Introducción al Derecho

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
C270
A686a
V. 2

González, Genaro María, 1922-1981
Introducción al derecho / Genaro María González ; [presentación Ministro Juan N. Silva Meza ; prefacio Horacio Aguilar Álvarez]. -- México : Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Escuela Libre de Derecho, 2013.
xxi, 467 p. ; 22 cm. -- (Apuntes de las cátedras impartidas en la Escuela Libre de Derecho ; 2)

ISBN 978-607-630-228-6

1. Teoría del Derecho – Principios generales del Derecho – Análisis 2. Juristas – Estudio y enseñanza 3. Sociedad 4. Normas jurídicas 5. Normas sociales 6. Ciencia del Derecho 7. Moral 8. Justicia 9. Derecho natural 10. Leyes 11. Fuentes del Derecho 12. Estado 13. Historia del Derecho mexicano 14. Jurisprudencia 15. Derecho público 16. Derecho privado 17. Acto jurídico 18. Hecho jurídico 19. Derecho objetivo 20. Derecho subjetivo 21. Derecho a la libertad 22. Derecho de acción 23. Derecho de petición 24. Derechos políticos 25. Deber jurídico 26. Técnica jurídica 27. Interpretación jurídica 28. Resolución judicial 29. Conflicto de leyes en el tiempo 30. Conflicto de leyes en el espacio I. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- II. Aguilar Álvarez, Horacio, pról. III. t. IV. ser.

Primera edición: noviembre de 2013

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

D.R. © Escuela Libre de Derecho
Calle Doctor Vértiz núm. 12
Colonia Doctores, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06720, México, D.F.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Impreso en México
Printed in Mexico

La edición y diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala
Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Don Fauzi Hamdan Amad
Rector

Don José Manuel Villalpando
Secretario Académico

Doña Renata L. Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

Lic. Genaro María González

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Escuela Libre de Derecho

Introducción al Derecho

Lic. Genaro María González

Contenido

Presentación Ministro Presidente Juan N. Silva Meza XVII
Prefacio XIX
Tema 1. Conceptos fundamentales 1
Tema 2. Sociedad y Derecho 23
Tesis: el hombre como un todo 24
Antítesis: el hombre como parte 25
Síntesis: el hombre como un todo parcial 26
Tema 3. Normas jurídicas y normas sociales 33
Clases de necesidad 33
Tesis que no admiten diferencia 38
Tesis diferenciales 39
Semejanzas de los usos y el Derecho 40
Tema 4. Ciencia y Derecho 45
Crítica 46
Explicación 47
Concepto de ciencia 48
Clasificación crítica de Dilthey 49
Ciencias del determinismo y de la libertad 49

Ciencias teoréticas, prácticas y aplicadas 50
Clasificación de Jellinek 51
Crítica a Jellinek 52
Defectos de la clasificación de Jellinek 52
El Derecho dentro de la corriente existencialista 53
La libertad en el existencialismo 53
Conclusión 54
Tema 5. Definición de Derecho 57
Definiciones 57
Antecedentes 60
Manuel Kant. Idealismo 60
Separación de la moral y el Derecho 61
El idealismo de Hermann Cohen 62
La teoría de la ficción de H. Vaihinger 62
El derecho público positivo en C.F. von Gerber y Paul Laband 63
La teoría dualista del Estado de J. Jellinek 64
Definición propuesta 66
Definiciones de derecho objetivo y subjetivo 67
Elementos del derecho subjetivo 67
Tema 6. Moral y Derecho 69
Coercibilidad e incoercibilidad 70
Tesis primera 73
Todo Derecho es coactivo, pero sólo en sentido potencial 73
Tesis segunda 76
La coacción jurídica, en sentido activo, no constituye parte esencial del derecho 76
Tesis tercera 80
La separación omnímoda y absoluta entre orden jurídico y orden moral es inadmisible 80
Unilateralidad y bilateralidad 88
Interioridad y exterioridad 91
Principios metafísicos del Derecho 91
Autonomía y heteronomía 93
Relaciones entre moral y Derecho 96
Moral y Derecho se armonizan 97

Tema 7. La justicia 99
Definiciones de justicia 100
Tema 8. Derecho natural 105
Cicerón y Gayo 107
Posibles pruebas del derecho natural 108
Opinión de Platón 111
Opinión de Aristóteles 112
Opinión de Cicerón 114
Las *Pandectas* de Justiniano 117
Opinión de Savigny 118
Opinión de Weis 119
Opinión de Radbruch 119
Opiniones de Renard y Stammler 119
Análisis de las Conclusiones 121
Tema 9. Significación de la ley 123
Significado etimológico 123
Necesidad de la ley 126
Análisis de los argumentos 127
Tema 10. Etiología y epiqueya 129
Causas 134
Argumentos contra la epiqueya 139
Refutación 139
La epiqueya y el derecho natural 141
Tema 11. Fuentes del Derecho 143
Las fuentes del Derecho 143
La ley 145
Relaciones entre el reglamento y la ley en sentido formal 146
Etapas del proceso legislativo 147
Extinción de la vigencia de la ley 152
La costumbre 154
La jurisprudencia 157
La doctrina 162
Otras posibles fuentes formales del derecho 163

Tema 12. Clasificación de las normas jurídicas 165
Clasificación de las normas jurídicas 166
Tema 13. Definición del Estado 185
Elementos del Estado 185
El pueblo como elemento del Estado 186
Teoría de la plusvalía 189
Las Constituciones soviéticas 192
El territorio como elemento del Estado 196
Clases de derecho que tiene el Estado sobre su territorio 198
Autoridad como elementos del Estado 198
Teorías equívocas sobre el bien común 200
Integración de todos los elementos del Estado 201
Tema 14. Génesis del derecho mexicano 203
I. Época precortesiana 205
Medio socioeconómico 205
Organización estatal 206
Organización social 206
Características del derecho indígena 207
II. Derecho Español 209
El "Obedézcase pero no se cumpla" 211
Características del derecho español 212
Instituciones jurídicas españolas en la Nueva España 214
Causas internas y externas de la crisis jurídica de la Nueva España 217
México Independiente 218
La influencia Yanqui en 1857 218
Centralismo y Federalismo 221
Posibilidad de otras soluciones 231
La opinión del Código de la Reforma 233
Documentos posteriores 250
Tema 15. Disciplinas jurídicas y jurisprudencia técnica 257
Hans Kelsen y la pureza metódica 262
Antecedentes de Immanuel Kant 262
Antecedentes de Hermann Cohen 263
Antecedentes de Hans Vaihinger 263

Antecedentes de Carlos Gerber y Paul Laband 263
Antecedentes de Jellinek 264
Integración de todos esos antecedentes en la teoría kelseniana 264
Jurisprudencia técnica 267
Tema 16. Derecho público y derecho privado 269
Tesis volitiva de Hans Kelsen 275
Divisiones y subdivisiones del derecho: público y privado 276
Derecho público 276
Derecho privado 277
Tema 17. Acto y hecho jurídico 279
Clasificación de los hechos jurídicos de Bonnecase 283
Actos jurídicos 284
Actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos bilaterales 285
Requisitos de los actos jurídicos 287
Requisitos de existencia de los actos jurídicos 287
Requisitos de validez de los actos jurídicos 288
Vicios de la voluntad 289
El error 290
El dolo 292
La violencia 295
La lesión 297
La libertad de los actos jurídicos 300
Limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad 301
Efecto relativo de los actos jurídicos 302
De la representación de los actos jurídicos 303
Formación sucesiva de la idea de representación 304
Expresiones de la voluntad del representado 305
De los causahabientes o sucesores de las partes 306
Efectos relativos de los actos jurídicos 308
La institución 308
Forma de los actos jurídicos 309
Oscilaciones del formalismo 311
Modalidades de los actos jurídicos 312
Características comunes a las modalidades. Suspensivas y a las modalidades resolutorias 313

Características distintivas del término y de la condición 314
Efecto de las modalidades 315
Efecto de las modalidades supensivas 316
Antes de la llegada de la modalidad. Efecto del término 316
Efecto de la condición 316
Después del cumplimiento de la modalidad, efectos del término 317
Efecto de las condiciones 317
Efectos de las modalidades extintivas 318
Estado anterior a la llegada del término de la condición 318
Efectos del cumplimiento de la modalidad 318
Las nulidades en el Código Civil 321
Actos inexistentes 337
Falta de solemnidad 338
Tema 18. Supuestos y hechos jurídicos 341
Ley de la causalidad jurídica. (Fritz Schreier) 341
Clasificación de Carnelutti 343
Convenio y contrato 344
Quasi contratos 345
Delito 345
Quasi delitos 346
Tema 19. Derecho objetivo y derecho subjetivo 347
Teoría volitiva de Windscheid 348
Teoría de interés de Rudolf von Ihering 349
Teorías mixtas de Jellinek y Michoud 350
Teoría de Hans Kelsen 350
Teoría egológica 354
Tema 20. Clasificación de los derechos subjetivos 355
Clasificación de Gayo 355
Clasificación de Savigny 356
Clasificación de Ernest Reguin 356
Clasificación de Kelsen 357
Tema 21. Derecho personal 359
Teoría de Baudry y Lacantinerie 359
Teoría de Gaudemet y Gazin 360

Teoría de Planiol 360
Teoría de Ortonal 361
Tema 22. Derecho de libertad 363
Definición: lícito o ilícito 366
Tesis de Ugo Rocco 367
La libertad como la conciben las escuelas jusnaturalistas y liberales 368
Tema 23. Derecho de acción 371
Teoría sustancialista o civilista 372
Teoría abstracta 373
Teoría concreta 373
Teoría de Seabra 373
Teoría de Coviello 373
Teoría de Ugo Rocco 374
Teoría de Hans Kelsen 374
Definiciones 374
La función jurisdiccional 376
Clasificación de las acciones 376
La relación jurídica procesal 377
Etapas 377
Tema 24. Derecho de petición y derechos políticos 379
Derecho de petición 379
Clasificación de Jellinek 380
Derechos políticos 381
Garantías individuales y derechos políticos 381
Tema 25. El deber jurídico 387
Identificación e independencia absoluta entre moral y derecho 387
Tesis de Kant 387
Tesis de Laun 388
Tesis de Radbruch 388
Tesis de Hans Kelsen 389
Tema 26. El sujeto del derecho 391
El vocablo persona 391
Persona física y persona moral 392
El artículo 22 del Código Civil 392
Personas morales en algunos de nuetros Códigos civiles 393

Ser persona y tener personalidad 394
Definición de persona 394
Teoría de la ficción 394
Teorías que sostienen la personalidad real 395
Teorías finalistas 395
Teoría del patrimonio 396
Teorías que afirman la persona como producto del derecho objetivo: nueva teoría de la ficción 396
Teoría de Hans Kelsen 397
El hombre como sujeto de derecho (la persona física) 399
Imputación y voluntad 403
La persona jurídica 406
La persona jurídica como personificación normativa 406
Tema 27. La técnica jurídica 413
Técnica de formulación y de interpretación 413
Tema 28. Interpretación 417
Elementos de toda interpretación según Husserl 417
Necesidad de la interpretación 418
Interpretación doctrinal, legislativa y judicial 418
Método gramatical 419
Método exegético 420
Crítica 422
Método de Francois Gény 422
Método de la 'Escuela del Derecho Libre' 423
Método de Radbruch 425
Método de Kelsen 425
Juicio valorativo de los diversos métodos 426
Tema 29. La ley y las resoluciones judiciales 427
Relación entre la ley y las resoluciones judiciales 427
El sentido de la ley y la voluntad del legislador 428
Plenitud del orden jurídico según Zitelmann: solución al problema 428
Tema 30. Procedimientos de integración 431
Analogía 431
Análisis 432

Principios generales del derecho 433
Equidad: equidad y justicia 434
Relaciones entre equidad y principios generales del derecho 434
Los principios generales del derecho 435
Aplicación del derecho en el sistema mexicano 437
Tema 31. Reglas de interpretación e integración en derecho mexicano 443
Tema 32. Conflicto de leyes en el tiempo 447
Retroactividad e irretroactividad 447
Teoría de los derechos adquiridos 447
Teoría de Baudry-Lacantinerie 448
Teoría de Paul Roubier 448
Teoría de Planiol 449
Teoría de Bonnecase 449
Artículo 56 y 57 del Código Penal 450
Artículos transitorios del Código de Procedimientos civiles 450
Tema 33. Conflicto de leyes en el espacio 455
El problema en el código penal 462
Tema 34. Definición final del derecho 465

Presentación

El licenciado Genera María González (1922-1981) es conocido en virtud de su labor periodística, que desarrolló durante décadas en diarios como *Excélsior* y revistas como *Proceso*. Sin embargo, su vocación jurídica fue la que lo llevó siempre a promover el conocimiento del derecho como vehículo para el mejoramiento nacional. Siempre estuvo ligado a la academia, como lo revela el hecho de haber sido el primer director de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (1967-1968), y que por más de 30 años impartiera teoría del derecho en la Universidad Iberoamericana y en el Escuela Libre de Derecho.

En esta última institución enseñó todo aquello que compone este segundo número de la serie *Apuntes de las cátedras impartidas en la Escuela Libre de Derecho*, titulado "Introducción al Derecho" y que,

con rigor metodológico y claro afán didáctico, expone los pormenores de la ciencia jurídica, tomando en cuenta lo expresado al respecto desde la época de los grandes jurisconsultos romanos, sin omitir el examen del ideario de pensadores como Smith, Rousseau, Del Vecchio y Duguit. El maestro define a su materia como "la disciplina que presenta un panorama sintético y orgánico del derecho, buscando crear un concientización con los conceptos fundamentales y con los problemas metodológicos que son aplicables a todas las ramas del Derecho". Éste es el punto de pardita de una exposición que, por fortuna, fue reservada para la posteridad por un alumno acucioso que mecanografió sus apuntes.

La publicación de obras como esta contribuye, en primer término, a rendir tributo a juristas del pasado que, quizá, no sean demasiado conocidos para generaciones actuales; y, en segundo, a promover la cultura jurídica mediante textos adecuadamente estructurados y documentados, que por años permanecieron como manuscritos y hoy pueden ofrecerse en ediciones cuidadas y accesibles para todo público.

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal

Prefacio

Estimado lector:

Tienes en tus manos la obra editorial que contiene las notas de clase de las lecciones de *Introducción al Derecho*, del maestro don Genaro María González. Este material, en versión manuscrita, fue utilizado por varias generaciones de alumnos de la Escuela Libre de Derecho y ha sido el anhelo de otras tantas tenerlo en esta nueva versión.

La obra —literalmente— se apega a los términos del curso que diseñó el profesor González. Por la pulcra y cuidadosa redacción me parece estar escuchando al propio profesor. Me recuerda —como si lo estuviese viendo— que de una pequeña libreta de apuntes ponía frente a sí el guión de su clase.

Esta habrá de ser una obra que viene a llenar un vacío en la materia de *Introducción al Derecho*, y servirá de lectura para muchas otras personas interesadas en los temas que se estudian con profundidad y viene a incorporarse al elenco de otras numerosas aportaciones de destacados profesores como Eduardo García Máynez, Miguel Villoro Toranzo, Oscar Morineau así como las del maestro Miguel Ángel Hernández Romo, por mencionar sólo algunos.

La Escuela Libre de Derecho ha tenido en esta asignatura dos grandes referentes recientes. Uno, la obra que en este momento comentamos y otro la aportación del maestro Miguel Ángel Hernández Romo. Quienes nos incorporamos a la enseñanza de esta asignatura, hemos tenido en mente estas dos orientaciones. En las condiciones actuales, el curso de Introducción está diseñado con una parte permanente, que corresponde a los temas contenidos en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, los cuales evolucionan a su paso y medida, como respuesta a una realidad cambiante y dinámica. Existe otra, que consiste en los temas coyunturales que es necesario analizar en el curso a fin de permitir que el alumno vaya desarrollando su capacidad de análisis, pensamiento jurídico y de argumentación, para forjarse un criterio propio debidamente informado.

Agradezco las coincidencias —que más bien parecen providencias— que han dado lugar a esta obra editorial. La primera versión me fue entregada por José Antonio Taladrid Cruz y estuve consultando a muchas personas que nos pudieran dar datos en torno de su contenido. Fue una especie de investigación sobre la paternidad de la obra.

Agotada esa tarea, Rafael Estrada Michel, generosamente, sugirió hacerlo a través de este proyecto que tiene acordado la Escuela Libre de Derecho con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, e igualmente se comentó con José Manuel Villalpando César, quien también lo impulsó con entusiasmo para sugerirlo a la Maestra Cielito Bolivar, que gentilmente lo aceptó.

En suma, sólo me queda agradecer la ocasión extraordinaria de formular estas pequeñas notas respecto a la presente edición, y particularmente a la Escuela Libre de Derecho y a su rector Don Fauzi Hamdan Amad, por la oportunidad dispensada.

Naucalpan, México, Noviembre 2013

Lic. Horacio Aguilar Álvarez

Tema 1

Conceptos fundamentales

Definir es ciertamente una necesidad, pero también un peligro. Por un falso concepto de precisión, el hombre comienza el estudio de todas las disciplinas intentando definir la materia cuyo análisis va a realizar.

Necesariamente una definición de este tipo tiene dos características:

- Apriorística. Sólo será válida cuando se pruebe su contenido.

- Provisional. Susceptible de ser paulatina y sucesivamente revalorada, hasta ser aceptada o rechazada.

Bertrand Russell ha afirmado que "toda definición es polémica e implica una actitud filosófica" (*La Sabiduría de Occidente*).

Con estos conceptos y antecedentes intentemos dar una definición de la materia que nos ocupa:

Introducción al Derecho es la disciplina que presenta un panorama sintético y orgánico del Derecho, buscando crear una concientización con los conceptos fundamentales y con los problemas metodológicos que son aplicables a todas las ramas del Derecho.

Esto sería el punto de iniciación, que si bien es apriorístico y provisional no puede ser ni evadida ni ignorada.

Simultáneamente, cuando se habla de un punto de inicio aparece el concepto de finalidad.

El hombre, cuando emprende el estudio de una disciplina lo hace precisamente bajo ese doble aspecto: un punto inicial y un fin por obtener.

¿Cuál es el fin del Derecho?

La definición que hemos propuesto insinúa que la Introducción al Derecho desdobla un panorama ante el estudiante.

Un panorama supone necesariamente un punto en que está situado el interesado (punto de meditación) y un horizonte (finalidad por realizar).

¿Tiene una finalidad el Derecho?

Si el punto de arranque (definición inicial) es apriorística y provisional con mayor razón lo es hablar de la finalidad del Derecho que es la justicia.

La definición que Ulpiano dió de justicia, comúnmente aceptada y generalizada, probablemente tenga una modificación esencial.

Aquella definición clásica que decía que la justicia es la voluntad firme y continua de dar a cada quien lo que es suyo (*Justitia est constants et perpetuam voluntas jus suum cuique tribuendi*) se presta a diversas interpretaciones. Ninguna de las fórmulas ordinariamente adoptadas para definir la justicia, y derivadas del concepto romano, es muy clara: a cada uno según sus derechos, a cada uno según sus méritos, a cada uno según sus necesidades, son soluciones no muy precisas. Ese a "cada uno" que aparece en la expresión inicial y se repite en las interpretaciones es sospechoso de inmediato y con anticipación.

Es preferible orientarse hacia una noción más comunitaria de la justicia, a partir del "nosotros" o del "todos", mejor que del "yo".

En esta perspectiva, muchas reivindicaciones, aparentemente puras ponen de manifiesto un deseo, consciente o no de represalias sociales, nacionales o ideológicas, de tipo pasional y una inmediata transferencia de las propias frustraciones sobre los demás.

Hay un modo de llegar hasta el fondo de los propios derechos —o también de reivindicar los derechos de los demás— que acaba por arruinarlos o/a hacer la sociedad injusta de insoportable, restableciendo en ella otra de las leyes de la selva: exceso de justicia, exceso de injusticia.

La nueva idea de la justicia —tal vez la nueva definición— deberá enfocarse hacia un concepto social más que hacia un ángulo personal.

La idea de un nuevo concepto de justicia apunta en los trabajos preparatorios de la V Jornada Mundial de la Paz que se efectuó el 1 de enero de 1972 con un lema que también contraría el principio latino: "Si quieres la paz, prepara la guerra". El tema de la reunión, reza a la inversa: "Si quieres la paz, trabaja por la justicia".

Esta nueva fórmula incisiva se coloca, definitivamente en contracorriente del axioma clásico, aceptado demasiado fácilmente.

La primera condición de la paz es la justicia. Hoy día, los jóvenes, de manera especial, analizan una por una todas las fórmulas de opresión, mientras se concibe la paz como el paso de la alineación a la liberación.

La posibilidad de un cambio en la idea que se tiene de la justicia aparece apuntada en la iconografía occidental que representa tradicionalmente la justicia bajo tres emblemas: venda en lo ojos; balanza y espada.

La venda en los ojos, para señalar que no debe hacer acepción de personas, sino permanecer incorruptible y rechazar cualquier tipo de discriminación.

La balanza refleja el reparto equitativo de los bienes entre los pueblos. No se trata sólo de "tener", es decir, de las riquezas económicas, sino también de poderes, de responsabilidades y posibilidades, en una palabra, de todo aquello que contribuye a desarrollar el ser. A nivel de grupos y de naciones, esto quiere decir derecho a vivir y a participar efectivamente en la marcha de la sociedad, nacional e internacional respetando las legítimas autonomías y las necesarias solidaridades.

La espada, finalmente, recuerda que la justicia es un combate; que no se obtiene sin lucha; que es un riesgo. En efecto, no basta "declararla", es necesario hacerla reinar, llevarla al poder como una voluntad constante de respetar la dignidad y los valores de los individuos y de los pueblos.

Pero la justicia es algo más que un tema de iconografía.

Aristóteles había señalado y Santo Tomás de Aquino lo subrayó, que la materia propia de la justicia son los actos y cosas relativas a otro, en tal sentido se dice de ella que es "dar a cada uno su derecho".

Los dos habían hablado ya de la "alteridad de la justicia", puesto que la justicia requiere una diversidad de personas, y por eso no puede existir sino en las relaciones de un hombre con otro.

Pero el texto del trabajo preparatorio de la V Jornada Mundial de la Paz va más allá de los conceptos tradicionales de justicia legal distributiva o conmutativa. Aun de lo social.

La justicia que se trata de promover en el mundo es diferente. Se trata de una solidaridad para la promoción de los menos favorecidos, para el desarrollo dinámico y la orientación hacia un objetivo preciso de toda la humanidad que aun puede tomar todas las formas negativas de ejercerse contra algo. Pero debe ser también una "acción a favor de".

Dicho de otra forma, es una contribución directa y positiva a la construcción solidaria, equitativa y respetuosa de los hombres en su dimensión total en nuestra sociedad de transformación.

A poco que el lector medite sobre las frases del estudio previo, hallará una serie de elementos que coinciden con el concepto tradicional de Ulpiano, pero que a la vez se alejan de él.

Primeramente, se hace resaltar que la justicia es una contribución directa y positiva. No académica, no meramente técnica, mucho menos inspirada en un criterio legalista.

Segundo, encaminada a la construcción solidaria, equitativa y respetuosa de todos los hombres. Las tres palabras utilizadas permiten precisar más su contenido de una posible futura definición. Por ser

solidario está adherido, asociado a una causa común. Por ser equitativa, puede llegar a ser una oposición a la letra de la ley positiva. Por ser respetuosa supone la dignidad de la persona humana.

Tercero, busca la integración del hombre en su dimensión total dentro de la sociedad. Es aquí donde la nueva idea de justicia se separa de los presupuestos de la tesis romana.

Ya no se trata de dar "a cada uno" lo que es suyo.

Ahora, la orientación es comunitaria. Se debe dar "a todos". Preeminencia de lo social sobre lo personal. Preocupación del "nosotros" por encima del "yo".

La versión del jurisconsulto romano —estupenda en su lacónica brevedad— utilizada durante largos siglos, cede ahora la primacía a una nueva idea que la afina y perfecciona.

De acuerdo con lo anterior, la definición propuesta y aceptada de justicia quedó redactada en los siguientes términos:

"Justicia es una contribución directa y positiva a la estructuración solidaria, equitativa y respetuosa de todos y cada uno de los hombres en su dimensión total en nuestra sociedad de transformación".

Para la mejor obtención y realización de la justicia es indispensable el abogado.

El Derecho Romano llama al abogado con el título de *sacerdos juris*, sacerdote del Derecho, o como se nos dice en la antigua legislación española, sacerdote de lo temporal.

En el Derecho Romano el juicio constaba de dos etapas: la primera era ante el pretor y la segunda ante el juez. El abogado solamente intervenía en la segunda etapa, y su actuación se reducía a prever que el litigio siguiera adelante.

El *sacerdos juris* no era un defensor sino un previsor, según se ve en la cantidad de leyes que al respecto existen en el Derecho Romano.

La legislación española, vigente en la Nueva España durante tres siglos, tiene una serie de disposiciones sobre la abogacía. Y recordemos que fue la legislación la que conformó, informó, dio su sello a la gestión del abogado en aquella época.

En las *Siete Partidas* se dan una serie de leyes sobre la profesión de la abogacía.

La Ley II, título VI de la Partida III, señala lo que podríamos citar como un antecedente remotísimo de nuestra Ley General de Profesiones, al decir en las siguientes disposiciones:

I. "Quien conozca el Derecho puede ser abogado por sí o por otro".

II. En las mismas leyes se encuentran proyectos relativos a los defensores de oficio, personas encargadas de la defensa de los reos que por carencía de recursos no podían acudir a un abogado, defensa que tenía que hacer sin paga, "por amor de Dios".

III. Juramento, por parte de los abogados, de no defender causa injusta.

IV. En ella, el abogado es llamado "vocero", porque por medio de su voz realiza la defensa de sus clientes.

V. Prohibición de que la mujer, el ciego, el condenado por delitos de adulterio, falsedad u homicidio, ejerzan la profesión de abogados.

VI. "Tienen prohíbido ejercer el oficio de la abogacía los que tuvieron por oficio el lidiar fieras".

Contrastando con esta serie de prohibiciones, el Fuero Real de los abogados consagra una serie de muy honrosos privilegios (recordemos que el Fuero es una legislación específica y limitada, referida a una especialidad), privilegios desusados en nuestra época, pero conformes con el espíritu del siglo en que fueron dictados.

En el *Manual de Jurisprudencia del Siglo XVI*, editado por don Javier Rodríguez Miranda, encontramos algunos de esos fueros.

Los abogados pueden contraer matrimonio con las señoras de título.

Los abogados son los sacerdotes de lo temporal, lo que deja ver claramente la influencia del Derecho Romano en el Derecho Español.

Fuero 5. El abogado es esencial para todo.

Fuero 9. Los abogados son personas eminentísimas.

Fuero 11. Los abogados pueden hacer uso de coche.

Fuero 12. Los abogados pueden portar armas como nobles y militares.

Fuero 15. Los abogados tienen preferencias en la Corte.

Fuero 17. Los abogados son los más aptos para embajadores.

Fuero 18. Los abogados no pueden ser presos por deuda alguna.

Fuero 21. Los abogados como testigos han de ser examinados en su casa.

Fuero 23. Si un juez está juzgando y va a dirigirle la palabra un letrado en leyes, debe levantarse del asiento.

Fuero 25. Tienen entrada al Rey, al Príncipe y al Consejo.

Fuero 26. A los 25 años de enseñanza se llaman condes.

Fuero 30. La injuria contra un abogado da gravedad al delito.

Fuero 32. El abogado no incurre en excomunión por hablar.

Fuero 35. Al abogado no se le dará tortura.

Fuero 36. Las esposas de los abogados y las viudas de los mismos gozarán de los mismos privilegios de éstos.

Fuero 40. Los libros de abogados no se pueden embargar por deuda civil.

Fuero 41. Los abogados gozan de inmunidad en las Audiencias; de ellas no podrán ser sacados para ser presos.

En la colección *Jueces* (tomo I, año 1771) se define al abogado: Se llaman así los que son versados en la ciencia legal y los derechos que [les] han precedido y han aprobado examen.

A ellos les incumbe saber todos los oficios de la República por no ser fácil el reformar juicio en cosas que no se ha profesado.

Si la antigüedad reserva tan importante papel al abogado ¿Cuál es, en la actualidad, el concepto justo, preciso y adecuado del que antaño fuera llamado "sacerdote del Derecho"?

Giorgio del Vecchio ha planteado la originalísima tesis del *homo juridicus* y del *homo antijurídicus*.

Aquí se palpan las dos posiciones ante la norma: la juricidad exagerada que se aferra a la ley porque es ley y la posición del que la examina, la analiza, y si encuentra errores, trata por la vía legal de que sean enmendados.

El *homo juridicus* de Del Vecchio presenta tres notas características:

- Ejerce hasta el máximo todos sus derechos sin posibilidad de aceptar el no ejercicio de uno de ellos.

- Permanece encasillado en los propios conceptos jurídicos.

- Rechaza la posible validez de cualquier otra norma que no sea la jurídica.

Si se analizan los tres puntos anteriores, se encuentra que el primero de ellos puede provocar un estado de rebeldía. El exceso de justicia es un exceso de injusticia (Cicerón, *De Officiis* I, 10, 33).

El segundo es la crítica a quienes imaginan el Derecho como simple especulación, olvidando que la norma rige relaciones entre seres humanos. El Derecho, la norma jurídica, solamente se produce en el medio social. Un Robinson Crusoe no es sujeto de derechos y obligaciones, necesita cuando menos a otro hombre, para que surja el

Derecho. El Derecho rige, pues, situaciones y problemas humanos que pudieron no haber sido captados por el legislador, o que no fueron captados o lo fueron parcialmente. Sin embargo, el *homo juridicus* se encierra en la forma científica de la norma, convierte el medio, o sea el Derecho, en fin.

El tercero es la censura de quien rechaza la posible validez de cualquier otra norma que no sea la jurídica positiva. Para el *homo juridicus* no existe la posibilidad de análisis, ni la rebeldía: la ley es la ley y es perfecta por el hecho de serlo. Toda norma dada por el legislador es ley. De esto se deduce que para el *homo juridicus* sólo existe el derecho positivo, la norma concreta dictada por el legislador.

Al *homo juridicus* se le puede hacer una pregunta ¿Existe el derecho natural? El *homo juridicus* no acepta el problema, sigue su escuela positivista y hace a un lado la cuestión, no acepta la posibilidad de ninguna otra norma.

Frente al *homo juridicus* se sitúa el *homo antijuridicus*, del cual nos dice Del Vecchio: "Paradójicamente el hombre *antijuridicus* puede encarnar una más pura juridicidad que el *homo juridicus*. Su rebeldía en contra del formalismo jurídico, del legalismo exagerado, puede ser hecho en nombre de un ideal de justicia que aspira a traducir en realidad jurídica. El tipo normal del hombre antijurídico (No hay que confundirlo con el anarquista) carece de la hipocresía que es propia del *homo juridicus* (*Introducción al Estudio del Derecho*, Giorgio del Vecchio).

Aquí nos muestra Del Vecchio de modo claro las características del hombre antijurídico.

1. La rebeldía puede ser hecha en nombre de un ideal de justicia. El hombre antijurídico examina, desentraña la norma, porque ésta no encierra el *summum* de la perfección y, por tanto, puede ser perfeccionada.

¿Qué alcance tendría la profesión del abogado si decimos que toda norma, toda ley, encierra el *summum* de la justicia? Se ve claramente que el abogado no tendría razón de ser, la ley se cumpliría ciegamente. Pero la ley no agota la justicia y, por ende, puede y debe cada vez irse acercando más a ella. El *homo juridicus* no nos ofrece esta posibilidad.

2. Aspira a traducir ese deseo en realidad jurídica.

En realidad podemos afirmar que si la ley ya no acepta reforma alguna, la vida de la colectividad sería muy triste, no se podría aspirar a un progreso.

Pero ¿cómo traducir en realidad jurídica ese deseo? Si el derecho rige relaciones entre seres humanos, podemos lograr esto llevando un poco de la realidad social a la sala del legista.

La realidad jurídica nunca está completa, siempre hay matices que no han sido captados, o que lo han sido mal.

3. ¿Cuál de las dos actitudes aporta una utilidad mayor al desarrollo del Derecho?

La rígida defiende el Derecho existente, pero impide todo posible perfeccionamiento del Derecho.

La del hombre antijurídico examina, investiga y trata de realizar, cada vez más, la justicia.

La primera posición es, pues, estéril, rígida, inflexible; la segunda es fecunda.

Recordemos el pensamiento de Ortega y Gasset que nos dice: "El hombre a veces busca la forma de no tener razón para enfrentarse a la verdad por el solo hecho o gusto de estar ante ella".

Esta es la posición: buscar, ponerse ante la ley, ver si realmente responde a lo que se necesita. Si fue captada la realidad social que trata de regir y, si no, buscar por la enmienda la deficiencia.

De acuerdo con lo que llevamos dicho se puede afirmar que junto a la especulación intelectual y al criterio jurídico es necesario también referirse al sentimiento jurídico, aunque haciendo una salvedad.

Aristóteles observaba en su *Política* cómo el sentimiento del Derecho diferencia al hombre del animal y Cicerón destacaba aquélla

animi affectio suum, cuique tribuendi atque societatem conjunctions humanae atque aeque tuens (*De finibus bonorum et malorum*, v. 23, 65). Pero ni Aristóteles ni Cicerón ni San Agustín, ni otros filósofos, al hablar del sentimiento de justicia, le daban preeminencia sobre la especulación racional, sino que lo consideraban como proyección subjetiva de unos principios objetivos.

Los defensores del sentimiento jurídico dan una inversión, y lo psicológico y subjetivo pasa a primer término: elaboraciones individuales análogas a aquella otra fragua colectiva de que habla la escuela histórica. Rousseau invoca "ese amor a la justicia, innato en todos los corazones", y lo va glosando en todos sus libros. La llamada escuela escocesa admite una facultad moral especialísima, conocedora de los primeros principios éticos; Shaftesbury cree en un instinto moral que nos inclina a la conservación y bienestar de nuestra especie; Smith afirma que la bondad o maldad del acto dependen de la simpatía o antipatía que se realice. Feuerbach presenta al Derecho como "objeto de nuestro sentimiento jurídico", producto de una facultad que radica en la esencia misma de la razón práctica; Fouillée lo considera como el sentimiento producido por las ideas mismas de la igualdad y la libertad; Loering llega a decir que el derecho objetivo consiste en abstracciones y representaciones derivadas de los derechos subjetivos y que su razón última nos la da el sentimiento; el propio Duguit coloca entre los fundamentos del derecho positivo el sentimiento de la justicia; es ésta una contradicción más de Duguit, defensor a ultranza del derecho objetivo, hasta el extremo de negar como tales los subjetivos, recurriendo al sentimiento —subjetividad suma— para fundamentar

aquella construcción jurídica que se le cuarteaba por falta de base metafísica. Meinong lleva este subjetivismo a la doctrina de los valores. Stopp viene a resucitar el criterio de la Escuela escocesa. El propio Ortega y Gasset tiene pasajes que, por lo menos, desorientan sobre todo este párrafo de *El tema de nuestro tiempo*, que exigiría muchas explicaciones:

> Esta capacidad de sentir, de pensar la justicia y de preferir lo justo a lo injusto, es, por lo pronto, una facultad de que el organismo está dotado para subvenir a su propia e interna conveniencia. Si el sentimiento de la justicia fuera pernicioso al ser viviente o, cuando menos, superfluo, habría significado tal carga biológica que la especie humana hubiera sucumbido. Nace, pues, la justicia, como simple conveniencia vital y subjetiva... Sin embargo, esa justicia, una vez que ha sido segregada por el sentimiento, adquiere un valor independiente.

Algunos expositores incluyen en esta tendencia a Ihering; disentimos de ellos. Ihering parece acogerse al sentimiento huyendo del empirismo, y así expone en *La lucha por el Derecho* cómo el dolor es un gran recurso y ayuda del instinto de conservación; aplica este punto de vista al Derecho y concede gran importancia a las reacciones contra la injusticia.

Quien no ha experimentado —dice— en sí mismo o en otro esta la herida que produce la injuria o el menosprecio de nuestro Derecho, ése no sabrá nunca lo que es el Derecho, aunque se sepa todo el *corpus juris*. No es la razón, sino el sentimiento quien puede responderle. Conciencia jurídica, convicción jurídica, son abstracciones científicas

que el pueblo no conoce: la fuerza del Derecho, como la del amor, reside en el sentimiento. El poder y el prestigio y el porvenir de un pueblo estriban en su sentimiento jurídico.

Estas afirmaciones parecen perfilar claramente la posición de Ihering; pero en otro libro, en el prólogo a la primera edición de *El fin en el Derecho*, estampa otra afirmación categórica: "No es el sentimiento jurídico quien ha creado el derecho, sino es el Derecho quien ha creado el sentimiento jurídico". ¿Hay contradicción entre estos dos momentos de Ihering?

Hay, sencillamente, diversidad de intenciones. *La lucha por el Derecho* viene a ser un sermón al pueblo alemán, a quien trata de removerle la entraña, de enseñarle a sentir y vivir la justicia más allá del mecanismo legal, de recordarle aquella otra sentencia suya de que el Derecho no es mera idea, sino fuerza vital; el fin en el Derecho tiene, en cambio, intenciones de mayor rigor filosófico.

Este ejemplo de Ihering nos muestra ya la parte de verdad que se contiene en la doctrina del sentimiento jurídico. El sentimiento nos trae de pronto la visión rasgada de lo que pudo parecer tan sólo un concepto, nos lo actualiza enérgicamente; asimismo es cierto que un pueblo sin ese sentido actual y constantemente entrañado del Derecho está condenado a mal vivir. Pero el Derecho no es creación del sentimiento, sino éste proyección de aquél.

Para un examen fundamental de este punto habría que examinar previamente el valor del sentimiento en la conducta humana, la

influencia de la vida afectiva en la vida mental. Recordemos que en el hombre se da una jerarquía según la cual, así como por el orden natural la sabiduría dirige todas las cosas y las demás criaturas obedecen al hombre, así en nosotros el cuerpo debe obedecer el ánimo. El ánimo a la razón y la razón a Dios. Pero en el alma humana hay dos partes: una que entiende, juzga y conoce, y otra en la que actúan los apetitos, sentimientos y pasiones. Cabe entre estas partes pugna, y todos sabemos de la trágica situación del hombre víctima de sus discordancias interiores; pero cabe la armonía y entonces logramos una vida más plena que la meramente intelectual.

El sentimiento es una gran ayuda para el entendimiento en ciertas ocasiones. Los sentimientos cumplen, según la escolástica, en la vida moral una función análoga a la de los sentidos en la vida mental. El sentimiento artístico afina la comprensión del arte y, sobre todo, fomenta su creación; el sentimiento de la justicia refuerza la noción de la misma y, sobre todo, su realización. Por eso no cabe abominar el sentimiento, como no cabe abominar la pasión. Hay trances afectivos que ejercen una virtud armónica sobre el entendimiento. "Tocaste mi vida con la gracia de tus dedos —dice el poeta hindú— y el orden surgió en mí como la música". En los momentos culminantes, como en la misma bienaventuranza, hay un acorde de lo elemental con lo afectivo. Y, como observa Pfander, en el mismo pensamiento representa el sentimiento un papel esencial bajo la forma de sentimientos lógicos. Una parte del pensamiento, al menos, incluye una especie de volición, es decir, una aspiración hacia la certeza o verdad. (*Fenomenología de la voluntad*,— trad. *Revista de Occidente*, por Manuel García Morente, 1931, pág. 9.)

Ahora bien, precisa mantener aquella jerarquía humana y reconocer a la razón su rango directivo. El sentimiento del Derecho constituirá un dato y un impulso muy estimables para vitalizar la norma, para fortalecer su eficacia, incluso para rastrear su justicia. Para que la ley sea eficaz no basta conocerla y saber de nuestra obligación de acatarla; hay que sentirla, ajustarnos a ella con todas nuestras potencias.

Pero el sentimiento en sí, sin referirlo a la razón, es acrítico (Hegel) y constituye criterio muy tornadizo, tan inseguro como en el orden estrictamente moral ¡Cuántas veces hay que prescindir de él para juzgar u obrar en justicia! Pensemos en la pena de muerte: aquí la carga sentimental, más que guiar, desorienta hacia la lenidad o hacia la venganza. La propiedad, el matrimonio, etcétera, vacilan si los consideramos como criterios puramente sentimentales.

En resumen: este criterio falla por la imposibilidad radical de fundar lo objetivo en lo subjetivo. El sentimiento, como referencia subjetiva, ha de quedar concertado con un orden objetivo para convertir la aspiración individual en norma social o para rectificarla. De ordinario, el sentimiento tiene una fuerza reactiva más que creadora. Tiene un contenido y corresponde a cualidades, a valores pero ni es ni crea esos valores; así, Husserl habla de "percibir" y Scheler de "sentir" el valor. El que reaccionemos contra la injusticia o deseemos lo justo será una ayuda y un resorte para lograr una más pura noción y más perfecta eficacia de esa justicia. Pero la justicia existe aunque nadie la viole ni la desee; la gravedad de un homicidio estriba en algo

más que la indignación que produce. De otro modo, la ley imperaría tan solo sobre quienes la sienten, y no habría porqué exigirles a los demás su acatamiento. Sentir una cosa implica la existencia previa de esa cosa; sentir el Derecho implica también la previa existencia del Derecho, con independencia de nuestro sentimiento.

José Corts Grau ha dicho que no hay ningún misterio más allá de nuestra disciplina que tiene el cuño de las disciplinas fundamentales: sencillez y unidad (*Filosofía del Derecho* —1945—).

Sólo por caminos de integridad podemos llegar a las esencias jurídicas. Nuestra misión es desencantar a ese hombre masa que se nutre inconscientemente de zumos jurídicos y a ese otro que gana pleitos o sentencia y dicta órdenes desentendiéndose de esos casos que resuelve automáticamente, pisando los consabidos artículos y comentarios con un punto sangrante de la problemática humana. Para muchos —decía Jorge Renard—, la jurisprudencia es mero instrumento de habilidad, conjunto de ardides y trucos, que no sistema de saberes, arte marrullero de Cicerone, que guía al cliente y desorienta al contrario por entre las galerías tortuosas de la legislación. El Derecho es para muchos la protección de los burgueses contra los desheredados (*Le Droit, l'Ordre et la Raison*, París, *Ed. Récueil Si Rey,* 1917, pág. 17). Aun sin llegar a estas falsificaciones, lo cierto es que el raquitismo mental con que ciertos juristas manejan los textos es abrumador.

Sin embargo, el Derecho se nos aparece a veces en toda su impotente grandeza más allá de esos textos. ¿Es que hay un Derecho por el

que intrigamos y otro Derecho por el que nos batimos y nos dejamos matar? ¿Es que hay un derecho para los abogados y otro para los filósofos, para los poetas, para los hombres de corazón? Triste cosa sería que hubiéramos de resignarnos a ese divorcio. El Derecho es uno y el mismo sustancialmente para todos.

A la escuela del sentimiento jurídico se le pueden hacer las siguientes críticas:

- No es el sentimiento jurídico quien ha creado el Derecho, sino el Derecho es quien crea el sentimiento jurídico.

- El sentimiento jurídico es proyección del Derecho.

- El sentimiento de la justicia refuerza la noción de la misma.

- La justicia existe aunque nadie la viole ni la desee.

De allí que la metodología del Derecho necesariamente tenga un acento trascendental, admirablemente bien captado por Francesco Carnelutti:

> Conocer el Derecho es la meta... no importa que algunos se ilusionen de etapa en etapa... no importa ninguno de ellos sino la interminable fila... quien la contempla acaba por ver que marcha hacia el cielo. Toda confirmación de lo creado aproxima la criatura al creador y el coro de las voces de los incansables peregrinos canta en una sinfonía prodigiosa la gloria de Dios (*Metodología del Derecho*).

Tema 2

Sociedad y Derecho

El fenómeno jurídico sólo se produce dentro de la sociedad. Los romanos lo llegaron a expresar a través de este silogismo:

- *Ubi homo, ibi societas*

- *Ubi societas, ibi jus*

- *Ergo, ubi homo ibi jus*

- Donde existe el hombre, existe la sociedad

- Donde existe la sociedad, existe el Derecho

- Luego, donde existe el hombre existe el Derecho

Esta ficha se estructura sobre una tesis, una antítesis y una síntesis.

- Tesis: el hombre es un todo

- Antítesis: el hombre es una parte

- Síntesis: el hombre es un todo parcial

Tesis: el hombre como un todo

Decir que el hombre es un individuo, más aún, una persona, es sencillamente afirmar que es un todo. El individuo, en efecto, se nos aparece como una cosa completa, que se basta a sí misma, que no tiene necesidad de unirse a ninguna otra ni para existir ni para obrar. Lo que no existe en sí mismo, sino en otro; el que tiene que estar necesariamente unido a otro para existir, no llega al rango de individuo. Queda por debajo de él. Un accidente cualquiera, por ejemplo el color, la extensión, el movimiento, no lo veo, no lo concibo como existente en sí mismo, sino como adherido a otro, que es lo que tiene el color; o es extenso, o se mueve. No es un individuo sino un modo, una determinación, una manera de ser del individuo.

Como tampoco lo es la parte. Una mano, evidentemente, no es el pie; como el corazón no es el cerebro. Son distintos, por tanto, y hasta por un esfuerzo de la imaginación no me los puedo representar como órganos dotados de una existencia propia que no sea la del cuerpo al que pertenecen. No tienen razón de ser separados del cuerpo.

Tienen que articularse en la unidad de un ser superior, del cual reciben en realidad existencia y actividad. Quiere esto decir que tan sólo metafóricamente puedo decir que una mano sea un individuo, como igualmente no es más que una metáfora afirmar del hombre que es la mano de otro hombre o de un organismo social.

El individuo existe en sí mismo. No tiene que buscar su propia existencia fuera de él. Es un don que posee en plena propiedad. Y como la acción sigue a la existencia y es proporcionada a ella, la suficiencia en el existir implica la suficiencia en el obrar. Por eso se define al individuo como una sustancia completa, autosuficiente para la existencia y para la acción.

Antítesis: el hombre como parte

El hombre es un todo autárquico, que se basta a sí mismo para existir y para obrar. Cierto, sin duda alguna. Pero no es menos cierto que es una parte, un miembro de la sociedad.

Las palabras textuales de Santo Tomás son: "El hombre es naturalmente parte de alguna multitud". Prescindamos por un momento de ese *naturalmente* y concentremos la atención en el resto de la frase. El hombre es parte de la sociedad. No debo concebirlo aislado, sin relaciones con su prójimo. Es una parte de la sociedad, vive en medio de otros hombres, comunicándose con ellos, viviendo como uno de tantos en el conjunto tan sencillo y a la vez tan complejo de la sociedad. Considerar al hombre en su personalidad autónoma es tan solo

ver un aspecto. Junto a él, con tanto derecho de ser observado, está el otro aspecto: el de su carácter de parte de la sociedad.

Una descripción del hombre que prescindiera de esta dimensión de su vida sería parcial, incompleta, falsa. Cierto que tiene inteligencia, voluntad, instintos y sentidos propios y personales, pero se ejercen y desarrollan en un medio social, recibiendo la influencia de la sociedad y a la vez actuando sobre ella.

No es el caso examinar ahora las múltiples consecuencias que de este hecho se derivan; basta con dejarlo consignado.

Del mismo modo se encuentra con su alma y un cuerpo para vivir; se ve dentro de una sociedad de la que forma parte. Son estas las circunstancias de que inexorablemente está rodeada su vida y no hay manera de eludirlas. Así es y no de otro modo.

Síntesis: el hombre como un todo parcial

Por naturaleza el hombre es un todo; a la vez, y también por naturaleza, es una parte. ¿Contradicción?, no, simplemente dos aspectos de una misma verdad. Y es ésta: por naturaleza el hombre es un todo parcial.

Tiene cierta suficiencia, pero no toda suficiencia. Se basta a sí mismo para vivir, pero no en todas las dimensiones de su vida. Ni queda del margen de la sociedad, ni es de la sociedad. Simplemente está en

la sociedad y está no porque quiera sino porque su naturaleza le obliga a ello.

Que nadie piense que se trata de un mero formulismo verbal. Una palabra u otra encierra en este caso toda una concepción distinta del hombre y de la sociedad. Lo que en el fondo se pretende averiguar es si el hombre es para la sociedad o la sociedad para el hombre. Todavía más, porque pudiera ocurrir que ambas fórmulas fueran igualmente inexactas, o lo que es igual, parcialmente verdaderas. Entonces, la síntesis que armonizaría a ambas sería la verdad total.

Precisamente esta es la posición de Santo Tomás. La define claramente con estas palabras: "El hombre no se ordena a la comunidad política" (*secumdum se totum et secundum omni asua*). De donde una doble afirmación igualmente interesante.

1. El hombre se ordena, y está hecho para la sociedad, esto es, el hombre naturalmente es parte de la sociedad.

2. En la sociedad no entra el hombre, todo él, con todas sus cosas. Hay algo en él que no está hecho para la sociedad, que la trasciende, que, por tanto, no es parte de ella. Claro que como en la realidad no es posible hacer esta distinción, a dondequiera que vaya el hombre va todo él. Pero basta conque conceptualmente quede establecido.

Hay que distinguir en la estructura del hombre un doble elemento. Uno, insuficiente, incompleto, y por lo mismo lleno de necesidades. Para satisfacerlas, va a la sociedad, mejor dicho, se entrega a

ella. Sin condiciones ni reservas, como el sediento se echa a la fuente. Así ocurre con todo aquello que en el hombre es parte de la sociedad. Por virtud de esta entrega, es más de ella que de él. Pero a la vez, tiene otro elemento autárquico, independiente, que se basta a sí mismo y, por tanto, no se entrega. Permanece en una digna reserva, sin aplicar sus derechos. No es que se oponga a la unión; al contrario, se complace en ella porque la convivencia con sus semejantes le es grata. Pero no se aviene a colocarse en un plano de inferioridad. Reconoce en ellos iguales y no superiores. Y sobre esta base admite y aun goza la unión. Le conviene y se sirve de ella como de un instrumento para labrar su propio destino.

Aparece entonces el problema sobre qué tipo de ser corresponde a la sociedad.

Entre las multiples clasificaciones que pueden hacerse de los seres, hay una que esencialmente sirve para resolver la cuestión planteada, la que clasifica a los seres en dos grandes grupos: seres accidentales y seres sustanciales.

Sustancia es lo que es en *sí* y es concebido *por sí*.

Accidente es lo que sobreviene, lo que no es ni constante ni esencial.

Podemos definir al ser sustancial, al que existe por sí mismo, sin requerir la existencia de otro (el hombre).

Ser accidental es el que requiere para existir, la existencia de otro.

De acuerdo con lo anterior podemos ya afirmar que:

El hombre es un ser sustancial simultáneamente en todo y parte.

La sociedad es un ser accidental de relación.

La naturaleza social del hombre queda probada:

- Por la necesidad, la convivencia, la utilidad, ya que la sociedad proporciona auxilios mutuos.

