

388



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**SEMINARIO DE TEORÍA FILOSOFÍA DERECHO
FAMILIAR E HISTORIA DEL DERECHO**

***ESTUDIO COMPARATIVO E IMPORTANCIA DEL
DERECHO NATURAL, REALISMOSOCIOLÓGICO
Y POSITIVISMO JURÍDICO PARA LA
CONSTITUCIÓN DE UN ESTADO
DE DERECHO.***

293318

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ISABEL REYES FUENTES

ASESOR: LIC. ALICIA BERTHIER VILLASEÑOR

MÉXICO

2001



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.

A MIS PADRES:

*Gloria y Rodolfo, quienes me enseñaron
el camino a seguir, brindándome siempre
un apoyo cuando más lo necesite.*

Lo que soy y seré se los debo a ustedes.

GRACIAS.

*A mis hermanas, Moni y Vicky
con quienes aprendí los que es
el cariño puro y sincero, a ti
Aylin por ser la esperanza de un
mañana, y Jesús por ser el
hermano que siempre estuvo ahí.*

A la Universidad,

*Por permitirme ser parte de ella,
luchare siempre para no defraudarla.*

A mis maestros

*Por enseñarme el sentido y amor
a esta profesión, Gracias por todo
aquello que aun no está escrito en
los libros.*

*Pero en especial y con infinita
gratitud a la Lic. Alicia Berthier
V. por representar el cumplimiento
de un ideal...*

Muchas gracias.

*A un hombre excepcional, ejemplo
de entereza, fuerza y amor que
da sentido a mi existencia.*

Héctor, Te amo

*A Doña Caty y Don Saúl por
darme su cariño y confianza*

*A la Familia Montiel Guzmán, pero en
Especial a Fabi y Sammy, por impulsarme
abrir mis alas e iniciar mi propio vuelo*

*A Magda, Angélica y Lulu por
demostrarme en todo momento
que la amistad es un gran regalo*

*Y a todos los miembros de
las familias Reyes y Fuentes
Pero en especial a Mamachabe,
Papalalo y Margarita e
Isabel.*

Gracias

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es una propuesta encaminada, entre otras cosas, para establecer los parámetros a seguir, para mejorar nuestro sistema jurídico, tomando instituciones ya existentes para desarrollarlas, además nos presenta de manera general las tres corrientes del pensamiento jurídico que se han avocado a estudiar el Derecho.

Estas corrientes han demostrado poseer elementos con mucha presencia en nuestra cultura, mismas que se presentarán y describirán de la siguiente forma: primero *el Derecho natural* en el que se contemplarán teorías de gran relevancia así como a sus representantes más destacados, desde los griegos hasta nuestros días, con exponentes como el maestro Rafael Preciado Hernández, perteneciente a la corriente neo-tomista, posteriormente se enumerarán sus principales características.

En segundo lugar revisaremos el *realismo sociológico*, vertiente muy nueva en comparación con la anterior, pero no por eso menos importante, observaremos como cada sociedad debe generar sus propias estructuras jurídicas, en función a sus necesidades, para conseguir que sus destinatarios se sientan involucrados y las acaten y posteriormente enumeraremos sus características básicas.

Después estudiaremos el *positivismo*, cuya corriente ha influenciado más nuestro sistema jurídico mexicano y como en las anteriores, estableceremos sus características principales.

Una vez realizado lo anterior, se encontrará un capítulo que contiene semejanzas y diferencias de cada postura, para concluir con un apartado destinado a enumerar los elementos de un Estado en el que impere el bienestar común y la justicia.

Para finalizar presento la propuesta con la que habré alcanzado mi objetivo que es aplicar lo aprendido para enaltecer nuestro Estado de Derecho, fomentando en todo momento la evolución del sistema jurídico como un ente vivo y cambiante, que se debe adaptar al momento y el lugar al que se desee aplicar.

Y es que a lo largo de la historia, el ser humano ha buscado los medios que le permitan vivir en armonía con sus semejantes, que puedan proporcionarle seguridad, bienestar y paz social, mismos que presentan un estrecho lazo e incluso emanan unos de otros, entre éstos encontramos la moral, la religión y por supuesto el Derecho.

Al asegurar que el ser humano posee razón, también se le confiere la inteligencia y voluntad para poder decidir lo que él considere más conveniente, haciendo necesaria la existencia de los medios que logren la armonía social, así toda persona que haya decidido ver en el Derecho el mejor medio para lograr el bien común, debe buscar en todo momento el imperio de la ley, pero la que es producto de la necesidad social y voluntad general, además de la correcta aplicación del poder, pero sobre todo el bienestar de la mayoría

El camino no es fácil, ya que existen en el Poder intereses que se contraponen, lo que no debe ser motivo para abandonar la lucha, que nos dará como resultado, satisfacciones a todo el genero humano y armonía, es por eso que a lo largo de esta investigación, encontraremos una serie de teorías que son el resultado de siglos de reflexión. Teorías que con una buena interpretación nos marcan el camino que no debemos abandonar y que nos conducirá a la armonía social, objetivo que sin duda lograremos, si las personas que crean, aplican y detentan el poder, le dan el uso para lo que les fue conferido.

Es por las razones expuestas que surge la necesidad de enaltecer nuestro imperio de la ley, para lograr el ideal social de un Estado, que no sólo sea una forma de organización social, sino un vínculo que nos lleve a la evolución del ser humano y a la armonía con nuestros semejantes .

Por lo anterior, es necesario un sistema jurídico efectivamente aplicado, además de la preparación intelectual e imparcialidad por parte de las autoridades administradoras del poder, quienes deben demostrar en todo momento la firmeza de sus principios éticos, así como el compromiso de la mayoría de custodiar su aplicación.

Considero importante aclarar que mi investigación, pretende como objetivo primordial, reconocer que aunque en teoría se han desarrollado los principios éticos a seguir, es necesario intercalarlos y emplearlos de manera simultánea, ya que no pueden subsistir de manera individual.

INDICE

	Pag.
INTRODUCCIÓN	I

CAPÍTULO I DERECHO NATURAL

1.1. - Concepto.....	1
1.2. - Antecedentes.....	3
1.2.1. - Derecho natural en Grecia.....	3
1.2.2. - Derecho natural en Roma.....	8
1.2.3. - Derecho natural cristiano.....	10
1.2.4. - Escuela clásica del derecho natural.....	14
1.2.5. - Bases filosóficas del derecho natural garantizado por el gobernante.....	16
1.2.6. - Bases filosóficas del derecho natural garantizado por la separación de poderes.....	19
1.2.7. - Bases filosóficas del derecho natural garantizado por la conducta de la mayoría.....	21
1.3. - Diversas acepciones del derecho natural.....	23
1.4. - Las tendencias modernas del derecho natural.....	25
1.4.1. - Derecho natural neokantiano.....	25
1.4.2. - Derecho natural neotomista.....	27
1.5. - Declaración de los derechos humanos.....	29

CAPÍTULO II REALISMO SOCIOLOGICO

2.1. - Concepto.....	37
2.2. - Antecedentes.....	38
2.3. - Expositores más destacados.....	46
2.4. - Tesis de Alf Ross.....	41
2.4.1. - Análisis preliminar del derecho vigente.....	53
2.4.2. - Vigencia del sistema jurídico.....	55
2.4.3. - Verificación de las normas jurídicas en relación a las normas de conducta.....	56
2.4.4. - Verificación de las normas jurídicas en relación a las normas de competencia.....	58
2.5. - Derecho, moralidad y otros fenómenos normativos.....	59
2.5.1. - Concepción sociológica de la moral.....	62
2.5.2. - Convencionalismos sociales.....	63
2.6. - Realismo psicológico de Bierling.....	64
2.7. - Realismo conductista.....	66

CAPÍTULO III POSITIVISMO JURÍDICO

3.1. - Derecho positivo.....	67
3.1.1. - Concepto.....	67
3.1.2. - Realidad social y derecho positivo.....	69
3.1.3. - Derecho positivo y derecho vigente.....	70
3.1.4. - Derecho positivo como disciplina teórica.....	71
3.2. Principales escuelas del derecho positivo.....	72
3.2.1. - Los glosadores.....	72
3.2.2. - Los postglosadores.....	73
3.2.3. - Escuela exegetica.....	74
3.2.4. - Escuela histórica.....	75
3.2.5. - Escuela de la jurisprudencia de los conceptos.....	76

3.3. - Positivismo lógico.....	77
--------------------------------	----

CAPÍTULO IV CARACTERÍSTICAS Y SIMILITUDES DE CADA POSTURA

4.1. - Características generales del derecho natural.....	80
4.2. - Características generales del realismo sociológico.....	82
4.3. - Características generales del positivismo jurídico.....	83
4.4. - Puntos de concordancia entre cada postura.....	84

CAPÍTULO V LA OBTENCIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO

5.1. - Estado de derecho.....	86
5.1.1. - Concepto.....	86
5.1.2. - Evolución histórica.....	89
5.2. - La postura del legislador mexicano para la constitución de un Estado de Derecho.....	90
5.3. - Necesidad de normas que proporcionen un Estado de Derecho.....	92
5.4. - Propuesta para la obtención de un Estado de Derecho.....	94

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

DERECHO NATURAL

1.1. - Concepto:

Para iniciar este trabajo de investigación diremos en qué consiste el denominado Derecho natural, ya que las concepciones que se tienen han sido producto de la reflexión de las más grandes figuras de la filosofía y de la doctrina del Derecho.

Durante un periodo de aproximadamente 2500 años; Sócrates, Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Grocio, Tomás Hobbes, Rousseau, Stammler, por mencionar algunos de sus más destacados expositores, se han ocupado de su esencia, elementos, características y fundamentación, legándonos de una infinidad de teorías que varían entre sí, no obstante han estado convencidos de que existe un Derecho natural permanente, enteramente válido y universal, es decir, que comprende criterios supremos que rigen la vida social, así como los principios necesarios para la organización de la convivencia humana, basados en la naturaleza racional, libre y sociable de los seres humanos.

Cuando se hace alusión al Derecho natural, intentamos referirnos al inherente a la naturaleza humana y que no obedece su creación a un órgano gubernamental, así como tampoco su validez proviene de un procedimiento previamente establecido; es decir que los seres racionales están dispuestos a reconocer y obedecer en todas sus partes.

A este respecto el filósofo Aristóteles no dice, que es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones que puedan tener los seres humanos.

Todo Derecho natural aspira a redactar normas justas, absolutas y permanentes, que sirvan de criterio para el establecimiento del Derecho positivo.

Para poder acercarnos a comprender al Derecho natural estudiaremos los conceptos que nos proporcionan algunos de sus más destacados expositores por ejemplo un destacado representante de la escuela clásica del Derecho natural el maestro Hugo Grocio quien lo definía como:

*"...un dictado de la recta razón que indica que un acto, según sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza moral."*¹

En la anterior definición podemos ver cómo la idea de que el derecho natural es obra de dios y de la naturaleza queda desechada, para hacer notar la importancia de la moralidad que posee cada individuo.

Y para filósofos como el maestro Preciado Hernández, perteneciente a la corriente neo-tomista, el Derecho natural, no sólo comprende los criterios supremos rectores de la vida social, sino además los principios necesarios para la organización de la convivencia humana fundados en la naturaleza racional, libre y sociable del ser humano; principios que no se deben buscar en los pueblos primitivos, sino allí donde la cultura vaya dando sus mejores frutos.

El profesor Juan Manuel Terán presenta el siguiente concepto de derecho natural diciéndonos que:

*"Es aquel que existe para todo tiempo y lugar, es un derecho racionalmente establecido, no creado políticamente e intrínsecamente justo."*²

Después de lo anterior diremos que entendemos por derecho natural :

Aquel conjunto de lineamientos inherentes a la razón humana que tienen validez en todo tiempo y lugar, y que son necesarios para la convivencia social del ser humano.

¹ BODENHEIMER Edgar, **TEORÍA DEL DERECHO**, Fondo de Cultura Económica México .1992 P.155

² TERÁN Juan Manuel, **FILOSOFÍA DEL DERECHO**, Ed.Porrúa, México.1993 P. 370

1.2.- Antecedentes:

La idea de que hay normas fundadas en la naturaleza humana y obligatorias, para todos los seres humanos y en todos los tiempos, ha demostrado a lo largo de los siglos tener una gran fuerza y ser constante.

Y ya que es nuestra intención entender la esencia del derecho natural, resulta necesario seguir la evolución que este ha recorrido, desde las primeras épocas de la filosofía griega hasta nuestros días.

1.2.1.- Derecho natural en Grecia

El pensamiento griego logra su grandeza al separar la actividad de la inmediatez de las necesidades de la vida cotidiana, para descubrir las necesidades del pensamiento en su forma pura, esto es, lo que hizo posible el nacimiento del pensador o filósofo, conocido así porque hace de la reflexión y del conocimiento su ocupación, siendo esta la razón por la cual las ciencias naturales, la Política, la Economía y por supuesto el Derecho, reconocen sus orígenes en la antigua Grecia.

Para facilitar el conocimiento del pensamiento griego los estudiosos del mismo lo han dividido en tres etapas:³

1.- *ORIGEN: Esta etapa, de los presocráticos, es en la que la filosofía griega encuentra en Tales de Mileto, Pitágoras, Demócrito, por mencionar sólo algunos, a sus mejores expositores.*

2.- *APOGEO: Como su nombre lo indica es cuando el pensamiento griego logra un momento crucial, con los pensadores clásicos como Sócrates, Platón, Aristóteles.*

3.- *DECADENCIA: Esta llega en la cuádruple ramificación helenista en hedonismo, estoicismo, eclecticismo, y escepticismo, esto es de forma enunciativa mas no limitativa.*

Por eso diremos que fue Pitágoras a quien le correspondió el mérito de haber logrado separar la aritmética especulativa, de los cálculos aplicados; surgiendo

³ GUTIÉRREZ Sáenz Raúl, **HISTORIA DE LAS DOCTRINAS FILOSÓFICAS**, Ed.Esfinge S.A. México, 1977 P.29

así el pensamiento especulativo, dando origen al racionalismo, posición que atiende, en último término al discernimiento del pensamiento en sí mismo y fue precisamente en la filosofía racionalista en donde se hacía necesaria la existencia de un Derecho superior para los seres humanos.

Podemos concluir diciendo que el Derecho natural, nace como una necesidad epistemológica del racionalismo, que se entrega al conocimiento del Derecho.

Aunque en la Grecia antigua no se utilizaba el término Derecho natural en el sentido que ahora conocemos, encontramos en sus filósofos las concepciones e ideas muy similares al concepto actual; los cuales desarrollaron las siguientes teorías.

Teoría Biológica:

Su principal representante es el sofista *Calicles*, para quien el Derecho era uno, tanto entre los seres humanos, en las naciones y en los animales.

Por lo que él afirmaba:

*"..sólo hay justicia cuando se siguen los dictados de la naturaleza siendo la misma naturaleza la que ordena que el que es más fuerte o poderoso posea más y el menos fuerte o menos poderosos debe tener menos."*⁴

Para *Calicles*, las leyes eran obra de los más débiles, que sólo tomaban en cuenta su interés propio, concluyendo que las leyes son el producto del temor, de que los fuertes se hagan más poderosos y es por eso que proclaman la igualdad, para no correr el riesgo de ser despojados de sus bienes.

Al igual que *Calicles*, para el sofista *Trasímaco* la justicia, no era otra cosa sino aquello que es ventajoso para quien es más fuerte y es diferente para cada Estado, ya que la justicia no era sino el provecho del que tenía en sus manos la autoridad.

⁴ DORANTES Tamayo Luis Alfonso. **FILOSOFÍA DEL DERECHO**_Ed.Harla. México. 1995 P.94

Teoría Teológica:

Con exponentes como el filósofo *Sócrates*, conocido como el fundador de la Ética, quien con su lema "*conócete a ti mismo*", destacaba la importancia del conocimiento personal por sobre el conocimiento del mundo externo.

Él trató de llegar a la esencia de las cosas, principalmente en cuanto a la moral y sus virtudes, con su método inductivo llegó a la conclusión de que la virtud es la ciencia del bien y así el vicioso actúa así sólo por ignorancia.

Aunque nosotros no tomamos esta idea en todo su rigor, ya que hay personas que conocen perfectamente el bien y no lo realizan, pues los humanos con su libre albedrío tienen siempre la posibilidad de escoger entre varios bienes aunque no todos ellos son igualmente convenientes.

Por lo tanto, diremos que, no basta conocer el bien, para seguirlo es necesario el uso correcto de la libertad.

Para *Sócrates*, además de las leyes escritas y promulgadas por la sociedad política, existían otras, que aunque no eran escritas, eran inmutables e iguales para todos los pueblos y formuladas por los dioses desde tiempos inmemoriales idea que sirve de base del Derecho natural.

Otros pensadores como *Heráclito* y el sofista *Hippias*, el Derecho natural o divino, estaba basado en ciertos elementos de la naturaleza humana, que son los mismos en todos los pueblos, cuyos elementos deben estar implícitos en el Derecho formulado por cada Estado. Y así hicieron la siguiente distinción, entre un Derecho escrito al que denominaron *nomos*, que significaba la acción libre y arbitraria de un legislador humano y un Derecho no escrito al cual denominaron *physis*, que representaba la necesidad basada en las causas naturales, dado por los dioses y con validez en todos los países.

Teoría de Platón:

Este filósofo, discípulo de Sócrates y cuyo verdadero nombre fue Aristócles, el cual se dedicó a estudiar, viajar y escribir, tenía entre sus discípulos al celebre Aristóteles.

Él pensaba que la sociedad surge como un efecto natural de las necesidades humanas, para cuya satisfacción se requiere la división del trabajo, de una manera que el contenido del Derecho que la rige no sea arbitrario sino que está

determinado en sus lineamientos generales, por el Derecho natural, el cual debe estar basado, en la naturaleza racional del ser humano. Además cree en la existencia de una idea eterna de justicia; la cual describe como la armonía orgánica de una república, en la que cada individuo y cada clase tiene una función específica.

En consecuencia, él no otorga preferencia al bienestar del Estado, sobre el de sus ciudadanos, sino el bienestar común de éstos sobre el bienestar individual.

Teoría de Aristóteles:

Conocido como el padre del Derecho natural, ya que a él se deben las bases del verdadero conocimiento de esta parte del Derecho; pues con su metafísica, su teoría del conocimiento y su ética, constituyó las bases del mismo.

Teniendo entre sus mejores cualidades, la observación, el realismo y su inteligencia, encaminada a la búsqueda de la verdad de las cosas. Él partía del principio de que el hombre es un ser animal sociable por naturaleza y es esta sociabilidad la que lo impulsa hacia la vida en común con los demás seres humanos; constituyendo así la ciudad como un fin, en donde puede alcanzar su completo desenvolvimiento.

Y es así como el Estado no es una obra artificial, sino una necesidad natural del ser humano, aunque no es el producto de sus instintos, sino de su voluntad consciente y racional.

Para *Aristóteles* la justicia no puede darse fuera del Estado, pero no defiende el positivismo, ya que él piensa que hay cosas naturales que admiten cambio y otras que son inmutables. Finalmente afirmaba que:

*"Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza, y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro, y no son derechos naturales, sino puramente humanos, los que no son idénticos en todas partes."*⁵

⁵ Ibid. DORANTES Tamayo L.P.98

Teoría de los Estoicos:

Después de Aristóteles, el conocimiento del Derecho natural quedó en manos de la escuela estoica, que fue fundada por Zenón y que debe su nombre al lugar donde se reunían para sesionar, que era el Pórtico de Atenas. (*Stoa ò Pórtico*).

En esta escuela aparece el concepto de razón universal, idea que rige todo lo existente la cual se identifica con la divinidad que será la medida de lo justo y lo injusto, de donde surgirá la ley moral y ley jurídica, que deberá coincidir con lo establecido por el Derecho natural. El ideal último de los estoicos es llegar a un estado universal, en donde todos los seres humanos convivan en armonía guiados por su razón, mismo que denominaron *Edad de Oro*.

Situación que según ellos ya había existido, pero el egoísmo, la ambición, la ansia de poder la destruyeron; entonces la razón tuvo que crear instituciones que reanudaran la armonía existente en la *Edad de Oro*, como por ejemplo: el gobierno, la propiedad privada, el matrimonio, la patria potestad, etc.

Los estoicos afirmaban que en la *Edad de Oro*, existió un Derecho natural absoluto que fue reemplazado por un Derecho natural relativo, que es imperfecto y debe tratar de aproximarse a los postulados del primero. El Derecho natural relativo debe de tomar en cuenta las condiciones reales de la situación existente de los seres humanos, así como intentar fomentar la igualdad y la libertad tratando, de evitar las distinciones de raza, color y sexo, e impedir la opresión del género humano, buscando una comunidad universal basada en los dictados de la razón.

1.2.2.- Derecho natural en Roma:

La filosofía griega influyó grandemente en el Derecho romano y así como los griegos fueron los iniciadores de la filosofía jurídica, los romanos constituyeron un sistema ingenioso y práctico del Derecho.

Fue sobre todo la filosofía estoica la que desempeñó una influencia perdurable en los juriconsultos romanos, ya que *Séneca*, *Epicteto*, *Marco Aurelio* y el jurista *Cicerón* fueron discípulos de la misma.

Teoría de Cicerón:

Él es un gran orador y hombre de Estado, que reconoció la existencia de una ley eterna e inmutable, de la que emanan las demás leyes.

De la ley eterna se deriva una ley que rige la naturaleza irracional y otra ley moral y jurídica que ordena lo bueno y lo justo prohibiendo lo contrario, las leyes moral y jurídica existen tanto en el espíritu divino como en la razón humana; pero su conocimiento se le dificulta a los seres humanos por sus pasiones.

Cicerón afirmaba que las leyes humanas justas son el producto del Derecho natural, así como la justicia se funda en la naturaleza racional del ser humano al igual que sus demás virtudes, las que están impresas en el alma de todos por igual. Pero cuando éstas se ven oscurecidas es por el error y la mala voluntad.

Él pensaba que el sentido común está en nuestro espíritu, el cual nos ayuda a que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio, y así depende de la opinión de cada uno de nosotros y no de la naturaleza, la conducta a seguir.

Los Juristas Romanos:

Especialmente a través de la obra compiladora de *Justiniano*, hemos podido conocer fragmentos de diversos escritos de los principales juristas romanos; entre los cuales algunos se ocuparon del Derecho natural.

Como ya sabemos los romanos son los fundadores de la ciencia jurídica que nació con una teoría *iusnaturalista* en la cual se presentan los principios fundamentales que debe contener.

Según el *corpus iuris civilis*, los principales juristas que tratan la cuestión del Derecho natural son: *Gayo* (s.II d.c.), *Ulpiano* (muerto el a.228 d.c.) y *Paulo* (s.III d.c.)

El jurista *Gayo* distingue en sus instituciones dos clases de derechos: el *ius civile* o derecho civil y el *ius gentium* o derecho de gentes; definiendo el primero como el Derecho de cada pueblo que es establecido por sí mismo y el segundo como aquel que la razón humana ha establecido entre los hombres y es observado en todos los pueblos y es mucho más antiguo que el *ius civile* ya que nace con el género humano.

La misma distinción entre *ius civile* y *ius gentium*, la encontramos también en el jurista *Paulo*, para el cual la palabra Derecho tiene varias acepciones, una cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el Derecho natural y otra acepción como el Derecho de cada ciudad, el cual varía según su utilidad.

Sin embargo encontramos a otros juristas que hablan de una división tripartita, es decir que había tres clases de derechos: *ius naturale*, *ius gentium* y *ius civile*.

Son *Ulpiano* y *Aulo Gelio* algunos de los juristas que sostienen la distinción tripartita, quienes definen al *ius naturale* o Derecho natural como aquel que la naturaleza enseña a todos los animales por ejemplo la unión del macho y la hembra a la que nosotros denominamos matrimonio.

Al *ius gentium* o derecho de gentes es aquel que usan todos los pueblos humanos y que difiere del *ius naturale* que es común a todos los animales tanto racionales como irracionales.

Y por último el *ius civile* o derecho civil que no debe estar separado de los anteriores, aunque no se conforme totalmente de ellos y además es diferente para cada tiempo y lugar.

