos como derecho positivo, en esta ley los principios generales de la ley natural se interpretan y se determinan por la autoridad basados en el bien común. Por último el hombre encuentra una ley divina la cual se encuentra contenida en el antiguo y nuevo testamento mediante las verdades reveladas.

2.- RACIONALISMO JURIDICO.

Dado los adelantos e investigaciones científicas de los siglos XVI y XVII, se constituye el nacimiento de la ciencia natural que difiere de la aristotélica y medieval en base a dos puntos decisivos: La idea de la naturaleza, y el método físico, elaborándose a través de Leonardo da Vinci, Nicolás Copérnico y Galileo Galilei la

(37) VILLORO TORANZO, Miguel. Op. Cit. Pág. 42, citando a Santo Tomas, Suma Teológica 1-2, q. 91, a. 2. c.

moderna ciencia natural y sus métodos exactos, en los que se encuentran la observación, hipótesis explicativa y la verificación experimental.

"Lo que diferencia a la física moderna es lo que se llama el análisis de la naturaleza. El punto de partida del físico es una hipótesis, es decir, una - construcción a priori, de tipo matemático. Antes de experimentar, Galileo sabe lo que va a pasar; el experimento, simplemente, comprueba a posteriori - ese saber apriorístico." (38)

El método de estas ciencias de la naturaleza es que de la observación de los hechos se imaginan hipótesis o posibles causas para explicarlos, se comprueban estas hipótesis mediante la experimentación, se establecen las leyes que los rigen por inducción y una vez determinadas se sacan conclusiones por deducción.

Es en esta época cuando dando un giro al objeto de estudio se buscan explicaciones a parcialidades en lugar de una visión que capte la idea de conjunto de dichos objetos, así se verifica cualquier creencia admitida hasta entonces, para que a través del espíritu crítico de la ciencia moderna surja la necesidad de estructurar con sus nuevos métodos el saber para que sea científico.

El racionalismo surge en este movimiento como una doctrina filosófica en la que se exagera el papel de la razón en detrimento de la experiencia, esto en base a un método deductivo. Esta posición epistemológica ve en el pensamiento, y en la razón, la fuente principal del conocimiento humano, así según esta doctrina un conocimiento es verdadero cuando en él se dan los datos de necesidad lógica y que sea universal—

(38) MARIAS, Julián Op. Cit. Pág. 196.

mente válido, una proposición con estas características es la formulación del juicio "el todo es mayor que cualquiera de sus partes" ya que nuestra razón encuentra en él que esto es así y que no puede ser de otro modo; que tiene que ser así por lo cual se da siempre y en todas partes. "Todo verdadero conocimiento se funda, según esto -así concluye el racionalismo-, en el pensamiento. Este es, por ende, la verdadera fuente y base del conocimiento humano. (39)

Este nuevo pensamiento influye en los juristas y los encamina a la búsqueda de una metodología jurídica que permita a la ciencia del derecho distinguirse de otros tipos de ciencias particularmente de la moral.

El racionalismo obtiene de Descartes su base filosófica, y el racionalismo jurídico lo que hace es aplicar el método de Descartes al derecho el cual se basa en el matemático y que consiste en que deduciendo los primeros principios es accesible determinar los restantes. El fundamento filosófico del racionalismo se encuentra en que el criterio de verdad son las percepciones claras descubiertas por la conciencia racional como elemento regulador de toda teoría, así como de toda norma para la conducta práctica, con exclusión de los datos dados por la experiencia, los cuales son confusos y dudosos.

A).- La Escuela Clásica.

Esta escuela se encuentra formada por un grupo de juristas cuya actividad se encaminó a la realización de un sistema dogmático del derecho que partía de una se-

(39) HESSEN, Johan. Op. Cit. Pág. 46.

rie de principios los cuales por una actividad racional permitan la deducción de sus aplicaciones.

HUGO GROCIO.

Teólogo y jurisconsulto holandés, quién realiza la primera sistematización del derecho natural en forma racionalista, propone un sistema jurídico racional que debería ser inmutable y válido para todos los pueblos, debe su mayor fama jurídica a sus doctrinas sobre el derecho internacional, pues defiende el derecho de gentes "...que regula las comunicaciones y los conflictos entre los pueblos y supone la igualdad de los estados, quienes habrán de admitir sus preceptos aún a costa de su soberanía." (40)

SAMUEL PUFENDORF.

Jurisconsulto e historiador alemán su aportación jurídica se encuentra basada en su doctrina del derecho de gentes, tratando de armonizar las diferencias doctrinales entre Grocio y Hobbes, considerando al derecho de gentes como padre del derecho natural y en contra del pensamiento de Hobbes considera que la condición natural del hombre es pacífica.

CRISTIAN THOMASIUS.

Filósofo y jurista Alemán que siguió el pensamiento de Grocio y Pufendorf sobre el derecho, delimitando la moral y el derecho dentro de un racionalismo hedonístico.⁽⁴¹⁾

(40) Diccionario Enciclopédico Labor. Tomo IV, Pág. 251-252.

(41) Diccionario Enciclopédico Labor. Tomo VIII, Pág. 189.

B).- Immanuel Kant.

El pensamiento de Kant encuentra su influencia en la filosofía Cartesiana y en el racionalismo, centra su atención en el conocimiento, distinguiendo dos elementos en el conocimiento: Lo dado y lo puesto; es decir, hay algo que se da dentro de un caos de sensaciones y algo que el sujeto cognoscente aporta que es la referencia espacio-temporalidad o categorías.

"El espacio y el tiempo nos separan de la realidad de las cosas en sí. La sensibilidad solo le presenta fenómenos al entendimiento, Las cosas ya 'deformadas' o elevadas por ella. Pensar ...es esencialmente transformar. Pero el entendimiento como la sensibilidad, tiene también sus formas a priori, con las cuales aprehende y entiende las cosas; estas formas son las categorías. (42)

Es mediante la unión de estos elementos que surge el objeto conocido o fenómeno. En el pensamiento Kantiano todas las ciencias tienen un modo especial de pensar, si esa forma de pensar se descubre encontramos el método propio de cada ciencia y sólo dentro de él cada ciencia encuentra su desarrollo.

Kant parte de que ese conocimiento puede ser a priori o a posteriori, el primero no funda su validez en la experiencia y el segundo si funda su validez en ella; por lo cual este no puede ser universal ni necesario; es decir, lo que debe buscarse es la capacidad o formación del entendimiento para conocer una ciencia antes de los datos que proporciona la experiencia. Es el modo como está conformado el conocimiento el que condiciona la verdadera ciencia y la diferencia entre una y otra dependerá de sus métodos, los cuales son producto de la razón y no responden a la información de

(42) MARIAS, Julián. Op. Cit. Pág. 281.

los datos, objetivos captados por los sentidos.

"Esto lo aplica al Derecho: hay que descubrir el pensar jurídico, en cuanto diferente de otros modos de pensar o de conocer y en particular en cuanto diferente de la moral." (43)

Kant distingue la moral y el derecho partiendo de la existencia de dos diversos tipos de juicios: los enunciativos y los normativos.

Las ciencias naturales son conocidas por juicios enunciativos y referentes al ser, expresan relaciones indefectibles y necesarias de causalidad, en cambio la moral y el derecho se forman por juicios normativos, mismos que se refieren al deber ser.

Los juicios propuestos por la moral son "categóricos" nacen de la conciencia del entendimiento y exigen el cumplimiento de tal o cual acción, mientras que los del derecho son "hipotéticos" ya que contienen determinada acción supuesta que al actualizarse da lugar a una coacción estatal. Por consiguiente la moral es autónoma, pues el legislador es el propio individuo, interna, pues pertenece al fuero de la conciencia, unilateral ya que se refiere a la conducta del sujeto, e incoercible por no ser exigible sus preceptos sino por el sujeto mismo. El derecho por su naturaleza es heterónomo, pues encuentra que el legislador es diverso al sujeto, externo, pues a él lo que le importa es la conducta externa y su adecuación al precepto, es bilateral debido a que el orden jurídico se dirige a dos o más sujetos en cuanto a sus relaciones recíprocas, y por último coercible por la facultad que tiene el poder público de exigir su cumplimiento.

(43) VILORO TORANZO, Miguel. Op. Cit. Págs. 53.

En la filosofía de Kant el hombre no encuentra otro legislador que el mismo sujeto, pues su pensamiento busca la realización de una ética del deber ser mediante una razón práctica "...que no se refiere al ser sino al deber ser; no se trata aquí del conocimiento especulativo, sino del conocimiento moral." (44)

Esta autonomía se refleja en el llamado Imperativo Categórico el cual prescribe que el obrar de la conducta debe realizarse de tal modo que la razón de la acción puede ser exigida como ley universal.

El obrar de la conducta en Kant sugiere indudablemente un proceder individual y subjetivo de regirse moralmente, sin embargo, los individuos se encuentran en sociedad y si los preceptos jurídicos son diversos a los postulados morales, entonces haya que el derecho toma su fuerza de una fuente diversa, la cual se encuentra en el ordenamiento jurídico, por consiguiente el derecho sólo exige la conformidad de la conducta externa con el precepto de derecho el cual obliga jurídicamente.

La conducta que se encuentra regida por el imperativo categórico no siempre permita al hombre encontrar la razón de su proceder dentro de la sociedad en la que se encuentra, lo cual conduce a Kant a definir al derecho como "...conjunto de condiciones bajo las cuales se puede armonizar el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad." (45)

La postura de Kant respecto al derecho es racionalista, pues al considerar al mismo igual que los demás objetos susceptibles de conocerse como datos dados, es

(44) MARIAS, Julián. *Op. Cit.* Pág. 285.

(45) VILLORO TORANZO, Miguel. *Op. Cit.* Pág. 55.

decir, como algo objetivo al que se le dirigen las formas a priori y las categorías, pues solamente de este modo puede hablarse de un conocimiento del derecho, el cual será producto de aquello que pensamos a priori de lo jurídico.

Las conclusiones a las que llega Kant de lo dicho anteriormente, es que los juristas podrán decir lo que las leyes establecen en un lugar y tiempo determinado, pero el criterio para desprender de ellas lo justo o injusto sólo podrán descubrirse abandonando los principios empíricos, además de la búsqueda de dichos juicios a través de la razón. (46)

3.- POSITIVISMO FORMALISTA.

La mayor parte de la filosofía del siglo XIX se encuentra dominada por el positivismo que surge por la necesidad de sujetarse a las cosas, a la realidad misma y apartarse de construcciones mentales sujetándose a lo real, tal y como se presenta. Las ciencias particulares serán quienes transformen a la filosofía, apareciendo la física, la biología, etc., como ejemplos de conocimiento.

Es en el siglo XX cuando se desarrolla una nueva fase del positivismo conociéndose como el neopositivismo, esta corriente ha llegado a tener influencia hasta nuestros días caracterizándose sobre todo por su oposición a la metafísica cuyo significado tiene su origen en las ideas Kantianas.

"El positivismo se basa fundamentalmente en la oposición que estable-

(46) VILLORO TORANZO, Miguel. *Op. Cit.*, Pág. 58.

ce Kant entre las ciencias (a base de conocimiento sensible) y la metafísica, y en virtud de la cual, no podemos captar sino la evidencia que nos suministra el procedimiento científico." (47)

Las características que el positivismo tendrá son las siguientes:

- A).- Negación de toda posible metafísica.
- B).- Tendencia a convertirse en una teoría del conocimiento.
- C).- Interés por las ciencias particulares.
- D).- Inclinación por entender la filosofía como una teoría de la ciencia.

El positivismo jurídico tiene como principal exponente al jurista austriaco Hans Kelsen, Profesor de la Universidad de Viena, quién elabora lo que él llama una teoría general del derecho, cuyo objeto es el establecer que es y como se forma el derecho.

Propone como principio de su método la exclusión de elementos extraños de naturaleza psicológica, moral, teológica, biológica y en general de todos aquellos que no atiendan al objeto que debe seguir la ciencia jurídica y no respondan a su definición, ya que esto tiene como consecuencia la decadencia de la consideración científica del derecho.

"Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras --

(47) VARGAS MONTOYA, Samuel. Historia de las Doctrinas Filosóficas. Décima Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 329.

disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica." (48)

Kelsen apunta que el derecho es un fenómeno social que se rige por leyes opuestas a la de la naturaleza pues esta se encuentra determinada por las leyes de causalidad (a las cuales nos referiremos en el siguiente capítulo) como leyes enunciativas que se refieren a una relación de causa-efecto. Por el contrario en la sociedad lo que se busca es la regulación de las conductas de los hombres bajo un principio de imputación.

En la teoría pura se considera que la ciencia del derecho sólo puede tener por objeto el derecho positivo, sin preguntarse como deberá ser o como debería de formarse ya que en opinión de su autor es una ciencia del derecho y no una política jurídica. (49)

La ciencia jurídica elabora reglas de derecho las cuales determinan las conductas de los hombres relacionando dos hechos normativamente, dicha relación resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada.

"Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los — hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo." (50)

Un acto es ilícito cuando es seguido por una sanción ya que la norma que lo re-

(48) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Décima Segunda Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, Pág. 16.

(49) Ibidem, Pág. 15.

(50) Ibidem, Pág. 16.

gula al ser creada por un acto jurídico, prescribe la aplicación de esa sanción por contradecir lo establecido en ella.

Kelsen denomina norma positiva aquella norma creada por un acto cumplido en un espacio y en un tiempo determinado, las normas positivas o "puestas" son diversas a las "supuestas" que son producto de un acto puramente intelectual. "Una norma que no ha sido 'puesta', sino solamente 'supuesta' no pertenece al dominio de la realidad." (51)

La relación entre el acto ilícito y la sanción se encuentra contenida en la regla del derecho ya que establece que la sanción debe seguir al acto ilícito, relación a la que se le denomina imputación, y que por último puede afirmar que un individuo es responsable cuando la sanción puede ser dirigida contra él.

A).- Teoría Estática y Teoría Dinámica De Kelsen.

Kelsen concibe al derecho como una ciencia normativa cuya expresión propia es el deber ser jurídico, y el deber ser se encuentra expresado en la norma jurídica, a este jurista no le interesa la conducta en sí, sino su atención se dirige al aspecto lógico formal de la ciencia del derecho, el cual tiene un objeto que puede ser analizado desde un aspecto estático o bien de un aspecto dinámico.

TEORIA ESTATICA

Desde esta consideración el derecho se entiende como un conjunto de normas –

(51) KELSEN, Hans. Op. Cit. Pág. 19.

que regulan la conducta recíproca de los hombres⁽⁵²⁾, a las cuales los mismos prestan conformidad o no; es decir, poco importa si los destinatarios de las normas se encuentran de acuerdo con su contenido, poco importa si hay justicia o no en ella debido a que su creación no se basa en estas consideraciones sino en que son creadas como se ha dicho anteriormente por las mismas normas jurídicas, en conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Estado que se trate en donde se legitima la facultad Legislativa Estatal.

TEORIA DINAMICA.

En esta teoría este jurista se dirige a fundamentar una Estructura Jerárquica dentro de un orden lógico jurídico, atendiendo aspectos de creación y aplicación de ese mismo orden jurídico.

Tanto la creación como la aplicación de un orden jurídico requiere la actividad de los hombres, pero esta actuación se realiza por medio de actos regulados por ese mismo orden.

"Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas."⁽⁵³⁾

En la estructura jerárquica de un sistema normativo de derecho se encuentra contenida una pluralidad de normas jurídicas que forman una unidad u orden basado en una norma única de carácter fundamental, que adquiere la consideración de fuente

(52) Kelsen, Hans. Op. Cit. Pág. 43.

(53) *ibidem*, Pág. 44.

de validez de aquellas cuya validez pueden ser referida a ésta.

Kelsen atendiendo a la diferencia de validez que guardan las normas morales y las jurídicas refiere de esta últimas que:

"Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa que contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica." (54)

El Estado viene a ser el orden jurídico mismo, y el poder es la validez y eficacia del orden jurídico. El Estado es considerado como centro imperativo y su última explicación formal y externa son las normas jurídicas.

Kelsen señala que si no se acepta la identidad del Estado con el ordenamiento jurídico se tendría que observar una dualidad de sistemas normativas, de los cuales uno sería el orden jurídico positivo y el otro el complejo de las normas ético-políticas.

"Todo el mundo admite que el Estado mantiene relaciones esenciales — con el orden jurídico. Pero si no se admite que esa relación significa identidad, débase ante todo a que no se reconoce que el Estado mismo es un orden." (55)

4.-EMPIRISMO JURIDICO.

El empirismo es una posición filosófica cuya única fuente de conocimiento se basa en la experiencia, de tal suerte que la explicación de los juicios universales los

(54) KELSEN, Hans. *Op. Cit.* Pág. 136.

(55) KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editorial Nacional. México, 1972. Pág. 21.

realiza mediante ella.

La capacidad de percepción que tienen los sentidos es considerada la base de todo conocimiento que se llame científico, así como su comprobación empírica que mediante fórmulas matemáticas enunciarán la constancia de las relaciones de un determinado objeto.

El conocimiento jurídico al igual que los conceptos y juicios universales serán explicados por los datos proporcionados por la experiencia, se le da el nombre de empirismo jurídico a la tendencia a considerar al derecho como un producto de las fuerzas a las que se encuentra sujeta una sociedad, la experiencia encuentra elementos que se encuentran presentes en toda sociedad, tales como aquellos que determinan una secuencia histórica, sociológica, económica y religiosa, que al ser estimadas como comunes a toda aglomeración humana determinan la elaboración y vida del sistema jurídico.

Dentro del pensamiento que guardan el empirismo jurídico no se puede afirmar una actividad creativa por parte de los miembros de la sociedad que se trate, ya que las fuerzas en las que se encuentran inmersas son más determinantes que cualquier otro factor, el hombre se ve dentro de ellas y de estas realiza una formación que permite su desenvolvimiento.

"El Empirismo jurídico se va conformando lentamente. Primero se despertó el interés por la sociología y la Historia del Derecho, así como por el Derecho Comparado. Rindieron pleitesía a las nuevas tendencias autores tan prestigiados como Jacobo Cujas (1522-1590), Hugo Doneau (1527-1596), Juan Altusio (1557-1638) y, ya en vísperas de la Revolución Francesa, --- Juan Bautista Vico (1668-1744) y Carlos de Montesquieu (1689-1755). El mayor realismo de estos autores en la concepción del derecho no sólo no es perjudicial a la noción del Derecho sino que la enriquece notablemente. La exageración indebida aparece en el siglo XIX, cuando llega a su máximo

el desprecio por los elementos morales y racionales del Derecho. Estos no son considerados verdaderamente científicos, ya que no pueden ser conocidos ni verificados por la experiencia. Las tendencias antirracionalistas y antimetafísicas del siglo XIX van a dar origen al empirismo y al positivismo jurídico." (56)

Las posiciones dirigidas en contra del racionalismo y de la especulación metafísica acerca del derecho, originan en el siglo XIX el empirismo y el voluntarismo jurídico. Teniendo ambas las siguientes características:

a) No existe más derecho que aquél que tiene su origen en acontecimientos conocidos por la experiencia. En el empirismo jurídico estos acontecimientos se encuentran determinados por las fuerzas históricas, sociológicas o económicas. En el voluntarismo jurídico será la voluntad del legislador.

b) Al jurista solo le deben interesar los datos materiales concretos captados por la experiencia, no las especulaciones de justicia o de razón por no ser estas susceptibles de comprobación.

c) El derecho es de necesidad exacta debido a que su naturaleza depende de hechos ya existentes, los cuales pueden ser verificables experimentalmente en oposición a los actos libres de los individuos.

A).- Escuela Histórica del Derecho.

La Escuela Histórica del Derecho se encuentra formada por juristas que viven y

(56) VILORO TORANZO, Miguel, Op. Cit., Pág. 68.

explican la noción del empirismo jurídico. Para esta escuela el derecho es una realidad viva cuyos elementos se encuentran orgánicamente vinculados, además de ser producto al igual que el Estado de una evolución histórica.

"Trabajan con una noción filosófica del Derecho, porque quieren entender y explicar al Derecho en toda su riqueza y situarlo en medio de la totalidad de las realidades. Y, al proceder así, descubren en el Derecho o, más exactamente, en los sistemas jurídicos, la dimensión filosófica sin la cual -- esos sistemas carecerían de coherencia y de alma. Pero su enfoque es -- eminentemente empírico: Observar la realidad de los fenómenos jurídicos y a partir de esa observación sacar conclusiones. Además tiene el gran mérito de haber explicitado el método de su investigación." (57)

Los antecedentes de esta escuela se encuentran en los siguientes juristas:

Juan Baulista Vico.- Para este filósofo el derecho nace de la conciencia popular mediante una obra anónima y colectiva, en la misma forma que nace el idioma de un pueblo.

Edmundo Burke.- En sus reflexiones sobre la revolución francesa, apunta que no es posible construir un Estado de principios ideales y abstractos ya que la formación del mismo es producto de un lento desarrollo y de una larga gestión histórica.

Federico Guillermo Schelling.- Descubre el "espíritu" como el ser y fuente del acontecer, refiriéndose a un ser diverso al individual, a un ser objetivo. Este idealismo objetivo es el que anima toda la naturaleza entendida como un organismo vivo y animado. Este autor es el fundador de la llamada Escuela Romántica Alemana.

(57) VILLORO TORANZO, Miguel. "La Escuela Histórica del Derecho.- Revista Estudios Jurídicos. Escuela Libre de Derecho. Año 1968, número 2, Pág. 99-111.

Federico Schlegel.- Consideró al Estado como un gran individuo de organismo viviente y que comprende a todos los individuos particulares, dotado de una luz propia la cual descansa en valores éticos y religiosos, así como de una expresión del espíritu que anima al organismo social.

Gustavo Hugo Federico Carlos de Savigny y Jorge Federico Puchta.- Estos juristas consideran al derecho al igual que al Estado como un producto de la evolución histórica del órgano social.