- Por la afición o por el gusto: La sociedad es un producto desinteresado.

- Por la naturaleza racional del hombre: La sociedad es la unión y la comunicación de los espíritus que hacen posible el desenvolvimiento de la razón y del lenguaje.

Efectivamente, el hombre se desarrolla gracias y merced a que puede actualizar sus potencias dentro de la sociedad.

La tesis de la potencia de Santo Tomás de Aquino, explicaría el caso clarísimamente:

- "La potencia y el acto dividen al ser de tal suerte, que todo cuanto es, o bien es un acto puro o bien es un acto necesariamente compuesto de potencia y de acto como principios primeros e intrínsecos".

Respecto al ser de la sociedad ya afirmamos que es un ser accidental de relación.

Por curiosa coincidencia se puede descubrir en el problema de la sociedad un curioso paralelo con el clásico problema de *los Universales* que tanto ha preocupado a la filosofía.

El problema de los Universales consiste básicamente en saber la razón y el porqué son comunes a todas las inteligencias y porqué se aplican a todo lo que el espíritu humano puede conocer: los conceptos universales.

Para solucionar ese problema filosófico existen, entre otras, tres escuelas: *nominalismo*; *realismo exagerado* y *realismo moderado*.

- Para el nominalismo, las ideas son simples nombres, *flatus vocis*, voces vacías, que carecen de realidad.

- Para el realismo exagerado, los Universales o ideas generales existen fuera de las cosas, como prototipos o modelos de los cuales estas cosas son imitaciones temporales.

- Para el realismo moderado existe el mundo real y la idea en el intelecto humano.

Algo parecido ha sucedido con la sociedad, hay autores que sólo la consideran como un simple nombre. (Nominalismo).

Otros lo señalan como una realidad orgánica. (Realismo exagerado, tesis organicistas).

Finalmente, hay sociólogos que admiten, como se ha visto con anterioridad la existencia de un todo sustancial (hombre), y un todo accidental de relación (sociedad). Esto constituye el realismo moderado, sociológicamente hablando.

George Gurvitch, antiguo catedrático ruso, refugiado en Francia y muerto en 1965 decía: "Que la comunidad está integrada por el yo, tú, él, mientras que la sociedad está integrada por nosotros, como un perfeccionamiento del yo, tú, él."

De acuerdo con todo lo anteriormente dicho, en este tema ya podemos establecer una serie de conclusiones:

- El hombre es un todo parcial de la sociedad
- La sociedad es un todo orgánico de relación
- Puesto que la sociedad es un todo orgánico, ha de ser suficiente para satisfacer las necesidades de sus miembros
- Puesto que es un todo orgánico, ha de ser un todo jerárquico
- Del hecho de ser la sociedad un todo orgánico y jerárquico, se desprende la necesidad del Derecho

Tema 3

Normas jurídicas y normas sociales

Distinguir entre las normas jurídicas y los convencionalismos sociales constituye un grave problema.

Lo primero que encontramos es que tanto el Derecho como los convencionalismos sociales son un conjunto de reglas.

Regla es la proposición que nos enseña lo que es necesario o conveniente hacer para alcanzar determinado fin. *Necesidad* es un nexo ineludible entre fenómenos, entre seres o entre conceptos. Es necesario lo que tiene que ser como es, y que no podría ser de otro modo.

Clases de necesidad

La necesidad física o causal liga entre sí a dos fenómenos o a dos seres, como causa y efecto. Hay aquí una *forzosidad*, una necesidad de

hecho, que se da en el plano del ser, una modificación en el mundo de la realidad.

La necesidad ideal o conceptual (o necesidad lógica) relaciona dos objetos ideales o "entes de razón".

La necesidad axiológica o valorativa establece un nexo entre una conducta humana y el bien racional del hombre, o sea el cumplimiento de su destino, la realización plena de su personalidad. El deber es una necesidad axiológica.

En la conducta del hombre descubrimos dos diversos puntos de vista, que los escolásticos llaman el *facere* o el *agere*. La acción trascendente, que produce sus efectos en el exterior, se llama lo "factible", el *facere*. La acción inminente, que termina en el mismo sujeto y se propone perfeccionarlo, es el *agere*, "lo agible".

Las normas en general, y la especie de las mismas que se denominan normas jurídicas, pertenecen a lo "agible". Toda norma es regla: pero no toda regla es norma. La regla tiene una estructura imperativa: se expresa como mandamiento o consejo. Nos indica que tal medio es útil, o es el más adecuado, o es quizás el único medio idóneo para lograr cierto fin. Las reglas pueden distinguirse en estos dos tipos:

a) *Reglas técnicas*, orientadas al *facere*, al hacer. Simplemente señalan la conexión entre cierto fin, real o posible, cuya obligatoriedad y cuya validez intrínseca no se afirma, y el

medio necesario o conveniente para lograr ese fin. Se trata de mandamientos condicionales o hipotéticos.

b) *Reglas éticas*, referentes al *agere*, al obrar. Son mandamientos incondicionados, absolutos, categóricos, pues postulan un fin que se afirma como valioso en sí mismo, como intrínsecamente obligatorio.

En ciertos casos, la regla técnica se convierte en norma, en regla ética. Si aquélla establece la necesidad del empleo de un medio para alcanzar un fin, y este último es obligatorio e intrínsecamente válido, resulta obligatorio el empleo del medio adecuado.

Entre los conocimientos especulativos o teóricos y los normativos, podemos descubrir estas diferencias:

En cuanto a su formulación gramatical, los juicios teóricos se expresan en el modo indicativo: "Las órbitas de los planetas son elípticas", mientras que las normas se manifiestan en el modo imperativo: "Honra a tus padres". Pero la distinción es engañosa, pues puede decirse: "Debes honrar a tus padres", "Honrarás a tus padres".

El juicio teórico está subordinado a la realidad; el juicio normativo está supraordinado a la misma realidad, porque aquél sólo pretende expresar lo que acontece de hecho, en el plano del ser, en tanto que la norma expresa lo que debe ser; intenta valorar y modelar a la realidad que aspira a dirigir, y por ello la elogia o la censura. El juicio

especulativo o teórico sólo pretende iluminar nuestra inteligencia: enriquecer y precisar nuestros conocimientos; las normas, simplemente por ser juicios, también intentan expresar una verdad o iluminar a la inteligencia; sin embargo, por su carácter práctico, se encaminan a encauzar la voluntad, a guiar la conducta humana.

La validez del juicio teórico se llama verdad. Aunque la norma, por ser juicio, también se denomina verdadera si es válida, no obstante ello, por su índole práctica, tiene una validez propia que se llama *obligatoriedad*.

Si un hecho ciertamente comprobado contraría el contenido de un juicio especulativo, éste debe modificarse, para lograr que coincida con la realidad. Si un hecho ciertamente comprobado, pugna con la conducta prescrita por la norma, esta última continúa siendo válida.

Se establece una distinción entre la esfera sobre la que recaen los juicios teóricos (mundo del ser y de la realidad), y en el campo relativo a las normas (mundo del debe ser y de los valores). La separación entre estas dos esferas se ha formulado en términos rigurosos:

a) De que algo sea no puede concluirse que debe ser;

b) De que algo no sea no puede nunca inferirse que ese algo no debe ser;

c) De que algo deba ser no puede seguirse que sea;

d) De que algo no deba ser no puede concluirse que ese algo no sea.

Pero no podemos admitir una separación tan tajante entre estos dos mundos, como si entre ellos hubiera absoluta y total independencia. El deber está fundado en el valor, y únicamente de lo que vale podemos afirmar que debe ser. Sin embargo, la norma (contra lo que afirman algunos autores neokantianos) sí tiene relación con los hechos y con el mundo del ser. Sólo es lícita la aplicación de la norma cuando en la realidad, en el terreno de los hechos, en el plano del ser, se han producido las circunstancias que la propia norma prevé como presupuestos de su aplicabilidad. Sería lógicamente inconcebible una norma que estableciera un deber fuera y por encima de la posibilidad real del hombre, y también carece de sentido una norma que imponga una obligación cuyo contenido coincida exactamente con una conducta que es concurrente con una necesidad física o causal. La costumbre como fuente del Derecho (es decir, el Derecho consuetudinario) es norma, pertenece al plano del deber ser, y, sin embargo, contiene dos elementos que tienen carácter fáctico, pues pertenecen al mundo del ser:

- La repetición de ciertos actos;

- La convicción de que, al ejecutar esos actos, se está cumpliendo una obligación jurídica.

En determinados casos y con ciertas condiciones, del mero hecho de la posesión surgen consecuencias normativas.

Eduardo García Máynez expone tanto las tesis unitarias que no aceptan la diferenciación, como las tesis diferenciales que sí admiten discrepancias entre los convencionalismos sociales y el Derecho.

Tesis que no admiten diferencia

Del Vecchio sostiene que "Las normas sociales son el fundamento *sui generis* de la moral y el Derecho."

El hecho mismo de que Del Vecchio esté aceptando que la norma social es el fundamento de la norma jurídica, ya implica la posibilidad de entrever que no son la misma norma. El fundamento —cimiento— no puede confundirse con aquélla a la cual sirve de apoyo. En un edificio, el cimiento es una cosa distinta, funcional y arquitectónicamente, de la estructura, de los detalles artísticos, de la culminación y remate de la obra.

Pero Radbruch, a su vez, nos dice: "La relación entre el Derecho y los convencionalismos sociales es de orden histórico únicamente".

Puede hacerse a Radbruch una objeción parecida a la presentada contra Del Vecchio, ya que acepta que hay una relación histórica entre el convencionalismo social y el Derecho.

En ambos casos —Del Vecchio y Radbruch— se perfilan dos normas la que originariamente fue norma social y se convirtió después en norma jurídica.

Tesis diferenciales

Entre los autores que señalan diferencias entre normas sociales y del Derecho hay que nombrar a Stammler, Von Ihering, Somló y Recaséns Siches.

Stammler dice "La diversidad entre el Derecho y los usos sociales, es de simple grado de pretensión de validez".

Evidentemente la tesis es cierta, puesto que la norma social no tiene la pretensión de validez que es propia de la norma jurídica.

Von Ihering afirma: "La distinción estriba en que los usos sociales tienen una sanción interna, mientras que el Derecho la tiene externa".

Este carácter de interna y externa será más ampliamente discutido en el tema número 6, cuando se estudien las relaciones entre moral y Derecho.

Somló sostiene que: "La norma jurídica es creada por el Estado, mientras que la sociedad crea la norma social."

Esta opinión también es cierta, ya que en tanto la norma jurídica es generada por el Estado, la social es creada por la colectividad.

Recaséns Siches considera que las reglas convencionales no deben ser distinguidas únicamente del Derecho sino también de la moral, ya

que aun cuando se asemejan a las normas de uno y otro, no se identifican con ellas.

En síntesis, las relaciones entre los convencionalismos y la moral son (en cuanto se asemejan):

- Carecen de organizaciones coactivas destinadas a vencer la resistencia de los sujetos insumisos.

- Sus sanciones no tienden al cumplimiento ejecutivo de la norma infringida.

Difieren:

- La moral considera al obligado en su individualidad, los usos refiriéndose a él como "sujeto-funcionario" o miembro "intercambiable" de un grupo.

- La norma exige conducta esencialmente interna, y los usos un comportamiento fundamentalmente externo.

- La moral posee validez; los usos tienen vigencia social.

- La moral es autónoma; los convencionalismos heterónomos.

Semejanzas de los usos y el Derecho

1. En su carácter social

2. En su exterioridad

3. En su heteronomía

Esta opinión, para poder ser cabalmente valorada, requiere conocer ya lo que es el Derecho y haber analizado las cuatro notas diferenciales que se aprobaron tanto respecto de la moral como del Derecho, cuestión que como se dijo con anterioridad, se realizará en el tema número seis.

Las cinco tesis, nos llevan a una conclusión: sí existe una diferencia entre los convencionalismos sociales y el Derecho. Pero esto no quiere decir separación absoluta de acuerdo con las tesis de Santo Tomás de Aquino y Legaz Lacambra.

En Santo Tomás de Aquino, lo que él llama *inhonestas*, no es algo deshonesto, sino algo que no es muy bello.

Legaz Lacambra advierte que en Platón el *decorum* no es más que un aspecto del bien.

Lo bello y lo bueno tienden a unificarse, el *decorum* platónico y la "honestas" aquinatense tienden a complementarse: lo bello y lo bueno.

Encontramos, extraidos los datos de épocas muy distintas, que el Derecho es un sector de los usos y costumbres sociales, pero dotada de normatividad. Esta es nuestra conclusión.

Extraigamos pues nuestras conclusiones sobre convencionalismos sociales y norma jurídica:

- Son totalmente distintos;

- Pero esto no quiere decir que no exista relación, ésta existe, como la explicaremos en seguida.

Efectivamente:

- Toda norma social es, en potencia, una norma jurídica.

- El Derecho tiene, muchas veces, una misión liberadora del hombre, de la tiranía de ciertos usos.

- La proximidad del Derecho y los usos sociales es la más eficaz garantía del propio Derecho.

- La lucha contra los usos existentes, representa la garantía del progreso y de la libertad.

Explicación:

- Toda norma social es, en potencia, una norma jurídica. Cuando una norma se convierte en costumbre, el Estado la toma y le da categoría de norma jurídica. Es decir, la norma social se perfecciona al pasar a norma jurídica. Del

mismo modo en que el hombre se perfecciona al pasar de potencia a acto.

- El Derecho tiene, muchas veces, una misión liberadora del hombre, de la tiranía de ciertos usos.

- Hay ciertos usos inútiles o perjudiciales, de los cuales el Derecho tiene la misión de liberarnos. Recordemos el caso de la esclavitud.

- La proximidad del Derecho y los usos sociales es la más eficaz garantía del propio Derecho.

- Es doble la relación: "Ninguna ley contra la costumbre, hagamos leyes a las costumbres. Una ley contra la costumbre no tiene, sociológicamente, jurídicamente razón de ser".

- La lucha contra los usos existentes, representa la garantía del progreso y de la libertad.

- Recordemos lo dicho en la sección segunda. El Derecho debe luchar contra ciertos usos, que más que ello, son abusos.

Tema 4

Ciencia y Derecho

Se plantea el problema de saber si el Derecho es una ciencia. Hay autores que niegan que lo sea.

Kirchmann, Procurador de Justicia de Prusia en 1847, dice que el Derecho no es una ciencia, para ello presenta los siguientes argumentos:

- El Derecho marcha con absoluto retraso con relación a las demás ciencias.

- El Derecho tiene un carácter mutable, variable, que impide que se le pueda aprehender conceptualmente.

- Es posible estudiar a toda la naturaleza, pero no es posible estudiar al Derecho.

Es necesario recordar que la época de Kirchmann es esa época en que las ciencias físico-químicas hacen su presuroso adelanto.

Crítica

1. Afirmar que el Derecho acusa un retraso no prueba que no sea ciencia sino que unas ciencias se desarrollan más rápidamente que otras.

2. El Derecho tiene un carácter mutable, variable, que impide que se le pueda aprehender conceptualmente.

Esto en realidad es privilegio y característica del Derecho. El Derecho rige relaciones humanas, y esta mutabilidad es la mayor prueba de que se adapta a las preocupaciones sociales.

Más que una censura, esta objeción constata una virtud del Derecho.

3. Es posible estudiar a toda la naturaleza, pero no es posible estudiar al Derecho.

La frase de Kirchmann "La flor, la nube, el pájaro, pueden ser objeto de una ciencia, pero el Derecho carece de contenido y de que una ciencia lo estudie". Lo único que prueba es que cada ser puede ser objeto de una ciencia determinada. La postura de Kirchmann se explica por tres factores:

- El desarrollo físico-técnico de las ciencias.

- El positivismo de moda, sin ciertos brotes de romanticismo en la segunda mitad del siglo XIX.

- La actitud escéptica tradicional del intelectual alemán.

Pondremos en contra de la argumentación de Kirchmann tres objeciones:

- El conocimiento natural *no* es el único conocimiento científico.

- El método bueno para una disciplina, puede ser malo para otra.

- Cada disciplina debe adoptar un método conveniente al objeto que estudia.

EXPLICACIÓN

1. El conocimiento natural no es el único conocimiento científico.

La justicia es un valor impalpable, no se le puede encerrar en un matraz o una pastilla. No sólo el objeto material da lugar a una ciencia. La salud no es una materia, ¿puede comprarla? Hasta las ciencias más naturales van buscando algo que se escapa al bisturí.

El problema radica en que la *justicia* es un valor *intangible*.

2. El método bueno para una disciplina, puede ser malo para otra.

Los métodos tradicionales son la inducción, la deducción, la monografía y la estadística.

Ninguno de estos es nuestro método; nos servimos de todos ellos. Hay ciencias, y una de ellas es el Derecho, que requiere de pluralidad de métodos.

3. Cada disciplina debe adoptar un método, conveniente al objeto que estudia.

Es la conclusión lógica de lo dicho con anterioridad. Pero no hemos afirmado que deba usar la inducción, o la deducción, o la monografía o la estadística, sino que requiere un método.

No hemos afirmado, todavía, que el Derecho sea una ciencia; únicamente hemos refutado a Kirchmann, quien lo niega con sus propios argumentos.

Concepto de ciencia

Ciencia es un objeto de investigación, de conocimiento. Tiene un objeto y un método.

Las notas, o partes, del concepto son dos: *objeto* y *método*.

Es imposible una ciencia sin objeto.

Falta probar que el Derecho tiene un objeto y un método. Para dar solución a tal problema, necesitamos catalogar las posibilidades de clasificación de las ciencias y, después, dotarla de objeto y método.

Las clasificaciones de las ciencias son múltiples, nosotros utilizaremos sólo unas cuantas.

Clasificación crítica de Dilthey

Dilthey clasifica a las ciencias en dos grandes grupos:

- Ciencias del espíritu: teología, Derecho, sociología, psicología, matemáticas.

- Ciencias naturales: física, química, biología.

Esta clasificación es incipiente, raquítica, elemental. Sin embargo, ya cabe la posibilidad de contradecir a Kirchmann.

Necesitamos dar un paso más adelante para ver qué es lo esencial en toda ciencia; lo esencial en toda ciencia es el conocimiento, ¿Qué es entonces el conocimiento? El conocimiento es la relación que existe entre un sujeto cognoscente y un objeto cognoscible.

Ciencias del determinismo y de la libertad

Según lo expuesto con antelación, podemos hacer una nueva clasificación, un poco más elaborada, menos elemental. Nos basaremos en el objeto.

Encontramos cuatro tipos de ciencias:

- Racionales: Aquellas que tienden al estudio del ser, aun cuando éste sea intangible o, más bien, inconmensurable.

- Experimentales: Conocen al ser de manera sensible, en cuanto el ser es observable y medible.

- Del determinismo: Estudian acontecimientos cuya realización no depende de los sujetos a quienes ocurren.

- De la libertad: Están basadas en la conciencia y en la libertad, en la voluntad humana.

Ciencias teoréticas, prácticas y aplicadas

1. Ciencias teoréticas: Se llaman así a las que pretenden obtener la verdad, sin que el objeto interese, de suyo, al sujeto (matemáticas).

2. Ciencias prácticas: Estudian un objeto que le interesa al sujeto (moral y arte).

3. Ciencias aplicadas: Pretenden conocer un objeto, de suyo indiferente al sujeto, pero de cuyo estudio saca conclusiones prácticas (química).

Tenemos siete clasificaciones de ciencias, hagamos a un lado la de Dilthey, para ver en cuál de ellas es posible encajar al Derecho.

El Derecho como tal, no es positivo, como valor, se puede encuadrar dentro de *las racionales*; es posible hacerlo.

No cabe dentro de las experimentales ni del determinismo, pero sí puede quedar clasificada dentro de las de *libertad*.

Asimismo, puede caber dentro de las prácticas; el Derecho me interesa, forma algo conmigo mismo, en mi interior, me interesa vitalmente.

Es pues clasificable dentro de tres de los siete grupos.

Muy contadas ciencias caben dentro de estas tres, esto va confirmando la posibilidad de que el Derecho sea una ciencia.

Clasificación de Jellinek

Jellinek clasifica las ciencias en tres grupos:

- Narrativas o descriptivas. Narran, detallan los fenómenos cronológicamente (Historia).

- Explicativas o teoréticas. Determinan las relaciones entre fenómenos (Derecho).

- Aplicativas o prácticas. Son las que tienen un fin, una conclusión eminentemente realizativa.

- Jellinek clasifica el Derecho en el segundo grupo, dentro de explicativas o teoréticas, porque explica las relaciones entre fenómenos.

Crítica a Jellinek

Según Jellinek, las ciencias teoréticas determinan las relaciones entre fenómenos, pero ¿qué fenómenos estudia el Derecho? El Derecho estudia a personas, a la justicia, a la conducta humana, ¿son estos fenómenos? Son algo más que fenómenos.

Las ciencias teoréticas estudian relaciones entre fenómenos.

El Derecho estudia algo más que fenómenos (seres sustanciales, unos, accidentales o del entendimiento, otros).

Luego el Derecho es algo más que una ciencia teorética.

Defectos de la clasificación de Jellinek

1. Olvida que hay ciencias que no estudian fenómenos.

2. Surge la pregunta, cuando habla de que el Derecho es una ciencia teorética, de si la persona humana es un fenómeno, por un lado, y por el otro, si la conducta humana es un fenómeno.

Vemos pues, que por verdadero silogismo, el Derecho tiene objeto y sujeto, luego, es una ciencia.

El Derecho dentro de la corriente existencialista

Todo sistema filosófico tiene repercusión en el campo jurídico, pero en el caso del existencialismo es especial la relación que guarda con el Derecho.

Martín Heidegger nos dice que la angustia es el centro de la existencia humana. Y afirma que gran parte de la angustia se debe al Derecho.

Para el existencialismo la conducta es la expresión fenoménica de la persona; el Derecho es la ciencia de la conducta. O sea, el Derecho es la ciencia que va a tratar de resolver el problema de la persona y de la libertad. Pero notemos, que dentro del existencialismo el Derecho es una ciencia.

1. La conducta es la expresión fenoménica de la persona.

2. El Derecho es la ciencia de la conducta.

3. El Derecho es la ciencia de la persona y de la libertad.

La libertad en el existencialismo

Martín Heidegger nos dice de la libertad (Filosofía de Martín Heidegger):

1. "Sólo la libertad para mirar la muerte cara a cara puede señalar un fin a nuestra existencia, el único fin a que puede aspirar".

2. “La existencia no se libra materialmente del mundo, por esto se dice que la existencia auténtica se libra a la faz de su propio mundo.”

3. “La libertad no es un poder de romper el determinismo, es una propiedad metafísica. Toda decisión relativa a su ejercicio está absolutamente fuera de nuestro alcance”.

La libertad de Heidegger es la libertad en sí mismo, dentro de sí mismo. Posibilidad de encuadrar al Derecho dentro de todas las clasificaciones anteriores.

Hemos visto que el Derecho puede ser encuadrado dentro de todas las clasificaciones dadas.

Para Dilthey, es una ciencia del espíritu. En la clasificación cuádruple, es posible encuadrarla dentro de las racionales o dentro de las de libertad. En la triple clasificación, se puede encasillar dentro de la práctica. Y, finalmente, para Jellinek es teorética o explicativa y dentro del existencialismo es, también, una ciencia.

Conclusión

Podemos decir que el Derecho es también un objeto, un fin y un sujeto que los analiza. Por lo que cabe dentro de todas las clasificaciones de las ciencias, y aun dentro del existencialismo.

Por tanto, la única conclusión es: por tener un objeto y un método de estudio, el Derecho sí es una ciencia.

Actualmente ningún pensador, de cierta categoría, le niega al Derecho tal jerarquía.

Tema 5

Definición de Derecho

Se hace necesario, y después de haber probado que el Derecho es una ciencia, dar una definición de Derecho.

En primer lugar surge una dificultad: la palabra Derecho no tiene un solo sentido, no es unívoca, sino tiene diversidad de significaciones, es equívoca.

Definiciones

Celso: *Jus est ars boni et aequi*.

Mezcla conceptos éticos y jurídicos al hablar, indistintamente de la "bondad" y de la "equidad". Su definición cae simultáneamente en el terreno de la moral y en el terreno del Derecho.

Ulpiano: *Juris praecepta sunt haec*: *honeste vivere*, *alterum non laedere*, *suum cuique tribuendi*.

Su definición ya es conocida, porque utilizamos la última de sus expresiones para definir lo que es la justicia en el tema 1. Se le puede hacer análoga crítica como a la opinión de Celso: "El vivir honestamente" corresponde al renglón de la ética y no al aspecto jurídico.

Terencio: "Es la ciencia que exige que todo sea recto e inflexible". Su definición se produce en el momento de la crísis del Imperio Romano, lo que queda evidente por su breve contenido científico.

San Agustín: "Derecho es lo que es justo y emana de la fuente de la justicia". Jamás tuvo en mente dar una definición de lo que era el Derecho. La razón principal de su obra *La Ciudad de Dios*, es un análisis y una explicación del fenómeno que representa la caída de Roma ante la invasión de los pueblos bárbaros. Los filósofos y los hombres de pensamiento de Roma atribuyen al cristianismo el que los dioses hayan entregado la ciudad y el Imperio a las hordas bárbaras. San Agustín exculpa al cristianismo de ese supuesto pecado. Analiza las verdaderas causas que incidentalmente elabora el concepto citado (*Civitas. Dei*, Libro 19).

Santo Tomás: "Derecho es la facultad de hacer o no hacer, de retener o exigir algo". Filósofo más que jurista, no confunde la moral con el Derecho, y acierta al concebir al Derecho como una facultad de la persona.

Domingo Soto: Se fija especialmente en el sentido etimológico "*jus*" haciendola derivar de tres posibles fuentes:

- *Iuxta*: lo que aunque no esté igual está junto
- *Iussum*: participio del verbo *iubeo* (mandar)
- *Jus*: Justicia

Su intento de buscar por la vía etimológica la posible definición del Derecho, aunque es un esfuerzo notable, no brinda una conclusión satisfactoria.

Karl Marx: "Es el simple reconocimiento oficial de un hecho económico". El preponderante aspecto económico que informa su concepto del Derecho es una conclusión de su tesis, materialismo histórico: plusvalía, lucha de clases, dictadura del proletariado, que serán analizadas con posterioridad en el tema titulado Estado y Derecho.

Stuchka: "Es el sistema de relaciones sociales que corresponde a los intereses de una clase, y defendida por fuerza organizada de esa clase".

Vishinsky: "El Derecho es la relación de los fenómenos económicos expresados a través de la lucha de clases". Los juristas soviéticos se apegan estrictamente al pensamiento de la ortodoxía marxista,

combinando la acentuación y el énfasis sobre el aspecto preponderantemente económico de la norma jurídica.

Hans Kelsen: "Derecho y Estado son una misma entidad".

En relación con este autor cuya doctrina ha adquirido tanta influencia en los últimos años, tendremos que analizar, muy brevemente:

- Antecedentes
- Definición del Derecho
- Proyección
- Problemática personal de Hans Kelsen

Antecedentes

Los autores que influyen principalmente en Kelsen, son: Kant, Cohen, Vaihinger, Gerber, Laband y Jellinek:

Manuel Kant. Idealismo

En la teoría del conocimiento, Kant estatuye un planteamiento y una solución totalmente opuestos al punto de vista tradicional. En efecto, ya no se trata de una adecuación de la mente a las cosas, sino de las cosas a la mente.

El filósofo alemán distingue entre la noción de *noumeno*, como cosa en sí misma, y fenómeno, como la cosa en relación con el entendimiento y producida en cierto modo por él; el *noumeno* no puede conocerse, el fenómeno sí.

Es importante hacer notar dos cosas para comprender el ulterior desarrollo de la teoría kantiana. La primera es que Kant no niega la existencia de la cosa en sí, sólo la declara incognocible. La segunda es que entre las doce categorías del entendimiento no figura la libertad, aunque si la causa. La noción de causa, colocada entre las categorías, es la que podemos descubrir entre los fenómenos de la naturaleza, tal como nos la proporcionan las ciencias fisicas, es decir, es la noción de una certeza que obra necesariamente y que es incompatible con la libertad.

Separación de la moral y el Derecho

En lo relativo a la moral, Kant la funda de una manera subjetiva y *a priori*, como ha procedido en la parte especulativa de su filosofía. El mandato moral es un imperativo categórico o juicio sintético *a priori*, que ordena o prohíbe una conducta y procede de nuestra razón autónoma, de tal modo que cada hombre es para sí mismo su propia ley. La esfera moral y jurídica no sólo se distinguen entre sí, sino que están separadas. Los preceptos jurídicos tienen su fundamento último en la legislación proveniente de una autoridad, provista de poder coercitivo, de tal manera que la coacción es una nota esencial del Derecho que lo distingue de la moral. Además, la ley jurídica sólo manda acciones externas, cuya legalidad se mide por la conformidad con la ley, sin tener en cuenta los motivos o intenciones del sujeto, es

decir, la ley jurídica no obliga en conciencia. Por último, el Derecho tiene como fin la libertad externa del hombre, que puede obtenerse con sus acciones exteriores.

La moral en cambio, procede del imperativo categórico fundado en la autonomía de la razón, manda acciones internas y externas, las que deben ser no sólo conformes con la ley, sino también cumplidas por veneración a ella y tiene como fin la libertad interior de la persona. Esta separación entre moral y Derecho permite que la ley moral y jurídica no se tengan en cuenta mutuamente, y que haya acciones jurídicas que son inmorales o viceversa.

El idealismo de Hermann Cohen

Otra doctrina, de la que Kelsen ha tomado algunas ideas es la del filósofo alemán-judío de la Escuela de Marburgo, Hermann Cohen. Este pensador sigue la misma doctrina que Kant, pero la lleva hasta sus últimas consecuencias y evita sus contradicciones. Según Cohen, el pensamiento produce totalmente su objeto, de modo que él no admite, como Kant, la existencia de una cosa en sí, independiente del pensar. El pensamiento, al irse desarrollando, va produciendo las cosas y no se da una distinción real entre el pensar y las cosas: el pensamiento es la realidad y la realidad es el pensamiento.

La teoría de la ficción de H. Vaihinger

Otro filósofo cuyas doctrinas son de tenerse en cuenta para la comprensión de la teoría kelseniana es al filósofo judío Vaihinger, autor de *La filosofía del como sí*.

El pensamiento humano, dice Vaihinger, contempla una multiplicidad enorme de fenómenos que se suceden unos a otros, a los que es necesario unificar por medio de ficciones o esquemas intelectuales para comprenderlos. El esquema es útil, en cuanto es un medio para entender un conjunto de fenómenos, pero el esquema es más que eso, es una ficción que puede producir muchas dificultades si la pensamos como una realidad diversa de los fenómenos que simboliza.

Estos conceptos no son sino etiquetas de que nos servimos para comprender las realidades: qué son el átomo y la materia, las acciones atribuídas a los hombres y los fenómenos todos del universo.

El derecho público positivo en C.F. von Gerber y Paul Laband

Carl Friedrich von Gerber y Paul Laband, tratadistas alemanes de derecho público de la segunda mitad del siglo XIX, concibieron preferentemente la teoría del Estado como ciencia del derecho público y al Estado como derecho público.

En el siglo pasado, el pensamiento teórico y práctico propugnaban una tajante separación entre sociedad y Estado, objeto de dos ciencias distintas, la social y la política.

La física social o sociología de Augusto Comte, dominada por el naturalismo a la sazón imperante, redujo el Estado a un proceso biológico-natural en que regían únicamente las leyes causales y donde no

tenían cabida las normas jurídicas, basadas en la libertad. Por otra parte, la ciencia política perdió todo contacto con la realidad; se perfiló cada vez más como teoría jurídica del Estado, es decir, ciencia del derecho público en la que es abandonado deliberadamente el hecho real del Estado al estudio de la sociología. Con estos antecedentes, el Estado fue objeto de dos ciencias distintas. El Estado como sociedad pertenecía a la sociología; y como conjunto de leyes que rigen la organización política de un pueblo, pertenecía a la teoría del derecho público.

La teoría dualista del Estado de J. Jellinek

La consideración del Estado como organización jurídico-política de un pueblo, dio lugar a la teoría del Estado como teoría del derecho público positivo. Por otro lado, en una dirección completamente independiente, se situaba la consideración sociológica del Estado como organismo natural. Así se creaban dos ciencias del Estado con direcciones paralelas, pero totalmente separadas una de otra.

En esa coyuntura histórica surge el pensamiento de Jellinek con la finalidad de unificar ese doble estudio y tratar de comprender al Estado en todas sus partes. El objeto Estado tiene dos caras o una doble faceta, cada una de las cuales origina respectivamente la teoría social y la teoría jurídica del Estado, pero éstas integradas en una teoría general del mismo. En otras palabras, un mismo objeto con dos puntos de observación es la materia sujeta a consideración de una sola ciencia, que subordina así a las otras dos.

La teoría social del Estado es una ciencia causal, explicativa de las relaciones naturales y que se desenvuelve en la esfera de la realidad o del ser. La sociología del Estado no descubre sino relaciones síquicas de dominio entre hombres que ocupan un lugar determinado en el espacio; de ahí la definición sociológica del Estado en Jellinek, como: "Una unidad de asociación dotada de un poder originario de dominio, y formada por hombres asentados en un territorio".

La teoría jurídica del Estado es una ciencia del deber ser, del valor, cuyo objeto son las normas jurídicas y que se sitúa en un plano superior al de los fenómenos naturales. El Estado como realidad natural de relaciones de dominio crea el deber ser o normas jurídicas, por las cuales se autolimita y pone una barrera jurídica a su poder. El conjunto de normas que sirven para limitar las relaciones de dominio entre los hombres es el estatus jurídico, materia propia de la teoría jurídica del Estado. La doble naturaleza del Estado, con su correspondiente concepción social y jurídica, debía conducir necesariamente a un doble método para poder abarcar al Estado en su totalidad: el método de las ciencias naturales y el de las normativas.

Definición del Derecho. De acuerdo con esos antecedentes, Kelsen define el Derecho diciendo: El Derecho es un orden coactivo, constituido por un conjunto de normas jurídicas, cada una de las cuales debe ostentar la nota de coactividad que se atribuye al Derecho en general.

Proyección. La definición de Kelsen se proyecta hasta llegar a una identificación completa entre Estado y Derecho, lo cual constituye

también la problemática intelectual del autor, ya que el Estado nazi, sin confesarlo, utilizó esa idea de Kelsen para justificar su totalitarismo y la subsiguiente persecución de los judíos.

Definición propuesta

Pero, ¿cuáles deben ser las características de la definición?

Deben ser tres:

- Una definición sintética, no prolija y detallada, que nos llevaría a la consideración de todas las ramas del Derecho
- No puede ser lograda por inducción experimental
- Debe ser esencial

Los elementos que debe reunir la definición del Derecho son:

- Un conjunto de normas
- Normas que traducen un ideal de justicia
- Unas normas que sean forma de vida social. (*Ubi homo ibi societas*; *ubi societas ibi jus*; *ubi homo ibi jus*).
- Normas que delimiten la esfera de lo lícito y lo obligatorio

- Normas que deben ser jurídica y judicialmente aplicadas

Esa definición podría redactarse así: "Es una forma de vida social que busca realizar la justicia y que delimita las esferas de lo lícito y de lo obligatorio mediante un sistema de legalidad".

Definiciones de derecho objetivo y subjetivo

La definición adoptada, que reúne los requisitos señalados, se refiere más bien al derecho objetivo. Esto es, al Derecho considerado en sí mismo. Desde luego, esto nos hace suponer la existencia de otro Derecho distinto: éste es el derecho subjetivo. Este último, para imaginarlo, necesita de un individuo que lo desarrolle, es un Derecho de alguien, de una persona. El derecho subjetivo lo definiremos como: "La facultad individual de hacer o no hacer, o bien de exigir algo".

Elementos del derecho subjetivo

El derecho subjetivo tiene 4 elementos:

- Sujeto. Es la persona que posee el Derecho

- Término. Es el sujeto obligado a hacer o no ejecutar un acto. (No confundir con el término en Derecho Civil como modalidad de los actos jurídicos, razón por la cual se propone utilizar las siguientes expresiones: sujeto activo para el sujeto propiamente dicho y sujeto pasivo para el término)

- Materia. Es todo aquello sobre lo que puede recaer el Derecho mismo

- Título. Es el fundamento remoto o próximo sobre el cual descansa el Derecho

Ejemplo: arrendamiento:

- Sujeto activo: arrendador

- Sujeto pasivo: arrendatario

- Materia: inmueble

- Título: Contrato

Tema 6

Moral y Derecho

El problema de las relaciones entre la moral y el Derecho es extremadamente agudo. De esta manera primaria puede decirse que existen básicamente cuatro corrientes: la que niega toda relación posible entre la moral y el Derecho; la que supedita el Derecho a la moral, la que incluye al Derecho dentro de la moral, y la que confunde la moral con el Derecho. El esquema aquí expresado resulta muy simplista, pero en términos generales puede dar una idea general de la dificultad que se ha de resolver.

La Escuela iuspositivista señala cuatro notas atribuibles al Derecho, por oposición a otras notas teóricamente diferentes y contrapuestas atribuibles a la moral. Así, se dice por el iuspositivista que el Derecho es coercible y la moral incoercible; que el Derecho es bilateral y la moral unilateral; que el Derecho se refiere a la exterioridad

y la moral a la interioridad; y, finalmente, que el Derecho es heterónomo y la moral es autónoma.

Esta opinión, en sentido estricto, es totalmente anticientífica, ya que con toda anticipación está estableciendo lo que debería ser una conclusión. Efectivamente, el problema consiste en saber cuáles son las relaciones entre la moral y el Derecho. Si previamente se establecen cuatro diferencias radicales y esenciales, el problema se está resolviendo, sin ni siquiera haberlo planteado con verdadero rigor académico.

Así pues, hay que plantear correctamente y revaluar a fondo esas supuestas notas diferenciales que se atribuyen a la moral y al Derecho.

Coercibilidad e incoercibilidad

La pregunta planteada, por ende, pendiente de solución, es la siguiente: ¿Es la coacción elemento esencial del Derecho?

Iniciemos el trazado con los conceptos más precisos posibles sobre estos tres términos: derecho, coacción y esencia.

Derecho es la facultad de hacer o de no hacer, de retener o exigir algo.

Esencia es la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable en ellas, lo que hace que un ser sea precisamente ése ser y no otro.

Coacción es el empleo racional de la fuerza física para asegurar la inviolabilidad del Derecho.

Pero la coacción jurídica puede tomarse en dos sentidos: uno actual y otro potencial.

1. La coacción, tomada en sentido actual, se identifica con el empleo que se hace *hic et nunc* (aquí y ahora) de la fuerza física, ya para evitar que el Derecho sea violado, ya para que si lo ha sido se exija al violador las debidas reparaciones; o también para restablecer, por la aplicación de penas justas y proporcionadas, el recto orden social perturbado por la violación del Derecho. Según se dé el primero, el segundo, o ambos presupuestos, obtendremos el fin privado o el fin público de la pena.

2. La coacción jurídica, tomada en sentido potencial, es la facultad que asiste al Estado por regla general, y en ocasiones a los mismos individuos, sujetos o titulares del Derecho, para emplear la fuerza física en el logro de los fines antes especificados.

Para seguir un órden lógico en nuestra exposición hemos querido reunirla en un antecedente histórico, tres tesis y una conclusión que se desprende de ellas.

El antecedente histórico, por fuerza, debe ser muy conciso.

Los jurisconsultos romanos pecan de identificación absoluta entre moral y Derecho en cualquiera de sus dos clásicas definiciones: para

Celso, el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo; para Ulpiano, los preceptos del Derecho tienen una triple manifestación: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada quien lo que es suyo.

Las dos normas —la jurídica y la moral— aparecen entrelazadas, y su separación es prácticamente imposible.

Este concepto informa las múltiples definiciones que van surgiendo durante largos siglos.

Corresponde a Christian Thomasius, es su obra *Fundamento Juris Naturae et Gentium*, la tesis de separar irreductible y completamente el orden jurídico y el orden moral, distinguiendo tres nociones: el *instum*; el *bonum honestum* y el *bonum morale*.

El Derecho cae, según el maestro de Leipzig fuera del *bonum honestum* y del *bonum morale*; no existe relación alguna entre el Derecho y la moral.

La tesis de Thomasius, lanzada a principios del siglo XVIII, la hace suya, con gran aparato científico, Immanuel Kant. Se empieza a hablar de las supuestas notas que caracterizan al Derecho y a la moral... interioridad y exterioridad... coercibilidad e incoercibilidad... autonomía y heteronomía... unilateralidad, bilateralidad.

Sin embargo, la idea preponderante tanto en Thomasius como en Kant es muy lacónica: la coacción es parte esencial del Derecho.

En épocas mucho más recientes, Von Ihering acentúa aun más el carácter esencial de la coacción en el derecho, cuando escribe: "El Derecho es el conjunto de normas coercitivas y coactivas vigentes en un Estado". Para entonces nadie destruiría ese dogma. La frase, acuñada como moneda, circulaba de mano en mano.

Y en nuestros días, ese gran talento que es Hans Kelsen no ha podido retraerse a la influencia del filósofo de Könisgberg, y ha expresado en el capítulo III de su *Teoría General del Estado*, para sorpresa de muchos que aún no le conocían a fondo que: "Si el Derecho es un orden jurídico, cada norma es coactiva. Su esencia es ser coactiva".

Llegamos así a la afirmación más radical. Thomasius y Kant están amplificados, como un gigantesco pantógrafo, en el pensamiento de una de las más brillantes inteligencias del campo del Derecho. Con tales antecedentes históricos resulta harto difícil enjuiciar y valorar una sentencia que ha sido usada como verdad incontrovertible.

Tesis primera

Todo Derecho es coactivo, pero sólo en sentido potencial

En esta tesis pretendemos probar que la noción del Derecho produce necesariamente el concepto de coacción jurídica, pero no en su alcance esencial, sino en sentido potencial.

Para prevenir malas interpretaciones conviene advertir ya desde ahora que la cantidad o extensión del sujeto de la tesis —todo Derecho—

es universal, sólo con la universalidad que los dialécticos acostumbran llamar de orden moral. Hemos creído hacer necesaria esta salvedad porque existen derechos que a pesar de ser verdaderos y estrictos no se pueden afirmar que sean coactivos, esto es, en la significación que acabamos de dar a tal término. Nos referimos, por ejemplo, al derecho que tiene todo hombre para que nadie juzgue mal de él temerariamente, sin fundamento sólido y bastante para ello.

Hecha esta salvedad pasemos a demostrar la tesis.

El Derecho se encamina, por virtud de su naturaleza, a asegurar el ejercicio legítimo de la libertad e independencia de los individuos, de las familias y de las varias asociaciones infraestatales e infrasoberanas que viven y actúan en el seno de la comunidad política.

Corresponde al Derecho —atendidos su naturaleza y sus fines— el poder suficiente para hacerlo respetar.

Ahora bien, presupuestos también el modo de obrar de los hombres (especialmente de aquellos que tienen cifrada su confianza en la superioridad de los medios materiales y físicos), el respeto de los derechos ajenos no se vería suficientemente garantizado sin el poder para emplear razonablemente la fuerza física bastante para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones.

Luego de la noción del Derecho fluye necesariamente el concepto de coacción jurídica, por lo menos en su sentido potencial.

De la argumentación que precede se colige con toda claridad que la coacción jurídica, considerada potencialmente, es al menos propiedad natural del Derecho.

Pero a la Filosofía del Derecho le interesa algo más.

¿Puede sostenerse que la coacción jurídica, no en cuanto potencia sino próxima y actual, constituya parte esencial del Derecho, a la manera como el cuerpo y el alma son partes esenciales del compuesto humano?

Precisamente con un criterio más humanista se buscan otras soluciones menos radicales. Porque el hombre es una criatura demasiado compleja, por mucho que quisiéramos simplificar sus múltiples aspectos, siempre quedarían perdidas un sinfín de sugerencias que únicamente en labor de muchos años de cátedra pueden tener comentario.

Principalmente por la rebeldía de los jurístas contra el dogmatismo jurídico que nos mantenía divididos en dos esferas, ilógicas e inhumanas: el mundo moral y el mundo jurídico.

Jellinek, profesor en las Universidades de Viena, Basilea y Heidelberg, no dudó en afirmar: "El Derecho y la coacción jurídica son términos distintos, por tanto es falsa la identificación esencial entre Derecho y coacción, los autores ya no creen esa falsa sentencia, y tal doctrina difícilmente se puede sostener con razones sólidas y fundadas en nuestros días".

Carnelutti se ha expresado así:

> La fuerza de la coacción es ciega y no sólo el verdugo sino también el juez son fuerzas desencadenadas. Contener estas fuerzas en el ámbito de la justicia es el insoluble problema. Por esta necesidad han de pasar aquellos científicos del Derecho para destruir aquella tonta idolatría que también a mí me fue inspirada en los bancos de la escuela, hasta parecerme que el Derecho y la coacción se identificaban y eran un solo fin, un infalible fin.

Con estos antecedentes entremos a la segunda tesis.

Tesis segunda

La coacción jurídica, en sentido activo, no constituye parte esencial del derecho

Para refutar la tesis de Thomasius, Kant y von Ihering, podríamos esgrimir dos argumentos:

Primer argumento. El Derecho implica un poder esencialmente moral, no meramente físico. En virtud de su misma esencia, el Derecho se distingue del poder físico y material.

Ahora bien, si la inviolabilidad, elemento esencial del Derecho, se hiciera consistir como pretenden Kant, von Ihering o en nuestros días Kelsen, en la potencia física y material —(*hic et nunc)*— la misión del Derecho vendría a confundirse lastimosamente con la noción de un poder meramente físico y material.

Es necesario sostener que el Derecho es verdadero y estricto Derecho aun cuando eventualmente no se halle respaldado por ninguna coacción que pueda ser ejercida, *hic et nunc*, por los poderes públicos o por los particulares.

Esto equivale a afirmar que la coacción jurídica no constituye parte esencial del Derecho. Bastará con probar la proposición menor, ya que las demás proposiciones son evidentes.

El poder, la coacción, cuyo ejercicio y esencia dependen de algo físico y material, puede y debe llamarse con toda razón poder puramente físico y material.

Luego, si quisiéramos sustentar la tesis que combatimos, deberíamos aceptar que la coacción física y material es elemento esencial del Derecho, y estaríamos introduciendo conceptos físicos y materiales en algo que —como el Derecho— por esencia, no es ni físico ni material.

El Derecho se nos transformaría de un poder moral, en un poder de fuerza.

Segundo argumento: Dos ejemplos serán más que suficientes para ver el absurdo que implica la tesis kantiana, defendida modernamente por von Ihering y Kelsen.

Supongamos que un transeúnte pacífico es sorprendido por unos asaltantes, quienes lo despojan de todas sus pertenencias porque no

le es posible "aquí y ahora" defenderse por medio del recurso de la fuerza, ni mucho menos aplicar sanción alguna.

Supongamos asimismo, que una nación no puede, por determinadas circunstancias, defender su soberanía e independencia política en una franja de su territorio, sobre el cual —inclusive— existe un fallo internacional.

Tanto en el primer caso, como en el segundo, si aplicamos la doctrina de las coactividad como elemento esencial del Derecho, resultaría que ni el transeúnte tenía derecho al dinero que llevaba ni la nación de exigir su territorio.

¿Si no es posible la aplicación de ninguna coacción —que es elemento esencial del Derecho— no existe, por ende, ningún Derecho?

A este absurdo, como ha señalado Radbruch en frase que citaremos más adelante, llegaríamos en caso de adoptar la tesis que impugnamos.

No hace falta ser estudiante de Derecho para resistirnos a aceptar consecuencias tan absurdas, ya que estaríamos proclamando el principio bárbaro, inverosímil, retardatario, de que el Derecho, para existir, requiere esencialmente la existencia de la fuerza.

Se preguntará cuál es el sujeto en quien reside la facultad de emplear la fuerza física como medio de garantizar y hacer efectiva la inviolabilidad del Derecho.

Para responder conviene distinguir entre la facultad, considerada en sí misma, y el ejercicio de dicha facultad.

La facultad corresponde de suyo y en primer lugar al sujeto activo del Derecho, de cuya seguridad se trata, y a los otros sólo de manera secundaria.

Para el ejercicio de esa facultad compete, en circunstancias normales, a las autoridades estatales, pues de lo contrario (dada la facilidad con que los hombres, aun los más probos y honrados, se suelen alucinar en causa propia) el orden público se vería no pocas veces gravemente perturbado.

Que el ejercicio de la facultad es distinto de la facultad misma. Uno es el derecho subjetivo, predicable y atribuible a cada individuo, y otro el derecho objetivo, norma abstracta. No es que existan dos derechos, sino uno sólo pero con diferentes puntos de vista. Un solo Derecho con diversas perspectivas.

Para Federico Julio Stahl, el sujeto o titular de la coacción jurídica no es el individuo en sí, sino el pueblo mismo, considerado en su unidad; por consiguiente, sólo el Estado viene a ser el único sujeto posible de la coacción, nunca los particulares.

No quiero insistir en hacer notar las extrañas consecuencias a que conduciría este sistema, ya que en su virtud, el que es atacado de súbito no podría defenderse lícitamente, ni en su vida ni en sus

bienes, recurriendo a la fuerza física o material, si no ha recibido de antemano autorización formal y expresa de los poderes públicos. Por lo demás, el concepto de Stahl sobre el aspecto coercitivo del Derecho lo contempló en su tiempo, captándolo y refutándolo espléndidamente con avasallante elocuencia Marco Tulio Cicerón, en el capítulo IV de su célebre discurso *Pro Tito Annio Milone*. Tan genial anticipo, tan clara perspectiva, nos excluye de incurrir en una tautología de argumentos.

Tesis tercera

La separación omnímoda y absoluta entre orden jurídico y orden moral es inadmisible

La separación tajante propuesta por Thomasius, aceptada y difundida por Kant, enseñada durante muchos años, defendida más por inercia que por convicción, ha empezado a ser discutida. La crítica de Jellinek abrió la brecha.

No pretendemos decir, entiéndase bien, que el orden jurídico está supeditado al moral, o que los órdenes moral y jurídico se confunden entre sí.

Sostenemos que no se observa entre ambos aquella separación absoluta e irreductible que se pretendió establecer.

Determinemos y aclaremos un poco más este pensamiento. Todo deber jurídico basado en la ley de la naturaleza es moral, porque

quien no lo cumple ejecuta un acto contrario a la naturaleza racional del hombre, y quien lo cumple realiza un acto conforme a tales exigencias. Mas no todo deber moral es deber jurídico.

A mayor abundamiento, recordemos que el Derecho se puede tomar en dos sentidos: subjetivo y objetivo.

Ahora bien, el derecho objetivo —ordenación de la razón para el bien común establecida por quien tiene a su cuidado la comunidad y promulgada debidamente— o el derecho subjetivo —poder moral e inviolable, sancionado por la ley para hacer o no hacer, exigir o retener algo— tiene relación con el orden moral.