1.2.3.- Derecho natural cristiano:

El pensamiento teológico de la Edad media unilateralizó la perspectiva objetiva del Derecho, a través del pensamiento racionalista en forma matemática, que fue el medio idóneo con el que la filosofía pudo ofrecer un sistema cognoscitivo de la doctrina cristiana. Y así la razón creó puentes que unen a la divinidad con todas las criaturas de la existencia, elaborando varios sistemas que supuestamente hacían comprensibles al universo material y su creador.

Siendo el cristianismo no sólo una filosofía o un sistema ético, supuso un punto de partida en el pensamiento, por implicar una situación nueva del ser humano y ofrecer un conjunto de verdades especulativas y prácticas que la razón humana irá profundizando.

Con relación a nuestro tema de investigación, el cristianismo aportó tres ideas fundamentales que son:

- 1.- El concepto de persona que no existía en la época anterior y que es de gran utilidad para comprender al Derecho natural.
- 2.- El cristianismo presentó una noción más exacta de Dios de sus relaciones con el género humano y con el universo creado, así como el orden universal y de manera específica el orden moral.
- 3.- Por último y como consecuencia de lo anterior, el cristianismo aportó consigo un sentido profundo de la dignidad del ser humano desconocida durante el paganismo.

El Nuevo Testamento:

La pieza clave para comprender la doctrina del cristianismo es la predicación de Jesucristo, esparcida por el mundo a través de la evangelización de los apóstoles y la enseñanza de la iglesia.

En el cristianismo es fundamental el Nuevo testamento que se refiere a la historia de la vida de Jesucristo y los escritos de los apóstoles, así como los primeros tiempos de la iglesia, en éste se nos presenta la palabra de Dios revelación divina que proporciona una visión más perfecta de la relación de Dios con los seres humanos quienes tienen como primera norma moral el amor a él por sobre todas las cosas. Además al manifestarse Dios como trinidad, nos lleva a encontrar una noción de persona que tiene mucha trascendencia en la teoría actual del Derecho natural.

En el Nuevo Testamento la idea de ser humano quedó notablemente enriquecida ya que éste aparece como un ser racional que traspasa la vida y adquiere una igualdad y un valor individual al ser objeto del amor de Dios.

La patristica:

Es la ciencia que tiene por objeto el conocimiento de las doctrinas, obras y vida de los padres o sacerdotes.

Presentó en esta época las siguientes características:

- 1.- Existe una ley natural común para todos los seres humanos impresa en la razón, mediante la cual podemos discernir el bien del mal y diferenciar lo que es honesto de lo que no lo es.
- 2.- El contenido de la ley natural es siempre el mismo en todo tiempo y lugar.
- 3.- La ley natural es ley de Dios y toda conducta contraría constituye un pecado.

4.- Existen dos clases de leyes en la sociedad que son la ley natural o divina y la ley positiva, la cual debe obedecerse a menos que sea contraria de la ley natural, aunque esto represente dificultades, deshonor o la muerte.

Teoría de San Agustín:

Él es el más filósofo de los padres y es quien nos ofrece una teoría muy completa del Derecho natural.

Su teoría tiene como centro vivo, el pensamiento de Dios, siendo el principio de todas las cosas, fuente del conocimiento; ya que lo que conocemos es producto de la iluminación divina que se irradia en nuestra mente y así la ley debe ser copia de la ley natural que es eterna.

Para San Agustín la creación del universo tiene un origen divino, siendo Dios su creador el cual nos otorga un equilibrio y armonía que da como resultado la paz.

Él plantea la idea de ley eterna la cual es la sabiduría ordenadora de Dios, quien manda que sea conservado el orden natural, esta ley es una y universal, pero se manifiesta en diversas maneras entre los seres, por ejemplo en los seres irracionales como instinto y en los racionales como deber moral.

Además afirmaba que, el hombre conoce esta ley eterna porque se encuentra impresa en la razón y en su alma; por lo anterior no pretendía que la ley positiva hiciera posible todas las exigencias de la ley natural, prohibiendo o castigando lo que era contrario a ella, sino solamente debe prohibir y castigar todo aquello que no permita obtener el fin propio del derecho que es la paz social.

Teoría de Santo Tomás de Aquino

Novcientos años más tarde la doctrina, de Santo Tomás de Aquino presenta una teoría que contiene las ideas cristianas de la realidad social existente, presentando el punto clave de la filosofía del catolicismo medieval y aportando una teoría que contiene gran influencia del pensamiento aristotélico pero adaptado a las doctrinas del evangelio y la patristica distinguiendo cuatro clases de leyes:

1.- **Ley Eterna (LEX AETERNA)** Que es la razón del gobernante supremo, quien con su divina sabiduría dirige todos los movimientos y acciones del universo y conocida sólo en su totalidad por Dios y ningún ser humano puede conocerla en toda su verdad, aunque si puede participar por medio de su razón y es lo que Santo Tomás denomina *Ley Natural*.

2.- **Ley Natural (LEX NATURALIS)** Es con la que el ser humano por medio de su razón conoce los dictados de Dios, nos da la posibilidad de distinguir el bien del mal la cual debe ser el parámetro a seguir por la ley humana.

3.- **Ley Divina (LEX DIVINA)** Ley que nos es revelada por Dios a través de las Sagradas escrituras, misma que contienen las direcciones a seguir para actuar de acuerdo a la voluntad de Dios.

4.- **Ley Humana (LEX HUMANA)** Ley que nace como una ordenación de la razón para el bien común y promulgada por las personas que tienen a su cargo el cuidado de la comunidad, es decir, producto de un acto volitivo del poder soberano del Estado y debe contener, si desea cumplir con su objetivo, los principios de la Ley Eterna que están reflejados en la Ley Natural.

L a E s c o l á s t i c a :

Antes de adentrarnos en el estudio de la Escuela Clásica del Derecho natural, deseamos abordar el tema de la escolástica, con la cual se da un retorno parcial a la filosofía griega. La filosofía escolástica trató de desarrollar los dogmas religiosos mediante el análisis racional, dentro de los límites impuestos por la fe.

Teniendo en la obra del Jesuita español Francisco Suárez (1548-1617) el momento más maduro, su pensamiento alcanzó a tener influencia en la teología, en la metafísica y la filosofía del Derecho; entre sus obras "*El Tratado de las leyes*" y "*El Dios legislador*", las cuales contienen sus enseñanzas acerca del Derecho natural.

Suárez, piensa que es importante aclarar si la ley natural es o no inmutable, diciéndonos que si bien la raíz del Derecho natural es invariable, los preceptos que de él se derivan, cambian al tenor de la diversidad de circunstancias y al ritmo del desarrollo histórico; para explicarlo mejor, el derecho natural tiene una raíz perenne y absoluta pero de contenido variable.

Él parte de la idea de que hay principios racionales eternos, de valor absoluto para toda conducta, pero sólo tienen el carácter de directrices generales, pero no constituyen normas directamente aplicables a la regulación efectiva de una

sociedad. Para obtener dichas normas es necesario adaptar las directrices a la realidad social existente creando normas para cada situación.

De acuerdo a lo anterior Suárez distingue dos clases de preceptos en el Derecho natural:

1.- Aquellos lineamientos de carácter necesario, independientemente de cualquier determinación humana, a los que denominó Derecho natural *perceptivo* y;

2.- Aquellos preceptos cuya validez se apoya en la decisión humana, tomada de una serie de posibilidades igualmente lícitas, que denominó Derecho natural *dominativo*, por pertenecer al libre dominio y prudente decisión de los seres humanos y el poder elegir de entre diversas formas jurídicas reconocidas como admisibles.

1.2.4.- Escuela clásica del Derecho natural:

A raíz de las transformaciones sociales que surgieron con el nacimiento de los Estados Nacionales, la reforma Religiosa, las obras de Galileo y Kepler, el descubrimiento de América, entre otros acontecimientos, el pensamiento y la razón debieron modificar su dirección básica.

A partir de esta época se rinde culto a la razón como valor supremo del individuo y de la humanidad, ya que la transformación del mundo se apartaba de los dogmas religiosos y en ocasiones los contradecían.

El Derecho natural clásico es la expresión ideológica de una clase propietaria que protestaba contra las relaciones políticas, en donde la burguesía luchaba contra el poder feudal, teoría que cubre un periodo que va desde Hugo Grocio hasta Emmanuel Kant, extendiéndose así a lo largo de los siglos XVII y XVIII.

En la escuela clásica se pensaba que para encontrar el Derecho natural, era preciso hallar lo auténticamente humano, es decir, en un estado de pureza, ya que creían que el proceso histórico degeneraba la esencia del ser humano, y por eso era necesario buscarla en el Estado de naturaleza, situación prehistórica contemplada por la escuela estoica denominada *Edad de Oro*; en donde el ser humano no se había deformado.

Así, autores como Hugo Grocio o Christian Wolff representaban la tendencia racionalista y rechazaban lo histórico, basando al Derecho natural en los

esquemas puros de la razón es, decir daban la fundamentación jurídica del mismo al concebirlo como un hecho humano puro, no estropeado por la historia.

Para los doctrinarios de la escuela clásica la fundamentación del Derecho natural era la idea de que había un cuerpo de leyes eternas e inmutables que la razón humana podía descubrir y aplicar en la sociedad, y que la humanidad las había dejado de reconocer por las supersticiones teológicas de la Edad Media

En la escuela clásica el principio fundamental del Derecho natural era que el ser humano nace libre e independiente y aunque originariamente ni vivía en sociedad, había realizado un contrato con otros individuos para poder defender su vida y sus propiedades, contrato por el cual transfería a la sociedad algunos derechos como su libertad absoluta, pero que obtenía a cambio la protección del Estado para salvaguardar lo máspreciado para él, de la posible invasión de otros seres humanos.

Y así había derechos inalienables e irrenunciables que poseían los individuos que eran anteriores a toda sociedad y que habían sido conferidos por Dios, tales derechos son: la vida, la libertad y la propiedad.

Podemos distinguir, según el maestro E. Bodenheimer, tres periodos en el desenvolvimiento de la escuela clásica del Derecho natural en líneas generales, que corresponden a tres etapas del desarrollo social, económico e intelectual de la época.⁶

La primera etapa del proceso es la emancipación de la teología medieval y el feudalismo, que se produjo después del Renacimiento y la Reforma, la señalan el protestantismo en la esfera de la religión, el absolutismo ilustrado en el dominio de la política y el mercantilismo en el campo de la economía. Es rasgo característico de esta época que la garantía de aplicación del Derecho natural resida únicamente en el gobernante; sus exponentes más representativos son Hugo Grocio, Tomás Hobbes, Christian Wolff .

La segunda época se caracteriza por la tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo en la política y la filosofía, época representada por John Locke y Montesquieu, en esta época lo importante era garantizar los derechos naturales de lo individuos contra las invasiones del gobernante mediante la separación de poderes; predominando principalmente en el desarrollo político de Estado unidos.

⁶ Idid. BODENHEIMER Edgar P.153

La tercera época se caracteriza por la democracia y la fuerte creencia en la soberanía, en donde el Derecho natural queda confirmado por la voluntad general del pueblo, teniendo en Juan Jacobo Rousseau a su más destacado representante el cual influyó en el pensamiento de Emmanuel Kant, teniendo una gran influencia en el desarrollo político de Francia.

Características de la Escuela Clásica del Derecho natural

De una manera enunciativa mas no limitativa, presentamos los aspectos estructurales de la Escuela Clásica del Derecho natural:

- 1.- En cuanto a su metodología, trata los aspectos sociales como entidades simbólicas con significado unilateralmente racional y con toda independencia del testimonio de los sentidos, se constituye en una ciencia demostrativa que parte de proposiciones evidentes que hacen posible, derivar la medida de lo justo y de lo injusto.
- 2.- Integra el Derecho clásico; la idea de que la política y derecho están vinculadas por un lazo indisoluble, que es el antecedente intelectual del Estado de Derecho.
- 3.- En cuanto al ser humano lo caracteriza como un ser racional, a tal grado que la sociedad surge como producto de un acto voluntario.
- 4 - Con la Escuela Clásica del Derecho natural la humanidad tomó conciencia, de la libertad y de la necesidad de defenderla, la que debía ser una garantía en el funcionamiento de cada Estado.

1.2.5.- Bases filosóficas del Derecho natural garantizado por el gobernante:

Esta primera tendencia es según E.Bodenheimer la que corresponde el mérito de romper con las teorías del Derecho natural con base teológica, después del Renacimiento y la reforma religiosa, resultando contemporánea del absolutismo ilustrado en el campo de la política y el mercantilismo en el campo de la economía.

En esta la aplicación del Derecho natural reside única y exclusivamente en la prudencia y automoderación del gobernante.⁷

⁷ Op.Cit.P. 154

Uno de sus más destacados representantes es *Hugo Grocio* (1583-1645). Conocido como el "Padre del derecho natural clásico", separó la ciencia del Derecho de la teología y la religión.

Él creía al igual que los estoicos que la fuente del Derecho natural es, la razón del ser humano, arraigada en sus cualidades racionales a lo que denominó *appetitus societatis* es decir el impulso sociable del individuo. Y todo lo que es conforme a ese impulso social y a la naturaleza del mismo es bueno y justo, así lo que se opone a la armonía social es malo e injusto.

Para Hugo Grocio el Derecho natural es:

"Un dictado de la recta razón que indica que un acto, según sea o no conforme a la naturaleza racional y social tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza moral".⁸

Él entendía al Estado como una asociación perfecta de seres humanos libres, asociados para gozar de sus derechos y para la utilidad común, que se originaba por un contrato y así el pueblo le había transferido su poder soberano a un gobernante que debía obedecer los principios generales del derecho natural y de gentes.

Es necesario hacer notar que para Hugo Grocio los súbditos no tenían derecho a rebelarse contra el poder soberano del gobernante, aunque no contemplo la idea, de que eso pudiera traer consigo uno régimen despótico.

Para este autor los principales postulados del Derecho natural son:

- a) Abstenerse de lo que pertenece a otros,
- b) Conformarse a lo pactado
- c) Indemnizar por cualquier daño causado culposamente a otros.
- d) Castigar a las personas que lo merecen

Complementando esta teoría, tenemos lo que aportó el gran pensador inglés Thomas Hobbes (1588-1679) teniendo en *Leviathan* su obra cumbre, él partía de la idea de que el ser humano era sumamente egoísta y malvado, que se mantenía en estado de guerra con todos sus semejantes a lo que denominó *bellum omnium contra omnes*; siendo para él estado natural del ser humano, una situación de guerra continua en el que gracias al propio instinto de conservación, se crearon medios de defensa; denominándolo poder de la razón que se encuentra inherente al ser humano permitiéndole conocer que la paz es el fin que debe perseguir.

⁸ Op.Cit P. 154

Para Thomas Hobbes el Derecho natural es:

"El cuerpo de principios que la razón humana imaginó para hacer la vida pacífica y segura".⁹

Planteando así los siguientes principios básicos, eternos e inmutables:

- 1.- Buscar la paz,
- 2.- Celebrar contratos y atenerse a lo pactado,
- 3.- No mostrar ingratitud,
- 4.- Hacerse útil para los demás,
- 5.- No odiar ni escarnecer a otro,
- 6.- Considerar a todo ser humano igual a otro,
- 7.- Mostrar equidad y respeto a los demás,
- 8.- Usar en común las cosas que no pueden ser divididas,
- 9.- Poder contratar entre sí,
- 10.- Concederle a cada individuo una propiedad.
- 11.- Permitir que se elija libremente la profesión u oficio a desarrollar.

Thomas Hobbes pensaba, que el deber supremo del gobernante era garantizar la seguridad y el bienestar del pueblo, cuidando que se apliquen en todo momento los principios del Derecho natural.

Encontramos en la teoría de Thomas Hobbes, elementos individualistas y liberales, en donde nos presenta a un gobernante que debe ser el guardián absoluto del Derecho natural, que sirve sólo de una guía moral, para el ejercicio de sus funciones, negando la posibilidad de un freno legal.

Siguiendo con las bases filosóficas del Derecho natural garantizado por el gobernante, encontramos en el pensador Baruch Spinoza (1632-1677) la siguiente teoría, él parte de la idea de que el ser humano en Estado de Naturaleza, estaba gobernado por su deseo de poder siendo éste el mismo en todos los individuos, forzosamente tarde o temprano tenían que chocar, existiendo entre ellos el odio y la envidia.

Partiendo de esa idea, creen que si se unen pueden disponer de un poder mayor y es así como abandonan su estado de naturaleza, ordenando sus vidas de manera pacífica y racional, constituyendo un Estado y estableciendo un gobierno que tiene como función primordial conservar la paz y la seguridad de las personas que se encuentran sometidos en el.

⁹ Op.Cit P.158

Para Baruch Spinoza, la libertad es la finalidad primordial del Estado, pero los límites del poder soberano no los establece ninguna norma jurídica, sólo el propio interés del gobierno.

A continuación presentaremos, la teoría del profesor alemán Samuel Pufendorf (1632-1694) quien nos presenta una tendencia intermedia de las adoptadas por Hugo Grocio y Thomas Hobbes, en donde el derecho natural tiene un doble carácter, ya que él reconoce que la naturaleza ha recomendado el amor a sí mismo al ser humano, pero que ese amor se refleja en el impulso individual de cada individuo.

Partiendo de dos principios fundamentales que son, en primer lugar proteger en lo posible su vida, la de sus familiares, así como sus propiedades y en segundo lugar no haciendo nada que perturbe el orden social.

Lo que pone a este autor entre los filósofos, que sustentan las bases del Derecho natural garantizado por el gobernante es lo siguiente:

“...el poder soberano o quien lo represente, esta obligado a seguir los principios del derecho natural,”¹⁰

En nuestra opinión desafortunadamente, dicha obligación es imperfecta, por no existir tribunal, ante el cual se pueda intentar acción en caso de incumplimiento.

Siguiendo este orden de ideas, el jurista alemán Christian Wolff(1679-1754) nos dice que el fin primordial de los seres humanos es, aspirar a la perfección, siendo un deber moral el autoperfeccionarse, mismo que no puede conseguirse en un estado de libertad absoluta, requiriéndose la constitución de un Estado en el que haya un soberano paternal que fomente la paz y la seguridad, garantizando así una vida satisfactoria para cada individuo, teniendo en dicho deber la base primordial del Derecho natural.

Concluiremos diciendo, que en esta etapa del Derecho natural se busca un poder soberano que rompa con la servidumbre feudal y la autoridad de una iglesia universal, pero se descuida la posibilidad de caer en un Estado despótico, en el que el gobernante no tiene freno alguno, tan solo su deber moral.

1.2.6.- Bases filosóficas del Derecho natural garantizado por la separación de poderes:

¹⁰ Op.Cit P.166

En el segundo periodo del desarrollo de la Escuela Clásica del Derecho natural, encontramos como característica principal la salvaguarda de las normas básicas de éste, contra las actitudes despóticas del gobernante.

Desarrollándose en Europa cuando se constituyeron los Estados absolutos, siendo necesarios los escudos protectores de los abusos de poder sobre la libertad individual.

Para entender mejor este punto presentaremos la teoría de John Locke (1632-1704) quien nos presenta los siguientes teoremas; para él la idea perfecta del ser humano es la absoluta libertad, en donde pueda determinar sus acciones, disponer de su persona y pertenencias, donde cada individuo gozará del derecho de igualdad, en donde el Derecho natural era aquel que les enseñaba a todos a ser iguales e independientes, donde nadie debía de perjudicar a otro, situación en la que era necesario formular un contrato por medio del cual se unieran en una comunidad y se formara un cuerpo político en el que se reflejara la voluntad de la mayoría.

A este cuerpo se le denominaría gobierno, dividido en poderes, donde cada uno tuviera una función específica, el poder legislativo crearía las normas, aunque no habría ninguna autoridad revisora sobre este, ya que podría transgredir los límites impuestos por el Derecho natural, pero desafortunadamente, John Locke no estableció que poder sería el que encargado de dicha revisión.

En este orden de ideas, a continuación abordaremos el pensamiento de Carlos Descondand, Barón de Montesquieu (1689-1755) personaje muy importante en el desarrollo de la teoría de la separación de poderes.

Él en su obra "*El espíritu de las Leyes*", destaca principalmente la teoría de la división de poderes, en donde era necesario que cada Estado contase primero con un poder legislativo que estuviera formado con representantes del pueblo y asamblea de nobles, además un poder ejecutivo que estaría formado por un monarca rodeado de ministros responsables y por último un poder judicial, poderes que deben ser y confiados a personas independientes uno de otro, confiados a personas diversas.

Montesquieu entendía a las leyes como las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, él buscaba las razones y motivos que han determinado política, jurídica, económica y socialmente a las instituciones de diversos pueblos.

Atribuyendo la importancia, en el origen del Derecho, a los elementos naturales, y en especial el clima; el Barón de Montesquieu emplea el método histórico para explicar la formación natural del Derecho, de cómo debe este adaptarse al momento en que debe aplicarse.

Y es así como distingue tres formas de gobierno: república, monarquía y despotismo. Pero al igual que John Locke, pensaba, que la libertad era la meta suprema que debía perseguir un Estado.

La combinación de la teoría del Derecho natural de John Locke con la doctrina de la separación de poderes del Barón de Montesquieu, forma la base de gobierno de los Estados Unidos.

Y es así como la suprema corte de Justicia de los Estados Unidos ha sostenido, que para garantizar la realización de los derechos naturales es necesario que el poder legislativo esté separado del poder ejecutivo, y además del poder de revisar su conformidad con los principios jurídicos supremos sancionados por la Constitución de la misma, teniendo la suprema corte de justicia la función de salvaguardar el Derecho natural.

Teniendo como representante en los Estados Unidos, al jurista James Wilson (1742-1798) quien, tenía la firme convicción de la existencia de un Derecho natural, universal e inmutable que era un aspecto de la ley de Dios y para salvaguardar el régimen de derecho, el gobierno debe tener un sistema que frene y controle la función legislativa que es el poder judicial sobre quien recae la responsabilidad de declarar nulas las leyes contrarias al Derecho natural.

Y aunque en los Estados Unidos fue aceptada la idea de que el Derecho natural sólo podía ser garantizado con seguridad por el poder judicial, la teoría no logró el impacto suficiente en Inglaterra ni en Francia, dando origen a la tercera etapa de la escuela clásica del Derecho natural.

1.2.7.- Bases filosóficas del Derecho natural garantizado por la conducta del la mayoría:

Esta tercera etapa del desarrollo de la Escuela Clásica, tuvo como característica principal la tendencia de concebir, como la mejor forma de salvaguardar el derecho natural a la mayoría del pueblo, además de ser ésta la encargada del gobierno.

Para esta posición lo más importante, es la interrelación del gobernante y el gobernado, pero principalmente la soberanía popular y la representación.

Es así como en Inglaterra se defendió la teoría de la supremacía del Derecho natural, incluso al poder político, comenzaremos exponiendo el pensamiento de Edward Coke (1552-1634), juez inglés de gran renombre quien sostenía que existía un derecho natural inmutable, que ningún poder político podía alterar.

En Francia se llegó a conclusiones semejantes a las obtenidas en Inglaterra principalmente por la influencia que ejerció el filósofo político, Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) perteneciente a la corriente de la Ilustración, quien mantenía la opinión de que debía garantizarse el Derecho natural, siendo esta labor de la mayoría, aunque no se refería a la mayoría de un cuerpo legislativo, sino a la mayoría del pueblo completo que tenía en sus manos la función de custodiarlo.

Teniendo en *"El contrato social"* su obra cumbre, ahí explicaba las relaciones entre la naturaleza y la cultura, constituyendo una teoría racional de la sociedad democrática.

Este autor definía el contrato social como:

*"Una convención establecida entre todos los individuos que pretenden constituir un cuerpo social, teniendo cada individuo que contratar consigo mismo, siendo el fundamento de la legitimidad de la obligación, el hecho de que nazca de un consentimiento obligadamente unánime. De tal manera que el sujeto uniéndose a todos no obedece mas que a sí mismo y queda tan libre como antes."*¹¹

Y es así como el ser humano deja de tener una vida incierta y peligrosa, ya que por medio del contrato social consigue, seguridad y libertad civil que aunque no es tan completa como la libertad natural, pero no está sujeto a ningún otro individuo, sino sólo a la voluntad general que denominó *volonté générale*.