"Según estos tres grandes maestros de la Escuela Histórica, el Derecho no es un producto de la razón humana en abstracto, sino un producto del 'espíritu del pueblo'... del cual emana la regla jurídica como cualquier otra -- manifestación de la cultura." (58)

Las características de la Escuela Histórica son las siguientes:

a) El derecho evoluciona y se transforma continuamente debido a que se desarrolla en el tiempo, el cual modifica y transforma con independencia de las voluntades individuales y conforme al espíritu popular.

b) Manifiesta rechazo por el derecho natural como sistema especulativo anterior y superior al Derecho positivo.

"Sin embargo, Savigny admite que en todo derecho se dan 'postulados de justicia', pero éstos son, más que leyes percibidas por la razón, corrientes intuitivas que animan y dirigen al espíritu del pueblo." (59)

(58) VILORO TORANZO, Miguel. Introducción Op. Cit. Pág. 70.

(59) Idem.

c) Rechazo a la codificación ya que esta detiene el curso y evolución del derecho por ser síntesis sistemática de gran estabilidad y fijeza.

d) Consideración del derecho consuetudinario como expresión verdadera de la conciencia popular, este derecho progresa con el pueblo y se perfecciona con él.

B).- Sociologismo Jurídico.

A partir del siglo XIX la sociología es considerada como una ciencia cuyo objeto es la descripción del acontecer social, en cuanto al estudio de la realidad social, sin referencia a los principios internos que estructuran los actos humanos. En el sociologismo jurídico encontramos como punto mediador de su doctrina la consideración del derecho como un producto sociológico.

Emilio Durkheim.- Sociólogo francés fundador de la Escuela Sociológica del Derecho, este autor propone que el derecho debe ser estudiado bajo el método sociológico el cual tiene los siguientes aspectos:

a) El derecho es un fenómeno social que existe independientemente de las conciencias individuales.

b) Las ideas o aspectos morales del individuo son producto de las fuerzas sociales, ya que al pensar, el mismo realiza una representación lógica del mundo real de los fenómenos sociales.

c) Los fenómenos sociales se constituyen mediante la solidaridad social que se

manifiesta externamente por la influencia del grupo sobre los individuos, así el derecho es el símbolo visible de la solidaridad social.

d) A cada grupo social corresponde un sistema jurídico el cual da equilibrio y asegura la convivencia entre sus miembros.

e) Las instituciones jurídicas manifiestan expresamente relaciones de coacción, de los datos jurídicos se puede llegar a la estructura interna de los grupos sociales.

León Duguit.- Jurista que defiende una postura del derecho como función social, sostiene que lo único que hay son situaciones jurídicas subjetivas o situaciones jurídicas objetivas. Según se trate de prerrogativas que los particulares adquieren en sus relaciones, o por prerrogativas que se reciben de la ley, estos atributos integran el derecho positivo, único derecho que admite, el cual se funda en una ley de solidaridad y de interdependencia social.

Mauricio Hauriou.- Considera al derecho como obra de un poder que en cierta medida lo impone a las fuerzas sociales, esta imposición se realiza de forma real en el medio social, y se dirige al orden y a la paz de la sociedad. Las instituciones jurídicas nacen del poder, de la idea, y de la libertad, pero que no subsisten sin la aceptación de la comunidad, la cual busca mediante el derecho contribuir a la solidaridad social.

5.- VOLUNTARISMO JURIDICO.

Esta doctrina filosófica se dirige a considerar como elemento primordial en la formación del derecho la voluntad del legislador, esta facultad de determinar preceptos de derecho no se encuentra determinada por fines de justicia, los seguidores de esta

doctrina dan poca importancia si la ley responde racionalmente a la solución de problemas reales. El Voluntarismo Jurídico puede resumirse diciendo que es el conjunto de opiniones dirigidas a enaltecer la actividad de aquél que puede hacer derecho.

La orientación en considerar la ley como fuente de derecho por excelencia permite que los textos legales sean venerados también en sí mismos, por lo que se afirma que el Voluntarismo Jurídico se dirige a dos aspectos:

- a) A la glorificación de la actividad del legislador en la formación del derecho.
- b) La exageración del culto al texto de la ley como producto de una actividad acertada en todo momento.

"La actividad voluntarista lleva implícitas consigo dos tendencias: La glorificación del legislador y el culto al texto de la ley. No se puede considerar — que sólo es Derecho todo lo que querido como tal por el legislador, si no se — valora a éste como un poder que no puede equivocarse, como un poder de — visión perfecta y de previsión minuciosa que hace innecesarias las intervenciones de futuros juristas." (60)

A).- Glorificación del Legislador.

Es rasgo común que en los grupos sociales primarios la actividad de aquél que -

(60) VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción Op. Cit. Pág. 99.

determinaba las pautas de conducta a seguir por parte de los miembros de esos grupos, se considerará ligado o inspirado por fuerzas sobrenaturales.

En la Edad Media la actividad del soberano con respecto al poder se justificaba diciendo que toda potestad venía de Dios.

"No faltan incluso juristas en ese tiempo pero sobre todo en la Edad Moderna -los de la Escuela de Derecho Divino de los Reyes- que, olvidando los límites naturales de toda autoridad humana, creen ver en las leyes de sus -- monarcas la expresión de la voluntad divina." (51)

Los poderes absolutos que sustentaba la figura absoluta del rey a través del pensamiento de la Ilustración se consideran ya propio del pueblo.

La exageración que tiene el papel del legislador en el proceso de formación del derecho se relaciona con la afirmación de que no existe más derecho que aquél que ha sido emanado de las facultades legislativas.

B).- Culto al Texto de la Ley.

El culto al texto de la ley tiene su antecedente en el siglo XI mediante la llamada Escuela de los Glosadores, estos juristas sostienen una admiración completa al Corpus Iuris Civilis al que consideraban un todo perfecto al cual las nuevas situaciones jurídicas deberían adaptarse, así examinando sus textos dan explicación del sentido por el que fueron realizados.

(51) VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción Op. Cit. Pág. 110)

La Escuela de los Glosadores tienen su sede en la Universidad de Bolonia y tienen la gran aportación de haber difundido en Europa el conocimiento del Derecho Romano.

Posteriormente ya en el siglo XIV surgen los postglosadores como discípulos de la Escuela de los Glosadores, los cuales mediante un análisis metódico de las instituciones Romanas pasan de la admiración por esa legislación a la realización de teorías generales separándose con esto del análisis literal de las originales creaciones de los juristas romanos.

Glosadores y Postglosadores anticipan a la Escuela de la Exégesis 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 consideradas como precursoras del positivismo jurídico que tiene en la Escuela de la Exégesis su más pura expresión...

A raíz de la publicación del Código de Napoleón en 1804 surge en Francia la llamada Escuela de la Exégesis, la cual domina el panorama jurídico del siglo XIX, su doctrina influencia el pensamiento jurídico en Europa como en América a través de sus teóricos entre los que se encuentran: Aubry y Rau, Demolombe, Marcadé, Laurent y Troplong. Baudry-Lacantinerie, Guillaud, y su principal expositor Bonnecase quien señala los siguientes rasgos de dicha Escuela:

"1) Culto al texto de la ley; 2) Predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal del texto; 3) Doctrina estatista consistente en la procla- --

maclón de la omnipotencia del legislador y en la creencia en su infalibilidad; --
4) Contravención resultante de la creencia simultánea en la omnipotencia del
legislador y en la noción metafísica del Derecho; 5) Respeto a las autorida-
des y precedentes." (63)

Por último podemos afirmar que la sumisión de los Exégetas a la voluntad del
legislador los llevó a conocer la intención del legislador a través de lo precisado y
contenido en la ley.

(63) VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción Op. Cit. Pág. 103.

CAPITULO III.

UBICACION DEL DERECHO EN EL PLANO NORMATIVO GENERAL.

SUMARIO: 1.- Diferencias entre norma, regla y ley; 2.- Diferentes tipos de normas; 3.- Normas religiosas; A).- Derecho y Religión; B).- Diferencias entre las normas religiosas y las normas jurídicas; 4.- Normas Morales; A).- Moral y Derecho; B).- Diferencias entre moral y derecho; 5.- Convencionalismos sociales. A).- Diferencias entre los convencionalismos sociales y las normas jurídicas; 6).- Normas jurídicas.

1.- DIFERENCIAS ENTRE NORMA, REGLA Y LEY.

Una vez que han sido expuestos los contenidos y diferencias que guardan entre sí las diferentes posiciones filosóficas, en torno a la noción de lo que el derecho sea, podemos afirmar que no obstante la diversidad de los métodos utilizados por los filósofos juristas, estos coinciden en resaltar el carácter normativo que el derecho guarda en sus preceptos.

Ese carácter normativo se encuentra contenido en la norma jurídica como elemento de expresión esencial del derecho, de tal suerte que la ubicación del derecho dentro del plano normativo general debe buscarse en las similitudes o diferencias que guarden aquella con otros tipos de prescripciones.

Comenzaremos diciendo que el hombre se encuentra dotado de razón y de voluntad para realizar su comportamiento dentro de un plano de libertad, sin embargo, reconoce que su conducta se encuentra condicionada por la realización de determinados fines que busca realizar en el transcurso de su existencia y estos fines serán considerados bajo diversas categorías de valor.

La conducta humana puede ser estimada por esa facultad valorativa en el sentido que la finalidad propuesta deba ser o no deba ser, por lo que puede afirmarse que el hombre al estar participando en el mundo del ser, se encuentre insertado en un plano superior que es el del deber ser.

Ese ámbito del deber ser se expresa por medio de normas las cuales pueden ser de diversa índole, así algunas se dirigen al aspecto interno del sujeto, mientras que otras, buscan la adecuación de la conducta externa a ciertas formalidades sociales

como es el caso de los llamados convencionalismo, o bien aquellas que buscan la regulación del proceder del hombre mediante criterios de justicia o equidad.

La norma jurídica encuentra en el concepto de norma su género, el cual a su vez será una de las especies del concepto de regla. Esto puede entenderse al expresar que toda norma es una regla, pero que no todas las reglas son normas, así la comprensión de reglas artísticas las cuales no siguen una pauta determinada debido a la diversidad de maneras de interpretación, además de las diversas maneras para expresarlas.

"Es decir, la idea de regla es más general que la idea de norma, así como la idea de hombre es más general que la idea de mexicano; por lo que - podríamos decir que todo mexicano es hombre, pero que no todo hombre es mexicano..." (64)

La regla será la formulación o expresión imperativa dirigida a la voluntad mediante la cual el hombre puede valerse para la realización de determinadas metas o fines para él valiosos.

El maestro Garcia Maynez respecto a ellas manifiesta que "Las reglas prácticas de cumplimiento potestativo prescriben determinados medios con vista a la realización de ciertos fines." (65)

Una vez precisado el concepto de regla resulta accesible el considerarla como elemento genérico del concepto de norma, dando la idea de que aquel proceder del --

(64) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 66

(65) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción Op. Cit. Pág. 4

hombre que se ajusta a la norma, regula su conducta conforme a la regla dada y contenida en la misma, sujetándose con esto al ámbito del deber ser, mismo que le exigirá o le permitirá la realización de determinado acto o bien le prohibirá la ejecución de otro.

De acuerdo a lo anterior, consideramos al igual que el maestro Preciado Hernández que la definición de norma en un sentido general debe contener la referencia a todas las especies de normas como regla obligatoria que prescribe un deber. (66)

García Maynes expone que:

"La palabra norma suele usarse en dos sentidos: Uno amplio y otro estricto: Lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; Strictu sensu corresponde a la que impone deberes y confiere derechos." (67)

De lo dicho hasta aquí se infiere que las reglas son dirigidas al hombre como pautas de conducta que enseñan los caminos que se deben seguir para la realización de determinados fines por alcanzar, para que de éste modo el mismo empieza donde otros se quedaron, pues no podríamos concebir que en todo quehacer del hombre el mismo tuviera que empezar de la nada. Y aquellas reglas que exigen un ajustamiento de la actividad del hombre a ellas, mediante el establecimiento de un deber, serán las normas; ambas se dirigen sin embargo al hombre como pautas de conducta.

Las leyes por el contrario tienen como dato esencial la de enunciar las relaciones

(66) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 73.

(67) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción Op. Cit. Pág. 4

necesarias dadas por la naturaleza de las cosas, y en las cuales la voluntad del hombre no participa, por lo cual la necesidad que se desprende es diferente dada la diversidad de los seres; estos pueden ser inertes o bien vivos o sensibles. (68)

En los seres vivos dada su naturaleza las leyes que les son propias pueden ser de tres tipos, ya sean estas del espíritu, del pensamiento, o bien de la voluntad. Las leyes de la materia inerte participan en ella de forma física, química y biológica que son la expresión propia de la materia.

Las necesidades que se desprenden de esta división pueden ser físicas, lógicas y morales.

La necesidad física es aquella que se refiere a las manifestaciones de la materia, en cuanto a esta se da en un sentido repetitivo y propio de una relación causal entre fenómenos.

"El carácter uniforme y repetido de la relación causal, es lo que le da su sentido propio. Los fenómenos naturales por ser causales, por estar sujetos al principio de uniformidad y necesidad, son independientes del arbitrio humano." (69)

La formación de una relación causal sería que en igualdad de condiciones, unas determinadas causas producirán necesariamente los mismos efectos, dando de éste modo auténticas proposiciones de verdad pues una determinada ley será verdadera si

(68) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 67.

(69) TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. Décima Primera Edición, Porrúa, México, 1989, Pág. 32.

las relaciones que ella misma enuncia efectivamente se actualizan. "Estas leyes de causalidad son proposiciones de verdad: Una determinada causa ha de producir unos determinados efectos." (70)

La necesidad lógica, deriva de la capacidad pensante del ser humano, característica principal del mismo y que se desarrolla por medio de ideas, juicios y razonamientos. El hombre es capaz de percibir y relacionar objetos abstractos; es decir, coordina objetos ideales, en donde encuentra necesario aquello que no puede ser de otro modo. Un ejemplo de lo anterior se puede enunciar, la concepción geométrica del triángulo cuya figura formada por tres líneas que se cortan mutuamente dan necesariamente la formación de tres ángulos.

La necesidad lógica forma leyes del pensamiento que se consideran verdades válidas de siempre y para siempre, además de que se dan en cualquier parte, en todo tiempo y lugar.

La necesidad moral es aquella que relaciona un acto y sus consecuencias en base a un bien racional del hombre, es decir, surge y se justifica por la previa calificación de un fin como valioso, sin embargo, la realización de un acto determinado es el resultado de una predisposición del hombre en el ejercicio de su libre albedrío, el cual será distinto de acuerdo a las características propias del sujeto, mismos que hacen a esta necesidad violable.

"La necesidad moral es una exigencia racional, que nos constriñe a reg

(70) GALINDO FARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 1er. Curso, Séptima Edición, Porrúa, México, 1965. Pág. 16.

lizar determinados actos que nos perfeccionan, ya que están ordenados a nuestro bien racional, así como a omitir otros que nos alejan del camino de nuestra perfección."⁽⁷¹⁾

2.- DIFERENTES TIPOS DE NORMAS.

El obrar del hombre en cuanto ejercicio de su poder volitivo y libre encuentra en las normas las directrices cuya conducta se encaminará a una idea de orden así dentro de la variedad de normas a las que se ajusta, encuentra que en ellas hay más de una recomendación, es un mandato en tal o cual sentido que le exige un deber, el cual será de muy diversa naturaleza de acuerdo a la norma de que se trate. Es así como el hombre se encuentra dirigido por normas religiosas, convencionalismos sociales, normas morales y normas jurídicas.

"Si los principios de valor que expresa una determinada norma, se fundan en la realización del bien, aquella regla es de naturaleza ética. Si tienen a la realización de un fin útil, se dice que la norma es técnica, si expresan principios de buena crianza o de cortesía nos encontramos en presencia de las reglas denominadas convencionalismos sociales. Si esas normas, en fin, exigen que se realice una determinada conducta o prohíben un cierto comportamiento y se encuentran fundadas en un criterio de orden, de seguridad y de justicia, sin duda nos hallamos frente a las normas jurídicas."⁽⁷²⁾

No obstante los diversos objetos perseguidos por las mismas, podemos encontrar en ellas características generales, para lo cual consideramos tres aspectos que son propios en ellas.

a) Una regulación de la conducta.- La norma busca en su contenido no sola-

(71) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 69.

(72) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 17.

mento la realización de determinado proceder o una abstención, sino lo que realmente le interesa es la adecuación de la conducta a la regla en ella contenida, lo cual se hará en un sentido positivo realizando alguna conducta, o bien en sentido negativo absteniéndose de ella.

b). Una potestad de mando.- Lo cual se traduce en una facultad de guía, que en el ejercicio de este atributo traza directrices por las cuales la conducta de los miembros sociales se dirige a sus fines, ésta potestad de mando puede emanar de alguna autoridad, congregación religiosa, una necesidad moral, o bien surgidos de la convivencia social misma.

c). Una pretensión de orden.- La existencia de un orden normativo no puede justificarse sin relacionarse el mismo con la idea de orden dentro de sus miembros a los cuales se les destina, el ejercicio de libertad de cada miembro encuentra su delimitación a la esfera de ejercicio de otro de sus miembros.

El hombre que obedece las prescripciones normativas de una determinada norma esta regulando su conducta conforme a la regla dada y contenida en ella.

Podemos concluir diciendo que los diferentes tipos de normas son las formas, directrices o caminos que ha de seguir el hombre para el mayor desarrollo de la sociedad. Afirmando que sin ellas los hombres volverían seguramente a un estado presocial de lucha, pues no tendrían pautas para ordenar y delimitar su convivencia.

3.- NORMAS RELIGIOSAS.

El hombre desde que tiene conciencia de su existencia física se percata de que se encuentra incertado en un entorno cuyos elementos le son dados, es decir, entien-

de que su desenvolvimiento partirá de esa realidad histórica de la cual es partícipe, pero por su propia naturaleza racional descubre en él también una dimensión espiritual por la cual justifica su propia naturaleza.

El hombre tiene una voluntad libre como principio interior o causa determinante de sus acciones, su poder creativo se basa en el entendimiento y la voluntad, mediante estos elementos entiende que puede modificar esa realidad "dada", para modificarla se sujeta a la medida de él mismo y de los demás seres.

Talando de encontrar la respuesta de su existencia y la de ese entorno razona y encuentra la idea de un ser superior poseedor de su propia naturaleza la cual participa en la naturaleza de sus seres o creación, así como en sus relaciones recíprocas de éstos mediante la interpretación de una religión determinada.

"Las religiones, cualquiera que sean, establecen una serie de disposiciones para que sus fieles alcancen una meta determinada. Reglas que estiman se originan de un ser superior; consideran además de la conducta de los hombres con sus semejantes, la conducta de éstos para con Dios." (73)

La idea de un ser superior se ha dirigido a la concepción del mismo como absoluto, perfecto, eterno, omnipotente. El vínculo del hombre con su creador será determinado por sus deberes con él, para con sus semejantes, así como también para con él mismo.

A).- Derecho y Religión.

(73) FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando. CARBAJAL MORENO, Gustavo. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. Décima Segunda Edición. Porrúa, México 1975. Pág. 43.

La religión concibe la existencia de Dios como ser supremo el cual es creador del universo y de los hombres. Los deberes que surgen de esta relación tienen su base en ese ser el cual será el supremo legislador de la norma religiosa.

"Las normas religiosas son inspiradas por la idea suprema de Dios, y tienen como principal objeto ayudar al hombre a lograr un fin último en una vida que no es la terrena. Consideran la conducta del hombre no sólo en sus relaciones con sus semejantes, como el Derecho, sino en sus actos para con -- Dios y para consigo mismo." (74)

Las relaciones entre derecho y religión se dan en las primeras organizaciones de hombres en las que la mayoría de ocasiones se confundían los deberes religiosos con aquellos propios de leyes positivas. Modelo de lo anterior lo encontramos en la cultura Romana la que tenía al Fas como derecho sagrado y en el Jus el derecho del hombre.

No obstante la relación antes estudiada sentimos que la religión influye en el derecho, en la concepción de un Derecho Natural, ya que éste al ser descubierto por la razón se considera fundado en la naturaleza de los seres, dicha naturaleza es dada en conformidad a un orden universal de origen divino. Esta concepción a la que nos referimos en el capítulo segundo al tratar acerca de las doctrinas filosóficas en el derecho es la Tomista en cuanto a la ley eterna, en la cual participa la creatura racional mediante una Ley Natural que a su vez es el fundamento de las normas jurídicas.

"Lo cual significa que la religión ejerce una doble influencia sobre el dere

(74) GARCIA, Trinidad. *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*. Vigésima Quinta, Porrúa, México, 1978, Pág. 11.

cho: como religión natural, fundando y fortaleciendo el deber jurídico, así como las normas que lo expresan; como religión positiva, inspirando costumbres, ideales y aspiraciones sociales que las normas jurídicas correspondientes es no pueden ignorar ni desconocer." (75)

En una forma general el cristianismo se convirtió en la institución más importante a la caída del Imperio Romano, surgiendo como la orden religiosa educadora y evangelizadora a través de la cual unas nuevas agrupaciones sociales y culturales se desarrollan con nuevas valoraciones ético-jurídicas.

B).- Diferencias entre las Normas Religiosas y las Normas Jurídicas.

Para determinar las diferencias entre estos dos tipos de normas debemos entender a la naturaleza de los fines que se deben alcanzar, de este modo las normas religiosas establecen deberes para con Dios, buscan el perfeccionamiento individual y su valor final es buscar la santidad.

Las normas jurídicas se dirigen al perfeccionamiento social y su valor principal es la justicia, así como el bien común.

4.- NORMAS MORALES.

Las normas morales son prescripciones imperativas cuyos deberes se dirigen al bien personal del hombre, le interesa la individualidad del proceder del hombre para que él mismo se dirija al perfeccionamiento.

(75) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 105.

Las normas morales se manifiestan en la voluntad determinando los primeros principios de un conocimiento práctico dirigido a obtener una acción determinada y del cual el sujeto puede ser responsable.

La moral encuentra su actividad en el terreno de la libertad individual ya que un sujeto es responsable en tanto que es libre. El ejercicio de la libertad en el sujeto lo lleva a elegir las formas de su proceder.