Gustav Radbruch, en su introducción a la *Filosofía del Derecho*, ha analizado aquellas tradicionales diferencias que se establecían como criterios separatistas entre la moral y el Derecho. Y hay que reconocer —despasionadamente— que Radbruch ha triturado tales diferencias.

Se nos hablaba de que la moral es interna y el Derecho externo... y Radbruch replica: "Es evidente que el Derecho trasciende también a la vida interior del hombre". Y era lógico suponerlo: todo acto externo fue inicialmente, primordialmente, un acto interno.

Se nos habla de que el Derecho se satisface con el cumplimiento puramente externo de la legalidad; Radbruch contesta: "Esto no puede

ser la esencia del Derecho, porque el orden jurídico no renuncia a exigir y alentar las intenciones jurídicas, es decir, intenciones morales".

Se nos habla de que el Derecho es heterónomo, por oposición a la moral que era autónoma, y Radbruch arguye:

> Una obligación heterónoma es una contradicción lógica, pues no es la norma externa, como tal, la que puede obligarnos, sino solamente la aceptación de la norma por nuestra conciencia. La obligatoriedad del Derecho, su validez, descansa en último término sobre el deber moral. Si el Derecho no puede realizar la moral, sí puede hacerla posible. Hacer posible la moral constituye la meta del orden jurídico.

Sir Gavrilovich Vinogradoff, el eminente jurista nacido en 1854 en Kostroma, cerca de Moscú, catedrático de Oxford, muerto en París en 1925, dejó escrita una página que no resisto en releer:

> Es notable la íntima relación entre las nociones morales y jurídicas. No se debe al azar el hecho de que en todos los idiomas europeos, con excepción del inglés, coinciden los términos que expresan las ideas del derecho subjetivo y objetivo: *ius*, *recht*, *droit*, *diritto*, *derecho*, *pravo*, significan, por una parte, el orden jurídico, la norma jurídica general, la noción de justicia, y por la otra, el derecho concreto esgrimido por una persona frente a otra, el Derecho no puede divorciarse de la moral.

Podría creerse que la tradicional Inglaterra, la sistematizada Alemania, Francia, campeona de las libertades, se rebelaban contra las tesis jurídicas de Thomasius y Kant como una explicación acorde con sus características como naciones. Pero no han sido los únicos países

europeos cuyos jurisconsultos rompen el cerco formalista. La propia Rusia Soviética no ha dudado en hacerlo.

Golunskii y Strogovich, en su teoría del Estado y del Derecho, publicados en Moscú en 1940 por la Universidad Moscovita en su sección editorial de lenguas extranjeras, han dicho: "El vínculo entre la moral y el Derecho es muy estrecho".

¿No es de llamar la atención que en el Estado más absorbente que jamás conoció la humanidad se perfile la relación entre moral y Derecho con tales expresiones?

Convendría decir, por vía aclaratoria, que los autores soviéticos que antes he citado difieren de los autores burgueses en que estos últimos dan por sentado que el capitalismo es moral y el socialismo inmoral, en tanto que Golunskii y Strogovich creen que el socialismo es moral y el capitalismo inmoral.

Las consecuencias de aceptar una división absoluta entre moral y Derecho serían prácticamente insospechadas.

I. La normatividad jurídica —como han dicho los autores que me he permitido citar— desaparecería.

II. El hombre, no pudiendo escindirse antinómicamente, en "hombre jurídico" y "hombre moral" tendría que buscar una dificilísima postura unitaria.

Adviértase que al hablar de relaciones entre moral y Derecho no estamos introduciendo un elemento perturbador de inseguridad jurídica en las decisiones judiciales, ni siquiera en la función de interpretación y aplicación del Derecho. El juez, en tanto juez, ha de aplicar el Derecho en función de su propio sentido; pero si humanamente, moralmente, le repugna la aplicación de una norma moral, entonces la solución no es aplicar una norma distinta, ni abstenerse de juzgar, ni inventar una norma más de acuerdo con la moral... sino la renuncia al cargo. Sólo un hombre íntegro conserva esta suprema libertad frente al Derecho. Y para ser francos, aceptemos que de ellos tenemos menester en las funciones judiciales del Estado mexicano. Preexisten, por tanto, las relaciones entre Derecho y Moral. El Derecho descansa en la moral, considerada ésta como suprema norma de conducta. La moral descansa en el Derecho, como un sistema normativo que representa un punto de vista sobre la conducta humana lógicamente distinta del Derecho.

No se confunden, no se invaden. Simplemente se armonizan.

En efecto, el valor del Derecho es inferior al valor moral; pero porque es inferior en el orden de los valores, resulta fundamental o fundante en el orden ontológico.

Axiológicamante —estudio de los valores— la moral es superior al Derecho. Ontológicamente —estudio de los seres— el Derecho es básico fundamento de la moral.

No se trata de dos círculos concéntricos, ni de dos círculos coincidentes, se trata de dos valores, dos entes cuyas relaciones están debatiendo los jurisconsultos de todos los países, superando la añeja y separatista escisión.

Hasta ahora hemos planteado el problema, precisando lo que entendíamos por coacción jurídica, tanto en sentido activo —*hic et nunc*— como en sentido potencial. Este planteamiento lo desarrollamos en tres tesis que podríamos sintetizar de la siguiente forma:

- Todo Derecho es coactivo, pero sólo en sentido potencial.

- La coacción jurídica en sentido activo, no constituye parte esencial del Derecho.

- La separación omnímoda y absoluta entre el orden jurídico y el orden moral es inadmisible.

Se impone ya la elaboración de una conclusión.

El Derecho varía, no es torre de marfil para la tranquila investigación, ni tampoco laboratorio aséptico, como desearía Kelsen, donde la norma pura ignorase o fingiese ignorar las realidades humanas. El Derecho se injerta, por lo contrario, en la problemática del hombre.

Mientras el mundo de la naturaleza está creado de una vez para siempre, variando solamente sus apariencias, el Derecho es recreado por el hombre.

Ya lo decía uno de los maestros de la Escuela Libre de Derecho —escuela nuestra—, el licenciado Jerónimo Díaz, cuando al inaugurarse los cursos en el año de 1938 pronunciaba estas palabras: "La ciencia vive en continua rectificación; lo que ayer se consideraba como verdad axiomática hoy se considera absurdo".

La crisis seccionista defendida por Thomasius y Kant, ampliada por Kelsen, había sido impugnada desde antes de la II Guerra Mundial. Muchos fueron —sólo hemos citado unos cuantos— los jurisconsultos que se opusieron a la división absoluta entre moral y Derecho. Y al hacerlo, fueron abriendo la puerta para una sencilla y lacónica afirmación, que se deriva lógicamente de sus reflexiones: la coacción no es elemento esencial del Derecho.

La visión unitaria —pero no absorbente— se iba imponiendo.

La Escuela de Viena ya empezaba a ser discutida.

Ciertamente ninguno de nosotros podrá negar el fenómeno: Europa entera reaccionaba contra la tesis que en línea recta va de Thomasius a Kant y Kelsen.

Del Vecchio, Jellinek, Carnelutti, Radbruch, Vinogradoff, Golunskii, Strogovich, Legaz-Lacambra, pugnan por una tesis unitaria, y todos coinciden en que la coacción no es elemento esencial del Derecho.

Si la ciencia vive en perpetua rectificación, la Escuela Libre de Derecho no puede permanecer al márgen de tales avances, cambios y evoluciones, por angustiosas y apremiantes que sean tales variaciones.

No es concebible enseñar a las generaciones que se suceden en las aulas, la ciencia del Derecho, sin que cada vez se eleve a grados de rigurosa perfección moral la personalidad de cada alumno, infundiéndole conciencia plena de su responsabilidad.

En contra de la tesis de Kant y Kelsen no he citado a ningún teólogo, a ningún escolástico, nadie que pudiera juzgar con sombra de aparente prejuicio las doctrinas controvertidas. Las fuentes han sido únicas y exclusivamente jurisconsultos de nuestra época. Nada de tradicionalismos ofuscados o regresiones al pasado por el hecho escueto de ser el pasado.

He aquí, por tanto, nuestra conclusión: presuponemos —como ya quedó probado— la existencia de una coacción actual y de una coacción potencial.

1. La palabra coacción, en sentido actual, significa el hecho cumplido de la aplicación de la fuerza. Evidentemente hay muchísimos casos en que la coacción actual es imposible, o en que inclusive se renuncia voluntariamente a su aplicación.

Si no es posible la coacción, o si es renunciable, ya no es elemento esencial del Derecho.

2. Si la coacción no acompaña siempre al Derecho, hablar de Derecho coactivo no es un juicio analítico *a priori*, sino un juicio sintético *a posteriori*, extraído de la experiencia, pero que puede ser desmentido por otras experiencias.

3. Si la coacción en sentido actual no es elemento esencial del Derecho, sólo lo es la coacción en sentido potencial. Para diferenciar con una sola palabra ambos tipos de coacciones, designemos con el nombre de coacción propiamente dicha a la coacción actual, y coactividad a la coacción en potencia.

4. Atendiendo a lo anterior, concluimos que la coacción no es esencial al Derecho; sólo lo es la coactividad.

Y es que el Derecho tiene tan alta calidad ontológica que no requiere, de suyo, ni ha menester, de la coacción actual como elemento esencial.

Al suprimir la coacción como elemento esencial de la norma, no menguamos, en un ápice, la calidad ontológica del Derecho; a la inversa, lo concebimos y sabemos más vigoroso que Thomasius... más humano que Kant... inclusive más puro que el propio Kelsen.

Unilateralidad y bilateralidad

Acto unilateral es el acto jurídico para cuya eficacia resulta suficiente la manifestación de voluntad en una sola parte, como la oferta de

contrato (1804-1808, Código Civil), la revocación del mandato (2595, Fr. I; 2596, Código Civil), o el testamento (1295-1296, Código Civil). Es acto bilateral aquel para cuya eficacia se requiere la concurrencia en las manifestaciones de voluntad de dos o más partes, como son el convenio y el contrato (1792-1793, Código Civil).

En este sentido, todos los contratos son necesariamente, y en forma invariable, bilaterales. Sin embargo, se habla de contratos unilaterales y de contratos bilaterales. El convenio es unilateral cuando sólo uno de los contratantes se obliga a favor de otro, sin que este quede obligado con el primero (1835, Código Civil), como acontece con la donación pura y sin cargas (2332, 2335-2337, Código Civil). El contrato es bilateral cuando ambas partes se obligan recíprocamente (1836), como en la compraventa (2248), el arrendamiento (2398) o la prestación de servicios profesionales (2606-2615).

La donación es bilateral en el primer sentido (2340, Código Civil), como todos los contratos, pero es unilateral en el segundo sentido.

Cuando se habla de la bilateralidad del Derecho, se toma este concepto con otro significado. Hay tres especies de deberes morales:

- Deberes del hombre hacia sí mismo;
- Los que tiene el hombre respecto de Dios, y
- Los deberes hacia los demás hombres.

Los deberes exclusivos y específicos de la moral son los designados con las letras (a) y (b). Quizás sólo indirectamente podrían estos deberes, en algunas ocasiones, quedar excepcionalmente sujetos a regulación jurídica. El problema de la distinción entre la moral y el Derecho se plantea en lo que atañe a los deberes comprendidos en la letra (c). Puede acontecer que estos últimos sean puramente morales o que sean exclusivamente jurídicos, o, por último, que tengan carácter simultáneamente ético y jurídico.

Los deberes sólo morales —los que en ningún sentido son jurídicos— se imponen "respecto de", "acerca de", nuestros semejantes, pero no son, en su acepción propia y rigurosa, deberes en favor de los demás hombres. Estos son los posibles beneficiarios del cumplimiento del deber, pero no están facultados, no tienen un Derecho contrapuesto a la obligación. Si estoy obligado a dar el manto (San Mateo, V, 40) no existe, en cambio, Derecho de exigirme la entrega de esa ropa, y nadie tiene Derecho de dar un bofetón (Mateo, V, 39). La norma moral es puramente imperativa: establece un deber de A respecto de B, pero no le atribuye a éste ninguna facultad, ninguna posibilidad de reclamar o de exigir. La norma jurídica es imperativo-atributiva. El deber puramente moral es sólo deber; el deber jurídico es, además, una deuda.

La moral es unilateral; el Derecho es bilateral o, como dicen los escolásticos, alteritario (*alter*=otro). También se habla de que la norma jurídica es exigible, pero no debemos confundir la exigibilidad, en este sentido con la coercibilidad.

Interioridad y exterioridad

La moral se refiere a lo interno del hombre, al aspecto psíquico de su conducta (fin, propósito, motivo, intención). Pero no es verdad que a la moral sólo le preocupa la intención. Cierto que las manifestaciones más elevadas de la ética (la cristiana, por ejemplo) hacen hincapié en la sinceridad y la pureza de la intención (I Epístola de San Juan III, 14 y 15; Mateo, V, 21 y siguientes: 27-28; VI, 1-6 y 16-18). Se ha exagerado esta orientación, diciendose que una acción es valiosa únicamente si, además de obrarse por deber, se realiza el acto precisamente por respeto al deber. Afirma Kant que la legislación que no hace que la norma entre en el motivo (y que, por tanto, permite un motivo distinto de la idea misma del deber) es la legislación jurídica, mientras que la que de un cierto acto hace un deber y, a un mismo tiempo, postula este deber por motivo del acto, es la legislación moral.

Principios metafísicos del Derecho

La "buena voluntad" kantiana no es, por sí misma, condición suficiente, ni es siempre requisito necesario para la moralidad del acto. También tiene importancia, aunque indirecta o secundaria, la obra externa, el resultado. Si yo obro conforme a la norma, mi acto es moralmente valioso, siempre que no me determine por otros motivos innobles o puramente egoístas, y aunque la idea sea la misma del deber ni sea el único ni el principal motivo de mi conducta. No sólo debemos tener buena intención, sino que hemos de vigilar la proyección social de nuestra conducta, "El escándalo": (No hay que

hacer, salvo en ciertas situaciones excepcionales, cosas buenas que parezcan malas). No hemos de realizar actos, aunque tengamos buenas intenciones, si con ellos se establece un peligro próximo, y sumamente probable, para un comportamiento indebido de nuestro prójimo. "El camino del infierno está empedrado de buenas intenciones".

El hábito valioso se llama virtud. Quien es virtuoso, porque ha adquirido un hábito moralmente bueno, obra en forma loable desde el punto de vista ético, sin necesidad de una especial reflexión, expresa o premeditada, frente a la idea pura del deber. Por ellos, la educación moral consiste en: 1) Conocer el contenido de las normas morales; 2) Crear, conservar y fomentar en sí mismo, una conciencia recta, y 3) Adquirir y robustecer los hábitos virtuosos.

La moral es principalmente, pero no de modo exclusivo, interna. El Derecho es de manera predominante, pero no exclusivamente, externo. En ciertos casos, es decisivo determinar el propósito o la intención. La prescripción positiva y la adquisición de los frutos por el poseedor se regulan diversamente, según haya buena o mala fe (806-815; 897-906, 1152, I y II, Código Civil) Nadie es responsable del caso fortuito* (211 Civ.; 316, III, Trab.) El patrón no es responsable de los accidentes si el trabajador se los causó en forma voluntaria, y no por descuido o imprudencia (1937 Civ.; 316, II, 317, III, Trab.).

---

* Civ: Código Civil
Trab: Ley Federal del Trabajo
Penal: Código Penal

Un acto que, de ordinario, cabe dentro del ámbito de un derecho subjetivo, si no le da ninguna utilidad al titular, y sólo se realizó a fin de causar daño a un tercero, es ilícito, y entraña el "abuso del Derecho" (840 y 1912 Civ.). Se distingue entre el delito voluntario o intencional y el que se comete por imprudencia (8/o, I y II: 60-62, Penal). Se toman en cuenta los motivos, para imponer la sanción, así como el conocimiento o la ignorancia del delincuente (52, 2, 323, 53, 15, IV, Penal)

Autonomía y heteronomía

Autonomía significa autolegislación, ley creada por la misma persona que debe acatarla. Heteronomía quiere decir ley de otro, ley ajena. Se dice que la moral es y tiene que ser, autónoma. Una persona no puede someterse sino a las leyes que ella misma se haya dado (Kant). Sólo es moralmente valiosa la conducta autónoma: la del sujeto que obedece las leyes que él mismo ha promulgado.

Es inadmisible la doctrina kantiana de la autonomía. El imperativo categórico (norma suprema de la moral) se enuncia diciendo: "Obra siempre conforme a una máxima tal que puedas querer que se proclame como ley universal"; "obra de tal modo que tu voluntad pueda siempre, a un mismo tiempo, valer como principio legislador universal". La moral debe ser autónoma de modo absoluto e incondicional, pero Kant exige a la vez que tenga valor objetivo.

Si pretendo apegar mis actos a un catálogo de mandamientos que yo mismo haya formulado, se plantean dos posibilidades:

- O elaboro mi sistema moral con arreglo a un criterio subjetivo, de acuerdo con mis gustos, mis caprichos, etcétera; mi moral será autónoma, pero no será en verdad moral.

- Si elaboro mi sistema moral con arreglo a un criterio objetivo, de validez universal, independientemente de mis aficiones, gustos, caprichos, etcétera; será verdaderamente moral, pero no autónoma.

Un sistema moral que pretenda ser autónoma carecerá, en todos los casos de la nota de la objetividad, es decir, de la validez universal y muy frecuentemente carecerá de elevación y de nobleza, pues la moral exige renunciación, sacrificios, limitación de los deseos del individuo, etcétera.

El legislador autónomo podría anular o suprimir la ley que hubiera formulado. Si ésta depende sólo de la voluntad del autolegislador, tiene facultad para revocar la norma que ha dado, pero entonces caemos en el subjetivismo y en la más completa arbitrariedad. Y si se dice que el legislador no puede revocar su ley, entonces se reconoce que ésta vale por sí misma. Son contradictorias las notas que exige Kant simultáneamente de la norma moral: que sea autónoma y que tenga validez objetiva y universal.

El hombre no crea ni promulga las normas, sino que se limita a reconocer la existencia y validez de tales normas. La moral se heterónoma. No se funda en la voluntad humana. Se funda en la naturaleza

del hombre: en sus necesidades y posibilidades, y en sus tendencias que lo mueven a desenvolver su personalidad y a realizar su destino. En última instancia, la moral se funda en la ley eterna, que se identifica con la razón divina.

Si la moral es radicalmente heterónoma, debemos admitir, en cambio, una parcial y relativa autonomía de la conducta moral. El individuo no es autolegislador, pero sí es su propio juez. Aunque la existencia y el contenido de la ley moral no dependen del hombre, sí debemos admitir que de la conciencia de éste depende fijar con exactitud, los limites de aplicabilidad de la ley. En muchos supuestos sólo el propio individuo que ha de actuar conoce con exactitud las múltiples, concretas, complejas circunstancias a que está subordinada, en el caso especial, la aplicabilidad de la ley moral, que es la norma remota de la conducta; la norma próxima es la conciencia. La ley moral no es conocida por el hombre de modo perfecto, completo y minucioso, sino que entre la ley y la conducta se interpone la conciencia. Para que el individuo tenga un comportamiento adecuado a su naturaleza racional se requiere, como ya dijimos, que además de conocer e interpretar con exactitud en su contenido y finalidad las normas morales, cree en sí hábitos valiosos y se forme conciencia recta, la cual, por serlo, no será una conciencia escrupulosa ni menos aun será una conciencia laxa, es decir, que fácil o frecuentemente se inclina a buscar y encontrar atenuantes, o aun excusas, para la conducta reprobable.

La moral es radicalmente heterónoma (aunque con un márgen de parcial y relativa autonomía); el Derecho es heterónomo en mayor

grado. Sin embargo se manifiesta, en algunos sectores de lo jurídico, cierta tendencia hacia la autonomía. Cuando no existe previamente la obligación de contratar, la obligación nacida del contrato es en cierto modo autónoma. Lo mismo ocurre en las decisiones unánimes que asuman, a cargo de sí mismos, los miembros del consejo de administración de una sociedad. Mientras más frecuente y directa sea la intervención del pueblo en la cosa pública, y más alta sea la mayoría que se exija para las decisiones, el orden jurídico se orientará más intensamente hacia la autonomía. La costumbre, como fuente del Derecho, satisface en alguna medida esa tendencia hacia la autonomía en el campo jurídico.

Relaciones entre moral y Derecho

Al hablar de la coercibilidad del Derecho y la incoercibilidad de la moral se apuntó ya una posible solución.

El Derecho descansa en la moral, considerada ésta como suprema norma de conducta. La moral descansa en el Derecho, considerado como un sistema normativo de la conducta humana.

Ya no es posible sostener en la actualidad, con verdadero rigor científico, cualquiera de las cuatro posibilidades señaladas al comienzo de este tema. No es posible aceptar que la moral y el Derecho carezcan de relación, ni que el Derecho absorba a la moral, ni que la moral absorba al Derecho, o que ambas disciplinas se confundan.

Moral y Derecho se armonizan

Axiológicamente —desde el punto de vista de los valores— la moral es superior al Derecho. Ontológicamante —desde el punto de vista de los seres—, el Derecho es básico y fundante para la existencia de la moral.

Axiológicamente la justicia, que es el valor que persigue el Derecho, es inferior a la pluralidad de valores que busca la moral. Ontológicamente la moral encuentra el método más viable para su cumplimiento en la existencia de la norma jurídica.

Tema 7

La justicia

En el presente tema nos enfrentamos con el problema troncal del Derecho: ¿Qué debe entenderse por justicia?

Hemos dicho que la justicia es el fin del Derecho. No es explicación de lo que es la justicia, no es definición, es solamente una explicación del porqué del tema. Ha quedado probado que el Derecho es una ciencia, al cual caracteriza el fin y el método; ahora veremos hasta dónde puede el Derecho agotar su fin.

Recordemos nuevamente lo que dijimos en la clase sobre la justicia: "La justicia es el horizonte, el fin del Derecho. Pero apenas ha sido alcanzado el horizonte, se muestra uno nuevo y más amplio".

La justicia, como fin del Derecho, es necesaria para juzgar sobre la bondad de una norma, para cotejarla.

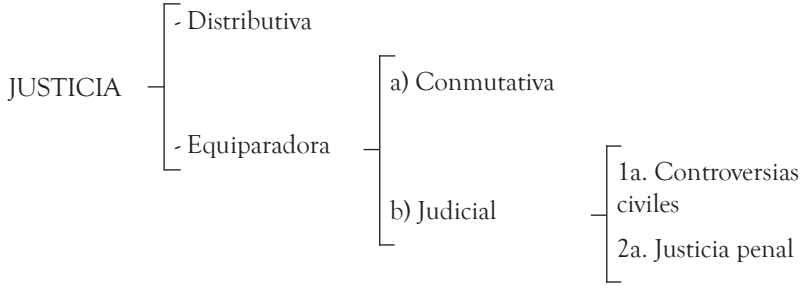
Es un fin que se puede alcanzar, pero no agotar. Cuando alcanzamos la justicia en una parte, aparece ante nosotros un nuevo campo de acción, que cada vez se amplía más y más.

Definiciones de justicia

PLATÓN. En la *República*, nos dice: "El Estado es un hombre grande, en el cual la justicia es la relación armónica entre las partes del todo. Así como en el hombre hay tres facultades: inteligencia, voluntad y sentidos; los filósofos representan a la inteligencia y, por ende, la justicia; los guerreros a la voluntad y los trabajadores a los sentidos".

Propiamente no es una definición: la armonía no es un término jurídico. Pero la citamos como un antecedente del esfuerzo humano por desentrañar el problema que afrontamos.

Aristóteles divide la justicia del modo siguiente:



Ulpiano (Cicerón), nos dice: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.

Sin ella, nos atrae más la dificultad del concepto que la belleza de éste: "dar a cada quien lo suyo."

La justicia no es sólo un concepto jurídico: Hay que dar al prójimo lo que le pertenece, aun cuando falta la obligación impuesta por el juez. Es una dificultad también moral. Si se quiere reducir el Código Civil a una sola fracción, ésta tendría que ser "dar a cada quien lo suyo"; no es necesario que se obligue, la obligación es independiente de la sentencia judicial. Pero, de tanto uso, la palabra prójimo se nos escurre de las manos, por ello Menéndez Pidal nos dice: "cambiémosle una letra a la palabra, prójimo es el próximo, el más cercano".

Santo Tomás de Aquino, nos da una triple relación de lo que es la justicia.

Justicia conmutativa. Regula las relaciones contractuales.

Justicia distributiva. Es la función del Estado que reparte las cargas y los honores.

Justicia legal. Es la obligación de los individuos para contribuir a las cargas comunes y a cumplir las leyes.

Para que se desarrolle la justicia, se requiere de la autoridad (no nos referimos a la virtud justicia, que no toca a nuestro curso, sino a la justicia como fin del Derecho, aunque al fin se identifiquen); surge

entonces la autoridad y el individuo, después el individuo frente al individuo y, por último, el individuo frente a la autoridad. Son las tres relaciones de la justicia.

En cuanto a la justicia social, término netamente escolástico, Santo Tomás nos habla de obligaciones que llama de derecho natural, que surgen de los seres en sociedad considerados como tales. Es el hallazgo del Angélico aquinatense.

Dentro del problema de la justicia existe una escuela, el jusnaturalismo, que defiende la existencia de un derecho natural, que es el fin del Derecho y superior al derecho positivo. Pero este problema será tratado en el tema siguiente.

El positivismo toma una actitud contraria al jusnaturalismo, y nos dice que sólo es Derecho lo que es norma dictada por el legislador. Todo dictador o tiranuelo ha basado su poder en ésta. La frase genial del ochocientos, no es tan original como se suponía.

Esta escuela no concibe la justicia más que como la aplicación positiva de la ley legislada, la justicia natural no existe. Sólo hay justicia positiva, dictada por el juez, aplicando una ley positiva.

RODOLFO STAMMLER: Stammler, ciertamente no lejos del idealismo, nos dice: "La justicia no puede ser fin, la justicia no es una realidad, es una idea, una simple idea que, a lo más, nos servirá como punto de referencia".

Tenemos la reacción exagerada el positivismo.

GOLDSCHMIDT. Este autor exagera la importancia de la justicia, y quiere hacer la ciencia de la justicia (*Dikelogía*).

Separa la justicia del Derecho. Pero entonces, ¿qué fin tiene el Derecho?; como ciencia desaparece. Además, la ciencia será el Derecho, pues tiene que usar el método de éste, y su fin.

Convierte el fin en método y el método en fin.

Nos falta encontrar una definición de justicia que sea adaptable como fin del Derecho. Es necesario buscar entre las mencionadas, y extraer. Nuestra base será la definición clásica: *Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, que no ha sido mejorada. Esta ha sido aceptada universalmente, aun por la tradicional Inglaterra, ya que es predicable tanto dentro del sistema de Derecho codificado como del consuetudinario.

Sin embargo, se hace necesario aumentar algo: la triple relación de Santo Tomás.

La definición adoptada en el tema primero fue:

"Justicia es la contribución directa y positiva a la construcción solidaria, equitativa y respetuosa de los hombres en su dimensión total en nuestra sociedad de transformación".

Belleza de la justicia: Entendiendo, junto con Santo Tomás, por belleza "el esplendor del orden", y tomando el segundo elemento, orden, ya que el primero, esplendor, depende de la capacidad del artista, podemos decir que la justicia es orden: *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.

Por similitud se puede decir que la justicia, como fin del Derecho, es también un arte.

Tema 8

Derecho natural

La ley es fuente de derechos y de obligaciones. En esta afirmación convienen todos los filósofos, así ortodoxos como heterodoxos, que estudian las cuestiones relacionadas con el Derecho.

La divergencia apunta cuando se quiere saber si además de la ley positiva debe admitirse la ley natural. En otros términos, y sobre todo, cuando se trata de averiguar si al lado del derecho positivo —creación de las potestades públicas—, debe admitirse un derecho natural, como base indispensable en la cual tenga que fundarse el primero para sus diferentes actuaciones.

Adviértase que en todo este tema se tomará el término "Derecho" en su significación objetiva, o sea en cuanto denota las normas de carácter general, la actividad de los socios, en orden al bien general de la comunidad política.

Las escuelas tradicionales, distinguen dos clases de leyes: la ley natural y la positiva y, en consecuencia, admiten también dos especies de Derecho dotados ambos de verdadera eficacia jurídica: el derecho natural, creación de Dios en cuanto es el gobernador supremo de la especie humana, y el derecho positivo, creación de los hombres, autorizados por Dios para constituirlo, siempre con arreglo a las disposiciones eternas e intangibles que forman el contenido del derecho natural.

En cambio la escuela moderna, partidaria sobre todo de las enseñanzas de Hegel, afirman como tesis del todo cierta e indiscutible que la potestad política en cuanto constituye la última etapa de la evolución panteística del ser-idea —la fuente única y suprema de toda la ley y por consiguiente de todo Derecho—; en dos palabras, para los partidarios del segundo sistema no existe en las sociedades civiles más ley que la ley positiva, ni más derecho que el derecho positivo creado por los legisladores humanos.

Como se ve, el fundamento máximo de la teoría hegeliana y de cuantos a ella se aproximan, más o menos es la negación radical y absoluta de la ley natural.

El problema es bien conocido: algunos autores señalan a la Edad Media, a la Escolástica, más concretamente a Santo Tomas, como creador del término. La realidad es que el problema es mucho más antiguo, aun al Derecho Romano.

El Estado no acepta someterse al derecho natural, porque resulta superior a la norma estatal; se ha hecho una escisión: por un lado el derecho natural, por el otro, el derecho positivo, que aparentemente resultan irreductibles, irreconciliables a su entender: El problema es anterior al Derecho Romano, y en verdad la prueba la tenemos en la *Antígona* de Sófocles, que contrapone a la ley positiva la existencia de una norma superior y más antigua.

Cicerón y Gayo

Cicerón: "El peor de los abusos es que está en consideración de juristas todas las instituciones o leyes de las naciones".

Gayo: Derecho natural "es aquello que la razón natural ha puesto, constituido en medio de todos los hombres" (es cita hecha por Gayo)

Resulta sumamente extraño que un Derecho tan cerradamente normativo como el Derecho Romano era más noble que un derecho natural.La razón de ello está en que el positivismo bien entendido no se contrapone al derecho natural.

Si el derecho positivo es justo, no tiene nada que temer al ius naturale. Éste se ofrece en colaboración, como complemento del positivo.

A la afirmación de Gayo —derecho natural es aquel que la naturaleza estableció entre todas las gentes— se presenta como primer problema el ver si es posible que exista el derecho natural.

Dudaremos por un momento, sobre si el derecho natural existe o no, ya que si admito su existencia, automáticamente admito su prioridad sobre el positivo.

Posibles pruebas del derecho natural

Necesito pruebas que demuestren que el derecho natural es necesario. Daremos tres:

- Sin la existencia del derecho natural resulta tremendamente difícil la explicación de las normas positivas.

- Existen en la vida civil una serie de instituciones extraestatales, previas al Estado, que por tanto no fueron creadas ni por el Estado ni por el derecho positivo.

- El Estado tutela esas instituciones, las reglamenta, pero reconoce de hecho su previa existencia.

Explicación:

1. Si no existe un derecho natural ¿quién dio poder al Constituyente para legislar? ¿El pueblo? Hasta el positivismo más positivista necesita reconocer que el Estado dio pasos invocando principios muy generales.

- Todo derecho positivo requiere un mínimo de verdades, que son abstracciones del derecho natural: pueblo, nación.

- Además, si la soberanía es mía ¿de dónde me viene? ¿quién me la dio? Se necesita algo anterior al Estado.

2. No es necesario mucho esfuerzo para ver que el matrimonio y la propiedad, por ejemplo, son anteriores al Estado —cosa que él reconoce–.

El Artículo 27 de la Constitución dice:

- "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada...".

- Creemos que esto es más que suficiente para probarlo. Si no, recordemos que el Registro Civil en México data de 1859, antes ¿no existía el matrimonio?

3. Es consecuencia lógica de las dos anteriores. El Estado toma las instituciones y las reglamenta *a posteriori*.

Críticas hechas al jusnaturalismo

1. Si se admitiese un derecho natural, habría dos sistemas:

Por un lado el derecho natural y, por otro, el positivo; o sea, se objeta alegando dualidad de sistemas.

2. Se objeta la fundamentación metafísica del derecho natural.

3. El derecho natural derivado de una razón teológica.

Análisis de las críticas:

A la primera objeción nosotros respondemos atendiendo primero a la forma y después al fondo.

Atendiendo a la forma, diremos que si la objeción afirma la dualidad de sistemas, ya se está admitiendo la existencia del derecho natural.

Atendiendo al fondo diremos:

"El derecho natural es norma que aspira a convertirse en derecho positivo, y éste, debe ser la expresión de aquél".

No hay dualidad ni escisión, ni dicotomía, son dos normas que se continúan. No sólo eso, una es la norma no expresada y otra es la ya expresada. El derecho natural es potencialmente derecho positivo, y éste, debía ser la actualización de aquél.

La escisión se da cuando el derecho positivo contradice al natural. Y recordemos que la antítesis hace suponer la tesis.

La norma no es una creación, es un descubrimiento. La norma existente, pero sin descubrir, es derecho natural; la actualizada es el

derecho positivo. No hay dualidad, sino continuidad absoluta, tanto, que el derecho positivo que contraría al natural no es realmente Derecho.

A la segunda objeción diremos que si el derecho natural requiriese de una base metafísica, sería muy poco derecho natural.

La metafísica va más allá de la física, colindando con la teología. Si no hay metafísica no hay derecho natural, o sea, según esto, el ateo no tendría Derecho.

El derecho natural no necesita una fundamentación metafísica.

El jurisconsulto español Mendizábal nos ha dicho: "El derecho natural no es un orden metafísico, sino un orden real de posibles verdades morales".

El derecho natural es predicable al cristiano, al ateo, al protestante, al budista, al mahometano, a todos.

A la tercera objeción expresamos que el derecho natural se funda en la razón natural, no se basa en la teología para fundamentarse.

Opinión de Platón

"Si no hay un derecho general, abstracto, no hay en general derecho alguno". (Busca en la existencia del derecho natural los demás derechos).

Opinión de Aristóteles

El derecho por el cual se rigen los pueblos se divide, según Aristóteles, en derecho natural y en derecho legal, o positivo, de acuerdo con la terminología moderna.

El derecho natural es aquel que tiene vigor en todos los pueblos del orbe, bien lo hayan reconocido los legisladores humanos o no. El derecho legal es el que puede ser de una manera u otra, antes de haber sido constituido por los hombres, y que no tiene valor mientras las autoridades humanas no se lo hayan dado. Rescatar a los prisioneros o sacrificar a Júpiter es una prescripción del derecho natural. En cambio, fijar el rescate de los prisioneros es una mina, y precisar que se inmolen a Júpiter cabras y no ovejas, depende del derecho legal.

Es cierto que algunos rechazan esta división y no admiten derecho alguno que no sea legal; he aquí, en términos bien claros, el dogma fundamental del moderno positivismo jurídico. Siendo inmutable a la naturaleza, dicen ellos, si existiera un derecho natural debería comprender en todas partes los mismos preceptos y las mismas prohibiciones, así como el fuego quema de la misma manera entre los griegos y entre los persas; cuando es indudable que el derecho es diverso y se muda al compás de los tiempos, lugares y personas.

¿No equivale esta sentencia, conocida ya en su tiempo por Aristóteles, a la del relativismo jurídico de última hora?

El gran filósofo griego, agrega por su parte:

> La objeción no basta a negar nuestra tesis. Si suponemos que la inmutabilidad perfecta de la justicia es posible, dicha inmutabilidad sólo se hallará actuada entre los dioses. En este nuestro mundo todo se muda. Pero conviene advertir en él dos clases de mudanzas: la mudanza natural y la que no es natural. El derecho está sometido a la una y a la otra.

Así se explica el fenómeno de que topemos en el concepto con un elemento que viene de la naturaleza y con otro que se deriva de las convenciones y arbitrio humanos.

El derecho legal o convencional —creado por los hombres— no puede ser superior al derecho natural, llamado también derecho no escrito, común o primero, derecho que invoca Antígona en una de las tragedias de Sófocles, y del cual nos dice Empédocles que derrama su luz sobre el mundo entero. Por él discernimos lo que se debe hacer y lo que no se puede hacer, y apoyados en él completamos o corregimos las disposiciones legales humanas, introduciendo en ellas lo que reclama la equidad. El derecho natural entraña el principio universal, que reduce a unidad la diversidad de las acciones humanas. Mientras el derecho establecido por los hombres cambia, aquél permanece siempre el mismo, porque es conforme a las exigencias de la naturaleza. Nada hay en el mundo que le pueda alterar o corromper, ni el fraude, ni la violencia. (Aristóteles, *Moral*, V, 1134 b. 8 *Rector*. I, 1360 b, 4, 1373 b. 1, 1377 b. 12).

Sin duda, ciertos autores modernos no conocieron la manera brillante como refuta Aristóteles las afirmaciones fundamentales del

relativismo jurídico, sistema para el cual, según pronto lo veremos, nada hay con arreglo a la máxima del antiquísimo evolucionismo griego: todo en este mundo corre, fluye y deviene, y nada permanece; nada hay, digo, en el campo del derecho, que sea fijo y estable; ante todo varía con los tiempos, personas y lugares.

Que se nos diga con franqueza si acaso pudo manifestar con mayor claridad y energía su aversión profunda a las doctrinas básicas del positivismo jurídico y del relativismo jurídico el mayor de los filósofos griegos.

Opinión de Cicerón

Sostiene, por su parte, que sobre el derecho-ley, establecido por los hombres, existe otro derecho-ley superior, fundado en la misma naturaleza. Escuchemos sus propias palabras. (Cicerón, *De Legibus*, Lib I, caps. XV y XVI):

> Gran desatino sería estimar como verdadero y estricto derecho-ley todo lo que se halla establecido por las instituciones y leyes de cualesquiera pueblos, sin hacer las debidas salvedades. Semejante suposición fuera perfectamente irracional, pues entonces aun las disposiciones más absurdas y contrarias al bien general, emanadas de los tiranos, deberían llamarse verdaderos y estrictos derechos-leyes. Si los treinta tiranos hubiesen querido imponerle a aquella noble república leyes, o si los mismos atenienses hubieran constituido ordenaciones tiránicas. ¿serían por ventura, y podrían llamarse leyes justas?
>
> Recuérdese que después de la derrota infligida a Lisandro, cerca del río Aegos, los espartanos impusieron a Atenas el gobierno de los treinta

> tiranos, que fueron arrojados más tarde, por Trasíbulo, como refiere el historiador griego Jenofonte.
>
> Creo que no lo serían, más que la ley absurda y antirrepublicana que dio nuestro tristemente célebre interrex, en cuya virtud el dictador podía matar impunemente a cuantos ciudadanos quisiera, sin tener que formarles causa.

Se refiere aquí Cicerón a Valerio Flaco, nombrado interrex por el Senado para presidir los comicios después de la segunda entrada de Lucio Cornelio Sila en el *Status Civitas*. Dicho interrex hizo nombrar a Sila dictador, y aprobar una ley en la cual se ratificaba todo cuanto el dictador hubiese hecho. Cicerón llamaba a la *Lex Valeria* la más injusta de todas las leyes y la que menos participaba del concepto propio de ley.

No existe, pues, más que un solo derecho, al cual están sujetas todas las sociedades civiles humanas, derecho establecido por una ley suprema, la cual es la recta razón, en cuanto manda o prohíbe; ley que, escrita o no escrita en los códigos de los hombres, obliga siempre y en todas partes, de forma que las disposiciones contrarias a ella sean y deban ser tenidas por todos como injustas y nulas. Si la justicia consistiera en la observación de las leyes escritas y de las instituciones vigentes en los pueblos, fuesen aquéllas y éstas las que fuesen, y si, como ellos mismos sostienen, todo debiera medirse por la utilidad, olvidarían las leyes y las quebrantarían siempre que pudieran todos aquellos que se persuadieran a que de hacerlo así obtendrían algún provecho. La justicia, pues, es absolutamente nula, a menos que se apoye en el derecho constituido por la naturaleza.

Refiérese aquí Cicerón a los discípulos de Aristipo y de Epicuro, para quienes la ley y la justicia se fundaban en la costumbre de los pueblos, como lo habrían de enseñar más tarde Federico Carlos de Savigny y Federico Julio Stahl.

La justicia a la que alude Cicerón, implica, como se colige claramente del contexto, del conjunto de leyes positivas humanas, propias de cada pueblo.

Si las decisiones soberanas de los pueblos, los decretos de los que mandan y las sentencias de los jueces constituyesen el fundamento supremo y único del derecho-ley, entonces sería justo el robo, justos también el adulterio y el falso testamento, dado caso que tuviesen en su apoyo los votos o la aprobación de la multitud legisladora. ¿Puede darse nada más absurdo y más contrario a la naturaleza? Si en los juicios y mandatos de los gobernantes existiese tanta autoridad que sus votos pudieran cambiar, como se dice, la naturaleza de las cosas, ¿por qué no decretar entonces que lo que es malo y pernicioso de suyo, sea tenido entre los hombres como bueno y saludable?

¿Y por qué las leyes que de lo injusto pueden, según se afirma, hacer lo justo, no podrán hacer también del mal un bien? Y es que para distinguir una ley buena de otra ley mala, sólo tenemos un criterio: quiero decir, su conformidad o disconformidad con lo que pide la naturaleza.

No sólo el derecho-ley se distingue por su conformidad o disconformidad con la naturaleza, sino también lo que es honesto y torpe en general.

Este concepto nos lo da la razón, infundiéndolo en nuestro espíritu y colocando lo que es honesto en la virtud y lo que es torpe en el vicio. Hacer depender este concepto de la opinión general entre los hombres y no de la naturaleza, es verdadera locura. La virtud de un árbol o de un caballo, como solemos decir, abusando de la significación de las palabras, no reside en la opinión sino en la misma naturaleza. (El concepto que Cicerón designa con la palabra "virtud", la pudiéramos designar con la palabra "bondad"). En consecuencia, debemos afirmar, como tesis del todo cierta e indubitable, que la naturaleza constituye el criterio seguro para distinguir lo que es honesto de lo que es torpe.

Como se ve, Marco Tulio Cicerón se opone, en los párrafos citados, al positivismo jurídico y también al positivismo moral, sistema este último que hace depender, en último término, la bondad o maldad moral de las acciones humanas de las costumbres y del juicio que se hubieren formado los hombres acerca de ellas.

Las *Pandectas* de Justiniano

Por lo demás, las enseñanzas del referido profesor latino, se hallan en perfecta armonía con las doctrinas jurídicas profesadas por la vieja Roma. Bastaría para convencerse de ello con hojear las *Pandectas* del emperador Justiniano. En uno de sus pasajes nos dice:

"Las obligaciones que tienen por objeto una prestación natural es evidente que no se extinguen por la *capitis-deminutio*, puesto que las

disposiciones civiles establecidas por los hombres nunca pueden oponerse a las ordenaciones y prohibiciones comprendidas en el derecho natural" (D. IV, 5. 8.).

Y en otro pasaje:

"No puede ser que por un senado-consulto se cambien las normas establecidas por el derecho de naturaleza".

Adviértase que cuando esto se escribía, el senado-consulto era verdadera ley positiva entre los romanos. (D. VII, 2, 1.).

Opinión de Savigny

Así, por ejemplo, el mismo Federico Carlos de Savigny nos habla con énfasis de un "derecho obligatorio", anterior ciertamente a todas las prescripciones y prohibiciones positivas, emanadas de la voluntad de los supremos gobernantes, derechos cuyas ordenaciones no se apoyan en el arbitrio y consejo de los hombres, y que es observado igualmente en todas partes y en todos los tiempos. (Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I. 14, 15 párr. 7).

También nos declara que en el derecho de cada pueblo deben distinguirse dos elementos, perfectamente caracterizados: el uno individual, propio de cada pueblo en particular, y el otro universal, fundado en aquello que es común a la naturaleza humana. (Savigny, 1. c., 53. párr. 15).

Opinión de Weis

No queremos resistirnos a copiar las siguientes palabras de un gran conferencista alemán, Albert Maria Weis, conformes con todas las enseñanzas de Del Vecchio y del Derecho Romano.

Si los hombres pueden hacer leyes, mas no crear el derecho; y si no hacen leyes de conformidad con el derecho, tendrán a éste contra sí. Podrán exigir por la violencia la ejecución de las leyes, pero entonces no harán más que enervar y delimitar el poder inherente del derecho". (Weis, *Apologie des Christentums*, VII, segunda parte, conferencia nona).

De estas palabras del sabio conferencista se desprende con claridad meridiana que al lado del derecho positivo establecido por los hombres, figura un derecho superior y natural, contra el cual nada pueden aquéllos.

Opinión de Radbruch

"En el principio surge la filosofía del Derecho, luego llega la revolución. El derecho natural es indispensable, tanto para afirmar el orden como para fundar la revolución".

Opiniones de Renard y Stammler

- Renard nos habla de un derecho natural de contenido variable.

- Stammler refiere de un contenido progresivo.

Diremos que la segunda teoría es más correcta porque:

- El derecho natural no es variable, porque para ello se requeriría que fuese codificado, que tuviera una rigidez, para que la mutación fuese posible.

- Para Renard, la mutación se convierte en defecto.

Relaciones entre derecho natural y derecho positivo:

- El derecho natural, en cierta forma, no en sí mismo, se perfecciona al actualizarse, al transformarse en positivo. Es una continuidad.

- El derecho positivo es perfeccionamiento del natural, y éste es la meta para que se perfeccione el derecho positivo. Es un círculo ideal, por supuesto, en el que la armonía es perfecta.

Por lo mismo, se hace más aceptable la opinión de Stammler.

Conclusiones:

- El derecho positivo no es una creación, sino un descubrimiento.

- El derecho natural y el derecho positivo se suponen mutuamente, y se complementan.

- El derecho natural justifica el derecho positivo.

- El derecho positivo desarrolla las posibilidades del derecho natural.

- El derecho natural vive tanto para justificar al derecho positivo, como para justificar el derecho de devolución.

Análisis de las Conclusiones

1. Un ejemplo será suficiente: en el derecho azteca se adolecía de ciertas instituciones no desarrolladas, por ejemplo, no había el concepto de hipoteca.

La legislación española de la época de la Conquista no hablaba de fideicomiso o de fianza de empresas.

¿Es que existían? No, es que no se habían descubierto.

2. Si el positivo se descubre, encontramos algo que preexiste. Toda norma positiva corresponde a una natural, y esto acomodándose completamente u oponiéndose. Y para violar algo, lo primero que necesito es ese algo.

El derecho natural, para expresarse, requiere del derecho positivo; antes del descubrimiento de la ley de la gravedad ¿podíamos conocerla?

3. Es la conclusión más grave.

El Estado no acepta el derecho natural porque a este toca la misión de juzgar al positivo. Pero al negarlo, al temerle, lo aceptan, lo reconocen.

4. El derecho positivo actualiza al natural.

Conclusión final: Existe un derecho natural.

Una vez terminado el análisis, daremos el concepto, ya que si lo hubiésemos dado antes hubiéramos tenido que aceptar su primacia. El concepto será el tradicional, dado por Gayo, pero agregándole el sentido progresivo de Stammler.

Queda así constituido el concepto como: "Lo que la naturaleza ha puesto en medio de todos los hombres, cuyo contenido es progresivo".

No es que la definición de Gayo fuese trunca, sino que no se había llegado a descubrir esa progresividad.

Hemos dicho que el derecho positivo es descubrimiento: la inteligencia humana programa y trata de eliminar lo antinatural que va encontrando progresivamente.

Tema 9

Significación de la ley

La palabra ley tiene dos tipos de significación:

- El significado etimológico
- El significado usual

Significado etimológico

Hallar el significado etimológico de la palabra ley es prácticamente imposible, ya que la gran variedad de autores que nos presentan su etimología difieren notablemente unos de otros. Pero lo más grave es que todos los significados que se le atribuyen tienen una dosis de probabilidad. Y dado que la verdad debe ser una, y ésta rechaza a las demás, no podemos aceptar ninguna, pues todas pueden ser, hipotéticamente, verdaderas.

Si nos detenemos pues en este punto, es más bien por curiosidad científica, por sentido de investigación.

Los significados que tradicionalmente se le han signado a la palabra ley son:

Cicerón (y San Isidro), dicen que provienen de *Legere*, pues la ley suele escribirse y leerse.

Surge entonces el problema de si existen leyes que no han sido leídas.

San Agustín la hace derivar de *eligere*, elegir, en atención a que ella muestra o designa lo que debe ser elegido. ¿Este sentido nos parecerá más forzado: toda ley es lo que yo elijo? Parece más bien referirse a la designación del grupo de legisladores que hacen la ley.

Santo Tomás le da por la raíz etimológica *ligere*, ligar, "por cuanto obliga a obrar" (*Sum. The*. Thi CXV, art. I)

Según esto, toda ley establece una ligazón; pero hay cosas que establecen ligazón y no son leyes, como el matrimonio, el contrato, el convenio, etcétera.

Actualmente algunos autores dicen que proviene del sánscrito *Lagh*, que se traduciría por establecer, instituir. Esta parece ser la más viable; pero no se pueden aceptar con valor científico ninguna de las teorías.

Además qué interés tiene la significación: ésta no trasciende más allá de la curiosidad científica.

Significación usual. En este sentido podemos encontrar tres significados:

- Ley es toda fórmula enunciadora de relaciones generales y constantes, que median entre unos fenómenos y otros. El ejemplo clásico es la ley natural.

- Ley es la norma política que rige la vida del hombre. Es el ejemplo del derecho positivo.

- Es un principio normativo de la vida interhumana e interindividual (el ejemplo de la norma moral).

Pero ni la primera, por relacionar fenómenos, ni la segunda, norma positiva que hace posible la vida social, ni la tercera, que se escapa a nuestro alcance por amor en el plano de la moral, ninguna, digo, nos sirven para lo que buscamos.

Necesitamos, pues, encontrar otro sentido, que será el real, porque va a corresponder a lo que es en la introducción al estudio del Derecho.

Significación real. "La ley es la regla y medida de los actos, que induce a uno a obrar o que lo retrae de ello".

Con esta definición parece suscitarse una controversia: ¿qué tanta es la semejanza entre ésta y la que anteriormente anotamos, dando como ejemplo la norma moral? A las alturas en que nos encontramos, resultaría catastrófico confundir la moral con el Derecho, veamos pues cómo esclarecer el punto.

La definición arriba apuntada como tercera significación usual (en un principio normativo de la vida interhumana o interindividual), y la anotada ahora, difieren en un aspecto: en el primero de los casos, se trata de una obligación que siempre tengo; en el segundo, se trata de un deber jurídico que puede existir o no.

Todo queda en su lugar; la moral y el Derecho no se confunden.

Necesidad de la ley

Ahora veamos si la ley es necesaria o no. El objeto no es combatir la anarquía, sino ver la necesidad de la ley.

Para probar nuestro aserto, daremos tres argumentos:

- En cualquier orden de cosas es notoria la existencia de una ley.

- En el orden humano también se requiere de normas.