En la teoría de Juan Jacobo Rousseau, el único y verdadero soberano es el pueblo y así como los individuos que lo componen tienen los mismos intereses, no es necesario dar ninguna garantía, ya que cada individuo al obedecer la voluntad general, no hace sino obedecerse a sí mismo.

Para este autor la mayoría siempre tiene la razón, aunque el juicio que la guíe no sea el correcto y así el poder legislativo está supervisado por todo el pueblo y no solo por una autoridad o poder estatal.

Al constituirse el poder soberano no puede enajenar su soberanía, ni tampoco dividirla o limitarla. Para él las leyes tienen que emanar de todo el pueblo y estar

¹¹ ROJAS AMANDI Víctor Manuel. **FILOSOFÍA DEL DERECHO** Ed.Harla. México 1991 P.245

dirigidas a todos sin distinción y así el poder soberano no puede exceder los límites del Derecho natural.

Por lo anterior expuesto pensamos que la teoría del filósofo Juan Jacobo Rousseau puede conducir sin dificultad a la democracia absoluta, en donde la garantía del derecho natural recae en la prudencia y moderación voluntaria de la mayoría.

La teoría filosófico - política de Juan Jacobo Rousseau tuvo una gran influencia en las doctrinas políticas de la Revolución Francesa, además en el filósofo alemán Emmanuel Kant (1724-1804) quien aceptaba la idea de Juan Jacobo Rousseau de que la libertad es un derecho innato y natural de todos los seres humanos, derecho que da origen a una igualdad formal, en donde todo ser humano es dueño de sí mismo, siendo para el los principios básicos del Derecho natural.

Así el Estado tiene la función específica de garantizar el cumplimiento de la voluntad general, donde el poder legislativo recaiga en el pueblo y nunca en una sola persona para evitar un régimen despótico, sin caer en la anarquía.

1.3.- Diversas acepciones del Derecho natural:

La denominación de Derecho natural ha sido corrientemente aceptada para designar al sistema trascendente de normas contrapuesto a la valoración del Derecho positivo.

A partir del siglo pasado algunos tratadistas deseosos de eliminar de raíz la compleja problemática de la cuestión o al menos de evitar el sin número de confusiones que la sola denominación suscita, optaron por abandonar o modificar drásticamente la referencia formal al tema. Y es que la ventaja parece obvia, la expresión Derecho natural ha sido utilizada a lo largo de dos milenios y medio, para designar cualquier sistema de orden trascendente, frente al derecho legislado, pero precisamente por este largo uso y la enorme amplitud de significados que tal referencia implica, es que su invocación puede conducir a grandes confusiones.

Por eso su empleo debe efectuarse con mucha precaución si se desea proceder con claridad y limpieza en la exposición de su contenido. Al referirnos al término derecho natural, lo primero que viene a nuestra mente es la idea de algo relacionado con la naturaleza, y en efecto consideramos que el Derecho natural es aquel que ésta nos proporciona.

Pero el problema inicia cuando nos preguntamos; ¿Qué es la naturaleza misma?. Porque ésta puede ser tomada en el sentido físico o material de todo el

universo comprendiendo al ser humano. Ya que todo existe o nace sin que haya intervenido la voluntad, el trabajo o la mano del ser humano, diremos que es natural tomado en amplio sentido desde un punto de vista físico, abarcando a la razón humana.

Desde el punto de vista físico o corporal la naturaleza humana tiene varios instintos como lo son; el de conservación, el de reproducción, el que impulsa al ser humano a apoderarse de todo aquello que necesita para su satisfacción y deleite, en la medida de su esfuerzo su habilidad y su astucia, y si consideráramos así a la naturaleza humana, el Derecho natural permitido sería el que la fuerza y su poder le permitieran, estaríamos hablando entonces del Derecho natural que contemplaban los filósofos Calicles y Trasimaco. Pero diferente es cuando consideramos que no todo Derecho concedido por la naturaleza es justo por ejemplo, cuando es un poder permitido por la naturaleza y se extiende a los animales, como lo pensaba el jurista Ulpiano.

Al Derecho natural también se le ha denominado *Derecho racional*, que en el fondo también es natural, al no presentarse la voluntad del ser humano para poseer la razón además de ser una facultad exclusiva del mismo. Para el maestro Rudolf Stammler lo propio es hablar de un Derecho natural de contenido variable, al mismo tiempo que de un *Derecho correcto y justo*.

Y no hace falta decir la crítica desde el ángulo positivista que es lapidaria incluso a partir de la propia expresión literal. El profesor Norberto Bobbio afirma que el uso equivocado del término Derecho natural reside precisamente en la aplicación de la palabra Derecho, cuando se le atribuye el mismo título y significado que en la expresión Derecho positivo. Por cuanto hace al uso del término natural ataca su ambigüedad, argumentando que se ha llegado a considerar como igualmente naturales a derechos diametralmente opuestos.

Otros autores como por ejemplo Einsenman, prefieren utilizar la denominación *Derecho Ideal*, por ser este término más opuesto al título positivo, dándole dicha denominación al conjunto de reglas buenas, deseables y válidas, independientemente de su aceptación por los órganos gubernamentales o bien de la realización de los mismos por determinada sociedad.

Autores como Radbruch, prefieren el apelativo *Derecho supralegal* y para el autor Fuller lo correcto es el uso del término *Derecho implícito*.¹² El problema de la denominación del Derecho natural lo tienen incluso los defensores del mismo y surgen entre ellos muchas discrepancias, pero a pesar de ello, insisten en la

¹² MÁRQUEZ G. José Antonio. ENFOQUES ACTUALES DEL DERECHO NATURAL, Ed. Porrúa México 1989 P.33

denominación Derecho natural ya que aseguran que representa gran fuerza y venera cierta tradición.

Otros estudiosos del Derecho se han ocupado de este tema así, para el maestro Goldschmidt las nociones que utiliza son; Derecho dado y Derecho fabricado, para designar al Derecho natural y al Derecho positivo respectivamente, ya que en su opinión el concepto de lo dado es más amplio que el de natural.

Concluiremos este punto diciendo que nos parece adecuado el término Derecho natural, para referirnos: **Al conjunto de principios que existen para todo tiempo y lugar, creado racionalmente.**

Hay que tener cuidado y no confundirlo con el iusnaturalismo ya que éste significa concebir y sostener, como todo ismo que lo determinante y el último fundamento de la vida jurídica es precisamente el Derecho natural, es decir lo jurídico natural. Se sostiene la preeminencia del derecho natural en todo iusnaturalismo frente a cualquier otro factor histórico experimental o científico para la captación de lo jurídico.

1.4.- Las tendencias modernas del Derecho natural:

A partir del siglo XIX y hasta principios del siglo XX, la ciencia del Derecho emprendió una violenta ofensiva contra la corriente del Derecho natural, que lo debilitó a tal grado que se llegó a sentir que el mismo era parte de la historia del derecho pues se le suponía irremediablemente superado, situación que no duró mucho tiempo, porque los conflictos del siglo XX lo hicieron resurgir con más fuerza.

La ciencia jurídica tuvo que recurrir a la filosofía del Derecho y por ende al Derecho natural, cuando se vio amenazada por el socialismo, teniendo como rasgo fundamental la necesidad de abandonar el individualismo puro y reconociéndole el poder al Estado de interferir en el libre juego social de las fuerzas económicas.

Dos son las tendencias importantes dentro del moderno Derecho natural; el Neokantismo y el Neotomismo .

1.4.1.- Derecho natural neokantiano:

Fue Rudolf Stammler (1856-1938) el fundador de la nueva filosofía iusnaturalista alemana, quien tiene como mérito el haber hecho resurgir el interés filosófico por la teoría del Derecho, este autor partía de la idea de que además de investigar el derecho positivo era necesario hacer una teoría del Derecho justo.

Aunque él señaló que el contenido sustantivo del Derecho no puede ser determinado de una vez por todas, ya que la sociedad está cambiando y el Derecho positivo tiene que adaptarse siempre a las condiciones de tiempo y lugar; él enfatizó en la necesidad de una teoría que pretendiera la validez universal del derecho que fuera de carácter formal y estuviera basada en razonamientos fundamentales y lógicos, así como en nociones a priori.

Esta teoría se encuentra guiada en los principios de la teoría del conocimiento de Emmanuel Kant. Y nos presenta unos principios o máximas a seguir para poder garantizar un Derecho justo.

Son cuatro que se agrupan en dos clases que son:

I.- Principios del respeto recíproco:

* El querer de una persona, es decir, sus fines y medios, no debe nunca quedar a merced del arbitrio subjetivo o capricho de otra persona.

** Toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo, es decir, como una persona con dignidad, como un sujeto que tiene fines propios, que es un fin en sí mismo, y nunca como un medio para fines ajenos.

II.- Principios de participación :

* Nadie debe jamás ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por la decisión arbitraria o mero capricho subjetivo de otra persona.

** Todo poder jurídico de disposición concedido a una persona, al excluir a otra persona, deberá hacerlo sólo de tal modo que el excluido subsista como un ser con un fin propio, es decir, como una persona con dignidad, y jamás como un mero medio para los demás, o mero objeto de derecho subjetivos de los demás.

Otro autor perteneciente a esta tendencia NeoKantiana es el maestro Recaséns Siches, que sostiene

“...que los valores ideales propios del Derecho, son materializables en cualquier circunstancia socio-histórica mediante el Derecho positivo; y es del flujo incesantemente evolutivo de la historia, de donde hay que partir para estimar los diversos derechos positivos con relación a sus valores ideales, es así como las instituciones jurídicas que establecen los diversos ordenamientos jurídicos positivos, se establecen para concretar los valores ideales del derecho...”¹³

1.4.2.- Derecho natural neotomista:

Principalmente en Francia surgió una tendencia del Derecho natural que a diferencia del resto del mundo no se basaba en las concepciones del Derecho natural clásico o en alguno de sus autores, sino más bien en la doctrina del Derecho natural cristiano de Santo Tomás de Aquino.

Así, autores como Maritain, Saleilles, Charmont, Renard, Le Fur y en México el maestro Preciado Hernández, por mencionar sólo algunos, se integran a esta escuela.

La moderna filosofía francesa buscaba las fuentes del pensamiento en un periodo considerablemente anterior retrocediendo hasta la Edad Media y tratando de resucitar la filosofía escolástica de Santo Tomás de Aquino.

El Derecho natural tomista era la expresión del pensamiento religioso católico, en donde éste es considerado como una participación humana de la razón eterna de Dios.

Es así como los neo-tomistas, entre ellos Renard dicen que el Derecho natural es idéntico a la idea de justicia y del bien común, abarcando aquellos principios que derivan directamente de la naturaleza del hombre en cuanto ser de la razón.

Los neo-tomistas consideraban los principios generales del Derecho natural como reglas eternas de validez absoluta, admitiendo que estos principios son amplios y vagos. Razón por la cual tienen ese carácter de reglas de justicia invariables y universalmente válidas, dejando las aplicaciones específicas a la legislación positiva y con ello evidentemente mucha libertad de acción para el legislador.

¹³ RECASÉNS SICHES Luis .TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO_Porrúa México 1983. p. 374

Entre sus mejores representantes del presente siglo, tenemos al maestro Rafael Preciado Hernández, quien llega a interesantes conclusiones, entre ellas el afirmar que el Derecho natural no es solo un sentimiento de justicia, ni tampoco un código ideal de normas sino:

"... Un conjunto de criterios y principios racionales, supremos, evidentes, universales que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al Derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico." ¹⁴

Encontramos como finalidad principal del pensamiento neo-tomista la búsqueda de la dignidad humana, idea que aparece ya en el Viejo Testamento, al mismo tiempo aparece la idea de la igualdad de todos los seres humanos, en donde todos viejos y jóvenes, hombres y mujeres, deben ser tratados como hijos de Dios.

Y aunque esta idea de la dignidad humana es característica principal de la cultura cristiana; no es sin embargo exclusiva de ella ya que la misma apareció, también en la antigua cultura oriental y también la encontramos en el pensamiento griego con sus filósofos clásicos, al desarrollarla supremacía de la razón, abriendo una vía para el ética del humanismo; aunque después no se desarrollará en su filosofía jurídico-política. En definitiva se trata de la aplicación en el mundo moderno del Derecho, de los principios éticos contenidos en la Biblia.

"Así que, todas las cosas que quisierais que los hombres hiciesen por vosotros con ellos, porque esta es la ley" (Evangelio de San Mateo, VII,12). "Y como queréis que os hagan los hombres, así hecedles también vosotros". (Evangelio de San Lucas, VI, 31.)

El pensamiento de la Edad Moderna contribuyó a conceder un máximo valor a la idea cristiana de la dignidad humana, al recalcar el valor central y único fin de la cultura, al ser humano. Y así la expresión de que en el mundo todo tiene un precio excepto el ser humano, mismo que no tiene precio por poseer dignidad, es decir por constituir un fin en sí mismo, esta expresión viene a recoger a su vez el sentido cristiano de la vida y el espíritu moderno en las culturas actuales.

¹⁴ PRECIADO H. Rafael. LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO UNAM. México 1984 p.235

1.5.- Declaración de los derechos humanos: .

La noción de derechos humanos corresponde a la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio de los individuos y no puede ser empleado lícitamente para ofenderlos en sus atributos y debe servir para que éste pueda vivir en sociedad y con las condiciones básicas de dignidad.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste debe respetar y garantizar o bien debe dar la pauta para la creación de organismos encargados de la realización de tales acciones.

Al hablar de derechos humanos hacemos referencia a los derechos y atributos de toda persona, inherentes en su dignidad, que el Estado debe de respetar, garantizar y satisfacer.

Consideramos necesario aclarar que éstos no dependen del reconocimiento de un Estado, ni son concesiones suyas; y tampoco dependen de la nacionalidad de la persona, ni de la cultura a la que pertenecen.

Son derechos universales que corresponden a todo habitante del mundo. La expresión más notoria de esta gran conquista es el artículo 1º de la *"Declaración Universal de Derechos Humanos"* que menciona:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

El fundamento de esta afirmación es polémica y es que para las escuelas iusnaturalistas los derechos humanos son una consecuencia lógica de que el orden jurídico tenga su arraigo esencial en la naturaleza y deben de ser expresadas en el Derecho positivo, al cual por lo mismo le está vedado contradecir los imperativos del Derecho natural.

La verdad es que en la actualidad, la discusión no tiene mayor relevancia en la práctica ya que para el *iusnaturalismo* la garantía universal de los derechos de la persona es vista como una comprobación histórica de su teoría y para los juristas que no se adhieren a esta doctrina, no son mas que las bases de pensamiento para

un proceso histórico cuyo origen y desarrollo dialéctico no se agota en las ideologías aunque las abarca.

Lo cierto es que la historia universal ha ignorado la protección de los derechos de los seres humanos frente al ejercicio del poder. El reconocimiento universal de los mismos como parte inherente a la persona, es un fenómeno reciente.

Dentro de la historia constitucional de occidente, encontramos que en Inglaterra emergió el primer documento significativo que establece las limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder del Estado frente a sus súbditos: "*La Carta Magna de 1215*", la cual junto al "*Habeas Corpus de 1679*" y el "*Bill of Rights de 1689*", pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos, estos documentos sin embargo no se fundan en derechos inherentes a la persona sino en conquistas de la sociedad. Y es que en lugar de proclamar derechos de cada persona, se enuncian los derechos del pueblo, es decir se establecen deberes para el gobierno.

Las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales con fuerza legal, fundados sobre el reconocimiento de los mismos, que el Estado debe de respetar y proteger las encontramos en las revoluciones de independencia norteamericana e iberoamericana, así como en los movimientos revolucionarios en Francia. Por ejemplo, la Declaración de Independencia del 4 de Julio de 1776, afirma que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por el creador de ciertos derechos innatos tales como la vida, la libertad y la felicidad.

Es así que el tema de los derechos humanos, específicamente los que conceden facultades individuales y libertades públicas, ingresó al Derecho constitucional en el momento de reconocerlos y garantizarlos en la Constitución de cada Estado, que los enuncie y resguarde como atributos anteriores y de valor supremo para cada individuo.

En el Derecho constitucional, las manifestaciones originales de las garantías a los derechos humanos se centraron en lo que hoy se conoce como derechos civiles y políticos, conocidos como "*Primera Generación*"¹⁵ de derechos humanos, los que contemplan la libertad, la seguridad, la integridad física y moral de la persona, incluyendo el derecho a participar en la vida pública.

En materia de Derecho constitucional se han generado importantes avances en el presente siglo, sobre el contenido y concepción de los mismos. Así la noción de los derechos económicos, sociales y culturales, que están relacionados con las

¹⁵ BALLESTEROS, Jesús **DERECHOS HUMANOS**, Ed. Tecnos. Madrid, 1992 p.34

condiciones de vida en sociedad deben de encontrarse en términos adecuados para poder proporcionar la dignidad inherente a la familia humana, que son los que conocemos como la "Segunda Generación"¹⁶. de derechos inherentes a la naturaleza humana. Los que además de ser contemplados por cada Estado es necesario que sean reconocidos internacionalmente.

A continuación haremos una breve reseña de cómo fue este proceso, que buscó el establecimiento de garantías supraestatales producto de la razón humana y no como una concesión social. Y es que aún en el siglo XX la protección de los derechos humanos se enfrentó a grandes obstáculos.

Por ejemplo los de índole política, que se presentaban al no existir relaciones diplomáticas entre Estados, en donde se necesitó de grandes esfuerzos, pero el suceso que desencadenó internacionalmente la importancia de su reconocimiento, fue la gran conmoción histórica y social que provocaron los crímenes de las eras nazi y stalinista los que hicieron inminente su regulación.

Otro gran obstáculo para su regulación internacional era la oposición por parte de los gobiernos, basándose en el principio de soberanía, partiendo del hecho que las relaciones del poder público frente a sus súbditos deben estar reservadas al poder del Estado y no a otra autoridad.

Y encontramos como primera manifestación tendiente a establecer un sistema jurídico general de protección a los seres humanos al denominado "*Derecho Internacional Humanitario*", que son los lineamientos aplicables en los conflictos armados cuya primordial finalidad, era contener los imperativos militares para preservar la vida, la dignidad, y la salud de las víctimas de guerra, que sirvió de precedente para la salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano.

Lineamientos contemplados en; la Convención de la Haya de 1907 y su anexo, así como más recientemente, el de las cuatro convenciones de Ginebra en 1949 y sus protocolos en 1977.

Los sucesos que desencadenaron la internacionalización de los derechos humanos fueron, en primer lugar los crímenes realizados en la Segunda Guerra Mundial y segundo la creación de un organismo internacional que los salvaguardara, la O.N.U. (Organización de las Naciones Unidas).

La magnitud del genocidio demostró que el poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe

¹⁶ Op.Cit. p.36

dejarse a cargo únicamente de las instituciones internas sino debe complementarse con la supervisión de instancias internacionales.

Los derechos humanos han tenido nuevos horizontes, además de los mecanismos orientados a establecer sistemas generales de protección han aparecido otros destinados a proteger ciertas categorías de las personas por ejemplo; mujeres, niños, trabajadores, refugiados, discapacitados, etc.

En la internacionalización se han gestado además de lineamientos que consagren elementos de salvaguarda individual como de la vida y dignidad, también derechos colectivos que se conocen en el campo internacional como "*La Tercera Generación*"¹⁷, como por ejemplo; el derecho a un medio ambiente sano, al desarrollo y la paz.

Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial se presentó entre las naciones un proceso de codificación de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos reconocidas internacionalmente.

Se fomentó la creación de instrumentos y mecanismos de protección de los derechos humanos, cobro un auge sin precedente hasta llegar a establecer el denominado *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, que está constituido por todos los instrumentos internacionales entre los que encontramos principalmente los tratados y convenios, que pueden ser por un lado las cartas o estatutos constitutivos de organizaciones internacionales y por el otro, convenciones, pactos, etc.. que a continuación detallaremos.

Los instrumentos internacionales pueden ser:

1.- *Declarativos o Recomendatorios*: cuando sólo establezcan recomendaciones sobre las reglas mínimas a seguir aunque carezcan de efecto jurídico obligatorio y;

2.- *Convencional o Vinculatorio*: cuando imponen obligaciones formales y que pueden ser directamente exigibles a los Estados que los han suscrito, ratificado o adherido.

Después de la diferenciación anterior mencionaremos algunos instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos:

¹⁷ Ibid. p38

1º La Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Documento considerado como el primer movimiento de orden ético de la humanidad organizaba, aprobado con 48 votos a favor y ocho abstenciones, por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, considerado en su origen como declarativo, actualmente es considerada una norma consuetudinaria del Derecho Internacional.

2º El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

Este pacto fue aprobado en 1966 e inició su vigencia en 1976. Se refiere a los derechos civiles y políticos que contempla la Declaración Universal de los Derechos Humanos , pero por tratarse de una tratado obliga los Estados partes que lo aprueban y lo ratifican, al respeto absoluto de sus derechos y libertades fundamentales.

3º Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Dicha declaración adoptada en 1948 contiene 38 artículos que contemplan derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, las libertades de expresión, religión y asociación, pero además contiene los deberes civiles tales como votar y pagar impuestos.

La presente declaración reconoce que cuando un Estado legisla sobre esta materia, no concede derechos más bien reconoce los existentes antes de la creación del mismo, e inherentes al ser humano.

Actualmente existe una gran variedad de instrumentos internacionales que contienen los derechos humanos y se refieren a grupos o situaciones específicas de riesgo o peligros tales como:

- 1.- Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial en 1965.
- 2.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1979.
- 3.- Convención sobre los derechos del Niño.
- 4.- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984.
- 5.- Convención sobre la represión del crimen del genocidio en 1967.
- 6.- Convención americana para prevenir y sancionar al tortura de 1980.

Como sabemos los lineamientos de Derecho deben complementarse con los medios o sistemas de protección, y éstos no son la excepción; así encontramos *Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*. que no son otra cosa que el conjunto de normas contenidas en uno o varios instrumentos internacionales de carácter convencional. Que tiene como principal característica el definir y enumerar los derechos y libertades fundamentales de todos los seres humanos así como determinar las obligaciones asumidas por los Estados para hacer efectivo su compromiso de respetar los mismos.

Dichos sistemas instituyen órganos y mecanismos encaminados a supervisar el cumplimiento de lo pactado por cada Estado, de esta manera encontramos desde el punto de vista espacial y personal de aplicación cuatro grandes sistemas internacionales que son:

1.- Un Sistema Universal: La Organización de la Naciones Unidas (ONU) Basado en el artículo séptimo párrafos primero y segundo de la carta de las naciones unidas que se encuentra integrado por:

- a) Asamblea general
- b) Secretaria General
- c) Alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos
- d) Consejo económico social
- e) Comité de Derechos Humanos.
- g) Comisión de Derechos Humanos.

Además del anterior encontramos tres sistemas regionales que son:

- a) Sistema Regional Europeo
- b) Sistema Regional Interamericano
- c) Sistema Regional Africano.

Como hemos notado la idea de un Derecho innato al ser humano y universal es permanente y de gran relevancia, con un sin número de críticas pero que ha servido de base para el establecimiento de leyes positivas.

Por ejemplo en nuestra carta magna encontramos consagrados derechos inherentes al individuo que buscan en todo momento establecer la igualdad, libertad y dignidad que nuestro derecho constitucional define como "*Garantías Individuales*", que cuentan con una vía procesal para asegurarse sean respetados, el *Juicio de Amparo*, a continuación y sólo para ejemplificar lo escrito transcribiremos el contenido de algunos lineamientos tendientes a salvaguardar nuestros derechos innatos y además dejaremos de manifiesto como nuestros legisladores han buscado en todo momento establecer su importancia, tenemos así:

Lo que establece el artículo 2º de nuestra Constitución

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren en el territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho, la libertad y la protección de las leyes".

Que se asemeja a lo dispuesto por el artículo 4º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que a la letra dice:

"Nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas formas".

Otro precepto que establece derechos inherentes a los seres humanos y que se encuentran contemplados en ambos ordenamientos, lo encontramos en lo establecido por el artículo 22 de la Constitución;

"Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca y los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales..."

Precepto que posee mucha similitud con lo dispuesto por el artículo 5º de la Declaración Universal que establece:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Finalizaremos esta breve comparación a nuestra carta magna y la declaración universal de los derechos humanos, con los establecido en los artículos 16 y 12 respectivamente que a la letra establecen:

“Artículo 16 Constitucional. Nadie puede ser molestado en persona familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”.