"La providencia de la ética está dividida por la arista que separa el bien del mal. Y en este terreno nos colocamos siempre que usamos nuestra libertad para determinar nuestra actividad y la sucesión de nuestros actos libres, es decir, nuestra conducta."⁽⁷⁶⁾

Las normas morales pueden ser apreciados desde dos puntos de vista, mismos que son objeto de las mismas; el primero, es determinar las posibles direcciones de la conducta humana, o bien la segunda desde la aplicación práctica y eficaz de los actos humanos concretos, mediante la aplicación de la razón a la elección que implica un acto moral. Sin embargo, las normas morales no deben dirigirse exclusivamente a la esfera individual, es exigencia que se manifieste en una moral colectiva en el que se abarque las relaciones pluralizadas entre sus miembros y buscar los puntos de relación con otros tipos de normas.

"En consecuencia las normas de moral no se limitan a justificar los actos individuales sino que hay una moral social que comprende nuestras relaciones con los demás y tiene conexiones profundas con el Derecho y con las demás normas de relación humana."⁽⁷⁷⁾

(76) KURI BREÑA, Daniel. Op. Cit. Pág. 42.

(77) *Ibidem*. Pág. 43.

Podemos concluir diciendo que las cuestiones relativas a la moral se encuentran ligadas a las de libertad, la cual determina la voluntad, se debe buscar en el proceder una virtud moral que permita preparar a la voluntad y los apetitos sensibles a obedecer los dictámenes de la razón.

A).- Moral y Derecho.

Todo proceder del hombre se encuentra dirigido a la consecución de determinados fines, estos fines se encuentran determinados por una categoría diversa de valor en base a un orden moral individual. Sin embargo, la consecución de fines en el individuo encuentra necesariamente la existencia de una relación social a la cual el mismo no puede renunciar por ser naturales en él, resultando de este modo que la dimensión social del hombre determina una convivencia con sus semejantes la que deberá tener como fundamento y como base una extensión del orden moral individual para con los demás, y es en este aspecto en donde algunos juristas tratan de fundamentar el derecho en principios morales.

"Pero mientras la sociedad es una estructura personal, la comunidad es el producto histórico, el efecto real de esa dimensión. Por este motivo -- mientras el orden moral es orden de la persona, el derecho es orden de la -- comunidad, y no puede por tanto confundirse con el orden moral, al mismo -- tiempo, el derecho se funda en los principios de la moral, porque la comuni-- dad es un efecto (producto) de una dimensión personal (en la que tiene su -- fundamento). En este sentido, es preciso afirmar que lo moral es base ne-- cesaria del derecho."⁽⁷⁸⁾

La moral y derecho tienen aspectos en los cuales pueden tener relación, si parti-

(78) DEL PORTILLO, Anaro. "Moral y Derecho" Revista Persona y Derecho. Volumen I Año 1974, Pág. 493-500 Universidad de Navarra, España.

mos de considerar al derecho como un sistema de normas que permiten la convivencia de los hombres en sociedad, es natural que esos hombres que viven y conviven dentro de un mismo entorno cultural, y desarrollándose en un tiempo y lugar determinado, establecen obligaciones morales que consideran necesarias para sus relaciones, de tal modo que buscan sean reconocidas y sancionadas para asegurar su cumplimiento.

El jurista Giorgio Del Vecchio encuentra que a todo sistema jurídico corresponde un sistema moral, mediando en ellos una coherencia necesaria, de tal suerte que surgiendo contradicción en el orden jurídico establecido, se afirma un deber moral nuevo en ese mismo acto, la obligatoriedad resultante establece ya aunque en hipótesis un nuevo derecho. (79)

De este modo el derecho encuentra en la moral la base que le permite una justificación ya que en ella se darán los presupuestos necesarios que formarán en hipótesis los ideales que la sociedad considere como valiosos, y en aquellos tipos de conducta en el que la moral y el derecho se interesan, el aspecto jurídico no debe interferir ni modificar esa regla moral.

Es preciso establecer que los ordenamientos jurídicos guardan eficacia además de las diferentes sanciones de que están provistas para su cumplimiento, de una conciencia moral, así como de la influencia que en los individuos forman la diversidad de normas.

"Si los preceptos del derecho son frecuentemente cumplidos por razones de orden moral, de carácter religioso o simplemente diversos del temor

(79) KURI BREÑA, Daniel. Op. Cit. Pág. 43-44..

a las sanciones jurídicas, es evidente que su eficacia obedece en buena parte a esas razones, y que la más importante entre las últimas son precisamente las de índole ética." (80)

B).- Diferencias entre Moral y Derecho.

Ya en el capítulo segundo del presente trabajo al hablar acerca de las diversas posturas filosóficas en el Derecho, se estableció que el racionalismo jurídico encuentra en Kant el antecedente de las diferencias entre moral y derecho, ya que dicho filósofo al distinguir entre juicios enunciativos y juicios normativos encuentra que la moral y el derecho participan de estos últimos, con la diferencia que los de aquella son "categóricos" y los del derecho "hipotéticos" que al actualizarse dan lugar a una coacción.

Asimismo siguiendo las orientaciones Kantianas se encuentra que la diferencia esencial entre las normas morales y las jurídicas radica en los datos de unilateralidad y bilateralidad que guardan las mismas.

La unilateralidad de los preceptos morales consiste en que el sujeto a quien obligan no hay otra persona que pueda exigir el cumplimiento de sus deberes.

La bilateralidad de la norma jurídica se caracteriza porque impone deberes correlativos de facultades. Frente al sujeto obligado por la norma de derecho existe otro que se encuentra facultado para reclamar una determinada conducta; es decir, la relación se da entre diversas personas a las cuales se les denomina sujeto activo o

(80) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. "Relaciones entre Moral y Derecho". *Revista Memorias del Colegio Nacional*, Tomo VI Año 1966, No. 1. México, Pág. 11-25.

facultado y sujeto pasivo al obligado, entre los cuales siempre encontramos una obligación o prestación, de este modo las normas jurídicas son imperativo-atributivas.

En los preceptos de la moral por el contrario encontramos que no existe persona facultada para exigir la realización de determinada conducta, por lo que se consideran únicamente imperativas.

"La misma distinción suele expresarse diciendo que las normas morales establecen deberes del hombre para consigo mismo, en tanto que los jurídicos señalan las obligaciones que tiene frente a los demás." (81)

INTERIORIDAD Y EXTERIORIDAD,

La moral considera la conducta interior de los hombres para determinar su proceder, el derecho solo califica los actos externos sin importar la causa que los produce.

La conducta moral para que pueda ser considerada como buena, requiere que el individuo obre no solamente conforme al deber, sino por deber mediante un método a priori de razonamiento puro; el bien y el deber son puros ideales, no realidades.

COERCIBILIDAD E INCOERCIBILIDAD.

A la incoercibilidad de la moral suele oponerse la coercibilidad del derecho.

La incoercibilidad que guardan los preceptos morales se manifiesta en que el

(81) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción. Pág. 18.

cumplimiento de los mismos debe efectuarse de manera espontánea

La coercibilidad del derecho se reduce en la posibilidad de que sus preceptos sean cumplidos en forma no espontánea por parte del sujeto que se encuentra sometido a ella, e incluso exigir el cumplimiento en contra de la voluntad del mismo.

AUTONOMIA Y HETERONOMIA.

La autonomía de la moral se da en virtud de que para ser considerada obligatoria, necesita que el sujeto la estime como tal, ya que el autor de la misma es el mismo que debe cumplirla ya que la palabra por sí denota autodeterminación.

El derecho por el contrario no se origina en la conciencia de quien debe cumplirlo, pues emana de voluntades diferentes, las normas jurídicas son creadas por una función estatal para ser observadas por los miembros de una colectividad, independientemente de que las acepten o no.

5.- CONVENCIONALISMOS SOCIALES.

Los convencionalismos sociales son reglas que se dirigen a la conducta para que el hombre que se encuentra dentro de una sociedad alcance determinados fines u objetivos, este tipo de normas se encuentran determinadas por valores y bienes secundarios o contingentes los cuales no representan auténticos deberes.

Este tipo de prescripciones se les puede considerar como un tercer grupo de regla que rigen las conductas del hombre y que se encuentran formadas por aquellos

preceptos de buena crianza o reglas de etiqueta social que imponen deberes, pero los cuales deben cumplirse exteriormente y con el trato con nuestros semejantes.

Si atendemos a su proceso de creación encontramos en ellos un dato que es inminentemente consuetudinario, debido a que imponen maneras de obrar que se han establecido en un grupo social por su repetición constante y prolongada, son mandatos colectivos incoercibles ya que carecen de órganos autorizados para vigilar su cumplimiento, originando con esto que su sanción sea indeterminada y caracterizada por el repudio.

Estas reglas de trato social al no tener la facultad de imponer deberes no pueden ser consideradas como normas, sin embargo, dada su influencia en la sociedad sí pueden ser valoradas en base al contenido de las normas morales así como de las normas jurídicas.

La validez de los convencionalismos sociales se encuentra sujeta a la actuación del hombre en la sociedad y la calificación de su proceder por parte de sus miembros como aceptado o no; estas reglas se manifiestan en el medio natural del hombre como miembro social.

"Pensamos que las normas de trato social no rigen en círculos determinados sino en el ámbito natural de actuar del hombre: la sociedad, que se -- manifiestan en la costumbre y que tienen una vigencia social efectiva en tanto constituyen una convicción que está viva en los miembros de la sociedad." (82)

(82) FREJO, Martha E. "Las Normas de Trato Social." *Revista Jurídica*. Universidad de Tucumán, Argentina. 1971 No. 22. Pág. 341-354.

A).- Diferencias entre los Convencionalismos Sociales y las Normas Jurídicas.

La distinción entre las normas jurídicas y las reglas de trato social atiende a la bilateralidad de la regulación jurídica y el carácter unilateral de los usos sociales. Las normas jurídicas contienen siempre una estructura Imperativo-atributiva, los usos sociales solo obligan más no facultan a alguien para exigir su cumplimiento.

El derecho y la moral coinciden, sin embargo, en su exterioridad y en relación a esto surge igualmente otra nota de distinción entre ambas: la regulación jurídica es bilateral exigiendo una conducta exterior, los usos sociales prescriben también una conducta externa pero en forma unilateral. "Exterioridad y bilateralidad son los atributos del derecho; unilateralidad e interioridad, los de la moral; exterioridad y unilateralidad, los de los convencionalismos." (83)

Otra diferencia entre las normas jurídicas y los usos sociales radica en la sanción, ya que los convencionalismos tienen sanciones indeterminadas mientras que en las normas jurídicas son determinadas.

6.- NORMAS JURIDICAS.

Las relaciones sociales encuentran dentro de las diversas disposiciones que rigen las conductas de sus miembros aquellas que buscan por objeto permitir una debida convivencia, en los cuales no solamente de seguridad a la variadísima especie de actos y hechos en los que sus miembros se manifiestan socialmente, sino también

(83) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.- Introducción... Op. Cit. Pág. 33.

que se determine equitativamente el anhelo de participación y contribución de cada uno de ellos con vistas a la posibilidad de llegar a un bien común, así como lo que a cada persona tiene facultado de exigir a sus semejantes.

Las normas jurídicas buscan lo anterior encaminando el proceder humano a un perfeccionamiento social o colectivo, salvaguardando los bienes propios de sus miembros considerados individualmente, siempre que estos se encuentren de acuerdo a los intereses generales y los cuales deben de ser principios dogmáticos de todo sistema jurídico.

Esta consideración individual tiene importancia además para la norma jurídica debido a que ella coordina voluntades y acciones de cada miembro social de acuerdo a la razón, por lo cual hace que el derecho en general tenga injerencia en el campo de las acciones asegurando un orden exterior justo entre personas.

"La norma jurídica es la formulación técnica de un esquema construido conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a un problema histórico concreto."⁽⁸⁴⁾

El esquema al que se hace referencia deriva de la consideración del derecho como sistema de normas, cuya ordenación determina la validez material, temporal y personal de estas mismas normas.

Es considerada como una formulación técnica debido a su contenido, el cual mediante una valoración de justicia y mediante un proceso formal de creación es diri-

(84) VILORO TORANZO, Miguel. *Introducción...* Op. Cit. Pág. 313.

ge a regular situaciones jurídicas en un momento histórico determinado.

De lo dicho anteriormente se puede afirmar que en la norma jurídica se encuentran las siguientes características:

A.- Una serie de datos.- Los cuales son proporcionados por la realidad, y que pueden ser hechos y actos que por su importancia social requieren una regulación que permite darles seguridad y certeza.

B.- Valoración de Justicia.- Esos datos dados por la realidad histórica adquieren mediante una valoración de los miembros de un grupo social la importancia necesaria para la convivencia, impregnádoles de consideraciones de equidad o justicia.

C.- Soluciones.- Las soluciones dadas a estos problemas deben necesariamente estar de acuerdo con el de la razón que motiva esa valoración de justicia, que indudablemente pueden variar de una sociedad a otra.

D.- Lenguaje Técnico.- Tanto los datos reales de la sociedad como la consideración valorativa dirigida a ellos mismos, así como las soluciones, requieren armonizarse mediante una terminología que sea propiamente jurídica.

El sistema jurídico considerado como un cuerpo coherente de normas y en el cual se encuentra determinado por las influencias e inquietudes del sentir social da como resultado la diferencia entre un orden y otro, sin embargo, podemos afirmar que todas tienden a organizar la convivencia de los hombres, quizás en la forma sean diversos, pero materialmente son similares.

"El o los fines que se propagan de los diversos sistemas jurídicos pueden ser antagónicos, pero siempre consistirán en la organización de la convivencia humana de acuerdo con valores. Si comparamos dos sistemas jurídicos cuyas escalas de valor sean divergentes, cada uno pretenderá organizar la convivencia humana en distintas formas y los fines de cada sistema serán específicamente antagónicos a los del otro, pero generalmente serán similares." (85)

El mismo autor al considerar los fines que se pretenden alcanzar por medio de las normas jurídicas, encuentra que en ella existe una misma relación, sentimos que esa misma relación a la que se refiere son los anhelos de convivencia de los miembros sociales, los cuales tienen fines colectivos determinados.

"La actividad mental del legislador y la del súbdito que conoce la ley desbordan los límites rígidos de la norma y se combinan con las aprensiones, los anhelos, las instituciones de valor con las herencias culturales y las deformaciones psíquicas propias de cada individuo que crea o que conoce la norma... Las normas, como elementos de este sistema, contienen una misma relación Determinación de los medios para alcanzar uno o varios fines generalmente determinados." (86)

(85) ABARCA, Ricardo L. "Análisis de la Norma Jurídica." *Revista el Foro, Organismo de la Barra Mexicana*, Año 1963. 4a. Época, número 41. Pág. 53-70.

(86) IDEM.

CAPITULO IV.

ANALISIS ESTRUCTURAL DE LA NORMA JURIDICA.

SUMARIO: 1.- Estructura Lógica-Formal de la Norma Jurídica; A).- El Silogismo Jurídico; B).- Explicación de los elementos que integran la norma jurídica en el plano Lógico-Formal; C).- El sujeto de derecho; D).- El supuesto jurídico; E).- La relación jurídica; F).- El objeto jurídico; G).- El derecho subjetivo; H).- El deber jurídico; I).- La sanción; 2.- Estructura Real de la Norma Jurídica; A).- Elementos que integran la norma jurídica en el plano real; B).- La persona jurídica; C).- La Sociedad; D).- La Autoridad; E).- La coacción; F).- Los Hechos y Actos jurídicos; 3.- Contenido de la norma jurídica en el plano axiológico; A).- El bien común; B).- La justicia; C).- La seguridad jurídica.

1.- ESTRUCTURA LOGICO-FORMAL DE LA NORMA JURIDICA.

Determinar la estructura lógica de la norma jurídica ha sido un problema que le ha correspondido determinar a la teoría jurídica, ya que las variadas expresiones que el derecho manifiesta se dan por medio de ésta.

Para poder llegar a determinar la composición lógica que guarda la norma jurídica se hace necesario partir que la naturaleza y la sociedad se presentan en el hombre como dos objetos diferentes con leyes explicativas que les son propias, así la naturaleza se identifica como un orden o sistema de elementos que se encuentran relacionados los unos con los otros, mediante un principio causal (causa-efecto) al cual ya nos referimos al principio del presente capítulo.

La sociedad por el contrario, en el carácter de fenómeno social busca regular la conducta de los hombres mediante la formulación de reglas de derecho que establecen deberes.

La norma jurídica se caracteriza en su estructura lógica-formal, por la relación que guarda entre dos hechos; es decir, la regla de comportamiento que exige señala determinadas obligaciones al actualizarse las condiciones en ella contenidas y mediante un principio de imputación puede ser referida una sanción a un sujeto determinado en caso de que no de cumplimiento a dichos deberes (obligaciones).

En el conocimiento jurídico debemos partir de ese principio de imputación por medio del cual se relacionan dos ideas ya que la norma jurídica en cuanto a su estructura lógica busca conectar un concepto o idea antecedente y otro concepto o idea consecuente; el carácter de esa idea antecedente es un supuesto que puede o no

realizarse produciendo determinadas consecuencias que se traducen en deberes y obligaciones que pueden ser referidas a un sujeto, pues es el resultado de su conducta y de la cual puede ser responsable.

Por último la representación de los principios de causalidad de las leyes físicas y el de imputación que guarda el derecho puede ser representados por las siguientes formulaciones:

En las leyes físicas será:

Si A es, será B.

En esta representación se enuncia la regularidad y certeza de que un fenómeno a la actualización de la causa que le da origen producen en una misma regularidad de casos las mismas consecuencias, las cuales serán iguales en todo tiempo y lugar.

En las normas jurídicas será:

Si A es, debe ser B.

En esta fórmula lo que se expresa es una relación lógica entre ideas, A representa un supuesto y B una consecuencia; deberes y obligaciones.

*...la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión 'debe ser' está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso co-

mo en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza."⁽⁸⁷⁾

A).- El Silogismo Jurídico.

El razonamiento mediante el cual debe determinarse la individualización de la norma jurídica a un sujeto determinado debe realizarse de forma silogística. El silogismo "es un raciocinio en donde las premisas enlazan dos términos con un tercero, y la conclusión expresa la relación de esos dos términos entre sí."⁽⁸⁸⁾

La premisa mayor en el pensamiento jurídico se encuentra determinada por el contenido de una norma genérica; mientras que la premisa menor enuncia un juicio que determina realizado el supuesto contenido en ella, y por último la conclusión se dirige a la imputación de las consecuencias de derecho a los sujetos implicados.

Para poder dar un ejemplo de lo anteriormente dicho podemos citar el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal.

Premisa Mayor: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro."

Premisa Menor: X ha privado de la vida a Y.

Esta premisa determina la realización del supuesto contenido en la norma, ya que se determina la actividad de un sujeto el cual priva de la vida a otro.

(87) KELSEN, Hans. Teoría Pura... Op. Cit. Pág. 68.

(88) GUTIERREZ SAENZ, Raúl. Op. Cit. Pág. 187.

CONCLUSION: El sujeto X ha cometido el delito de homicidio por haber asesinado a Y, por lo tanto se le imputará determinadas consecuencias - las cuales serán la sanción.

B).- Explicación de los Elementos que integran la Norma Jurídica en el Plano Lógico-Formal.

El análisis estructural de la norma jurídica desde el plano lógico-formal es el de un juicio hipotético el cual puede enlazar dos ideas, las cuales mediante un razonamiento silogístico pueden como se ha mencionado anteriormente individualizarse las consecuencias jurídicas en la norma contenidas, sin embargo, toda norma jurídica en este plano tiene necesariamente determinados elementos que determinan la forma a través de la cual los preceptos de derecho se manifiestan en la vida jurídica.

Estos elementos pueden ser considerados como conceptos jurídicos fundamentales de carácter formal, por ser conceptos cuya significación permite estructurar un orden jurídico cualquiera, sin ellos no podríamos siquiera concebir la existencia de un orden determinado, pues el mismo carecería de elementos que permitan su manifestación.

Los elementos formales son el supuesto, la relación jurídica, el objeto, el derecho subjetivo, el deber jurídico y la sanción.

Toda norma jurídica se refiere a ellos como las formas mediante las cuales se puede llegar a un entendimiento jurídico, ya que siempre han estado de alguna forma implícitas en todo ordenamiento jurídico.

ESTA TESIS NO DEBE
SER DE LA BIBLIOTECA

"... son verdaderas categorías jurídicas sin las cuales no es posible pensar en las normas de derecho ni en un ordenamiento jurídico. Representan así para el pensamiento jurídico, lo que las categorías del entendimiento para el pensamiento en general." (89)

La estructura lógico-formal siempre se manifestará concretamente mediante estos conceptos, los cuales permiten esencialmente la integración de los dos juicios contenidos en la norma jurídica.

C).- El Sujeto de Derecho.

Las normas jurídicas al dirigirse a regular la conducta externa de los miembros de una sociedad, hace necesario que el destinatario de los preceptos de derecho sea el hombre quién es responsable de sus actos, el sujeto de derecho viene a ser el titular lógico del contenido jurídico de las disposiciones de derecho.

La consideración del hombre como sujeto de derecho se realiza por estar estimado como elemento esencial de las normas jurídicas, pues el derecho mismo se dirige a él que actúa y tiene diversas relaciones con sus semejantes, lo cual determina también las diversas clases de sujetos.

"Cabe distinguir el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación, es decir, el titular de la facultad o derecho subjetivo, y el titular de la obligación o deber jurídico." (90)

D).- El Supuesto Jurídico.

(89) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 120.

(90) *Ibidem.* Pág. 121.

Las normas jurídicas suponen hechos o actos posibles de cuya realización se desprenden determinadas consecuencias que pueden ser derechos y obligaciones; las hipótesis contenidas en las normas jurídicas se les denomina supuesto.

Los hechos y actos jurídicos a los cuales las disposiciones de derecho se refieren, y se encuentran en ellas contenidas en abstracto, en un estado virtual los cuales pueden al realizarse modificar la realidad de quien los actualiza.