- Si en el orden (humano) cósmico hay una norma, en el orden legal, humano, también se necesita una ley.

Conclusión: a mayor civilización mejor legislación.

Análisis de los argumentos

1. Todas las previsiones de laboratorio se dan gracias a la existencia de leyes, es más, en el orden orgánico, cuando algo no se desarrolla bien, se dice que es anormal, es un caso patológico.

La naturaleza ha previsto con exactitud, todo está sujeto a un orden.

2. Aun desde el punto de vista más elemental, tendríamos que aceptar que el ser humano es el ser con más alto grado de desarrollo. Nos preguntamos: ¿Qué esto implica que es una excepción? ¿Esto implica que no debe estár sujeto a normas? ¿No será, por el contrario, que debe estar sujeto a un orden con más necesidades que el resto de los seres?

3. Ya no necesita prueba, resulta evidente. Tratemos solamente de imaginarnos qué pasaría si a la humanidad se le quita toda norma. Creo que ni la imaginación más exhuberante puede imaginarlo.

Conclusión: sólo hagamos notar que dijimos mejor, no mayor, lo difícil no es legislar, sino legislar bien.

Desde otro punto de vista, más profundo, podemos encontrar la necesidad de la Ley de Dios mismo.

Recordemos que Dios, que se identifica con sus perfecciones, es amor y justicia. Ahora bien, el amor es la ordenación de los sentimientos; es orden normativo. Sobre la justicia creo, ya lo hemos dicho, es horizonte del Derecho, fin del mismo...

Dios es norma, en Él es imposible el desorden. Ya sea que sigamos en este análisis trascendentalista, de San Agustín o de Santo Tomás, llegamos a lo mismo.

Conclusión final:

Desde la criatura ínfima, al Creador, hay norma.

La criatura requiere de una norma.

Tema 10

Etiología y epiqueya

Etiología es el estudio de las causas de las cosas.

Damos el nombre de causa a todo principio positivo del cual procede realmente alguna cosa, según una dependencia del ser. La causalidad implica, pues, una dependencia de ser a ser. Fuera de Dios todo es causado, así las sustancias como los accidentes. Interesa, por tanto, comprender bien el valor y el contenido de esa idea de causa cuya extensión es tan grande como la de las categorías.

Se trata, pues, de un principio real, positivo (y no puramente negativo), que influye en la producción y en la determinación de un efecto. Pero esa influencia puede tener lugar de muchas maneras. Una causa puede influir o producir un efecto, a la manera de una materia, de una forma, de una eficiencia o de un fin. Hay, pues,

cuatro clases de causas: la causa material, la causa formal, la causa eficiente, la causa final. En una u otra forma, las cuatro causas intervienen en toda nueva producción de ser, es decir, en todo efecto. Las cuatro responden perfectamente a la noción de causa, ya que todas ellas influyen realmente, bien que cada una según su modo privativo.

Aristóteles ha definido así la *causa material*: Aquello de lo cual es hecho algo, aquello con lo cual se hace algo. En sentido estricto, se trata del sujeto potencial y determinable de todo cambio físico: la materia. Tal causa es potencia; ella es como la tela pasiva en la cual la causa activa cortará seres diferentes, o como el sujeto plástico que recibirá tal o cual determinación. Por analogía, llamaremos causa material del pensamiento, por ejemplo, a la colección de las sensaciones de las cuales será deducida la idea por el espíritu; causa material de una obra a la colección de materiales de los cuales el escritor sacará su concepción, etc. Toda realidad imperfecta que recibe una actuación una perfección, puede ser llamada causa material del nuevo ser así obtenido.

Si la causa material es potencia, la *causa formal* es, contrariamente, acto. Ella es el acto que determina y específica la causa material; acto, digo, en el sentido filosófico ya antes explicado, y no en el sentido de acción. Desde que la causa formal existe en contacto con una materia apropiada, el ser es constituido. La materia y la forma no obran, por tanto, mediante una operación sino mediante sus solas presencias unidas, por su ser. Así la idea capital del escritor del que hemos hablado

en la causa formal de su obra y desde que ella es concebida, podemos dar la obra como formalmente constituida, bien que ella no tenga otra existencia que la materia de las simples notas. Si la forma y la materia se hallan unidas, la cosa existe. Por esto la causa material y la causa formal son denominadas causas intrínsecas, en razón de que ellas constituyen el ser producido, como una potencia y su acto. Así, en el orden físico la actuación calor es la causa formal que, unida al agua, causa material, constituirá al agua como cálida en acto. Aunque un ser en acto, exterior en este caso, intervenga para actuar en el calor en cuestión, para hacer aparecer esa forma, para derivarla, o, como se dice comúnmente, deducirla de la potencia pasiva del agua, porque la potencia por sí sola nunca pasa al acto. Tal causa exterior es la *causa eficiente*: el fuego, por ejemplo, en el caso que hemos aducido.

La actividad de tal causa es previamente requerida para la de la causa formal y de la causa material. La *causa eficiente* creada obra siempre produciendo un movimiento, esto es, en un sentido lato, un cambio, porque hace pasar la cosa de la potencia al acto, y el movimiento en general es "El acto de lo potencial considerado como potencial" (Aristóteles). Con todo, el efecto último de la causa eficiente no es el movimiento sino el término de éste, la nueva forma —sustancial o accidental— que aparece bajo su actividad. Recíprocamente, todo cambio depende directamente de una causa de ese género, y de causa eficiente en causa eficiente, por necesidad nos remontamos hasta la *primera causa*: Dios, al cual Aristóteles llama el *primer motor*.

Por otra parte, la naturaleza de esta causa es tan fácilmente cognoscible que nos sentimos inclinados a reducir a ella las demás causas; así

los filósofos mediocres, tan errónea como frecuentemente, conciben a manera de causa eficiente a la formal, a la causa final y a la misma causa material.

La causa final indica el término por motivo del cual el efecto ha sido producido: ¿por qué ando yo? Seguramente porque mis músculos se hallan en movimiento bajo la actividad de mis nervios motores, los cuales obedecen a mi voluntad; he aquí una serie de causas eficientes. Pero pregunto aún ¿por qué ando? Porque voy a la ciudad. ¿Y por qué voy a la ciudad? Porque tengo una obligación que cumplir en ella, un interés o un placer. He aquí una serie de causas finales. Como es ya manifiesto, esas dos series de ningún modo se excluyen. Es evidente que sin la actividad de los nervios motores (causa eficiente) yo no andaría, pero tampoco andaría si no tuviese algún motivo para hacerlo, aunque éste no fuera sino hacer ejercicio o distraerme. La causa final es la más importante de todas las causas, porque si el movimiento no depende directamente de ella, tiene no obstante un sentido; él se dirige siempre hacia un fin o término. La causa final es la última en el orden de ejecución, y la primera en el orden de la intención. Escogemos los medios para llegar al término y nos dirigimos a éste. La naturaleza de los medios es determinada por la naturaleza del fin.

Pero ¿cómo puede obrar la causa final no hallándose aún realizada y, por tanto, no teniendo realidad alguna en el instante en que aparece el movimiento? Ella, evidentemente, obra como deseada,

mas si tiene ese carácter —y aunque inexistente— es porque se halla representada en la inteligencia que le confiere una existencia ideal. Tenemos una idea y obramos en consecuencia. La causa final, donde quiera que exista, es signo evidente del pensamiento y de la razón. Pero no sería legítimo concluir que ella no existe sino en los actos del hombre en cuanto la inteligencia de éste puede concebir el bien y concibe tal fin como un bien a obtener. Si observamos de cerca la naturaleza, descubrimos en ella la existencia de causas finales. ¿Por qué los animales poseen tal órgano, por ejemplo el ojo? Sin duda porque han sido engendrados por padres que también los poseían, porque las células terminales, los nervios sensitivos, tienen aptitud para tomar tal figura y tal función. Pero la ciencia positiva, por capaz que fuese de acumular con ese objeto series y más series de causas eficientes y de causas materiales, habría por necesidad de contestar con el sentido común que si los animales tienen ojos es, ante todo, para ver. Ahora bien, hay aquí, sin duda, una verdadera causa final, porque si el embrión del animal evoluciona según tal ley directriz, es porque el animal debe ejecutar tal función, ser apto para tal género de vida. Evidentemente, en este caso no se da una voluntad humana para querer tal fin ni una inteligencia humana para representarse la causa final y combinar los medios con el objeto de llevarla a efecto. Pero es que una voluntad y una inteligencia más vasta que la del hombre presiden el ejercicio de las leyes naturales y, en general, la actividad de toda especie de causalidad.

En sentido estricto, la ley también tiene su etiología.

Causas

Causa material. En el contenido mismo de la norma.

Causa formal. La causa formal de la ley es la razón. Ya que ésta, la ley, es obra de la razón. Sea suficiente recordar la definición ya admitida por nosotros: "Ley es el ordenamiento de la razón para el bien común, dictada por aquél que tiene a su mando la comunidad y promulgada debidamente".

Resulta inaceptable un ordenamiento de la razón que no sea causado por la razón. Pero el problema está en encontrar a qué razón le toca ser causa: a la razón especulativa o a la práctica.

La resolución se muestra evidentemente si analizamos la misma definición. El Derecho es eminentemente práctico. Por tanto, la causa formal de la ley es la razón práctica.

Causa final. La causa final de la ley es el bien común.

La explicación correspondiente la dejamos pendiente hasta tener las demás causas.

Causa eficiente. Puede ser el hombre en abstracto, o aquél a cuyo cargo está la comunidad (concretamente el Poder Legislativo, en la democracia con separación de poderes).

Pero necesitamos aclarar lo establecido, para lo cual recordamos las palabras de Santo Tomás:

> Debe decirse que la ley es propia y principalmente y en primer lugar mira al bien común. Y ordenar algo para el bien común es propio de toda la multitud o de alguno que hacer las veces de toda la multitud. Y por eso dar la ley pertenece a toda multitud o pertenece a la persona pública que tiene el cuidado de toda la multitud. Porque aun en todas las demás cosas ordenar a un fin compete a aquél de quien es propio tal fin. (Sum Teolog. I-II — Q XC art. III).

Así queda todo aclarado:

- Causa eficiente meditada. El hombre en abstracto.

- Inmediata. Aquél a cuyo cargo se encuentra la comunidad.

Pasaremos ahora al análisis de la causa final que, como hemos dicho, es el bien común. O sea, bien común es lo mismo que fin de la ley.

Pero primero se presenta el problema: ¿qué es bien común?

Bien: Es aquello que los seres apetecen por naturaleza.

Común: Predicable a todos.

Esto ya es algo, un concepto, pero ¿cómo se integra el bien común?

Para resolver esta cuestión explicaremos primero que no es el bien común.

1. No es la masa uniforme de bienes particulares. Cada individuo tiene bienes particulares distintos; cada grupo muestra una serie distinta de bienes.

2. No es tampoco la suma de los bienes particulares. Ello es obvio pues siendo que los bienes particulares son distintos, malamente podremos sumar pertenencias heterogéneas.

¿Qué es entonces el bien común?

Es la jerarquización u ordenamiento de los bienes particulares.

Resulta difícil el concepto de orden. Para dar una idea más clara acudiremos a la imagen poética, fruto del renombrado autor, el cual nos dice que el bien común tiene una manera de ejemplificarse. Según su ejemplificación, el Estado es un invernadero, en el cual el ambiente propicio hace posible el desarrollo de las plantas.

El Estado no crea a la persona humana, la hace posible.

Llegamos así al concepto de bien común, el cual definiremos de dos modos:

- Bien común es la creación del ambiente, por parte del Estado, para que cada persona desarrolle sus capacidades, tanto materiales como intelectuales y espirituales.

- Bien común es la jerarquización de bienes particulares.

Observamos que las dos nociones no se contraponen, antes bien, se unen y complementan.

El problema que venimos tratando, la etiología de la ley, y concretamente la causa final de la misma, nos llevan como de la mano al problema de la *epiqueya*.

Epiqueya (del griego equidad) es, según Aristóteles,

> ...aquélla forma de equidad o justicia superior por encima del precepto jurídico positivo, en virtud de la cual es lícito al hombre obrar contra la letra de una norma jurídica obligatoria, por el rigor inadecuado de la misma en un caso particular, siendo, a pesar de ello, su acción conforme con la mente del Legislador. (*Ética a Nicómaco* V, 10. Santo Tomás, *Suma Teológica*, I-II-q. 120 a. 1).

En síntesis, es la corrección de la ley en lo que tiene de defectuosa por causa de su misma universalidad.

La ley es universal, ésta es su primera característica, en general; pero esto puede ser causa de errores. El legislador tiene en cuenta casos generales, pero el particular no es considerado. Puede darse el caso de que el caso concreto no encaje, no está previsto.

Por otro lado, el legislador no puede legislar casuísticamente, el no matarás se convertiría en un: si matas tal, tal pena, si a cual, tal otra.

Pero el problema es mayor cuando la ley, a causa de su generalidad, no alcanza el bien común, o por el contrario, se excede y es anárquica. En este caso ¿qué hacer?

Se muestra la solución de la *epiqueya*, que por demás es una institución antíquísima, y quizá sea esta la causa por la que se le ha olvidado pero, ¿tiene algún fundamento?

Santo Tomás dice en la cuestión XCVI de la *Suma Teológica* lo siguiente: "Los actos humanos regulados por las leyes con contingentes, pueden variar. No es posible, por tanto, establecer leyes infalibles". (I-I q XCVI).

Lo anterior es verdadero: si hay algo cambiante, variable es el acto humano. Esta verdad no puede ser ignorada por el legislador y el *juris crito*; la ley de hoy tal vez mañana sea incompleta, si no absurda.

Aceptar que la ley es invariable es tanto como confundirla con la ley física.

Ante esto, la primera solución que podría presentarse sería legislar de acuerdo con la variación. Pero ¿cómo tener un Estado perpetuamente legislativo? ¿qué funciones cubriría el Judicial? Además, resultan conocidos los problemas que produce la fobia "del perpetuo legislador".

La *epiqueya* es el actualizar, el hacer más humana, y por ello más justa, una ley, que por su generalidad puede cometer errores. Y por ese carácter, corresponde al Poder Judicial.

Argumentos contra la *epiqueya*

Se presenta el problema de si es lícita o no la *epiqueya*. Los argumentos en contra son tres:

- Destruye la norma; luego, no se puede aceptar la existencia de la *epiqueya*.

- No es lícito a los hombres juzgar de las leyes, sino según las leyes.

- Sólo al que hace la ley le corresponde interpretarla.

Refutación

1. No es destrucción en sentido absoluto, sino determinado. No es una destrucción tajante, sino en lo que puede haber de defecto.

2. Toda ley tiene una razón de ser —*ratio legis*—, independiente de las palabras en que se vierte. La *epiqueya* tal vez, en algunas ocasiones juzgue de las leyes, pero otras muchas trata de encontrar lo que se quiso decir según la ley.

Toda ley está expresada en signos formales, los cuales tratan de encerrar sus signos intangibles. Ahí es donde entra la *epiqueya*, para ver si realmente las palabras contienen el pensamiento.

La *epiqueya* no juzga por el gusto de juzgar, sino para encontrar la *ratio legis*, hasta llegar a captar todo lo que sea posible, la intención del legislador. Siendo esto último imposible de lograr completamente.

Siendo la ley ordenamiento de la razón, la *epiqueya* busca la razón del ordenamiento.

3. Si esto se aceptase, resultaría que el legislador tendría que juzgar todos los casos, pasando a ser Poder Judicial. Sobraría el Poder Judicial, la jurisprudencia, los tribunales y la doctrina; quedando únicamente el Poder Legislativo, el legista, en la cúspide del poder.

La *epiqueya* es lícita en tres casos:

- Cuando la aplicación de la ley a un caso particular, constituye una abierta injusticia.

- Cuando la observancia de la ley resulta difícil o inhumana.

- Cuando existen razones sólidas para creer que el legislador no quiso obligar en tal o cual sentido.

En el primer caso es evidente: existen leyes anticuadas, sistemas en desuso. Pero opera, principalmente, cuando se viola el derecho natural. Esta sola razón sería suficiente para justificar la *epiqueya*.

La segunda afirmación, se desprende de la primera.

Pero es el tercero de los casos el que presenta mayor dificultad. Es cuando se trata de ver si la ley dice lo que el legislador quería decir, problema harto arduo que implica tratar de meterse en el legislador mismo, y recordaremos el viejo adagio que nos dice: "De lo interno ni la Iglesia...".

La *epiqueya* y el derecho natural

Ya hemos visto en qué consiste, si es lícita y cuándo lo es, la *epiqueya*. Pero ahora se nos presenta una nueva cuestión. Necesitamos ver si cabe hablar de *epiqueya* en el derecho natural.

A primera vista todo parece indicar que no. La definición que hemos ya admitido (es la razón que la naturaleza ha puesto en medio de todos los hombres, y cuyo contenido es progresivo), parece indicar que se trata de un derecho perfecto. Por esta vía llegaríamos a la conclusión de que no puede hablarse de ello en este derecho.

Son muchos los autores que denodadamente sostienen este criterio. Pero frente a ellos existe otro grupo, al que trataremos de seguir, que afirma que sí es aplicable.

Uno de los grandes defensores de la primera posición lo encontramos en Francisco Suárez (1548-1617), que es, a más de teólogo y jurista, una de las más grandes personalidades de la escolástica española.

Suárez sostiene que siendo el derecho natural una obra perfecta, rechaza cualquier aplicación de tipo *epiqueya*.

Sin embargo existen autores anteriores, aun en la misma España, que sostienen lo contrario.

Al llegar aquí hacemos la advertencia de que seguimos afirmando la noción que dimos del derecho natural. No afirmamos, ni por momento, que el mismo sea incompleto, trunco o imperfecto.

Así las cosas, ¿cómo dar cabida a la *epiqueya*?

La solución nos la presenta fray Pedro de Tapia, jurista y teólogo, también español, casi desconocido, quien hace un distingo al decir:

"Los preceptos del derecho natural son de dos órdenes: los universalmente rectos y, segundo, los principios elásticos".

Con esto distingue acertadamente que hay normas invariables, frente a las cuales hay otras elásticas, variables.

El *no matarás*, se puede decir, es el principio más rígido del derecho natural, sin embargo, aun éste admite excepciones. Ciertamente es rígido, pero hay otros que no lo son, como por ejemplo el principio que obliga a devolver las cosas dejadas en depósito.

El principio antes enunciado, en determinados casos es contradicho por el derecho natural. Como cuando habiéndoseme dejado en prenda un arma, me es pedida por el dueño en un estado emotivo violento, con la intención de hacer un siniestro. En este caso, el derecho natural me exige que no haga la entrega de la pieza.

Tema 11

Fuentes del Derecho

Las fuentes del Derecho

Llamamos fuente del Derecho a todo lo que, en algún sentido, es principio, fundamento, origen o causa de la norma jurídica. Hay estos tipos:

- Las fuentes del conocimiento: *fontes cognoscendi*, llamadas también fuentes históricas. Comprenden todos los datos útiles para adquirir o precisar nuestros conocimientos acerca de los fenómenos jurídicos. En el caso del Derecho Romano, son fuentes históricas no sólo las diversas partes de la compilación justiniana, sino también las comedias de Terencio y de Plauto, las obras de Séneca, los tratados y discursos de Cicerón, etcétera. Las fuentes históricas no son origen o

causa de la norma misma, sino de nuestro saber acerca de la norma.

- Las fuentes del ser del derecho: *fontes assendi*; son los orígenes o causas de la norma misma; se subdividen en:

  — Las fuentes reales o materiales. Son todos los hechos y fenómenos que determinan la producción de la norma jurídica e influyen más o menos intensamente en su contenido: la raza, la configuración geográfica del país, las ideas políticas, religiosas, morales, etcétera, del pueblo, de los legisladores, de los juristas, el afán de novedades, el tradicionalismo, la rutina, la organización económica, las necesidades y posibilidades en este campo, etcétera.

  — Las fuentes formales. Son los distintos modos de manifestarse la norma jurídica, o los distintos procedimientos para su creación.

  — Las fuentes históricas. Son los antecedentes, documentos o aspectos consuetudinarios en los que la ley tienen su origen.

- Las fuentes del *deber ser*: *fontes aestimandi*. Son las fuentes axiológicas o valorativas. Son los principios que justifican al derecho positivo en su totalidad. ¿Cuál es la razón de

validez del órden jurídico? ¿Cuáles son los fines a que debe tender? (Bien común, justicia, seguridad.)

Entramos así a los terrenos de la filosofía del Derecho.

La ley

Podemos distinguir entre dos sentimientos de *ley*. En el plano teórico o especulativo, es la fórmula que expresa la relación constante e invariable entre fenómenos o entre otros objetos. En el plano práctico, es un mandamiento, o sea una proposición orientada a regular la conducta humana. Así, no sólo se habla de leyes en el campo del derecho, sino también de leyes morales, religiosas, leyes del arte, etcétera.

Se han propuesto las siguientes etimologías de la palabra latina *lex* (genitivo *legis*): "elegir", "leer", "ligar". Dos definiciones de ley según Santo Tomás: "Dictamen de la razón práctica en el soberano que gobierna una sociedad perfecta... (*Suma Teológica*, I-II-ae., cuestión 91, art.1.)... y tiene la comunidad a su cargo (I-II-ae, cuestión 90, art.4)."

La ley, como fuente formal del derecho, es una norma de contenido abstracto y de aplicación general que proviene de la voluntad del Estado. Se llama ley en sentido sustancial (o en sentido material) a la norma general, y abstracto que proviene de cualquier órgano del Estado. La expresión "ley en sentido formal" es ambigua, pues designa: 1) bien la norma jurídica general y abstracta emitida por el órgano legislativo del Estado, 2) o bien la norma jurídica emitida por ese

órgano, aunque no sea general y abstracta. Para este segundo tipo, deberíamos hablar de ley que lo es sólo en sentido formal.

Debemos distinguir entre ley y reglamento. Este último es ley en sentido sustancial, pero no lo es en sentido formal. En las antiguas Constituciones se otorgaba al Presidente de la República, de modo expreso, la facultad de expedir reglamentos. En la Constitución de 1857 y de 1917 hay esa norma expresa; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen esa facultad en el Presidente. (89, I, y 92, constitucionales).

Relaciones entre el reglamento y la ley en sentido formal

1. La ley en sentido formal proviene del Congreso de la Unión, salvo caso de facultades extraordinarias en la suspensión de garantías individuales, o el supuesto de la modificación de aranceles. (29, 49, 131, constitucionales). El reglamento es expedido por el Presidente, sin intervención alguna del Congreso de la Unión.

2. Aunque sustancialmente se identifican la ley formal y el reglamento (se trata de normas jurídicas abstractas y generales), ciertas materias están reservadas a la ley, como la definición de los delitos, el establecimiento de las penas, los impuestos, etcétera.

3. El reglamento ocupa una situación secundaria y subordinada respecto de la ley, y no puede contener disposiciones que contravengan las establecidas en la ley.

4. Más aún: el reglamento no puede normar situaciones que no estén, cuando menos en principio, reguladas o previstas por la ley, pues la función del reglamento consiste en hacer posible y facilitar la aplicación de aquélla.

5. La ley posterior en tiempo deroga al reglamento anterior. A la inversa no: el reglamento posterior no puede privar de vigencia a la ley.

Etapas del proceso legislativo

A. *La facultad de "iniciar"*, o sea de presentar proyectos de leyes, corresponde al Presidente de la República, a los diputados o senadores y a las legislaturas de los Estados (71 constitucional). Los proyectos pueden proponerse indistintamente ante cualquiera de las dos Cámaras, salvo los relativos a impuestos, empréstitos o reclutamiento de tropas, ya que éstos deben presentarse primeramente ante la Cámara de Diputados (72 constitucional).

B. *Discusión*. Los proyectos se presentan y discuten, y en su caso se aprueban, primeramente ante una de las dos Cámaras; aprobados por la misma, se discuten y eventualmente se aprueban por la otra. Aquélla se denomina "Cámara de Origen", ésta, "Cámara Revisora". Para la discusión se requiere que haya quórum. Se llama quórum al número mínimo de miembros de un órgano colegiado que necesitan estar reunidos para que el órgano pueda legalmente funcionar. El quórum en la Cámara de Senadores equivale a los dos

tercios del número total de sus integrantes; en la Cámara de Diputados, es de más de la mitad de sus miembros. (Artículo 63 constitucional). Sobre las diversas posibilidades de la discusión véanse (d) y (g) del artículo 72 constitucional.

C. *Aprobación*. La mayoría necesaria para la aprobación es, por lo general, de más de la mitad (con menor exactitud se dice "la mitad más uno") de los miembros presentes. Hay casos en que se requiere una mayoría calificada. 1) Para superar el veto presidencial se necesita una nueva discusión en cada una de las Cámaras, y que en cada una de ellas el proyecto desechado por el Presidente se apruebe por dos tercios (72, c, constitucional).

2) La reforma constitucional exige el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, además de la aprobación por la mayoría de las Legislaturas de los Estados (135 constitucional).

3) Para crear un nuevo Estado dentro de los límites de los ya existentes, se necesita el voto aprobatorio de las dos terceras partes de los diputados y senadores presentes en sus respectivas Cámaras (73, fr. III, inciso 5o., constitucional), y que la resolución del Congreso sea ratificada por la mayoría de las Legislaturas estatales. Si las entidades o los Estados de cuyo territorio se trate dieron su consentimiento (fr. III, inciso 6o.) o en caso contrario, se requiere la ratificación por los dos tercios del total de las demás Legislaturas (inciso 7o.).

D. *Promulgación y posibilidad del veto*. Aprobado un texto legislativo por ambas Cámaras, pasa al Presidente de la República para su

promulgación y publicación. Este funcionario puede asumir dos actitudes: a) O reprueba el proyecto por estimarlo inconstitucional o inconveniente, y entonces "hace observaciones" y devuelve al Congreso el proyecto; b) O lo aprueba expresa o tácitamente, y debe entonces promulgarlo.

Hacer observaciones equivale a "vetar". El ejercicio del derecho de veto está limitado:

I) Por razón de tiempo. Debe devolver el proyecto con observaciones dentro de diez días, a menos que antes de concluir el plazo se hayan clausurado o suspendido las sesiones, pues entonces deben remitir el proyecto en el primer día hábil del siguiente periodo (72, b, constitucional).

II) Por razón de materia, el Presidente no puede vetar ciertas reformas constitucionales, ni las resoluciones de que habla (72, j, constitucional).

III) Claro está que tampoco puede vetar las leyes que, habiendo sido anteriormente vetadas, fueron aprobadas en los términos del artículo 72, c, constitucional.

El Presidente, cuando no puede o no quiere vetar, deberá proceder a la promulgación. Este es un acto del Ejecutivo por medio del cual da por cierto que un texto ha sido aprobado por ambas Cámaras, ordena su publicación y manda que la ley sea obedecida. A veces se

confunden los conceptos de promulgación y publicación. Ésta —el hecho de que la ley se inserte en el *Diario Oficial*— es el cumplimiento de la orden en que consiste uno de los elementos de la promulgación. (Ver 89, I constitucional).

E. *Refrendo*. Después de la promulgación, o mejor dicho dentro de ella, como un acto que integra el decreto promulgatorio, está el *refrendo* de que habla el 92 constitucional. El refrendo es un requisito constitucionalmente obligatorio para la validez de los decretos presidenciales (incluyendo los decretos que promulgan las leyes), y como el decreto de promulgación es un requisito para que la ley pueda publicarse y entrar en vigor, resulta que, indirectamente, el refrendo viene a ser un requisito indispensable para que la ley pueda iniciar su vigencia. El artículo 27 de la Ley de Secretarías de Estado previene que si una ley se refiere a la competencia de diversos Secretarios, debe ir firmada por cada uno de ellos.

F. *Publicación*. En 1867 se creó el *Diario Oficial de la Federación*, periódico que aparece todos los días, menos los festivos (120 constitucional). Este artículo dice que los gobernadores de los Estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales. Sin embargo, la iniciación de la vigencia de una ley federal no está subordinada al cumplimiento de este deber. Sobre el veto, la promulgación, el refrendo y la publicación, ver Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, pp. 51 a 53, 77, 79 y 136.

G. *Vacatio Legis*. Con esta expresión latina se designa el periodo comprendido entre el momento de publicación de la ley y el momento en que la misma empieza a estar vigente. Existen dos sistemas:

En el sistema simultáneo o sincrónico, la ley federal entra en vigor a la vez en todas las entidades de la República, el día que ellas mismas determinan, con tal que su publicación haya sido anterior (4o. Código Civil).

En el sistema sucesivo, la ley inicia su vigencia en cada lugar de la República en distinta fecha, atendiendo a la distancia que media entre ese lugar y la capital de la República. En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se agregaba un día por cada 5 leguas o 20 kilómetros, respectivamente; y según el Artículo 3o. del Código Civil, cuando la ley no dice la fecha en que debe empezar a regir, es obligatoria a los tres días de su publicación, más un día por cada 40 kilómetros de distancia, y otro día por la última fracción que excede de 20 kilómetros respecto de la Ciudad de México. El sistema sucesivo tiene la relativa ventaja de subordinar la obligatoriedad de la ley al probable conocimiento que de ella se tenga en cada punto de la República; pero tiene en cambio el grave inconveniente de la incertidumbre acerca de la fecha en que se inicia la vigencia en cada lugar de la República, y de la dificultad de los cálculos de la distancia en cada caso (289 CFPC). Aunque regulando otras situaciones muy diversas, previene que "la distancia se calculará sobre la vía de transporte más usual, que sera la más breve en tiempo".

La ignorancia de la ley. Se dice que *Nemo ius ignorare consetur*: se presume que nadie ignora el derecho. Antiguamente se establecían excepciones a favor de mujeres, menores, aldeanos, etcétera. El postulado, que se estableció sin salvedades en los Códigos Civiles de 1870

y 1884, se ha combatido como una ficción y una injusticia. Sólo dentro de límites muy estrictos se puede justificar esa máxima de que la ignorancia de la ley no se presume y a nadie aprovecha. Es cierto, en cambio, que todo individuo está obligado a conocer las normas que regulan su situación personal y familiar, sus derechos políticos y sus actividades profesionales. Sobre el error o la ignorancia acerca de la existencia, el contenido o los límites de la norma legal ver: 17; 806; 1813 del Código Civil.

El artículo 21 del Código Civil admite, como restricciones, la ignorancia de la ley, y autoriza a que se exima al ignorante de la sanción respectiva, si se llenan éstos requisitos: A) Que haya notorio atraso intelectual, apartamiento de las vías de comunicación o miserable situación económica, B) Que lo pida el Ministerio Público, C) Que no se trate de leyes que directamente afecten al interés público.

Extinción de la vigencia de la ley

Derogación. Es la extinción parcial de la vigencia de una norma. Abrogación se refiere a la extinción total. Pero con alguna frecuencia, estos dos vocablos se emplean como sinónimos, y en la mayoría de las ocasiones se usa la palabra "derogación" para referirse indistintamente a uno y otro casos.

La derogación puede ser:

- *Expresa*, cuando la nueva norma dispone que se deja sin vigencia a la norma antigua, y se subdivide en:

— Derogación nominal o concreta, si la ley nueva señala, determinándola por su nombre o por su fecha, a la antigua ley.

— Derogación genérica, cuando la ley previene que se extinga la vigencia de todas las leyes sobre la materia.

- *Táctica,* si la nueva norma no trata el punto, ni contiene prescripción alguna al respecto. No obstante el silencio de la nueva ley (tácito-callado), la derogación se opera por la simple contrariedad entre aquélla y la ley antigua.

Artículo 9o. del Código Civil. Prevé dos formas de derogación o abrogación, la expresa y la tácita. 72, f, constitucional, dice que "en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación."

a) La ley queda abrogada o derogada por una norma constitucional posterior, de contenido incompatible con el de la ley.

b) También queda derogada por una ley posterior. (En general toda norma pierde su vigencia por otra norma que, teniendo el mismo ámbito espacial y material, sea de categoría igual o superior).

c) La ley no puede quedar derogada por un reglamento posterior como ya hemos advertido.

d) Tampoco queda extinguida su vigencia por el desuso, o por la costumbre o la práctica en contrario (9o. y 10, Código Civil.)

e) En cuanto a las resoluciones judiciales:

- Una sola ejecutoria de amparo que declare la inconstitucionalidad de una ley, priva a ésta de efectos, pero únicamente en cuanto a la persona que fue amparada, y sólo en el caso especial sobre el que versa el juicio.

- Cuando se ha formado una tesis jurisprudencial que declara la inconstitucionalidad de la ley, tampoco queda esta última derogada, pero la tesis se aplicará a favor de todos los que, respecto del mismo problema, promueven el juicio de garantías; y se suplirá en beneficio de los mismos, con ciertos requisitos, la deficiencia de la demanda: 107 constitucional; 76, 84, I, (a), 192 y 193 de la Ley de Amparo; 11, XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La costumbre

La costumbre, como fuente del derecho, tiene dos elementos: la repetición de ciertos actos por los miembros de una profesión, los habitantes de una región o los componentes de algún otro grupo social, y la convicción de que, al ejecutar esos actos, se está cumpliendo una obligación jurídica. Al primer elemento lo podemos denominar material o externo; al segundo, lo podemos llamar elemento intencional o psicológico.

Se distinguen varios tipos de costumbre: A) *Secumdum legem*, como lo es, por ejemplo, la costumbre aclaratoria o interpretativa de la ley, B) *Praeter legem*, que integra (o sea que completa) a la ley, y C) *Contra legem*. Desde un punto de vista parcialmente diverso, se habla de costumbre: 1) Delegante, si la costumbre es la principal fuente jurídica y le encomienda al poder público que, mediante leyes, llene los vacíos o supla las deficiencias del derecho consuetudinario; 2) Delegada, si a la inversa la ley remite a la costumbre cuando existen lagunas en la propia ley, 3) Derogatoria, si la costumbre pugna con la ley.

Se distingue, por algunos autores, entre la costumbre y los usos. Pertenecen a esta última categoría, por ejemplo, las "cláusulas de estilo", o sea ciertas cláusulas que frecuentemente se insertan en los contratos y negocios jurídicos; sirven para interpretar los contratos o para suplir la voluntad de los interesados.

En el plano puramente positivo, prescindiendo de toda referencia al derecho natural, el órden jurídico, como conjunto, sólo puede fundarse en la voluntad del pueblo. Aun la misma Constitución (que es la ley suprema) no puede justificarse si sus disposiciones pugnan con la opinión firme, decidida y constante de la gran mayoría del pueblo. "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tienen en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno" (39 constitucional). Desde el punto de vista del órden jurídico positivo, en lo que se refiere a la totalidad del Derecho y a los principios esenciales de la

organización social y política, el criterio supremo es el consentimiento de la comunidad, pero esto (conviene advertirlo) se refiere sólo al conjunto del derecho positivo, y no a cada una de las normas particulares.

La costumbre tiene la ventaja de entrañar una expresión más auténtica, más indiscutible, más directa, de la voluntad del pueblo, la ley —en el supuesto de que los diputados y los senadores deben su designación a los votos libremente emitidos y legalmente computados— es sólo una manifestación indirecta de la voluntad del pueblo. La costumbre se obedece más fácilmente.

La ley, en cambio, es cierta en su existencia; más precisa en su contenido, es una elaboración consciente y reflexiva, y tiene de ordinario un mayor carácter de generalidad que la costumbre.

En Derecho Canónico se considera a la costumbre como el mejor intérprete de la ley (canon 29). No puede ser obligatoria la costumbre irracional, y lo es la que la ley reprueba expresamente (canon 27). La costumbre *praeter legem* se constituye en el lapso de 40 años (canon 28); la que es *contra legem*, sólo llega a ser norma jurídica si es centenaria o inmemorial. En todo caso, debe concurrir el consentimiento expreso o tácito del superior, y no puede formarse la costumbre si pugna contra el derecho natural o contra el divino positivo (cánones 25 y 27).

En México, dice el Código Civil en su artículo 9o., que la ley sólo queda abrogada o derogada por ley posterior, o que no pierde su

validez por el desuso por la costumbre o la práctica en contrario (10 del Código Civil). Nadie puede ser molestado sino por virtud de mandamiento que esté fundado y motivado en la ley (16 const.); luego, si se me acusa una molestia por un mandamiento que se funda en una costumbre contraria a la ley, se viola el 16 constitucional. A nadie puede privarse de sus derechos sino con apoyo en la ley. Si me priva de un derecho con base en una costumbre contraria a la ley, se viola el 14 constitucional.

Hay, sin embargo, numerosas normas que remiten a la costumbre o a los usos. Véanse los artículos 997, 1796, 1856, 2457, 2607, 2754, 2760 del Código Civil; 16, 33, 123, I, 197, III, Ley Federal del Trabajo; 86 CFPC; 284 y 295 CPC; 2, III, Ley de Títulos y operaciones de Crédito (que permite invocar "los usos bancarios y mercantiles".)

El Código Penal de 1871 admitía que por el desuso quedara privada de vigencia la ley que establece una pena (22 constitucional); prohíbe las penas "inusitadas", lo cual significa no sólo las no acostumbradas, sino también todas aquellas que repugnen a nuestro sentido de justicia y a nuestra actual sensibilidad jurídica.

La jurisprudencia

Este vocablo tiene varios sentidos:

a) "Jurisprudencia" es el conocimiento metódico y sistemático del derecho, tanto en su aspecto especulativo o teórico

—ciencia del derecho: *iusti atque iniusti scientia*—, como en su aspecto práctico —técnica jurídica: *ars boni et aequi*—.

b) El criterio que reiteradamente, a través de varias resoluciones sostienen los tribunales, sea o no obligatorio para otras autoridades ajustarse a dicho criterio.

c) La norma jurídica de contenido abstracto y alcance general, elaborada mediante la reiteración en diversas resoluciones. En este último caso, se habla de jurisprudencia "obligatoria".

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es obligatoria si se reúnen estos requisitos: 1) Que la tesis se haya elaborado con motivo de la interpretación o integración de una norma constitucional, de un tratado o de una ley federal, es decir, que el criterio se refiera a normas federales; 2) Que la tesis conste de cinco resoluciones, y que dentro de la serie no se intercale ninguna sentencia con el criterio contrario o sustancialmente diverso, y 3) Que cada una de las cinco sentencias se haya aprobado, en el Pleno, por 14 votos cuando menos; en una Sala, por un mínimo de 4 votos (192, 193 bis, Ley de Amparo).

La Suprema Corte está integrada por 21 Ministros, o sea, el Presidente y los 20 Ministros que componen las Salas. El quórum para el Pleno es de 15 Ministros; para cada una de las Salas, de 4 Ministros (3o. y 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La Primera Sala es de competencia penal; la Segunda, conoce de negocios administrativos; la Tercera, resuelve asuntos civiles y mercantiles; la Cuarta, tiene competencia laboral. Véanse 2o. y 24 a 27 de la Ley Orgánica.

Debemos distinguir entre obligatoriedad de la jurisprudencia y eficacia de hecho de la misma. Hay obligatoriedad cuando llenándose los requisitos que hemos señalado, otras autoridades, con mucha frecuencia, en rigor se ajustan a ese criterio. Ocurre que algunos tribunales se apegan, en ocasiones, a las tesis sustentadas por la Corte, aunque se hayan pronunciado tres ejecutorias, o aunque el criterio se haya sostenido únicamente por 12 Ministros en el Pleno, o por 3 en la Sala, o no obstante que la tesis se refiera a la interpretación de leyes locales. La jurisprudencia de la Corte es absolutamente obligatoria para unas autoridades, y relativamente obligatoria para otras; y también es relativamente obligatoria para la propia Suprema Corte, que puede, en ciertas circunstancias, modificar su jurisprudencia.

El Magistrado Enrique Colunga, en una sentencia célebre, se negó a aplicar la jurisprudencia aduciendo la inconstitucionalidad de los preceptos que declaran la obligatoriedad de la jurisprudencia (*Anales de Jurisprudencia*, México, diciembre de 1937, tomo XIX, número 6, pp. 867-877), e invocado los artículos 14, 49, 50, 73, 94, 105 y 133 constitucionales, es decir, el principio de la separación de poderes, la circunstancia de que la tesis de la Corte equivaldría a una ley, confundiendo la función jurisdiccional con la legislativa. Lo rebatió el Lic. Vicente Peniche López, en *Jus*, México, septiembre de 1938, tomo I, número 2, pp. 63-79. La obligatoriedad de la jurisprudencia está ahora establecida en los artículos I07 constitucional, 193, 193 bis, 195 bis de la Ley de Amparo.

También existe jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación. Éste se halla integrado por 21 Magistrados; funciona en Pleno y en 7

Salas de 3 Magistrados cada una. La jurisprudencia del Pleno se forma: a) Con motivo de que dos o más Salas dictan resoluciones contradictorias; el Pleno decide cuál tesis prevalecerá; b) Cuando una parte ocurre en queja, aduciendo que una Sala falló contra la jurisprudencia. El Pleno puede reafirmar su jurisprudencia, aclararla, precisarla o bien modificarla.

La jurisprudencia de la Corte puede ser derogada y también acontecer que se establezca una nueva tesis jurisprudencial con un criterio contrario o diverso (194 Ley de Amparo). Habla de "interrumpir" y de "modificar" la jurisprudencia. Ésta "se interrumpe", o mejor dicho queda derogada (194, Ley de Amparo), cuando se pronuncia un fallo que contiene una tesis opuesta o distinta, siempre que se apruebe, en el Pleno, por 14 votos; en la Sala, por 4. Nótese que la jurisprudencia queda derogada y ya no es obligatoria, simplemente por el pronunciamiento de una ejecutoria. La antigua tesis ya no obliga pero la nueva todavía no obliga. Para que esta última llegue a ser obligatoria se requiere que, llenándose todas la condiciones necesarias para el establecimiento de una tesis jurisprudencial, se expresen las razones que mueven a modificar el antiguo criterio, razones que deben referirse específicamente a cada uno de los fundamentos que se tuvieron para sentar la antigua jurisprudencia (194, Ley de Amparo).

Casos en que la jurisprudencia obligatoria se crea mediante una decisión única: A) Tesis contradictorias omitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito. Por ejemplo, el Tribunal de Guadalajara sostiene que, para la eficacia propia del título de crédito llamado "letra de cambio", es indispensable que estén escritas estas tres pala-

bras en el documento. El Tribunal Colegiado de Monterrey sostiene que no es necesario emplear exactamente tales vocablos. Entonces, "la Sala que corresponda", en el caso la Sala Civil, decide cuál es, entre esas dos tesis, la que en el futuro debe prevalecer (195 bis, Ley de Amparo). B) Tesis contradictorias sustentadas por dos Salas de la Suprema Corte. El Pleno es quien decide qué tesis debe observarse (195 bis, Ley de Amparo).

En uno y otro caso, la jurisprudencia se crea por medio de una resolución única. En ambos supuestos, "La resolución que se dicte será sólo para el efecto de la fijación de la tesis jurisprudencial, no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas" (195 bis, Ley de Amparo). La decisión de la Sala o del Pleno no resuelve los litigios que dieron motivo a las controversias planteadas ante los Tribunales Colegiados o ante las Salas, y no son, por tanto, actos jurisprudenciales.

En las cinco ejecutorias que constituyen la formación de la tesis jurisprudencial, podemos distinguir dos aspectos: 1) La eficacia individual y concreta de cada una de tales sentencias. Es la "cosa juzgada", que consiste en el carácter obligatorio de lo decidido, frente a quienes litigaron en el negocio, y respecto de las pretensiones que han formulado; 2) La eficiencia abstracta y general de la tesis contenida en las sentencias. Esta eficacia es la jurisprudencia. En el supuesto de los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Amparo, el acto que elimina la contradicción es sólo la eficacia, pero no tiene la fuerza de cosa juzgada. La resolución de la Corte se aplica a los casos futuros, pero no a aquellos que dieron motivo al pronunciamiento de las sentencias con criterios contradictorios.

Conforme al artículo 10 (Fiscal), la Procuraduría Fiscal decide las diferencias de criterio entre dos o más órganos. La tesis sustentada por la Procuraduría es obligatoria para todos los órganos de la Secretaría de Hacienda. La jurisprudencia de la Suprema Corte es obligatoria para todos los tribunales federales, de los Estados, del Distrito y Territorios y para las Juntas de Conciliación y Arbitraje (193 y 193 bis, Ley de Amparo); y se ha decidido que también es obligatoria para el Tribunal Fiscal. Véase artículo 185 (Fiscal).

La doctrina

La doctrina no es una fuente formal del derecho, sino una fuente real o material. Se llama doctrina al conjunto de estudios que hacen los juristas acerca del derecho, ya con una finalidad puramente especulativa de describir, clasificar y sistematizar las normas jurídicas o de elaborar conceptos sobre los demás fenómenos jurídicos, ya con el propósito (de carácter práctico) de establecer reglas para la interpretación y aplicación de tales normas.

En Roma, los "prudentes", o sea los juristas, resolvían consultas que se denominaban *responsa prudentium*, y se consideraban elementos de gran importancia para resolver las controversias. Augusto confirmó a algunos distinguidos "prudentes" la facultad de dictaminar *ex auctoritato principis*, y Tiberio les otorgó la posibilidad de omitir, con ciertos requisitos, opiniones obligatorias para el juez. Esta facultad se denominó el *ius public* o el *ius populo respondendi*: el derecho de resolver consultas o emitir dictámenes con carácter público. Adriano

ratifico este privilegio que ya no se redujo a poder opinar concretamente respecto a determinado litigio, sino se extendió a formular principios de aplicación general, y en el 426, se expidió por Teodosio II, la llamada *Ley de Citas*, conforme a la cual, para fallar un *litigium* los jueces debían acatar el criterio expresado por la mayoría de estos juristas: Papiniano, Gayo, Paulo y Modestino. En caso de empate, prevalecía la opinión Papiniano.

En derecho canónico se da gran importancia al "parecer común y constante de los doctores" (cánones 20 y 6, párrafo 2o.). El Estatuto de la Suprema Corte de Justicia Internacional menciona, como un elemento para la resolución de las controversias, la "doctrina de los publicistas de mayor competencia" (artículo 38). El Código Civil suizo también le atribuye influencia decisiva a la doctrina. En México la doctrina no es fuente del derecho porque no es jurídicamente obligatoria; pero sí tiene eficacia de hecho, pues influye en las resoluciones judiciales, en las elaboraciones de los proyectos de leyes. Se refieren a la doctrina los artículos: 222 CFPC; 292 y 345 CFPP; 317 y 379 Cod. Proc. Pen. del D.F.; 395, C.P.C.; 553. II, Trab.

Otras posibles fuentes formales del derecho

Los principios generales del derecho no son, directamente y en sí mismos, fuentes formales. Pueden ser fuentes reales o materiales, y tienen, más que nada, el carácter de fuentes valorativas.

Los tratados y las convenciones internacionales sí son fuentes formales del derecho, puesto que si están de acuerdo con la Constitución

y fueron aprobados y ratificados de conformidad con la misma, son una parte del ordenamiento jurídico mexicano (76, I, 89, X, 133, constitucionales). Cuando un contrato colectivo de trabajo se ha celebrado por los dos tercios, al menos, de los patronos y de los trabajadores de cierta rama industrial y cierta región, puede convertirse en "contrato-ley", obligatorio para todos los trabajadores y patronos de esa rama y esa región (es decir, aun para los que no habían contratado). Así lo establece el correspondiente decreto del Ejecutivo (58 Ley Federal del Trabajo), después de seguirse el procedimiento relativo (59 a 64 Ley Federal del Trabajo)

Tema 12

Clasificación de las normas jurídicas

1. Según el sistema al que pertenecen: Nacionales, extranjeras, de derecho uniforme, internacionales y canónicas.

2. Según su ámbito espacial de vigencia: Federales, locales, municipales y regionales.

3. Según su ámbito temporal de vigencia: Vigentes (totalmente, indeterminadas, parcialmente determinadas, perfectamente determinadas). Todavía no vigentes y ya no vigentes.

4. Según su ámbito material de vigencia: De derecho público y de derecho privado.

5. Según su ámbito personal de vigencia: Genéricas, individualizadas, privadas.

6. Según su fuente: Legislativas, consuetudinarias, jurisprudenciales.

7. Según su jerarquía: Normas de supraordenación y de subordinación (Constitución, tratados internacionales, leyes reglamentarias, leyes federales, leyes ordinarias, reglamentos y circulares, normas individualizadas y actos de ejecución).

8. Según su sanción: *Imperfectae*, *minus quam perfectae*, *perfectae*, *plus quam perfectae*.

9. Según la eficacia de la voluntad de los particulares: Absolutamente imperativas o taxativas, dispositivas o interpretativas y supletivas.

10. Según su relación de complementación: Primarias y secundarias (reguladoras de la vigencia temporal), reguladoras de la vigencia espacial, definitorias o explicativas, interpretativas, reglamentarias, transitorias, suplementarias, sancionadoras y remitentes.

11. Según su cualidad: Positiva o permisiva y negativa o prohibitivas.

Clasificación de las normas jurídicas

García Máynez hace una clasificación de las normas jurídicas a las cuales añadiremos algunos otros criterios.

I. *Desde el punto de vista del sistema al que pertenecen*, se clasifican en:

- Nacionales, o sea de derecho interno mexicano;

- Extranjeras (de derecho interno de otro Estado);

- De derecho uniforme: son normas que pertenecen al derecho interno de otros países (varios) y que coinciden en su contenido. Si varios Estados celebran una convención para regular del mismo modo la letra de cambio, el cheque y el pagaré, y cada uno de ellos ajusta su legislación a lo estipulado en la convención, se establece en esta materia un derecho uniforme. El derecho uniforme puede provenir de un tratado o de una convención, pero también puede establecerse por mera coincidencia, por imitación extralógica, etcétera.

- Normas internacionales que regulan las relaciones mutuas de los Estados, y cuya validez no depende en forma exclusiva, ni de modo directo, de la voluntad de los mismos Estados.

- Normas canónicas. El derecho canónico es un conjunto de normas que emanan de las autoridades de la Iglesia católica y que se aplican a los individuos que son miembros de la referida Iglesia. Su validez y su obligatoriedad no dependen de la voluntad del Estado, pues se trata de un sistema jurídico diverso o independiente.

Diversas normas pertenecen a un mismo sistema: cuando todas ellas están directa o indirectamente fundadas en una única norma, o

dicho en otras palabras, cuando la validez de todas ellas puede referirse a una misma norma suprema, que entraña el principio unificador del sistema. La supremacía del derecho interno sobre el internacional parece advertirse en los artículos 15 y 133 de la Constitución.

A la inversa, aparentemente prepondera, en ciertos supuestos, el derecho internacional sobre el interno (27, 42, V y VI constitucionales), pues el espacio aéreo y el mar territorial se establecen con la extensión que fija el derecho internacional. Como resultado de un fallo internacional que atribuyó a Francia la Isla de la Pasión, llamada tambien Clipperton, hubo necesidad de reformar la Constitución cuyo artículo 42 enumeraba dicha isla entre las partes comprendidas dentro del territorio Nacional (*Diario Oficial* del 18 de enero de 1934). Por otra parte, la Ley General de Bienes Nacionales (art.17), señala cuál es la extensión del mar territorial, sin apegarse a un reconocimiento de esta extensión ni atenerse a un reconocimiento de ella por la norma internacional.