“Artículo 12 de la Declaración Universal: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, o domicilio o su correspondencia, ni de ataques en su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Con lo anterior damos por concluido el presente capítulo, en el que observamos que la búsqueda de derechos inherentes al ser humano es una idea constante y necesaria, que ha sido producto de la reflexión de innumerables estudios que desembocaron en un instrumento internacional que enumera algunos de los más elementales derechos, aunque no es una lucha ya finalizada, por que debemos lograr su realización total, pero es importante recalcar el interés por parte de las autoridades de lograr su institucionalización y establecer los medios para lograr sean respetados, que como ya se estableció a lo largo del presente no es una concesión de cada Estado sino normas anteriores a su creación y que deben acompañar al todo ser humano sin importar en donde se encuentre.

CAPÍTULO II REALISMO SOCIOLOGICO

2.1.- Concepto:

Para iniciar este capítulo diremos que el estudio del Derecho enfocado desde un ángulo social es muy reciente en comparación con el Derecho natural. Esta disciplina ha crecido en importancia y trascendencia lo cual hace su estudio fundamental en nuestra investigación.

La sociología como investigación y como ciencia, se ha desarrollado desde hace más o menos un siglo y medio, ya que la época moderna se caracteriza, entre otras cosas, por haber adquirido una peculiar sensibilidad hacia los fenómenos "sociales".

Y es por eso que la Filosofía, la Economía, y por supuesto el Derecho han contemplado el ángulo sociológico.

Es por eso que a partir de la escuela histórica del Derecho, del positivismo jurídico, y de las escuelas sociológicas, se ha llegado a estudios jurídicos denominados "*Sociología Jurídica o Realismo Sociológico*"; con autores como Max Weber, Durkheim, Lewelyn, Alf Ross y sus discípulos, por mencionar sólo a algunos.

El objetivo en este punto es el de establecer un concepto que nos enmarque la sociología jurídica o realismo sociológico como actualmente se le está denominando. En primer lugar, mencionaremos a Augusto Comte considerado el padre de la sociología, quien la define como:

"El estudio de la totalidad de las ciencias sociales".¹⁸

Él entendía a la sociología como la ciencia que estudia los elementos que componen una sociedad así como las transformaciones que ésta sufre.

¹⁸ SÁNCHEZ De la Torre Ángel. **SOCIOLOGÍA DEL DERECHO** Editorial. Tecnos S.A. México 1987 p.20

Después de la aclaración anterior ahora sí podemos decir que para el maestro Gustav Radbruch, la sociología del Derecho trata de descubrir las leyes generales o, por lo menos los procesos típicos de desarrollo del Derecho y de la vida jurídica dentro de la vida social.

Son muchas y muy variadas las acepciones y significados que se le han dado al realismo sociológico, así encontramos por ejemplo al profesor Óscar Correas, quien nos dice que, La sociología jurídica es la disciplina científica que intenta explicar las causas y efectos del Derecho.

El realismo sociológico entiende al Derecho como un hecho, es por eso que autores como Alf Ross delimitan los ámbitos de la ciencia jurídica y de la sociología del Derecho, para el estudio de un mismo objeto ya que el Derecho puede ser abordado como norma, como ciencia y también como hecho social.

Podemos concluir diciendo que el realismo sociológico:

Es una rama de la sociología que tiene como objeto de estudio la investigación de las causas y efectos que produce el Derecho en una determinada sociedad.

2.2.- Antecedentes:

La dificultad consiste en fijar un punto de partida. Es raro que una ciencia nazca completamente armada. De ordinario, se forma poco a poco, a partir de una nebulosa originaria. De ahí la impresión de un comienzo que no acaba. Sin embargo, tenemos una certidumbre, toda vez que la sociología jurídica se ha formado por división de la sociología general, no puede ser anterior a ésta, la cual surge como ciencia en el siglo XIX.

No es raro encontrar precursores de la sociología jurídica y es que nada se parece más a una consideración de sociológica jurídica que una visión no dogmática del Derecho. Cuando un observador, que no es jurista es testigo de escenas jurídicas, las describe desde sus ángulos más fácticos, dando valor a los ritos y a los sentimientos, abandonando sin sospechar siquiera que existen, las cuestiones técnicas podrá ser suficiente para decir que es un sociólogo.

La aportación más importante que la antigüedad hizo a la sociología del Derecho se encuentra quizá en los historiadores y en los viajeros, en sus curiosas investigaciones sobre las costumbres de antaño y de todas partes, podríamos citar por ejemplo a Herodoto, Plutarco, a Varrón y a Aulo Gelio o al Tácito de Germania.

Es por eso que se ha desarrollado el sentimiento de variabilidad del Derecho ya que éste se encuentra en constante cambio en el tiempo y en el espacio es decir es algo muy relativo, es así como también fue contemplado por ejemplo por Montaigne o en el Barón de Montesquieu en todo el pensamiento occidental, que ha sido estimulante para la sociología jurídica.

Sin embargo, cuando se buscan en raíces de la sociología jurídica, ordinariamente se evocan más las obras teóricas que las prácticas. Se piensa en los filósofos de la ciudad y de las leyes y en primer lugar de todos, en Aristóteles y es que su obra contiene rasgos que pueden considerarse como sociológicos.

Él tenía como característica ser muy realista al observar la sociedad tal como era; y presentándonos la idea de que el cuerpo social era un ser vivo sometido a la ley del nacimiento, del crecimiento y de la muerte y que el cambio es la condición misma de la vida.

Aristóteles mostró con fuerza la presencia en la sociedad de todo un mundo de relaciones que no está regido por el Derecho, sino por la amistad y los vínculos sociales.

En los tiempos modernos se buscó ejercer una función crítica respecto del Derecho positivo, y es eso lo que formó una parte de la sociología jurídica, y es esa la razón por la que en la Edad Media no hubo un estudio que pudiera considerarse relacionado con la misma.

Al fijar las primicias de la sociología del Derecho, hay muchos historiadores que no se remontan más allá del siglo XVII, que es el momento de la crisis de la conciencia europea, piensan sobre todo en Thomas Hobbes, considerándolo como sociólogo cuando analiza los términos de psicología social del crecimiento la inclinación humana, con la cual debe contar toda vida en sociedad y todo sistema en Derecho es decir no se trata del simple deseo de gozar, sino dinámicamente del deseo de gozar más y Baruch Spinoza considerado éste como un sociólogo al establecer las relaciones entre el poder económico y las formas constitucionales, que constituyen ya una expresión de materialismo histórico.

La razón por la cual se les ha considerado como sociólogos es porque son extremadamente realistas, ya que reconocieron crudamente el papel de la fuerza y de las necesidades de la génesis en el derecho. Sin embargo la sociología jurídica la encontramos aquí sólo mediante una Filosofía del Derecho en su sentido genérico.

La vías sociológicas pasan por la negación de lo absoluto, Montaigne ejerció su escepticismo sobre la justicia de los hombres, Pascal recogió este escepticismo para integrarlo en su demostración de la justicia divina. Lo anterior viene a relativizar la idea de que el Derecho, es factible, frágil y cambiante.

El Barón de Montesquieu con su obra "El Espíritu de las leyes" (1748) ocupa en la historia de la sociología jurídica un lugar muy importante, que puede ser considerada como una obra fundadora, atendiéndonos sólo al estudio sociológico de esta obra debemos entender dos rasgos fundamentales: el relativismo, y el determinismo.

a) El Relativismo: Montesquieu no niega la existencia del Derecho natural como algo muy profundo y esencial no niega ni descarta la variabilidad en el tiempo y el espacio del Derecho y dicha relatividad es más bien geográfica que histórica.

b) El Determinismo: El propósito declarado de la obra consiste en poner las leyes en relación con otros hechos y este propósito brilla en muchas de las rúbricas.

Cabe discutir únicamente si las relaciones contempladas son verdaderamente relaciones de causalidad, aunque sea de causalidad parcial, o si son simples correlaciones. lo cual no tiene una respuesta absoluta ya que algunas veces Montesquieu utilizaba un método estructural en el que construía modelos de una sociedad en la que todos sus elementos, incluyendo el derecho se encontraban en equilibrio y en otros casos el Derecho estaba determinado por causas objetivas u otros fenómenos sociales, como por ejemplo la forma de gobierno, la religión, el comercio, y las costumbres o bien de causas demográficas, como por ejemplo los habitantes o el crecimiento desmedido de la población, e incluso de causas puramente físicas, como la naturaleza de la tierra o el clima. Y esta es la razón por la que se contempla como un precursor de la sociología.

El barón de Montesquieu marcó quizá sin darse cuenta el inicio del estudio de la sociología jurídica, para poder comprender mejor el pensamiento de Augusto Comte.

AUGUSTO COMTE (1798 -1857)

Fue él quien bautizó a la sociología como física social, es decir ciencia que estudiará todos los hechos y fenómenos sociales considerados en sí mismos, en su

conjunto en sus relaciones mutuas para llegar a determinar sus leyes naturales y dar una explicación positiva y sintética de la sociedad, de su vida y desarrollo.

Para este autor la sociología es una ciencia positiva, puesto que estudia los hechos sociales a posteriori, los constata y no los imagina además de emplear procedimientos de investigación tan precisos y rigurosos como los de las ciencias físicas.

Él nos dice que es una ciencia general porque no considera una determinada categoría de fenómenos sociales, sino a todos en conjunto, analizando sus rasgos comunes y sus leyes y es una ciencia abstracta, porque no se ocupa del estudio de seres concretos, sino exclusivamente de relaciones entre fenómenos, de modo semejante a la Biología, a la Química, ciencias que ignoran al ser concreto para no preocuparse sino de las relaciones abstractas.

LE PLAY

Él es personaje importante en la sociología jurídica y aunque la encontró en un decaimiento por estar limitada al Derecho de familia, presentó un estudio muy interesante en el que destacaron los siguientes aspectos:

a) El método.- Este autor se basó principalmente en la investigación monográfica que era un método demasiado descriptivo en el que producía situaciones a una escala demasiado pequeña y lleno de detalles poco significativos; Le Play dejó una serie de monografías de familias de campesinos y obreros dando pie a estudios que hoy en día siguen teniendo importancia para el estudio de problemas sociales.

b) La doctrina.- Él utilizó una doctrina tradicionalista e incluso reaccionaria con relación a la filosofía liberal e individualista del Código de Napoleón y además a diferentes corrientes socialistas.

Le Play aspiraba a una reforma social, la cual deseaba alcanzar por medio de una reforma moral que empezaría por la familia que tendría como cimiento los diez mandamientos de la religión católica, esta teoría le sirvió en muchos lados para ser escuchado y poder plantear su esquema de reforma.

c) La influencia .- Le Play fundó una escuela, la cual se llamó "Escuela de la Reforma Social" escuela con gran influencia entre la clase intelectual y conservadora de Francia con gran éxito en la época anterior a la Segunda Guerra Mundial.

Además de las doctrinas de Montesquieu y Le Play, se desarrollaron otras vertientes relacionadas a la sociología jurídica en Alemania teniendo en Carlos Savigny y la Escuela Histórica las tesis más reconocidas.

Él partía de la idea de que el Derecho no nace de la voluntad accidental y arbitraria del soberano, sino que es producto de un desarrollo anónimo y espontáneo del seno de la Nación a lo que denominó la *opinio necessitatis*.

RODOLF V. IHERING

También podemos considerar como precursor del realismo sociológico al maestro Rodolf V. Ihering quien es romanista al igual que Savigny, aunque con una personalidad mucho más variada, por lo anterior podemos decir que tuvo rasgos de sociólogo ya que el uso el método comparativo, aunque a veces con muchos rasgos filosóficos parecía darle la espalda a la sociología, pues él exaltaba la energía individual y la acción de la voluntad en la creación del Derecho.

Aunque la voluntad a que se refiere él no es en reposo sino más bien la que está en constante lucha, pero aun más que la voluntad, lo que le interesa es el conflicto de intereses y el antagonismo de fuerzas, con grandes rasgos Darwinianos de evolución.

Por lo que en esta investigación se le consideró como precursor del realismo sociológico es por su visión realista de la sociedad , ya que él como jurista tocó construcciones conceptuales y se habituó a pensar más en un Derecho que tenía una constante lucha de intereses y algo que es importante destacar es que su realismo no era pesimista por el contrario tenía una gran vitalidad, ya que pensaba que el Derecho era un trozo de la vida pero de la vida sana.

Pero su verdadero logro sociológico fue el explorar lo cotidiano por la fuerza de las cosas llegando así a las costumbres y a todo lo que va más allá de lo jurídico.

JEREMY BENTHAM

Tenemos en el maestro Bentham a otro precursor, conocido como el filósofo del utilitarismo, por utilizar su filosofía en la legislación civil y penal, lugar donde se encontró con uno de los problemas claves en la sociología, que es el identificar lo justo con lo útil, lo que en otras palabras significa establecer un punto de

conexión entre los hechos y el Derecho; que es lo que intenta establecer la sociología legislativa.

Él al igual que el maestro Rudolf V. Ihering representan la visión optimista del Derecho; ya que afirmó que:

"...el Derecho presenta ideas de placer, de abundancia y de seguridad".¹⁹

Sus conceptos son de importancia para nuestra investigación y para los sociólogos del Derecho porque escribió sobre la legislación, contemplada como el arte de legislar, pero al escribir al respecto se encuentra con el problema de la aculturación jurídica,

Y así primero contempla la utilidad de una legislación o bien su reforma para determinada sociedad misma que intenta cuantificar, presentándonos de manera abstracta las ventajas que representa a las cuales les resta el descontento que generan; fórmula que según Bentham deben realizar los legisladores para poder aprobar o no una ley o reforma.

Lo anterior se puede representar de la siguiente forma:

(A) Ventajas de una legislación - (B) Descontento que pueden generar
ó
Reformas de la misma

(A) - (B) = Decisión para aprobar una ley o reformarla

El descontento puede variar según su potencialidad ya que es importante contemplar:

- 1º La fuerza que representa la porción en descontento
- 2º La duración del descontento y
- 3º Las magnitudes que el mismo puede ocasionar;

Con lo anterior nos presenta toda una aritmética de psicología legislativa; misma que es toda una visión sociológica del Derecho.

¹⁹ CARBONIER Jean **SOCIOLOGÍA JURÍDICA**, Ed. Tenos .Madrid España p.59

SIR. HENRY MAINE

Ahora presentaremos su pensamiento, más conocido en Francia como Summer Maine quien tiene entre otros méritos el ser uno de los fundadores del método del Derecho comparado, aunque lo anterior no fue suficiente ya que al contemplar el Derecho de varias sociedades en el tiempo y el espacio se encontró con una noción del Derecho vivo y cambiante.

Así nuestro autor nos habla de un Derecho en evolución, misma que aunque lenta y gradual era de tipo consuetudinaria ya que en su opinión la naturaleza humana tiene una innegable estabilidad.

De este modo, gracias a él, se expandió en nuestra doctrina jurídica, una conciencia nueva de la relatividad del Derecho, que procedía no ya de la confrontación directa de las instituciones modernas con las instituciones antiguas, completamente diferentes, sino del sentimiento de que las instituciones modernas han salido poco a poco de las antiguas por medio de la transformación continua, pensamiento que nos sirve de preparación para entender a Durkheim a quien analizaremos más adelante.

HERBERT SPENCER

Otro precursor del realismo sociológico es el maestro Herbert Spencer quien tiene como características, el haber sido utilitarista como Bentham y evolucionista como Maine.

Aunque en ambas direcciones se le considera más sociólogo, pero sus relaciones con el Derecho son menos evidentes ya que él al igual que el filósofo Aristóteles comparó a la sociedad con un organismo individual, en donde por ejemplo los jueces y los soldados se encuentran en lo que se denomina tejido exodérmico, es decir en que son para la defensa de la sociedad contra los peligros.

Lo importante que podemos recalcar de su pensamiento es, el contemplar a la sociedad como un organismo vivo y en constante crecimiento.

CARLOS MARX

Sería un error no contemplar a Marx y los Marxistas como precursores de la sociología jurídica, aun y cuando en la actualidad estén en tela de juicio las sociedades organizadas tomando como modelo su propuesta teórica.

Así diremos para empezar que en la obra de Carlos Marx se encuentran una serie de reflexiones en las que se afecta el Derecho y están nutridas de la observación de los hechos sociales y que están relacionadas con la sociología jurídica, como por ejemplo en un plano secundario lo que Marx pensaba acerca del papel de la mujer como medio para conocer la cultura de un hombre.

El marxismo aporta una sociología jurídica basada en sus tesis fundamentales y solidarias entre sí que son; el materialismo histórico, la lucha de clases y el perecimiento del Estado.

Iniciemos con *el materialismo histórico*, tesis en la que se plantea que la historia está condicionada por el proceso material de producción; en donde las fuerzas productivas como son la naturaleza, los productos, la mano de obra, es decir los datos económicos que forma la infraestructura son los que determinan los estados de conciencia, que forman las ideologías que forman la Superestructura en la que se encuentra el Derecho.

Y es así como el Derecho se encuentra históricamente determinado por el desarrollo de las relaciones de producción, por lo anterior podemos decir que la sociología jurídica marxista presenta las siguientes características:

- * Es evolucionista
- * Determinista
- * Materialista

Debemos añadir que cuando Marx piensa en las instituciones jurídicas lo que tiene en mente es el Derecho de propiedad, recapitulación de todos los derechos.

Hablemos ahora de *la lucha de clases*, si el Derecho estuviera soportado por una infraestructura homogénea, su evolución sería armoniosa y sería constantemente el orden pacífico descrito por la filosofía optimista. Sin embargo, la infraestructura está dividida por conflictos de clase, que se reflejan en el Derecho.

En relación *al perecimiento del Estado* diremos que, la sociedad perfecta contemplada por el socialismo es aquella que no posee un Estado, ya que el gobierno de los hombre será reemplazado por la administración de las cosas; y el

logro final del comunismo debe pues ir a la par con la desaparición gradual de la autoridad.

Ello no significa que el ideal sea la anarquía, sino que el orden se realizará, al final por la fuerza de la razón. Será un orden sin coacción y sin diferenciación entre técnicos de la reglas y súbditos de las reglas, lo anterior es como decir que no será un orden jurídico: el perecimiento del estado llama a la disolución del Derecho, observamos que para Carlos Marx tiene la postura igual que Lutero al pensar que de el Derecho y los Juristas no puede surgir nada bueno.

FRIEDRICH NIETZSCHE

Él es otro precursor de la sociología jurídica su aportación sociológica fue el método, aunque para él el Derecho es parte de la sociedad pero una excepción a la vida.

Él pensaba que la vida procedía esencialmente de la violación y violencia, así como de la infracción y destrucción; se imaginaba una organización jurídica soberana y general, que tuviera que ahogar toda lucha, que tuviera como regla la aceptación de la igualdad de todas las voluntades; tendríamos en ella un principio contrario a la vida, un agente de disolución y un vida desviada hacia la nada.

De esta manera, el juicio que Nietzsche formuló sobre el Derecho es radicalmente pesimista ya que él considera que el Derecho es un mal, porque con su voluntad de eternizar una relación de poder dada, supone una detención de la vida además cree que el Estado es un mal, sobre todo el que se relaciona con el Estado de Derecho, es decir el Estado Liberal y democrático.

2.3.- Expositores más destacados

a) Emilio Durkheim

Entre los precursores de la Sociología Jurídica más destacados en este siglo encontramos a Emilio Durkheim, quien desempeñó en Francia un papel capital en la creación de la sociología jurídica, quien fue sumamente criticado a principios de siglo por creer que era partidario del socialismo y actualmente por

su insuficiencia matemática o por la debilidad de su compromiso político, aun así su influencia sigue siendo considerable.

Durkheim está presente en la sociología jurídica contemporánea, y aunque la sociología general no le da abiertamente ese reconocimiento, se sirve corrientemente de un utillaje conceptual transmitido por él.

Así conceptos como: la coacción social, la conciencia colectiva, la institución jurídica, el sistema jurídico son nociones que él forjó o por lo menos en los que dejó una marcada huella, pero su principal aportación es la objetividad, misma que sirve como base del método sociológico.

Él trataba al Derecho como un hecho social, como una cosa, y aunque con lo anterior sublevaba a los juristas, lo mismo a los iusnaturalistas que a los positivistas, es algo que ha entrado en los hábitos de los sociólogos del Derecho.

Desde el punto de vista metodológico atribuyó a las reglas de Derecho un valor instrumental sin paralelo, por su generalidad, su permanencia, su materialidad, las consideraba capaces de revelar los hechos sociales con más objetividad que hubieran podido hacerlo por ejemplo: los sentimientos, las opiniones o incluso las conductas no jurídicas.

Fue tan importante el pensamiento de Durkheim que desarrolló una escuela en la cual a sus seguidores se les conoce como los Durkheimianos, escuela en la cual se dice que había demasiada libertad, pero principalmente un gran apego hacia la regla de la objetividad y un gusto común por el estudio de las instituciones jurídicas.

La tradición que representó Durkheim se manifestó en una particular visibilidad de lo que se conoce como genética del Derecho, entendiendo por tal la exploración de las sociedades primitivas, con el fin de descubrir en ellas la creación y transformación de las instituciones jurídicas, sus seguidores tenían la encomienda de investigar determinadas figuras jurídicas en las sociedades anteriores.

Así por ejemplo: Paul Fauconnet investigó la responsabilidad, Maurice Leenhardt la personalidad y por último Marcel Mauss y Georges Davy la donación, el cambio y el contrato y otros procederían de un modo diferente que no era por instituciones sino por campos históricos, así Luis Gernet indagaría sobre la antigua Grecia y Henry Levy-Bruhl el Derecho Romano más antiguo; encontramos además como rasgo característico de esta escuela el evolucionismo.

b) Eugen Ehrlich

El jurista austríaco Eugenio Ehrlich, es considerado como el verdadero fundador de la sociología jurídica o realismo sociológico, por afirmar lo siguiente:

"El centro de gravedad del desarrollo del Derecho, en nuestra época como en todas las épocas, no reside ni en la legislación, ni en la ciencia jurídica o en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma".²⁰

Y a pesar de lo anterior se ha sostenido en más de una ocasión que Ehrlich no presentaba una auténtica sociología del derecho, la cual debía haberse orientado en la investigación empírica, y que en realidad lo que Ehrlich preconizó fue un sociología de la jurisprudencia en el sentido americano, es decir en una simple interpretación del Derecho positivo.

Lo anterior también es cierto ya que él se interesó mucho por el papel de los jueces y por su poder de creatividad, pensaba en la deducción lógica, misma que realizada a partir de los textos podía reemplazarse por una inducción a partir de los datos sociales o incluso por una intuición de equidad, al menos cuando las lagunas de la ley así lo permitieran.

Ehrlich insistía en la idea de que lo esencial en la sociología jurídica es que existía un orden social pacífico y espontáneo, no contencioso que formaba un libre arreglo de voluntades individuales o colectivas; que aunque surgieran conflictos se resolverían sin necesidad de recurrir a normas abstractas, a través de la apreciación de la justicia del caso, tal como lo realizaban los interesados mismos, sus árbitros o sus jueces; su actividad no fue de ningún modo especulativa ya que constantemente recogía ejemplos extraídos de la realidad.

Él practicó el análisis sociológico de la jurisprudencia a gran escala, así como el análisis sociológico de los contratos, él principalmente pensaba en un Derecho vivo, aunque la sociología del Derecho no se limita a una preocupación vitalista o real, aunque ciertamente esta preocupación es la puerta por donde se entra a la sociología del Derecho.

²⁰ Ibid, p.20

c) La sociología jurídica alemana: WEBER Y GEIGER

Estos autores tienen mucho en común, en primer lugar su nacionalidad además su franca y declarada acepción sociológica del Derecho, aunque Max Weber es un poco más conocido que Teodoro Geiger, ambos representan dos generaciones sucesivas y entre el pensamiento de uno y de el otro se entrevé una relación de influencia e incluso de filiación.

Max Weber

Para empezar diremos que se hizo celebre como historiador de la Economía, disciplina en la que estableció el origen del capitalismo en la ética protestante; postula la racionalidad del Derecho en la sociedad capitalista.