García Maynez considera respecto al supuesto jurídico que "este último es, por su índole, la enunciación de algo posible que, al convertirse en realidad, provoca consecuencias de derecho."⁽⁹¹⁾

De lo dicho anteriormente se hace preciso distinguir entre el supuesto normativo y el hecho jurídico. El supuesto es generalmente definido como un hecho que al realizarse produce consecuencias de derecho, el hecho por su parte es cualquier transformación de la realidad, por lo cual, debemos entender al supuesto de derecho como la hipótesis contenida en la norma y el hecho jurídico como aquellos que realizan los supuestos normativos.

La relación que existe entre el supuesto jurídico y la realización efectiva del mismo es de carácter contingente, ya que puede o no realizarse, esto es al contrario de lo que sucede en la relación entre el supuesto jurídico y la producción de consecuencias jurídicas, ya que en este caso la relación es necesaria, ahora bien, la relación entre las consecuencias de derecho y su realización efectiva es contingente

(91) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción...Op. Cit., Pág. 316.

ya que el sujeto pasivo puede o no cumplir su obligación (aunque existan medios determinados para forzarlo al cumplimiento). Las relaciones contingentes y necesarias que se dan en la estructura lógica de la norma jurídica puede ser representada de la siguiente forma:

ENLACE JURIDICO NORMATIVO.

SUPUESTO	DEBER JURIDICO	CUMPLIMIENTO
o REALIZACION		(HECHO B)
HIPOTESIS. DEL SUPUESTO		
(HECHO A)	DERECHO SUBJETIVO	EJERCICIO
		(HECHO C)
I. RELACION	II. RELACION	III. RELACION
CONTINGENTE.	NECESARIA.	CONTINGENTE.

Los supuestos jurídicos pueden ser simples o complejos, esto depende del número de hipótesis que contengan, ya que los supuestos simples contienen una sola hipótesis y los supuestos complejos se integran de dos o más hipótesis contenidas en la norma. Como ejemplo de una norma jurídica con supuesto simple se encuentra el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal relativo al homicidio, y una norma con supuestos complejos está en el artículo 315 del mismo ordenamiento, el cual también se refiere al delito de homicidio y de lesiones calificadas y cuyos supuestos se encuentran integrados por la premeditación, ventaja, alevosía y traición.

Por último se puede decir que el supuesto jurídico puede también contener hechos de la naturaleza, hechos del hombre y actos jurídicos rigiendo conductas fut-

ras previstas en la norma y enlazando determinadas consecuencias si se realizan, estas consecuencias pueden ser el nacimiento, la modificación o extinción de relaciones jurídicas.

E) - La Relación Jurídica.

La relación jurídica es el resultado del enlace que causa la reunión del hecho jurídico y el supuesto normativo, en razón de este hecho la realidad en su parte contemplada jurídicamente adquiere una calificación valorativa y con ella puede producir consecuencias de derecho, que se manifiestan como un vínculo que entrelaza coactivamente la conducta de una o varias personas a las que se les denomina deudores o sujetos pasivos, frente a una o varias personas llamadas acreedores, los cuales se encuentran facultados por la norma jurídica para en caso de que sea necesario el cumplimiento de la obligación contraída sea exigida, lo cual presenta el dato imperativo-atributivo que guarda el derecho en sus preceptos.

"Constituye una axioma en el Derecho, el de que la relación jurídica se establece siempre entre sujetos, de tal suerte que no puede haber relaciones jurídicas entre personas y cosas. Las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos son el contenido de todos los derechos subjetivos — públicos y privados." (92)

La relación jurídica tiene en cuanto a su estructura determinados elementos, los cuales son los sujetos de derecho, deudor y acreedor, necesariamente tiene un objeto, y por último un vínculo obligatorio que se traduce en una prestación.

(92) RUIJINA VILLEGAS, Rafael. Los Conceptos Jurídicos Fundamentales. Talleres de El Nacional México, 1943. Pág. 468.

La relación jurídica puede ser definida como el:

"...vínculo de derecho que existe entre dos sujetos de los cuales uno -- de ellos (el acreedor) está facultado para exigir coactivamente del otro sujeto (el deudor) una determinada prestación." (93)

F).- El Objeto Jurídico.

Toda relación jurídica, precisa mediante el vínculo que crea, la determinación entre los sujetos que intervienen la existencia de facultades y deberes, lo que se llama objeto jurídico es lo que intercala entre estos dos sujetos, lo cual se traduce en una cosa, un servicio, un acto, que determine la obligación de un sujeto y el derecho de otro, de tal forma que a ambos les determina su proceder.

"El objeto o materia de la relación jurídica sobre el cual convergen el -- proceder del sujeto activo y la obligación del sujeto pasivo, está constituido -- por actos humanos (prestaciones, servicios) y por las cosas incluso las inma -- teriales." (94)

Desde el punto de vista del acreedor el objeto de la relación jurídica se traduce en una facultad o crédito, desde el punto de vista del deudor es un deber llamado deuda.

El objeto de la relación jurídica debe ser posible, lícito, determinado o determinable, el objeto es posible cuando su realización es compatible con las leyes --

(93) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 206.

(94) BADENES GASSET, Ramón. *Conceptos Fundamentales del Derecho*. Cuarta Edición, Boxareu, - Barcelona, 1980. Pág. 36

de la naturaleza o con las normas jurídicas que deben regularlo. Asimismo el objeto debe ser lícito y no contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

G).- El Derecho Subjetivo.

Se ha dicho que la relación jurídica tiene dos elementos de acuerdo con la naturaleza de los sujetos que participan en ella, por un lado el sujeto pasivo será aquel que debe realizar determinada conducta, mientras que el sujeto activo se dice que se encuentra facultado por la misma norma para exigir en todo caso el cumplimiento de un deber por parte del deudor.

Son diversas las acepciones que se le han dado al derecho subjetivo y en muchas ocasiones se identifican unas y otras como sinónimos, no obstante lo anterior, existen juristas que han tratado de definir lo que el derecho subjetivo sea:

"La situación en que decimos que se da un derecho subjetivo de alguien. También se suele calificar utilizando otras expresiones como libertad, permiso, licencia, atribución, privilegio, facultad, poder, posibilidad, garantía, etc. Estos términos son sinónimos parciales de derecho, (en sentido subjetivo)...⁽⁹⁵⁾"

El derecho postula un dato de bilateralidad, esto es, que la relación entre dos o más sujetos produce consecuencias de derecho, la norma jurídica postula deberes a cargo de una o varias personas frente a otra u otras que pretenden mediante un reconocimiento normativo que los propios preceptos jurídicos les concedan exigir válidamente a aquellos un determinado proceder, de este modo. "El derecho subjetivo

(95) NINO, Carlos Santiago. Notas de Introducción al Derecho. Astrea de Rodolfo de Palma y Hermanos. Buenos Aires. 1973. Págs. 67-68.

es el conjunto de facultades o prerrogativas que corresponden a una persona determinada, de acuerdo con el ordenamiento jurídico."⁽⁹⁶⁾

De este modo considerado el derecho subjetivo es una suma de facultades, las cuales pueden ser ejercidas dentro de un ámbito de libertad establecido por la norma de derecho objetivo, esto quiere decir que el derecho subjetivo no se refiere a una actividad efectiva, sino a la posibilidad de realizarla, y cuyo ejercicio encuentra su garantía en la norma jurídica.

No obstante lo anterior, y de acuerdo al iusnaturalismo tradicional se considera al derecho subjetivo como independiente de lo establecido por el derecho objetivo, pues lo concibe como algo innato al hombre, el cual los tiene por el solo hecho de serlo, y que existen aun si se aboliera la regulación social mediante el derecho objetivo.⁽⁹⁷⁾

Los autores están de acuerdo en estimar al derecho subjetivo como una facultad, pero existen diferencias al tratar de establecer en que consiste esa facultad de actuar. Algunos autores que opinan sobre el tema son: Windscheid, Jhering, Jellinek y Kelsen.

BERNARDO WINDSCHEID.- Este autor define al derecho subjetivo diciendo que "es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico."⁽⁹⁸⁾ Es el poder o facultad que un sujeto tiene de querer lo que le interesa.

⁽⁹⁶⁾ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 26.

⁽⁹⁷⁾ NINO, Carlos Santiago. *Op. Cit.* Pág. 26.

⁽⁹⁸⁾ GARCIA MAYNEZ EDUARDO.- Introducción... *Op. Cit.* Citando a Windscheid. *Diritto delle Pandette.* Trad. Fadda e Bensa. Torino. 1926. Pág. 108.

Esta teoría es criticada diciendo que la potestad de querer es una facultad natural que no puede ser otorgada por el orden jurídico, además de que el autor olvida que en algunos casos el titular del derecho no desea ejercerlo o bien desconoce la existencia de él, y sin embargo, el derecho correspondiente existe como es el caso de los menores y de los incapacitados, los cuales carecen de voluntad consciente y tienen derechos subjetivos que no dependen de la voluntad por ser irrenunciables.

RODOLFO JHERING.- Autor que formula una teoría del derecho subjetivo definiéndolo como "un interés jurídicamente protegido."⁽⁹⁹⁾

El mérito que se encuentra en esta definición, es que establece que el orden jurídico protege intereses y que el derecho subjetivo tiene dos elementos; un elemento formal que es la protección y un dato sustancial que es el interés.

Esta teoría no obstante, es criticada diciendo que el interés no es un dato esencial del derecho subjetivo, pues puede faltar este sin que esto impida que los preceptos jurídicos garanticen su ejercicio.

JORGE JELLINEK.- Es considerado como partidario de la tesis ecléctica, ya que define al derecho subjetivo "diciendo que es 'un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual'."⁽¹⁰⁰⁾

(99) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción... Op. Cit. Pág. 189.

(100) Ibidem. Pág. 191.

Definición que es criticada al decirse que es una combinación de las teorías de Wenscheid y Jhering y las críticas dirigidas a estos autores valen también para Jellinek, pues su error es pensar que la síntesis de las anteriores teorías puedan arrojar una verdadera y definitiva.

HANS KELSEN.- Su método lo lleva a estudiar al derecho subjetivo, bajo un criterio normativo y formal haciendo desaparecer todos los elementos psicológicos que puedan corresponder en él.

Kelsen considera que las teorías antes dichas tienen el error de estimar al derecho subjetivo como algo esencialmente opuesto al derecho objetivo, ya que en esas teorías se preocupan por justificar lo que protege o se reconoce, tomando en cuenta el elemento substancial. Olvidando el elemento formal que para Kelsen es el único jurídicamente relevante.

Kelsen en su teoría pura del derecho reconoce que "este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por éste." (101)

De acuerdo al formalismo seguido por este autor estima al derecho subjetivo y al derecho objetivo como partícipes de la misma naturaleza, el derecho subjetivo es solo un aspecto del objetivo y lo explica diciendo que hay derecho subjetivo cuando por las condiciones de la sanción de la norma, figura una manifestación de voluntad, querrela,

(101) KELSEN, Hans. Teoría Pura Op. Cit. Pág. 122.

o acción judicial emanada del sujeto lesionado en sus intereses por un acto lícito, sólo cuando la norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses crea un derecho subjetivo a su favor. (102)

La crítica que se ha dirigido a esta teoría es en el sentido de que Kelsen identificó las nociones de derecho objetivo y las del derecho subjetivo, al afirmar que el derecho en sus aspectos objetivo y subjetivo son lo mismo, esto equivale a decir que la norma jurídica y la facultad son lo mismo, además que el hecho de que todo derecho se derive de una norma no demuestran que sean lo mismo.

BADENES GASSET.- Autor que conciliando lo antes dicho define al derecho subjetivo como:

"...la facultad de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y de exigir a los demás, por medio coactivo, en la medida de lo posible, el cumplimiento correspondiente, otorgado por el ordenamiento jurídico a un sujeto de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación para la satisfacción de sus fines e intereses..." (103)

Los derechos subjetivos pueden ser clasificados:

PUBLICOS Y PRIVADOS.- Esto depende si pueden ser ejercidos frente al Estado o bien frente a los particulares.

ORIGINARIOS Y DERIVADOS.- Los derechos subjetivos originarios son aque-

(102) KELSEN, Hans. *Teoría Pura...* Op. Cit. Pág. 122.

(103) BADENES GASSET, Ramón. Op. Cit. Págs. 36-37.

los cuyo nacimiento no deriva de la voluntad del titular. Los derivados son los que tienen su origen en algún acto jurídico (como un contrato o un testamento).

TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES.- Los derechos subjetivos transmisibles se pueden ejemplificar mediante los derechos patrimoniales, mientras que un ejemplo de los intransmisibles será el relativo a la capacidad de goce que toda persona tiene por el solo hecho de serlo.

ABSOLUTOS Y RELATIVOS.- Los derechos subjetivos absolutos son aquellos que pueden hacerse valer frente a todos los individuos como son los que se refieren a la capacidad de los individuos o derechos familiares. Son derechos subjetivos relativos aquellos en que existe un deber correlativo de alguna persona específicamente obligada (derecho de crédito u obligación).

H).- El Deber Jurídico.

La noción del deber jurídico es correlativa al derecho subjetivo. "El deber jurídico consiste en la necesidad de ajustar el libre arbitrio de cada uno a la regla jurídica." (104) El hombre puede por ejercicio de su voluntad proceder en la forma que quiera adaptando con esto una conducta u otra, sin embargo, cuando se encuentra frente a una norma jurídica tiene la necesidad de optar por la conducta en ella prescrita.

Para Kelsen el deber jurídico no es otra cosa que la norma jurídica considerada

(104) GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 29.

desde el punto de vista de la conducta, la cual es dirigida a un individuo determinado y lo explica diciendo que:

"Es la norma en su relación con el individuo el cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, — pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción del deber moral." (105)

En el pensamiento lógico formal de Kelsen el individuo se encuentra jurídicamente obligado a seguir una conducta determinada en la medida que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto coactivo llamado sanción. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico.

El maestro García Máynez define el deber jurídico diciendo que es "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa." (106)

El deber jurídico se distingue del concepto de obligación debido a que el primero se refiere a una necesidad general y abstracta, sin especificar indicación de un individuo determinado de acatar lo dispuesto en la norma jurídica. La obligación en cambio es la denominación específica de un deber a cargo de sujetos determinados, frente a uno u otros sujetos también determinados de realizar un cierto comportamiento, que puede ser positivo o negativo, mediante un vínculo establecido entre ambos.

(105) KELSEN, Hans. *Teoría Pura... Op. Cit.* Pág. 121.

(106) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción... Op. Cit.* Pág. 268.

1).- La Sanción.

Las normas jurídicas enlazan determinadas consecuencias al incumplimiento de deberes impuestos, la sanción es una consecuencia jurídica por lo cual puede ser definida como una consecuencia jurídica que por el incumplimiento de un deber produce una relación con el obligado. (107)

Los preceptos de derecho tienen una regla de conducta imperativamente formulada, la cual debe ser acatada por los destinatarios de ella. La sanción se incluye en la norma jurídica como un elemento a través del cual se garantiza directa o indirectamente el cumplimiento de la regla contenida en el precepto.

Las sanciones pueden ser clasificadas atendiendo a la finalidad que persiguen y la relación que existe entre la conducta ordenada por la norma infringida y la conducta que constituye el contenido de la sanción, por lo que pueden ser de coincidencia o de no coincidencia.

Generalmente las sanciones se traducen en deberes que a consecuencia de un incumplimiento se imponen a un sujeto sancionado.

SANCIONES DE COINCIDENCIA.- Son aquellas que se dan cuando el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante en la cual se habla de un cumplimiento forzoso, el cual es muy frecuente en el derecho privado y

(107) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción... Op. Cit. Pág. 295.

consiste en exigir oficialmente la observancia de la norma incumplida, apercibiendo al sancionado que en caso de incumplimiento se aplicará la sanción de modo coactivo.

Es conveniente apuntar la diferencia existente entre sanción y coacción, la sanción es consecuencia normativa de carácter normativo; la coacción es la aplicación forzada de la sanción. (108)

Es la coincidencia entre el deber primario y el deber establecido en la sanción el que determina el cumplimiento forzado, ya que la sanción en estos casos viene a asegurar el cumplimiento del deber no realizado.

SANCIONES DE NO COINCIDENCIA.- Hay ocasiones en que la coincidencia de la conducta obligatoria como contenido de la sanción y la conducta prescrita en un deber primario no puede ser exigida de manera coactiva, no obstante puede ser exigida mediante una prestación equivalente a la que se dejó de realizar, la sanción en este caso tiene por objeto asegurar al sujeto que ha sido víctima de un acto ilícito, una indemnización por daños y perjuicios sufridos.

En otros casos es tan grave la inobservancia del deber que puede amenazar la armonía de la sociedad que la indemnización resulta insuficiente, en estos casos no se trata de corregir el daño que puede ser irreparable, sino el imponer al trasgresor una pena, por lo cual se encuentra además del cumplimiento forzoso y de la indemnización, la figura del castigo.

(108) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción...* Op. Cit. Pág. 298.

El castigo como sanción no se refiere únicamente a la sanción penal sino:

"...a todas aquellas sanciones cuya finalidad no estriba en lograr coactivamente el cumplimiento de un deber jurídico, ni en conseguir determinadas prestaciones económicas equivalentes a los daños y perjuicios derivados del acto violatorio (por ejemplo las diversas formas de nulidad; el derecho concedido a los contratantes de rescindir un negocio jurídico bilateral, cuando la otra parte se niega a cumplir; la multa, etc.)." (109)

El cumplimiento forzoso, la indemnización, y el castigo son sanciones en su forma simple, las cuales pueden ser resumidas en el siguiente cuadro sinóptico.

	COINCIDENCIA:	CUMPLIMIENTO FORZOSO.	(SU FIN CONSISTE EN OBTENER COACTIVAMENTE LA OBSERVANCIA DE LA NORMA INFRINGIDA).
		I.- INDEMNIZACION:	(TIENE COMO FIN OBTENER DEL SANCIONADO UNA PRESTACION ECONOMICA Y EQUIATIVAMENTE AL DEBER PRIMARIO).
RELACIONES ENTRE EL DEBER JURIDICO PRIMARIO Y EL CONSTITUTIVO DE LA SANCION.	NO COINCIDENCIA.	II.- CASTIGO:	(SU NECESIDAD INMEDIATA ES AFLICTIVA. NO PERSIGUE EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER JURIDICO PRIMARIO, NI LA OBTENCION DE PRESTACIONES EQUIVALENTES).

Existen sanciones que resultan de la combinación o suma de las formas simples, a éstas se les da el nombre de sanciones mixtas o complejas, y que pueden ser representadas de la siguiente forma:

(109) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción... Op. Cit. Pág. 302.

- 1.- CUMPLIMIENTO + INDEMNIZACION.
- 2.- CUMPLIMIENTO + CASTIGO.
- 3.- INDEMNIZACION + CASTIGO.
- 4.- CUMPLIMIENTO + INDEMNIZACION + CASTIGO.

EJEMPLOS

1.- CUMPLIMIENTO + INDEMNIZACION.- Puede ser el caso de un despido injustificado, en el que se demanda la reinstalación y el pago de salarios caídos como indemnización, dichas prestaciones se obtendrán en el caso de que el patrón no acredite la justificación del despido (artículo 121 de la Ley Federal del Trabajo).

2.- CUMPLIMIENTO + CASTIGO.- En este caso puede ocurrir en el establecimiento de una pena convencional para el caso de incumplimiento por alguna de las partes contratantes de un acto jurídico. (artículo 1840 del Código Civil para el Distrito Federal).

3.- INDEMNIZACION + CASTIGO.- En el caso del delito de robo produce la obligación de reparar el daño causado restituyendo la cosa robada, además de que el sujeto activo se hace acreedor a una sanción (artículo 380 del Código Penal para el Distrito Federal).

4.- CUMPLIMIENTO + INDEMNIZACION + CASTIGO.- En el caso de un trabajador al cual no le ha sido pagado su salario en la fecha y lugar convenidos, lo cual da lugar a la rescisión del contrato de trabajo, además de la obligación del patrón al pago de lo adeudado y el de una indemnización (artículos 123 y 124 de la Ley Federal del Trabajo).

2.- ESTRUCTURA REAL DE LA NORMA JURIDICA.

Se ha dicho que las normas expresan un deber, el cual es conocido por el entendimiento humano, esto al existir relaciones necesarias entre los seres fundadas en la naturaleza de los mismos. Estas relaciones cuando son expresadas en forma enunciativa se les llama leyes naturales (físicas, químicas, biológicas), y que los juicios o fórmulas imperativas fundadas en leyes lógicas se les da el nombre de reglas. Asimismo, el que las normas expresen en forma imperativa una relación de necesidad moral la cual es conocida por el entendimiento humano, se traduce en un exigencia racional de la voluntad se le llama deber.

Así en opinión del maestro Preciado Hernández el derecho se dirige a conseguir el perfeccionamiento social, el bien común mediante un orden en base a la justicia. "Relacionando estas dos afirmaciones, podemos concluir que la naturaleza real de la norma jurídica es el deber de justicia." (110)

La justicia es un valor, que supone una relación entre dos o más personas, las cuales se encuentran relacionadas mediante un objeto, que adquiere carácter de medida de la relación, la relación entre los sujetos se da por un vínculo que será una facultad de hacer algo para uno de los sujetos, mientras que para el otro es un deber que tiene por objeto no impedir el ejercicio del derecho de aquél.

"Si a la pretensión la llamamos derecho subjetivo y a la obligación deber jurídico, podemos afirmar que estos dos conceptos son correlativos, en virtud de la relación de bilateralidad que implica la justicia." (111)

(110) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 110.

(111) Idem.

A).- Elementos que integran la Norma Jurídica en el Plano Real.

Los elementos que integran la norma jurídica en el plano real también son conceptos jurídicos fundamentales de carácter material, esto para distinguirlos de los de carácter lógico formal que determinan las formas en que los preceptos de derechos se manifiestan.

Los conceptos jurídicos fundamentales de carácter material, son elementos reales que determinan el contenido permanente de las normas jurídicas. ⁽¹¹²⁾Estos datos reales pueden ser reducidos en los siguientes: Persona jurídica, sociedad, autoridad, coacción y los hechos y actos jurídicos. Todos ellos son elementos que se encuentran integrados en las normas jurídicas al igual que los formales, además de ser considerados igualmente como necesarios y permanentes.

B).- La Persona Jurídica.