No podemos resolver, ni siquiera plantear en este curso, con toda amplitud, el problema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, para decidir si son dos sistemas totalmente autónomos, o si en definitiva se funden en uno solo.

II. *DESDE el punto de vista del ámbito espacial de vigencia*, las normas jurídicas (mexicanas) se clasifican en: A. Federales, B. Locales, C. Municipales, D. Regionales. La clasificación de que ahora hablamos supone que se trata de normas pertenecientes a un mismo sistema.

A. FEDERALES. Son las que se aplican en todo el territorio de la República, como las normas mercantiles, la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley del Trabajo, la Ley Forestal, etcétera. (73 y 124 constitucionales.) B. LOCALES. Son las que tienen vigencia únicamente dentro de los límites geográficos de cada Estado (121 constitucional) Casi todo el campo de la legislación penal y civil. Muchas normas procesales en dichas materias y parte de la legislación fiscal cabe dentro de la competencia de los Estados (40, 41 y 124 constitucionales; los artículos 117 y 118 contienen limitaciones y prohibiciones impuestas a los Estados). C. MUNICIPALES. Son las que rigen únicamente dentro del ámbito geográfico de un municipio (115 constitucional); D. REGIONALES. Son aquellas que tienen vigencia en una región, la cual puede ser de menor, igual o mayor extensión que un Estado, o comprender varios Estados o proporciones de varios de ellos. No por su origen o por su fuente, sino sólo por el Estado al que se aplican, son regionales las normas emitidas en el caso de la suspensión de garantías individuales, "cuando la suspensión se decreta en lugar determinado" (29 constitucional); y asimismo el contrato —ley con vigencia en cierta región (artículos 58 a 64, Trabajo).

III. *Por razones de su ámbito temporal de vigencia* las normas jurídicas pueden ser: 1. Vigentes, 2. Todavía no vigentes (no pudiendo ejercitar el veto, el Ejecutivo no ha promulgado la ley, o ya promulgada no se ha completado la *Vacatio*) 3. Ya no vigentes (abrogadas o derogadas) Las normas todavía no vigentes, aunque no son leyes en el sentido de normas obligatorias, sí pueden invocarse como doctrina.

Hay normas: a) Totalmente indeterminadas en cuanto a la extensión temporal de su vigencia. La mayoría de las leyes pertenecen a ese tipo, pues tienen una duración indefinida y sólo se extingue su vigencia por ser abrogadas o derogadas mediante otra ley expresa o tácitamente; b) Parcialmente determinadas. El decreto de congelación de rentas del 30 de diciembre de 1947 —anterior al que ahora rige— estableció que regiría por un máximo de un año, pero que el Ejecutivo podría anticipar la terminación de la vigencia. Las normas excepcionales que se dictaron en el tiempo de la guerra (1942 a 1945), debían regir hasta la conclusión de ésta, y hasta por 30 días más; C) Perfectamente determinadas. La Ley de Ingresos de la Federación y el presupuesto de egresos son normas que tienen el carácter de la anualidad: su vigencia se limita a un año, y dejan de regir el día 31 de diciembre (65 y 74, IV constitucionales).

IV. *Por razón de su ámbito material de validez*, las normas se clasifican según su naturaleza o la índole de los actos y de las situaciones de las mismas reglas. Hay normas públicas y privadas; las normas de derecho público pueden ser constitucionales, administrativas, penales, etcétera; Las de derecho privado son, principalmente, civiles o mercantiles. En ocasiones, el criterio material determina el ambito espacial de la norma. Por ejemplo: sólo el Congreso de la Unión puede dictar leyes mercantiles (73, X constitucional), y éstas tienen por tanto un ámbito espacial que comprende toda la República. Por otra parte, se influyen mutuamente el criterio material y el personal. La naturaleza mercantil de ciertos actos determina que se respete comercialmente a quien se dedica, habitual o profesionalmente, a realizar esos

actos (artículo 3, fr. I del Código de Comercio). A la inversa, el carácter de comerciante que tenga una persona hace que sean mercantiles sus actos y sus obligaciones, a menos que deban estimarse esos actos, en sí mismos, de naturaleza esencialmente civil (artículo 75 fr. XX y XXI del Código de Comercio). El derecho mercantil es un conjunto de normas que regulan los actos mercantiles y la situación de las cosas similares (criterio material), y que también regulan las obligaciones y el estatuto de los comerciantes (criterio personal).

V. *Clasificación por ámbito personal*. Desde el punto de vista de las personas a quien se refieren, o a quienes se aplican las normas, se advierte que hay normas para los campesinos (agrarias), para los trabajadores (laborales), para los comerciantes, para los profesionistas etcétera.

Las normas jurídicas se clasifican en: a) genéricas; b) individualizadas, y c) privativas.

a) Las normas genéricas, o generales, son de contenido abstracto y se aplican a un número indefinido ("abierto") de personas, es decir, a todas las comprendidas en cierta categoría, o que se hallan dentro de un determinado supuesto que prevé la norma: los acreedores hipotecarios los que han sufrido accidentes de trabajo, los comerciantes, etcétera. La generalidad tiene grados, se trata de un concepto relativo. Poseen la generalidad máxima, las normas que consagran las garantías individuales (1o. a 28 constitucionales.), pues protegen a los mexicanos, a los extranjeros residentes y aun a los extranjeros que sólo de paso o accidentalmente estén en la República (ver art. 2

constitucional) hay normas que se refieren sólo a los mexicanos (30 a 32 constitucionales) o sólo a ciudadanos mexicanos (34 a 36), o únicamente a los funcionarios públicos; otras sólo se aplican a los diputados, etcétera. Por reducido que sea el ámbito personal de una norma, si se aplica a una categoría o clase de personas, a un grupo "abierto", cuyo número puede variar, se trata de una norma general. Son normas generales: las leyes, los reglamentos, algunos decretos ejecutivos, las circulares, las normas de derecho consuetudinario, las tesis de jurisprudencia.

b) Las normas individualizadas sólo obligan a una o varias personas, nominalmente designadas, o individualmente identificables, por ejemplo: contratos, testamentos, sentencias, resoluciones administrativas. Mientras que la norma genérica dice: "El arrendatario debe..." (es decir, todos los arrendatarios deben...) La norma individualizada dice: "El arrendatario Juan debe...". Muchos autores se resisten a denominar normas a estos mandamientos individuales y concretos, y sólo llaman normas a los mandamientos de contenido abstracto y de alcance general.

c) En México tiene gran importancia histórica y política el concepto de ley privativa. Ya la Constitución de 1857 prohibía la ley privativa (nadie puede ser juzgado por leyes privativas), y establecía que, aun en el caso de suspenderse las garantías individuales, esto debería hacerse "Por medio de prevenciones generales, y sin que la suspensión pueda contraerse a determinado individuo". Dentro de

nuestro régimen constitucional, es carácter esencial de la ley la generalidad; que sea de contenido abstracto e impersonal. Las leyes, ha dicho la Suprema Corte, deben tener disposiciones que no desaparezcan después de aplicarse a un caso previsto, o determinado de antemano, sino que sobrevivan a esta aplicación: no deben referirse a un grupo "cerrado" de personas. Son leyes privativas las que se agotan en un número predeterminado de casos, o se refieren a personas nominalmente designadas, o identificables de modo individual. Son mandamientos individualizados que adoptan la apariencia, o la forma externa, de leyes. Por ejemplo la llamada "*Ley del caso*", expedida en 1833, para aplicarse a un grupo de personas denominadas por su nombre, y a las demás que se hallaren "en su caso", sin definir cuál era el caso; igualmente el derecho del Congreso en el tiempo de Juárez (1861), que declaró fuera de la ley, y privadas de sus garantias individuales a siete personas, entre las que se hallaban: Félix Zuloaga y Leonardo Márquez, y prometió el indulto, y una recompensa de 10,000.00.- a quien "Libertare a la sociedad de cualquiera de estos monstruos".

VI. *Desde el punto de vista de su fuente*, las normas se clasifican en: *legislativas*, cuando han sido elaboradas por cierto órgano del Estado, siguiendo ciertos procedimientos previstos por la Constitución; *consuetudinarias*, si se han creado mediante la repetición de actos por los miembros de un grupo social, con la convicción de que se está cumpliendo con una obligación jurídica (costumbre como fuente formal del derecho), y *jurisprudenciales*, si se han establecido mediante reiteraciones de un cierto criterio que se inspira en las decisiones

judiciales (aun mediante una decisión única, en los supuestos de los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Amparo).

VII. *Jerarquía de las normas jurídicas*. Cuando las normas que pertenecen a un mismo sistema jurídico se hallan al mismo nivel, están dentro del mismo plano por ser de idéntica categoría, se establecen entre ellas relaciones de coordinación. Pero entre la norma de rango superior y la de inferior jerarquía, se traban relaciones que llamaremos de supraordenación o de subordinación según tomemos a la superior o a la inferior como punto de partida.

a) En primer término está la Constitución General de la República, que es la expresión suprema del orden jurídico positivo (133 constitucional).

b) En un segundo lugar los tratados internacionales que concuerden con la Constitución (15 y 133 constitucionales), y las leyes reglamentarias de la misma. Estas leyes se expiden, casi siempre, por mandato del Constituyente, y gran parte del contenido de ellas está previamente determinado en la propia Constitución. Ejemplos: la Ley de Amparo (desarrolla la base del artículo 107 constitucional.); la Ley del Trabajo (desenvuelve las bases establecidas en el artículo 123), etcétera. La ley reglamentaria es la Constitución, es decir, lo que el reglamento es a la ley. Algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han reconocido la superioridad de la ley reglamentaria sobre la ley federal ordinaria.

c) En tercer lugar, las leyes federales ordinarias, como la del Impuesto sobre la Renta, el Código de Comercio, etcétera.

d) Los reglamentos que expide el Presidente de la República (89, fr. I y 92 constitucionales), algunos decretos y circulares.

e) Las normas individualizadas como son las sentencias, las resoluciones administrativas y otros mandamientos de carácter concreto.

f) Los actos de ejecución de las normas individualizadas.

Todo lo anterior se refiere a las normas dentro del orden jurídico federal. Pero debemos plantearnos el problema de saber cuál es la jerarquía de las normas dentro de la totalidad del sistema juridico mexicano, que comprende tanto el orden federal como el orden de cada uno de los Estados. Véanse los artículos 40, 41, 73 XXX, 115 a 118, 124 y 133 constitucionales. Aunque es cierto que interpretando aisladamente y en forma literal el artículo 133 constitucional, parece que la Constitución local y las leyes de los Estados son invalidadas siempre que contravengan una ley federal, en realidad hay que tomar en cuenta otros preceptos. El artículo 40 constitucional reconoce que cada Estado es libre y soberano en lo que toca a su régimen interno. El 41 constitucional dice que el pueblo ejerce su soberanía a través de los Poderes de la Unión y por medio de los Poderes de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos en las Constituciones locales, las que en ningún caso podrán contravenir a la Federal. El 124 dice que las facultades no expresamente conferidas a la Federación se entienden reservadas a los Estados. El artículo 13 constitucional alude a las llamadas "facultades implícitas". El Congreso Federal está facultado para expedir todas

las leyes que sean necesarias con el fin de hacer efectivas las facultades explícitamente concedidas a él en las fracciones I a XXIX del artículo 73, y todas las otras concedidas a los Poderes de la Unión.

Si en determinada materia la competencia para legislar le corresponde al Congreso de la Unión, en forma explícita (por ejemplo, vías generales de comunicación, artículo 73, fr. XVII, constitucional o comercio, artículo 73, fr. X) o de manera implícita pero indudable, la ley federal expedida en esa materia prevalece sobre la ley local, y aun sobre la Constitución local que considera ese género de negocios dentro de la competencia del Estado. A la inversa, si en determinada materia la competencia, según la Constitución de la República se atribuye a un Estado, por ejemplo, en casi todo el campo de la legislación civil, la ley local predomina sobre la legislación federal, conforme a los artículos 40, 41, 73, fr. XXX (*a contrario sensu*) y 124. No es verdad, por tanto, que la ley federal prepondere siempre sobre la ley local.

VIII. Clasificación según *el punto de vista de sanciones*. Tomando en cuenta la diversa índole y la diferente eficacia e intensidad de las sanciones puestas al servicio de las normas, éstas pueden clasificarse así:

- *Leges imperfectae*. Son las normas que carecen de sanción. El cumplimiento del deber no puede obtenerse coactivamente, ni hay obligación de pagar daños y perjuicios por el incumplimiento. Sin embargo se da, en algunos casos, la *Soluti retentio*: el que paga voluntariamente no tiene derecho

a exigir la devolucion de lo pagado. (Ver artículos 1894, 1895, 2767 del Código Civil)

- *Leges minus quam perfectae* (Menos que perfectas). La violación no es reparada en el sentido de que se restituya la situación anterior; se impone castigo, pero sin embargo subsiste el acto (o el resultado del acto) infractor; por ejemplo, la pena que se impone al homicida.

- *Leges perfectae*. Después de aplicarse la sanción se logra que las cosas se restituyan al estado que tenían antes de violarse la norma. Por ejemplo, el cumplimiento forzoso (en virtud de éste, se obtiene el mismo resultado que se habría obtenido si se hubiera acatado la norma primaria); la nulidad, cuando es posible, hace, que desaparezcan las consecuencias que había producido el acto nulo (artículo 2236, 2239 del Código Civil) Quizás quepa en esta categoría las normas que establecen la sanción consistente en la indemnización, cuando en el plano económico práctico, la reparación de daños y perjuicios equivale realmente a la prestación omitida. (2107-2109, 2114-2115, del Código Civil).

- *Leges plus quam perfectae* (más que perfectas). Estas normas, ademas de restituir las cosas al estado que tenían antes de la infracción, imponen al infractor un castigo. Es *plus quam perfectae* la norma que impone al ladrón la devolución de la cosa, el pago de daños y perjuicios y además la pena de prisión. La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño; Ésta última incluye la restitución de la cosa

y la indemnización del daño material y del daño moral. (29 del Código Penal; 1916 y 2107-2109 del Código Civil).

IX. Clasificación *atendiendo a la eficacia de la voluntad de los particulares*. Hay normas taxativas, o absolutamente imperativas (*ius cogens*). Su contenido debe necesariamente cumplirse, cualquiera que sea el sentido en el que se manifieste la voluntad del obligado o del beneficiario de la norma (6 del Código Civil). No pueden renunciarse, en ningún caso, los derechos que afecten directamente al interés público, ni las leyes que tiendan a proteger el orden público o las buenas costumbres (6, 8; 1795, fr. III, 1827, fr. II, 1830, 1831, 2225, del Código Civil). Ejemplos de normas taxativas: las que establecen derechos para el hombre y el ciudadano (15 constitucional): Las que señalan las prerrogativas de los trabajadores, positivas o relativamente imperativas. Debe cumplirse su contenido, a menos que las partes manifiesten su voluntad en otro sentido. (6, 2, y 7 del Código Civil). La renuncia sólo produce efectos si se hace en términos tales que no quede duda alguna acerca del derecho que se renuncia. La norma dispositiva se considera interpretativa, si los interesados no regularon el punto; véase 1839 del Código Civil. (Aplicable a todos los actos y negocios jurídicos, por disposición del artículo 1859 del Código Civil). Ejemplos de normas dispositivas: 1141, 1872, 1958, 2082, 2084, 2086, 2111, 2263, del Código Civil.

X. *Clasificación según su complementación. Normas primarias y normas secundarias*. Dos normas pueden ser interdependientes y, sin embargo, de distinta índole la dependencia en cada una de las dos direcciones. El fin en cuanto a su eficacia, a su realización de hecho, depende del

medio. El medio depende del fin en cuanto a su licitud. Es norma primaria la que, en algún sentido, puede considerarse lógicamente previa o subsistente por sí misma, aunque requiera una ayuda o una complementacion de otra norma. Es en cambio, norma secundaria, la que no puede concebirse por sí misma, de modo aislado, sino que necesariamente tiene que referirse a otra norma. Existen diversas especies de normas secundarias, subordinadas a las primarias o complementarias de éstas:

- Las normas reguladoras de la *vigencia temporal* de otras normas, las cuales establecen la iniciación, duración o extinción de la obligatoriedad de las otras normas; indican, por ejemplo, cuándo se inicia la vigencia de una ley, o cuánto tiempo regirá ésta, o bien, en qué fecha dejará de estar en vigencia. Se incluyen por lo general, aunque no necesariamente, en un capítulo de disposiciones transitorias. El artículo1o. transitorio del Código Civil establece el momento en que se inicia la vigencia de este Código. El decreto de 11 de febrero de 1946 (*Diario oficial* del 2-V-46) previene una vigencia máxima de dos años, con la salvedad de que el Presidente de la República queda facultado para anticipar los términos de la vigencia. El tipo de normas que estamos estudiando debe distinguirse cuidadosamente de otra especie —que luego mencionaremos— de normas propiamente transitorias.

- Las normas reguladoras de la *vigencia espacial* de otras normas. El artículo 1593, del Código Civil, dice que los

testamentos hechos en país extranjero producirán efectos en el D.F. si se formularon de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron. Otros ejemplos: artículos 121 constitucional; 15 del Código Civil; 252 Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Estas normas no resuelven el problema al que remotamente se refieren, pues sólo dicen cuál es la ley que debe resolver este problema.

- Las normas que *definen o explican palabras o expresiones contenidas en otras normas*. 308 del Código Civil; dice qué son "alimentos". Los artículos 301 a 307, y 309-323 del Código Civil son normas primarias que emplean la palabra alimentos. Frente a estos artículos, el 308 del Código Civil es norma secundaria. Otros ejemplos: 760-762 del Código Civil dice qué debe entenderse por "muebles"; 806 del Código Civil; define qué es "buena fe" y "título". Son normas secundarias, frente a la norma primaria que emplea esta expresión.

- *Interpretativas*. Una ley o norma primaria puede ser interpretada por medio de otra ley, de una tesis jurisprudencial, de la costumbre, etcétera (normas secundarias).

- Las normas *reglamentarias* son las que desenvuelven los principios contenidos en otras normas, y establecen reglas para hacer más fácil la aplicación de estas. Por ejemplo, una ley reglamentaria respecto del correspondiente precepto constitucional; un reglamento, frente a la ley relativa: una circular, respecto del reglamento o del decreto presidencial.

- *Las normas transitorias* que rigen, para ciertas situaciones iniciadas bajo el imperio de la norma antigua y subsisten aún al entrar en vigor la nueva norma, un régimen intermedio o mixto, diverso del régimen de la antigua ley, y distinto también al creado por la nueva. En forma directa y plena, no se aplica ni el sistema de disposición derogada, ni tampoco el sistema de la ley ahora vigente. El anterior Código Civil prevenía que habiendo buena fe, la prescripción de los inmuebles se consumaba a los diez años. El actual Código exige la posesión de buena fe por cinco años. Al entrar en vigor el nuevo Código Civil, para una persona que había poseido, de buena fe durante 6 años, el artículo 6 transitorio expresaba que el tiempo transcurrido se computaría aumentándolo o disminuyéndolo en la misma proporción en que se hubiera aumentado o disminuido el término fijado para prescribir: los seis años valían por tres, y faltaban dos para que se consumara la prescripción. En el ejemplo, se adquiría por prescripción mediante el transcurso de 8 años (6 + 2), cifra que no coincidía con la fijada en el anterior código ni con la del nuevo.

- *Las normas que remiten a disposiciones supletorias*. El artículo 11 Fiscal, remite con ciertos requisitos, al "derecho común" (2, 81, 1051 Código de Comercio). Señala la aplicación supletoria, en materia mercantil, del Código Civil y el de Procedimientos Civiles. Otros ejemplos: 16 Ley del trabajo; 1915 Código Civil; 6 del Código Penal, los cuales remiten a las leyes penales espaciales.

- *Las normas supletorias aplicables al artículo 1915* del Código Civil. Pertenecen a la categoría "g" los artículos 296, 298, 301, 302, 327 de la Ley del Trabajo pertenecen a la categoría "h" en materia laboral, pues son directamente aplicables como normas primarias; pero en asuntos civiles resultan supletoriamente aplicables, por prevenirlo así el artículo 1915, del Código Civil.

- *Las normas sancionadoras*. Cuando representamos las normas primarias mediante el esquema: "si A es debe ser B", la norma secundaria que establezca una sanción la representamos con esta fórmula: "si no es B debe ser C". Aquí C significa la sanción que debe imponerse por el incumplimiento del deber contenido en la norma primaria. La hipótesis de la norma sancionadora (si no es B) consiste precisamente en que, de hecho, no es aquello que según la norma primaria debe ser.

XI. *Desde el punto de su cualidad*. Desde este punto de vista se dividen en positivas o permisivas y negativas o prohibitivas. Son positivas las que permiten cierta conducta (acción u omisión). Negativas, las que prohíben determinado comportamiento (acción u omisión). Lo que determina la cualidad de la norma jurídica no es, como lo afirman algunos autores, el hecho de que unas, a las que llaman preceptivas, prescriban una acción, y otras a las que llaman negativas impongan una omisión. Las que ordenan la omisión de una conducta prohibitiva, por ejemplo, no son negativas, por lo que la omisión de tal conducta es,

a un tiempo, obligatoria y lícita. La cualidad positiva o negativa de una norma jurídica no depende, pues, de que prescriban acciones o impongan omisiones, sino de que permitan o prohíban, una acción u omisión. Esto equivale a sostener que las positivas atribuyen a un sujeto la facultad de hacer o de omitir algo, en tanto que las prohibitivas les niegan tal facultad si las prohibitivas les niegan dicha facultad, objeto de las primeras, ello en todo caso es una conducta jurídicamente lícita (acción u omisión).

Las prescripciones son positivas, pues es evidente que permiten lo mismo que mandan, según lo expresa el siguiente axioma de la ontología formal del derecho: "Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido". Y como los procederes jurídicamente obligatorios pertenecen a la clase de lo jurídicamente permitido, es obvio que las normas que los prescriben son implícitamente permisivas.

Tema 13
Definición del Estado

Estado es el conjunto de personas asentadas permanentemente en un territorio, bajo la autoridad de un gobierno, encaminado a un fin común.

Elementos del Estado

Tradicionalmente se ha dicho que los elementos del Estado son:

- Pueblo
- Territorio
- Gobierno o autoridad
- Bien común o fin

Como veremos, el territorio no es un elemento esencial, sino tan solo existencial. Podemos imaginar, sin esfuerzo alguno, al Estado sin territorio, no es pues un elemento esencial, sino de mera existencia. Los elementos esenciales son: pueblo, gobierno y bien común.

El pueblo como elemento del Estado

Los sistemas de análisis para este elemento son tres:

- La doctrina racista
- La doctrina marxista
- La integración jurídica del pueblo del Estado

1. *Tesis racista*. La construcción de la doctrina política nazi se hizo tomando como base una especial posición filosófica en relación con el mundo y con los hombres. Los constructores de esa doctrina tomaron el concepto de raza y la absolutizaron: hicieron de él el supremo valor y con esa base construyeron toda su doctrina.

Supuestamente la doctrina racista tiene una fundamentación científica. Por una parte, las leyes de la herencia de Mendel, y por otra la existencia real de los fenotipos y de los genotipos (cuya influencia fisiológica es cierta), pero de ningún modo permite la estructuración de una radical teoría racista.

Fenotipo. Son las características psicofísicas de un individuo, como resultado de la influencia hereditaria.

Genotipo. Es la especie tipo de un género, el grupo de individuos que poseen la misma constitución factorial hereditaria.

Por su parte, el dirigente supremo del movimiento Nacional Socialista, Adolfo Hitler, también consideraba a la raza como un factor determinante, y así lo dijo en su libro *Mi Lucha*: "Se puede clasificar a la humanidad en tres especies: Los que han creado la cultura, los que la han conservado y los que la destruyeron. Sólo al ario se le puede citar como representante de la primera especie".

Y el mismo libro más adelante agrega: "Todo lo que tenemos como civilización humana, como producto del arte, de la ciencia y de la técnica, es casi exclusivamente el fruto de la actividad creadora de los arios. De este hecho se puede concluir, no sin razón, que recíprocamente ellos han sido fundadores de una humanidad superior y que representan el prototipo que nosotros comprendemos bajo el nombre de hombre".

Después dice: "Si se suprime el ario, una profunda oscuridad descendería sobre la tierra. En algunos siglos la cultura humana desaparecería y el mundo devendría un desierto".

En cambio el judío es considerado por Hitler como el destructor de la cultura y abiertamente proclama su posición imperalista: "Consecuentemente, el ario tiene netamente trazado el camino que debe seguir: Conquistar y someter a los pueblos inferiores y reglamentar su actividad práctica, bajo su autoridad; les impone su voluntad y les obliga a proseguir sus fines".

Al mezclarse con otras razas el ario degenera; pierde sus facultades de creador de la cultura y ese pueblo cae en desagracia. Por ello dice que el supremo fin de la existencia humana no es la conservación del Estado sino la conservación de la raza. Cuando está en peligro, la cuestión de la legalidad juega un papel secundario. El fin superior del Estado racista debe ser la vigilancia y conservación de los representantes de la raza primitiva, dispensadora de la cultura que hace la belleza y el valor moral de una humanidad superior.

En virtud de esta concepción, todas las creaciones de la cultura humana (el Estado, el derecho, la ciencia, el arte y la economía) se subordinan a la raza y deben servir para mantener su pureza.

Esta posición doctrinal, que se afirmaba de manera tan clara y tan rotunda como su expresión dogmática, tan tajante en sí misma, llevaba una oposición abierta a los principios del cristianismo. De acuerdo con los postulados cristianos, todos los hombres son iguales, por ser hijos de Dios. De acuerdo con el Nacional-Socialismo, únicamente tiene valor supremo la raza aria y a ella deben supeditarse todas las demás.

Por otra parte, el fin del Estado, el fin supremo, en vez de perseguir su objetivo fundamental que es el bien común de la población, sin importar su filiación étnica, consistía en conservar la pureza de la raza aria y enaltecer sus cualidades.

En consecuencia, nos basta este simple enunciado del principio básico de la construcción Nacional-Socialista para captar a primera vista lo monstruoso de esta doctrina.

2. Tesis marxista. Cuando se habla de la tesis marxista, casi siempre se desconoce un antecedente remoto de ella. Ya en el siglo XII, Philoteos expone la tesis de la tercera Roma, basada en un hecho histórico: La caída de la Roma imperial, frente a la cual surge una segunda Roma: Bizancio. Posteriormente Bakunin dirá que la tercera Roma sera Moscú, que está llamada a ser el centro del mundo.

Philoteos no es un marxista, él se refería al mundo literario, cultural y político, pero ya existe un deseo: Rusia tiene una misión providencial.

La tesis tiene gran difusión, pero es olvidada hasta el siglo XIX en que es explotada por Bakunin, autor de un manifiesto a los pueblos eslavos. Bakunin trata a Marx, tiene puntos de coincidencia, pero el primero es nacionalista y el segundo es internacionalista. Después se distancian y Marx toma las teorías de Bakunin, dándoles un sentido internacional.

Entre las grandes tesis que sostiene Carlos Marx, y que hay que analizar, aunque sea rápidamente para entender su teoría sobre el Estado, cabe señalar: la *teoría de la plusvalía*, de la cual se va a desprender su gran ideal: la desaparición del Estado.

Teoría de la plusvalía

El valor es, según Marx, el trabajo incorporado en los productos ya elaborados por el trabajo humano. La tesis es atractiva pero falsa.

Los hechos, en efecto, están en pugna con esta teoría.

a) Ciertos productos tienen un valor inmenso sin que el trabajo intervenga en ellos para nada: por ejemplo, una invención debida a una feliz casualidad.

b) Otros, a pesar del trabajo inmenso que han costado, no tienen valor, sirve a los intereses de la clase dominante. En nuestros días, Vyshinsky explica y define esa concepción.

c) Ciertos productos, de trabajo desigual, tienen igual valor; por ejemplo, dos sacos de trigo, cosechado uno en una tierra casi estéril, y el otro en una tierra fértil;

d) Otros, de trabajo igual, tienen valores sumamente diferentes: por ejemplo, vinos de distintas cosechas.

El Estado es cómplice de la explotación que las clases dominantes hacen de los proletarios, al no cubrir debidamente la plusvalía que representa el trabajo humano. El Estado, y debe desaparecer.

Marx señala la existencia de dos etapas:

- La lucha de clases

- La dictadura del proletariado

En la primera etapa el pueblo del Estado se integra por el proletariado y los privilegiados, mientras que en el segundo sólo existe una clase que integra el pueblo del Estado: el proletariado. Para Lenin el Estado también debe desaparecer, pues él mismo ha afirmado que: "El proletariado arroja a un lado, considerándola una mentira burguesa, la máquina llamada Estado, cuando ya no queda ninguna posibilidad de explotación, cuando ya no queden dueños de tierras o de fábricas, cuando ya no se harten unos mientras otros padecen de hambre, entonces deberemos destruir esa máquina: no habrá entonces más Estado". Yudin, en 1922, escribe: "No reconocemos nada privado, para nosotros todo tiene carácter de derecho público." Sin embargo, no se puede lograr lo pregonado por Marx, lo pregonado por Lenin, ni lo pregonado por Yudín. Y así Stucka dice: "Así como los campesinos alemanes echaron a sus doctores en derecho y los españoles maldijeron a sus togados, la revolución debe mantenerse en guardia contra sus juristas".

Dentro de la actual concepción de los juristas soviéticos, el derecho sirve a los intereses de la clase dominante. Vyshinsky explica y define así el derecho:

"El derecho no es ni un sistema de relaciones sociales, ni una forma de las relaciones económicas de la producción. El derecho es un conjunto de reglas de conducta; pero no sólo de normas, sino también de costumbres y reglas confirmadas por la autoridad del Estado, y protegidas coactivamente por esa autoridad".

No han podido destruir al Estado y se han visto en la necesidad de dejar en sus manos la suprema validez de toda norma. Pero donde mejor se aprecia este fracaso es en las Constituciones rusas, por lo que haremos un somero análisis de las mismas.

Las Constituciones soviéticas

De acuerdo con el ideal de Marx, hay que omitir incluso la palabra Estado, odiosamente burguesa, al igual que los otros términos que pudieran traer aparejada la idea de explotación.

En el primer documento que nos ocupa, titulado "Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado" (8 de enero de 1928), se observó fielmente el ideal marxista.

La primera Constitución (10 de julio de 1918) repite el mismo título de la Declaración anterior, pero en el artículo primero establece que Rusia se llamará "República de los Soviets de obreros, soldados y campesinos". Ya aparecen expresiones propias de los sistemas burgueses estatales.

La segunda Constitución (6 de julio de 1923) ya es llamada con este nombre: Constitución (Segunda Constitución de la Federación Soviética). Está precedida de una pequeña declaración llamada "Pacto", en la que se utiliza la palabra Estado: Las Repúblicas de Rusia, Ucrania, Rusia Blanca, Transcaucasia y Armenia, se unen en un solo Estado Federal... la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

En la tercera Constitución (11 de mayo de 1925), se dice:

Artículo 2. La República Socialista Soviética será un Estado de obreros y campesinos.

Artículo 15. Se declara propietario al Estado.

Artículo 45. El Comité Central Ejecutivo, dentro de los límites de esta Constitución, es el órgano legislativo del ESTADO.

En ella apareció tres veces la palabra Estado, y se suscitaron rebeliones contra ello, uno de ellos fue Trotsky...

La Constitución actual (25 de noviembre de 1936) consta de 145 artículos y sólo en dos no aparece la palabra Estado:

Artículo 1. La Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas es el Estado de los obreros y campesinos.

Capítulo segundo (Artículos 13 a 29) "Organización del Estado".

Capítulo tercero (Artículos 30 a 56) "Órganos superiores del poder del Estado de la URSS".

Capítulo cuarto (Artículos 57 a 63) "Órganos Superiores del Estado en las Repúblicas Federales".

Capítulo quinto (Artículos 64 a 78) "Órganos Administrativos del Estado en la URSS".

Capítulo sexto (Artículos 79 a 88) "Órganos de la Administración del Estado de las Repúblicas Federales".

Capítulo séptimo (Artículos 89 a 93) "Órganos superiores del poder del Estado en las Repúblicas Autónomas".

Capítulo octavo (Artículos 94 a 101) "Órganos locales del poder del Estado".

Capítulo noveno (Artículos 102 a 117) "Tribunales y ministerios públicos del Estado".

Capítulo décimo (Artículos 118 a 133) Es el único que no tiene en el título la palabra Estado, pero se encuentra en el articulado. El capítulo se refiere a los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos y sólo encontramos un derecho: Artículo 119 "Los ciudadanos de la URSS tienen derecho al reposo".

Capítulo décimo primero (Artículos 134 a 142) "Sistema electoral del Estado".

Capítulo décimo segundo (Artículos 143 a 145) "Armas, Pabellón y capital"; la palabra Estado se encuentra en los tres artículos que componen el capítulo.

Capítulo décimo tercero (Artículo 146) No tiene la palabra Estado; se refiere a la modificación de la Constitución.

Documentalmente las Constituciones soviéticas están demostrando:

- Que la desaparición del Estado no ha sido posible.
- Que la URSS aun ostentándose como prototipo de organización marxista, contradice lo dicho por Marx.

3. Integración jurídica del pueblo del Estado

Jurídicamente son mexicanos:

- Los nacidos en México
- Los extranjeros naturalizados

El artículo 30 de la Constitución señala:

a) Son mexicanos por nacimiento:

- Los que nazcan en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
- Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicana y de madre extranjera, o de madre mexicana y padre desconocido, y

- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

b) Son mexicanos por naturalización:

- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización, y

- La mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano, o tenga o establezca su domicilio dentro del territorio nacional.

El territorio como elemento del Estado

Se plantean estas interrogantes: ¿El territorio es un elemento esencial del Estado? ¿Forma parte de su subsistencia, o bien es un instrumento necesario para el desarrollo de su actividad?

Hay autores que consideran al territorio como un elemento del ser mismo y de la misma personalidad del Estado, como Groppali. Considera Groppali que, en su esencia, el Estado está formado de hombres y territorio, a la vez.

No podemos estar de acuerdo con esta teoría, pues ya vimos que el Estado es un ente cultural o persona moral que surge con motivo de las relaciones humanas.

El territorio es donde se verifica esta relación y es un medio necesario para que tengan lugar esas relaciones, ya que no pueden éstas realizarse en el vacío. Pero también es indispensable para la vida física del hombre, y no por ello se nos ocurre decir que el territorio forma parte de la persona humana. Y lo mismo podemos decir en relación con el Estado. El territorio tiene el mismo rango de una persona física, como el hombre respecto de una persona moral, como el Estado. El territorio es un auxilio para su existencia; es un medio al servicio del Estado.

Es indudable que en la ausencia de un territorio no puede formarse un Estado, y que la pérdida de aquél entraña la disolución de éste. Pero del hecho de que el territorio sea indispensable para el Estado no puede concluirse que forma parte de su mismo ser. Condición de existencia no se confunde con elemento esencial o constitutivo.

Esta conclusión tiene la importancia de afirmar nuevamente la primacía del hombre en la existencia del Estado.

El territorio ocupa el lugar de un instrumento necesario del que tiene que valerse el Estado, en forma análoga a la persona física, pero sin llegar a formar parte de su esencia.

No hay que olvidar que la sustancia misma del Estado se encuentra constituida por la sociedad humana que le da vida con sus relaciones. El territorio es el asiento de esa sociedad, pero no forma parte

esencial o constitutiva de la misma. Ésta ha sido la tesis brillantemente definida por Jean Gabin.

Clases de derecho que tiene el Estado sobre su territorio

El tipo de derecho de que goza un Estado no es real ni es propiedad ni es directo ese derecho. El Estado no es titular, los que ejercen la propiedad son las personas.

Los autores de derecho público hablan del *imperium* al referirse al derecho que nos referimos (No significa imperio): Es el derecho que el Estado ejerce sobre su territorio a través de sus particulares.

Autoridad como elementos del Estado

Sin embargo, esta sociedad universal y necesaria, el Estado, no podría existir ni alcanzar sus fines sin la existencia en el mismo de un poder, es decir, de la autoridad.

En esta forma establecemos la necesidad de una institución gobernante en el Estado y afirmamos que la cooperación libre de los individuos es una mera ilusión.

La misión coordinadora del Estado implica que éste pueda imponer obligatoriamente sus decisiones: para ello necesita tener poder. La realización del bien público postula la necesidad de una autoridad.

Un Estado presenta tres características:

- La soberanía implica la negación de un poder superior al Estado.

- La autonomía es la aptitud del Estado para organizarse según su voluntad y con sujeción a las leyes que se da a sí mismo.

- La independencia es la ausencia de un poder extraño que imponga al Estado obediencia y sujeción. En el orden internacional los Estados se dan un tratamiento igual, independientemente de su capacidad económica o militar.

La autoridad del gobierno debe ser originaria, o sea que no tenga dependencia de otra autoridad, es decir, gobierno soberano. Cuando exista otra autoridad sobre él, desaparecerá lo originario de su poder.

En cuanto a la autodeterminación, existe una tendencia muy marcada a exagerarla. Los marxistas, quienes quieren, al mismo tiempo, destruirla y fortificarla.

En el campo internacional sucede lo que en el nacional: la paz y seguridad internacional deben estar por encima del bien o de cualquier Estado.

Entre los marxistas encontramos a Lenin, quien desprecia totalmente la norma internacional.

Korovin expresa: "Las normas de derecho internacional se basan en una solidaridad de ideas que no se pueden aplicar al Estado marxista"

Krilov: "El derecho internacional está limitado por la soberanía de cada Estado"

Koretsky: "Las personas no pueden ser sujetos de derecho internacional". Es el primer autor que niega que la persona humana sea sujeto de derecho internacional.

El bien común como elemento del Estado: El Estado tiene un fin que es el bien común. El bien común es la creación del ambiente, por parte del Estado, para que todas y cada una de las personas desarrollen sus capacidades, tanto materiales como intelectuales y espirituales.

Teorías equívocas sobre el bien común

1. El bien común no puede ser la reunión de los bienes particulares, porque siendo esos bienes particulares esencialmente diversos, de su yuxtaposición no se puede obtener un resultado común.

2. El bien común tampoco puede ser la suma de los bienes particulares, por la misma razón antes dicha: siendo los bienes particulares esencialmente distintos, no es posible una suma de entidades heterogéneas.

La idea correcta del bien común y su definición podria ser: bien común es la jerarquización u ordenación de los bienes particulares. Tal vez la fórmula del poeta pudiera expresar la misma idea: "Nadie tiene derecho a lo superfluo, mientras alguien carezca de lo estricto". (Salvador Díaz Mirón).

A esa jerarquización de los bienes particulares la vamos a denominar, en adelante, con las expresiones fin del Estado o bien común; cualquiera de las formas es correcta y coincidente. Independientemente de ese fin objetivo del Estado (bien común), también tiene un fin objetivo de los individuos. Fin subjetivo del Estado es el fin que él persigue, considerado como persona, ubicado dentro de la historia y precisable cronológicamente.

Así, por ejemplo, son diferentes los fines que persigue la organización estatal precortesiana, la conquista, el virreinato, México independiente, etcétera. El fin subjetivo del Estado puede variar con el transcurso de los hechos históricos. Lo que no varía es el fin objetivo.

Integración de todos los elementos del Estado

Hemos dicho que el Estado consta de tres elementos esenciales: pueblo, autoridad y bien común, y de una condición de existencia: territorio. Tenemos, por tanto, una perspectiva desarticulada de lo que es el Estado. Para integrar la perspectiva definitiva y unificadora,

es necesario acudir al concepto de Constitución. La Constitución puede ser definida de múltiples maneras, pero para las finalidades que perseguimos, no basta decir que es la integración del Estado a través de la reunión de sus diversos elementos.

Tema 14

Génesis del derecho mexicano

La historia del derecho en México no puede compendiarse en una sola ficha sobre una sola materia. Requiere, indispensablemente, una cátedra especial. Pero independientemente de su aspecto esencial y de la natural dificultad que representa su extensión, debemos enfrentarnos a otra serie de consideraciones.

Nuestros juristas han olvidado un poco el estudio de la historia del derecho en México. Trinidad García Rojas apenas le dedica unas cuantas páginas. Eduardo García Máynez la ignora en absoluto.

Y esto resulta todavía más lamentable, si se considera que pocos países en el mundo —dicho sea sin torpes vanidades— tienen una historia jurídica tan interesante como México.

En cambio autores extranjeros como Aftalión, García Olano y Vilanova, en su texto de introducción al derecho, dedican un extensísimo capítulo a la historia del derecho argentino.

Entre las múltiples razones que pueden citarse para realizar un rapidísimo análisis, a ojo de pájaro de este tema, pueden invocarse las siguientes:

- Un jurista, un estudioso del derecho, no puede ignorar la historia jurídica de su país.

- La historia del derecho explica, justifica o hace censurables las disposiciones que en algunos momentos han tenido vigencia.

- Las fuentes formales de la ley —legislación, jurisprudencia y doctrina— necesitan también de ese análisis histórico.

Pero este estudio requiere ciertas condiciones previas y esenciales:

- Espíritu crítico para valorar las situaciones concretas dentro de las circunstancias históricas en que se produjeron.

- Libertad de criterio para desprendernos de las actitudes de una historia oficiosa y oficial que se nos ha venido imponiendo desde la escuela primaria.

- Abandono de un criterio maniqueísta que nos hace pensar que la verdad es patrimonio exclusivo de un sector, mientras que el error pertenece exclusivamente a otro grupo. Tal criterio podría ejemplificarse en una pequeña fórmula: "Yo soy el bueno y el depositario exclusivo de la verdad; quien no piense como yo es malo, y exponente del error en forma absoluta".

Para su rapidez nos ceñiremos a la división tradicional de nuestra historia:

- Epoca precortesiana
- Instituciones españolas en la etapa colonial
- México independiente

Evidentemente, el análisis de este tema es, simultáneamente, interesante y doloroso. Pero como arriba queda dicho, resulta también indispensable.

I. Época precortesiana

Medio socioeconómico

1. Se desconoce totalmente la bestia de carga, cosa que explica la esclavitud. No conocían bestias de tiro ni de labranza tampoco.

2. No conocían la utilidad mecánica de la rueda.

3. No había moneda unitaria.

Organización estatal

1. Era un sistema centralista. La llamada federación entre Texcoco, Tlacopan y Tenochtitlán es algo inexistente. Tenochtitlan impuso siempre los señores a las otras dos poblaciones.

En una federación existe estricta igualdad entre los integrantes; ninguno de los pueblos pierde su soberanía, únicamente sacrifica algo de su personalidad. El pueblo ha quedado acostumbrado al centralismo, pues como veremos, la organización de la colonia también era centralista.

2. La autoridad central era absoluta. Completamente lógico, confirmándose lo anterior.

3. La conquista, según el sistema azteca, tenía un carácter peculiar, pues no tenía el sistema occidental de sometimiento, únicamente conquistaba con el fin de tener tributarios.

Organización social

1. Nobleza. Era personal, no se heredaba. Se adquiría por méritos propios. No existía el apellido.

2. Familia. Los lazos familiares eran sumamente débiles. Mientras el derecho occidental tiene instituciones que hacen ver la importancia que se da a la familia, mayorazgo, patrimonio, etcétera. Estas instituciones eran desconocidas en el derecho azteca.

No existía el apellido, no había palabra para designar al abuelo, los *hue* (viejos), *tlatli* (padre), *nantli* (madre), *pilli* (hijo), *tlatli* (tío), son las designaciones que tenían.

3. Relaciones de mancebía. Era una institución jurídica, tan respetable como el mismo matrimonio.

Este factor contribuía a la debilitación familiar.

4. La antropofagia. Los sacrificios humanos, punto de choque entre los hispanistas y los indigenistas. Para poder formar un juicio, veremos sus características.

a. Era un acto fundamentalmente religioso. Es, sin embargo, casi un acto jurídico, pues es la culminación de la Guerra Florida.

b. Existe una macabra contabilidad (tzompantli).

Características del derecho indígena

1. Indeterminado. No hay una sola definición de derecho, mucho menos lo que es un proceso. Es tan solo un amontonamiento de

hábitos que se van reuniendo de modo casi involuntario. No hubo tiempo para proceder a una codificación propiamente dicha.

2. No existen términos que normalmente se encuentran en otros sistemas jurídicos: seducción, violación, fraude, prescripción, copropiedad.

3. Esclavitud. Aberración de toda la humanidad que puede tener más justificación que entre otras naciones. Sin embargo, las causas y los modos de liberarse no eran jurídicos en algunas ocasiones:

- Huída, siempre y cuando no hubiese ayuda de terceros.
- Relaciones amo-esclava o esclavo-ama.
- Ponernos de pie en excremento humano.

4. Educacion del niño. No estaba a cargo del padre ni de la madre, pues era tomado, educado y destinado por el Estado: centralismo absoluto en materia educativa. Esto explica el Calmecac y el Tepochcalli.

5. El derecho procesal. El proceso era breve y oral y, a veces, vindicativo. La Guerra Florida es un contrato de guerra con el fin de obtener esclavos, celebrado entre Cholula, Tlaxcala y Huejotzingo, por una parte y Tenochtitlan, Tlacopan y Texcoco, por la otra. En ninguna otra parte se dio un contrato de guerra periódico, aquí

era una institución jurídica, por eso decíamos que los sacrificios humanos eran la culminación de un acto jurídico. Como conclusión, el derecho azteca es incompleto, falto de técnica, raquítico, sin embargo no es culpa de nadie y, si bien todo se explica, no lo justifica.

Este es el primer elemento para integrar el Estado mexicano, en el cual encontramos ya la raíz de muchos de nuestros actuales problemas: relaciones familiares, tendencias al centralismo... indeterminación, etcétera.

II. Derecho Español

En la cultura española encontramos nueve diversos elementos que también influyen en el pensamiento jurídico. 1. Grupos celtíberos 2. Colonias fenicias 3. Colonias griegas 4. Colonias cartaginesas 5. Colonización romana 6. Influencia del cristianismo 7. Influencias y repercusiones del derecho canónico. 8. Invasión de los godos: visigodos y ostrogodos. 9. Invasión árabe.

a. En un principio cada ciudad, cada reino, tiene sus leyes. Como cada grupo había llegado con su propio derecho, van a brotar por todas partes los fueros (derecho privativo de determinadas ciudades o reinos), siendo abundantísimos.

b. Se presenta un problema gigantesco para lograr una codificación. Surgen varias recopilaciones:

- Leyes de Castilla. Década legal.
- Fuero Viejo
- Siete Partidas.
- Fuero Real.
- Ordenamiento de Alcalá.
- Ordenamientos para las diversas villas o ciudades: Burgos, Sevilla, Valencia, etcétera.

Década Castellana. Nos detendremos en la década legal de Castilla por ser una obra básica, prototipo de las primeras codificaciones. La década, como su nombre lo indica, contiene diez leyes y tiene dos características fundamentales: a) Su aspecto religioso, notorio como veremos enseguida, y b) Una gran fidelidad a la autoridad monárquica.

Las leyes de la década son:

- Ley religiosa. Derecho canónico.
- Ley Regia. Relativa a la persona y bienes del monarca.
- Ley Magistratoria. Que vendría a ser la ley de las secretarías de Estado.

- Ley popular. Trataba de la organización municipal.
- Ley familiar. Incipiente código civil.
- Ley Exercitoria.
- Ley Agraria. Trataba de la propiedad agraria.
- Ley Dominical. Trataba del dominio de los bienes.
- Ley Judicaria. Organización de tribunales penales y procesos.
- Ley Militar.

La última de las leyes es la que va a dar lugar al problema de los fueros: todos tenían fueros. (Fuero militar, Fuero de abogados, etcétera).

El "Obedézcase pero no se cumpla"

La Ley Judiciaria establece una institución más grave que la misma epiqueya: el "*obedézcase pero no se cumpla*". Cuando una ley era recibida, y se podía presumir que era inadecuada, debía ser obedecida para conservar la dignidad de la ley, pero no cumplida, para evitar los conflictos. Este es el antecedente de nuestro juicio de amparo. El legislador español se da cuenta de que su ley puede ser inadecuada, por la falta de conocimiento del lugar donde va a ser aplicada, por lo

que la Ley Judiciaria se expresa así: "Las cartas que se libraren contra el derecho, serán obedecidas pero no cumplidas".

Era lógica la complicación, sin embargo la institución va a traer profundos problemas, pues se va a utilizar para no cumplir la buena fe no bien informada, como con las Leyes de Indias. Es un freno al derecho español en la Colonia.

Características del derecho español

1. Profundo individualismo se va a reflejar en el derecho: ante el poder real se sitúa el Municipio, la persona sobre el Estado. (Al contrario del derecho azteca).

2. Apego a las instituciones tradicionales. (El Municipio y los comuneros.).

3. Un derecho que ha pasado por tres etapas: Consuetudinario, escrito pero disperso y escrito codificado.

4. Organización eminentemente familiar, lo cual se contrapone a la familia azteca.

5. Como consecuencia de esta organización familiar, el fijodalgo, el mayorazgo.

6. Organización estatal acentuada, principalmente en la familia del monarca.

7. Gran sentido democrático (Ayuntamiento) Cosa que plasma Lope de Vega en su *Fuente Ovejuna*.

Choque de ambos derechos.

Estos dos elementos: azteca y español, son los primeros para lograr la integración del Estado Mexicano, y si pueden unirse sus defectos, los hace explosivos. Cuando se unen el derecho español y el indigena sufren una deformación fatal, debido al choque de sus elementos.

Las causas de la deformación del derecho español fueron:

- Decir que todo el español que vino a América lo hizo por un móvil de cultura es falso; los hubo pero en minoría. La gran masa era impulsada por un deseo de enriquecimiento rápido, por lo que se hacen impracticables las Leyes de Indias.

- La lejanía de la autoridad reguladora hacía difícil la aplicación de un castigo.

- Por la facilidad de engañar a esas autoridades, es como nace la "mordida".

- Por la psicología del indígena, que se pliega sin oponer resistencia, o sea por su mansedumbre y timidez. Las instituciones españolas no tienen oposición.

A su vez, el indígena deforma su derecho por dos motivos. Por el placer que el propio indígena experimenta en destrozar su régimen jurídico azteca; recordemos, a modo de prueba, que es el mismo indígena el que lleva a cabo la conquista. El indígena tiende a terminar con todo lo azteca; no es el español el que lo destruye, sino el mismo indio. Recordemos que el indígena estaba sometido por los aztecas, por lo que ven a los españoles como a sus liberadores. Lo importante para nuestro estudio está en que ambos —españoles y aztecas— destruyen su propio derecho, por lo que éste va a ser poco sólido, sin consistencia.