En relación a la sociología fundó una sociología comprensiva en donde asignaba como principal tarea el aprehender, a través de la interpretación racional, el sentido que los actores sociales dan a sus propias conductas; lo cual consiguió al utilizar el método *Idealtypen* que consistía en establecer tipos ideales que no existían en la realidad histórica como tal, con rasgos significativos que permitieran comprender la realidad.

Lo anterior le resultó de gran utilidad ya que al conjugar muchas disciplinas relacionadas entre sí le permitió dar un panorama mucho más completo de la sociedad.

Teniendo como aportación principal la incansable lucha por otorgar autonomía a la sociología jurídica, lo cual consiguió al descubrir de un fenómeno social su esencia jurídica en contraposición de lo meramente social y moral.

En esta ardua tarea se encontró con la noción capital del estado mayor, el personal del Derecho, que son todos los agentes humanos que la sociedad coloca con el fin de asegurar la observancia de ciertas normas o la sanción de su violación de manera enunciativa mas no limitativa encontramos a el jefe, los jueces, los juristas, etc.

Presentaremos a continuación lo que es conocido en el mundo sociológico como la *Ley de Weber*:

“ El progreso del Derecho se realiza por medio de la racionalización y por tanto de una especialización y una burocratización crecientes.”²¹

²¹ Ibid. p.80

La anterior ley como todas las leyes históricas, empujó la rueda de la evolución, y es que así uno se siente menos molesto al amontonar ley sobre ley, porque según Weber eso representaría necesidad para el progreso.

Por último diremos que Weber ejerció una gran influencia no solo en Alemania, sino también en los Estados Unidos y en el Japón.

Teodoro Geiger

Él nos ha dejado en su obra una aportación importante para la sociología general, aunque brilló tal vez más el realismo sociológico, como él mismo calificó su doctrina, aunque muchas veces se le ha relacionado más como un teórico o filósofo del Derecho ya que realizó estudios acerca de la naturaleza de las normas, así como la distinción entre moral y Derecho o entre Derecho y poder.

Geiger en su investigación utilizó un método algebraico, es decir muy abstracto lleno de simbolismos mismos que consideraba de gran valor pedagógico, ya que al permitir por medio de la comparación de las fórmulas se podía aprehender los nexos existentes entre los fenómenos descritos.

Pero en realidad lo que constituye en él su realismo es su rechazo de las ideas completamente acuñadas venidas del Derecho dogmático, positivo o natural y su preocupación por apoyarse en hechos sacados de la Etnología, de la historia o de la práctica jurídica contemporánea.

En su obra Geiger presenta muchos análisis ingeniosos relacionados con el principio psicológico de la costumbre, la efectividad, la moral, etc. mismos que son de gran importancia para el realismo sociológico.

d) Rascoe Pound

Pasemos ahora a lo que es conocido como: "La Teoría sociológica del Derecho", conocida en Francia como "*sociological jurisprudence*", teoría que se desarrolló en Estados Unidos y teniendo en el maestro Pound a su mejor exponente.

Él daba clases en Harvard y entre sus alumnos encontramos a Holmes, Cardozo y Brandeis magistrados del Tribunal Superior Federal. que tenían como rasgo principal al emitir sus decisiones, plasmar el pensamiento de Pound que presentaba dos vertientes una científica y otra práctica, las cuales explicaremos a continuación:

Por lo que hace a su visión científica, relaciona al Derecho con todo lo que está dentro y fuera de él, es decir con todos los fenómenos sociales; llegando así a la conclusión de que las leyes y los juicios tienen consecuencias sobre la vida social es decir las transformaciones de la sociedad determinan el Derecho.

Pound sostenía que la efectividad de las reglas jurídicas dependía del grado de sostén que encontrarán en la opinión pública; quizá ahora lo anterior no posea gran importancia o trascendencia pero a fines del siglo pasado esto no era impartido en la Universidades. Sin embargo la aportación más original de esta teoría es el haber proyectado una nueva luz en el Derecho, incorporándolo dentro de la categoría sociológica más general del control social. Pound recibió gran influencia del maestro Edward Alsworth Ross, quien pensaba que el control social es un conjunto de medios de todas clases a través de los cuales la sociedad asegura la cohesión así el control social es una fórmula dulcificada de la coacción social.

Él llegaba a considerar como medios de control social ,además de los usos sociales y la ética, la educación, el arte incluso las ideas personales, aunque en nuestra opinión exageró un poco al contemplarlos como medios de control social y no como rasgos de identidad nacional.

El verdadero mérito de Pound es el haber pensado en el Derecho a partir del contexto de ser un uso, partiendo de ahí lo define en su esencia como un elemento del conjunto de controles sociales.

En su visión práctica del Derecho Pound orientó su doctrina sobre todo a las conclusiones relativas al arte judicial, después de verificar que el desarrollo del Derecho no ha sido nunca el resultado de la lógica, sino mas bien de la experiencia, su teoría preconizó al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia un método inductivo.

Pound pensaba que era necesario investigar en cada caso, cuáles serían los efectos específicos que se presentarían en cada decisión. Aunque con lo anterior se les otorgaría a los jueces una amplia libertad, no solo para interpretar los textos sino además par crear el derecho. Lo anterior presenta mucha similitud con la doctrina de E. Ehrlich.

2.4.- Tesis de Alf Ross

Es considerado como uno de los representantes más destacados y originales del realismo sociológico, profesor de la Universidad de Copenhage y

desarrollando numerosos estudios relacionados con: La Teoría General del Derecho, Derecho Político y Derecho Internacional.

La tesis a la que hacemos referencia es la de su libro "*El derecho y la justicia*". En donde Ross considera que la sociología del derecho debe plantearse y resolver los siguientes problemas:

- 1.- Buscar y definir el concepto, esencia y la naturaleza del Derecho.
- 2.- Establecer el fin e idea de este.
- 3.- Plantear la conexión entre Derecho y sociedad.

En esta parte de la investigación a lo que haremos referencia es a la esencia y naturaleza del Derecho. La investigación del maestro Ross se encuentra precedida de una serie de consideraciones de carácter terminológico, mismas que analizaremos a continuación:

Ross comienza por decirnos que entiende por enunciado lingüístico: "*...que es el empleo consciente del lenguaje en uso efectivo, oral o escrito*".²² Después de la definición hace la distinción entre enunciado lingüístico y significado de éste; para entender mejor el porqué se hace esta distinción, podemos decir que enunciados diversos tienen a veces significados iguales y a su vez en un mismo enunciado podemos encontrar según las circunstancias significados diferentes, mismo que a su vez se dividen en:

a) **Expresivos o Sintomáticos:** Son aquellos que expresan o son síntoma de algo es decir que como elementos de una situación psicofísica, siempre se refieren a la experiencia que les ha dado origen y,

b) **Representativos o Semánticos:** Que son aquellos que simbolizan o representan un estado de cosas.

Según Ross podemos encontrar enunciados que albergan ambas características o bien sólo una, son sólo del tipo expresivos no simbolizan nada entonces podemos decir que son simples portadores de una carga emocional o intencional y;

c) **Directivos:** Son aquellos enunciados no representativos que se hallan coordinados a fenómenos muy diversos, como por ejemplo: mandatos, súplicas, peticiones, sugerencias o deseos.

²² GARCÍA M. Eduardo. **POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLOGICO Y IUSNATURALISMO.** UNAM. P.76

Después de la anterior clasificación no resultará difícil entender cuáles son para Alf Ross los enunciados a los que pertenecen las normas jurídicas, las cuales pertenecen a los enunciados de tipo directivo, ya que al no decir solamente hechos ni pretender explicar cosa alguna, tienen como única finalidad la de provocar un determinado proceder.

Lo expuesto anteriormente nos resulta clarísimo si la norma a que nos referimos se encuentra impresa en una expresión lingüística de forma imperativa; pero el problema comienza cuando en la interpretación de una norma las palabras que la integran forman una oración indicativa.

Expresado de otra manera en cuanto que un discurso jurídico está orientado hacia el conocimiento del Derecho vigente, consistente en enunciados de tipo directivo.

2.4.1.- Análisis preliminar del Derecho vigente

Para comprender mejor la tesis del maestro Alf Ross, es necesario entender a qué se refiere con Derecho vigente, lo que no resulta tan simple como un concepto puro y llano y que explicaremos a continuación.

El maestro Ross nos explica qué entiende por validez, utilizando un ejemplo en el que algo tan común como un juego de ajedrez; lo relaciona con el Estado y así explica que las reglas que rigen éste o cualquier otro juego tienen mucha similitud con las normas que cada sociedad detenta como vigentes.

Alf Ross nos explica la importancia de que primero se establezcan cuáles van a ser las reglas (leyes) a seguir es decir cuáles serán las que efectivamente regirán el juego (sociedad) para así saber si son sólo seguidas por mera costumbre o si por que en realidad se encuentren los jugadores (ciudadanos) vinculados por ellas.

Esperamos que con lo siguiente se comprenda mejor en qué se relaciona el juego de ajedrez con un Estado y cada una de sus partes, primero diremos que Ross le atribuye al concepto de "validez" dos elementos:

1. *El elemento real:* Se refiere a la efectividad de las reglas (leyes), elemento que se comprueba al observar el seguimiento externo de estas por parte de los jugadores (ciudadanos). Es importante decir que las reglas (leyes) se expresan por medio de juicios hipotéticos.

2. *El elemento formal*: Se refiere a la forma en que una regla (ley) es sentida como motivo de la propia acción, como socialmente vinculante es decir como aceptada por los jugadores (ciudadanos)

Esperamos que lo anterior haya dejado claro que Alf Ross entiende en un principio por Derecho vigente:

" El conjunto de ideas normativas que funcionan como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas".²³

La conclusión a la que llega el maestro Ross nos demuestra que el concepto de Derecho vigente puede ser definido y explicado sin necesidad de recurrir a consideraciones de índole metafísica.

La doctrina tradicional por el contrario concibe la vigencia como un concepto de razón, de origen divino o existente a priori, Alf Ross piensa que las interminables discusiones filosóficas sobre la naturaleza del orden jurídico tiene su origen en el supuesto de que éste deriva su vigencia de un idea a priori, por lo que su tesis es decisiva cuando se trata de establecer si determinado sistema puede aspirar a que se le otorgue el título de Derecho.

Él cree firmemente que el problema a que un jurista se debe enfrentar es el consistente en saber distinguir, desde-le punto de vista del contenido, un sistema jurídico de otros conjuntos sistemas que contengan normas.

Según el maestro Ross al lograr hacer esa distinción lo que sigue es dividir el sistema jurídico nacional en dos grupos: normas de comportamiento y normas de competencia o procesales.

a) Normas de comportamiento: Son aquellas normas que regulan la conducta de los particulares.

b) Normas de competencia o procesales: Son aquellas normas que crean una competencia (poder o autoridad) es decir son normas que establecen en qué casos otras normas, formuladas en sujeción a determinados procedimientos, han de ser vistas como normas de conducta mismas a las que Ross llama normas indirectas de comportamiento indirectamente formuladas.

Ross piensa que las normas jurídicas a quien en realidad van dirigidas es a los órganos de la jurisdicción, ya que por ejemplo el Código Civil para el distrito federal nos dice en su artículo:

²³ Ibid. p.84

“Artículo 19.- Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”.

Este artículo presenta el parámetro a seguir por el juez al momento de emitir una sentencia y en este caso el verdadero contenido de la norma, en el ámbito del Derecho, consiste en una directiva para los jueces en tanto que la referida al particular es sólo derivación de la otra.

Y las normas de competencia en su tesis de Ross sólo se reducen a normas de comportamiento es decir como directivas también para los jueces y tribunales y el fundamento de la ejecución es la sentencia misma que sustenta a su vez el uso de la fuerza física contra el que no se someta a lo judicialmente prescrito.

Pero el Derecho no sólo regula en qué casos y condiciones hay que hacer uso de la fuerza, sino que determina además qué órganos están facultados para ordenar su empleo.

Para terminar este inciso diremos que para Alf Ross el sistema jurídico nacional es:

*“El conjunto de directivas que los jueces consideran socialmente vinculantes razón por la cual las aplican”.*²⁴

2.4.2.- Vigencia del sistema jurídico

Prosigamos ahora con este punto tan importante en la tesis de Alf Ross quien nos plantea la siguiente hipótesis en un sistema de normas tiene vigencia si puede fungir como esquema de interpretación de un conjunto que corresponde de acciones sociales, lo cual permite al mismo tiempo comprender al Derecho como un todo lleno de coherencia.

Además de servir como un esquema de interpretación, está basado en el hecho de que las normas que lo forman sean observadas efectivamente por sus destinatarios mismos que a su vez se sienten vinculados por ellas.

Ross piensa que los preceptos jurídicos son en último análisis las normas que determinan en que condiciones puede hacer uso del poder de su fuerza es decir la

²⁴ Op. cit. p.89

regula. Ahora bien partiendo de esa idea cree que los fenómenos jurídicos son equivalentes de las normas y que no son otra cosa que las resoluciones de los tribunales.

Él cree que sólo un fenómeno jurídico en el sentido estricto es decir la aplicación de una norma hecha por los jueces es el factor que determinará la vigencia de las normas aplicadas. Y así para la vigencia de las normas que nos da un Estado está relacionada con la real aplicación del Derecho por parte de los encargados de la función jurisdiccional y no por el Derecho en acción de las personas privadas; ya que si los particulares respetan o no las prohibiciones legales no representa para Ross el factor determinante de la vigencia.

De acuerdo al anterior Ross afirma que el Derecho no sólo debe tener cierta regularidad en el actuar de los jueces, sino además se deben sentir vinculados por lo establecido en las normas jurídicas.

El problema del Derecho vigente comienza cuando lo intentamos definir por medio de la teoría metafísica en donde según Ross puede significar dos cosas; primero que estamos en presencia de un orden realmente efectivo y segundo que nos encontramos con preceptos que representan cierta fuerza obligatoria derivada de un conjunto de principios *a priori*.

Y es así que esta dualidad de pensamientos provoca muchas complicaciones de índole ideológica o de carácter epistemológico que da como resultado una serie de antinomias.

Es así como terminamos este tema para ocuparnos ahora de otro de gran relevancia en la teoría de Alf Ross.

2.4.3.- Verificación de las proposiciones jurídicas concernientes a las normas de conducta.

Para empezar este tema diremos que, Ross establece que existe una gran diferencia entre el contenido significativo de una norma y las proposiciones acerca de éstas.

Así él nos dice que el contenido significativo de una norma jurídica son enunciados de tipo directivo y las proposiciones son aserciones. Y las relaciones de unas con otras se representan de la siguiente manera:

A (proposición) = D (Derecho vigente)

Después de la aclaración anterior diremos que:

Al referirnos a derecho vigente nos referimos al vínculo existente entre el sistema normativo a que cierta norma pertenece y a la realidad social que hace o no aplicar una norma por parte de los tribunales; vínculo que nos sirve de referencia para su interpretación.

Según Alf Ross aclarando a qué nos referimos cuando hablamos de Derecho vigente, podremos tener capacidad para comprender el comportamiento de los jueces y así interpretar sus resoluciones como las respuestas lógicas a cada situación llegando incluso a poder suponer sus comportamientos.

Una de las cosas de las que se ocupó Ross fue, el poder establecer un método eficaz para lograr demostrar si una norma tiene o no vigencia es decir; establecer la verdad de la aserción doctrinal que le corresponde.

Y frente a este problema presentó dos aspectos, el primero en donde el método será diferente según se trate de normas de comportamiento y el segundo en normas de competencia que analizaremos con posterioridad. .

Explicemos primero en cuanto al comportamiento, Ross piensa que la ciencia jurídica está fundada en el supuesto de que un principio de verificación debe poder aplicarse a los objetos de la misma disciplina es decir piensa que la ciencia jurídica es un ciencia social empírica y que las proposiciones acerca del Derecho vigente se refiere no a principios a priori o a ciertos postulados sino más bien a "hechos sociales".

En relación a la competencia y para concluir diremos que, cuando hablamos de un Derecho vigente nos referimos a aquellas normas que regulan conductas que se realizan en cierto momento y lugar pero no en el pasado ni tampoco en un porvenir lejano, sino son normas en las que sus hipótesis regulan normas de conducta más o menos próximas, siempre que entre el momento en que la hipótesis se plantea y la conducta se realiza la norma que se le aplicará no sea objeto de una reforma.

Para saber si un orden normativo es o no vigente Ross nos dice:

*“Si quedan verificadas las hipótesis establecidas por el legislador, es decir la conducta que estipulan se realiza y la norma que le corresponde efectivamente se aplica entonces tendremos ante nosotros un orden normativo vigente”.*²⁵

Ahora bien para poder asegurarnos de lo anterior diremos que, si se han emitido varias decisiones judiciales en un mismo sentido verificaran la vigencia de cierta norma en particular.

Para explicarlo mejor diremos que si determinada norma de Derecho es vigente en tal o cual momento y lugar esto sólo implicará la previsión de que puede servir de base para futuras decisiones jurídicas.

Aunque dicha norma no se podrá pretender que sea vigente por siempre, lo anterior es fácil de comprender según Ross ya que para que una conducta se realice dependerá del material empírico que sirve de base al autor de la norma; es decir del contexto social que orille a realizar tal o cual conducta.

Después de lo anterior Ross nos dice que podremos conocer el grado de vigencia que cada norma posee de la siguiente manera:

Primero sí la norma está apoyada en una doctrina sólida, es decir sostenida en una serie de precedentes y segundo sí se basa en una disposición legislativa es necesario saber si esta ha sido confirmada en la práctica de una manera prolongada y coherente.

Alf Ross dice que si no se llegasen a cumplir estas bases estaríamos en presencia de una norma con menos probabilidad de ser vigente ya que está basada en un precedente dudoso o único.

El problema que ahora abarcaremos es saber hasta qué punto con nuestra ciencia jurídica podemos saber si determinado ordenamiento es vigente o no.

Y así él dice que los juristas lo podremos resolver si nos ocupamos de exponer los “hechos” y de invocar los precedentes que sustenten la vigencia de un ordenamiento jurídico.

d) Verificación de la proposiciones jurídicas en relación a las normas de competencia.

Como lo explicamos en el inciso anterior las normas en las que se establece la competencia son según Alf Ross “normas de conducta indirectamente

²⁵ Op. cit. p.95

formuladas” y es por eso que no es posible verificar su vigencia de la misma forma que con las normas de conducta.

Hecha la aclaración anterior diremos que el problema de la vigencia de las normas de competencia es más sencillo de resolver, ya que para saber si son o no vigentes sólo será necesario saber si los actos emitidos por una autoridad están dentro los límites de territorio, cuantía, etc.; mismos que han sido previamente establecidos, incluso con anterioridad al otorgamiento del rango o cargo en cuestión.

2.5.- Derecho, moralidad y otros fenómenos normativos

El lenguaje y la historia registran diversos tipos de normas dirigidas a la conducta humana: moral, Derecho, reglas de trato social, preceptos religiosos, mandatos de pura fuerza, reglas técnicas, etc.

Iniciaremos diciendo que las diferencias existentes entre el Derecho y los demás ordenes normativos, no implican de ninguna manera que sean ajenos unos de otros, ya que es importante recordar que el Derecho, la moral y los convencionalismos sociales, son el resultado de una forma de coexistencia colectiva, orientada hacia valores fundamentales.

Aclarado lo anterior analicemos el vínculo existente entre moral y Derecho así como sus diferencias.

Primero consideraremos que la moral y el Derecho están basados en gran medida en la ética ciencia que tiene un campo de estudio muy amplio y como nuestra intención es conocer la raíz de estos ordenes normativos recurriremos a la teoría clásica del contenido de los valores éticos expuesta por el maestro Recaséns Siches quien nos dice que “... existen tres tipos de valores éticos que son:

a) *Valores estrictamente morales: Todos aquellos en los que se funda la ética y que se refieren al cumplimiento del destino supremo del ser humano.*

b) *Valores de la justicia: Son aquellos que deben servir de guía para la constitución del derecho positivo.*

c) *Valores del decoro: Que son la base de los convencionalismos sociales es decir, regulan el aspecto externo y social de las relaciones interpersonales”.*²⁶

²⁶ Op. Cit. RECASÉNS S. Luis

Después de la anterior clasificación será más sencillo entender las similitudes y diferencias existentes entre Derecho y moral, de esta manera diremos que el primero debe aspirar a contener valores éticos que son a su vez valores de justicia.

La moral en sentido estricto comprende todos y cada uno de los comportamientos del ser humano, teniendo como finalidad la realización de un destino supremo mientras que el Derecho se limita a la realización de un orden en donde el individuo se encuentre seguro y goce de una convivencia pacífica justa y llena de cooperación.

Y aunque el Derecho se funde en principios éticos, sus soluciones pueden diferir ante lo ordenado por los valores éticos en sentido estricto pero esto no constituirá una contradicción siempre y cuando las normas de moral y Derecho que comparemos se encuentre en el mismo sistema axiológico, que puede ser ideal o positivo.

El maestro Recaséns nos dice además que, las diferencias entre moral y Derecho deben ser vistas como una delimitación de conceptos y no como una cuestión axiológica.

Pero como nuestra intención es aclarar el sentido de toda moral y de todo Derecho mostraremos las diferencias esenciales entre ellos; y no que es lo que debemos considerar por uno u otro.

Después de lo anterior adentrémonos en las diferencias existentes entre moral y Derecho, para lo que recurriremos a la clara explicación que el maestro Eduardo García Máynez hace al respecto.

Él nos dice que existen principalmente cuatro parámetros para diferenciarlos los cuales desarrollaremos a continuación:

Explicaremos primero que el Derecho es eminentemente *bilateral* por ocuparse de regular los actos de una persona en relación con los demás; en donde se establece una coordinación objetiva, mientras la moral es *unilateral*, por considerar los actos sólo en relación al sujeto mismo que los cumple.

Además, todo derecho pone en referencia los actos de una persona con los de otra u otras, estableciendo una coordinación objetiva bilateral o plurilateral entre el obrar de uno y el obrar de los otros, de modo que la posibilidad correcta o lícita de un acto en un sujeto supone la facultad de éste de impedir todas aquellas

conductas de los demás que resulten incompatibles con el acto que se puede o se debe realizar lícitamente o viceversa, la prohibición a un sujeto de cierto comportamiento se funda en que éste resulta incompatible con la conducta debida o lícita de otros sujetos.

Concluiremos este punto diciendo que, en la moral el sujeto final es el obligado y en el Derecho el sujeto final es otro sujeto a saber; puede ser la persona autorizada o facultada para poder exigir al obligado dicho comportamiento.

Aunque en ocasiones pueda existir discrepancia, nunca debe surgir una contradicción, entre lo ordenando por la moral y lo dispuesto por el Derecho.

La segunda diferencia substancial la encontramos en la *exterioridad* del Derecho y la *interioridad* de la moral, diferencia que nos dice, en la moral una conducta sólo tiene valor para la vida del autor, mientras que en el Derecho la conducta representa un valor para la comunidad social. Basándonos en lo anterior podemos afirmar que la moral regula el campo de las intenciones es decir la conciencia íntima del obrar de un individuo mientras que el Derecho se ocupa del campo externo de la conducta, aunque también en algunas ocasiones le otorga primordial importancia al campo de las intenciones, por ejemplo para determinar si un delito es doloso o culposos.

Es necesario aclarar que esta distinción no es una división de las acciones humanas entre internas o externas, ni de atribuir el rango de morales a las primeras y jurídicas a las segundas, porque esto sería sin lugar a dudas un error ya que todo comportamiento posee ambas dimensiones, inclusive el comportamiento que parece puramente íntimo como por ejemplo los pensamientos pueden ir acompañados de expresiones que se exteriorizan, y a su vez un comportamiento exterior tiene su raíz en el interior de la mente humana.

Nuestro objetivo es establecer que el sentido de una regulación moral, apuntará siempre a la intimidad de los actos, mientras que el Derecho regulará preponderantemente el lado externo y es ahí donde encontramos la exterioridad.

Finalizaremos este punto con la siguiente reflexión; el Derecho se da precisamente por razón de la dimensión externa de la vida, por razón de su exteriorización en el campo de lo material, y es que si sólo existiese vida interior, entonces no se necesitaría de un Derecho ni de un Estado porque no existirían choques entre los individuos, porque los diversos pensamientos pueden coexistir, pero son las conductas las que se coalicionan.