La persona se puede decir, es el dato real de la norma jurídica que corresponde al elemento formal llamado sujeto de derecho, el vocablo persona se refiere al ser humano, el cual dotado de libertad, es capaz de realizar una conducta dirigida a determinados fines, por lo cual puede colocarse como sujeto de derecho, ya sea activo o pasivo de relaciones jurídicas.

*En la antigüedad griega la palabra *personon* aparece ya en los textos clásicos de Platón, Aristóteles y los Estoicos. De estos últimos pasó a los -

(112) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 124.

romanos y al lenguaje de la jurisprudencia (Cicerón). Este concepto comprendía no sólo el significado original de máscara, sino que se extendía al papel que alguien desempeñaba en la vida, las características que poseía y la dignidad que le correspondía." (113)

El papel que desempeña una persona en sociedad se caracteriza por su capacidad de actuar dentro del derecho, adquiriendo la calidad de sujeto de relaciones jurídicas que realiza como sujeto de derechos y obligaciones en la medida de los actos jurídicos que quiera realizar).

La persona en el derecho puede ser Individual y colectiva:

A). **PERSONA INDIVIDUAL.**- Es aquella que se le conoce como persona física, se encuentra constituida por el ser humano en sus dos géneros, masculino y femenino, y estimados como sujetos de derechos y obligaciones.

B). **PERSONA COLECTIVA.**- Existen ciertos fines que el hombre no puede realizar aisladamente, por lo cual se ve en la necesidad de combinar esfuerzos y recursos con otros hombres para lograr esos fines, el derecho mediante una ficción unifica y coordina esos esfuerzos y así atribuye también calidad de sujetos de relaciones jurídicas a esos grupos organizados.

Para Kelsen no existe diferencia entre estos dos tipos de personas debido a que la teoría pura del derecho las considera la personificación del orden jurídico, para este autor no es el hombre, ya que éste es una noción biológica, fisiológica y psicológica.

(113) CARRILLO PRIETO, Ignacio. *Conceptos Dominantes y Teoría del Derecho*. U.N.A.M. México. 1979. Pág- 33.

De este modo la ciencia jurídica denomina al concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresando únicamente una pluralidad de deberes, responsabilidades, y de derechos subjetivos. La persona física y la persona jurídica carecen de existencia real o material ya que solo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa⁽¹¹⁴⁾

C).- La Sociedad.

Toda sociedad tiene un grupo de individuos que en el carácter de miembros de la misma se encuentran sometidos a un mismo orden jurídico, por lo que la norma jurídica se dirige a una sociedad como medio para una regulación externa de los actos de sus miembros.

El hombre tiene una dimensión social que le permite buscar una armonía en sus relaciones con sus semejantes. Lo anterior sugiere una idea de organización colectiva, dando lugar al principio de Ubi Jus, ibi Societas; Ubi Societas Ibi Jus. (Donde hay derecho hay sociedad, donde hay sociedad hay derecho).

La convivencia dentro del grupo social se caracteriza por la reunión de esfuerzos para el logro de fines comunes, además de que se hace necesario un grupo reducido de personas, las cuales se encargan de coordinar el esfuerzo del grupo con miras a ese fin común, esa función de coordinar o de dirigir se debe traducir en una actividad de servicio, este grupo son los gobernantes quienes en base a esto justifican cuando es necesario el uso de la imposición para el bien de todo el grupo. Por el contrario los

(114) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Cit. Págs. 125-129

governados son los restantes miembros de los cuales se reparte determinadas tareas y funciones armonizadas socialmente.

"Así comprendida la sociedad, como una unidad institucional con un fin específico, reúne los caracteres propios de una persona jurídica, y por esto se le reputa la sociedad jurídica colectiva por excelencia." (115)

D).- La Autoridad.

El grupo de gobernantes que coordina la actividad de los miembros de un grupo social, se encuentra revestida de un poder de mando, el cual mediante la capacidad de dirección y mando elige y aplica los medios adecuados para la consecución de fines.

La esencia de la autoridad se encuentra justificada en ese poder de dirección que junto a una determinada dominación, faculta a ésta a obligar a los demás miembros, incluso por medios coercitivos.

La norma jurídica postula la existencia de una autoridad que tiene la capacidad de dirigir y una función coercitiva para conservar el orden social establecido.

E).- La Coacción.

La coacción es un dato real en la norma jurídica debido a que en el caso de desobediencia a los preceptos jurídicos, éstos se pueden imponer a la actividad del

(115) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 129.

renuente coactivamente por parte del Estado, el cual se encuentra legitimado para mantener el orden social, la coerción es una sanción que se encuentra prevista en la norma jurídica organizada y aplicada por la autoridad pública.

F).- Los Hechos y Actos Jurídicos.

Dentro del contenido permanente, que guardan las normas jurídicas se encuentran los hechos y los actos jurídicos que producen efectos jurídicos de acuerdo a su propia naturaleza.

Los hechos y los actos jurídicos de acuerdo a la teoría francesa se clasifican en la siguiente forma:

	ACTOS JURIDICOS	UNILATERALES.	CONTRATOS.
		BILATERALES.	CONVENIOS.
HECHOS JURIDICOS (LATO SENSU).	HECHOS JURIDICOS.	HECHOS FISICOS.	CUASI CONTRATO.
		HECHOS JURIDICOS (SENTIDO ESTRICTO)	DELITOS.
			CUASIDELITOS:

EL HECHO JURIDICO.- Se ha dicho anteriormente que la fórmula que expresa la norma jurídica es abstracta por contener dos juicios lógicos, y que para que ésta sea aplicable a casos particulares y concretos, se necesita que éstos se encuentren previstos en la norma jurídica.

La norma jurídica al componerse de estos dos elementos, hipótesis o supuesto, y una disposición o consecuencia normativa, permite al realizarse aquella situación prevista como hipótesis, la aplicación del segundo elemento en ella contenido; es decir, aquello que la misma dispone como consecuencia de la realización del hecho supuesto.

Además si se analiza lo que ocurre en la vida práctica en relación con el orden jurídico, veremos que dentro del variado complejo de fenómenos naturales y de conductas humanas que se realizan en su interior, se atribuyen determinadas consecuencias jurídicas sólo a una parte de ellos, mientras que permanece indiferente frente a otros que no alcanzan a producir efectos jurídicos.

La consideración de un hecho jurídico como tal, radica en que la juridicidad, ajuricidad o antijuricidad, le viene atribuida al hecho por el ordenamiento jurídico por considerarlo que posee relevancia tal, que afecta el orden de las relaciones sociales de manera importante y por lo mismo lo instituye como supuesto normativo de una prescripción jurídica, que en caso de actualización se le atribuyen determinadas consecuencias de derecho.⁽¹¹⁶⁾

Por lo dicho hasta aquí se puede afirmar que el hecho jurídico debe ser considerado como la conditio sine qua non o presupuesto lógico jurídico para que se produzcan las consecuencias del derecho.

El maestro Galindo Garfias define al hecho jurídico diciendo que:

(116) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 206.

"En sentido amplio, el hecho jurídico es todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico tomó en consideración para atribuirle consecuencias de -- Derecho." (117)

Los hechos jurídicos se dividen en dos grandes categorías:

HECHOS JURIDICOS (SENTIDO ESTRICTO).- Son aquellos fenómenos de la naturaleza, que producen efectos de derecho, independientemente de la voluntad del hombre, por ejemplo el nacimiento de una persona.

También son hechos jurídicos aquellos en los que interviene la conducta humana, pero los efectos de derecho se producen independientemente y en ocasiones contra la voluntad del sujeto, por ejemplo los delitos imprudenciales.

ACTOS JURIDICOS.- Son acontecimientos que producen efectos jurídicos, pero en ellos interviene la voluntad del hombre en forma dirigida, expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica.

ACTO UNILATERAL Y ACTO JURIDICO BILATERAL.

Esta es una clasificación del acto jurídico atendiendo a la declaración de voluntad que emita él o los sujetos interesados.

Es unilateral el negocio que procede de una sola parte, y será bilateral o plurilateral

(117) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 206.

ral cuando procede de dos o más partes.

Para que un acto jurídico pueda ser considerado como susceptible de producir efectos jurídicos, es necesario que contenga determinados elementos denominados de existencia, tales como la voluntad, el objeto y la solemnidad del acto en algunos casos. Además de satisfacer también determinados requisitos de validez: la capacidad del autor del acto, la voluntad debe ser externada exenta de vicios, la licitud en el objeto, motivo o fin del acto y finalmente que se realice en conformidad con las formalidades exigidas por la ley.

3.- CONTENIDO DE LA NORMA JURIDICA EN EL PLANO AXIOLÓGICO.

La norma jurídica tiene determinados fines que son específicamente jurídicos, sin embargo algunos tratadistas encuentran una estructura axiológica en las normas jurídicas, la cual también permite determinar el contenido de dichas normas.

Es a través de estos elementos axiológicos, por lo que la norma jurídica adquiere sentido valorativo de las relaciones sociales que se dirigen a alcanzar fines descubiertos por el entendimiento, mediante ideas que representan un proceder futuro del hombre el cual debe o no realizarse en tal o cual modo.

De esta forma el derecho tiene como fin social alcanzar la convivencia de los miembros de una sociedad mediante el bien común, la justicia y la seguridad jurídica, elementos axiológicos de sus preceptos.

---"Desde el punto de vista psicológico y concreto, dice J.T. Del. "todo fin social responde siempre directa o indirectamente, a una necesidad de -- los individuos que componen la sociedad. En el origen de toda organización

social hay siempre LA PERSECUCION DE UN BIEN NATURAL O MORAL, o de lo que es considerado como tal por los interesados"⁽¹¹⁸⁾

A).- El Bien Común.

El bien común se puede considerar como un criterio racional de la conducta que se refiere a la sociedad como entidad relacional, como la unidad de un todo ordenado que es la dimensión social de la naturaleza humana

El bien común alude a la existencia de valores humanos dentro de la sociedad que llevan al hombre a un desarrollo y perfeccionamiento. Asimismo, al hablar de bien común se entiende algo que los individuos no poseen antes de su integración en el organismo social, el cual tiene beneficio para todos y que requiere el esfuerzo de todos.

"Lo cual implica que no está constituido por la suma de bienes individuales, sino que es un bien específico que comprende valores que no pueden ser realizados por un solo individuo, tales como el orden o estructura de la propia actividad social, el derecho, la autoridad, el régimen político, la unidad nacional de un pueblo, la paz social."⁽¹¹⁹⁾

Se hace preciso encontrar en la idea del bien común en el derecho aquella valoración que permita al hombre organizar un ambiente social adecuado para su desarrollo y perfeccionamiento, al hombre nace y crece en ese ambiente como medio por el cual puede desarrollar una individualidad consciente mediante una convivencia. En este sentido el bien común puede ser considerado como: "...El conjunto organiza-

(118) RUBIO Y RUBIO, Alfonso. La filosofía de los Valores y el Derecho. Jus, México, 1945. Pág. 205.

(119) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 109.

do de las condiciones sociales gracias a las cuales una persona humana puede cumplir su destino material y espiritual."⁽¹²⁰⁾

Toda sociedad constituye una unión de hombres cuya actividad coordinada tiene como fin la realización del bien común, el cual mediante ayuda y asistencia a los miembros sociales, beneficia a todos los hombres.

Es tendencia natural que el hombre busque en la sociedad una relación con sus semejantes, buscando con esto alcanzar un bien individual, y como este bien no lo alcanza sino mediante un bien colectivo, el hombre busca la sociedad y el bien colectivo como medio para alcanzar sus fines propios.

B).- La Justicia.

Se a dicho que el bien común es aquel criterio valorativo que permite beneficiar a todos los miembros de una sociedad mediante una actividad coordinada del esfuerzo común. Es por medio de la justicia que una sociedad se puede asignar a los miembros de la misma su debida participación en ese esfuerzo común; es decir, distribuye racionalmente entre los hombres las cargas y beneficios que implica el bien común, así el maestro Preciado Hernández opina:

"Pues es la justicia el criterio racional conforme al cual se asigna a cada hombre su participación en el bien común. En este sentido la justicia es un principio formal y rector con relación al bien común."⁽¹²¹⁾

(120) LE FUR, Luis Erasmo. *Los fines del Derecho, Bien Común, Justicia, Seguridad*. Trad. de Daniel Kuri Broña. Editorial Jus, México. 1944. Pág. 73.

(121) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 208.

Según lo anterior, la justicia se encuentra contenida en el bien común debido a que ella es una virtud que rige al hombre para que pueda realizar su fin último, ya en Roma la definía Ulpiano como la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo, es un criterio que se dirige a la acción humana y que nos manda a dar, atribuir o reconocer a todo hombre lo que le corresponde, obteniendo con ello armonía a las relaciones de los miembros de una sociedad.

El hombre es un ser que por sus características de voluntad y razón realiza actos de manera libre, por lo cual la materia misma de las normas jurídicas son los actos humanos, y cuya imputación corresponde necesariamente a alguien. Desde este punto de vista el principio jurídico de imputación se relaciona con el de responsabilidad, debido a que se cometería una injusticia si se imputa un determinado acto el cual presupone como causa efecto del mismo la actividad consciente de un individuo el cual resulta ser responsable del acto ya que por una intuición intelectual se aprende una relación de causalidad y se concluye que debe ser atribuido el acto y sus consecuencias a un sujeto mediante ese principio de imputación.

El reconocimiento de estos dos principios: imputación y responsabilidad, así como el criterio de justicia permite concebir un orden social, en el que exista una correspondencia de acciones de sus miembros sociales. Lo cual lleva a la consideración de una justicia social lo cual:

***Significa el principio de armonía en la vida de relación. Coordina las acciones de los hombres como partes del todo que es la sociedad civil, a la vez que ordena tales acciones al bien común e integra de este modo el orden social humano.*⁽¹²²⁾**

(122) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 212.

La justicia social establece la jerarquía de los fines perseguidos para lograr el bien común, tiende a ordenar las actitudes de sus miembros mediante un criterio de igualdad de ahí que se diga que lo justo es lo que se iguala y que la esencia de la justicia es la igualdad.

"La jerarquía de los fines correspondientes a las distintas formas de — asociación, la establece atendiendo a la importancia de la ayuda que éstas — prestan al hombre para alcanzar su perfeccionamiento." (123)

Por lo tanto podemos decir que la justicia individual ordena los actos de los hombres al bien personal mientras que la justicia social orienta sus acciones al bien común.

Atendiendo a las orientaciones del Maestro Preciado Hernández, la justicia puede dividirse en general o legal y particular, y esta última se subdivide a su vez en distributiva y conmutativa. (124)

a).- JUSTICIA GENERAL O LEGAL.- Es aquella que regula los derechos de la sociedad y que pertenecen al grupo social para que adecuen su conducta al bien común, tiende a regir a los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad, los deberes de los propios gobernantes, el sujeto activo de las relaciones de la justicia general es la comunidad y el sujeto pasivo es el individuo, ya sea este gobernante o ciudadano, este tipo de justicia se orienta a conservar la unidad social.

(123) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 214.

(124) Idem.

"Y a la general se le llama también legal, porque es propio de las leyes humanas determinar los actos debido al bien común que la sociedad tiene -- derecho a exigir. (125)

b).- **JUSTICIA PARTICULAR** - Es aquel tipo de justicia que tiene por objeto regular los derechos de los particulares en cuanto a sus relaciones entre sí y frente a la misma comunidad, esta justicia se divide en distributiva y conmutativa.

JUSTICIA DISTRIBUTIVA.- Regula la participación de los miembros sociales en la realización del bien común, distribuyendo tareas y cargas que los individuos deben realizar o contribuir. No obstante es necesario apuntar que dentro de los mismos miembros no existe igualdad de participación, por lo cual el criterio de una justicia distributiva es el de una igualdad proporcional. Como ejemplo se puede citar la actividad tributaria del Estado.

JUSTICIA CONMUTATIVA.- Rige operaciones de cambio, en las cuales los individuos participan en un plano de igualdad; es decir, no atiende a sus diferencias particulares. Esta justicia erige equivalencia en la prestación y la contraprestación, entre el delito y la pena.

Por último podemos considerar en atención a lo dicho hasta aquí, que la justicia como materia y fin del derecho es aquel valor que permite determinar la participación de los miembros sociales en una comunidad, determinando la medida en la que han de participar en un esfuerzo común, para lograr la conservación de un orden social justo. "La justicia como materia y fin del derecho, es la proporción entre el dar y el exigir para la conservación del orden social." (126)

(125) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 214

(126) RUBIO Y RUBIO, Alfonso. Op. Cit. Pág. 211.

C).- La Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica es un concepto jurídico axiológico contenido en la norma jurídica por el cual los individuos que se encuentran en constante relación social con sus semejantes tienen la certeza que sus intereses individuales y colectivos no les serán modificados arbitrariamente, no se podría concebir una sociedad donde el dato de inseguridad reinará en ella dando lugar a un estado barbarie en donde ni siquiera se respetará una pequeña idea de convivencia.

La idea de que el entorno jurídico de un individuo sea modificado, sólomente se justifica mediante el empleo o manejo de procedimientos preestablecidos, los cuales tienen como fundamento la justicia y el bien común, así toda alteración arbitraria e injusta debe ser reprimida asegurando con ello una convivencia permanente.

"La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquel (individuo en el Estado, Estado en la comunidad internacional) que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y, por consecuencia regulares - conforme a la regla - y legítimos - conformes a la lex -." (127)

Distinguir entre lo que la seguridad jurídica representa y lo que puede entenderse por certeza jurídica, puede entenderse al decir que la certeza jurídica es aquél conocimiento que tienen los individuos de un grupo social, respecto a aquello que pueden hacer o no hacer, así como de lo están facultados a realizar o a exigir de otros, este dato por el cual los individuos saben a que atenerse en cuanto al proceder de su conducta es un dato subjetivo, el cual se apoya en un dato objetivo, el cual es propia—

(127) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 226.

mento la seguridad jurídica.

El maestro Preciado Hernández distingue entre estos dos conceptos diciendo.

"Por la misma razón que se distingue la verdad de la certeza, no se debe confundir la seguridad jurídica con la certeza jurídica; la primera es objetiva, representa el conjunto de condiciones sociales de carácter jurídico que garantizan la situación personal de cada uno de los miembros de la comunidad, en tanto que la segunda, la certeza jurídica, tiene carácter subjetivo, - pues es un dato que en el fondo se reduce a un conocimiento: el saber a -- que atenerse." (128)

Existen ideas implícitas en el concepto de seguridad jurídica, si partimos de la consideración de que los individuos llevan al cabo una relación plurilateral en la cual se hace necesario deslindar esferas de actividad de los sujetos que conviven en un mismo entorno social, para con esto evitar fricciones entre ellos, por lo tanto existe una idea de orden dentro de la seguridad; "El orden es el plan general expresado por la legislación vigente en una comunidad." (129)

Por último se hace preciso subrayar que un orden jurídico, el cual no tiene la concordancia entre la realidad a la cual se dirige y lo normado en sus preceptos, resulta ineficaz; por lo cual no se justifica su acatamiento tanto por particulares y autoridades, dando como resultado poca credibilidad al concepto de seguridad en el orden jurídico de que se trate.

Por el contrario para que un orden legal sea considerado jurídico y eficaz, requiere que el mismo encuentre su razón de ser en la justicia a través de la cual se da a cada miembro social lo suyo, de acuerdo a los valores normados jurídicamente en una sociedad.

(128) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 227

(129) *Idem.*

CAPITULO V.

ANALISIS EN TORNO AL PROBLEMA, Y EXPOSICION DE LOS ELEMENTOS CONVERGENTES A SEGUIR EN LA NOCION Y DEFINICION DEL DERECHO.

SUMARIO: 1.- Análisis del Problema; 2.- Exposición de los Elementos convergentes a la Noción del Derecho; A).- Posición de la Filosofía del Derecho en el Problema de la Noción y Definición del Derecho; B).- Aportación de las Doctrinas Filosóficas a la Noción del Derecho; C).- El concepto o Idea del Derecho; a). La formulación Jurídica; b).- La conducta Humana; c).- El Orden Social; 3.- Exposición Filosófica de la Definición del Derecho; A) - Generalidades sobre la Definición del Derecho; B).- Definición Nominal del Derecho; a).- Análisis de las palabras Ius y Derecho; b).- Etimología de la palabra Ius; c).- Etimología de la palabra Derecho; d).- Sustitución de la palabra Ius por la palabra Directum; e).- Sentido Teórico y Sentido Práctico del Derecho; C).- Reglas a seguir al definir el Derecho; D).- La definición Real del Derecho; E).- Importancia que guarda la definición real Derecho en la Ciencia Jurídica en general.

1.- ANALISIS DEL PROBLEMA.

El problema que existe al pretender definir el derecho, se presenta ante nosotros como un tema al que los Tratadistas que lo abordan le han reconocido existencia, además de una dificultad particular para solucionarlo. La dificultad para lograrlo surge debido a las variadas ideas que los diferentes juristas tienen del objeto de que existan pautas de conducta que rijan las relaciones recíprocas de los miembros de un grupo social determinado. Esas ideas son justificadas por los mismos de acuerdo a razonamientos filosóficos, mediante la defensa o enaltecimiento de elementos propios de las diferentes doctrinas filosóficas, por lo que cada sistema filosófico ofrece una noción que se ve reflejada en sus características en algunas definiciones del derecho, y que en muchas ocasiones se encuentran en oposición a otras caracterizadas por otros sistemas. Por lo anterior resulta necesario reconocer la estrecha relación que guarda la definición general del derecho, con la idea que se tenga del mismo, pues resulta natural que la misma se perciba en toda definición dada.

El hecho de encontrar en la literatura jurídica un número indeterminado de definiciones por las que se enuncian las características propias del derecho y el encontrar en ellas una diversidad en sus respectivos contenidos, incita a reflexionar sobre un hecho evidente; la falta de una idea rectora que rija las orientaciones filosóficas de aquello que se debe entender por derecho.