Instituciones jurídicas españolas en la Nueva España

Pasemos ahora al estudio del derecho vigente en la Colonia. Este derecho estaba constituido por cuatro tipos de leyes:

- El derecho de España que tiene aplicación en la Colonia.
- El derecho elaborado en la metrópoli para todas Las Indias, que fueron aplicadas en Nueva España.
- El derecho elaborado en la metrópoli, específicamente para la Nueva España.
- El elaborado en la Colonia para ella misma, siendo muy raro, como es natural.

La primera obra que analizaremos, de las elaboradas *ex profeso* para la Nueva España, son las Ordenanzas que el gobernador de Cuba (don Diego Velázquez) da a Hernán Cortés. En ella se refleja ya la psicología del ibero dentro del nuevo mundo.

Las disposiciones del documento que nos ocupa están concentradas en cuatro disposiciones o capítulos, el primero de los cuales ordena a Cortés evitar a toda costa la blasfemia; en la segunda parte le ordena velar por las buenas costumbres; en la tercera le ordena explorar por tierra y costas; en la cuarta le da juridicidad en materia tanto civil como penal.

Si fijamos un poco la atención, veremos que los primeros capítulos son trasunto de la Década castellana, ya analizada.

La segunda institución es el Municipio Libre. Al llegar a Chalchihuecan, Cortés tiene deseo de independizarse de Diego Velázquez. Conocedor de toda la temática relativa, la Vera Cruz va a ser el primer Ayuntamiento, institución plenamente democrática con la que se desprendía de Cuba.

La tercera de las instituciones son los depósitos o alhóndigas en las que se vendía grano a bajo precio, pero sin pérdida, careciendo por tanto de carácter mercantil para tenerlo social.

La cuarta es el juicio de residencia, o sea la sujeción que gravitaba sobre los funcionarios que terminaban sus obligaciones. Al término de sus funciones, los funcionarios eran sometidos a juicio abierto.

Otra institución era la Casa de Contratación de Sevilla, ésta de tipo mercantil, y encargada de vigilar el comercio de la Colonia, y que prohibió el cultivo de la vid, el olivo y la morera; creó tambien el monopolio estatal del tabaco.

El primer Concilio. Existen además una serie de instituciones creadas en la Nueva España, entre ellas los concilios, el primero de los cuales se celebra en 1555.

Las leyes emanadas de los concilios normalmente son religiosas, pero abordan en ocasiones materia civil.

Esta es una prueba de la gran influencia que ejerció el derecho canónico. En el capítulo 64 del mismo se establece que el indígena puede recibir los sacramentos, inclusive el de la extremaunción. Si recordamos que en aquella época se discutía la humanidad del indígena, siendo afirmativa la contestación papal, ésta se reflejó en la disposición antes mencionada. En el capítulo 71 se establece que los indios que anden fuera de sus casas deben ser forzados a vivir con sus esposas. Aquí vemos un fenómeno curioso: el indígena se lanza fuera de los poblados y abandonan hogares, casas, esposa, hijos... En el capítulo 72 se ordena que los *mazehuales* no sean impedidos de casarse con quien quieran, y en el capítulo 73 se dice que los indios se organizarán en pueblos.

En el Concilio segundo (1565) se dan una serie de avisos, de los cuales extraemos: 10. Se pide que la habitación de los indios tengan los requisitos de salubridad necesarios. Se dice además que los que no tengan alimentos vayan con los quienes los tengan; que se ayuden por

los que los tengan; que se ayuden cuando enfermen, pues se ha visto que se dejan morir unos a otros... que tengan los animales necesarios, etcétera.

Causas internas y externas de la crisis jurídica de la Nueva España

Las causas histórico-jurídicas de la crisis son, en su parte interna, tres:

- La falta de la visión política de la propia España para conceder la libertad a sus colonias. Hubo hombres de gran visión política que pidieron la libertad para las colonias, como el conde de Aranda, secretario del rey, pero fueron desoídos.

- El monopolio estatal. Es el caso de la Casa de Contratación de Sevilla, ya analizado .

- La gran distancia entre la metrópoli y las colonias; el aislamiento.

Las causas externas son:

- El judaísmo. España se lanza contra los judíos y el expulsado se va a levantar contra el país que los expulsa.

- El protestantismo. Que hace enemigos tradicionales a Inglaterra y España.

- La masonería. Punto en donde convergen los dos anteriores.

México Independiente

Llegamos a la independencia, llevada a cabo por los criollos, los mestizos y los españoles.

Dos hechos van a tener gran repercusión en el movimiento que analizamos: La independencia de las colonias inglesas y su Constitución.

Cuando la Nueva España se siente separada de la metrópoli va a imitar la Constitución del vecino, que buena para ellos, será inapropiada para la nueva nación.

La situación de las trece colonias era muy distinta a la nuestra: ellas eran independientes entre sí, pero la Nueva España era una colonia unida. Recordemos las palabras de don Lucas Alamán: "Lo que en Norteamérica ha servido para unir lo separado, aquí sólo podrá desunir lo que está unido".

Nuestra independencia tiene una doble característica:

- Es inmadura, no estabamos preparados para ella
- Es una imitación de la independencia norteamericana

La influencia Yanqui en 1857

A todas luces resulta incontrovertible que la influencia más definitiva y categórica en la elaboración de la Constitución de 1857, fue la Constitución de Norteamérica.

La leyenda nos presenta a los norteamericanos librándose de un yugo tiránico: pero su independencia no es el resultado de un ansia de libertad. Son demasiado ricos para seguir bajo el yugo inglés. Ricos del género que distingue a una clase plutocrática, que abren territorios más y más vastos para incorporarlos y dominarlos; que hacen de sus hijos grandes juristas para legitimar sus adquisiciones; y que son políticos cuando es necesario organizar un gobierno protector de las riquezas que acumulan.

El rasgo característico y notable de la sociedad norteamericana es que no constituye tanto una democracia, cuanto una gran compañía comercial para el descubrimiento, cultivo y explotación de su enorme territorio. La Constitución yanqui, traduce las exigencias de un problema práctico de hombres de negocios que no las extraen de una metafísica desinteresada, sino del sistema de gobierno inventado para los intereses de la oligarquía inglesa del siglo XVIII, rival y modelo de la plutocracia norteamericana.

El estudio biográfico de los 55 delegados que constituyeron la Convención de Filadelfia para elaborar la Constitución de los EE. UU., nos revela este primer hecho: Que la asamblea se compuso de 54 ricos y un pobre, William Pierce, de Georgia. ¿Quién preside la asamblea? Washington, el príncipe de los especuladores y comerciantes.

> Ah —Dice Pereyra—, pero es que en la Convención también hubo un zapatero: Roger Sherman, pero el zapatero fue rico, e ignoro si su riqueza le vino de los zapatos o de *las pandectas*. Terratenientes, comerciantes,

> abogados, médicos, políticos de profesión, todos ellos saben de negocios. El propietario de esclavos se interesó en los títulos de la deuda pública; El abogado exporta cargamentos de tabaco; el político funda bancos. El médico y además bueno, escribe sobre asuntos financieros; el heredero practica la especulación; el que ha sobresalido en sus estudios clasicos, pone a un lado *Las Geórgicas* para hacer números y llenar la caja fuerte.

Y enseguida Pereyra expone alguna de las frases de Hamilton, uno de los autores de la Constitución: "El pueblo turbulento y voluble pocas veces puede juzgar y resolver con acierto, no es verdad que la voz del pueblo sea la voz de Dios: LAS SOCIEDADES SE DIVIDEN EN DOS GRUPOS: EL DE LOS POCOS Y EL DE LOS MUCHOS. LOS PRIMEROS SON LOS RICOS Y BIEN NACIDOS; LOS OTROS FORMAN LA MASA DEL PUEBLO."

La Constitución de los EE. UU., por el contrario, traduce la mayor desconfianza contra las asambleas primarias y, en segundo lugar, contra las asambleas de los representantes emanados directamente del pueblo; los Constituyentes norteamericanos procuran armar y dar fuerza al Ejecutivo y al Senado (que no emanan directamente del pueblo), para que los dos hagan guardia en la ciudadela de los derechos de propiedad. Todo parece hacer creer que si no es la Cámara de Diputados el supremo poder de los EE. UU., entonces toda la fuerza recae en el Ejecutivo, pero también esto es falso. Dice Pereyra que la Constitución de los EE. UU. guarda un secreto de organización jurídica. Este secreto consiste en que más allá del Ejecutivo y del Senado, se levanta una autoridad suprema y augusta: la

Corte de Justicia, ésta es una institución central en el sistema americano, y lo es, porque sirve de garantía a la disposición que los Constituyentes erigen como base de todo el sistema federal: en la mente de sus autores, TENÍA POR OBJETO LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD. Y esta defensa se asegura por el artículo que prohíbe dictar leyes contra los derechos fundamentales y las libertades necesarias. Sistema de taxativas para prevenir una legislación atentatoria *vs.* los derechos de propiedad. Es todo un sistema de hermetismo y desconfianzas, no de frenos y contrapesos, sino de tabiques y camarillas que corresponden maravillosamente a lo que debía ser el gobierno de una Cartago o una Venecia moderna.

La Constitución organizada en beneficio de las empresas comerciales de los EE. U.U., contrasta notablemente con la débil e ignorante imitación que se hizo con nuestra Constitución, y específicamente en la de 1857.

Centralismo y Federalismo

Existe la falsa creencia de que los centralistas eran los conservadores y los federalistas los liberales, lo cual es falso. En ambos bandos se encontraban miembros de ambas tendencias, que querían defender sus tesis, sin preocuparse mayormente del bien de la nación.

Así como admitimos que en ambas partes se encontraban buenos y malos elementos, también es necesario hacer notar que al adoptarse un sistema federal se desconocía la historia y la tradición, pues

recordemos que en la época colonial, como en la precortesiana, el sistema era centralista.

Constitución de 1857: La organización económica de la Nueva España no se parecía en nada a las empresas mercantiles de EE. UU. Y si analizamos el proceso de nuestra historia constitucional, encontramos que hubo una verdadera enbriaguez de las frases de la Constitución de EE. UU., a lo cual hay que añadir la confusión de los acontecimientos, la sucesión de los cuartelazos y dictaduras, todo esto acabó de producir un espantoso Estado de anarquía.

Pereyra ha sintetizado en frase genial esta situación: "Las ideas políticas inglesas, embellecidas con palabras francesas y reducidas a patrón en el paradigma norteamericano, trastornaron las cabezas más bien sentadas".

Nuestros Constituyentes de 1857 no fueron los ricos colonos de EE. UU., los abogados que legislaban para proteger los propios intereses y los intereses de su clase; los autores de nuestra Constitución de 1857 fueron los clásicos románticos liberales que creen que el poder público sin el económico crea una clase ideal para la sociedad, porque la vida es un paraíso en que cada ciudadano, con su cédula de elector, es un Luis XIV. Los liberales que repetían su Voltaire: que "el obrero debe estar reducido a lo necesario para que se vea obligado a trabajar: Tal es la naturaleza del hombre". Un Congreso con todas las notabilidades que formaban un grupo liberal, discutió y redactó la Constitución Federal de 1857.

La Constitución de 1857 organizó al país tratando de imitar a los EE. UU., bajo un régimen liberal económico:

Artículo 4. Todo hombre es libre de abrazar la profesión, industrial o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto para aprovecharse de sus productos.

Artículo 287. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización.

Artículo 28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna especie, ni prohibiciones a título de protección de la industria.

En una palabra, el régimen económico que establece la Constitución de 1857 era el clásico régimen liberal que se resume en estas dos frases: "La menor cantidad posible al Estado" y "Dejar pasar, dejar hacer, el mundo camina por sí solo".

Cuando hace unos momentos hemos hablado del régimen jurídico de los baldíos, de los bienes comunales, comprendiéndose los edificios, los fundos legales y los ejidos, los terrenos, las aguas y los bienes de las cofradías, incluso bajo la etapa de desamortización, nos estamos refiriendo, querrámoslo o no, a instituciones del derecho hispano que tuvieron modalidades propias en nuestra patria, durante la época colonial. No encontramos en ellas casi nada en común con el sistema de propiedad anglosajón, vigente en las trece

colonias británicas. Así nos explicamos el porqué del contrasentido del artículo 27 de la Constitución de 1857, primer párrafo del precepto: es la declaración más esencialmente liberal.

La Constitución no quiso establecer motivos para adquirir, conservar o perder la propiedad, limitándose a reconocer su existencia. La garantía de esta primera parte de artículo es totalmente individualista.

Tal parece que nuestros Constituyentes se inspiraron en aquellas palabras de Johann Kaspar Bluntschli, en su teoría del Estado, cuando dice:

> ...la propiedad individualizada ha sido siempre y en todas partes reconocida, el progreso no hace más que afirmarla: suprimirla sería tanto como anonadar la libertad, disolver la familia, destruir la civilización. El Estado no tiene de ningún modo la disposición de la propiedad privada. Por sí misma, ésta se haya más bien fuera de la esfera del derecho público; el Estado no la crea ni la conserva, no puede pues arrebatarla.

El segundo párrafo del artículo 27 niega capacidad legal a cualquier corporación civil o eclesiástica para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

Desamortización. Desde el 13 de enero de 1847, es decir 10 años antes de la promulgación de la Constitución el ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos dio una circular a todos los prelados de la República, para que sin licencia del supremo gobierno procediesen

a la enajenación de los bienes de la Iglesia. Como antecedente inmediato de dicha circular, debemos citar la ley del 31 de agosto de 1934. Sin embargo, no fue sino hasta el 25 de julio de 1856, cuando se promulgó la que comúnmente se conoce como Ley de Desamortización.

He aquí rapidísimamente sintetizados los fines de dicha ley: Todas las fincas rústicas y urbanas que hoy tienen y administran como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad a los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculada como rédito al 6% anual. La misma adjudicación se hará a los que hoy tienen el censo enfitéutico fincas turísticas o urbanas de corporación, capitalizando al 6% el canon que pagan, para determinar el valor de ellas.

Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades, parroquias, ayuntamientos, colegios y en general todo establecimiento o fundación que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida. Las fincas urbanas arrendadas directamente por las corporaciones a varios inquilinos, se adjudicarán capitalizando la suma de arrendamientos a aquél de los inquilinos que pague la mayor renta, y en caso de igualdad con el más antiguo respecto a las rústicas que se hallen en el mismo caso, se adjudicará a cada arrendatario la parte que tenga arrendada. El reglamento de la Ley de Desamortización fue expedido el 30 de julio del mismo año de 1856.

Comenzaba, en realidad, el trastorno político. La desamortización comprendía, como hemos visto, propiedades de comunidades indígenas y civiles y se fingió ignorar, no obstante los postulados elementales del liberalismo económico, la importancia de la propiedad indígena, que en muchos casos constituía una verdadera armonización de bienes.

Tales preceptos resultan contradictorios con lo que expresaba el Ministerio de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, en carta dirigida al arzobispo de México el 5 de julio de 1856, en la que decía:

"Muy dignos son de elogio los actos de beneficencia con que se ha distinguido nuestro clero, ya socorriendo al gobierno en sus urgencias, ya conociendo esperas, quitas y condonaciones a los inquilinos gravados con las rentas, ya en fin representando a los habitantes de la República en meritorios servicios que todo buen mexicano debe confesar y agradecer."

Por su parte, don Juan A. Mateos, incapaz de ser tildado como conservador o partidario de los conservadores, dijo alguna ocasión: "En los tiempos del antiguo régimen se pasaban los años sin que las familias pobres sufrieran la vergüenza del lanzamiento de que son víctimas hoy. La sórdida avaricia de los propietarios de ahora no perdona, como perdonaba y disimulaba el clero, animado por un espíritu verdaderamente cristiano". Se levantó con la piedra de la iglesia del Hospital de San Andrés la casa #10 del callejón de Santa Clara, hoy

#11 de la 1a. de Motolinía, que fue propiedad de don José Baz, Gobernador del Distrito en que se había destruido el templo. El terreno donde está el Casino Español y casas contiguas, (Hospital del Espíritu Santo), se donó a Vicente García Torres, propietario del Monitor Republicano.

La manzana del Hospital Real se adjudicó a don Ignacio Cumplido, dueño del periódico *El siglo XIX* (No defendían de balde los héroes del libre pensamiento los grandes principios de la revolución), en $93,240.00, pagaderos en especie el 25%, y el resto en bonos de la deuda pública, que valían el 8 y 10%. La manzana en la que está la Iglesia de la Santísma se dividió en lotes, para obtener los cuales se entregaron en efectivo $4,434.64, y el resto en créditos salario.

El Hospital de Terceros se vendió a don Justo L. Carrense en $75,000.00, habiéndose pagado $27,834.65 en créditos procedentes de la ocupación de la conducta de Laguna Seca $30,000.00 en títulos de la deuda pública que se debían hacer efectivos al 10%, y 22,146.54 en efectivo.

El inmenso terreno del Hospicio de Pobres se traspasó a diferentes fábricas extranjeras en algo más de $60,000.00, de los cuales buena parte debe haber sido pagado en bonos, pues casi todas fueron ventas de las llamadas convencionales; ahora ese predio vale algunos millones.

Los 200,000.00 de la casa cuna desaparecieron sin dejar huella. En la Ciudad de León existía un hospital sostenido con las rentas de

las propiedades rústicas y urbanas dedicadas a esa fundación, un gobernador se arrojó sobre el fondo convertido en numerario, con uno y otro pretexto, y el hospital de León figuró desde entonces entre los ramos del presupuesto de egresos del Estado, en el cual se asignaba a cada enfermo allí asilado una donación diaria de 6 centavos.

El Ayuntamiento de Puebla solicitó al Ejecutivo el 10 de septiembre de 1856, fueran exceptuados dos edificios y un terreno de dicha corporación de los efectos de la desamortización, para construir en ellos un hospital, un hospicio y un teatro. El Ejecutivo no accedió a tal petición.

Nacionalización. El segundo paso después de la Ley de Desamortización estaba por darse: la nacionalización.

Las facultades extraordinarias. De acuerdo con la más pura doctrina de la división de poderes se puede establecer una triple separación. El Ejecutivo nunca puede convertirse en Legislativo ni en Judicial. El Legislativo no puede asumir funciones de Ejecutivo ni de Judicial. El Judicial tampoco puede ser Ejecutivo ni Legislativo.

Existen excepciones. La técnica legislativa concede al Ejecutivo "facultades extraordinarias" para legislar. Pero tales facultades tienen tres limitaciones absolutamente rígidas: a) Están limitadas a la persona (se conceden al C. Presidente de la República). Si fallece, o por cualquier otra causa deja de serlo, el nuevo Presidente no "hereda" tales facultades. b) Están limitadas por la materia. Ni en el más

apremiante de los casos tiene el Ejecutivo la facultad de legislar *ad-libitum*. c) Limitadas por el tiempo. No pueden ser indefinidas. Mucho menos autorizan a gobernar sin el Legislativo.

Histórica, cronológica y jurídicamente, no es posible sostener que Juárez tuviese facultades extraordinarias para legislar. La Constitución de 1857 —que era la que Juárez defendía— establecía que a falta de jefe del Ejecutivo ejercería dicho cargo el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, que en ese caso era él, pero sólo mientras el Congreso nombraba sustituto. Si el Ejecutivo puede dictar leyes, es en virtud de estar revestido de facultades extraordinarias concedidas expresamente por el Legislativo.

Ahora bien, supongamos tal circunstancia, contraria a la doctrina de la división de poderes, de que Juárez tenía facultades extraordinarias para legislar por haber entrado ha sustituir a Comonfort, quien las poseía por haberlas otorgado el Congreso, y a mayor abundamiento tales facultades terminaban el 4 de mayo de 1858, por lo que Juárez, al dictar las Leyes de Reforma, las expidió dos años antes, cuando no tenía ese carácter.

Tiene razón don Justo Sierra cuando afirma que Juárez asumió todos los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La doctrina de la división de poderes y de las facultades extraordinarias desaparece.

Efectivamente, si se sigue la tesis de que el Presidente sustituto "hereda automáticamente" las facultades extraordinarias, con mayor

razón las hereda un Presidente constitucional, lo cual nos conduciría a admitir que cualquier Ejecutivo de la República. "automáticamente ha adquirido" todas las facultades extraordinarias que le fueron concedidas o de la que disfrutaron quienes le antecedieron en el mismo poder.

Prueba estadística. Las estadísticas expresan el caos que se provocó en la economía de la nación. En 1810, don Fernando Noriega y Navarro, contador general de la Nueva España, nos proporciona los siguientes datos en su obra *Memorias sobre la población del reino de Nueva España*:

Haciendas 3,749

Ranchos 6,684

Total 10,433

Los *Anales* del Ministerio de Fomento correspondientes a 1854 incluye estos datos:

Haciendas 6, 092

Ranchos 15,085

Total 21,177

En este espacio de 44 años, contados desde la independencia, a pesar de la situación del país, de la segregación de Texas, Nuevo México y Arizona, el número de propiedades se duplicó: don Antonio García Cubas, en su obra editada en 1876, da el siguiente dato:

Haciendas 5,700

Ranchos 13,800

Total 19, 500

Después de la Leyes de Reforma, que tuvieron por objeto descentralizar la propiedad, ésta disminuyó de 21, 177 fincas rústicas a 19,500.

La propiedad era —antes de la Reforma— de la Iglesia, no de tal o cual de sus ministros. Después de la Reforma la propiedad pasó a no ser del Estado, sino de unos cuantos individuos...y a los más sirvió para préstamos extranjeros.

Posibilidad de otras soluciones

Cuando nos preguntamos si jurídicamente eran posibles otras soluciones a las que brindaron las Leyes de Reforma, no nos referimos a ese mundo amplísimo y confuso de posibilidades abstractas.

En nuestra historia constitucional pasan desapercibidos dos documentos dignos de meditarse, un poco más por los afectos al estudio:

El primero es el voto particular de Ponciano Arriaga, estructurado sobre el principio —cito textualmente— de que la libertad es un derecho sagrado, pero admitiendo cierto límite en sus proporciones. Los diez artículos de que consta el proyecto, fueron presentados en julio de 1856.

El segundo documento es el proyecto de ley elaborado por Isidro Olvera, presentado el 7 de agosto de 1856. Consta de 20 artículos cuyo contenido, rápidamente sintetizado, es el siguiente: Ningún propietario que posea más de 10 leguas cuadradas de terreno de labor o 20 de dehesa podrá hacer nueva adquisición en el Estado o territorio en que esté ubicada dicha propiedad. Se establece un procedimiento en el que las partes tienen derecho a ser oídas por un tribunal de apelación.

Particularmente interesantes son los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 del proyecto. En ellos se señala que los terrenos ilegalmente poseídos quedarán, sin embargo, en poder del poseedor a censo enfitéutico de un 6% anual, el cual entrará a las arcas municipales del pueblo al que el terreno corresponda, y el propietario tiene la obligación de deslindar, cultivar o adehesar sus terrenos dentro del término de un año, o el terreno se tendrá por válido adjudicable al mejor postor. Con la parte que de estos caudales ingresase a las tesorerías de los Estados se formaría un fondo especial que se invertirá en los objetos siguientes: I. Un gran instituto gratuito que cubra los ramos de educación secundaria, enseñanza de agricultura, escuela de artes y oficios. II. Asilo para huérfanos y ancianos. Las distancias entre ellas se marcaran, ya

sea que se verifiquen por los Congresos, Gobiernos estatales, Ayuntamientos o cualquiera otra autoridad; es causa de responsabilidad *in solidum* y penada para quien la cometa, la cual se hará efectiva con la confiscación de los bienes de los responsables.

Lógicamente aquel proyecto de Olvera no se discutió. Cuando Zarco se refiere a él, dice simplemente:"No consta que se haya presentado dictamen sobre este proyecto de ley".

Estos dos proyectos comprueban que sí fue posible una solución distinta a la planteada por las Leyes de Reforma.

La opinión del Código de la Reforma

Existe una obra sumamente interesante, el *Código de la Reforma*, colección de las disposiciones que se conocen con ese nombre, publicado desde el año de 1855 al de 1870, e impresa en este último año, es decir, comprende totalmente el periodo de gobierno de Juárez.

Llama la atención esta codificación por excepcionales virtudes; por la hombría y franqueza con las que se expresan justas críticas tanto a liberales como a conservadores. Sin dejarse cegar por un halo de triunfador, empieza a enjuiciar una serie de hechos con honesta rectitud, procediendo luego a aprobar o a censurar aquellas que deben recibir aplauso o repudio. ¡El dificilísimo arte de obrar con justicia!

Ciertamente es desusada y poco común esta actitud.

La documentación que encierran los 4 tomos de la edición no es susceptible de ninguna tacha ya que fue autorizada expresamente por el ministro juarista de Justicia e Instrucción Pública, por oficio del 25 de julio de 1868. Dice el *Código de Reforma* —y creo que dice bien— que en esa época "...se tropieza en todas partes con reos de peculado, concusiones y defraudaciones.." (*op. cit.*, p. 304). Denuncia especialmente grave si se tiene presente que el peculado es el delito consistente en el hurto de los caudales del erario realizado por aquél a quien está confiada su administración y que la concusión es la exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio.

En la misma obra se formula una pregunta por demás interesante:

> ¿Por qué hay tanto disimulo y aun indulgencia y protección con los culpables de tales delitos, cuando se despliega tanto rigor con los salteadores, con los plagiarios y con los pronunciados, sólo por la frecuencia de sus hechos? De otro modo veríamos tantos ricos improvisados con los caudales de la nación, impunes, mientras que el desgraciado que roba un carnero en el camino, es fusilado. (*op. cit.*, p. 182).

La frase es lapidaria. Los bienes de la nación sirven para hacer ricos a unos cuantos privilegiados. Todo el rigor de la ley —a veces aún más— cae sobre los desheredados.

Resulta explicable que en tono de censura el *Código de la Reforma* reproduzca (p. 304), "La lección seria", Estrofas de algún poeta que dice así:

Quinientos pesos se robó Verea

y lo hicieron alcalde de su aldea;

Robóse cuatro mil en el juzgado

y lo eligieron luego diputado;

y se robó diez mil en el congreso

y al momento ministro fue por eso.

En cambio, un peso se robo Escalante

y le dieron la muerte en el instante.

Ya vez, Lector, que la lección es seria:

"Nunca es bueno robarse una miseria".

Acre sabor de una autocrítica que tiene el incuestionable mérito de una sinceridad que posteriormente hemos olvidado.

El *Código de la Reforma* no se detiene ante el lamentable panorama nacional. También analiza al externo. Especialmente el célebre, aunque casi desconocido, Tratado de McLane-Ocampo. Y procede con una actitud sensata y ecuánime porque bien es cierto que reprueba la actitud de los conservadores que buscaron apoyo en las cortes europeas; con análogo criterio y similar razón critica a los liberales que hicieron lo propio en el gobierno de Washington. Mérito del *Código de la Reforma* es decir tan caras las verdades con palabras que tienen transparente diafanidad:

Verdad es que el Tratado que en 1858 celebró el C. Melchor Ocampo por el C. Benito Juárez con Mr. MacLane, Ministro del Norte era gravosísimo y sumamente peligroso para México, por la cesión a perpetuidad del derecho de tránsito por el istmo de Tehuantepec: por la exención de toda clase de derechos a efectos y mercancías que pasasen por dicho istmo: por la autorización para introducir fuerzas del Norte para seguridad de personas y bienes que pasasen por las rutas del propio istmo: por el derecho de tránsito de tropas, abastos militares y pertrechos de guerra desde Guaymas hasta el rancho de Nogales u otro punto de la frontera cerca de los 111.° grado Oeste de la longitud de Greenwich, sin pagar más que la mitad de los derechos comunes: por la cesión, a perpetuidad (con iguales exenciones) del derecho de vía y tránsito (excepto para tropas y pertrechos) a través del territorio mexicano desde Camargo y Matamoros u otro punto de Río Grande (*sic*) en Tamaulipas, por vía de Monterrey hasta el punto de Mazatlán, y desde los expresados ranchos de Nogales, por la vía de la Magdalena y Hermosillo, en Sonora hasta Guaymas, —etc.—; no recibiendo en recompensa de tan asombrosas y amenazadoras concesiones México, sino 4 millones de pesos; 2 en efectivo, y 2 aplicables a reclamaciones de los norteamericanos (*sic*) por perjuicios y daños sufridos; siendo uno de los mayores peligros para nosotros la autorización acordada al Norte en caso de que por la guerra civil no se pudieran cumplir las estipulaciones del tratado, pues entonces podía aquel intervenir con fuerza armada para ayudar al Gobierno a sofocar la discordia, pagando éste los gastos de la intervención en nuestras contiendas de familia; pero por fortuna no solo la prensa reaccionaria por espíritu de oposición, sino la liberal por patriotismo, y los hombres más prominentes del progreso atacaron el descomunal convenio, con cuyos autores no se mancomunaron, y por otra mayor fortuna las cámaras de Washington tampoco concedieron su aprobación al referido Tratado, que quedó solo como punto de la historia de los errores sin consecuencia. (*op. cit.*, pp. 127-128)

Era necesaria la larga cita para no distorsionar en un solo punto el criterio del *Codigo de la Reforma*.

En análoga forma fueron censurados el Convenio de colonización de la Baja California que "Puede privar de ese rico territorio a la República" y el Tratado sobre reclamaciones de los ciudadanos norteamericanos, con motivo de celebrarse las negociaciones en los Estados Unidos "cuya fuerza omnipotente es intimidante y eficaz sobre nuestra comisión". (*op. cit.*, p. 128).

Los comentarios no pueden ser más penosos y lamentables; el panorama no había sido para menos: tasajeado el territorio nacional, la limosna de 2 millones de pesos por la ayuda solicitada para que el extranjero interviniera en nuestros asuntos, el costo de México hacía de tal expedición militar una verdadera amenaza.

Era lógica la repulsa unánime. Si las objeciones hubiesen procedido de los grupos conservadores, o de posteriores historiadores, se podría creer que fueron fincados sobre argumentos apasionados o que el tiempo transcurrido hubiera deformado los sucesos.

Pero es que la crítica está hecha con toda hombría por los liberales y por contemporáneos que vivieron aquellos accidentados días. Hay que reconocerles su sinceridad, como también la actitud del régimen juarista que, al permitir la elaboración, impresión y distribución de este conjunto de leyes y de los severísimos comentarios que le acompañaron, necesariamente puso su aval en tales textos, ya que

la obra no solamente no fue retirada de la circulación sino que sirvió de texto y obra de consulta en la Escuela de Jurisprudencia, sin recibir jamás la menor enmienda o aclaración de Juárez.

Reconociendo otros méritos en Juárez, no podemos menos que formularnos una pregunta: ¿Seremos menos juaristas que el propio Juárez y más reformistas que el *Código de la Reforma*?

Nuestra historia no puede redactarse en términos de pasión o exhaltación. La ponderada actitud de don Benito Juárez en relación con la codificación aludida es el mejor testimonio de ello.

Insisto en que la revisión histórica de México es inaplazable, pero planteando las cuestiones con la justa y adecuada ecuanimidad con que las señaló el tantas veces referido Código. Pero con ese gran texto se ha seguido una maniobra de ocultación y escamoteo. Difícilmente se le encuentra, lo que constituye una verdadera represión intelectual.

Las verdaderas razones. Los motivos de las Leyes de Desamortización y Nacionalización, al menos en apariencia, fueron para poner en productividad bienes ociosos en provecho de ciudadanos mexicanos, y aun sabemos que muchos de los adquirentes de tales bienes fueron extranjeros. Confesamos nuestro estupor al analizar el contenido del decreto fechado el 2 de mayo de 1862, bajo el número 198 del tomo 2o. del *Código de la Reforma*, el cual dice:

> Habiendo el supremo gobierno, celebrado una convención con el sr. Tomas Corwin, enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de los E.E. U.U. en virtud de lo cual y como garantía de un préstamo, se asignan los bienes nacionales que fueron del clero y que no han sido remitidos, adjudicados no cedidos, el C. Presidente dispone, que en acto de recibir esta comunicación, cese desde luego toda venta o enajenación bajo cualquier título, ya sea por compra, donación o renuncia, quedando los negocios que en estos respectos haya pendientes, suspensos en el estado que guarden, siendo de la responsabilidad de las autoridades a quien toca el cumplimiento de esta superior disposición, cualesquiera operaciones que tiendan a continuarlas. (*Código de la Reforma*. Tomo 2o., Núm. 148).

Oficiales y yanquis en el ejército juarista. El análisis a la figura de Juárez debe ceñirse estrictamente a la interpretación exacta y gramatical de los documentos. Si censuramos a los conservadores haber buscado apoyo en el extranjero, igual censura debe dirigirse a los liberales. Estas verdades nos duelen, pero la madurez política del mexicano ya permite y aun exige hablar con todo el peso de la verdad documental, sin exégesis interpretativas ni partidarismos pasionales.

En la actualidad censuramos las intervenciones de los países prepotentes en la vida económica, política y aun militar de los países subdesarrollados.

La prueba documental que hoy tengo en mis manos proviene de un estudio del maestro Javier Piña y Palacios titulado "Antonio Martínez de Castro. Apuntes para su biografía", edición hecha en

sobretiro del *Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas* (tomo I núm.2).

El maestro Piña y Palacios, cuya seriedad intelectual no se pone en duda, reunió la correspondencia de Antonio Martínez de Castro que envió a Manuel Romero de Terreros, radicando en París. Para dar un justo valor a esa correspondencia cabe decir que Martínez de Castro desempeñó, entre otras, las siguientes funciones: Miembro destacado y examinador cuatrienal del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, comisionado por el Presidente Juárez para formular el proyecto del Código Penal, autor de la Ley sobre presos políticos, estableció la Biblioteca Nacional de México, autor del plan de estudios de la Escuela Nacional Preparatoria, de la Ley para moralizar la administración de justicia y de la Ley Orgánica de Instrucción Pública en el D.F.

Su figura es tan importante en el auditorio de la Procuraduría del D.F., la cual se honra llevando su nombre. Para mejor valorar la prueba que hoy presento, hay que destacar claramente que fue nombrado Ministro de Justicia e Instrucción Pública por Juárez.

De tal manera que el testimonio proviene de un miembro del gabinete juarista, cuyo talento y valer fueron reconocidos en vida y posteriormente. Pues bien, Antonio Martínez de Castro, en carta fechada el 25 de febrero de 1866, dice lo siguiente:

"La nuestra (revolución) progresa cada día: pues ya están en campaña González Ortega con 800 hombres, Ogazón que ha traído muchas armas, pertrechos de guerra y gran número de oficiales americanos" (p. 228).

Todo comentario interpretativo sale sobrando.

Si censuramos la actitud de los conservadores, resulta congruente hacer análoga crítica al régimen juarista, que por propia confesión de uno de sus miembros permitió la intervención dolosa y dolorosa de numerosos oficiales yanquis en nuestras contiendas internas, independientemente de la bahía de Antón Lizardo.

Para decirlo en lenguaje actual: eso fue como un preludio de Vietnam. En aquel entonces dos corrientes, dos imperialismos, yanqui y francés, utilizaron nuestro país como terreno de confrontación, experiencia y disputa.

Y por lo menos, ya que no pudimos, no supimos y no quisimos rechazar las intervenciones extranjeras, a los débiles nos queda un último recurso que nos hace fuertes: decir las cosas por su nombre. Porque si renunciamos al derecho de decir la verdad, ¿qué nos quedará?

Opinión de Madero sobre las Leyes de Reforma. La reiteración de un error no lo hace verdadero. Ni justifica. Lo que se puede lograr es una serie de lugares comunes que, a fuerza de repetirlos, adquieren

en determinados momentos las características de un raciocinio verdadero. Suele así decirse, con más ligereza que fundamento, que la Revolución Mexicana (la de 1910) fue continuación y prolongación de la Reforma. La rutina ha mantenido esa expresión. La aceptamos, la acogemos con todo el peso de verdad axiomática y presuponemos, gratuitamente, que toda demostración es innecesaria. Pero dentro de la madurez política que ha empezado a vivir México no es posible seguir aceptando tales equívocos que, por malicia o por ignorancia, tratan de mantenerse como posiciones que no toleran controversia.

Dentro de esos temas hay una pregunta clave: ¿Cuál fue la opinión de don Francisco I. Madero. sobre las Leyes de Reforma?... Si Madero guardaba una incondicional aceptación de tales preceptos, la conclusión podría ser, efectivamente, que la Revolución y la Reforma constituyen dos movimientos de una sinfonía. Pero si, por el contrario, la actitud de Madero es de serena repulsa, resulta evidente que con ningún método de interpretación histórica se podrá decir que establecía un paralelismo, ni mucho menos continuidad entre ambos.

El jueves 31 de agosto de 1911, Madero pronunció en el Teatro Hidalgo, ante la Convención que lo postulaba como candidato a la Presidencia de la República, un discurso que —¡curiosa coincidencia!—, se nos ha procurado escamotear a las nuevas generaciones y —aún más curiosa— ha sido olvidado por quienes sabían de su existencia. El discurso fija un programa de gobierno que es conveniente analizar.

Alaba las Leyes de Reforma por cuanto representaron la separación entre el Estado y la Iglesia, pero manifiesta de inmediato una preocupación: superar la división tradicional de los mexicanos en dos grupos: liberales y conservadores.

> ...Juzgo mi deber declarar, con toda honradez, mi opinión sobre las Leyes de Reforma... Una vez obtenido el triunfo, una vez arraigados profundamente en la conciencia nacional los grandes principios, es preciso ya tratar a todos los mexicanos como hermanos, contribuir para que se borren por completo los antiguos odios que dividían a conservadores y liberales, porque no debemos olvidar que ya no somos enemigos, sino amigos aliados y unidos durante la lucha; no es justo que obtenida la victoria, queramos desunirnos al disputarnos el botín que consiste en la conquista de nuestras libertades.. (*El País* 1o. de sep. de 1911, p. 4).

La idea de Madero no deja duda alguna. Se acaban las facciones de liberales y conservadores. Todos somos mexicanos: con lealtad —que fue probablemente su mayor cualidad— sostiene que hay que tratar a todos los mexicanos como hermanos.

Y sin embargo, 60 años después, todavía hay quien se empecina en seguir manteniendo la obsoleta clasificación.

Podría creer que el siguiente paso de Madero en el texto de su discurso consistiría en prometer que va a cumplir rigurosamente las Leyes de Reforma, convirtiéndose en celosísimo vigilante de su puntual observancia. La promesa es precisamente a la inversa. Madero dice:

"Esta consideración de justicia de patriotismo, me obligará a aplicar con prudencia y buen juicio las Leyes de Reforma, respetando hasta donde sea posible la situación actual, con la que se encuentra satisfecha la inmensa mayoría de la nación, hasta que los legítimos representantes del pueblo determinen la orientación que debe darse a la política".

El párrafo es absolutamente ilustrativo sobre las ideas de Madero sobre las Leyes de Reforma, y si analizan sus diferentes partes, se obtiene una visión extremadamente interesante.

En primer lugar, Madero promete que por razones de justicia y de patriotismo aplicará "Con prudencia y buen juicio" las Leyes de Reforma. Lenguaje desusado. El Ejecutivo tiene que aplicar el texto de la ley tal como está redactado. No es posible tolerar que lo aplique sólo cuando así quiera hacerlo. Afirmar que una ley puede ser aplicada con buen juicio y con prudencia equivale a decir que se ha aplicado, o que puede aplicarse, en forma imprudente e irrazonable. Me parece que es la primera vez en la historia moderna en que un candidato a la Presidencia de la República dice que aplicará la ley con esas dos enormes limitaciones: prudencia y buen juicio. Y esa no aplicabilidad de la ley tiene, según el candidato, dos razones de existencia: la justicia y el patriotismo.

En segundo lugar, Madero funda su posición en una razón democrática: La situación actual (la existente en 1911) con la que se encuentra satisfecha la inmensa mayoría del pueblo. ¿Cuál es esa situación?

Evidentemente, el no cumplimiento de las Leyes de Reforma. Todo mundo sabe que el porfiriato se caracterizó por no aplicar tales disposiciones. El candidato de la revolución recoge ese hecho. Lo enaltece, en su figura de político, saber destacar cuál es el pensamiento popular.

En tercer lugar, Madero anuncia que será el Poder Legislativo quien decida la orientación que debe seguir la política nacional. Si las Leyes de Reforma no encerrasen errores, ¿tendría Madero que anunciar que tendrá que revisarlas el legislativo hasta que se decida qué hacer con ellas?

Tomando en consideración los tres puntos del discurso de Madero, una cosa resulta evidente: en la mente del iniciador de la Revolución de 1910 las Leyes de Reforma debieron ser derogadas, de lo contrario jamás se hubiera atrevido a decir que no pensaba aplicarlas, ni mucho menos que plantearía al Poder Legislativo la orientación sobre ellas.

Dentro de la más elemental lógica, si una ley es correcta y acertada, el Ejecutivo no tiene que preocuparse por no cumplirla. Simplemente la observa y la hace ejecutar. Tampoco tiene que avisar —sobre la hipótesis de la bondad de la ley— que el asunto será turnado a los legisladores para que revisen el texto legal.

No se pierda de vista que este no cumplimiento y revisión de las Leyes de Reforma los promete Madero... ¡En el momento de lanzar su candidatura a la Presidencia de la República!

Siempre he sospechado, aunque no tengo pruebas para ello, que en el posterior asesinato de Madero intervino como motivo predominante esa enorme valentía para enjuiciar las Leyes de Reforma. Tal vez a medida que la madurez política de la nación lo vaya permitiendo, sea posible trazar los verdaderos e inconfesables móviles que hubo en su sacrificio por el régimen huertista y que guarda, por momentos, la tesitura de aquel sabio dicho anónimo: "Sacar las castañas con las manos del gato".

La opinión de los Constituyentes de Querétaro. La postura maderista permitió que años después, al reunirse El Congreso Constituyente en Querétaro (1916-1917), se insistió en su mismo concepto.

Efectivamente, el diputado constituyente Alfonso Cravioto, refiriéndose a la amplitud de la crítica, decía,: "...Cómo nosotros, señores que tenemos derecho a discutir hasta a Dios mismo, vamos a negar el derecho a discutir a Juárez...Todas las libertades están condenadas entre sí y atacar a una es atentar contra todas..." (Sesión del 13 de diciembre de 1916, *Diario de Debates*, Tomo I, p. 453).

Me acojo a la fuerza lógica del argumento esgrimido por el Constituyente.

El diputado Espinosa, al hacer la síntesis del desarrollo constitucional de México, afirmó: "Con unos paréntesis demasiado efímeros, hemos vivido siempre bajo el gobierno central más odioso y tiránico...sólo en el tiempo del presidente mártir (Madero) pudimos en realidad tener en México un poco de libertad..." (*Diario de Debates*, 12-XII-1916).

La censura de los gobiernos que padecimos durante el siglo pasado es general. No hay excepciones ni distingos salvo la etapa maderista. Y creo que el Constituyente tiene razón.

Por otra parte, el diputado Hilario Medina decía:

"Desde el año 1856 hasta la fecha, esto es en el periodo de 60 años, no ha habido absolutamente ninguna autoridad, ningún poder humano que pueda dar estabilidad y fuerza a los actos de la Suprema Corte de Justicia en materia agraria". (Idem. 29-I.1917).

Hay que hacer notar dos cosas. Que en los años censurados por Medina quedan comprendidos los años en que Juárez fue Presidente de nuestro más alto tribunal, así como todo el régimen juarista. Y que el propio Medina fue, al correr de los años, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, lo que avala la rectitud y franqueza de su crítica.

La propia confesión de Benito Juárez. El historiador es un testigo, no otra cosa significa la palabra *Híst*or, pero no visual o auricular, sino por el estudio de los documentos. La historia es una narración hecha de buena fe. Pero narración dependiente de una interpretación de las fuentes históricas.

La psicología, al estudiar el acto de leer nos ha brindado consideraciones muy interesantes. El que lee —nos dicen los psicólogos— no deletrea y mucho menos corre cada uno de los rasgos de que están formadas las letras, sino que se guía por ciertos rasgos principales, por

ciertas letras dominantes por las cuales interpreta y como que adivina lo demás; y, por lo general, acierta en lo qué realmente está escrito. Si esto acontece con la simple lectura, reflexionemos qué ha de suceder con el estudio de hechos históricos complejos. Ha de combinar e interpretar todas las indicaciones para llegar a darles un sentido.

Pasemos por alto todos los demás documentos que cité y que por provenir del partido liberal quedan situados más allá de toda sospecha de intransigencia. Cedamos la palabra al propio Juárez...

Juárez, al abrir las sesiones extraordinarias del Congreso el 9 de mayo de 1861, pronunció un discurso en el que en uno de los párrafos podemos leer las siguientes palabras:

"Acepto ante la asamblea, ante mis conciudadanos todos, y ante la posteridad, la responsabilidad de todas las medidas dictadas por mi administración y que no estaban en la estricta órbita constitucional, cuando la constitución derrocada, combatida, había dejado de existir y era no el medio de combate, sino el fin que en él se proponía alcanzar la Republica" *Los presidentes de México ante la nación*, tomo I, p. 445).

Un análisis de las frases de Juárez pone de relieve una serie de sucesos y acontecimientos que sus defensores apasionados se han negado siempre y sistemáticamente a admitir, y que sin embargo, en la apreciación del propio Juárez, parece que deben ser aceptados como prueba absoluta.

Si se piensa un poco sobre tales palabras se les puede descomponer en una fecunda serie de pensamientos:

La posibilidad de que ciertas medidas juaristas no estuviesen en la estricta "órbita constitucional".

Por tanto, que específicamente fuesen violatorias de la Constitución, ciertamente violada por los conservadores, pero sin que esa violencia justificara otra segunda burla.

La certeza de que sí hubo medidas anticonstitucionales.

La aceptación de la responsabilidad derivada de tales disposiciones que iban más allá del terreno constitucional.

Si Juárez tuvo la hombría de reconocer que violó la Constitución, la sinceridad de confesar que muchas de las leyes por él dictadas no podían caer jamás dentro de una justificación de legalidad ni de legitimidad, si aceptó la responsabilidad que de todo ello se deriva: ¿Por qué elevamos a Juárez a la categoría de intocable tabú, más allá de los límites de toda crítica histórica? ¿Por qué ese desmedido afán de dogmatizar contra toda lógica jurídica que siempre obró de acuerdo con la Constitución, cuando el mismo sostuvo exactamente lo contrario?

La historia de México está aún por redactarse.

Pero necesitamos un mínimo de sinceridad para ello. Un mínimo de franqueza. Un mínimo de pudor científico.

Necesitamos partir de un hecho: Que las violaciones del orden constitucional jamás podrán etiquetarse bajo otro título, por críticas que hayan sido las circunstancias que envolvieron tales quebrantamientos de la ley.

Es sincero el hombre que afirma que violó la norma y acepta la responsabilidad que de ello se deriva; la falta de veracidad habrá que encontrarla en quienes, pecando de "perfeccionismo", se niegan a reconocer lo que el propio Juárez admitió. Y así no se puede escribir la historia.

Asi hacemos de la historia una serie de textos, telenovelas o argumentos cinematográficos carentes de la menor ponderación y ecuanimidad científica.

En realidad no hacemos historia por el simple hecho de que no somos testigos, no somos historiadores, no reestudiamos los documentos.

La frase de Juárez queda para ver quién la destruye: no todas las medidas de su gobierno cayeron en la 'órbita constitucional'.

A confesión de parte, relevo de prueba.

Documentos posteriores

Con posterioridad a la localización de los documentos que anteceden, Raúl Matiemzo, alumno de Introducción al derecho en la Escuela

Libre de Derecho en el curso 1971-1972, desempolvó el olvidado texto de otro discurso anterior pronunciado por Madero ante el monumento levantado en Puebla a Juárez, el 18 de julio de 1910.

Comenzó Madero haciendo un elogio a las Leyes de Reforma:

"Toda la sociedad y la República han ganado con ello, porque desde el momento en que la riqueza es una fuente de corrupción y que los pueblos necesitan sacerdotes virtuosos, deben buscar sacerdotes pobres, porque los ricos nunca han sido virtuosos".

Sin embargo, no pueden juzgarse con el mismo criterio los sucesos de 1865 con lo que acontecía en el primer cuarto del siglo XX.

Por eso Madero añade:

> Pero la nueva era por la que atraviesa nuestra patria, es de verdadera libertad y fraternidad, nos impone ser más tolerantes. Ya terminó la lucha entre el partido que disfrutaba de los privilegios y pretendía poner un freno a la conciencia y a los que aman la libertad. Ahora todos queremos la libertad. Por consiguiente, algunas de las leyes que fueron tan sabias en su tiempo ya no tienen razón de ser y pueden ser suavizadas para que estén más en armonía con el espíritu de la época.

La conclusión fluye lógicamente: desde antes del acto de protestar como candidato a la Presidencia, Madero ya tenía en mente no aplicar las Leyes de Reforma. Y esto dicho precisamente ante el monumento a Juárez.

Con honradez y valiente franqueza, Madero no se detuvo en esa ocasión en las preocupaciones, apasionamientos o prejuicios de los jacobinos radicales, ni en la natural animosidad de revolucionario triunfante, para confesar sin ambages que el general Porfirio Díaz, con un tacto político que no se le puede negar, había acertado en la "política de conciliación" que trataba de borrar odios y divisiones. Únicamente Madero reprocha a Díaz que no hubiese tenido el valor de modificar las Leyes de Reforma para legalizar la situación, o en otras palabras, se debió haber elevado a categoría de leyes esa "política de conciliación", ya que la tolerancia del porfiriato fue de hecho, pero no de derecho.

Las palabras textuales de Madero son:

> El general Díaz, con ese tacto político que no se le puede negar, puesto que gracias a él pudo dominar por tantos años, comprendía que el espíritu de la época era ya más transigente e inauguró una política que se llama política de conciliación, que fue duramente destruida. Pero yo, señores, que siempre he dicho sinceramente mi opinión desde que por primera vez me lancé a la campaña política, dije que a mí me parecía patriótica la política de conciliación porque venía a borrar odios y divisiones entre los mexicanos, a fin de que todos pudiésemos ya seguir fraternalmente en el camino de la conciliación. Y ahora que me encuentro en un momento tan solemne para mí, debo declarar que lo único que he aprobado del general Díaz, en este sentido, es que no hubiera tenido el valor de ajustar sus actos a la ley, y si encontraba que en algunos casos era inadecuada, ¿Por qué no tuvo el valor de reformarla, él que pudo haber hecho todo de una plumada?

Madero quiere ser liberal como Juárez. Pero la misma pieza oratoria hace un distingo fundamental:

"Sabré inspirarme en su alto ejemplo de patriotismo; seré liberal como él; pero liberal respetando las creencias de los demás; liberal reconociendo la libertad para todos; por eso desde nuestro programa político que publicamos hace un año el Dr. Vázquez Gómez y yo, incluímos en él uno de los principios fundamentales de la libertad de enseñanza, grabada en nuestra Constitución".

Madero aceptaba la plena libertad de enseñanza, frenada en el texto constitucional de 1857, y se atrevía a contrariar expresamente el programa y las bases proclamadas por el "Partido Liberal".