La tercera diferencia a la que nos referiremos es la libertad de cumplimiento en la moral y la necesidad de realización del Derecho, es decir de la *autonomía* de la

primera y la *heteronomía* del segundo, diferencia que va íntimamente relacionada con la *coercibilidad* de lo jurídico frente a la *incoercibilidad* de la moral; que constituyen la cuarta diferencia y que analizaremos conjuntamente.

Podemos decir que la moral supone y requiere libertad en su cumplimiento, pues para que una conducta sea objeto de un juicio moral es necesario que el sujeto la realice por sí mismo y que sea el resultado de su propio querer, es decir que actúe libremente sin recibir coacción alguna, por el contrario el Derecho sí puede ser impuesto por la fuerza para su cumplimiento y ésta es una característica esencial de lo jurídico y es conocido como coercibilidad o autarquía, el maestro Recaséns la denomina *impositividad de lo inexorable*²⁷, él afirma que dicha característica es esencial y de no poseerla el Derecho se volvería absurdo.

La coercibilidad consiste en que la norma jurídica no se detiene respetuosa ante el albedrío del sujeto, dejando a éste que libremente decida, por el contrario trata de anular la decisión adversa y busca en todo tiempo hacer imposible la realización de la rebeldía de la norma .

Y el sentido esencial de la norma jurídica consiste en emplear todos los medios para evitar que se produzca el comportamiento contrario del que ella ordena, característica que distingue al Derecho no sólo de la moral sino también de otra clase de normas.

Con lo anterior concluimos las diferencias entre estos importantes órdenes normativos para poder proseguir con nuestra investigación.

a) Concepción sociológica de la moral.

En todo grupo social han existido conductas tradicionales que se expresan en ideas más o menos uniformes acerca del comportamiento que según las circunstancias debemos acatar, mismas que se han tomado como reglas a seguir por los miembros del grupo y son conocidas según el maestro Ross como *normas morales*, "...cuando entran en conflicto con los deseos del individuo. Si no hay conflicto son sentidas como *convencionalismos sociales*, cual ocurre por ejemplo, con las de la cortesía, la corrección y el vestir."²⁸

Los órdenes normativos tienen una raíz común que es la sociedad, por lo que deben ser uniformes para que sus integrantes los puedan llevar a cabo conjuntamente.

²⁷ Ibid. p.184

²⁸ Op. Cit. García Máynez **POSITIVISMO JURIDICO, REALISMO SOCIOLOGICO Y HUSNASTURALISMO** p.102

El Derecho además se relaciona con normas de competencia creadas por un órgano previamente establecido cuya función es promulgarlas y decretar sanciones en interés de la sociedad; a diferencia de otros órdenes normativos como la moral o los convencionalismos sociales en donde no encontramos ni legislador ni juez institucionalizado, pero sí sanciones como por ejemplo la desaprobación, censura, rechazo etc., a las que se somete el infractor ya sea por él mismo o por su medio social.

El aspecto sociológico de la moral lo encontramos al momento del resultado de la acción moralmente válida o bien reprochable según el grupo o medio al que se pertenezca y aunque no podemos hablar de una moral nacionalmente válida sí podemos referirnos a actitudes individuales que son paralelas a los otros miembros del grupo en el que nos encontramos y que son similares o típicas en cada sector social y constituyen los valores universales.

Al referirnos a la moral nos referimos a los lineamientos de conducta que un individuo aprueba en su conciencia, donde sus efectos o consecuencias repercutirán en su persona, pero además en sus vínculos sociales.

Finalizamos diciendo que la moral es un asunto individual pero existen máximas éticas que son aceptadas como guías o generalidades empíricas que se encuentran sujetas a modificaciones de acuerdo con las circunstancias sociales de tiempo y lugar.

b) Convencionalismos Sociales:

Analizaremos en este punto al conjunto de lineamientos establecidos por los miembros de la sociedad los cuales debemos acatar si es que deseamos pertenecer a ésta, conocidos como convencionalismos sociales.

Éstos se basan en la costumbre o repetición frecuente de un determinado comportamiento, así como a la convicción de los destinatarios.

El maestro García Máynez incluye dentro de estos ordenamientos sociales al decoro, la cortesía, la etiqueta y la moda.²⁹

²⁹ GARCÍA M. Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, Editorial Porrúa. México 1992 P..25

El tema de los convencionalismos sociales ha representado un problema de los más arduos dentro de la filosofía y aún en la actualidad los teóricos no se han logrado poner de acuerdo en la denominación.

Por ejemplo algunos autores le llaman usos sociales (Jhering) y otros normas convencionales (Stamler), por último el maestro Recaséns se refiere a éstos como reglas convencionales, aunque nosotros preferimos el término empleado por el maestro García Máynez de convencionalismos sociales, por considerarlo el más apropiado para referirnos al conjunto de lineamientos de tipo meramente social.

Los convencionalismos sociales se basan en la costumbre es decir en la repetición frecuente de un determinado comportamiento, que debe estar unida a la convicción de quienes los realizan.

Éstos poseen el atributo de la *exterioridad* como el Derecho, es decir se ocupan del comportamiento externo de un individuo; pero debemos recordar que este atributo en el Derecho no hace a un lado el aspecto interno de la conducta es decir la *intención* como por ejemplo en materia penal al momento de establecer los agravantes de un delito o en materia civil la buena o mala fe en el obrar, atributo que no es vital en los convencionalismos sociales.

En donde la *intención* no justifica el dejar de acatar lo establecido por el convencionalismo, por ejemplo desear vestir de etiqueta y presentarse con traje de baño a la entrega de un reconocimiento.

Ambos órdenes poseen una pretensión de validez es decir no son invitaciones o consejos sino exigencias que requieren obediencia sin tomar en cuenta los deseos del obligado. Poseen la característica de la *heteronomía* que exige un sometimiento incondicional a los miembros del grupo social al que se pertenezca o se desee pertenecer.

Éstos al igual que la moral tienen la característica de *unilateralidad*, por no representar para los individuos una relación recíproca de derechos y obligaciones, ni facultar al individuo de una acción para poder reclamar un derecho; por ejemplo el ceder el asiento a una persona no faculta a ésta para exigir una deuda u obligación.

2.6.- Realismo Psicológico de Bierling:

Teoría del tipo realista, que tiene la intención de explicar la vigencia de un sistema jurídico atendiendo a un fenómeno psíquico.

Bierling nos dice que una norma tendrá vigencia cuando su obligatoriedad sea admitida por los integrantes de una comunidad es decir cuando los destinatarios se sientan comprometidos a seguir lo establecido por ésta y no porque sea aplicada en los tribunales por los encargados de impartir la justicia.

Basando la efectividad del Derecho en factores que encontramos detrás de él, afirmaremos que una norma es vigente si al emprenderse ciertas investigaciones sociológicas y psicológicas, nos revelan si es o no aceptada por la *"conciencia jurídica del pueblo"*.

Por ejemplo con conductas reiteradas de quienes deben realizarla, que no es otra cosa que la creencia de que la ley constitucionalmente establecida *debe acatarse* y esto se afirma cuando surge un precedente.

Para aclarar esta idea Bierling parte del material empírico reduciéndolo a un elemento común en virtud del cual sea posible reconducir lo especial a lo general y viceversa, aportando el siguiente concepto:

*"Derecho en sentido jurídico, es todo lo que los hombres que conviven en una comunidad cualquiera reconocen mutuamente como norma y regla de esta vida común, en donde la norma es la expresión de un querer que espera de otros la realización y el reconocimiento, comportamiento continuo y habitual."*³⁰

Aunque algunos juristas entre ellos Kud Illum y Olivecrona, consideran que las opiniones a recabar deben ser sólo de los juristas o teóricos del Derecho y no de los ciudadanos comunes, pretendiendo unificar criterios sin entrar en un conflicto de opiniones cada vez que se desee conocer la efectividad de una norma en un sistema jurídico

Idea que no compartimos y es que al igual que Bierling consideramos que los destinatarios de las normas las deben conocer además de procurar su realización, que se deberá ver reflejada en conductas habituales, reiteradas y permanentes de los integrantes de la sociedad.

En nuestra opinión presenta algunos problemas si se deseara aplicar en la sociedad mexicana y es que entre otras cosas el rezago cultural, económico y la pérdida continua de valores dificultan el conocimiento y aplicación de la ley.

Otro inconveniente es que el término *"conciencia"* es un concepto que pertenece a la psicología individual, lo cual podría aplicarse a las normas morales y no al Derecho, y habría tantos órdenes jurídicos como personas y no sería un sistema

³⁰ Op. Cit. ROJAS Amandi. P. 264

jurídico nacional sino solamente una conciencia jurídica dominante, lo que es inadmisibile para el Derecho que se encuentra dentro de ciertos límites.

Lo aplicable en nuestro sistema mexicano es lo referente a la interpretación, punto del que nos dice Bierling que debemos tomar en cuenta la voluntad verdadera del legislador, lo que se posible mediante el conocimiento histórico de la ley y los factores que motivaron las ideas jurídicas con una completa y exhaustiva exposición de motivos

2.7.- Realismo conductista:

Esta teoría complementa a la anterior al intentar explicar la vigencia de un sistema jurídico pero no en la conducta de la sociedad sino en la actuación de los tribunales, es decir que una norma tendrá vigencia si existen razones fundadas para creer que servirá de base a resoluciones futuras es decir que el Derecho es vigente porque es aplicado.

Lo anterior se podría resumir como lo dice el jurista norteamericano Oliver Wendel Holmes:

“ Por derecho entiendo la profecía de lo que los tribunales realmente harán” (The Patho Flaw en Harvard Law Reiew 1897 P.457)

Esta teoría dejaría sin vigencia todos aquellos preceptos que no se apliquen por los jueces, sin que sean derogados, lo cual favorecería al sistema jurídico al poderse renovar y actualizar dejando a un lado todos aquellos lineamientos no aplicados según el momento histórico-cultural.

En nuestro país podemos decir que esta teoría se encontrará reflejada en la jurisprudencia como fuente formal del Derecho.

Pero juristas como el maestro Ross nos dicen que “..el Derecho es algo más que una simple regularidad habitual o acostumbrada” y si deseamos conocer la explicación correcta de la vigencia del Derecho debemos sintetizar el realismo psicológico y el conductista.

Con lo anterior damos por concluido el tema del realismo sociológico para adentrarnos en la explicación del positivismo jurídico, tema de gran importancia para nuestra investigación que tiene como objetivo primordial, dar las bases para el mejoramiento de nuestro sistema jurídico.

CAPÍTULO III

POSITIVISMO JURÍDICO

3.1.- Derecho Positivo

Para llegar a un Estado de Derecho es imprescindible el Derecho positivo y como el motivo de esta investigación es precisamente el poder determinar lineamientos para llegar a él por lo que nos adentraremos en este estudio.

A lo largo de nuestra formación jurídica hemos aprendido a diferenciar el Derecho natural del Derecho positivo y a su vez del Derecho vigente e incluso del Derecho formalmente válido, pero existen conceptos que es necesario aclarar; información que encontraremos a lo largo de este capítulo.

3.1.1.- Concepto:

La expresión **Derecho positivo**, contrariamente a la de **Derecho natural**, no se remonta desde la antigüedad, ya que la mención mas antigua del *ius positivum* de que se dispone se encuentra en Abelardo(1079-1142), en un pasaje de su diálogo: *Inter philosophum, judaicum et christianum*, y reza así: "*Jus quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur*", existen pues dos clases de derecho el natural y el positivo, y el propio Abelardo lo define como:

"...Naturale quidem jus est...positivae...quod ab hominibus institutum ...aut sola consuetudine aut scripti nititur autoritate..." ("*...el derecho es, así natural y...positivo ...es aquel que ha sido establecido por el hombre y se basa bien sea sólo en la costumbre o en la autoridad de los textos*").³¹

³¹ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ed. Porrúa México 1987 p.1025

Es probable que la expresión haya sido usada por largo tiempo antes de Abelardo; como quiera que sea, la expresión *ius positivum* es comúnmente empleada en el siglo XIII por Santo Tomás (Lex Posita).

Con lo anterior diremos que cuando hablamos de Derecho positivo, nos referimos a preceptos establecidos de un cierto modo; y su forma de creación los distingue de cualquier otro sistema normativo, de premisas metafísicas o místicas.

Y aunque el acto de creación o modificación puede ser de modelos diferentes; lo importante es que la creación o modificación normativa sea el resultado de hechos sociales públicamente observables. Afirmamos que la expresión derecho positivo se usa para referirse a un sistema jurídico puesto o establecido por actos humanos en una determinada comunidad.

Con lo anterior deducimos que éste se opone a un orden jurídico no puesto por actos humanos o a un sistema ideal y universal. Y es que el Derecho positivo variará en cada comunidad histórica.

Por otro lado la expresión **Derecho positivo** significa **Derecho existente** lo anterior implica que tiene existencia es decir que opera efectivamente y es seguido por súbditos y aplicado por funcionarios. En este sentido se opone al derecho que no existe (que dejó de existir o que nunca existió), se opone al derecho derogado.³²

Su significado se vio alterado con el advenimiento del positivismo, su aparición fue consecuencia natural de la evolución del pensamiento y la vulnerabilidad de la doctrina iusnaturalista, que había estado expuesta a críticas constantes en muchos de sus aspectos, particularmente en cuanto a la validez.

La innovación producida por el positivismo consistió en la exclusión del derecho natural y la restricción del campo jurídico al estudio del derecho positivo.

Para finalizar diremos qué entendemos por Derecho positivo;

Es el conjunto de normas coercibles que tienen la finalidad de encauzar la conducta de los individuos, que emanan de procesos previamente establecidos y que poseen vigencia en un tiempo y lugar determinado.

³² Op. cit. p.1026

3.1.2.- Realidad social y derecho positivo:

Para iniciar diremos que una característica de toda sociedad es, que la conducta humana se desarrolla conforme a actitudes uniformes y recurrentes, factor que permite llegar a una organización.

Los seres humanos nos agrupamos en sociedad, y es por lo que nos sentimos obligados a vivir de acuerdo con las normas que la misma impone, que son el resultado del entorno y en ningún caso se pueden referir a sujetos considerados individualmente.

En la mayoría de los casos una norma puede ser voluntaria y libremente acatada, pero también sucede algunas veces que los destinatarios se resisten a seguir sus exigencias, ante lo cual se hace necesario el uso de la fuerza producto de la organización social.

La reacción social se manifiesta mediante castigos perfectamente definidos y predecibles, que serán aplicados a los que contravengan las normas, los que serán impuestos por los individuos autorizados para tal efecto, en quienes reside el poder social.

La necesidad de un Derecho positivo se presenta en sociedades desarrolladas, donde su creación y aplicación corresponde a órganos designados por el poder del Estado, éste organiza la vida social asignando a cada miembro y para cada circunstancia un determinado rol, que es una situación jurídica o conjunto de derechos y obligaciones; es decir que las normas positivas organizarán todo en un Estado.

Lo anterior nos permite entender la importancia del Derecho positivo en la realidad social. En la actualidad es de vital importancia para que una norma se adecue al sistema positivo mexicano, que ésta sea creada conforme a los procesos previamente establecidos por nuestra Constitución (proceso legislativo) o bien por otros medios que a lo largo de nuestra enseñanza profesional conocemos como fuentes formales del Derecho (jurisprudencia, costumbre, doctrina).

A continuación explicaremos qué entendemos por Derecho vigente, mismo que algunas veces suele confundirse o incluso aparejarse con el concepto de Derecho positivo, lo que consideramos de gran importancia para nuestra investigación.

3.1.3.- Derecho positivo y Derecho vigente:

Para comprender en toda su magnitud la importancia del Derecho positivo dentro de la realidad social, consideramos indispensable aclarar el concepto de Derecho vigente y así lograr diferenciarlos; por lo que recurriremos al maestro García Máynez quien lo describe así:

"... conjunto de normas imperoatributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias".³³

Diremos entonces que el Derecho vigente se integra por reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, además por normas jurídicas que él establece; así toda proposición normativa, que cumpla con los requisitos de validez indispensables para formar parte de un sistema jurídico será considerada como Derecho vigente.

Para el maestro García Máynez el Derecho vigente lo constituyen;

"... todas las proposiciones jurídicas válidas, sin tomar en cuenta la naturaleza de su contenido teniendo a la vigencia como un atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las normas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él".³⁴

Con lo anterior el maestro nos da las bases para diferenciarlos aunque suelen usarse como sinónimos, nosotros afirmamos que el Derecho positivo es el que contempla el universo de la ciencia jurídica y el segundo es un atributo que debe poseer para poder cumplir su objetivo y es así que ambos son creados por el hombre, poseen la heteronomía, bilateralidad, exterioridad, y coercibilidad, pero el atributo que los distingue es que el primero contempla también todos aquellos lineamientos que sirvieron de base para su creación y para su aplicación.

Para finalizar podemos afirmar que la vigencia del Derecho positivo es un elemento de existencia que proporciona seguridad jurídica.

³³ GARCÍA M. Eduardo Op. cit. 37.

³⁴ Ibid p 38

3.1.4.- Derecho positivo como disciplina teórica

En nuestra investigación hemos hablado del Derecho positivo como un concepto que hace alusión a la efectividad social de las proposiciones normativas consideradas jurídicamente válidas, es decir un concepto que se refiere al Derecho como un sistema de normas efectivamente conformadoras de la realidad social.

Desde este punto de vista el Derecho positivo depende de la conducta de los sujetos de acuerdo a su conformidad o contradicción a las directrices que establecen las proposiciones normativas.

En un nivel teórico el Derecho positivo es el tema esencial de la investigación de los positivistas, sin embargo lo que deba ser el Derecho positivo nos viene predeterminado por un grupo de generalizaciones simbólicas y creencias comunes. Es decir el Derecho positivo es el producto necesario de cierta organización conceptual implícita en el conocimiento requerido para captarlo.

El Derecho posee una realidad independiente del pensamiento del investigador, la estructura racional que revela su inteligibilidad le viene determinada por la teorías que comparte con los otros investigadores,.

Así el teórico nos proporciona elementos informativos susceptibles de manejarse dentro de los complejos simbólicos y se integra a las necesidades de la estructura teórica que comparte con sus colegas.

Su naturaleza y elementos constituyen el resultado del trabajo de generalizaciones teóricas, compromisos compartidos y elementos comunes de un grupo de estudiosos conocidos como *positivistas*.

Afirmamos que positivista será aquel estudioso del Derecho para quien los temas dignos de investigación dentro de la teoría jurídica, sean aquellos en donde el Derecho se concibe como un producto cultural de formación humana que posee un objetivo, a diferencia de las concepciones iusnaturalistas que lo entienden como un producto de esencias trascendentales a la cultura y la historia.

3.2.- Principales escuelas del Derecho positivo

El estudio del Derecho positivo ha pasado por varias etapas históricas en donde han surgido corrientes que son denominadas *Escuelas*, que detallaremos a continuación de manera enunciativa mas no limitativa:

3.2.1.- Los glosadores

Escuela que recopiló y organizó textos romanos, comenzando con el *Digesto de Justiniano* (selección de las obras de los juristas clásicos romanos).

Teniendo en el filósofo Irnerio a su fundador, profesor de la Universidad de Pisa, que llamó la atención de una gran cantidad de juristas cuando dio a conocer un ejemplar encontrado en tal institución.

La escuela de los glosadores se formó a partir de ese hallazgo y con la ayuda de otros filósofos se desarrolló, su labor principal fue organizar "*El corpus juris civile*", que constituía una obra poco sistemática que requería una estructura para poder encontrarle sentido congruente y unitario, lo que representaba una necesidad para su aplicación.

La escuela de los glosadores elaboró sus principales obras durante los siglos XII, XIII, XIV. Para lograr su objetivo, el primer paso era centrar su atención en un texto romano, para después referirse a los problemas que se podían solucionar con él. Llegaron a su objetivo al realizar el siguiente método: escribían entre las líneas de los juristas romanos sus comentarios o bien intercalaban letras en el mismo y en los que no fuera posible lo escribían en los márgenes.

Esta técnica prevaleció durante algunos siglos, pero a partir del siglo XIV se renovó el método del comentario, y es que el texto se dividía en leyes o *paragraphas* y debajo de cada una de estas divisiones, se insertaba un *summarium* que contenía las cuestiones que presuntamente podrían ser discernidas a la luz de ese, para después enunciar posibles resoluciones que con ayuda de una numeración marginal relacionaban a cada problema.

El sistema presentaba un modelo uniforme en cuanto a las directrices intelectuales que debía seguir el jurista, pero al momento de resolver casos prácticos, no se empleaba un procedimiento lógico igualitario.

Así en la realidad, la interpretación de los textos romanos iba acompañada de arbitrariedades, que aunadas a la falta de preparación histórica y gramática trajeron consigo, inseguridad al momento de determinar una solución concreta y es que el significado del texto romano era susceptible de moverse en campos relativamente amplios.

Problema que intentaron resolver imponiéndoles a los juristas la obligación de interpretar el Derecho romano lo más cercano a la letra.

Los encargados de impartir justicia durante ésta, fundamentaban sus resoluciones en discernimientos lógicos, conocimientos históricos, jurisprudenciales, etc. lo que encontraba su base en los conceptos estrictamente jurídicos que debían poseer todos los que les permitía estimar la naturaleza de cada caso.

Su mérito fue dar una base para cada situación, dando a conocer el complejo total de una doctrina unitaria apoyada en el *corpus juris*, logrando utilizar argumentos de autoridad.

Consideramos a los glosadores un antecedente importante en las modernas tendencias positivistas, debido a que su trabajo se centró sobre ordenamientos normativos que efectivamente pueden ser aplicados a una realidad social, aunque para apoyarlas se tenga que recurrir a supuestas leyes divinas y que el presentara tantas lagunas demostró el interés de los juristas por evitar injusticias.

3.2.2.- Los postglosadores

Esta escuela se orientó a diferencia de sus antecesores, en las necesidades prácticas del Derecho de su época, por lo que mantuvieron contacto con las nuevas tendencias jurídicas, pero adaptando las figuras jurídicas romanas.

Las consultas o dictámenes sobre normas jurídicas de la época se llegaron a convertir en ocasiones, en la pauta para interpretar el derecho romano y en otros casos los textos romanos sirvieron de base para las consultas.

Los postglosadores adaptaron el Derecho romano a las necesidades de su época, incluso llegaron a crear nuevas ramas de la ciencia jurídica como; el Derecho internacional privado, la teoría de las corporaciones, las teorías generales del Derecho penal y del procedimiento penal entre otras.

Para finalizar podemos decir que su principal mérito fue el de centrar su atención en las necesidades prácticas del Derecho, es decir en el Derecho positivo vigente, aquel que tenía la responsabilidad de mantener el control social

cumpliendo su cometido de ser el mejor medio para la regulación de las relaciones sociales.

3.2.3.- Escuela exegetica:

Producto de las transformaciones sociales del siglo XVIII, surgió en Francia después de su Revolución la que desencadenó importantes cambios, principalmente en el ámbito político, que dio lugar a un gran movimiento codificador, pues era importante romper con la tradición jurídica propia del sistema monárquico y crear un fundamento ideológico liberal.

Lo que le da una auge mayor es la necesidad de nuevas instituciones jurídicas racionalizadas al extremo y expuestas sistemáticamente en diversos documentos escritos, ya que aún no poseían un arraigo en los miembros de la sociedad. Proceso lógico porque en el momento que la realidad requiere una transformación el ámbito jurídico representa uno de los principales instrumentos de cambio, pero no aquel derecho tradicional, sino el racionalizado y expuesto a proposiciones normativas.

Lo anterior se fundamentaba en el pensamiento iusnaturalista de la Ilustración, que se caracterizó por una excesiva fe en la razón, y en donde el legislador como representante del pueblo poseía la misión de transformar ésta en la ley escrita, y así establecer el óptimo desempeño de las relaciones jurídicas, logrando que poseyeran fuerza y valor en sí, sin importar las circunstancias socio-históricas.

Sus integrantes afirmaban que dependía de la razón del legislador, sistematizar y exponer ordenadamente la ley en diversos códigos. Se identificó al Derecho positivo con los códigos, constituidos por conjuntos sistemáticos de prescripciones normativas, y se confundió a los preceptos normativos, con los que se le priva de significación histórica, tendencia que desgraciadamente ha ejercido gran fuerza hasta el presente.