Consideramos que para realizar un análisis del problema, debemos partir del hecho de reconocer la relación que guardan la noción filosófica del derecho y sus definiciones, de tal modo que pueda el mismo descomponerse en el esclarecimiento de estos dos elementos. El análisis de la noción filosófica debe exponer la importancia de la filosofía jurídica en el tema, las aportaciones que concretamente han aportado

en el mismo las diferentes doctrinas filosóficas. Debe buscar asimismo una noción general del derecho por la cual se identifiquen las ideas fundamentales del derecho evitando opiniones parciales. Así como el determinar el razonamiento en el que se apoya una visión totalitaria y última del derecho. Por su parte, la exposición de la definición del derecho debe atender a las generalidades y características de toda definición. Buscar un acercamiento etimológico o similitudes con otras palabras para llegar a una definición que permita enunciar en forma cierta y exacta lo que el derecho sea, determinando las reglas para seguirías, así como la importancia de ésta a la ciencia jurídica en general.

2.- EXPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS CONVERGENTES A LA NOCIÓN DEL DERECHO.

La exposición de los elementos que convergen a una noción del derecho tiene por objeto demostrar que los mismos forman parte de una estructura necesaria, que permite en la mente del jurista determinar la expresión o contenido propio del derecho en su idea general.

A).- Posición de la Filosofía del Derecho en el Problema de la Noción y Definición del Derecho.

Al comienzo del presente trabajo se estableció que la filosofía es un orden del saber que puede ser referido a cualquier tipo de conocimiento, de tal suerte que la especulación filosófica se traduce en un constante pensar sobre todo aquello que se le presenta al hombre.

La noción y definición del derecho aparece como un tema al cual los filósofos-

han prestado interés por la importancia que el mismo representa en la ciencia jurídica en general.

Consideramos que el tema es propio para su análisis, exposición y solución a través de un pensamiento de carácter filosófico, por ser la filosofía del derecho la ciencia jurídica suprema cuyo objeto lo encuentra en la exposición de los principios fundamentales del derecho, logrando con esto una universalidad lógica en el pensamiento jurídico, mediante la exposición de doctrinas y opiniones generales del mismo.

Es mediante la filosofía del derecho como se llega a un orden del saber jurídico, por el que se adquiere un conocimiento reflexivo y sistemático del derecho en cuanto a sus primeras causas, por lo que el problema de la noción y definición se justifica como un tema necesario y propio de la filosofía jurídica, además que su desarrollo debe permitir el esclarecimiento de una idea general rectora, así como la de los elementos que la componen, que rige la noción y definición del derecho determinando el surgimiento, necesidad y justificación del mismo.

El tema al que aludimos, no puede ser resuelto por la aportación de las ciencias jurídicas particulares, debido a que el objeto de éstas, así como su propia naturaleza, se refieren a un grado del saber jurídico más restringido, sin embargo no por esto menos importante, pues lo que se quiere decir es que la determinación del derecho en diversas ramas, se encuentra precisada por la naturaleza de sus correspondientes disposiciones, mientras que la visión de la filosofía jurídica es general y absoluta, con una pretensión totalitaria y última del derecho.

B) - Aportación de las Doctrinas Filosóficas a la Noción del Derecho.

Al principio del presente capítulo apuntamos que el problema noción y definición del derecho, es un tema reconocido en cuanto a su existencia por parte de los juristas que lo abordan, y el mismo presenta dificultad para su solución debido a las variadas ideas que se encuentran en el pensamiento jurídico de la existencia de reglas que rigen las conductas de los hombres en sociedad.

Las diferentes ideas que pueden ser referidas al fenómeno jurídico pueden ser agrupadas en diversas doctrinas filosófico-jurídicas como el conjunto de opiniones sustentadas por una escuela filosófica determinada.

Han sido muchos los filósofos en el transcurso del tiempo que han proporcionado opiniones acerca del derecho. Igualmente diversos son los rasgos generales de sus respectivos pensamientos, es así como podemos percatarnos que desde el pensamiento griego ya los sofistas hablaban de temas como la ley, la sociabilidad del hombre, el orden de la naturaleza, lo lícito e ilícito, etc., tenemos que entre otros temas estos serían retomados por pensadores posteriores que impregnarían en sus pensamientos rasgos particulares sustentados en las realidades contemporáneas de los mismos.

Son diversas las doctrinas filosóficas que tratan de justificar la naturaleza y existencia del orden jurídico, ellas se caracterizan por tener un conjunto de opiniones propias que sostienen determinada postura hacia el derecho.

Para determinar las aportaciones de estas corrientes a la noción del derecho, consideramos necesario extraer los rasgos característicos del Jusnaturalismo, Racionalismo jurídico, Empirismo jurídico y del Voluntarismo Jurídico, haciendo de

ellas las siguientes consideraciones

El Jusnaturalismo.- Es una postura surgida de la filosofía mediante la cual se descubre un orden natural de las cosas, las cuales encuentran su debido acomodo de acuerdo a una voluntad divina. Este orden natural se descubre válido para todos los hombres, independiente de las distintas razas y pueblos.

El hombre y la sociedad encuentran en él un perfeccionamiento moral mediante el apego a ese orden natural, y en base a esto se proyecta el pensamiento como una crítica a la existencia y contenido de las leyes positivas, pues sujeta al legislador de las mismas bajo un criterio supremo.

Las doctrinas jusnaturalistas tienen el mérito de aportar a la noción del derecho, un criterio moral por el que se valoran posibles soluciones justas, sin embargo se hace preciso apuntar que la moral es diversa al derecho.

Consideramos además que la posición del derecho natural puede ser considerada un orden diverso al orden positivo, ya que como culto a la divinidad solamente busca encontrar su naturaleza y fundamento en otra fuente diversa a la de los propios hombres.

El Racionalismo Jurídico.- Esta posición filosófica que tiene como dato principal la exageración de la razón en detrimento de la experiencia, tiene como resultado que los juristas que se encuentran dentro de esta doctrina busquen un método estrictamente jurídico que permita distinguir al derecho de otras ciencias.

El Racionalismo jurídico considera al derecho como un conjunto de normas que

conocidas racionalmente evitan todo dato de la experiencia, por lo que el derecho se observa como un sistema racional de normas cuyo fundamento se encuentra en la naturaleza racional del hombre.

Consideramos que la aportación del Racionalismo jurídico a la noción del derecho, tiene el mérito de considerar al mismo como un sistema de normas deducido racionalmente, es decir, el derecho como producto de la actividad mental de los hombres, y su principio se encuentra en el hombre mismo y no en algo sobrenatural, por lo que el fundamento de todo orden jurídico es precisamente el dato racional deducido mentalmente. No obstante, a esta doctrina se le puede dirigir la siguiente observación; el derecho no puede ser considerado únicamente como un conjunto de normas, pues resulta necesario el determinar su naturaleza y el valor que guardan al aplicarse a las diversas cosas y acciones de los miembros de una sociedad.

"De ningún modo se debe considerar al Racionalismo Jurídico como -- una tendencia estéril y perniciosa que ha invadido indebidamente la ciencia del derecho. Su principal meta -aunque no fue plenamente lograda, sí fue lo suficientemente iluminada para permitirnos, a nosotros que poseemos la -- perspectiva histórica y doctrinal necesaria, la distinción del ángulo propio de estudio de la ciencia del Derecho...." (130)

El Positivismo Formalista.- Dentro de las filosofías acerca de la noción del derecho, el positivismo formalista merece una consideración especial, su principal,

(130) VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción... Op. Cit. Pág. 62.

exponente Hans Kelsen tiene el mérito de elaborar una teoría pura del derecho.

Dada la sujeción del positivismo a la realidad, tal y como se presenta, apartándose con esto de toda construcción mental, el pensamiento de Kelsen busca para la ciencia jurídica una teoría general del derecho por la cual se adquiere un conocimiento de qué es y como se forma el derecho.

Su método se caracteriza por la exclusión de todos aquellos elementos extraños que no atiendan al objeto de la ciencia del derecho y que no respondan a su definición.

Kelsen aporta a la noción del derecho que éste mismo regula, la conducta de los individuos mediante un principio de imputación. La ciencia jurídica elabora reglas de derecho que determinan las conductas de los individuos relacionando dos hechos normativamente, dicha relación proviene de una norma que prescribe o autoriza una determinada conducta; la norma jurídica contiene una regla de derecho que prescribe un determinado proceder.

En el pensamiento de Kelsen, el derecho por ser una ciencia normativa tiene como expresión propia el deber ser que expresan las normas jurídicas, que con su apego a lo existente lo lleva a considerar que el objeto de la ciencia del derecho es únicamente el derecho positivo.

El aspecto lógico-formal del derecho en el pensamiento de Kelsen se encuentra determinado en los aspectos Estático y Dinámico, los cuales se determinan del siguiente modo:

El aspecto Estático permite observar en el derecho un conjunto de normas jurídi-

cas que rigen las conductas recíprocas de los hombres. Estas normas son creadas por las mismas normas jurídicas en conformidad con una norma fundamental fuente de todas aquellas normas pertenecientes a un mismo Estado, es en esta norma suprema o constitución donde se legitima el poder legislativo.

El aspecto Dinámico se dirige a estructurar el orden jurídico bajo un criterio lógico-formal que se refiere a la creación y aplicación de dicho orden, esto mediante actos regulados en una pluralidad de normas derivadas de una de carácter fundamental.

Consideramos que la intención de Kelsen de establecer un criterio puramente jurídico del derecho, es un gran avance a la noción del derecho. El desarrollar un pensamiento lógico-formal es muy apreciable desde un punto de vista meramente teórico, sin embargo, su marcada actitud en contra de todo aquello ajeno a la pura construcción normativa lo lleva a negar toda posibilidad de especular o filosofar jurídicamente.

Sentimos que la noción del derecho efectivamente debe partir del análisis normativo, sin embargo, no debe limitarse a él, pues la exageración desvincula al orden jurídico del propio hombre; pues los hombres no encuentran en el mismo el medio necesario para alcanzar sus fines. En el Positivismo Jurídico el hombre solo encuentra unión al orden jurídico mediante una conducta hipotética que al realizarse impone un determinado proceder.

Kelsen considera a la conducta humana como insuficiente para ser objeto de una norma jurídica ⁽¹³¹⁾ por lo que identifica al derecho con el Estado, así al ser este el

(131) KELSEN, Hans. *Teoría Pura. Op. Cit.* Pág. 62

orden jurídico mismo, el poder es su validez y eficacia. El Estado es un centro imperativo y su última explicación formal y externa son las normas jurídicas, esto en atención a que Kelsen no acepta la existencia de dos ordenes normativas diferentes en un mismo Estado, por lo que el orden político es el orden jurídico mismo. (132)

El Positivismo Jurídico por su exagerado apego a lo existente ve en el ordenamiento jurídico un ente autosuficiente, evitando con esto la especulación filosófica en cuanto a lo que pueda ser el derecho.

El Empirismo Jurídico-- La noción del derecho encuentra en el Empirismo Jurídico una pretendida necesidad exacta, al depender la existencia del orden jurídico de los hechos reales que pueden ser verificados por los sentidos.

La aportación del Empirismo Jurídico a la idea del derecho tiene un gran mérito, pues subraya la estrecha relación que debe guardar cualquier sistema jurídico a los datos reales existentes en la realidad social a los cuales se aplica, de la coherente conexión entre las normas jurídicas y hechos sociales depende el equilibrio necesario en las soluciones propuestas para los mismos.

No obstante la consideración realista del Empirismo Jurídico, estimamos que no puede satisfacer por sí misma una noción general del derecho, pues el orden jurídico no depende en cuanto a su existencia de los puros hechos, pues estos se tornan fuente de derecho no por el solo hecho de existir, sino cuando ellos son valorados y estimados como contenidos u objetos de una regulación jurídica, por la cual se les pueda referir

(132) KELSEN, Hans. *Teoría Pura...* Op. Cit. Pág. 44.

determinadas consecuencias, dando lugar a la consecuente realización de efectos jurídicos.

El Voluntarismo Jurídico.- Es la doctrina filosófica en el derecho que sostiene que el derecho encuentra en la voluntad del legislador el único elemento justificable para su formación.

En esta posición sobre el derecho, se descubre que poco importa si el mismo atiende o no a fines morales, racionales, normativos o reales, pues quienes sustentan esta corriente solo encuentran como verdadero la intención y voluntad del legislador al dictar la norma.

Al ensalzar la actividad del legislador el Voluntarismo Jurídico considera como único derecho existente el legislado por lo que estima a la ley como la fuente del derecho por existencia.

Al Voluntarismo Jurídico al resaltar la glorificación del legislador, así como la exageración al culto de la ley, no considera que el Estado para realizar sus funciones se encuentra dividido en tres poderes fundamentales. La actividad legislativa es una tarea propia del Estado desarrollada a través de un órgano legislativo, por el que se determina un ordenamiento jurídico, elaborado y formulado por leyes que regulan la organización del Estado, la actividad de sus órganos, norma las relaciones entre Estado y ciudadanos y entre los ciudadanos entre sí.

"La función legislativa es definida por Groppali como la actividad del Estado que tiende a crear el ordenamiento jurídico y que se manifiesta en la elaboración y formulación, de manera general y abstracta, de las normas -- que regulan la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos, -- las relaciones entre el Estado y ciudadanos y las de los ciudadanos entre

sl." (133)

La función legislativa puede ser analizada desde un criterio material y otro formal. Bajo un criterio material la función legislativa es propiamente una función estatal por la que se crean reglas y situaciones jurídicas generales. En cambio desde un punto de vista formal la actividad legislativa se encuentra determinada por los órganos legislativos específicos, así el poder legislativo federal tiene por objeto expedir leyes federales, y los órganos legislativos locales o estatales, por los que se crea la legislación ordinaria correspondiente.

Consideramos que la doctrina del Voluntarismo Jurídico aporta a la noción del derecho una idea parcial de este, pues el mismo no se forma exclusivamente por leyes, el considerar lo anterior es sostener una idea que excluye otras fuentes del derecho como lo es la costumbre y la jurisprudencia. La actividad de aquel que se encuentra facultado para elaborar leyes no es la de emitir su voluntad en ellas, sino la de desempeñar una función estatal, que además se realiza bajo las prescripciones de un orden constitucional que legitima dicha atribución.

Consideramos que las aportaciones de las doctrinas filosóficas a la noción del derecho se dirigen a resaltar aspectos parciales del mismo, provocando con esto cierta incertidumbre a la posibilidad de establecer una universalidad lógica en el pensamiento jurídico y, de la posibilidad de admitir doctrinas u opiniones comunes sobre una teoría jurídica en cuanto a su origen, naturaleza y finalidad del derecho.

Los aspectos por los que cada doctrina filosófica edifica sus respectivos razonamientos, efectivamente se encuentran incertados en la idea general del derecho, pero no como elementos esenciales y únicos sin los que no se pudiera concebir una idea universal de lo jurídico, sino como partes integrantes de un todo.

El intentar proporcionar una idea general del derecho mediante la postura de alguna de las diferentes doctrinas filosóficas ya expuestas, equivale a describir al derecho en forma parcial, pues mediante ellas solo se verifica una parte de la compleja formación del mismo. Lo anterior puede ser explicado de la siguiente forma:

El derecho encuentra que su contenido está animado por situaciones culturales que en las más de las veces se determinan por la fuerza de la tradición, en ellas se contemplan rasgos característicos como costumbres y principios morales. Además del contenido que tiene el derecho puede observarse la disposición de los individuos a regular sus actos racionalmente, esto en conformidad a la realidad social que les rodea y de la que se desprende un interés común en determinados hechos y actos, en los que se ven envueltos, coordinándolos como contenidos de reglas que prescriben para su creación un proceso de creación determinado.

Las doctrinas filosóficas manifiestan de este modo un marcado interés por establecer que es el derecho, olvidándose en ocasiones que el derecho encuentra como último fundamento al hombre mismo, estimamos que no puede llegarse a una noción filosófica de lo jurídico si no se vincula al derecho con el hombre, pues sólo mediante esta posición podría lograrse una idea general y absoluta del derecho, aplicable no sólo a determinados sistemas jurídicos sino comunes a todos.

Es mediante un conocimiento reflexivo de la relación que existe entre el derecho y

el hombre como puede obtenerse una noción filosófica del derecho que responda y exponga la esencia del mismo.

C).- Concepto o Idea del Derecho.

Estimamos que la exposición de una noción general del derecho de carácter filosófico debe apoyarse en un razonamiento lógico, a través del cual se adquiere el instrumento idóneo para el desarrollo de las primeras intuiciones filosóficas. La lógica aparece entonces como el medio para alcanzar las conclusiones correctas desde los primeros conocimientos, hacer uso de la lógica es adentrarse a los pormenores de la ciencia y la filosofía.

La lógica como la ciencia que estudia los pensamiento en cuanto a sus formas mentales para facilitar el raciocinio correcto y verdadero, se divide en dos grandes partes fundamentales, así la consideración de la lógica formal y la lógica material. La primera se dirige a estudiar las condiciones para lograr un pensamiento correcto, mediante la subordinación de la misma en tres grandes partes de acuerdo a las tres formas de pensamiento como lo son las ideas, los juicios y los raciocinios que a través de sus respectivas leyes permiten desarrollar pensamientos congruentes con su estructura. La lógica material se encarga de estudiar las condiciones para llegar a lograr pensamientos verdaderos, mediante la descripción de la verdad, y sus propiedades, además de estudiar la certeza y sus grados, lo relativo al conocimiento científico y los diversos métodos para su desarrollo. (134)

Es a través de la lógica formal por la que concretamente se ve enriquecida la

(134) GUTIERREZ, SAENZ, *Rev. Op. Cit.* Pág. 35.

noción del derecho, lo anterior por determinar la naturaleza de aquello que debemos entender por idea, por juicio y racionio.

El derecho puede ser observado como un objeto susceptible de conocimiento al cual la capacidad cognocitiva se le puede dirigir, mediante la inteligencia el jurista puede penetrar en un plano más profundo sobre la esencia de lo jurídico intentando descubrir con esto un contenido comprensible como estructura necesaria o sentido del derecho determinando que es, porque es necesario y porque su justificación dentro de la vida social.

Es mediante el ejercicio de esta facultad como el jurista puede aprehender una idea general del derecho, observando en el un contenido de fondo, con abstracción de elementos parciales como los sustentados y enaltecidos por las diferentes doctrinas filosóficas ya expuestas.

La aprehensión de esta idea general equivale a llevar a la esencia y estructura necesaria del derecho, es el evitar quedarse con una opinión parcial del mismo. Así, mediante la aprehensión o abstracción de las ideas fundamentales de lo jurídico se logra una separación en el derecho de elementos parciales que evitan su visión totalitaria y última desde un punto de vista filosófico.

La estructura necesaria en el derecho es el dato por el cual se determina su objeto propio, sin él, no sería lo que es y se entendería una cosa muy diferente. Lo anterior puede ser explicado del siguiente modo:

"Lo necesario en una silla, por ejemplo, es que sirve para sentarse, no importa que sea metálica o de madera, nueva o vieja, de color café o negra. Todo esto es contingente (lo contrario de necesario), pues la silla puede tener un color u otro y eso no le quita su calidad de silla. Los sentidos --

captan lo contingente, y la inteligencia capta lo necesario. Lo mismo se diga en un teorema geométrico: los sentidos captan las formas concretas, que bien podrían tener otras dimensiones (son contingentes), y la inteligencia capta el sentido o estructura necesaria en esa demostración. Por esto, una vez entendido lo necesario, es posible expresarlo con palabras propias diferentes a las de la explicación original (que son contingentes).

Cuando se capta el concepto de hombre, por ejemplo, se prescinde -- de su color, altura, raza, sexo. Todos estos son datos contingentes (no necesarios) en la estructura esencial del hombre. Lo necesario allí es que es un animal racional. Este es el contenido inteligible o concepto de hombre -- (aplicable a todos los hombres)." (135)

De acuerdo a lo expuesto anteriormente podemos afirmar que al encontrar la estructura necesaria o esencial del derecho es poseer el sentido u objeto del mismo, es descubrir en él su sentido totalitario y único desde un fundamento filosófico.

Para encontrar el sentido que debe guardar la idea del derecho, es preciso dejar establecido el significado que tiene la idea en general como forma del pensamiento en la lógica formal, por lo que se ha afirmado que "idea o concepto es la representación mental de un objeto, sin afirmar o negar nada de él." (136)

La noción del derecho, debe presentarse primeramente en la mente del jurista como una representación; como un modo de tener en la inteligencia la expresión o contenido de lo jurídico, en este punto consideramos oportuno el dejar desde ahora establecido a que tipo de representación mental nos referimos. Existen dos clases de representaciones mentales, las representaciones sensibles y las representaciones intelectuales. Las representaciones sensibles por consistir en la reproducción en la mente de un objeto determinado, también se les denominan imágenes y por lo tanto

(135) GUTIERREZ SAENZ, Raúl. *Op. Cit.* Pág. 73.

(136) *Ibidem.* Pág. 78.

tienen la característica de singularidad, además de que dichas representaciones son captadas por los sentidos. Las representaciones intelectuales se les denominan pensamientos por dirigirse a encontrar datos comunes dentro de los objetos pertenecientes a una misma especie, estos datos comunes son independientes a los datos contingentes contenidos en los mismos; es decir, este tipo de representación tiene la característica de la universalidad por el hecho de referirse por igual a una serie de objetos que presentan una cierta característica en común con exclusión de aquellas que las distinguen entre sí.

Es mediante la representación intelectual del derecho como objeto de conocimiento, por la que el jurista será capaz de abarcar mediante una sola idea la generalidad del derecho, con exclusión de las características propias de cada sistema jurídico, o bien de los elementos parciales defendidos por las diversas doctrinas filosóficas.

Una vez que ha sido establecido el sentido de lo diferentes tipos de representación, debe apuntarse que la representación jurídica también debe ser mental, pues con esto se afirma que es la inteligencia o entendimiento el que la capta, esto en oposición a la representación sensible percibida por los sentidos.

Por último, la idea o concepto del derecho debe tener en el jurista un significado meramente neutral, ya que ésta no debe afirmar o negar nada acerca de él. Solo determina los datos esenciales y permanentes en él, enuncia y fija las ideas universales y generales que lo componen. La afirmación o negación de una idea con respecto a otra corresponde realizarse a través del juicio lógico.