Las implicaciones de lo dicho por Madero son múltiples:

¿Qué oídos e incomprensiones cayeron sobre el candidato cuando afirmó que no deseaba aplicar las Leyes de Reforma, que buscaba el establecimiento de una tolerancia de derecho, que censuraba el freno que la Constitución ponía a la libertad de enseñanza y que hacía caso omiso a la plataforma de principios políticos del "Partido Liberal...?.

La respuesta no aparece todavía en la historia. Aún no la conocemos. Pero tal vez no tarde mucho en encontrarse.

Si bien se ve, Madero se coloca, evidentemente, fuera de los límites tolerables y permitidos por el partido liberal.

Por el mes de septiembre de 1911, Francisco Escudero apunta ya esas graves desavenencias. Su juicio es muy expresivo, porque intuye

problemas en el camino de Madero debido... "Al escamoteo de las promesas hechas a los liberales relativas al cumplimiento estricto de las Leyes de Reforma".

¿Hasta dónde el no cumplimiento de tales promesas pudo conducir al posterior asesinato de Madero?

¿No habría sido Victoriano Huerta el instrumento utilizado para eliminar al hombre que ya había manifestado en múltiples ocasiones el carácter obsoleto de las Leyes de Reforma, debido al freno a la libertad de enseñanza?

Si la cronología no nos miente y salvo error estimativo, Huerta obtiene la Presidencia el 19 de febrero de 1913. Los asesinatos de Madero y Pino Suárez tienen lugar el 22 del mismo mes. La versión oficial que Huerta da de ellos no puede ser más imprecisa: Fueron víctimas de un ataque irresponsable mientras eran conducidos a la penitenciaria. Un mes y tres días después, el 26 de marzo de 1913, se desconoce a Huerta como Presidente en el Plan de Guadalupe. ¡Todo esto es demasiado rápido! ¡Hay una festinación activa y presurosa!

¿No hay demasiados aspectos sospechosos rodeando el encubrimiento del traidor Huerta? El asesinato de Madero y la posterior caída del propio Huerta, como sangriento personaje al que solo se le hubiese asignado el papel de eliminar al hombre que se ha salido fuera de los lineamientos del partido liberal? Cumplida su vindicativa misión, no tiene porqué permanecer en la primera magistratura.

Los hechos causan la penosa impresión de que Madero es sacrificado para que no continúe su crítica sobre ciertos tabúes. Huerta sería así el títere alcoholizado que ha sacado las castañas de la lumbre, para beneficio de otros.

Si bien es cierto que en la libertad del derecho en México hay muchas páginas que aclarar, también es verdad que el mexicano ya tiene derecho a que se le digan las verdades sin paliativos ni resistencias.

Y reconforta saber que es la juventud la que manifiesta especial interés en busca de respuestas a una serie de interrogantes que son angustiosas pero ineludibles.

Hay algo trágico en el hecho de encarar un problema y no solucionarlo. Pero hay algo más vituperable, que consiste en ir encontrando las respuestas y no atreverse, por temor, a formular las conclusiones. Lo primero puede ser falta de aptitudes intelectuales. Lo segundo es sobra de milicia. La inepcia no resulta así tan responsable como el ocultamiento frecuente y fraudulento de la verdad histórica.

Tema 15

Disciplinas jurídicas y jurisprudencia técnica

Aftalión, García Olano y Vilanova, presentan un ejemplo muy claro en relación con las ciencias que estudian el fenómeno jurídico.

Supongamos que el buen almacenero, que ha fiado consecuentemente durante un lapso considerable a uno de sus parroquianos —con el que lo unen, por otra parte, los lazos naturales de amistad nacidos de la frecuentación y la vecindad—, se encuentra un día conque su cliente se ha mudado sin indicar su nuevo domicilio, dejando en cambio impagada su deuda. El almacenero de nuestro ejemplo da rienda suelta a su indignación en rueda de parroquianos, reunida en el despacho de bebidas anexo a su almacén, y el hecho origina diversos comentarios que podemos sintetizar como sigue:

- A (Almacenero): Fulano es un ladrón, un sinvergüenza; no tiene perdón de Dios... Fíjense que robarme a mí, de este modo. Merecía que lo encierren en la cárcel. Eso. Así se acabaría con éstos vivos.

- M (Moralista): En verdad es una mala acción lo que le ha hecho. Sin embargo, no lo comprendo... parecía un buen hombre; no entiendo cómo ha podido hacer una cosa semejante.

- F (Filósofo del Derecho): Lo cierto es que lo ha hecho, y con ello lo ha perjudicado. No interesa ahora que sea un sinvergüenza o un buen hombre: es injusto lo que ha hecho y debe ser sancionado.

- C (Científico del Derecho): Tiene razón. Ese hombre no debió hacerle eso. Pero no es un ladrón; ladrón sería si hubiese venido a su negocio y se hubiera llevado algo sin que usted se diese cuenta. Pero usted le ha fiado. No hay robo; no hay más que una deuda civil. Debe usted demandarlo ante los Tribunales.

- H (Historiador del Derecho): Ahora será así, pero antes no lo era. Recuerdo muy bien que en mis tiempos al que no pagaba lo mandaban a la cárcel. ¡Bien que la gente se cuidaba de pagar sus deudas!

- S (Sociólogo del Derecho): "¡Claro, así quien se animaba! Un castigo muy severo determina a la gente a cuidar sus actos. Pero en aquel tiempo las condiciones eran diferentes: toda la gente se conocía, los negocios eran más reducidos. La expansión actual del comercio y las transacciones no admitirían un régimen semejante. Por otra parte, las costumbres se han suavizado y sería chocante al sentimiento de la colectividad ver a un hombre entre rejas por una deuda.

Al llegar a este punto de la conversación, vuelve a tomar la palabra el almacenero para sostener que, aunque no haya robo, sí hay en cambio estafa. También esta opinión es controvertida y como ya no hay manera de poner de acuerdo a los participantes, finalmente deciden que lo mejor será acudir a un abogado. Pero antes de la llegada de este nuevo participante, veamos analíticamente qué ha ocurrido con nuestro ejemplo.

Hasta ahora el caso se ha desenvuelto en el plano del hombre común, del hombre de la calle. Opiniones semejantes son frecuentes entre gentes de diversa cultura y preparación, pero unidas todas por algo común: la falta de especialización en el tema. Aunque el caso es, a todas luces, un caso jurídico, dentro de este conocimiento vulgar que de él tienen las gentes, cabe apuntar ya diversas direcciones en el interés, que entramos ahora a discriminar:

Para el protagonista "A" (almacenero), el asunto lo toca vivamente en todas sus dimensiones. Existencialmente se encuentra afectado

por él, y sus juicios, frutos directos de su indignación, llevan confundidos elementos morales (sinvergüenza), religiosos (perdón de Dios), jurídicos (ladrón, cárcel) y sociólogicos (se acabarían...). Su primer interlocutor "*M*" (moralista), condena el hecho y lo refiere al juicio absoluto de lo bueno y lo malo. El siguiente *F*, (el filósofo del Derecho), comienza por poner las cosas en su punto, dejando de lado el aspecto moral (bueno o malo) y refiriéndose al caso de su justicia y expresando aquí también un juicio absoluto: la injusticia de esa conducta, que le hace acreedora a una sanción. Ya en el terreno propiamente jurídico, deslindado así por el filósofo del Derecho en ciernes, viene ahora otro interlocutor, *C* (el científico del Derecho), tratando de dar la exacta calificación jurídica del hecho. Las palabras robo, fiado y deuda son los conceptos generales rudimentarios con los que apresa el caso para llegar a un conclusión: la consecuencia no debe ser la cárcel, sino sencillamente la demanda ante los Tribunales del Fuero Civil. El siguiente opinante, *H* (el historiador del Derecho), dirige su interés no al hecho en cuestión sino a hechos pasados que guardan una estrecha conexión con el presente. Por último, "*S*" (el sociólogo del Derecho), se interesa por las condiciones determinantes de ese cambio que el historiador ha puesto de manifiesto. El historiador da noticia del pasado y el sociólogo explica el presente (o también el pasado) poniendo en relieve las causas de los fenómenos.

El derecho tiene necesidad de una serie de ciencias auxiliares. Pero no solamente auxiliares, sino además, de consulta previa.

Entre ellos podemos señalar la filosofía del Derecho, la historia del Derecho y la sociología del Derecho.

Filosofía del Derecho. Es el conocimiento absoluto, universal y necesario de lo jurídico.

La filosofía del Derecho busca primordialmente resolver dos problemas:

- ¿Qué es el Derecho?
- ¿Es posible la justicia?

Historia del Derecho. Es la ciencia que estudia el desenvolvimiento, la evolución y el progreso del Derecho.

Puede ser externa o interna.

La historia externa estudia las fuentes formales de la ley y los sucesos político-sociales.

La historia interna, presuponiendo la historia externa, trata de las transformaciones esenciales de las instituciones jurídicas.

Cualquier historiógrafo puede hacer historia externa del Derecho, pero la historia interna sólo puede ser hecha por el jurisconsulto.

Sociología del Derecho. Es la ciencia que trata de descubrir las causas de los hechos, describiendo las condiciones sociales del medio y formulando leyes inductivas y causales.

Hay autores que sostienen que la sociología estudia el Derecho como ser, mientras que la ciencia jurídica estudia al Derecho como debe ser.

Hans Kelsen, autor de la *Teoría pura del Derecho*, niega en absoluto importancia a las ciencias auxiliares. El Derecho es concebido e imaginado como una ciencia que no tiene porqué recibir las deformaciones del mundo del ser, ya que corresponde, exclusivamente, al mundo del deber ser.

Hans Kelsen y la pureza metódica

De una manera muy sencilla, podría formularse la principal tesis de Kelsen diciendo que el Derecho es una ciencia pura, sin mezcla de otras ciencias, ni de historia ni de sociología ni de economía.

Tal pensamiento kelseniano no obedece a una generación espontánea sino que tiene una serie de influencias filosóficas entre las que podemos contar a los siguientes autores: Immanuel Kant, Hermann Cohen, Hans Vaihinger, Carlos Federico de Gerber y Paul Laband.

Antecedentes de Immanuel Kant

Las principales ideas que aporta el sistema kantiano a la teoría kelseniana son:

- Kant no niega la existencia de las cosas, sólo las declara incognoscibles.

- Entre sus doce categorías del entendimiento no figura la libertad y separación del mundo del ser (si es A, es B) del mundo del deber ser (si es A, debe ser B.)

- Separación absoluta entre moral y derecho, tal como ya quedó explicado en el tema relativo a esta materia.

Antecedentes de Hermann Cohen

En forma idealista, Cohen sostiene:

- La existencia de una cosa es el pensamiento.

- El pensamiento es la realidad y la realidad es el pensamiento.

Antecedentes de Hans Vaihinger

- A través de una ficción afirma que el pensamiento humano contempla multitud de fenómenos que unifica por medio de ficciones para comprenderlos.

- Se ha dicho que es la *teoría del "como sí"*.

Antecedentes de Carlos Gerber y Paul Laband

Conocida como el "sociologismo", la tesis de estos autores afirma que el Estado, como sociedad, pertenece a la sociología; mientras que el Estado, como conjunto de leyes que rigen una organización política, pertenece al derecho público.

Antecedentes de Jellinek

El Estado no debe ser estudiado desde el doble ángulo que proponen Gerber y Laband, sino como un todo, en la integridad de todas sus partes. Lo sociológico y lo jurídico se unen formando una nueva ciencia: la *Teoría General del Estado*.

Integración de todos esos antecedentes en la teoría kelseniana

La Teoría pura del Derecho es una teoría idealista, basada en la solución propuesta por Kant y Cohen al problema del conocimiento.

Para Kant como para Kelsen, no existe una realidad pura que nuestro entendimiento esté llamado a conocer y comprender; la mente estructura o produce la realidad con la ayuda de las doce formas *a priori* del entendimiento. Los conceptos del ser y deber ser en la teoría kelseniana son las formas *a priori* o categorías del pensamiento; dice Kelsen: "Tanto el ser como el deber ser son categorías primarias; y así como no puede describirse qué son el ser o el pensar, tampoco existe una definición del deber ser. El deber ser es como el futuro o el pretérito, el subjuntivo o el condicional, una forma del pensamiento por medio del cual estructuramos dos distintas esferas de conocimiento".

El mundo del ser, de la realidad o de la naturaleza, designa una sucesión de fenómenos ligados por la conexión causa-efecto, es decir, unidos por el principio de causalidad. Dicho principio es un juicio

hipotético en el que se enlaza una consecuencia a una condición por medio de la cópula del ser. Su fórmula general de enunciación es: *Si es A, es B*; por ejemplo, la ley de la dilatación de los cuerpos: si se calienta un metal, se dilata. El mundo de la naturaleza es el objeto propio de las ciencias naturales, como la física, la química, la biología y la ley de la causalidad es el medio para poder interpretarla.

El deber, la idealidad y el espíritu constituyen el mundo normativo, basado en un principio distinto de la causalidad, que es el de imputación. Este principio es también un juicio hipotético en que se enlaza una consecuencia a una condición, pero la cópula de unión es el deber ser. Su fórmula es: *Si es A, debe ser B*. Una aplicación del principio de imputación es una ley jurídica que diga: Si alguien robó, debe ser castigado con x años de prisión. La esfera normativa, en la que tiene absoluta vigencia el principio de imputación, es el objeto de conocimiento de la moral, de la religión y del Derecho. Entre el ser y el deber ser existe una barrera infranqueable que no es lícito atravesar, porque cada uno de esos conceptos se apoya en principios distintos. Todo ser nos conduce a otro ser en una cadena infinita, de tal manera que por el conocimiento de la naturaleza podemos saber lo que fue o lo que será, pero nunca llegaremos a saber lo que debe ser.

Ahora bien, el Estado considerado como una agrupación de hombres o sociedad, no es sino una conducta humana unida casualmente. En este sentido el Estado es una sección de la naturaleza y la ciencia que trata de él se llama sociología. La sociología junto con la psicología, la etnología y la historia son ciencias sociales causativas

que no difieren esencialmente de las ciencias naturales, como la física o la química. Su diferencia radica en que tienen como materia exclusiva una sección especial de la naturaleza: la conducta del hombre; pero el principio de causalidad rige en ambas. Frente al Estado como sociedad a la concepción del mismo como sociología, Kelsen erige al Estado como persona jurídica u orden normativo y la teoría del Estado como teoría del derecho político. El Estado pertenece al mundo del deber ser y la ciencia del Estado es una ciencia normativa regida por el principio de imputación, que deber ser netamente separada de las ciencias causales, en especial de la sociología, con la que tan a menudo se confunde.

Kelsen no sólo se apoya en la teoría idealista del conocimiento, sino también es un enemigo acérrimo de la metafísica como ciencia de realidades o cosas en sí mismas. Kant, si bien la nulificó en la *Crítica de la Razón Pura*, trató de hacerla resurgir a su manera en la *Crítica de la Razón Práctica*. De esta manera, para Kant la sustancia es una categoría del intelecto, y la libertad, atribuida al yo numénico, la inmortalidad del alma y Dios, son postulados de nuestra razón práctica. El filósofo alemán se daba cuenta de que sin estos conceptos no podía establecerse una teoría de la conducta humana. Kelsen, en cambio, no necesita de ellos y ayudado por Cohen y Vaihinger prácticamente los anula. La sustancia, el alma y Dios, no son sino ficciones que sirven para nulificar o comprender más fácilmente los fenómenos naturales, los psíquicos y las leyes del universo, pero no se distinguen realmente de ellos. En cuanto a la libertad, que Kelsen opone contradictoriamente a la causalidad, no radica en el hombre de carne y hueso sino

en las normas. Causalidad y libertad son dos conceptos opuestos que se encuentran en dos objetos diferentes; así se resuelve el viejo problema del libre albedrío.

Finalmente Kelsen, con la ayuda de Gerber y Laband, únicamente admitirá el derecho positivo y rechazará el derecho natural, fundado en la metafísica. El derecho natural es como una idea platónica existente más allá del mundo sensible, a la que no podemos conocer. El único derecho real es el derecho histórico, que está en vigencia en los diversos Estados, como el derecho mexicano o el francés.

Jurisprudencia técnica

Paralelamente a las ciencias auxiliares de consulta previa, hay que hacer referencia a la "jurisprudencia técnica".

La jurisprudencia técnica tiene por objeto la exposición ordenada de los preceptos jurídicos que están en vigor en una época y en un lugar determinados, así como el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación.

Se dividen en:

Técnica jurídica y doctrina de aplicación del Derecho.

La técnica jurídica analiza cinco problemas:

- Conflicto de interpretación de las normas

- Conflicto de integración de las normas
- Conflicto de vigencia de las normas
- Conflicto de retroactividad, o sea el conflicto de las normas en el tiempo, y
- Conflicto de las normas en el espacio

Tema 16

Derecho público y derecho privado

Para distinguir entre derecho público y derecho privado se ha recurrido a una máxima de Ulpiano: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singularum utilitatem*. Con base en esta fórmula, se ha dicho que el derecho público comprende todas las normas destinadas al beneficio colectivo, en tanto que el privado contiene las disposiciones que solo intentan satisfacer los intereses individuales. Ahora bien, el provecho de la comunidad y el de los particulares están íntimamente mezclados. En la mayoría de los casos, resulta imposible separarlos y determinar la "dosis" en que cada uno de ellos interviene. Hay normas que dejan la regulación del contenido y de la finalidad de los negocios jurídicos a la voluntad de los particulares, salvo escasas limitaciones (1295, 1344, 1492, 1493, 1832, 1839. Código Civil.). Otras normas imponen la obligación al legislador de determinar, casi íntegramente, el contenido del negocio

jurídico (60 a 82; 85 a 100. Ley del Trabajo). En el primer supuesto, el legislador cree favorecer a la colectividad protegiendo las libres manifestaciones de la voluntad de los particulares; en el segundo tipo estima a la inversa, que sólo se fomenta el bien común imponiendo graves restricciones a la libertad individual. En uno y otro caso, si la ley regula una situación (protegiendo la libertad o restringiéndola), es porque cree que el regularla es una exigencia del bien común. El propio Ulpiano no pretendió establecer una división tajante entre dos especies de normas, sino que al afirmar *duae sunt positiones* (hay dos posturas, dos puntos de vista), parece que intentó tener en cuenta el interés que persigue de modo directo y predominante cada norma.

Existen dos tipos de relaciones jurídicas: las de coordinación, cuando los sujetos se hallan en un plano de igualdad y al mismo nivel, y las de subordinación, cuando uno de los sujetos se encuentra colocado en un nivel superior, por estar dotado de facultad de imperio o poder de mando.

Tradicionalmente se considera que hay derecho público cuando se dan las relaciones de supra y subordinación, porque uno de los términos de la relación es el Estado o algún otro órgano público que obra en calidad de mandatario o superior. También se estima que pertenecen al derecho público las relaciones entre dos o más Estados y entre dos o más órganos del mismo Estado. Se estima en cambio, que estamos dentro del derecho privado cuando hay relaciones de coordinación entre dos particulares, o entre el Estado y un particular, si aquél se abstiene de emplear su facultad de mando y no hace uso de

su fuerza o de su imperio. Si el Estado expropia el acto es de derecho público; pero si compra, actúa como si fuera un particular, y el negocio es de derecho positivo.

Para Kelsen la diferencia consiste en que la obligación a cargo del particular proviene, en el derecho privado, de una norma autónoma, mientras que procede de una norma heterónoma en el derecho público; en este caso el particular resulta obligado, aunque no haya querido; en el derecho privado, se obliga porque quiere.

Uno de los datos que hacen más complejo el problema consiste en que "público" tiene varios sentidos. Significa, en primer término, lo estatal, en contraste con lo relativo a individuos o grupos que no representan al Estado; en segundo término, lo *social colectivo*; en tercer lugar, lo notorio o conocido de todos. Podemos, sin embargo, intentar una tripartición del orden jurídico, en esta forma:

- *Derecho público*. Comprende las normas en que uno, cuando menos, de los sujetos de la relación es el Estado que actúa como tal, o un órgano público que obra en ejercicio de su poder de mando o de su imperio, y las relaciones entre dos o más Estados o entre dos o más órganos del mismo Estado.

- *Derecho estrictamente privado*. Comprende las normas en que hay relaciones de *coordinación* entre particulares, siempre

que los sujetos gocen de autonomía de la voluntad. Se incluyen dentro del derecho privado las relaciones entre un particular y un órgano público, cuando éste prescinde de sus privilegios, renuncia a su imperio, y se porta como si fuera particular.

- Derecho que podríamos llamar —a falta de una mejor designación *semipúblico* o *mixto*, o *privado social*. Es un conjunto de normas que si bien establecen relaciones de coordinación entre particulares, no reconocen la autonomía de la voluntad. Por ejemplo: las normas que protegen a los menores e incapaces, las que regulan los elementos esenciales de la familia, las que fijan precios máximos, las que se dictan en beneficio del comprador (2302, 3311, Código Civil), las que protegen a los trabajadores (123 Constitucional; 15, 22, 69 a 82; 85 a 100, Ley del Trabajo), los decretos llamados de congelación de rentas, etcétera. En ciertos casos existe obligación de contratar; en todas las situaciones, el contenido del negocio jurídico está previamente determinado, casi en su totalidad, por la ley.

La diferencia entre derecho público y el privado es de fundamental importancia, pues es la base para solucionar los problemas de la técnica jurídica, que son cinco: interpretación, vigencia, retroactividad de la ley, integración, finalmente, conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio.

En todo problema encontraremos siempre dos partes: el particular y el Estado: se interpreta, se integra lo dicho por el legislador.

Tesis. La tesis clásica no nos puede servir, ya que separa de modo infranqueable el derecho público del privado.

Las definiciones clásicas son:

- Derecho público: *Quod ad statum pertinent*

- Derecho privado: *Quod ad singularum utilitatem*

Esta es la tesis de Ulpiano. Dominante en todo el Derecho Romano: El Estado interviene por interés esencial en el público y particularmente en el privado. Se le ha llamado la teoría del interés:

- Dernburg: "En el derecho público interviene principalmente el interés".

Sigue la línea de la teoría del interés, de la cual forma parte, pero suaviza un poco la concepción clásica. Sin embargo no nos satisface, por su indefinición, que la hace peligrosa.

- Thon: "En el derecho privado es el particular el que puede pedir la sensación por la violación de la norma. En el derecho público es el Estado, no el que la pide, sino el que aplica la norma y la sanción *motu proprio*, por sí misma, sin que nadie lo pida".

Esta tesis ya no es indefinida y podría servirnos si no hubiésemos aprobado que la sanción no es el elemento esencial del Derecho (ver tema VI).

Jellinek: "El derecho privado regula las relaciones interindividuales en tanto que el público regula las relaciones entre entidades dotadas de *imperium*, es decir, entre Estados".

Kourkounov. Habla de dos normas: distributivas y adaptativas, y dice: "derecho público es aquel que adapta las cosas al uso de la colectividad-norma adaptativa".

"El derecho privado procede a la distribución-normas distributivas de los derechos entre los miembros de la comunidad".

Las normas distributivas se encuentran en el privado y las adaptativas en el público: se vuelven a separar de modo infranqueable.

Giner de los Ríos y Posada. Más que una tesis elaboran una crítica a la doctrina clásica, la cual consta de cuatro argumentos:

- La división que presenta de derecho público y privado representa una situación determinada lejana.

- Es erróneo creer que el derecho público se refiere sólo al Estado y el privado a los particulares.

- Esta división no puede servir para una clasificación de las instituciones.

- La clasificación no se adapta a las circunstancia. (Sin embargo, es sólo una tesis destructiva que no aporta nada).

Pasaremos ahora a la tesis volitiva de Hans Kelsen.

Tesis volitiva de Hans Kelsen

El nombre de la tesis se deriva del criterio diferencial que utiliza para distinguir al derecho público del privado: la voluntad.

Su tesis dice: "En el derecho público el acto determinante no requiere esencialmente de la voluntad de la persona".

Es un acierto hablar de la distinción de los actos determinantes en uno y otro caso, pero no siempre está ajena la voluntad de las partes; no siempre está ajena la disposición de voluntad de los particulares: contrato en la forma que se me permite. El acto condicionante en la esfera pública es sobrecondicionante en el privado. También puede influir la voluntad de los particulares en la sentencia de algún modo, pues hay delitos que se siguen de oficio, mientras que otros se persiguen sólo por querella.

Sin embargo nosotros necesitamos una solución, un criterio. La solución posible tendrá que basarse en la teoría clásica.

Puntos:

1o. Dificultad esencial de señalar los límites entre el Derecho Público y el Privado;

2o. Cualquier tesis va a adolecer la relativa imprecisión, sobre todo en la época contemporánea.

Nuestra solución será el criterio clásico, con las modificaciones de Dernburg y Jellinek, esto nos da la sombra de penumbra que necesitamos. Es verdad, hay ocasiones en que el Estado aparece como persona dotada de *imperium*, pero otras, sin perder su personalidad, actúa sin él; esta es la zona intermedia en que se sintetiza el derecho público con el privado, siendo imposible separarlos por "milímetros".

Divisiones y subdivisiones del derecho: público y privado

Derecho público

- Internacional público. Estudia y analiza las relaciones entre Estados, sus deberes, sus derechos, sus mutuas obligaciones.

- Constitucional. Integra los cuatro elementos del Estado.

- Administrativo. Estudia la gestión pública y las relaciones de los particulares con el Estado considerado como administrador.

- Penal. Se ocupa de los delitos, de las penas, de la prevención de los primeros y la aplicación de las segundas.

Derecho privado

- Civil. Norma las relaciones jurídicas en que las personas actúan como sujetos de Derecho.

- Internacional. Estudia los casos jurisprivatistas referentes a elementos extraños al derecho nacional o local.

- Mercantil. Relativo al estudio de los actos de comercio, de los comerciantes y aquellas instituciones que tienen (o se les da) el carácter de mercantiles.

- Agrario. Se refiere a la producción, industria y comercio agropecuario.

- Minero. Rige los derechos, las obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de los minerales.

- Del Trabajo. Tiene cuatro acepciones:

  - Estudio de los elementos más generales, como son el trabajo y los trabajadores.

  - Estudio de la finalidad, o sea, protección de los trabajadores.

- Relaciones obrero-patronales (contratos de trabajo)

- Síntesis de los elementos anteriores.

Es necesario anotar que la lista no es completa (se hace ya necesario hablar de un derecho aéreo, tanto nacional como internacional, etc.); además ya es anticuada, debido al avance de las comunicaciones.

Tema 17

Acto y hecho jurídico

Entre la múltiple variedad de hechos que suceden diariamente unos son jurídicamente relevantes y otros no; los segundos se denominan simplemente hechos o bien hechos no jurídicos.

Por relevancia jurídica se entiende que el hecho dé lugar a consecuencias o efectos de Derecho. Es decir, que ningún hecho de por sí es jurídico o no jurídico, sino que se convertirá en jurídico cuando se le atribuyan determinadas consecuencias de Derecho.

Si por un ordenamiento jurídico se estipulan previamente determinados efectos para cierto tipo de hechos, tal tipo, en abstracto, es jurídico, y los hechos concretos del mismo que se produzcan posteriormente, naceran jurídicos. Si por el contrario, dicho ordenamiento atribuye después efectos a un hecho preexistente, éste deviene jurídico a partir de tal atribución.

Hecho jurídico es todo acontecimiento o estado —en general todo suceso o falta del mismo, ya que también hay hechos negativos— al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el derecho objetivo con la producción de un efecto, que es jurídico precisamente por lo dispuesto conforme a ese derecho objetivo.

El efecto jurídico no consiste sólo en la adquisición, pérdida o modificación de derechos subjetivos, sino en la producción de cualquier modificación en el mundo jurídico, es decir cualquier alteración en la situación jurídica preexistente.

Para mayor claridad vamos a dar ejemplos de hechos jurídicos y de hechos no jurídicos. Entre los primeros tenemos el nacimiento o la muerte de una persona. En realidad éstos no se realizan para producir efectos de derecho, sin embargo la ley considera que cuando nace una persona, por el solo hecho de nacer, se convierte en un ente capaz de adquirir derechos y obligaciones, a condición de que nazca vivo y sea viable, es decir, a ese hecho, la ley atribuye consecuencias jurídicas.

Ocurre igual con la muerte de una persona, pues cuando alguien fallece, automáticamente la ley considera que es el instante en que se abre la sucesión de esa persona; o sea que la muerte atribuye consecuencia jurídica en la apertura de la sucesión.

Por otra parte, hay hechos que son de ordinario irrelevantes para el Derecho, como por ejemplo el que llueva o haga sol, aire, frío, etc.

En éstos casos decimos que estamos frente a hechos que no interesan de ordinario al Derecho. No obstante, puede darse el caso de que en un contrato celebrado con un campesino se señale como condición para llevar a cabo determinado acto jurídico, el que haya habido una buena temporada de lluvias o que no haya caído una helada; es decir que en este caso el hecho no jurídico se convierte, por un contrato determinado, en hecho jurídico. Pero hay que aclarar que la juridicidad o no juridicidad de un hecho se entiende en abstracto, es decir que se clasifican como hechos no jurídicos los que ordinariamente no tienen ningún efecto para el Derecho, aunque pueda tenerlo para un contrato determinado; y se clasifican como hechos jurídicos la muerte o el nacimiento, porque en abstracto se les asignan efectos jurídicos, aunque en casos concretos puedan no ser jurídicos.

Hemos visto en las dos divisiones antecedentes de hechos jurídicos y no jurídicos, que ambos tienen en común el ser acontecimientos materiales, diferenciándose en que a los jurídicos, la ley les atribuye consecuencias de Derecho, y a los no jurídicos la ley no los toma en cuenta.

Hay otros actos que se realizan sin que intervenga la voluntad de la persona para crear efectos de Derecho, pero sí en la realización del acto material. Por ejemplo, si estoy manejando mi automóvil, es evidente que mi voluntad ha intervenido en el acto material que estoy realizando, pero si atropello a una persona la ley va a atribuir a ese acto imprudencial determinadas consecuencias de Derecho, que en ninguna forma eran queridas por mí. Lo que había decidido

libremente era manejar mi auto, pero no he aceptado libremente que me sean impuestos cinco años de prisión por cometer un homicidio imprudencial con mi vehículo.

Algunos autores consideran que en estos casos, o sea el de actos ilícitos, los efectos jurídicos se producen no porque el sujeto lo quiera, sino porque lo establece el ordenamiento con objeto de corregir la voluntad jurídica de aquél, y por este motivo la mayor parte de los autores clasifican también a los actos ilícitos como hechos jurídicos, porque son acontecimientos a los cuales la ley atribuye efectos de Derecho.

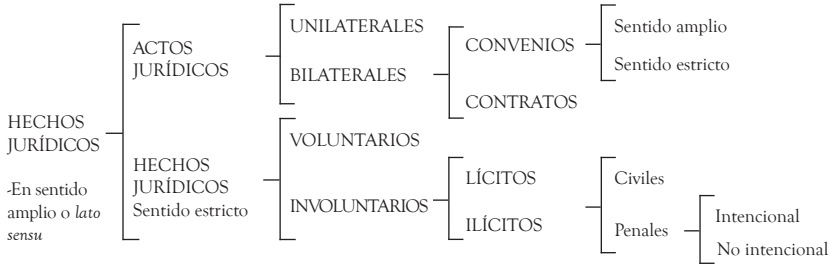
La mayoría de los autores, conviene en que el hecho no encierra ninguna eficacia jurídica, es decir no es naturalmente producto de efectos jurídicos. Luego la causa se halla en la norma y el hecho funciona sólo como condición de los efectos. Estos tienen lugar porque la norma los produce, pero ésta los produce cuando se realiza el hecho.

Según otros autores, entre el hecho y el efecto media la relación lógica de fundamento a consecuencia, es decir, el hecho tiene valor de causa eficiente del efecto.

Hay también otros autores que entienden que ambos, norma y hecho son co-causas. Lo cierto es que ambos elementos, el hecho y el precepto, son igualmente necesarios para la producción del efecto. La norma, al atribuir efectos a determinados hechos, crea una serie de causas jurídicas. Indudablemente, sin norma que lo disponga no se daría el efecto jurídico. Luego, el hecho lo produce porque existe la

norma, pero ésta no es la causa sino es la creadora de una relación de causalidad entre el hecho y efecto, causalidad que por tanto descansa en la ley.

CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS DE BONNECASE



INVOLUNTARIOS. Refiriéndose exclusivamente por ahora a los hechos jurídicos propiamente dichos, tenemos entre los involuntarios todos aquellos que se realizan sin intervención de la voluntad, como por ejemplo una inundación, la muerte, etcétera.

Entre los VOLUNTARIOS tenemos aquellos que como ya lo dijimos, interviene la voluntad del hombre, pero no para producir efectos de Derecho, pues en estos casos los efectos se producen sin que hayan sido queridos por el hombre, por ejemplo el atropellamiento de una persona.

Este grupo comprende no sólo los actos ilícitos penales, que ya explicamos, sino también actos ilícitos o lícitos de carácter civil.

Entre los actos lícitos civiles, que no entran en la categoría de los actos jurídicos porque no se realizan específicamente para producir

efectos de derecho, tenemos la gestión de negocios en la cual una persona, sin ser representante de otra y sin estar obligada, se ocupa de un negocio ajeno que requiere una atención inmediata. Pero el Derecho atribuye a este hecho una serie de consecuencias jurídicas: el gestor está obligado a responder del daño por la gestión, y el dueño del negocio está obligado a pagar al gestor los gastos que hubiere erogado en la gestión; estas consecuencias jurídicas se producen independientemente de la voluntad del gestor y del dueño del negocio.

Por último, no todos los actos ilícitos son delitos, ni caen todos en el campo del derecho penal, sino hay también en el Derecho Civil hechos ilícitos expresamente regulados en el capítulo V del título I del libro IV del Código Civil vigente, todo lo que se refiere a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.

Entre estos ilícitos de carácter civil podemos mencionar, a título de ejemplo: el abuso de los derechos a los actos ilícitos ejecutados por un menor de edad.

Actos jurídicos

Acto jurídico es un acuerdo de voluntades para realizar uno o más efectos de derecho. Analizando esta definición, encontramos en primer lugar que para realizar un acto jurídico es necesario que haya cuando menos dos personas, ya que implica un acuerdo de voluntades entre dos o más personas. Quienes intervienen en el acto jurídico se llaman partes, y la voluntad de cada una, cuando está conforme a

la de las demás que intervienen en el acto jurídico, se denomina consentimiento, el cual indica similitud de voluntades concurrentes a la formación del acto.

El acto jurídico requiere la voluntad de producir efectos jurídicos. Esta voluntad puede ser expresa o tácita. La primera, cuando se manifiesta expresamente con signos exteriores; la segunda, cuando aunque no se manifieste por una declaración formal, resulta evidente por los hechos que se realizan.

Siendo requisito indispensable el acuerdo de voluntades, es evidente que no podrán realizar actos jurídicos las personas privadas de razón, que como consecuencia de una causa fisiológica no pueden tener una voluntad jurídicamente eficaz, por ejemplo, un loco que no actúa en intervalos de lucidez o un niño recién nacido, pues no responden a lo que hacen y por tanto no pueden realizar actos jurídicos válidos. Tampoco podrá realizar actos jurídicos válidos una persona que aunque esté en plena posesión de sus facultades mentales, actúe de tal manera que el acto que realice no sea la expresión de una voluntad legalmente eficaz. Esto sucederá cuando actúe bajo la influencia de un error de tal magnitud que su voluntad sea inexistente, y que impida la formación del acto jurídico. Esto ocurre en los casos en que el error versa sobre la naturaleza del acto que se va a celebrar sobre la identidad del objeto del acto jurídico.

Actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos bilaterales

El acto jurídico es un acuerdo de voluntades para producir efectos de derecho. Esto implica necesariamente la concurrencia de dos o más

personas y excluye la realización de actos jurídicos unilaterales, o sea aquellos en los que interviene una sola persona.

La mayor parte de los autores consideran que no hay actos jurídicos unilaterales, y los que aparentemente son tales, no constituyen un acto jurídico completo, sino una parte de un verdadero acto jurídico. Por ejemplo, algunos autores estiman que existen actos jurídicos unilaterales, como la formulación de un testamento, la oferta para contratar, la emisión de un título de crédito, etcétera.

En realidad, en estos casos, nos encontramos frente a un acto jurídico que forma parte de otro acto jurídico bilateral. En efecto, en la oferta de contrato, la persona que ofrece una cosa en venta está ligada a su ofrecimiento y debe mantenerlo; pero en realidad este acto forma parte preliminar de un contrato que se va a celebrar en cuanto haya alguien que acepte la oferta, en cuyo caso tendremos una compraventa lisa y llana, la cual es un acto jurídico en el que intervienen dos o más personas.

Si una persona formula su testamento, éste carecerá de eficacia jurídica si el supuesto heredero no acepta la designación hecha a su favor. Si yo suscribo un cheque, éste no tendrá ninguna eficacia si el beneficiario del mismo no lo acepta. Por esta razón la mayoría de los autores niegan que existan actos jurídicos unilaterales y consideran que sólo el acuerdo de voluntades produce efectos de derecho y que los actos jurídicos unilaterales son aparentemente tales, pero que en realidad son actos preparatorios o etapas de un acto jurídico bilateral.

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, hay que hacer la aclaración de que el Código Civil vigente acepta plenamente la existencia de los actos jurídicos unilaterales, y que dedica el capítulo segundo del Título Primero del Libro Cuarto, a reglamentar la declaración unilateral de voluntades, lo que implica que esté plenamente aceptado que en nuestro derecho positivo sí existen actos jurídicos unilaterales.

Requisitos de los actos jurídicos

Los actos jurídicos deben llenar ciertos requisitos: unos esenciales y otros contingentes. Los primeros son los requisitos de existencia, y los segundos los requisitos de validez.

Requisitos de existencia de los actos jurídicos

Son tres los requisitos esenciales para que un acto jurídico exista: la voluntad, el objeto o material del acto y en ciertos casos, las solemnidades. De los primeros se ocupan los artículos 1794 y 1796 del Código Civil, pero del último no existe disposición expresa que así lo determine, sino que hay que recurrir a todo el sistema que establece la ley para deducirlo. En especial podemos citar, de entre varias disposiciones, las de los artículos 146, que habla del matrimonio, 97 y siguientes que hablan de las actas del matrimonio y 2917 y 3002, fracciones I y XIV, que hablan de la hipoteca; contratos que en nuestro derecho son de los llamados solemnes.

1. *La voluntad*. Ya hemos visto que la voluntad del individuo es el factor decisivo que origina el acto jurídico; es lógico que la voluntad

sea uno de sus requisitos de existencia; pero esta voluntad es llamada así cuando es unilateral, es decir, expresada por una persona, porque cuando se forma por el acuerdo de dos o más voluntades, toma el nombre de consentimiento, que no es otra cosa que el acuerdo de dos o más voluntades.

2. *El objeto*. No se concibe una relación jurídica entre personas sin un objeto y éste puede tener tres diversas naturalezas: puede ser una cosa, ya sea materia, un hecho, o bien una abstención, por ejemplo, no construir una casa en un lugar determinado —artículo 1824—.

Las cosas, como objeto de los actos jurídicos, deben llenar estos requisitos que menciona el artículo 1835 del Código Civil: existir en la naturaleza, estar determinadas o poder determinarse en cuanto a su especie, y estar en el comercio, es decir, en posibilidad de adquirirse por particulares para un fin práctico y no ilusorio.

3. *Las solemnidades*. Este requisito consiste en el empleo de ciertas fórmulas especificadas por la ley, como la declaratoria que hace el oficial del Registro Civil de declarar unidos en legítimo matrimonio a un hombre y a una mujer; bien en celebrar el acto ante un determinado funcionario, por ejemplo un oficial del Registro Civil, o inscribiéndolo en una oficina a cargo también de un funcionario: el Registro Público de la Propiedad.

Requisitos de validez de los actos jurídicos

Además de los requisitos de existencia del acto jurídico, la ley exige que éste se lleve a cabo con otros que le dan no sólo firmeza sino certeza

de que se ha celebrado de acuerdo con sus disposiciones. Estos requisitos se denominan de validez, y son: primero, que la voluntad se haya expresado de manera consciente y libre, es decir, sin vicios de la voluntad; el segundo, que las partes que intervienen en el acto hayan tenido capacidad para celebrarlo, y tercero, que el acto se haya celebrado con las formalidades legales (artículo 1795.).

Vicios de la voluntad

En todo acto jurídico debe intervenir la voluntad. Pero no basta que el acto que se celebre sea voluntario, sino que es preciso que sea plenamente eficaz, que la voluntad sea libre y esclarecida.

Deja de ser libre si el consentimiento de una de las partes se ha arrancado con o por la violencia…Deja de ser esclarecida si una de las partes ha dado su consentimiento a consecuencia del error, el cual a su vez puede ser espontáneo o resultado de maniobras realizadas por la otra parte. En el primer caso tenemos error propiamente dicho, y en el segundo, dolo.

La violencia, el error y el dolo son tres causas que vician la voluntad y por eso se les llama "vicios del consentimiento".

Algunos autores añaden otro vicio del consentimiento, que es la lesión. Pero este último no es aceptado por todos porque consideran que queda comprendido dentro de los otros tres.

En los actos jurídicos en los que existe algún vicio de la voluntad, el acto jurídico existe realmente y produce todos sus efectos, pero la parte que no ha actuado con plena libertad tiene la facultad de solicitar la anulación del acto jurídico.

El error

Por error, en sentido vulgar, se entiende el falso concepto de la verdad.

En sentido jurídico, para considerar el error como vicio de la voluntad se requiere que haya un falso concepto de la verdad, y que ello sea causa determinante del consentimiento para la celebración de un acto jurídico.

Hay tres clases de errores: 1. Error grave o radical. 2. Error medio. 3. Error leve.

1. El primero —error grave— no es propiamente dicho un vicio de la voluntad, sino que de plano impide el nacimiento del acto jurídico. Esto ocurre exclusivamente en dos casos: 1. Error sobre la naturaleza del acto que se va a celebrar y, segundo, error sobre la identidad del objeto.

En estos casos, propiamente dicho no hay consentimiento de voluntades, porque cada uno da su conformidad sobre puntos distintos.

En efecto, si el dueño de un bien cree que va a firmar un contrato de compraventa y el segundo adquiriente cree que va a aceptar una

donación, no hay consentimiento de voluntades, sino dos expresiones de voluntad que no coinciden entre sí, y por tanto no hay consentimiento para la celebración de un acto jurídico.

Lo mismo ocurre cuando una parte cree que vende una casa y la otra cree que compra otra diferente.

Este caso de error grave no es para un caso en el que haya vicio de consentimiento, sino falta total de consentimiento.

2. El error medio no impide la celebración del acto jurídico, pero ocasiona que el mismo sea anulable por encontrarse viciada la voluntad. Ordinariamente existe este tipo de error en los casos en que recae sobre motivo determinante para la celebración de un acto jurídico, por ejemplo, si se compra una alhaja creyendo que es de oro, y luego resulta que era dorada.

3. El error indiferente es aquel que recae sobre circunstancias irrelevantes, sin importancia, que por no constituir el motivo determinante del acto no producen su invalidez, ni menos su existencia. El ejemplo característico es el error de cálculo. Una persona, por ejemplo, vende un lote X con una superficie de 100 m^2 a razón de $100.00 por m^2 y en el contrato se dice que el precio es de $15,000.00; hay un error de cálculo aritmético. Este error no da motivo para que ninguna de las partes demande la nulidad, sólo da lugar a que se corrija.

De las tres clases de error que hemos visto, sólo la segunda, o sea el error medio, es el que constituye vicio del consentimiento, pues en

el error grave ya dijimos que no hay acto jurídico y el error leve es indiferente para su validez.

Desde otro punto de vista se clasifica el error en: error de hecho y error de derecho. El primero es el que recae sobre circunstancias materiales del motivo determinante del acto jurídico; así, el error sobre la sustancia del objeto, sobre circunstancias relativas a su calidad, sobre las personas con quien se celebra el acto, etc...El segundo es un falso concepto respecto de una norma de derecho o su interpretación jurídica.

El Código de 1884, anterior al vigente, sólo consideró como error de nulidad el error de hecho; pero el vigente, en el artículo 1813, se refiere a las clases de error. Se pretendía apoyar el Código anterior en el principio de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha. Pero nuestro legislador de 1928 ha regulado con acierto al considerar como causa de invalidez el error de derecho, porque de otro modo, en verdad, la ignorancia estaba produciendo el efecto de dar validez al acto. En cambio, según el sistema del código vigente, al privarse de validez al acto celebrado por error de derecho, en verdad es precisamente en razón del principio de que la ignorancia de la ley no puede actuar en Derecho.

El dolo

Se llama dolo a las maniobras o engaños tendientes a la celebración de un acto jurídico.

Se distingue del error en que en éste, la parte que cae en el error no ha sido influenciada por nadie para tener ese concepto erróneo de la verdad. En cambio en el dolo, la contraparte en el acto jurídico o un tercero realizan maniobras tendientes a inducirle al error.

El artículo 1815 del Código Civil dice que: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a algunos de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". El dolo puede revestir dos formas: dolo para inducir a error a quien lo padece y dolo para mantener en el error a quien ya lo sufre. Pero en una o en otra forma, el dolo implica siempre actitudes positivas, activas del sujeto doloso: las sugestiones y artificios de que habla el precepto. La mala fe supone siempre que ya el sujeto sufre error; pero la parte de la mala fe, aunque no insiste con su actividad en que el error persista, lo disimula, lo oculta. La mala fe constituye una actitud negativa, inactiva.

Se puede dar como ejemplo de las dos formas de dolo las siguientes:

Una persona vende un reloj que pretende hacer creer que es de oro, y así simula realizar una prueba química para convencer al comprador que es de oro, y hacerlo caer en el error. Sería también dolo si el comprador suponía ya que el reloj era de oro, y el vendedor para mantenerlo en el error, simula también practicar una prueba para comprobar la calidad. En la misma hipótesis del reloj de oro, un ejemplo

de mala fe sería el siguiente: sabiendo el vendedor que el comprador cree que el objeto es de oro, no hace nada para que salga del error; simplemente lo disimula, guarda silencio.

El dolo y la mala fe interesan en derecho civil en cuanto traen como consecuencia el vicio de la voluntad que es el error. Por sí solos no tienen relevancia en derecho civil; en cambio en derecho penal son muy importantes, pues son elementos delictivos considerados en sí mismos. Es importante esta distinción.

No todo dolo es considerado como engendrador del vicio del error. Algunos autores aceptan el llamado "dolo bueno". Está constituido por las exageraciones normales que en la vida diaria de los negocios se llevan a cabo por las partes. A él se refiere el artículo 1821: "Las consideraciones generales que los contrayentes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia". La expresión "dolo bueno" es criticable. Tal vez fuera más lógico y congruente hablar de un "dolo publicitario".

El dolo y la mala fe han de ser determinantes para la expresión de la voluntad en el acto jurídico, que por virtud de dichas actitudes se manifiesta sin plena conciencia, por error.

El dolo puede ser también principal o incidental, según el caso que determine la celebración del acto jurídico o que simplemente

obligue a una de las partes a aceptar condiciones más onerosas de las que hubiera aceptado en caso de que no hubiere existido dolo.

La violencia

La violencia es la coacción sobre la voluntad de una persona, ya sea por la fuerza material o por amenazas, para obligarla a consentir en la celebración de un acto jurídico.

La violencia no destruye el consentimiento; sólo le quita la libertad. Quien celebra un acto jurídico impulsado por la violencia, escoge entre dos males, el menor; consciente porque prefiere firmar un contrato que exponerse a la muerte o a otros peligros. Como se expresaba en el Derecho Romano: *Coacta voluntas est voluntas*.

Puede haber dos clases de violencia: física o moral, según el mal con que se amenaza al contratante coaccionado, sea de carácter físico o moral.

El artículo 1819 del Código Civil vigente, dice: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

Al analizar este precepto, se advierte que el temor constituye vicio de la voluntad, sólo cuando es producido por la actitud extraña ante

el sujeto y que se denomina violencia. Ésta consiste en una coacción que se ejercita en contra de una persona a efecto de forzar su voluntad en un acto jurídico infundiéndole temor. Puede ser de dos órdenes: física, significada por el empleo de la fuerza, o moral, consistente en amenazas. El temor suscitado ha de comprender alguno de los extremos indicados por el concepto de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes, y estos riesgos han de ser para el propio sujeto o para alguna de las personas señaladas en el mismo artículo: el cónyuge, los ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado.

La razón es evidente: el afecto que el sujeto siente respecto de estas personas significa tal vez una coacción mayor que la que se hiciere sobre él mismo.

A este respecto, surge la duda de si solamente los peligros en que puedan encontrarse las personas a que alude el precepto constituyen violencia, o si para los efectos de este vicio han de considerarse también las coacciones ejercidas respecto de otras personas, no indicadas por la ley, pero que pueden considerarse ligadas con el sujeto por igual o mayor lazo de afecto. Por ejemplo, la persona con quien va a contraer matrimonio o el amigo. Parece que puede interpretarse este artículo en forma extensiva para comprender en el todos los casos en que se ejerza la amenaza sobre personas de particular afecto para el perjudicado del acto. Esto en virtud del argumento de igualdad de razón. Baudry Lacantinerie, comentando un artículo del Código Francés, semejante al nuestro, dice que la razón de la ley es el afecto, la

estimación respecto de otras personas, y que la libertad se encuentra coaccionada también cuando la amenaza se ejerce respecto de esas personas.

No constituye, en cambio, vicio de la voluntad el temor llamado reverencial. A este respecto, la ley dispone lo siguiente (artículo 1820): El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

La lesión

Por último, entre los vicios de la voluntad, algunos autores mencionan la lesión, que puede ser definida como "todo daño pecuniario que un acto jurídico causa a la persona que lo realiza".

Algunos autores opinan que la lesión no es propiamente un vicio de la voluntad, porque dicen que si una persona consiente en celebrar un acto jurídico que le va a perjudicar económicamente es por una de estas dos razones: 1. Porque está coaccionado a celebrar dicho acto, y en este caso lo que realmente existe como vicio de la voluntad es la violencia. 2. Porque ignora que la operación que va a celebrar le causará un perjuicio económico, y en este caso realmente lo que existe es un error.

La lesión puede ser de dos formas: objetiva y subjetiva.

En la primera se valora el daño patrimonial a un porcentaje determinado del valor real de la cosa.

En la subjetiva se prescinde del valor objetivo de la cosa, y se consideran únicamente características del sujeto que va a realizar el acto jurídico.

Como ejemplo de la lesión subjetiva tenemos el artículo 1658 del Código Civil de 1884, que decía: "Sólo hay lesión cuando la parte que adquiere da dos tantos más, o la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio o estimulación de la cosa".

Actualmente nuestro código cambió de criterio y sostiene, no la lesión objetiva consignada en el actual artículo 27, que a la letra dice: "Cuando algunos, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que se obliga el perjudicado, éste tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser esto imposible, la reducción equitativa de su obligación". El Derecho concedido en este artículo dura un año.

Aunque esencialmente el sistema actual de nuestra legislación es subjetivo, hay que hacer notar que la disposición del artículo 17 del Código Civil actual consta de dos elementos: objetivo y subjetivo.