En este orden de ideas, la tarea de un jurista era centrar su interés en el conjunto de proposiciones normativas que contenían los diversos códigos, pues a través de ellas era posible extraer todas las consecuencias racionales de la esencia del Derecho supremo, valiéndose para ello de un proceso deductivo y de analogía.

Un rasgo característico de esta escuela es el culto a la razón suprema, es decir hace residir *a priori* el sistema material y formal del Derecho perfecto en un número limitado de categorías.

Por lo anterior, se inmoviliza el contenido y forma del orden jurídico, lo que trae como consecuencia necesaria la suposición de que todo derecho debe tener una materia y forma, las que una vez concretadas no podían aspirar a perfeccionamiento alguno, pues ellas eran en sí la perfección, de esa forma el jurista debe sólo apegarse al uso estricto de la ley.

Con lo anterior afirmamos que la exégesis educa el aparato cognoscitivo del jurista, para producir el conocimiento partiendo de un concepto para crear otro concepto, que enriquece la inteligibilidad de aquel.

Con esta escuela el estudio del iusnaturalismo clásico queda concluido y de ahora en adelante la trayectoria que debía seguir es del derecho positivo.

Lo anterior fue una consecuencia necesaria del movimiento codificador, pues si en los códigos quedaba concreta la razón suprema, ya no era necesario ahondar en las teorías del Derecho natural.

3.2.4.- Escuela histórica:

Surge en Alemania durante la primera mitad del siglo XIX, teniendo en Savigny a su representante más destacado, quien afirmaba:

*“No se da ninguna existencia humana completamente individual y separada; antes bien aquello que puede ser considerado como individual, ha de verse, por otra parte, como miembro de un todo superior... y la historia no es solamente una colección de ejemplos políticos y morales, sino el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado”.*³⁵

Coincidimos con el jurista Savigny al afirmar que la historia es el todo humano dentro del cual se debe entender cualquier fenómeno social, incluido el Derecho; las normas en sí no poseen un valor, sino es necesario referirlas al momento histórico del Estado al que nos referimos.

En la escuela histórica, lo más importante es la convicción jurídica común, que se forma en un sentimiento e intuición inmediatos de cada uno de sus miembros, que es la consecuencia ideal de las relaciones de vida típicas históricamente concretas en su significación jurídica; siendo así la intuición fuente ordinaria del Derecho.

Son las relaciones sociales que se dan en cada pueblo las que conforman diversas instituciones jurídicas, que poseen una naturaleza orgánica, tanto en la conexión viva de sus partes integrantes como en su desarrollo.

³⁵ SAVIGNY Friedrich Karl Von, **SOBRE EL FIN DE LA REVISTA DE LA ESCUELA HISTÓRICA** TEXTOS CLÁSICOS Trad. Rafael Atard, UNAM, México 1981 p.51.

La escuela histórica nos dice que para comprender el Derecho es necesario:

Primero: Que el legislador lleve a cabo una tarea contemplativa, de la totalidad del cuerpo jurídico, abstrayendo en reglas sus normas significativas.

Segundo: El juez debe dar la conexión entre las normas significativas y la abstracción del Derecho.

Tercero: La doctrina debe armonizar el desequilibrio existente entre la conexión orgánica del instituto y la forma abstracta de las reglas individuales.

Lo anterior se resume diciendo que, si se pretende cumplir con los fines del Derecho, es necesario el trabajo en conjunto de todos aquellos que tengan que aplicarlo; lo que implica un compromiso ético .

Finalizamos diciendo que la escuela histórica constituye una tendencia positiva, al incluir simultáneamente la experiencia jurídica del Derecho tal y como se aplica en la vida diaria de un país en una época determinada; lo que es un antecedente en la problemática de las ciencias sociales.

3.2.5.- Escuela de la jurisprudencia de los conceptos.

Sus representantes afirman que la ciencia del Derecho debe de ser no sólo analítica sino también creadora, buscando lograr tal fin exclusivamente mediante la construcción de conceptos.

Mencionamos como principal característica tratar los conceptos jurídicos con reglas de lógica formal, a través de las cuales se construyen sistemas de gran arte racional, pero de muy poca significación práctica.

El jurista Puchta discípulo de Savigny, estableció un sistema formal de tipo lógico con base en conceptos jurídicos, partiendo de un concepto supremo *a priori*, por ejemplo el concepto de la libertad aportado por Kant quien deduce al sujeto como persona y el Derecho subjetivo como el de una persona sobre un objeto, llegando posteriormente hasta conceptos infrajurídicos, mismos que son analizados en relación a su jerarquía con respecto al super concepto formal y no en cuanto a su contenido. Esta escuela somete a la rígida lógica formal los conceptos jurídicos e intenta cumplir las necesidades racionales de su sistema, privándolos para ello de su necesaria significación real y dejando sin apreciación histórica al estudio del Derecho.

El jurista Jhering desarrolló el método histórico-natural que consistía en, descomponer la ciencia del Derecho en institutos jurídicos que darían paso a proposiciones jurídicas y éstas a su vez en partes lógicas más elementales, que se

someterían a reglas de lógica formal, mismas que al integrarse crearían nuevas proposiciones jurídicas. Él afirmaba que con el análisis inductivo se puede formar un grupo jurídico con racionalidad lógica en sí mismo, que sirve como molde a través del cual se hace inteligible el Derecho. A esta operación que va de concepto a concepto la denominó "*método histórico natural de la jurisprudencia*"³⁶

Para terminar, Jhering considera el instituto jurídico como un complejo conceptual, no un complejo real como para Savigny, de lo anterior deducimos que el método histórico-natural, del primero constituye un sistema que se mueve en el plano de lo abstracto al ir de concepto en concepto, perdiéndose en un formalismo lógico que entre más se desarrolla en la misma proporción se separa de la realidad.

Diferente resulta el sistema de Savigny, pues al elevarse de lo abstracto a lo concreto, se entrega a la existencia del fenómeno jurídico, de tal manera, que el conocimiento de éste es su estructura lógica de entendimiento, no como para Jhering que presenta una estructura lógica de inteligibilidad autónoma, independientemente del fenómeno que pretende conocer.

3.3.- Positivismismo lógico

Cuando hablamos del positivismo nos referimos a la ciencia del Derecho, con lo que enfrentamos el primer problema, y es que el término no posee un concepto generalizado.

Lo anterior se debe a que el término ha sido utilizado con diversos significados, por ejemplo los juristas alemanes del siglo XIX hablaron del Derecho positivo, *por posición*, como el establecido por el poder legislativo, en oposición al Derecho natural. Posteriormente el término se tomó en el sentido de la filosofía positiva de Augusto Comte, para quien la actitud científica es incompatible con lo metafísico y a priorístico, concretándose a la experiencia de lo sensible el término Derecho.³⁷

Es así el positivismo una teoría que integra antes que otra cosa la oposición iusnaturalista, entendiendo que todo Derecho que no posea existencia práctica y no sea empíricamente verificable no se le considerará como tal.

Realizada la aclaración anterior, diremos ahora que en el positivismo lógico el Derecho debe ser entendido como un sistema axiológico formal en donde la validez de las normas se infiere de otras superiores, hasta encontrar una norma fundamentalmente básica que es la que dota de validez mediata o inmediata toda norma en un sistema.

³⁶ Op. cit. ROJAS. p. 262

³⁷ ROJAS A. Op. cit. p. 263

Las características de esta tendencia a grandes rasgos son las siguientes:

- 1.- Identificación del pensamiento con los símbolos
- 2.- El contenido intelectual del Derecho se presenta como una estructura lógico-formal con validez en sí
- 3.- Desvinculación del medio socio-histórico en que se desarrolla la norma, por considerar que el derecho es susceptible a reducirse en un conjunto de conceptos interdefinidos, interdependientes, estructurales en un sistema lógico coherente.

Teniendo en el maestro Hans Kelsen, a su exponente más destacado quien presentaba una gran influencia de varias doctrinas, entre ellas la del neokantismo, en lo referente al materialismo mecanicista al integrar algunos elementos de su filosofía con las matemáticas y la lógica formal proporcionando un racionalismo puro y en el campo de jurídico la concepción de la dogmática pura en lo referente al derecho público, desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX.

Teoría que tenía como finalidad limpiar a la ciencia jurídica de todo elemento no jurídico como por ejemplo la historia, sociología, pero sobre todo la política, doctrina desarrollada principalmente por Gerber, Zacharie, Bluntschli, Gierke, entre otros.

El trabajo desarrollado por Kelsen consistió en encontrar la matemática de la ciencia del espíritu, para lo que empleó el siguiente sistema: Primero distinguió entre *el ser del deber ser*, con categorías mentales generales bajo las que comprendemos todas las cosas en nosotros y fuera de nosotros llamando a los juicios del *deber ser normativos*,³⁸ con lo anterior concluye que la ciencia jurídica al ocuparse de lo mandado por *el deber ser* es una ciencia normativa, que al encontrarse en los límites científicos busca eliminar elementos extraños o juicios no normativos, para así llegar a "*La teoría pura del derecho*"; que no es otra cosa que una construcción en forma de red algebraica, cuyo primordial objetivo es aclarar la estructura lógica de las normas.

A diferencia de lo expuesto por el jurista Kant, el maestro Kelsen no relaciona al derecho y la moral, por considerar que el único elemento que poseen en común es la justicia como categoría moral, sin embargo la justicia es una idea irracional y

³⁸ Ibid. p.268

por lo mismo, debe ser eliminada de la ciencia jurídica con lo que el vínculo entre moral y derecho queda roto.

Esta teoría elimina también el elemento de la voluntad, por desvincular la psicología de la lógica, pero no puede el maestro Kelsen mantener por completo separados el *ser* y el *deber ser*, nos dice que el segundo puede ser reconducido a una única forma como fundamento de su validez a la que denomina *norma fundamental*.

La que determina solamente el fundamento, no así el contenido de validez del derecho positivo.³⁹ En su planteamiento el maestro Kelsen priva al *deber ser* de su categoría ética natural, concibiendo así a la norma jurídica, no como un imperativo sino más bien como un juicio hipotético que enlaza un supuesto de hecho condicionante o una consecuencia jurídica por él condicionada, o sea, las relaciones jurídicas se constituyen a través de la imputación y ésta no indica otra cosa que el acto coactivo que se enlaza en el sentido específicamente jurídico con el hecho que condiciona su aplicación.

El positivismo lógico disocia para entender, diferencia para dominar, pasando por alto el todo dentro del que se presenta la realidad jurídica, consideramos que ésta, al excluir la esencia viva, no puede servir totalmente para alcanzar el conocimiento y efectividad que requiere el Derecho, porque al reducirlo en formas abstractas lo aleja por completo de la realidad social, olvidando que todo acción humana supone un interés y una valoración subjetiva.

Con lo expuesto terminamos los temas referentes a explicar las diversas teorías y escuelas que han surgido a lo largo del tiempo, mismas que se han dado a la tarea de proporcionar las bases para alcanzar el bien común, entendido como fin primordial de cualquier orden jurídico.

Entendiendo al Derecho como elemento necesario para la convivencia humana, en el siguiente capítulo estableceremos de manera resumida las características de cada uno de ellos, para así tratar de establecer puntos de concordancia o semejanzas, que nos den la pauta para fundamentar la propuesta de lineamientos a seguir si es que deseamos desarrollar mas nuestro Estado de Derecho.

³⁹ Kelsen, Hans **TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO**, UNAM. México 1992 2a Edición p. 141

CAPÍTULO IV CARACTERÍSTICAS Y SIMILITUDES DE CADA POSTURA

La información que a continuación presentaremos es un compendio de las características de cada una de las posturas aquí desarrolladas, para destacar ciertos elementos que nos harán posible ofrecer una propuesta para el establecimiento de normas con las que podamos desarrollar más nuestro Estado de Derecho.

Sabemos que es ambiciosa nuestra propuesta, pero consideramos que toda persona que se haya tomado la tarea del estudio de la ciencia del derecho debe pretender este objetivo.

No es nuestra intención desafiar las bases de nuestro sistema jurídico, sino reflexionar en torno a nuestro Derecho considerándolo como un este vivo y cambiante como el mundo donde desea subsistir.

Desarrollaremos la información con el orden de los temas expuestos, denotando la importancia de cada postura, ya que consideramos que las tres corrientes aquí expuestas son de gran importancia.

4.1.- Características generales del Derecho natural:

Cuando hablamos de Derecho natural no referimos entre otras cosas a:

El conjunto de normas inherentes a la naturaleza humana, no creadas por un órgano gubernamental que tienen validez en todo tiempo y lugar.

La intención del Derecho natural es redactar normas justas, absolutas y permanentes que sirvan de fundamento al Derecho positivo. Sus principios buscan la igualdad, libertad, seguridad, justicia, bien común etc.. Se fundamenta en la naturaleza, al no ser un producto material de los seres humanos, aunque sí de su razón.

Es ahistórico en contraste con la variabilidad histórica del Derecho positivo, es la perfecta expresión o versión de la vida jurídica.

Posee una razón de validez específica, un principio objetivo o relativamente objetivo y principio de validez material “intrínsecamente justo”

Lo integran reglas evidentemente lógicas con validez absoluta que no necesitan coacción.⁴⁰

Existe una gran variedad de juristas de toda época que han estudiado al Derecho natural aportando una enorme cantidad de teorías, aunque todas coincidan con los rasgos anteriores.

La idea de justicia objetiva, que el Derecho natural vale y obliga no porque haya sido creado por un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínseca en su contenido.

Finalizaremos este punto agregando las siguientes características; es universal e inmutable y posee una existencia real, pero necesita un sistema de protección para que en caso de incumplimiento no se afecte el bien común que es el objetivo primordial del ordenamiento jurídico; en nuestra opinión representa tan sólo un aspecto del sistema jurídico, al aportar las bases para un orden fundamental, dejando en la libertad humana la elección de acatarlos o no, conociendo en su razón los argumentos de validez.

Los anteriores son los rasgos más importantes aun cuando se han formulado innumerables estudios al respecto, todos concuerdan.

En la actualidad encontramos como máxima expresión de las normas del derecho natural, lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y respaldada por la Organización de las Naciones Unidas, en donde se enuncian los parámetros mínimos a seguir por parte de la autoridad de cada Estado, pero encontramos, que no sólo es necesario que el derecho se encuentre enunciado sino además se requiere la materialización de los mismos.

Como observamos en el capítulo correspondiente, el iusnaturalismo ha sido el producto de innumerables reflexiones por parte de los estudiosos del Derecho, pasemos ahora a nuestro siguiente tema.

⁴⁰ Op. cit. DORANTES T. p.115

4.2. Características generales del realismo sociológico:

La investigación realizada en torno al realismo sociológico es reciente, inició con los estudios de Augusto Comte, hace poco más de cien años, que parte de la idea que el Derecho como producto del ser humano es algo vivo y cambiante, que evoluciona en función a los hechos sociales.

A continuación detallaremos sus características esenciales:

Es una disciplina que intenta explicar las causas y efectos del Derecho en sociedad que evoluciona al mismo ritmo que esta última. Además el Derecho no debe nacer de la voluntad accidental y arbitraria del soberano, sino de la actividad social; presentándonos la siguiente fórmula cuando se desee legislar o reformar sobre alguna materia:

Primero se deberán contemplar las ventajas sociales que dicha legislación o reforma producirán y segundo se restarán los inconvenientes, que pueden ser el descontento generalizado y la dificultad de su aplicación, factores de los que dependerá la decisión de aprobar o no la legislación o reforma.

Al hablar del descontento que se produce, esta teoría nos dice que debemos contemplar las siguientes variantes por ejemplo: la fuerza y duración que el descontento generará, la magnitud de grupo social inconforme, así como la importancia de éste.

Es necesario destacar que para los exponentes del realismo sociológico, la idea de un orden social pacífico y espontáneo es un rasgo esencial, objetivo que se puede alcanzar con ayuda de innumerables leyes renovadas, pero principalmente con la conciencia social y el hábito tanto de las personas encargadas de hacer cumplir las leyes, como de los miembros de la sociedad.

El objetivo primordial del realismo sociológico es explicar la aplicación real del Derecho, pretendiendo ser una fuente formal del Derecho positivo, objetivo que se conseguirá al momento que una conducta sea reiterada por los miembros de la sociedad convirtiéndose en un uso local, que dé las bases para legislar o reformar, conforme a las necesidades sociales, que no es otra cosa que los usos y costumbres de alguna sociedad según un tiempo y lugar.

Otra característica del realismo sociológico es diferenciar lo justo de lo útil, anteponiendo lo segundo al plantear que los fines fundamentales del Derecho

son: *el bienestar social y la seguridad* de los miembros de una comunidad y los fines consecutivos son *la justicia y la libertad*

Rechaza la idea clásica de un Derecho dogmático o no práctico, y sugiere que debe ser la base de algunas ciencias, como la Etnología, la Historia y principalmente la Sociología. Sus exponentes afirman que todos los fenómenos sociales se encuentran relacionados entre sí, por lo que las transformaciones sociales determinarán el sistema jurídico.

Para finalizar, el realismo sociológico nos dice que la validez del Derecho se relaciona con dos elementos, uno *real* que se refiere a la efectividad de las leyes, elemento que se comprueba si éstas son observadas por los integrantes de la sociedad, y otro *formal* que se presenta en el momento que la norma es socialmente vinculante o aceptada por sus destinatarios; explicando la vigencia de un sistema jurídico sin recurrir a elementos metafísicos o de lógica pura y abstracta. Se representa así la idea de un Derecho vivo y cambiante, que debe anteponer el bienestar social a cualquier otro interés, afirma que es necesario un orden jurídico realmente aplicado.

4.3.- Características generales del positivismo jurídico:

En el capítulo tercero estudiamos conceptos, importancia, escuelas e incluso la diferencia existente entre Derecho positivo y vigente, nuestra intención en este punto es resumir lo expuesto.

Diremos primero que por Derecho positivo entendemos todo aquello que se encuentra en un plano verificable de existencia alejado de preceptos metafísicos, oponiéndose a un Derecho no escrito.

Para el positivismo el Derecho debe ser establecido para un tiempo y lugar determinado, no debe provenir únicamente de la razón, sino como producto históricamente establecido para cada espacio, desechando la idea de un Derecho universal. Presentando entre otras las siguientes características:

Para ser considerado como válido requiere, la voluntad de las personas que detentan el poder. Ser producto de las vivencias humanas, es decir del la experiencia, lo que se conoce como *principio de validez formal*, y adquiere valor si emana de un procedimiento previamente establecido. Presenta requisitos o exigencias especiales para su creación y validez, se deben basar por ejemplo en fuentes de tipo histórico (pergaminos, leyes, tratados, y demás escritos históricos que enuncien cómo se debe organizar la sociedad), además de fuentes reales o

sucesos que demuestren la necesidad de un precepto jurídico, pero las más importantes son las fuentes formales tales como, el proceso legislativo, o la jurisprudencia.

Es importante aclarar que cuando hablamos del Derecho positivo nos referimos al Derecho existente, negando la existencia de un orden jurídico que no hubiera sido creado mediante una forma públicamente reconocida y por una autoridad competente.

Entendemos por Derecho positivo: **Al conjunto de normas jurídicas, que pueden referirse, de alguna manera, a una fuente, es decir, que son creadas por hechos normativos, producto de quien detenta el poder.**

En conclusión diremos que los elementos de existencia del Derecho son: Que un lineamiento emane de una fuente formal y que efectivamente sea aplicado y observado, sobre todo creado por un procedimiento previamente establecido por la instancia competente, como lo dice el maestro Hans Kelsen.⁴¹

4.4. Diferencias y semejanzas entre cada postura

A continuación resumiremos a grandes rasgos la información contenida en nuestra investigación, con el único objetivo de observar que las corrientes del pensamiento jurídico, a pesar de parecer contrarias poseen características semejantes, lo que nos dice que siempre ha existido la tendencia de mantener un orden en las estructuras sociales, con el propósito de conservar a la especie humana.

A continuación y de manera breve demostramos que sea cual fuere la tendencia filosófica a la que pertenezcamos, todas presentan puntos en común que pueden permitir alcanzar nuestro objetivo; que en nuestro Estado prevalezca el Derecho, como un producto de la voluntad general.

⁴¹ Op. cit. Diccionario jurídico p.1028

CUADRO COMPARATIVO DE SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE CADA POSTURA

Derecho Natural	Derecho Positivo	Realismo Sociológico
1.- Eterno	Temporal	Temporal
2.- Increado	Creado por el ser humano	Creado por el ser humano
3.- Ahistórico	Histórico	Histórico
4.- Inmutable	Mutable	Mutable
5.- Producto de una razón suprema	Producto de la voluntad de quien detenta el poder	Producto de la voluntad social y sus necesidades
6.- Intrínsecamente justo	Formalmente justo	Formalmente justo
7.- Propicia el bien común	Promueve el bien común	Promueve el bien común
8.- Da un orden social	Busca el orden social	Busca el orden social
9.- Intrínsecamente válido	Depende su validez de elementos formales	Depende su validez eficacia
10.- No codificado o No escrito	Codificado o Escrito	No necesariamente codificado

CAPÍTULO V

LA OBTENCIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO

La información que presentaremos es fundamental para nuestra investigación, que tiene como objetivo, dar las bases para desarrollar nuestro Estado de Derecho; antes de entrar en materia debemos aclarar, qué entendemos por Estado de Derecho, así que ese será nuestro primer tema..

5.1 Estado de derecho.

a) Concepto

Siempre que se busca dar un concepto nos encontramos con el problema de delimitar y resumir, así que procuraremos ser claros al expresar qué se ha aceptado como tal, procurando no adentrarnos a conceptos metafísicos ni teológicos y presentando elementos positivamente científicos y verificables.

Diremos que Estado de derecho "*...aquel Estado cuyo diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo, esto es aquel cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el Derecho*".⁴²

El Estado de derecho es contrario a todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario, poseyendo además cualidades básicas que a continuación explicaremos:⁴³

⁴² Op. cit. Diccionario Jurídico

⁴³ DÍAZ ELÍAS ESTADO DE DERECHO Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Editorial Taurus, España 1981 p.31

I.- Un verdadero imperio de la ley:

Para que sea considerado un Estado de derecho, los lineamientos deben ser el producto de la voluntad general y estar creados conforme a los principios de representatividad social, deberán ser el producto de una asamblea compuesta por representantes populares elegidos libremente y no por la voluntad individual ya sea que provenga de un dictador o un monarca. Lo cual se resume diciendo que un Estado entre más alejado se encuentre del absolutismo estará más cerca de conseguir a plenitud de la aplicación del Derecho.

Para demostrar el imperio de la ley en un Estado, es necesario que los destinatarios de una norma la adopten como propia, la acaten y defiendan, al ser el resultado de la voluntad de la mayoría y representar un beneficio a las estructuras sociales.

En el mismo orden de ideas otra característica fundamental para considerar a un Estado de derecho tenemos:

II.- La separación de poderes:

Lo que significa que no podrán ser considerado legislador, en sentido estricto y formal la persona o personas en quienes recaiga el poder ejecutivo o viceversa, a pesar de su facultades normativas y menos aún el poder judicial poderes que no deben inmiscuirse entre sí, con lo anterior no es nuestra intención afirmar que dicha separación deba ser absoluta y rígida, como si se desarrollaran en compartimientos aislados o incommunicados, lo que afirmamos es que es necesaria una debida distribución de facultades, para evitar abusos de poder

Atribuciones a las que Montesquieu ya hacía referencia y que llevan consigo una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas, idea que desarrollamos en los temas finales del primer capítulo de nuestra investigación, en donde el gobierno como elemento esencial del Estado, posea verdaderas instancias a las cuales se pueda recurrir, no presentándose en una sola persona el poder soberano.

III. Legalidad en la administración:

Con lo que nos referimos a la actuación por parte de las autoridades, es decir que se actúe conforme a lo que establece la ley producto de la voluntad de la mayoría, para que encontremos un verdadero control judicial, al sentirse totalmente vinculados por las normas del Estado.

Delimitando la actividad estatal y proporcionando en todo momento la manera en que deben actuar los funcionarios públicos, pero además que los miembros del Estado conozcan y adopten para sí la forma en que deben conducirse, evitando los abusos de poder, la negligencia y la prepotencia.