El juicio como acto o proceso psíquico se ha definido como la operación mental

por la cual se afirme o se niegue una idea con respecto a otra.

Este juicio lógico es en el pensamiento jurídico la operación mental por la que el jurista realiza la afirmación o negación de una idea considerada como necesaria o esencial con respecto a otra. Considerando que la esencia del juicio es la de emitir precisamente esa afirmación o negación. Lo anterior puede ser explicado al decir que no basta una acumulación de ideas al realizar la aprehensión de lo jurídico. Asimismo también se tiene que manifestar que tampoco basta el encontrar una relación entre ellas, pues al estudioso del derecho debe enriquecer la correspondencia entre ellas, o bien no reconocer la posible conexión entre ellas.

***Juzgar es lo mismo que afirmar o negar algo. Una vez que se ha captado una idea o un conjunto de ideas relacionadas entre sí, la mente afirma su existencia o la niega...*(137)**

El derecho desde una perspectiva filosófica se encuentra compuesto de esencia y existencia. El jurista cuando realiza la aprehensión del mismo capta los elementos o datos esenciales dentro de un plano formal al referirse a su estructura universal y existente en la mente del jurista. Lo que el juicio agrega al relacionar las diferentes ideas fundamentales del derecho a la simple aprehensión, ya que no es una afirmación o negación relativo a la esencia, sino relativo a la existencia del mismo; pues la aprehensión extrae la esencia de lo existente, el juicio como segunda operación devuelve al derecho su integridad y elementos ya calificados y lo considera en un todo como tal.

(137) GUTIERREZ SAENZ, Raúl. Op. Cit. Pág. 139.

"Por eso, se utiliza el verbo ser, porque es el que expresa explícitamente esta relación con la existencia. Cuando decimos que el fierro es un metal, no solamente estamos relacionando los dos conceptos, sino que con el verbo ser estamos dando un matiz especial a la frase, expresando una existencia que se da en esa esencia aprehendida anteriormente." (138)

El juicio como proceso psíquico es definido como la operación mental por la cual se afirma o se niega una idea con respecto a otra. El juicio como pensamiento es la afirmación ya realizada.

La operación es el acto de juzgar, el pensamiento que resulta es propiamente el juicio lógico.

El juicio en general se compone de tres elementos a saber: El sujeto, el verbo y el predicado. El sujeto es la idea de la cual se afirma algo, el predicado es lo que se afirma o se niega, mientras que el verbo no sólo une al sujeto con el predicado sino que expresa la misma afirmación o negación. El verbo es el elemento más importante del juicio.

"En lógica se usa preferentemente el verbo ser, por que con él queda perfectamente clara la unión entre el sujeto y el predicado. En general, todos los juicios pueden reducirse a proposiciones con el verbo ser." (139)

Por último podemos decir que la importancia que guarda el juicio lógico con la noción del derecho, radica en el hecho de proporcionar un pensamiento completo de las ideas o elementos que la componen.

(138) GUTIERREZ SAENZ, Raúl. Op. Cit. Pág. 140.

(139) IBIDEM. Pág. 141.

Una vez expuestas las características que deben ser observadas para la aprehensión; el concepto o idea, y el juicio lógico en el pensamiento jurídico, consideramos que estamos en condiciones de exponer los elementos o ideas que integran la estructura esencial y necesaria del derecho, que permiten determinar el objeto y sentido del mismo como datos que convergen y alimentan una idea general del derecho con carácter filosófico.

a).- La Formulación Jurídica.

El jurista al buscar intelectualmente la estructura esencial del derecho, descubre que la formulación jurídica adquiere un carácter necesario, ya que como elemento necesario del derecho no puede dejar de aparecer en una idea general del mismo.

Todos los sistemas jurídicos ya sean estos apreciadas en el pasado, como en el presente, siempre encuentran un modo por el cual se expresan, esa forma de manifestarse es un modo propio y establecido por el que el fenómeno jurídico se determina, sin embargo, esta formulación no debe estimarse por estos atributos elemento único, pues como se observará más adelante tiene estrecha relación con otros dos elementos que conforman una idea filosófica del derecho.

Esta formulación aparece como un elemento que debe ser analizado y puesto en un lugar especial dentro del pensamiento de todo jurista, ya que consideramos que este elemento no debe limitarse a la descripción de reglas de conducta que evidentemente prescriben un deber, situación enunciada frecuentemente al dar una noción y definición de lo jurídico, ya que con esto solo se describe una función de medio para el logro de determinados objetivos. A la formulación jurídica debe atribuírsele además la función de fijar o determinar el carácter jurídico que ostenta. Es-

te elemento puede ser analizado del siguiente modo:

El derecho encuentra como expresión propia a la norma jurídica, y no obstante las múltiples y variadas definiciones del derecho, así como las distintas posiciones filosóficas, los autores coinciden en resaltar ese dato normativo. Esa calificación de expresión propia de lo jurídico obliga al jurista a un análisis mucho más profundo de la misma.

Para describir la posición de elemento constitutivo de lo jurídico y de medio para alcanzar un fin, es preciso seguir lo dicho en los capítulos relativos a la ubicación del derecho en el plano normativo general, así como el del análisis estructural de la norma jurídica.

El sentido de reglas de conducta que guardan las disposiciones de derecho, tienen como punto de partida que la norma jurídica encuentra como género el concepto de norma, y este a su vez es considerado como una especie del concepto de regla, por lo cual podemos afirmar que la norma jurídica es en el fondo una regla.

Las reglas que exigen un ajustamiento del hombre a ellas mediante el establecimiento de un deber se les denomina normas y son dirigidas al hombre como pautas de conducta. Estas pautas de conducta son formulaciones o expresiones imperativas que se dirigen a la voluntad y por las cuales el hombre se vale para la realización de determinados fines considerados para él como valiosos.

Los individuos de un grupo social al ajustar su proceder a las diversas normas jurídicas que se les dirigen, regulan su conducta en conformidad a las reglas dadas y contenidas en las mismas, sujetándose de este modo a un deber ser que les permitirán

la realización de determinados actos, o bien la prohibición en cuanto a la ejecución de otros, encontrando de este modo las directrices que encaminarán sus conductas bajo la idea de un orden. Pues contenido de toda norma es la pretensión de una armonía. Por lo que ya desde ahora podemos afirmar que las disposiciones jurídicas encaminan al hombre a un orden.

El sentido propio o constitutivo de lo jurídico, en la regla del derecho, le viene atribuido debido a la estructura lógico-formal que guarda la misma, ya que el derecho busca regular las conductas de los hombres bajo un principio de imputación. Mediante la formulación de reglas que relacionan dos ideas conectando una idea antecedente con otra idea consecuente, la primera es una hipótesis que al actualizarse da lugar a determinados deberes y obligaciones.

b).- La Voluntad Humana.

Una vez que ha sido establecida la importancia que guarda la formulación jurídica como elemento esencial del derecho, a través de la cual el derecho adquiere un doble sentido, por un lado determina en el carácter de regla, que dirigida a la voluntad busca la realización de un orden mediante el establecimiento de un deber. Por el otro es que en ella se expresa el carácter jurídico y técnico que toda institución del derecho contiene.

El jurista descubre que la formulación jurídica encuentra una vinculación imprescindible con otro elemento igualmente necesario, este elemento es la voluntad humana debido a que en último caso son los individuos como miembros de una colectividad los destinatarios de las formulaciones jurídicas.

Es un rasgo común el encontrar que en la mayoría de definiciones y opiniones acerca del derecho, se mencione a la conducta del hombre como el centro de regulación del mundo jurídico. Esta posición en nuestra opinión es un punto al cual el jurista debe dejar esclarecido, ya que el derecho como se expone no se conforma con regular el modo de obrar de los individuos al ejecutar una acción por lo cual se origina determinado efecto. El derecho traspasa el plano puramente exterior de la conducta humana para salvaguardar e indagar la intención humana.

El relacionar al derecho con la conducta externa de los individuos parece tener como origen el pensamiento de Kant. Este filósofo al dejar establecido que cada ciencia tiene un modo especial de pensar, y que al ser este descubierto se obtiene el método propio de cada una de ellas, y que sólo a través de él cada ciencia encuentra su debido desarrollo.

De este modo considerada la ciencia, Kant distingue a la moral del derecho para esto, este filósofo distingue las diferencias existentes entre los juicios enunciativos y los juicios normativos, así la naturaleza se rige a través de juicios enunciativos por lo que se expresan las relaciones indefectibles y necesarias que guardan sus fenómenos. Por el contrario el derecho y la moral se determinan por juicios de carácter normativo que expresan un deber ser.

Las diferencias que guardan la moral y el derecho, radica que los juicios de la moral son categóricos, nacen del entendimiento y exigen el cumplimiento de determinadas acciones. Mientras que los juicios del derecho son hipotéticos, pues contienen una acción supuesta que al realizarse da lugar a una reacción estatal. Por consiguiente Kant le atribuye a la moral las características de autonomía, interioridad, unilateralidad e incoercibilidad. Mientras que al derecho le asigna los datos de hetero-

nomía, exterioridad, bilateralidad y coercibilidad.

El seguir sosteniendo que el derecho sólo regula la exterioridad de los actos humanos es afirmar una limitación en el objeto del derecho, pues no tendría sentido que el mismo contenga una serie de disposiciones relativas a la interioridad de las personas como es el caso en el derecho privado, el cual asegura a los individuos una esfera de libertad y autonomía, por las que les permite regular sus propios intereses en las relaciones con sus semejantes. En este mismo sentido puede citarse la naturaleza del derecho penal en donde la indagación interna en la intencionalidad del sujeto al ejecutar un delito es aún más severa.

La voluntad en un sentido general, puede ser considerada la facultad por la que un sujeto determina la realización de un acto o bien rehuye la realización de otro.

La importancia que guarda la voluntad como elemento necesario a toda noción del derecho, radica en que los individuos al convivir en un mismo entorno social se encuentran facultados para elegir y poner en práctica las acciones que los mismos se hayan propuesto, así desde este punto de vista, resulta natural que el ejercicio autoritario de las voluntades correspondientes tengan como resultado un desorden de conductas generalizado, surgiendo la necesidad de coordinar las acciones humanas mediante reglas que garanticen un ejercicio equitativo de las libertades humanas determinando la voluntad a la consecución de un orden de convivencia.

Por último, de este modo considerado el derecho al permitir dentro de un grupo social una debida convivencia entre sus miembros, no solamente a un pretendido orden, sino que permite proporcionar seguridad a los diversos hechos y actos en los que el hombre se ve incluido proporcionando los modos lícitos para manifestar sus

intereses, determinando lo que cada individuo puede exigir y esperar de sus semejantes, fija el anhelo de participación y contribución de las personas hacia un bien común, salvaguardando los intereses individuales y colectivos, siempre que estén en conformidad con los intereses del grupo.

La importancia que guarda la voluntad como elemento necesario a toda noción del derecho radica en que los individuos que convivan en el mismo entorno social se encuentren facultados para elegir y poner en práctica las acciones que los mismos se hayan propuesto, por lo que resulta natural que el ejercicio autoritario de las voluntades tengan como resultado un desorden de conductas generalizado, surgiendo la necesidad de coordinar las conductas mediante el establecimiento de reglas que exijan un ajustamiento a ellas, mediante el establecimiento de un deber dirigido al hombre como pauta de conducta como formulaciones o expresiones imperativas dirigidas a la voluntad para la consecución de un orden de convivencia.

c).- El Orden Social.

El tercer elemento que converge a la noción del derecho es la idea de un orden social y al igual que la formulación jurídica y la conducta humana participa como elemento permanente y necesario en ella. Es mediante la valoración de este elemento por el que se logra justificar filosóficamente la sujeción de la conducta de los individuos a la regla jurídica, pues no basta como se ha dicho, el haber determinado una vinculación imprescindible entre estos dos elementos, sino además se requiere resaltar el carácter de medio que el derecho adquiere mediante la unión de estos dos elementos a la consecución del fin u objeto propio del derecho el cual se traduce concretamente a la realización de un orden social.

La idea del orden social como elemento esencial en la noción del derecho, debe

ser calificada en nuestra opinión de acuerdo a los atributos que le pueden ser referidos jurídicamente hablando.

Ya se ha establecido en el apartado anterior que el derecho aparece en la vida social por la necesidad de coordinar las acciones de los hombres, mediante el establecimiento de reglas que garanticen un ejercicio equitativo de las libertades humanas, determinando de este modo la conducta de los individuos en forma concertada y armónica a la consecución de un orden.

La idea de un orden social como objeto o fin contenido en el derecho, permita descubrir en él una disposición metódica de las acciones humanas marcando en ellas las directrices o caminos que han de seguir los miembros de una sociedad para el logro de una convivencia colectiva, pretendiendo con esto un desarrollo social pleno dentro de un ambiente de paz y tranquilidad. Puede observarse que existen diferencias particulares dentro de los diferentes sistemas jurídicos, sin embargo, el jurista encontrará que todos ellos persiguen el armonizar y coordinar las conductas de sus destinatarios para la realización de una convivencia alimentada por una gran variedad de rasgos de una cultura común, que en cuyo desarrollo intelectual, artístico y moral de grupo se gesta el pensamiento jurídico.

La necesidad de determinar la naturaleza e importancia que guarda el orden social como elemento esencial del derecho, obliga a descubrir en él las características que le son propias y que permiten distinguirlo de cualquier otro tipo de orden. Así el primer atributo que se le puede dirigir es que el mismo es una creación del hombre, es decir, es un producto deliberado del espíritu humano por regir su conducta en relación con sus semejantes, lo anterior parece tener su explicación en el sentido de que todos los seres participan en el mundo de diversa forma. Así los animales participan en su

entorno de manera instintiva, por lo que puede afirmarse que estos se desarrollan aprovechando las cualidades que les son propias. El hombre por el contrario participa en el mundo entendiendo su entorno buscando con su inteligencia una visión total y razonada del mismo, su finalidad es la de hacer más fácil y agradable su existencia y de ese entorno que le rodea crea uno nuevo, pero artificial, el cual ya es creado por la actividad humana mediante un conjunto de ideas que amplía y enriquece su existencia satisfaciendo necesidades materiales y espirituales, crea así la sociedad y se determina por ella mediante una cultura común.

"Un mundo le es dado al hombre; su gloria no es soportar o despreciar este mundo, sino enriquecerlo construyendo otros universos. Amasa y remoldea la naturaleza, sometiéndola a sus propias necesidades; construye la sociedad y es a su vez construido por ella; trata luego de remoldear este ambiente artificial para adaptarlo a sus propias necesidades animales y espirituales, así como a sus sueños: crea así el mundo de los artefactos y el mundo de la cultura."(140)

Por lo anterior, puede afirmarse que el derecho es un orden artificial creado por el hombre, y que el mismo es utilizado por este como el instrumento idóneo, mediante el cual se pueden hacer más fáciles y seguras las relaciones con sus semejantes, además de ser la expresión más sublime de la dimensión social humana.

La sociedad y la familia tuvieron como origen la humanidad primitiva, así estos dos grupos aparecen indeterminados para satisfacer necesidades de conservación, reproducción y de relación entre los hombres.

(140) BUNGE, Mario. La Ciencia, su Método y su Filosofía. Quinta Edición. Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires. Pág. 9.

Los lazos que unían a los primeros hombres en las formas sociales más rudimentarias se derivan primeramente por vínculos de parentesco sanguíneo, para después admitir otros vínculos productos de la sociabilidad que permitieron el perfeccionamiento de estos grupos primarios hasta llegar a la idea de un Estado. Estos segundos vínculos permiten observar que el hombre no puede vivir aislado sino que encuentra su perfeccionamiento mediante la unión o convivencia con otros seres humanos, así el segundo atributo que le puede ser referido al orden perseguido por el derecho es el de convivencia.

Es a través de este orden de convivencia por el que los hombres se ven unidos por lazos de solidaridad, unión de esfuerzos y división de tareas, además de definir lo que se puede llamar formas mentales colectivas que contienen factores comunes relativos al lenguaje, la religión, las costumbres y nacionalidad. Factores que permiten en su conjunto la concepción de una sociedad humana.

La convivencia de los hombres es el elemento que califica el orden perseguido por el derecho, permitiendo con esto que el hombre no vuelva a un estado presocial de lucha sino por el contrario que ayude a renovar o desprender nuevas pautas de conducta que estén a la vanguardia de los variantes hechos sociales, pero siempre animadas por un anhelo de convivencia social con fines colectivos o generales, principio fundamental de todo sistema jurídico.

Por último, desde esta perspectiva se hace necesario determinar a que tipo de convivencia encamina el derecho, pues esta conduce a la conducta humana bajo un criterio de justicia, ya que de las relaciones sociales busca dar a cada miembro social lo suyo, o dicho en otras palabras lo que le corresponde. Así el tercer atributo que tiene el orden social como elemento esencial del derecho es la de guardar una posición

justa en el marco de las relaciones sociales.

Es bajo este criterio que el derecho asegura y aspira a un orden exterior equitativo, salvaguardando tanto los intereses particulares como los colectivos dentro de un ambiente de bienestar social.

El derecho como orden justo determina la convivencia humana precisando lo que se puede exigir y esperar como resultado de nuestras conductas, dando seguridad a la variada especie de actos y hechos por los que se manifiestan las relaciones humanas.

El derecho busca bajo este criterio, una debida proporción en cuanto a su aplicación a los actos humanos, determinando lo que le pertenece a cada individuo que esté sujeto a una cierta relación jurídica buscando otorgar con exactitud lo que a derecho corresponde.

3.- EXPOSICION FILOSOFICA DE LA DEFINICION DEL DERECHO.

Una vez que ha sido desarrollada la noción filosófica del derecho, sigue en turno exponer de modo sistemático las características que guarda la definición real del derecho, consideramos que el desarrollo de la definición del derecho debe comprender las características que guarda la definición en general y que es lo que se busca por medio de ella al enunciar el sentido de su objeto. Debe explicar la necesidad que guarda la definición del derecho con el presupuesto filosófico de la noción del mismo, y por último dejar establecidas las reglas que se deben seguir para lograrla, así como las ventajas e importancia que tiene para la ciencia jurídica en general.

A) - Generalidades sobre la Definición del Derecho.

Definir el derecho significa que el jurista debe proporcionar la enunciación de las cualidades y características que guarda el mismo, explicando o determinando el sentido de éste al servir de presupuesto filosófico para la definición del mismo; delimitando lo que debe entenderse por derecho. De una manera general puede decirse que "definir quiere decir delimitar (del latín: definire) poner límites. Por tanto, una definición es la expresión de lo que es un objeto, sin añadir ni quitar nada a él."

Por lo anterior, lograr definir el derecho implica manifestar o exteriorizar lo que el derecho es; es pasar del plano puramente formal o del pensamiento a lo práctico o exterior, por lo que se da a conocer por medio de la palabra o conjunto de frases, el derecho sin quitar ni añadir nada que no atienda a su esencia.

El concepto o idea del derecho significa en la mente del jurista, el descubrir los elementos esenciales y necesarios en él contenidos. Dar a conocer lo mismo por medio de palabras, expresando con exactitud en que consisten esos elementos es precisamente definir el derecho.⁽¹⁴¹⁾

La definición del derecho presupone en este orden de ideas la comprensión del fenómeno jurídico, es el haber entendido y conocer el sentido del mismo, y saber exponerlo o desarrollarlo con exactitud y fidelidad es saber definirlo, enunciando las cualidades y características descubiertas en él.

Una vez que el jurista posee la esencia del derecho mediante la comprensión de sus notas necesarias, evita que aquello que le puede ser referido se restrinja única- —

(141) GUTIERREZ SAENZ, Raúl. *Op. Cit.* Pág. 121.

mente a los elementos descubiertos. Por el contrario cuando en la noción de éste se dejan de comprender sus notas es evidente que aplicamos indebidamente su extensión.

La noción del derecho ya expuesta e integrada por los elementos de formulación jurídica, voluntad humana y orden social permite servir de presupuesto filosófico para lograr una debida definición.

B).- Definición Nominal del Derecho.

Son diversos los tipos de definiciones que existen para lograr exteriorizar y enunciar las cualidades o características de un objeto, sin embargo consideramos que la más sencilla es la definición nominal, por ser ésta la que se refiere al nombre o palabra, a pesar de que con la misma sólo logramos un sentido aproximado del objeto de que se trate.

El valor de la definición nominal en el pensamiento jurídico, debe ser considerado por el jurista como aquel elemento que le permite una primera aproximación u orientación relativa, pues no satisface con exactitud una idea filosófica o general del mismo. Además de que su utilización solo debe limitarse al esclarecimiento de sinónimos o palabras usuales por los que se ha aproximado el significado de la palabra derecho, como es el caso de la relación entre los vocablos *ius* y *dirigere*, por lo que se hace referencia desde el derecho romano a la idea del derecho. Así el procedimiento más técnico que tiene la definición nominal en el derecho es recurrir a su etimología.

a).- Análisis de las palabras *ius* y Derecho.

Los jurisconsultos romanos transformaron el derecho en un arte a tal grado que lo

perfeccionaron como una construcción producto de la sabiduría. Así en la práctica diaria se vieron en la necesidad de determinar la convivencia y de las relaciones humanas saber dar a cada uno lo suyo, lo que le correspondía a cada uno en el marco de relaciones sociales, y a eso que le correspondía a cada uno lo llamaron ius o derecho de cada uno, y a la ciencia que consistía en averiguar el derecho de cada uno le dieron el nombre de ars iuris o arte del derecho. Lo que se expresaba por ius era lo considerado justo.

De lo dicho anteriormente, se desprende que la palabra derecho encuentra una doble etimología, por un lado la necesidad de determinar el significado de ius y por el otro, la de derecho propiamente.

b).- Etimología de la Palabra ius.

Las teorías de los antiguos autores sostienen que ius deriva de iustitia "Justitia est constans et perpetua voluntas ius sum cuique tribuendi." (142) Por la cual se expresaba la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo. O bien de iustum por lo cual se decía lo justo. Lo anterior era tomado por Ulpiano que decía iuris operarum daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris desedat. Est autem a iustitia aprelatum. Quien va a decirse al derecho (ius) lo primero que debe conocer es de donde viene el nombre, pues es llamado así de la justicia. Así también San Isidoro de Sevilla afirmaba "ius autem dictum, quia iustum est." El derecho (ius) se llama así porque es lo justo (iustum). (143)

(142) PETIT, Eugene. Op. Cit. Pág. 18.

(143) SANCHO IZQUIERDO, Miguel. Compendio de Derecho Natural. Universidad de Navarra. 1980. ---
Pág. 20

No obstante parece más apropiado que *ius-filia* y *iustum* deriven de *ius*, esta consideración es más apropiada filológicamente pues resulta comprensible que la palabra que se deriva de otra sea más compleja que la primera.

Parece ser que la primera palabra latina por la cual se significaba el derecho fue el término *ioues* que posteriormente se encuentra bajo la forma de *ious*. *ius* aparece ya en la ley de las XII Tablas.

Otros autores afirman que "Jus, como *Jubere*, *Jussus*, proviene de la raíz sánscrita *ju*, ligar." (144) Con esta palabra que data por lo menos del siglo V a. c. se determinaba el significado de lo justo, que a su vez es formulado por aquellos que saben de ello o jurisperitos. Es por esto que los juristas Romanos concibieron al *ius* como la disciplina de lo justo y de lo injusto, donde ciencia (*scientia*) equivale a *ars* o arte.

"Aunque *ius* significó primeramente lo justo, no por eso dejó de significar también el aspecto normativo (ordenamiento, norma) y el subjetivo (derecho o facultad de alguien), si bien estos sentidos se presentan en la noción romana de *ius* de un modo muy fluido y no como acepciones claramente diferenciadas." (145)

Por último podemos afirmar que por la palabra *ius* se entendía la posición justa, y como ciencia el arte de lo justo.

c).- Etimología de la Palabra Derecho.

(144) PETIT, Eugene. Op. Cit. Pág. 18.

(145) SANCHO IZQUIERDO. Op. Cit. Págs. 21-22.

La palabra **derecho** a diferencia de otras palabras castellanas las cuales guardan gran semejanza con sus correspondientes latinas, carece de ésta correspondencia con alguna voz que tenga idéntica significación en latín. La palabra **derecho** encuentra en lus la palabra latina por la cual se expresaba la idea de **derecho**, sin embargo mediante una opinión común, los juristas coinciden en derivar **derecho** de la palabra **directum** (dirigido) participio pasivo del verbo **dirigere** que significa **dirigir**, el cual se encuentra compuesto de **di** y el verbo **regere** que alude a **regir** o **gobernar**.

"Según la opinión más común, derivase la palabra **derecho, como sus hermanas de otras lenguas romances del participio pasivo (**directum**, **dirigido**) del verbo latino **dirigere** **dirigir**, compuesto de la partícula **di** y el verbo **regere**, **regir**, **gobernar**..." (146)**

Por lo anteriormente dicho, se puede afirmar que el vocablo **derecho** nos proporciona una idea de imposición, a la vez la representación de alguien que ordena frente a sujetos que se encuentran sometidos a un mandato, y que por lo tanto deben obedecer.

d).- Sustitución de la palabra **ius por la Palabra **Directum**.**

La sustitución de la palabra **ius** por la de **derecho** no es solamente un hecho aislado de la lengua castellana, sino que también es común en algunas otras lenguas, por ejemplo **droit** en francés, **diritto** en italiano, **dereito** en portugués, **dret** en catalán, **dreptu** en rumano.

(146) SANCHO IZQUIERDO, Miguel. Op. Cit. Pág. 24.

Sin embargo, la sustitución de la palabra *ius* por *directum* parece tener dos razones. La primera de ellas apunta a la tendencia de una moralización del *ius* diciendo que la conducta justa es aquella que se dirige por el camino recto (*directum*). La segunda encuentra entre *ius* y *directum* dos ordenamientos diversos, pues el *ius* se refería a la formulación del derecho justo, producto de la actividad concedora de los jurisconsultos, mientras que por *directum* se entendía una sujeción; una conducta que se encontraba regida y la cual el pueblo vivía, por lo tanto cuando el derecho de los jurisconsultos cayó en desuso únicamente se ve desde la edad media el derecho como *directum*, haciendo desde entonces alusión a la sujeción de la conducta a una formulación establecida; es decir, la idea de sujeción a un mandato independientemente de que el mismo fuese justo o injusto.

"El desplazamiento de *ius* por *directum* obedecía a que esta última palabra indicaba 'una ordenación de conductas' - el derecho como sistema de normas - frente a *ius* que sugería la idea de realización activa, de formulación o exposición de las normas jurídicas: el *ars* o técnica que habían destacado los jurisconsultos al definirlo y caracterizarlo. El pueblo del bajo Imperio ya no veía en el *ius* un arte o una técnica, como el antiguo romano que contemplaba el quehacer diario de los jueces, pretores, o prudentes, resolviendo problemas; sólo veía un sistema de normas ya construido por el que había de regirse. Por otra parte, el *ius* era derecho de los juristas y de los legisladores; no el que el pueblo vivía y por que se regía (el derecho vulgar al que antes hemos aludido). Vinculadas así las voces *ius* y *directum* a dos ordenamientos jurídicos diferentes, su suerte fue decidida por la de éstos. - - Cuando en los primeros siglos de la Edad Media el derecho de los juristas y de los legisladores cayó en desuso, la voz *directum* triunfó y se impuso como el derecho popular que designaba." (147)

e).- Sentido Teórico y Sentido Práctico del Derecho.

(147) SANCHEZ IZQUIERDO, Miguel. Op. Cit., Pág. 26.

De acuerdo a lo expuesto en los incisos anteriores hemos de hacer las siguientes consideraciones, en el derecho puede percibirse la existencia de dos aspectos los cuales pueden ser denominados a su vez como un sentido teórico y un sentido práctico del derecho.

Estos dos sentidos pueden ser descubiertos desde el derecho romano, el cual es la base de nuestra cultura jurídica actual y por la cual se nutren la mayoría de ideas e instituciones de los diversos sistemas jurídicos actuales, consideramos a su vez apuntar que el sentido teórico del derecho surge en Roma por aparecer el mismo como un modelo de sabiduría en el cual se observaba un gran sentido práctico, pues nace de la necesidad de determinar la convivencia social, y de las relaciones humanas saber dar lo suyo o lo que corresponde a cada quién, a eso que le correspondía a cada persona lo llamaron ius o derecho de cada uno.

El ius por el que se hacía referencia a la idea del derecho, se dirigía a la realización y exposición de formulaciones jurídicas por las que se les daba a cada miembro social lo suyo o justo, con lo que se caracterizaba y definía una exigencia a la actividad diaria de juriconsultos, jueces, y pretores en la noble tarea de resolver equitativamente problemas a ellos planteados.

El sentido práctico que el derecho adquiere, a parece cuando la actividad de estos funcionarios cayó en desuso, el pueblo ya no veía en el ius un arte o técnica como lo hacían los antiguos romanos, pues éstos sólo veían ya un sistema de normas constituido por el que había que regirse, así en el derecho se empieza a ver la sujeción de la conducta a la regla en sí, hecho que da lugar a que en la opinión más común se derive la palabra derecho del vocablo latino directum que significa dirigido. Esta sujeción de la conducta a un mandato era lo que el pueblo vivía realmente, aquella que prescribía que la conducta al realizarse sólo se dirigía en conformidad a la norma que lo gobernaba o regía.

No obstante que estos dos sentidos en el derecho quedan claramente diferencia—

dos, consideramos necesario afirmar que los mismos son estimados como dos lados diferentes sólo dentro de una orientación inexacta producto del análisis etimológico de la palabra derecho. Lo cierto es que esta escisión desaparece al reconocerse dentro de una posición filosófica de los elementos esenciales y constitutivos de la noción del derecho, la vinculación imprescindible que guarda por un lado la formulación jurídica con la conducta humana y que en su comunión se gesta el medio necesario para la persecución del orden social como último momento necesario y permanente en el derecho.

Por último, y de acuerdo a lo anterior, se puede decir que en el pensamiento filosófico jurídico no puede establecerse la existencia de dos órdenes diversos como lo demuestra inexactamente el análisis etimológico de la palabra derecho, pues como ha quedado establecido al hablar sobre el concepto o idea del derecho la relación entre la formulación jurídica y la sujeción de la voluntad guardan un carácter de vinculación imprescindible, la cual tiene a su vez el carácter de medio para la realización del orden social.

C).- Reglas a seguir al Definir el Derecho.

Consideramos que la posibilidad de enunciar o exteriorizar las cualidades y características del derecho, debe sujetarse a determinadas reglas que pueden mostrar los caminos que han de seguirse para el logro de una correcta definición del mismo.

1.- La definición del derecho debe ser breve pero completa; es decir, la definición debe enunciar únicamente las notas constitutivas del derecho, debe evitar la consideración de elementos extraños a la misma por no contener los mismos un carácter necesario.

2.- La definición del derecho debe ser clara; debe seguir la nitidez del pensamiento, evitando palabras con sentido obscuro o difíciles en su comprensión pues provocan incertidumbre.

3.- Debe indicar los elementos esenciales y necesarios del derecho poniendo en claro los mismos, evitando que lo definido aparezca en la definición.

4.- La definición del derecho no debe ser negativa, pues ésta se dirige a decir lo que éste es, aclarando el contenido de su idea y no lo que queda excluida de ésta, pues sería imposible llegar a su conformación desprendiendo un interminable número de notas ajenas a ella.

D).- La Definición Real del Derecho.

La palabra real permite proporcionar en nuestra mente la idea de algo que existe verdaderamente, que tiene un sentido cierto y exacto, pues bien, precisamente la definición real del derecho nos da la libertad de expresar con exactitud y rigor las notas constitutivas que guarda el derecho, abarcando precisamente el objeto del mismo sin agregar ni separar más elementos que aquellos descubiertos por la noción filosófica del mismo.

La definición real permite a diferencia de la definición nominal referirse y poner en claro las notas constitutivas de la noción filosófica del derecho que delimitan la extensión del mismo con respecto a la gran variedad de datos que le pueden ser referidos.

De lo expuesto anteriormente se puede afirmar que el presupuesto filosófico de la definición del derecho en el jurista, es el esclarecimiento de la noción o idea que se tenga de aquél como representación intelectual de su contenido esencial y necesario. De este modo considerado el derecho puede definirse como el conjunto de reglas jurídico técnicas que permiten sujetar la conducta individual y colectiva de los miembros de un determinado grupo social, bajo un orden artificial de convivencia justa.

E).- Importancia que Guarda la Definición Real del Derecho en la Ciencia Jurídica en General.

Por último, consideramos que una vez que ha sido expuesta la definición real del derecho debemos exponer la importancia y ventajas que ésta guarda así como su importancia dentro del pensamiento jurídico general. Estas pueden ser expuestas del siguiente modo:

1.- La definición real al encontrarse fundada por una noción filosófica de lo jurídico, permite erradicar la incertidumbre de aquello que debe entenderse por derecho, dando un sentido cierto al mismo.

2.- La definición real permite lograr una universalidad del pensamiento jurídico logrando una visión totalitaria y única del derecho en cuanto al surgimiento, necesidad y justificación de su existencia en la sociedad.

3.- Facilita a los diferentes juristas a la obtención de conclusiones uniformes en el campo de la investigación, pues evita el riesgo frecuente de hablar o resaltar aspectos parciales del derecho, como ocurre al adoptar la posición de alguna de las diferentes doctrinas filosóficas.

4.- Permite evitar posibles discusiones que pueden traer un atraso dentro del desarrollo y evolución del pensamiento jurídico sobre los aspectos universal y general del mismo.

5.- La definición real del derecho permite servir de base para el desenvolvimiento de nuevas ideas acerca del mismo, ayudando con esto al avance de la ciencia jurídica.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto en el presente trabajo se concluye.

1.- La filosofía es un orden del saber que puede referirse a cualquier conocimiento, es un conocimiento elevado de raciocinio mediante el cual se puede, mediante la capacidad cognoscitiva del hombre, percibir la universalidad de los objetos de estudio, en cuanto a sus primeras causas, y obtener con esto una unificación del conocimiento.

2.- La ciencia al contrario de la filosofía versa sobre aspectos parciales de la realidad, encuentra en ella una diversidad de conocimientos, y se vale de diversos métodos, características que le impiden obtener una visión totalitaria y última de la realidad.

3.- La filosofía jurídica tiene por objeto la exposición de los principios fundamentales del derecho, mediante la búsqueda de una universalidad lógica del pensamiento jurídico, mediante la exposición de doctrinas y opiniones generales del mismo.

4.- La filosofía del derecho determina un orden del saber jurídico, por el que se adquiere un conocimiento reflexivo y sistemático del derecho en cuanto a sus primeras causas.

5.- El problema de la definición del derecho es un tema cuyo desarrollo y exposición corresponde resolver a la filosofía del derecho, por ser la misma la ciencia jurídica suprema.

6.- El problema de la definición del derecho se presenta como un tema al que los

juristas han reconocido existencia, además de una dificultad particular para su solución.

7.- La dificultad que existe para solucionarlo encuentra su razón en la diversidad de ideas que se tienen de él, las cuales son justificadas por razonamientos filosóficos sustentados de conformidad a los postulados de las diferentes doctrinas filosóficas.

8.- Las diferentes ideas que se tienen del derecho y la dificultad para definirlo demuestra un hecho evidente, la falta de una idea filosófica que rija y permita construir sobre ella un conocimiento sistemático y absoluto de éste. Evitando con esto la incertidumbre sobre una noción general del mismo.

9.- Las diversas nociones que pueden ser referidas al derecho, pueden ser agrupadas en el contenido de las diversas doctrinas filosóficas como el conjunto de opiniones sustentadas por una escuela filosófica determinada.

10.- Las aportaciones del jusnaturalismo, racionalismo jurídico, positivismo formalista, empirismo jurídico y voluntarismo jurídico no satisfacen una noción general del derecho, pues éstas se dirigen a resaltar aspectos parciales de la compleja formación del derecho, provocando con esto incertidumbre sobre la posibilidad de una universalidad lógica dentro del pensamiento jurídico en cuanto a su manifestación, necesidad y justificación dentro del núcleo social.

11.- Las doctrinas filosóficas se dirigen a justificar y establecer que es el derecho, olvidándose en ocasiones que éste encuentra como último fundamento al hombre mismo que es al fin al y cabo quien lo realiza. La noción filosófica del derecho debe realizarse admitiendo la relación que guarda el derecho con el hombre, pues reconociendo esta unión se adquiere la posición filosófica de este como medio adecuado para la consecución de un fin social.

12.- La noción filosófica del derecho debe desarrollarse con apoyo de un razonamiento

miento lógico como instrumento idóneo para el desarrollo de las primeras intuiciones filosóficas y que permite desde los primeros conocimientos alcanzar conclusiones correctas.

13.- Es a través de la lógica por la que la noción del derecho se ve enriquecida, pues el derecho al ser susceptible de conocimiento se le dirige la capacidad cognoscitiva. Mediante la inteligencia el jurista puede penetrar en un plano más profundo sobre la esencia de lo jurídico descubriendo en él una estructura necesaria que le permita aprehender el sentido del mismo.

14.- La estructura esencial descubierta en la noción del derecho, se encuentra determinada por tres elementos necesarios y permanentes en él. Estos elementos son la formulación jurídica, la voluntad humana y el orden social.

15.- La formulación jurídica como elemento esencial del derecho aparece como la expresión propia del mismo, por medio de la cual se manifiesta y se determina socialmente. Es un elemento que se encuentra unido al de la voluntad humana, la formulación jurídica contiene determinados sentidos a saber, el de una regla de conducta, el de poseer un carácter jurídico y el de manifestarse en forma técnica.

16.- La voluntad humana como elemento necesario de la idea general del derecho se encuentra unida a la formulación jurídica mediante un vínculo imprescindible, ya que esta última como regla se dirige imperativamente a la voluntad mediante el establecimiento de un deber.

17.- La voluntad es la facultad por la que un sujeto determina la realización de un acto o bien rehuye la ejecución de otro, el ejercicio autoritario de esta facultad tiene como resultado un desorden de conductas generalizado. Por lo que surge la necesidad de regular estas conductas mediante reglas que garanticen un ejercicio

equitativo de las libertades humanas sujetando a la conducta a la consecución de un orden de convivencia.

18.- El orden social como elemento de la noción del derecho, permite justificar filosóficamente la sujeción de la conducta a la regla jurídica, la consecución o fin propio del derecho es la de llegar a realizar un orden social.

19.- La definición del derecho únicamente tiene por objeto enunciar las cualidades y características que guarda éste. Es dar a conocer por medio de palabras o conjuntos de frases lo que el derecho es.

20.- La definición del derecho encuentra como presupuesto filosófico la previa aprehensión de los datos constitutivos que este tiene dentro de una idea general, mediante la cual se explica y determina el sentido del mismo.

21.- La definición nominal del derecho por referirse al análisis etimológico del nombre o palabra, solo permite en el pensamiento jurídico la obtención de un sentido aproximado e inexacto del mismo.

22.- No puede admitirse la existencia de un sentido teórico y un sentido práctico del derecho como lo deja ver el análisis etimológico, pues la relación de la formulación jurídica con la sujeción de la conducta es de carácter necesario para la consecución de un mismo orden social.

23.- La definición real del derecho expresa con exactitud y rigor las notas esenciales del derecho y permite definirlo como el conjunto de reglas jurídico-técnicas que permiten sujetar la voluntad individual y colectiva de los miembros de un grupo social bajo un orden artificial de convivencia justa.

24.- Las características que tiene la definición real es que es completa, clara,

enuncia los elementos constitutivos de éste y aclara el contenido de su idea, enuncia lo que es y no se refiere a lo que está excluido de ésta.

25.- La definición real del derecho al obedecer a un conocimiento exacto y razonado, obtenido mediante la actividad filosófica, permite a la ciencia jurídica un desarrollo más íntegro de las nuevas ideas que le pueden ser referidas.

BIBLIOGRAFIA.

- ARNAIZ, Auror.- Ciencia Política. Pax-México, México, 1976.
- BADENES GASSET, Ramón. Conceptos Fundamentales del Derecho. Cuarta Edición, Bolxareu, 1986.
- BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Textos Universitarios, - U.N.A.M., México, 1982.
- BUNGE, Mario. La Ciencia su Método y su Filosofía. Ediciones Siglo Veinte, Argentina, 1991.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio. Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho. U.N.A.M., México, 1979.
- FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. - Décima Primera Edición, Porrúa, México, 1975.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Séptima Edición, Porrúa, México, 1985.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Decima Séptima Edición, Porrúa, México, 1970.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ensayos Filosóficos-Jurídicos. Segunda Edición, - U.N.A.M. México, 1984.
- GARCIA, Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Vigésima Quinta - - Edición, Porrúa, México, 1978.
- GUTIERREZ SAENZ, Raúl. Introducción a la Lógica. Decima Tercera Edición, Esfinge, México, 1979.
- HESSEN, Johan. Teoría del Conocimiento. Sexta Edición, . Lozada, Argentina, 1936.
- KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Nacional, México, 1972.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Décima Segunda Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1974.
- KURI BREÑA, Daniel. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. Primera Edición. Jus, 1978.
- LE FUR, Luis Erasme. Los Fines del Derecho. Bien Común, Justicia, Seguridad. Traducida por Daniel Kuri Breña, Editorial Jus, México, 1944.
- MARGADANT S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Undécima Edición, -

- Esfinge, México, 1982.**
- MARIAS, Julián.** Historia de la Filosofía. Vigésima Primera Edición, Manuales de la Revista de Occidente, España, 1969.
- NINO, Carlos Santiago.** Notas de Introducción al Derecho. Los conceptos básicos del Derecho, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, Argentina, 1973.
- PETIT, Eugene.** Tratado Elemental de Derecho Romano. Tercera Edición Porrúa, México, 1986.
- PORRUA PEREZ, Francisco.** Teoría del Estado. Vigésima Segunda Edición, Porrúa, -- México, 1988.
- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael.** Lecciones de Filosofía del Derecho. U.N.A.M. México, 1986.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael.** Los Conceptos Jurídicos Fundamentales. Talleres El Nacional, México, 1943.
- RUBIO Y RUBIO, Alfonso.** La Filosofía de los Valores y el Derecho. Editorial Jus, México, 1945.
- SANCHO IZQUIERDO, Miguel.** Compendio de Derecho Natural. Universidad de Navarra, España, 1980.
- TERAN, Juan Manuel.** Filosofía del Derecho. Décima Primera Edición, Porrúa, México, 1989.
- VARGAS MONTOYA, Samuel.** Historia de las Doctrinas Filosóficas. Décima Primera Edición, Porrúa, México, 1984.
- VILLORO TORANZO, Miguel.** Introducción al Estudio del Derecho. Séptima Edición, -- Porrúa, México, 1987.

OTRAS OBRAS CONSULTADAS.

- GARCIA - PELAYO Y GROSS, Ramón.** Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse. Noger, España, 1972.
- LABOR, Editorial.** Diccionario Enciclopédico Labor. Tomos I, II, IV, VIII, España, 1969.
- QUILLET ARISTIDES, Editorial.** Enciclopedia Autodidáctica Quillet. Tomo IV, Quinta -- Edición, México, 1967.
- RICCARDI, Ramón y HARAUULT, Bernardo.** La Biblia. Tercera Edición, Paulinas, Espa-

na, 1972.

HEMEROGRAFIA.

- ABARCA, Ricardo L. "Análisis de la Norma Jurídica" en la Revista El Foro Org. de la -
Barra Mexicana. México, 1963, Cuarta Epoca, número 41.
- DEL PORTILLO, Alvaro. "Moral y Derecho". en Persona y Derecho. España, 1974, Vo-
lumen I
- FREIJO, Martha E. "Las Normas del Trato Social", en Revista Jurídica Universidad de
Tucumán. Argentina, 1971, número 22.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. "Relaciones entre Moral y Derecho" en Memorias del Co-
legio Nacional. México, 1966, número 1, tomo VI.
- VILLORO TORANZO, Miguel. "La Escuela Histórica del Derecho", en Estudios Jurídi-
cos de la Escuela Libre de Derecho. México, 1966, número 2.