IV. Un verdadero control judicial:

Un requisito fundamental para desarrollar nuestro Estado de derecho es que las autoridades encargadas de aplicar las leyes, en verdad las cumplan para que exista un control idóneo y los miembros del Estado al saber que las leyes en realidad se aplican sin distinciones, ni fueros especiales, se sometan y se pueda mejorar el orden social disminuyendo la insubordinación al sistema jurídico, entendido como el mejor medio para la convivencia y el bienestar común.

V. Que los derechos y libertades fundamentales, sean una garantía jurídica efectiva:

Elemento de gran importancia contemplado ya por el iusnaturalismo y regulado en el actualidad por el Derecho Constitucional e Internacional Público, al ser de gran relevancia para la convivencia pacífica, como una necesidad y consecuencia de los sucesos históricos universales, en los cuales se ha

demostrando que un Estado que no respete y enaltezca los mismos, obtiene la desaprobación internacional, pero sobre todo la sublevación de sus gobernados.

Tema de importancia universal, que ha desatado diversas opiniones, pero con la uniformidad de hacer necesario la regulación y protección de un mínimo de condiciones para que el ser humano tenga una vida digna, lucha que aún no termina, pero sobre la cual se han presentado importantes avances en el siglo pasado.

En un correcto entendimiento de estos cinco elementos esenciales se puede resumir el concepto de Estado de derecho.

b) Evolución Histórica

La idea de un Estado de derecho ha estado presente desde los griegos con la Escuela Estoica con su concepto de *Edad de Oro* retomada por la Escuela Clásica con el *Estado de naturaleza*, temas desarrollados en el primer capítulo

El término como tal fue utilizado por primera vez en el tercer decenio del siglo XIX, por el alemán Robert Von Mohl quien escribió que no todo Estado es un Estado de derecho, sino que es una evolución a la que se llega, una vez rebasados los sistemas patriarcal, patrimonial, teocrático y despótico⁴⁴.

Para autores como Hans Kelsen es la medida que un Estado no constituye más que la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de centralización, para él todo Estado es de derecho; planteamiento lleno de lógica al ser impensable la existencia del primero sin el segundo, como producto de actos realizados por seres humanos determinado por lineamientos jurídicos que le atribuyen a éste personalidad jurídica.

La expresión Estado de derecho es el resultado de la fuerte influencia ejercida por el constitucionalismo liberal burgués, en donde adquirió una connotación técnica, identificándose con un ideal político y utilizándose para designar cierto tipo de Estado que satisfaga las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica.

⁴⁴ Op. cit. Díaz p.31

La Ilustración francesa y el ideario constituyente norteamericano se encargaría de recoger las principales tesis del sistema constitucional inglés (supremacía del derecho, limitación y racionalización del poder, división de poderes, protección judicial de los derechos humanos) y el constitucionalismo liberal, con ligeros matices les asignaría el carácter de verdaderos dogmas en su lucha contra el absolutismo y la consecución de su objetivo un Estado de derecho.

Así se reservó el término Estado de derecho, al sistema que contemplara determinadas instituciones jurídicas acordes con el ideal liberal burgués entre ellas las siguientes:

La distribución y control del ejercicio del poder entre varios detentadores; la supremacía de la Constitución, que preferentemente debía ser escrita y rígida, además de establecer competencias exclusivas limitadas de los diversos órganos titulares del poder estatal; el sometimiento a la administración de la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo siguiendo los principios y procedimientos previstos por otras normas jurídicas, la vigencia de un control judicial adecuado; el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales y la instrumentación de las garantías constitucionales correspondientes para conseguir la regularidad de los actos estatales con las propias normas jurídicas así como todas aquellas medidas encaminadas a la limitación y racionalización del poder y sobre todo a garantizar la sujeción de los órganos estatales al Derecho.

Como podemos observar en teoría, el ideal del congreso constituyente a contemplado todos los elementos para que un Estado sea considerado de derecho, pero desarrollamos en el siguiente punto más este tema.

5.2. La postura del legislador mexicano para la constitución de un Estado de derecho.

El constitucionalismo mexicano del siglo XIX estuvo altamente influido por el ideal burgués liberal del Estado de derecho, siendo la mejor expresión de ello la Constitución de 1857.

En el mismo siglo la idea de un Estado de derecho, clásico, individualista y liberal, evolucionó hacia el concepto de **Estado social de derecho**, sistema que tiene como objetivo principal, adaptar las estructuras jurídicas y políticas a las nuevas necesidades del desarrollo social, económico, político y cultural.

Con el concepto de Estado social de derecho se pretendió superar las deficiencias del individualismo clásico liberal, caracterizado por el abstencionismo estatal, mediante el reconocimiento y la tutela de ciertos derechos sociales, como medios de bienestar y justicia social, así éste se caracterizó por su intervención creciente en las actividades económicas, políticas, sociales y culturales, con un poder ejecutivo fuerte pero controlado para coordinar y armonizar los diversos intereses de una comunidad pluralista, redistribuyendo los bienes y servicios en busca de una justicia social

Es necesario aclarar, que si bien el texto original de la Constitución de 1917 consagró diversos derechos sociales, en realidad no puede considerarse insertado plenamente dentro de la democracia social contemporánea, ya que la época en la que se redactó representaba, más bien una etapa de transición entre el constitucionalismo clásico liberal e individualista del siglo XIX, y las nuevas corrientes socializadoras de la primera posguerra. además la situación económico-social del país se caracterizaba por una población predominantemente agrícola y una débil industrialización.

No ha sido sino en la medida en que el Estado mexicano se ha transformado e industrializado, con el consiguiente crecimiento de los sectores laborales y urbanos, que paulatinamente se han introducido disposiciones más explícitas en el texto constitucional y más acordes con un Estado social de derecho, aún cuando a la fecha varias de sus normas formuladas en ese sentido, han carecido de eficacia.

Es necesario explicar la situación a la que se sometió el Congreso Constituyente de 1917, conformado por legisladores idealistas en su mayoría que se apartaron de las reglas estereotipadas integraron conceptos de los radicales sociales, a cuyas intervenciones se deben los textos sociales de nuestra Constitución, el fortalecimiento del nacionalismo económico y las modificaciones tendientes a consolidar la estricta separación Estado-Iglesia además del carácter laico de la educación.

Diremos por ejemplo que Manjarrez, como miembro del Congreso Constituyente, con sinceridad reconoció, que al carecer de precedentes en materia social había que lanzarse a la experimentación, *obedecer al pueblo*.⁴⁵

Al apartarse de los lineamientos convencionales, se tuvo una nueva concepción jurídico-política, surgiendo el criterio y la voluntad del pueblo con los ideales que se perseguían en la Revolución, iniciándose la ancha vía para el constitucionalismo social.

⁴⁵ HEROLES Reyes Jesús (Discurso pronunciado el 5 de febrero de 1975 en Queretaro)

Por lo anterior se tiene como resultado un texto que salvaguardaba las libertades espirituales y políticas del ser humano, que custodiaba sus derechos, intentando que el poder detuviese al poder, para evitar su abuso y mediante la supremacía del orden jurídico desterrar el poder sin Derecho

Texto que se orientó en la idea del autogobierno, que aún cuando pudiese ser malo es mejor uno propio que ajeno; fijando el dominio de la nación sobre sus recursos naturales y proporcionando normas que nos condujesen a la justicia social, valiéndose del federalismo, integrando la nacionalidad y manteniendo los derechos de todas las colectividades que la forman, con la no reelección y buscando la movilidad política, para evitar el poder vitalicio de un grupo.

Nuestra Carta Magna es un sincero deseo de sintetizar los ideales de libertad, justicia, progreso social y económico y de dar las bases para un gobierno del pueblo.

No debemos olvidar que nuestra Constitución es un texto vivo, cambiante como la realidad a la que rige y a la cual se sujeta, el texto original ha tenido en 73 años de vida, numerosas reformas, que han llenado lagunas haciendo posible alcanzar grandes metas estas reformas han fortalecido su vida, asegurando su vigencia y estimulando su desarrollo, aunque también se ha ido en contra del rumbo esencial y en estos casos se ha presentado la modificación de la reforma, por ejemplo cuando una ley parece hecha para un hombre como sucedió en 1928, que se permitía la reelección, en ese caso y por conveniente que pareciera se tuvo que modificar por perderse los principios y quebrantar las instituciones, apartándonos de nuestro sendero.

Con lo anterior se demuestra que la postura del legislador mexicano está abierta al cambio, siempre y cuando sea para enaltecer los principios de nuestra Revolución y procurar la justicia social.

El legislador mexicano es un claro ejemplo del ideal jurídico social de la incansable búsqueda del Estado de derecho, pero que se ha visto enviado por diversas situaciones con la ambición de algunos que aplican el derecho.

5.3.- Necesidad de normas jurídicas que proporcionen un Estado de Derecho:

México tiene en teoría, todos los elementos para ser considerado un Estado de derecho, en cuanto a sus estructuras jurídicas, lo que nosotros destacamos es la necesidad de desarrollar o mejorarlo, objetivo que lograremos

intercalando los principios básicos de las posturas aquí desarrolladas, difundiendo la necesidad de un verdadero imperio de la ley, sobre todo aquella producto de la voluntad general, para que los destinatarios de la norma se sientan vinculados, la acaten y defiendan al ser el mejor medio para la convivencia social.

Ante el cambio de siglo observamos cambios de importancia, que no son suficientes, ya que al ser necesario un mejor orden en las estructuras jurídicas es necesario que las ya existentes realmente cumplan con los fines del Derecho y se cuente con lineamientos prácticos que la ciudadanía respete y acate en su mayoría.

Sabemos que el ser humano posee libre albedrío y puede elegir si las acta o no, pero con la responsabilidad y madurez de afrontar las consecuencias de una ley realmente aplicada

Observamos que en la mayoría de las conductas en que se infringe el Derecho se presenta la variable de la tranquilidad por parte del o los infractores, al encontrarse mal aplicadas las sanciones en torno a esto podemos citar una gran cantidad de situaciones, no sólo en materia penal, sino en todas las ramas del Derecho, por mencionar a manera de ejemplo diremos que, un empleador que no acata los derechos consagrados en beneficio de sus empleados, conoce que puede llegar a una arreglo económico, tanto con autoridades, como con representantes sindicales, o bien en materia ecológica, diariamente se hace caso omiso de las indicaciones de la ley, ocasionando realizando notables daños al medio ambiente, lo que se debe en gran medida a la falta de conciencia en el cumplimiento de los lineamientos jurídicos.

En la mayoría de los casos se desconoce la utilidad que representa, o bien se piensa que la única ley que se debe acatar es la del interés personal, olvidándose por completo del ideal social, del que se cree difícil de alcanzar.

Es necesario restablecer un orden jurídico que realmente cumpla con los objetivos esenciales del Derecho, lo que podremos lograr con instituciones formadas con personas que busquen en todo momento alcanzar un verdadero Estado social de derecho y que trabajen por mantenerlo, recordando en todo momento que quien detenta el poder sólo es el administrador y no el propietario, cargo que le fue conferido por la mayoría a la que debe servir.

5.4. Propuesta para la obtención de normas que proporcionen un Estado de derecho.

En nuestra investigación observamos que el Derecho es un producto de la razón, además de ser necesario para el género humano, que debe ser resguardado por todas las personas que detentan el poder y acatado por la mayoría de sus destinatarios.

Proporcionaremos a continuación, los elementos que deben contener las normas del derecho positivo mexicano, para un desarrollo en el sistema jurídico, asegurando que las instituciones establecidas pueden servir para dos cosas, primero como las bases de un nuevo y mejorado orden jurídico y segundo como el claro ejemplo de lo que no debemos repetir.

Lo que significa que es necesario evolucionar constantemente, aplicando lo funcional, para lograr la adecuada convivencia de los seres humanos.

Primero deben existir normas generales que sean efectivamente aplicadas, además de comprensibles para la mayoría, lo que lograremos al acatar los principios inherentes a la naturaleza humana, y en segundo lugar se deben renovar constantemente, de acuerdo a las necesidades sociales, por lo que es necesario hacer un revisión exhaustiva de las legislaciones vigentes y recurrir a la jurisprudencia para saber si en realidad están cumpliendo con su objetivo.

En un tercer momento, es importante preparar formativamente, en el plano moral, a las personas que administran el poder, recalcándoles que sólo son eso y como tal es necesario que acaten en todo momento la ley producto de la voluntad de la mayoría, teniendo como excepciones los casos en que se vaya contra los fines de libertad y de justicia.

Otra etapa, implicará inculcar a la ciudadanía la necesidad y conveniencia de respetar la ley, proceso que se facilitará en el momento en que la misma observe resultados, así se sentirá comprometida a obedecer y resguardar en todo momento las leyes producto de su voluntad, lo anterior se logrará primero exponiendo de manera detallada los pros y contras de una nueva ley o una reforma y segundo involucrando a la ciudadanía en la toma de decisiones, como ya se hace con algunos temas de interés general, en los que se ha hecho consultas ciudadanas e incluso sondeos por parte de algunos medios de comunicación, que como instrumentos masivos están cumpliendo con su objetivo de informar, el paso siguiente debe ser que realmente se tome la opinión de o los sectores involucrados no haciendo esto un mero trámite burocrático, sino un medio eficaz en la toma de decisiones.

Lo anterior será un paso más hacia la democracia absoluta, materia sobre la cual hemos visto, con acontecimientos recientes buena respuesta, no sólo de la ciudadanía sino también de la comunidad internacional, aspecto que nos favorecerá enormemente en el camino hacia el desarrollo no sólo político, sino industrial y económico.

Afirmando que los miembros de nuestro Estado se han ido involucrando cada vez más en la toma de decisiones, sobre algunos temas que le resultan relevantes y además se mantienen informados al respecto.

Debemos aclarar, que no es necesario el cambio total en las estructuras sociales, sino sólo pulirlas, es decir hacerlas trascendentes en un nivel superior de eficacia.

Lo anterior se logrará revisando y aplicando leyes orgánicas y reglamentos que definan cómo deben conducirse los servidores públicos, quienes, como su nombre lo indica, son y serán en todo momento personas que deben responder por sus actuaciones, sin distinción mayor que la de su buen o mal desempeño.

Nuestra propuesta se conseguirá de manera paulatina, en la medida que se trabaje en conjunto y con madurez, además de inculcar un respeto a la tranquilidad y bienestar social, lo que sabemos se puede lograr, porque la mayoría de los integrantes de nuestra sociedad desean un sistema jurídico eficaz, que proporcione bienestar a toda la sociedad y no sólo a un grupo reducido de ciudadanos.

Para desarrollar un sistema jurídico-social en el que prevalezca el bienestar general, y sea considerado un verdadero Estado social de derecho, es necesario:

- 1.- La evolución y transformación del sistema jurídico, fundamentado en la experiencia y eficacia de los lineamientos, respaldado en todo momento por los principios generales del Derecho.

- 2.- La participación ciudadana de una manera informada y responsable y la evolución de las instituciones jurídicas, tomando como base las ya establecidas.

- 3.- La preparación formativa en el plano moral, tanto de las personas encargadas de dirigir las estructuras jurídicas como en todos los miembros de la sociedad, recordando que sin bienestar social no durará el bienestar personal.

4.- Afirmamos que no hay nada nuevo bajo el sol, pero a veces es necesario revisar una vez más, para aprovechar lo que sea útil y desechar lo obsoleto. toda persona que se haya dado a la tarea estudiar al Derecho, debe buscar en todo momento su defensa y evolución, proporcionando sus conocimientos y experiencia para el mejoramiento del sistema jurídico positivo.

5- Recordando que el Derecho es una ciencia y como tal es necesario que fundamente sus elementos y teorías con hechos verificables en la realidad, teniendo así la necesidad de un derecho positivo formal e intrínsecamente válido.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Siempre ha existido la idea de un Derecho inherente a nuestra naturaleza, universal y eterno, a veces como producto de un ser supremo, otras como producto de la razón, no codificado pero compuesto de máximas a seguir, Derecho que conocemos como *natural*, que tiene como razón de ser fomentar la libertad y la igualdad, para que no existan las distinciones de raza, color, y sexo, para evitar la opresión del género humano, el que ha demostrado ser una idea de gran fuerza en nuestra cultura, conocido como *natural* y compuesto por normas justas, absolutas y permanentes que son el fundamento de las leyes positivas vigentes para cada tiempo y lugar.

SEGUNDA.- Uno de sus principios según el jurista romano *Cicerón*, es el consistente en afirmar que poseemos un sentido común, que nos permite identificar lo honesto de lo indigno y que depende de cada ser humano la conducta a seguir, para la *escuela clásica del derecho natural*, el ser humano nace libre e independiente, pero realiza un contrato con otros seres humanos en el que sacrifica su libertad absoluta, por una libertad relativa que le proporcione seguridad a él y a sus propiedades.

TERCERA.- Además de reconocer lineamientos inherentes al ser humano, se han creado normas para cada sociedad con base en su cultura, creencias y evolución histórica, por medio de leyes específicas, que le son útiles y han demostrado su eficacia, dentro del derecho se ha desarrollado la idea de un sistema jurídico socialmente eficaz y aplicable, que cumpla con sus objetivos, y evolucione como la misma sociedad lo vaya requiriendo postura conocida con el nombre de *realismo sociológico*.

CUARTA.- Conforme la sociedad ha ido cambiando, se ha hecho patente la necesidad de una evolución en la forma de percibir nuestro sistema jurídico, buscando en todo momento una explicación positiva o científica apartándonos de preceptos metafísicos para recurrir a la experiencia y la utilidad.

QUINTA.- El derecho es un medio necesario para la adecuada convivencia social, pero aquel que se encuentra vivo y resuelve los conflictos a los que se enfrenta la sociedad.

SEXTA.- El Estado tiene la facultad de establecer y reformar las leyes, con procesos previamente establecidos, apoyándose en las fuentes del derecho para que proporcionen seguridad y tranquilidad, es fundamental que el poder detenga al poder, para no caer en el despotismo o la anarquía, pero además es necesario que lo encause y dirija a un bienestar general, objetivo que debe ser alcanzado delimitando funciones y aplicando las sanciones a quien infrinja la ley, las leyes deben ser producto de la necesidad social, según el momento histórico que se atraviese y se debe ir a la par de la tecnología, para no dejar lagunas que dañen a nuestro sistema jurídico y afecten el orden social.

SÉPTIMA.- La idea de un derecho formal e intrínsecamente válido, debe ser el objetivo a seguir por todas las personas encargadas de crear y resguardar el derecho. No se debe dar un sistema jurídico que sólo contemple una de las posturas aquí desarrolladas, es necesario el buen entendimiento de las tres para resolver la problemática social.

OCTAVA.- Considero importante recalcar que el trabajo aquí realizado fue la fundamentación de un ideal, que consiste en un sistema jurídico vivo que evoluciona constantemente, para satisfacer las necesidades para las que fue creado, y cimentado en los estudios realizados por los personajes más destacados dentro de la filosofía. Las posturas aquí desarrolladas aunque pudieran parecer contradictorias, poseen rasgos en común por ejemplo; la búsqueda por alcanzar un bien común, la justicia y la igualdad.

NOVENA- Aseveramos que es necesario el sabio entendimiento de cada una, para comprender el vínculo estrecho que presentan entre sí ya que no se encuentran en sentidos contrarios, sino se deben complementar para subsanar las deficiencias que presentan de manera individual.

DECIMA.- México posee todos los elementos que la doctrina establece para ser considerado un *Estado de Derecho*, elementos como el imperio de la ley, la división, de poderes, el resguardo de los derechos humanos, la legalidad en la administración, etc.. lo que destacamos, es que si bien es cierto los posee no los desarrolla como tal, por ejemplo la ley no siempre es el producto de la voluntad de la mayoría, e incluso en ocasiones va en contra de las necesidades y beneficios de la sociedad.

DECIMOPRIMERA.- El legislador mexicano ha demostrado tener una mente abierta para los conceptos nuevos, e incluso ir a la vanguardia por lo que a leyes se refiere. Es por lo anterior que nuestra propuesta se relaciona con el desarrollo y perfeccionamiento de nuestro sistema jurídico para ir un paso más allá hacia un *Estado social de Derecho*, que se obtendrá tomando en cuenta entre otras cosas la voluntad de la mayoría, la evolución constante y práctica del sistema jurídico, para lo que es necesario una revisión exhaustiva para derogar leyes obsoletas y crear leyes que contemplen situaciones actuales, que regulen aspectos de la evolución científica, el cambio de actitudes e ideología a las que nos enfrentamos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BALLESTEROS Jesús **DERECHOS HUMANOS** Madrid 1992. Editorial Tecnos
- 2.- BOBBIO Norberto, **EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO**
Edición 4a. 1995
Distribuciones Fontamar S.A. de C.V.
- 3.- BODENHEIMER Edgar. **TEORÍA DEL DERECHO** México. Fondo de Cultura Económica.
Duodécima Reimpresión 1990.
- 4.- BONIFAZ Alfonso Leticia, **EL PROBLEMA DE LA EFICACIA EN EL DERECHO.**
México, 1993. Editorial Porrúa, S.A.
- 5.- CARBONIER Jean **SOCIOLOGÍA JURÍDICA** Madrid España 1990 Editorial Tecnos.
- 6.- DÍAS Elias. **ESTADO DE DERECHO Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**_Madrid 1981 Editorial
Taurus.
- 7.- **Diccionario Jurídico Mexicano** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México 1987
- 8.- DORANTES Tamayo Luis Alfonso **FILOSOFÍA DEL DERECHO** UNAM. México 1995 Harla
- 9.- GARCÍA Máynez Eduardo. **FILOSOFÍA DEL DERECHO**, México 1996. Ed. Porrúa
- 10.- GARCÍA Máynez. Eduardo. **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO** Ed. Porrúa
Cuadragésimotercera Edición México 1992.
- 11.- GARCÍA Máynez Eduardo. **POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLÓGICO Y
IUSNATURALISMO** U.N.A.M. México 1986 p.178
- 12.- GUTIÉRREZ Saénz Raúl. **HISTORIA DE LAS DOCTRINAS FILOSÓFICAS** México 1977.
Editorial Esfinge S.A.
- 13.- LE FUR, Delos, Radbruch, **LOS FINES DEL DERECHO** Traductor Daniel Kuri Breña. Manuales
Universitarios UNAM.4a. Edición. 1967
- 14.- KELSEN Hans **TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO.** Traductor Eduardo García
 MÁYNEZ. México 1958. 2a. Edición
- 15.- MARQUÉZ González José Antonio **ENFOQUES ACTUALES DEL DERECHO NATURAL** México
1989 Editorial Porrúa.

- 12.- GUTIÉRREZ Saénz Raúl. HISTORIA DE LAS DOCTRINAS FILOSÓFICAS México 1977. Editorial Esfinge S.A.
- 13.- LE FUR, Delos, Radbruch, LOS FINES DEL DERECHO Traductor Daniel Kuri Breña. Manuales Universitarios UNAM.4a. Edición. 1967
- 14.- KELSEN Hans TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Traductor Eduardo García Máynez. México 1958. 2a. Edición
- 15.- MARQUÉZ González José Antonio ENFOQUES ACTUALES DEL DERECHO NATURAL México 1989 Editorial Porrúa.
- 16.- PRECIADO Hernández Rafael LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO México 1986 UNAM.
- 17.- RECÁSENS Siches Luis TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. México, 1986 Editorial Porrúa Novena Edición
- 18.- ROJAS Amandi Víctor Manuel FILOSOFÍA DEL DERECHO México 1991 Editorial Harla.
- 19.- RODRÍGUEZ Lapuente Manuel SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Porrúa México 1996.
- 20.- TERÁN Juan Manuel. FILOSOFÍA DEL DERECHO México 1993. Editorial Porrúa
- 21.- SÁNCHEZ de la Torre Ángel SOCIOLOGÍA DEL DERECHO México 1987. Editorial Tecnos S.A.
- 22.- SANCHO Izquierdo Miguel COMPENDIO DE DERECHO NATURAL TOMOS I y II. Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1980 .
- 23.- SAVIGNY SOBRE EL FIN DE LA REVISTA DE LA ESCUELA HISTÓRICA Textos clásicos Traductor Rafael Atard. UNAM. México 1981

LEGISLACIÓN

1. - Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. - Declaración Universal de los Derechos Humanos
3. - Código Civil del Estado de México