El primero, el objetivo, consiste en que en un contrato conmutativo (aquel en que existen provechos y gravámenes recíprocos que son conocidos por las partes desde el momento de la formación del contrato) existe una evidente desproporción en las prestaciones. Por ejemplo, una persona adquiere de otra un inmueble que vale

cien mil pesos, sólo por el precio de diez mil. El comprador obtiene un lucro excesivo, que es desproporcionado a lo que él se obliga; pero no basta que exista una desproporción, pues para que haya lesión se requiere además la reunión de otro elemento que podemos denominar subjetivo. Por virtud de este elemento es necesario que el lucro excesivo, desproporcionado, se obtenga por la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de una de las partes. Este elemento subjetivo ofrece un doble aspecto, según se considere desde el punto de vista de cada una de las partes. Visto desde la parte que lucra, consiste en una actitud de explotación de la situación padecida por la otra. Desde el punto de vista de ésta, se ofrece a consideración la situación padecida por ella. Esta situación afecta la voluntad de quien sufre en cuanto a su libertad o conciencia: la víctima no es plenamente consciente porque su voluntad se manifiesta en su notoria inexperiencia o suma ignorancia; o la voluntad se encuentra afectada en cuando a su libertad debido a la extrema miseria que la determina a manifestarse. Ambos elementos forman la lesión. Así, no habría lesión, en un contrato de préstamo en el cual el prestamista, sin explotar la ignorancia, la inexperiencia ni la miseria de una persona, le presta una cantidad de dinero a rédito muy elevado, en razón de que esta persona requiere el dinero rápidamente para aplicarlo a especulaciones bancarias con las que espera lucrar.

Nos importa la lesión, en cuanto a su elemento subjetivo, desde el punto de vista de la víctima en cuanto que su voluntad se encuentra afectada respecto a su libertad y conciencia. Es de advertirse, por último, que este vicio solo se da en los contratos y precisamente en los contratos conmutativos.

La libertad de los actos jurídicos

La voluntad de los particulares no es absolutamente libre ni por el contrario está totalmente sujeta a las disposiciones legales, sino que goza de una autonomía parcial.

Se basa en el principio de que "todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido". La libertad es la regla, la voluntad privada es autónoma dentro de los límites señalados por la ley.

La libertad contractual. En esta materia los particulares tienen libertad para celebrar contratos, fijar su objeto y señalarles las modalidades que estimen convenientes. Este principio se expresa diciendo que "la suprema ley de los contratos es la voluntad de las partes".

Gracias a esta libertad se puede celebrar todo tipo de contrato, modificar estos tipos con cláusulas excepcionales, y aun inventar nuevos tipos.

Algunas veces este principio se expresa al hablar de la autonomía de la voluntad. Con dicha expresión se quiere decir que la ley debe respetar las voluntades individuales.

En la actualidad esta teoría individualista y liberal está muy limitada por el desarrollo de la intervención estatal en el campo del derecho privado.

Limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad

En primer lugar no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

En la noción de orden público quedan comprendidas, en primer lugar, todas las leyes del derecho público, es decir, las que regulan la organización y funcionamiento de los diferentes poderes, así como los derechos y las obligaciones de los particulares en materia política. Por otra parte, hay disposiciones que pertenecen al derecho privado y sin embargo son de orden público. Esto ocurre en todas las ocasiones en que la disposición legal es motivada por consideración de un interés general. Entre estas encontramos:

- Todas las disposiciones referentes al Estado y capacidad de las personas. Para expresar esta idea se dice comúnmente que "El estado de las personas no está en el comercio".

- Todas las disposiciones referentes al derecho de propiedad, sus efectos, sus límites, etcétera.

- Algunas disposiciones tendientes a proteger a terceros, como son las relativas a inscripción en el Registro Público de la Propiedad, etcétera.

- La protección de algunos contratantes, como por ejemplo los trabajadores, y

- Disposiciones tendientes a proteger la economía nacional y a evitar la existencia de monopolios, debilitamiento de la moneda, etcétera.

También hay que considerar que las convenciones privadas nunca pueden ser contrarias a las buenas costumbres. Examinando sobre este punto nuestra legislación, encontramos en el artículo 6o. del Código Civil, la siguiente disposición: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".

En el Artículo 8° del mismo Código se establece que "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Por último, el artículo 1839 del Código Civil dispone que, "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".

Efecto relativo de los actos jurídicos

En principio, los actos jurídicos únicamente producen sus efectos entre las partes que intervienen en su celebración, y los terceros ni se aprovechan ni se perjudican con ellos.

Para precisar exactamente la relatividad de los efectos de los actos jurídicos hay que distinguir quiénes son los autores del acto, las partes y los terceros.

Si el acto jurídico emana de una sola persona, se dice de ésta que es el autor del acto. Si por el contrario se consigna la participación y el concurso de varias personas, cada una de ellas se llama parte.

Se asimilan a las partes las personas que han estado representadas en el acto jurídico y los causahabientes o sucesores de las partes.

La noción de tercero en un acto jurídico se obtiene por exclusión. Es tercero el que no es autor ni parte en el acto jurídico, ni se asimila a alguno de ellos por haber estado representado en el mismo, o por ser causahabiente o sucesor de alguna de las partes.

De la representación de los actos jurídicos

A menudo el acto jurídico se realiza por persona distinta de los directamente interesados. Esta sustitución puede ser necesaria en dos casos:

- Cuando el interesado no puede estar presente en el lugar en donde se va a llevar a cabo el acto jurídico.

- Cuando el interesado es un incapaz y no puede comprender el acto jurídico que se va a realizar.

En otros casos, sin ser necesaria la representación, ésta puede ser ventajosa o útil y por ello se lleva a cabo.

La mayor parte de los actos jurídicos pueden llevarse a cabo por medio de un representante. Sin embargo, hay actos que se denominan personales o personalísimos, que forzosamente requieren la intervención personal del autor del acto, por ejemplo la formulación del testamento. En otros países el matrimonio también se considera dentro del grupo de los actos jurídicos en los que no se admite la "representación".

Formación sucesiva de la idea de representación

En el Derecho Romano primitivo no existía, y sin embargo son los jurisconsultos romanos quienes la han elaborado y transmitido a todo el mundo moderno.

En un principio los efectos del acto realizado por una persona en representación de otra recaían directamente en el representante; el representado no obtenía ni beneficio ni perjuicio, porque permanecía extraño a la relación jurídica.

Más tarde, por una segunda operación, el acto se transmitía al verdadero interesado. Había una complicación, pues para realizar un acto jurídico eran necesarias dos operaciones y la posibilidad de un peligro, pues en el intervalo podía volverse insolvente el representante. Los romanos fueron modificando paulatinamente este procedimiento, hasta que la segunda operación quedó sobreentendida y admitieron que el acto primitivo bastaba para que el representado percibiese los efectos del acto.

Noción de la representación: Representar significa "la intervención de una persona actuando por otra, sin ser el afectado por los resultados del acto".

De ese modo, lentamente se ha llegado a la noción de la representación jurídica.

Expresiones de la voluntad del representado

El papel de representante es diferente según el caso. Si el representado es incapaz de expresar su propia voluntad, ésta es reemplazada por la voluntad del representante. Si la persona representada ha expresado su voluntad de realizar el acto jurídico sin precisar todos los detalles, la voluntad del representante completa la del representado. Por último, si el representado trata todos los detalles, el representante transmite o aporta simplemente la voluntad del representado.

En la representación hay gran número de casos en los cuales el representante actúa sólo en representación de los intereses de otro porque ejecuta sólo un acto en provecho de otro. Esto sucede en los casos de "estipulación a favor de tercero". En este caso nacen derechos en provecho de los terceros beneficiarios. Pero tal representación no puede perjudicar a los terceros.

La representación requiere la reunión de las siguientes condiciones:

- El representante debe manifestar su propia voluntad. Por esto puede darse el caso de un vicio de consentimiento en el representante.

- Debe tener la intención de que los efectos del acto se dirijan a un representado.

- El representante sólo obliga al representado cuando tiene facultades para ello. Puede ser representación convencional, si es consecuencia de un mandato; legal, si la atribuye la ley, y judicial si ha sido conferida en un juicio.

La representación puede ser posterior a la cancelación del acto. Esto ocurre cuando se ratifica un acto realizado por un gestor.

De los causahabientes o sucesores de las partes

El causahabiente o sucesor de una de las partes tiene su derecho adquirido de otra persona que se llama autor. Los causahabientes pueden ser a título universal o a título particular.

Los primeros son aquellos que han adquirido universalidad del patrimonio de su autor o una fracción de esta universalidad.

Sólo hay transmisiones universales por causa de muerte. No existe la posibilidad de transmitir un patrimonio entre vivos. Son pues sucesores a título universal únicamente los herederos y los legatarios a título universal.

Los causahabientes a título particular son aquellos que han adquirido de su autor un derecho sobre algún objeto determinado, ya sea

a causa de muerte en el caso de un legado particular, o bien "entre vivos", en virtud de un contrato.

Los causahabientes reciben el derecho en las condiciones bajo las cuales fue establecido o modificado por su autor. Se dice que el causahabiente sufre los efectos de los actos jurídicos generados por su autor.

Un causahabiente a título universal sucede al autor en todos los derechos y obligaciones, es decir, adquiere la universalidad del patrimonio del autor, o una fracción de esa universalidad.

En cambio, un causahabiente a título particular no está obligado a cubrir las deudas del autor; recibe un derecho particular y sólo es sucesor respecto a este derecho.

Los acreedores de una persona no son sus sucesores, puesto que no han adquirido sus bienes ni se opera en su provecho ninguna transmisión de su patrimonio. Los acreedores llamados quirografarios, o sea aquellos que no tienen una garantía específica sino solamente un documento en que consta su crédito, sólo tienen como garantía común de todos los créditos el patrimonio de su deudor. Pero difieren esencialmente de los sucesores a título universal en que no se opera en su provecho (patrimonio) o en su detrimento ninguna transmisión de bienes a su favor y sólo indirectamente están involucrados por los resultados de la actividad jurídica de su deudor.

Efectos relativos de los actos jurídicos

Un acto jurídico tiene un efecto relativo en el sentido de que no puede producir efectos y crear obligaciones más que para los que han sido parte de él. Esto es consecuencia de que las partes se han obligado sólo por efecto de su propia voluntad. El contrato es la ley privada de las partes contratantes. El efecto relativo de los contratos es consecuencia de la noción misma del acto jurídico. Sin embargo no hay que olvidar que el contrato tiene la consecuencia de crear una situación jurídica que se impone no sólo a las partes, sino también a los terceros, *v.g.r.*: una compraventa afecta sólo a quienes intervienen en ella; pero el hecho de que el comprador adquiera una nueva propiedad, beneficia a sus acreedores y cualquier tercero puede aprovecharse de esta situación.

La institución

En ciertos casos, el acto jurídico en vez de crear derechos determinados instaura una situación permanente que será más tarde la fuente de derechos o de obligaciones. Se dice que en estos casos se ha creado una institución, *v.g.r.* el matrimonio, la sociedad, etc. De un acto jurídico puede hacer una situación permanente, capaz de engendrar para el porvenir, relaciones jurídicas diversas susceptibles de variaciones.

Los derechos o los intereses privados están subordinados a los fines que la institución se proponen alcanzar.

Forma de los actos jurídicos

En general los actos jurídicos no tienen necesidad de formas especiales. Las personas que los realizan expresan su voluntad como ellos quieren, ya sea verbalmente o por escrito, pero sin que sea necesario emplear fórmulas específicas. A este principio se le llama consensualismo. Pero en ocasiones el Derecho impone a las partes determinadas formas de manifestación de la voluntad para ciertos actos jurídicos; entonces las partes ya no son libres, sino que han de sujetarse a la forma que establezca la ley. Cuando esto ocurre, aparece la forma en sentido de elemento de validez del acto jurídico. O sea que el término forma admite dos sentidos: uno amplio, que comprende cualquier manera de manifestación de la voluntad; el otro restringido, que denota la manera establecida por la ley para la manifestación de la voluntad en determinados actos jurídicos y que impone a las partes como necesaria para la validez de aquéllos, con exclusión de cualquiera otra. Estos dos sentidos de la palabra forma, nos conducen a clasificar los actos jurídicos desde el aspecto de manifestación de la voluntad, en dos categorías:

Actos consensuales: aquellos que para su validez no requieren una determinada forma de manifestación de la voluntad, porque basta la expresión de cualquier manera en que lo hagan el autor o las partes, para que sean válidos...

Actos formales: aquellos en los cuales la manifestación de la voluntad debe estar de acuerdo con cierta forma establecida por la ley, con

exclusión de cualquiera otra, y que se impone a las partes para su validez.

Al lado de estas dos categorías cabe destacar una más, en razón de la especie de elementos del acto que signifique la forma. Puede ser establecida la forma por la ley sólo como elemento de validez y entonces hablamos de forma propiamente, de acto jurídico formal. Pero para ciertos actos la ley dispone determinada forma no como elemento de validez, sino como elemento constitutivo de existencia. Cabe hablar entonces de solemnidad o de forma solemne. Surge así la categoría de los actos solemnes, que son en los cuales la forma constituye un elemento de existencia. El ejemplo característico es el matrimonio. Un hombre y una mujer que quieran contraer matrimonio deben sujetarse a las solemnidades prescritas. La falta de solemnidad no implicará invalidez, sino existencia del matrimonio. Esto se entenderá mejor cuando estudiemos las nulidades de los actos jurídicos.

El artículo 1796 de nuestro Código Civil establece, en principio, que los actos jurídicos son consensuales: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley". Igual principio sustenta el artículo 1832: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los

casos expresamente designados por la ley". Pero si examinamos uno por uno los diversos actos que la ley dispone deben tener una forma especial de manifestación de la voluntad, como el arrendamiento, permuta, donación, adopción, compraventa, hipoteca, etc., podemos comprobar que el principio consensualista establecido por los artículos citados, en verdad resulta casi derogado por tantas excepciones.

El artículo 1833 del mismo Código, señala: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

Oscilaciones del formalismo

El derecho primitivo era esencialmente formalista. Cada acto jurídico debía ser cumplido en la forma especial que le era propio. Para todo había ritos, formalidades, palabras consagradas. Dos causas han contribuido a modificar este carácter del derecho primitivo: las necesidades del comercio y el progreso de la cultura intelectual.

Las operaciones debían cumplirse simple y rápidamente y por esta causa se fue modificando el formalismo primitivo y se llevó a concebir un contrato desprovisto de formas exteriores.

A esta primera causa hay que añadir que el progreso de la instrucción y la vulgarización de la escritura contribuyeron grandemente a la abolición del formalismo.

El acuerdo de voluntades, probado por un escrito, era suficiente para comprobar la existencia del acto jurídico.

Después de la invasión germánica reaparecieron las formas anteriores por algunos siglos, y no fue sino hasta el fin de la Edad Media cuando por la influencia de la Iglesia y el renacimiento del Derecho Romano volvieron a desaparecer. En la actualidad en casi todos los países predominan los actos consensuales. Hay que hacer notar que el exceso de cultura origina que en muchos casos se tomen precauciones exageradas para impedir fraudes y errores a los que están expuestas las partes, reapareciendo así algunas formalidades bajo los nombres de autenticidad, registro, transcripciones.

Modalidades de los actos jurídicos

El acto jurídico ordinariamente es puro y simple. Es decir, produce sus efectos de inmediato y para siempre.

Sin embargo, en algunas ocasiones, por voluntad de las partes que intervienen en la celebración de los actos jurídicos, éstos van acompañados de ciertas cláusulas restrictivas, llamadas modalidades, que modifican su eficacia.

Las modalidades actúan en dos formas diferentes: 1. En algunos casos retardan los efectos del acto jurídico hasta en tanto se cumple el acontecimiento señalado por las partes. En estos casos se dice que las modalidades son suspensivas. Es decir, que los efectos del acto no se

producen de inmediato, sino que suspenden su realización hasta que se cumpla el hecho señalado como modalidad.

En otros casos los efectos del acto jurídico se producen de inmediato; pero las partes convienen en que dichos efectos dejen de producirse tan pronto se cumpla el acontecimiento señalado como "modalidad". En estos casos se dice que la modalidad es "resolutoria", es decir que el acto jurídico se "resolverá". O sea, quedará sin efecto tan luego se realice dicha modalidad.

Características comunes a las modalidades. Suspensivas y a las modalidades resolutorias

Ambas tienen de común que el acontecimiento señalado como modalidad debe ser un acontecimiento futuro.

Si como consecuencia de un error las partes se estaban refiriendo a un acontecimiento pasado, señalado como término o condición, su acto jurídico no estaría afectado de ninguna modalidad. En efecto si este acontecimiento se ha cumplido conforme a su intención, el acto jurídico es puro y simple, puesto que nada lo ha suspendido ni amenaza sus efectos. Si el acontecimiento ha sido contrario a lo que ellos querían, el acto jurídico no ha producido ningún efecto y no lo producirá jamás, puesto que desde el día de la celebración ha existido un hecho que le ha impedido nacer, de acuerdo con la voluntad expresada por las partes.

Por tanto, el acontecimiento ya sucedido, pero desconocido por las partes, en realidad puede tener el mismo papel que una condición.

Características distintivas del término y de la condición

El término y la condición difieren uno del otro, desde el punto de vista de la certidumbre de su realización.

El acontecimiento futuro llamado término es cierto en el sentido de que su llegada es inevitable, en tanto que la condición es un acontecimiento incierto que puede o no realizarse, por ejemplo: si la modalidad empleada consiste en la designación de una fecha futura, hay término porque este día llegará ciertamente. Si consiste en la realización todavía dudosa de un acontecimiento esperado, *v.g.r.* que una persona se reciba de abogado, hay condición, porque dicha persona puede no obtener el título.

La llegada del término se llama realización y cuando no se cumple se dice que la condición no se ha realizado o no se ha cumplido, mientras que se sabe si la condición se cumple o no, se afirma que la condición está pendiente.

El grado de fijeza de un término puede variar sin que la modalidad cese de considerarse como término. Habitualmente, en los casos de término se señala un día fijo, designado como fecha en el calendario; pero el acontecimiento escogido como término puede ser de naturaleza segura, inevitable, sin que pueda establecerse el día en que se realizará. Del tipo de estos términos es la muerte de una persona designada: se sabe que morirá, pero no se sabe cuando.

Un ejemplo de esta clase de términos, que se denominó como inciertos, es el usufructo vitalicio que dura el tiempo de vida de una persona, y que forzosamente llegará el día en que fallezca que se termine el usufructo.

En realidad esta denominación de término incierto se presta a confusión, pues se sostiene que el término siempre es un acontecimiento realizable, por tanto debe llamarse *término de vencimiento incierto*.

Efecto de las modalidades

Siendo diferentes en razón de sus características, las modalidades que afectan los actos jurídicos difieren igualmente por la manera en que actúan. Los efectos del término se producen siempre sin retroactividad, en tanto que los relativos a la condición operan retroactivamente.

Esta ausencia de retroactividad del término y la retroactividad de la condición, son igualmente conformes a la voluntad de las partes; cuando ellas emplean un término, deciden simplemente limitar la duración de los efectos del acto, ya sea de un término inicial o por uno final.

Cuando las partes señalan una condición subordinan enteramente su eficacia al acontecimiento previsto; los efectos del acto no durarán menos tiempo que si fuese puro y simple, pero su realización

es hipotética. Es para respetar esta doble intención del acto que se le reconoce retroactividad a la condición pero se le rehúsa el término.

Efecto de las modalidades supensivas

Antes de la llegada de la modalidad. Efecto del término

Como de antemano se tiene certeza de que el término llegará y como consecuencia el efecto del acto se producirá, se considera el derecho o la obligación suspendida por el término, como si ya existiera antes del vencimiento. Está ya adquirido de manera definitiva. Su ejecución solamente está diferida.

Tratándose de un crédito sujeto a un término, se dice que ya existe, pero que no es exigible.

Efecto de la condición

Su efecto suspensivo es mucho más rígido que el del término. El derecho afectado de una condición suspensiva no tiene todavía existencia; la condición impide el nacimiento del acto jurídico y no se sabe si este derecho nacerá algún día. Esta duda es la esencia de la condición. El propietario o el acreedor bajo condición suspensiva, no son propiamente hablando ni propietario, ni acreedor, mientras la condición esté pendiente.

Sin embargo, la simple posibilidad de realización de la condición constituye una expectativa que se considera un elemento activo o pasivo del patrimonio, sin que tenga la naturaleza de un derecho.

Este derecho condicional es transmisible y pasa a los herederos a la muerte de su titular, con el mismo carácter de condicional que tenía con el autor.

Después del cumplimiento de la modalidad, efectos del término

La llegada del término no hace nacer el derecho. El vencimiento del término permite solamente al titular el derecho de utilizarlo, *v.g.r.* cuando se trata de un derecho real, como el usufructo, se dice que el derecho se ha abierto; cuando se trata de un crédito, se dice que es exigible. Lo que sucede es que el derecho que estaba suspendido por el término produce todos los efectos que puede producir, pero únicamente para el porvenir, puesto que el término no opera retroactivamente.

Efecto de las condiciones

Para las condiciones se deben prever dos cosas: I. Su realización. 2. Su no realización o incumplimiento.

1. En caso de realización de la condición, el derecho o la carga que ella suspendía nace, y este efecto se produce con retroactividad, lo cual significa que el acto condicional será reputado como realizado en sus efectos, desde el momento en que se ha expresado el consentimiento. Ficticiamente se supone que el acto se ha realizado con retroactividad. En otros términos, cuando la condición se realiza el acto condicional es tratado como si hubiera sido siempre un acto puro y simple.

2. En caso de la no realización de la condición, el acto condicional será reconocido como si nunca se hubiese celebrado, es un acto inútil. No había producido todavía sus efectos y sí está cierto de que para el porvenir no los producirá jamás.

Efectos de las modalidades extintivas

Cuando la modalidad extintiva es un término se llama término extintivo; cuando es una condición se denomina condición resolutoria.

Estado anterior a la llegada del término de la condición

Antes de la llegada del término extintivo, o antes de la realización de la condición resolutoria, las dos modalidades no producen ningún efecto.

El derecho o la obligación afectada por la modalidad nace como si la modalidad no existiera, parece que el acto va a ser puro y simple, puesto que produce sus efectos de inmediato. Lo que está suspendido por el término o por la condición es su supresión.

Efectos del cumplimiento de la modalidad

La diferencia de efectos de las dos modalidades se nota después de su realización.

1. A la llegada del término extintivo, el acto cesa de producir sus efectos, pero únicamente para el porvenir, los que había producido permanecen; es la consecuencia de retroactividad del término.

2. La realización de la condición resolutoria entraña un efecto más enérgico: no solamente el acto cesa de producir para el porvenir nuevos efectos, sino que se borran ficticiamente los que ya había producido. Las cosas deben situarse nuevamente en el mismo estado en que estaban antes de que el acto se hubiera realizado; es consecuencia de la retroactividad de la condición.

Si por el contrario, la condición resolutoria no se realiza, el acto es reputado como puro y simple. Los efectos ya realizados se consolidan y pueden producir nuevos efectos para el porvenir, indefinidamente; es como si nunca hubiese estado amenazado de resolución.

Si queremos definir por separado las dos especies de término suspensivo y término extintivo, podemos hacerlo de la siguiente forma.

Término suspensivo. Es un acontecimiento futuro de realización cierta, que suspende la exigibilidad de un derecho y produce sus efectos sin retroactividad.

Término extintivo. Es un acontecimiento futuro de realización cierta, que suspende la extinción de un derecho y produce sus efectos sin retroactividad.

Condición suspensiva. Es un acontecimiento futuro de realización incierta, que suspende el nacimiento de un derecho y produce sus efectos retroactivamente.

Condición resolutoria. Es un acontecimiento futuro de realización incierta, que suspende la resolución de un derecho que produce sus efectos retroactivamente.

Antes de terminar con las modalidades, algunos autores consideran que además del término y la condición hay una modalidad más, que es el modo. El jurista alemán Certmann define el modo como "una determinación accesoria agregada a un acto de disposición y por la cual se obliga al adquiriente a realizar una prestación a favor del disponente o de un tercero".

El modo supone por tanto una limitación de la voluntad que sólo se da en los actos de disposición de carácter unilateral, como en las donaciones y en los testamentos, y que obliga al adquiriente a realizar una prestación en beneficio del anterior titular o de un tercero.

Por tanto, el modo es una carga impuesta a una persona agraciada con una disposición. Por ejemplo, una persona hace testamento e instituye heredero único de sus bienes a su hijo, a quien impone la obligación de dar el 25% de los productos de esos bienes a un tercero.

Si se concretan los conceptos que se acaban de expresar, se puede concluir que el modo se caracteriza: a) Porque implica una obligación, lo que hace que se le distinga de un simple consejo, o de una

recomendación dirigida a otra persona. b) Porque el incumplimiento de la obligación impuesta puede originar la pérdida de la adquisición realizada.

Certmann considera que la diferencia fundamental entre el modo y la condición suspensiva, consiste en que del primero no depende nunca la eficacia del negocio, pues obliga únicamente al que adquiere, en caso del incumplimiento de la carga impuesta; pero también podría establecerse como diferencia, la referente a que mientras el modo lleva implícita una obligación de hacer, la condición no, pues suspende tan sólo la eficacia del negocio.

Las nulidades en el Código Civil

Las leyes romanas primitivas ordenaban hacer o prohibían hacer alguna cosa o eran normas que interesaban exclusivamente al orden público. En esa virtud, para los juristas romanos era fácil establecer esto, que fue un principio adquirido en el Derecho Romano, *Qui contra leges agit, nihil agit* (El que obra contra la ley, como si no hubiera hecho nada). Hay que pensar que el Derecho Romano (primitivo), en donde se le daba tanta importancia al procedimiento, por un sin número de causas (quizá una de las más importantes fue precisamente la dificultad de la prueba de existencia de los actos jurídicos), era por su propia naturaleza formalista, sacramental, es decir, para que se formara un acto jurídico legalmente, bastaba como ahora la mera coincidencia de voluntades, o que las voluntades se manifestaran en forma y en palabras sacramentales. Si, por ejemplo, una de las partes

interrogaba a la otra sobre cómo era el procedimiento romano, decía: *Promitis dare mihi* (prometes darme). La obligación no era válida si el interrogado contestaba: *dabo tibi*, (Te daré). No, pues tenía que hacer uso inclusive del mismo verbo. Si se le interrogaba ¿*Promitis dare mihi*? se debía contestar: *Promito dare tibi*. Vean ustedes hasta qué punto era sacramental y formalista el Derecho Romano. En estas condiciones, repito, la solución de nulidad de los actos jurídicos era la más sencilla. El que obra contra la ley, no ha hecho nada: *Qui contra leges agit nihil agit*.

Refiriéndose especialmente a la constitución tan peculiar de la familia romana, en donde el individuo, mientras vivía quien ejercía sobre él la patria potestad, estaba perpetuamente bajo esa patria potestad. Cuando el hombre llegaba a la mayoría de edad, si aún vivía su padre, seguía siendo *alieni juris*. Podría darse el caso de un menor de edad, fuera sin embargo un individuo *sui juris*, por no haber quien ejerciera sobre él la patria potestad. De manera que en estas condiciones era posible, y de hecho se presentaba el caso, de que un menor de edad a quien el Derecho Romano consideraba *sui juris*, por no estar sujeto a patria potestad, podía ejecutar actos jurídicos que por razón de su inexperiencia, le deparaban perjuicio. Por otra parte, en estas tres conocidísimas formas de vicios de la voluntad, o sean el error, el dolo y la violencia, cuando alguien había consentido un acto jurídico con motivo de ellos, el acto jurídico era perfecto, producía obligación. Pero no podía escaparse al desarrollado sentido de justicia de los romanos, que era indebido que aquél que había sido amenazado, violentado, coaccionado para consentir, pudiera sentirse obligado por un acto en que su consentimiento se había arrancado por violencia.

Cierto, evidente, que el que consiente bajo el influjo de la violencia, consiente. Así decían los romanos: *voluntas coacta, voluntas est* (la voluntad coaccionada es voluntad). Es decir, el individuo, puesto a escoger dos peligros, elige el que de momento le parece menor. Pero él no hubiera consentido, si no fuera por la violencia que sobre el se ejerció. Y fue aquí cuando por obra admirable del pretor romano, por este medio no solamente aplicó el derecho de los ciudadanos romanos, sino que universalizó el Derecho. Lo hizo más humano, sin atreverse a luchar abiertamente contra el *jus civile*, lo cual estaba fuera de sus facultades, y encontró un medio de dejar ineficaz un acto jurídico en donde hubiera existido error, dolo, violencia o incapacidad de una de las partes; pero siempre teniendo en cuenta que por cualquiera de éstas cuatro causas se ocasionara un perjuicio en el patrimonio de aquél que había consentido. De ahí se infiere, ya en esta segunda etapa del Derecho Romano, que para que procediera la acción que determinaba el pretor, que se llamaba *restitutio in integrum*, era necesario no solamente demostrar que había existido incapacidad de una de las partes o error, dolo o violencia, sino demostrar además que como consecuencia de ese acto viciado por cualquiera de estas causas se había originado un perjuicio en el patrimonio de esa persona. Así, decía el Derecho Romano: "Se decreta la restitución en favor del menor, no porque es menor, sino porque ha sufrido un perjuicio". Y es aquí donde, como señalábamos, por esta obra admirable del pretor, se encontró un atajo, un camino para dejar sin efecto el acto jurídico que el Derecho Civil tenía como bueno. Entonces surgió lo que después se llamó *nulidad pretoriana*. Es decir, nos encontramos dos nulidades en la época del Imperio Romano: la nulidad del Derecho Civil y la nulidad del pretor (pretoriana).

La nulidad del Derecho Civil Romano no tiende más que a mantener incólume la majestad de la ley: el que obra contra la ley, es como si nada hubiera ejecutado. En cambio, la nulidad relativa o nulidad pretoriana, tiende exclusivamente a proteger un interés privado, el interés de una persona en lo particular, que como consecuencia de un acto jurídico ha sufrido un perjuicio inmerecido de su patrimonio. Aparecen entonces dos formas de ineficacia del acto jurídico: la nulidad, sanción de la desobediencia de la ley, y la nulidad, medida de protección de un interés privado. Y así, por mucho tiempo, por siglos, fue tradicional la división bipartita entre nulidad absoluta (así llamada hoy) y la nulidad relativa. La nulidad del Derecho Civil es un modo de sanción de la ley. La nulidad pretoriana es medida de protección de un interés privado.

Fue hasta principios del siglo pasado, cuando se discutía en el Consejo de Estado Francés el Código Civil que lleva el nombre de Código de Napoleón, que apareció por primera vez un tercer elemento. Este tercer elemento, a modo de ineficacia del acto jurídico, es la inexistencia.

El primer cónsul, Napoleón, intervenía directamente en las discusiones del Código Civil que lleva su nombre, y hay que pensar un poco en cuál era la situación especialísima de Napoleón en esa época y cuáles eran sus proyectos políticos para el futuro, para explicarse el porqué de la intervención suya en todas las discusiones relativas a dicho Código.

Napoleón tenía la intención de fundar una dinastía en que se perpetuara su nombre y su familia, y por eso se le ve intervenir tan directamente en materia de matrimonio y también en materia de divorcio. Cuando él se convenció de que su primera esposa, Josefina de Beauharnais, no le podía dar un heredero, habló de la adopción como un medio de dar un heredero a quien la naturaleza se lo había negado. Y llegó a decir en esta materia que el adoptado pasaba a ser sangre y huesos del adoptante.

Tratándose de esta materia de nulidades, hay que considerar que Napoleón no era jurista. Precisamente al tratar del matrimonio, hubo una intervención de Napoleón en éstos términos: "No hay que confundir los casos en que el matrimonio no existe con los casos en que el matrimonio puede ser anulado. No existe el matrimonio si se asienta en el acta que la mujer dijo que sí, y luego señala que ha sido obligada o coaccionada para decirlo, hay matrimonio, pero puede ser anulado". Juzgando desapasionadamente la intervención de Napoleón, ¿podemos decir que dijo algo nuevo? Absolutamente nada nuevo. En el caso común y corriente, para que haya acto jurídico —siendo éste definición expresa externa de voluntad para crear efectos jurídicos—, si no hay expresión de voluntad, no hay acto jurídico. En cambio, en el segundo ejemplo que ponía Napoleón, si la mujer ha dicho sí y luego dice que ha sido coaccionada, era el caso general de la nulidad pretoriana o nulidad relativa de que hemos hablado.

Cierto, Napoleón no era jurista, pero el Derecho no es ninguna ciencia secreta que solamente es accesible a los iniciados. El Derecho

debe ser como una fuente clara, que emana por sí sola, que puede ser contemplada por todo el mundo. El Derecho —como decían los romanos— es la razón escrita. De manera que quizá coincidiendo Napoleón con el pensamiento de Bentham, un poco sarcásticamente expresado, de que jurisprudencia es el arte de ignorar científicamente lo que todo el mundo sabe por sentido común, intervino para hacer notar una cosa que era una verdad evidente. Los casos que él propuso eran distintos, pero previstos.

En las legislaciones anteriores (desgraciadamente en todas partes el poderoso nunca se equivoca), sobre ésta intervención de Napoleón se creó la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos. Fue primero Zacarías quien trató de desarrollar esa teoría, de allí siguieron Laurent, Demolombe, en los últimos tiempos Bonnecase y otros tantos. Y algo que no fue más que una intervención ocasional para hacer sentir su poder (de Napoleón), se convirtió en una verdad. Cuántos de los que apasionadamente sostienen esta división tripartita de ineficacia de los actos jurídicos en actos nulos, anulables e inexistentes, quizá no se imaginan que están haciendo eco a una humorada de Napoleón.

Por otra parte, en Derecho francés y Derecho mexicano no puede declararse la nulidad de un matrimonio sin texto expreso; y esto es natural. No obstante la idea, ya también admitida como verdad científica, de que el matrimonio es un contrato civil, es indudable que es una gran desdicha que para justificar la inexistencia se tome el ejemplo del matrimonio, cuando el matrimonio no cabe dentro del marco estrecho de los contratos. El matrimonio rompe por completo con

toda la teoría general de los contratos. Todavía ni una sola de la reglas generales aplicables a todos los contratos es aplicable al matrimonio. No ha faltado quien diga: no importa, el matrimonio es un contrato *sui géneris*; lo cual no pasa de ser una frase. Porque si el género es contrato, y el matrimonio por sí solo forma un contrato *sui géneris*, si está formando un género aparte, ya no fue contrato.

Pero ante la situación de que en Francia no puede declararse la nulidad de un matrimonio si no es con texto expreso, los juristas franceses que por naturaleza, por tendencia, por afición, por exégetas de su ley, se apresuraron a tomar esta idea de la inexistencia de los actos jurídicos, y aplicarla al llamado contrato de matrimonio y poder así, en ciertos casos evidentes, nulificar un matrimonio sin un texto expreso de la ley francesa. ¿Es necesaria o siquiera conveniente la adopción de la inexistencia de los actos jurídicos para explicar las formas de ineficacia de los actos? En el fondo de todo acto que se considera inexistente, no hay sino una nulidad absoluta. Dicho en otros términos, con estas dos únicas divisiones, nulidad absoluta y nulidad relativa, pueden resolverse todos los problemas en materia de ineficacia de los actos jurídicos, sin manejar la idea de la inexistencia de los actos jurídicos. Pero de cualquier manera, lo cierto es que allí está la teoría de la inexistencia y a ella tenemos que referirnos.

Por razón de la naturaleza de la nulidad absoluta o de la nulidad relativa, tradicionalmente se le han aplicado a una y otra consecuencias que se considera que en todos lo actos deben presentarse. Cuando se trata de nulidad absoluta, se dice, ésta es inmediata, es decir, no es

el Juez quien nulifica el acto jurídico, sino la ley es quien lo paraliza en el momento mismo de nacer. Esto no es sino la vieja idea romana *qui contra legem agit, nihil agit*: "El que obra contra la ley no hace nada". Pero esta idea no es absolutamente cierta, sobre todo en la aplicación práctica que de ella se ha hecho, porque al hablarse de que la nulidad absoluta es inmediata, se ha sacado como consecuencia que no es necesario ejercitar ninguna acción ante los tribunales para que esta nulidad sea reconocida. Esto no es verdad. Y no es verdad aunque admitamos esta división tripartita de actos inexistentes, nulos y anulables, por esta evidente razón: ya sea que haya un acto jurídicamente inexistente; ya sea que haya un acto con nulidad absoluta, o bien, que lo haya, con nulidad relativa, siempre quedará como sedimento una situación de hecho, y esa situación tiene que ser modificada, no por disposición o voluntad de las partes, sino por una resolución judicial.

Aunque incurriendo un poco en este mismo error que se acaba de señalar, de tomar como ejemplo contratos de matrimonio, supóngase el caso en que dos hombres contraen nupcias (caso posible, la prensa diaria nos habla de ellos con cierta frecuencia); el acto jurídico matrimonio notoriamente es nulo, va contra la esencia misma de la institución, pero hay un acto de matrimonio que es necesario deshacer por medio de una resolución judicial.

De manera que, repito, esto de que la nulidad absoluta es inmediata, hay que tomarlo con reservas. Inmediato debe entenderse en el sentido de que el juez no juzga propiamente acerca de las condiciones

de validez del acto, es la ley la que ya juzgó previamente las condiciones de validez. La sentencia del Juez, teóricamente por lo menos, cuando se trata de nulidad absoluta debe ser simplemente declarativa: el acto jurídico está tachado de nulidad de acuerdo con tal disposición; luego el acto jurídico es nulo.

En cambio, cuando se trata de nulidad relativa, el Juez sí juzga por sí mismo respecto de la validez del acto. Si ha habido incapacidad de una de las partes, si ha habido error; si ha habido dolo o violencia, él juzgará primero si existe la causa, y luego, en qué medida esa causa puede influir en la validez del acto jurídico. Entonces, el Juez no simplemente produce una sentencia declaratoria, sino que pronuncia la nulidad él mismo, juzgando sobre las condiciones de validez del acto.

Tradicionalmente, como una consecuencia de que la nulidad sea absoluta, se le ha atribuido ésta: puede alegarla cualquier interesado. Cualquiera que tenga interés jurídico en invalidar el acto tachado de nulo, puede ejercitar la acción. La nulidad absoluta no puede ratificarse por voluntad de las partes. Por lo que hemos dicho anteriormente, esta no ratificabilidad del acto nulo con nulidad absoluta, es evidente. Si la nulidad absoluta tiende a mantener la majestad de la ley, si la nulidad absoluta es el modo de sanción a que recurre el legislador civil para hacer obedecer sus determinaciones, ¿cómo podría la voluntad de las partes ratificar un acto que va contra la ley y que la ley misma ha declarado nulo? Por otra parte, se dice que la nulidad absoluta, no es prescriptible. Es decir, no importa el transcurso del tiempo desde la fecha en que se ejecutó el acto con nulidad

absoluta, hasta que se intenta la acción. Por muchos años que hayan pasado, la acción sigue viva. La prescripción es la manera de adquirir la propiedad de una cosa o de liberarse del cumplimiento de una obligación, por el transcurso del tiempo y la inacción del titular del derecho. Para que se vea hasta qué punto es absurdo que la nulidad absoluta —originada por la violación de la ley—, pudiera prescribirse: ¿Cómo una acción de nulidad podría perderse por el transcurso del tiempo si la violación de la ley sigue en pie? Apurando un poco el argumento, quizá diríamos: esto solamente podría producirse cuando haya un cambio en la legislación, pero entonces deja de existir la violación de la ley.

Con estas características de la nulidad absoluta, vamos a comparar las características de la nulidad relativa, que son exactamente contrarias a las atribuidas a la nulidad absoluta. La nulidad relativa no es inmediata, el acto jurídico nace válido. Lo que ocurre es que su suerte es incierta: si el perjudicado con el acto intenta su acción en la forma y término establecidos por la ley, su acción de nulidad podrá cancelar el acto jurídico. La nulidad relativa sólo puede alegarla el perjudicado, y esta es una consecuencia natural de lo que hemos dicho que era la nulidad relativa o nulidad pretoriana: si es una medida de protección de un interés privado, solamente al protegido por la ley se le puede dar la acción correspondiente; si él considera que el acto jurídico le es benéfico, a pesar de que haya existido una causa de anulabilidad, no intentará la nulidad del acto, y entonces la ley no tiene porqué proteger a una persona contra su voluntad. En esas condiciones, la nulidad relativa puede ser ratificada. Con cualquiera de los

ejemplos que tomemos, esto se ve con toda claridad. Si en un acto jurídico ha habido error, dolo o violencia, cesando esta causa, cualquiera que sea y aún siendo conocida, si la parte perjudicada renuncia voluntariamente a ejercitar su acción, ésta deja de existir por la ratificación del interesado. Finalmente, la nulidad relativa sí puede aplicarse por prescripción. Si es una medida de protección de un interés privado y el protegido por la ley no ejercita su acción en el plazo que la ley fija, pierde la acción, deja de existir la acción.

Indudablemente que estas consecuencias que hemos atribuido, unas a la nulidad absoluta y otras a la relativa, son eso, consecuencias. Es decir, que cualquiera que sea les aplicaremos las consecuencias que de acuerdo con su naturaleza les corresponden. Pero por una curiosa inversión de conceptos, para calificar la especie de nulidad en cada caso particular, se dice: si hay que ejercitar una acción ante los tribunales, no es absoluta, es relativa. Puede ratificarse, luego no es absoluta, es relativa. Repito, es una curiosísima inversión de términos: lo que era consecuencia, se convierte en causa. Al menos para calificar en cada caso particular qué especie de nulidad le da origen, por lo menos esto es lo que parece indicar la lógica. Para saber si la nulidad es absoluta nos basta investigar si la nulidad proviene de que se le ha violado una ley imperativa, prohibitiva o de interés público. Para saber si la nulidad es relativa, nos basta saber que ha sido incapacidad de una de las partes en un acto jurídico, o error o dolo o violencia.

Sin embargo, se sigue con la falsa idea de que para calificar las nulidades hay que atender a sus consecuencias y no a sus causas. Tanto

en el Código Francés como en el Código Mexicano, calcado de aquél, los juristas siempre asignaron el cargo al Código de que en esta materia de nulidades era oscuro. Ya se tratara de nulidad absoluta, o bien de relativa, el Código hacía uso de un sólo término común para ambas: nulidad. Decía, y con mucha razón el maestro don Miguel S. Macedo: "Los Códigos no son tratados de Derecho". Cuando un Código pretende llegar a la minucia de la definición, tan peligrosa en Derecho, generalmente comete un error. Sin embargo, en esas condiciones llegamos al Código actual.

Cuando se formó la Comisión Redactora del Código Civil que nos rige en la actualidad, una de las cuestiones que más llamaron la atención a sus autores fue esta materia de nulidad. Siempre hay que entender la causa que da origen a la nulidad, para saber si ésta es absoluta o relativa. Y siguen diciendo los autores del Código: "Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por el juez. (Esta era la idea de los legisladores en el primitivo proyecto). Deben alegarlas el Ministerio Público y no son susceptibles de ser confirmandas por la voluntad de las partes o invalidadas por la prescripción. Las nulidades relativas, sólo pueden alegarlas las partes a cuyo favor han sido establecidas y pueden desaparecer por la confirmación.

En el fondo está coincidiendo con esta teoría diríamos clásica, de la división entre nulidades absolutas y nulidades relativas. Sin embargo, ya en la revisión del proyecto primitivo de la Comisión Técnica de Legislación dijo:

> El título sexto, último de la parte general de obligaciones, se ocupa de la inexistencia, de la nulidad y de la rescisión. En el título se introdujeron modificaciones de importancia, estableciéndose distinciones claras, precisas entre la inexistencia, la nulidad absoluta y nulidad relativa. Las reformas hechas se inspiraron en las teorías de los más modernos tratadistas en esta materia, y tuvieron por objeto quitar a esta parte del Código la rigidez de la doctrina clásica que le impedía adaptarse a las complejidades de los actos económicos de la vida presente.

El primer proyecto, como se ve, no admitía la inexistencia de los actos jurídicos, ni siquiera se refiere a ella. Es en la revisión del proyecto donde la Comisión Técnica de Legislación habla por primera vez de inexistencia. Y esto parece sencillo; ¿para qué ocuparse de lo que no es? ¿Cómo y por qué la ley va a hablar de los actos inexistentes si precisamente por decir que son inexistentes resultaría absurdo ocuparse de ellos? Sin embargo, nuestra ley actual se ocupa de los actos inexistentes.

El artículo 2224, primero del capítulo que se llama "De la inexistencia y de la nulidad", dice así: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

¿Pueden hacerse en el Derecho Civil, que es por sí mismo el orden social, estas innovaciones para que no se diga que no está al tanto del último grito de la moda? ¿Por qué hablar en el Código Civil, de la inexistencia de los actos jurídicos? ¿Por qué hablar

todavía de la inexistencia de los actos jurídicos sin comprender todos los actos posibles de inexistencia? El artículo dice que el acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto. No son los únicos casos de inexistencia. Sigue diciendo el artículo "no es susceptible de valer ni por confirmación ni por prescripción. Su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

Dice el siguiente artículo: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley" ¿Es concebible esto siquiera que la nulidad sea a gusto del consumidor, absoluta o relativa? ¿Podríamos admitir que ahora puedan ser las ocho de la noche o las siete de la mañana, según lo disponga la ley? Las cosas son como son por sí mismas, no por el nombre que les demos. Y en el caso particular, hablar de que la ilicitud en el objeto puede ser causa de nulidad relativa, me parece excesivo. Supongamos un contrato de sociedad en que los socios se reúnen con su capital y esfuerzos personales para dedicarse al robo; típicamente objeto ilícito. ¿Podría darse el caso de que la nulidad fuera ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley? Si el objeto de un acto jurídico es ilícito, ese objeto es jurídicamente inexistente, el acto sería inexistente; (estamos dentro de la teoría moderna), el acto sería inexistente por falta de objeto. Sin embargo, el Código dice que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley. ¿Hay esa precisa distinción de que blasonaran los autores del Código, al introducir estas reformas de acuerdo con los más notables autores?

Luego, sigue diciendo el artículo 2226 "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción". Aquí tienen ustedes, plasmado en un artículo del Código este error evidente, porque, repito, es un error evidente clasificar las nulidades por sus efectos y no por sus causas.

Es tan vicioso el argumento, a mi manera de ver, de clasificar las nulidades por sus efectos y no por las causas que les dan origen, como sería este otro: el efecto normal de la compraventa es la transmisión de la propiedad de una cosa, del vendedor al comprador; luego siempre que haya transmisión de propiedad, hay compraventa. No es verdad, porque hay otras muchas maneras de adquirir la propiedad. De allí parte el error, a un juicio evidente, de clasificar las nulidades por sus efectos y no por sus causas.

Pero en donde se vuelve a sumir en un mar de confusiones es en el artículo 2227, que dice: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres ennumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". ¿Cuáles caracteres se han ennumerado? Son consecuencias de la nulidad absoluta. El hecho de que la nulidad relativa tenga las consecuencias contrarias no quiere decir que nos va a servir para clasificar las nulidades.

Luego sigue diciendo el artículo 2228: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el

dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo". Esto si es verdad. Es aquí donde no se está diciendo esa cosa ininteligible de que la nulidad es relativa cuando no reúne los caracteres del artículo anterior, que no establece ningunos, sino está estableciendo las causas que dan origen a la nulidad relativa. Y está explicitando: el dolo, la violencia, el error, la incapacidad y la lesión.

Expresa después el artículo 2230: "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz". ¿Puede ejercitar la acción el que es incapaz? Desafortunadamente es la manera de decirlo, porque ya sabemos que el incapaz no puede comparecer por sí mismo en juicio.

El artículo 2234 establece: "El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita, extingue la acción de nulidad". Pregunta: ¿De cuál nulidad?, ¿de la absoluta?, ¿de la relativa?; ¿cómo podría la nulidad absoluta, que es la violación a la ley, cómo podría este medio de sanción que tiene el legislador para hacer obedecer sus determinaciones, poderse cubrir por medio del pago o por cualquier otra forma de cumplimiento voluntario? Y en esa misma forma prosiguen los demás artículos. Habla la ley actual de nulidad, sin decir cuándo es nulidad absoluta y cuando es relativa. Es decir, tendríamos que volver, aun dentro del Código, a este viejo sistema de inquirir las causas de la nulidad para saber si la nulidad es absoluta o relativa.

Actos inexistentes

Dice el maestro Trinidad García que es inexistente el acto que carece de alguno de los elementos indispensables para que tenga entidad y que son esenciales para su nacimiento.

Existen en todo acto elementos sin los cuales no puede concebirse, ni lógica ni jurídicamente; nadie puede tener por existente un acto jurídico que consiste en una manifestación de voluntad, cuando ésta falta.

De tales elementos, uno, la voluntad, es esencial a todo acto; otros, sólo lo son respecto de determinados actos, como el precio y la cosa en el contrato de compraventa, la diferencia de sexos en el matrimonio, etcétera.

Cuando alguno de estos elementos falta, el acto no existe, puesto que son condición de su vida.

No se trata en este caso de que el acto sea inválido porque no se ajustó a las disposiciones legales, a pesar de que pudiera existir si la ley lo permitiera, como sucede con los actos nulos. El acto carece de existencia, no porque la ley lo desconozca, sino porque sencillamente no la tiene ni la podría tener de acuerdo con la naturaleza misma de las cosas. No se puede decir, por ejemplo, que hay contrato cuando una de las partes es un niño de pocos meses, sin discernimiento ni voluntad; tampoco sería posible sostener que se ha celebrado un contrato

de matrimonio cuando no existe un hombre y una mujer que, de acuerdo con la definición del acto, se hayan unido en vínculo obligatorio para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Falta de solemnidad

Se ha sostenido por numerosos autores, sobre todo dentro de la doctrina francesa, que la falta de solemnidad de un acto lo hace inexistente; también por carencia de uno de sus elementos esenciales, o sea de la forma solemne exigida por la ley.

Aun dentro de las ideas de la doctrina clásica, la aserción es inconsecuente. La falta de forma solemne no hace inexistente el acto, porque esta formalidad no es condición indispensable para que el acto tenga existencia; puede ser y es efectivo, que en el Derecho actual es una condición para la validez del acto; pero éste se puede concebir con plena existencia, desde un punto de vista lógico y aun de abstracción jurídica, pese a carecer de solemnidad legal.

Se concibe perfectamente, por ejemplo, un contrato de compraventa de un bien inmueble, cualquiera que sea su importancia, incluso celebrado en forma verbal o por medio de simple instrumento privado. No podemos negar tampoco, en principio, que el contrato de matrimonio celebrado en forma consensual pueda tener entidad real, y aun jurídica, como la ha tenido, según lo demuestra la historia del Derecho. Lo que sucede en estos casos es que la falta de forma contraría abiertamente principios de orden público, considerados en

ocasiones de tal trascendencia, que han llevado al legislador a privar de sus efectos al acto inválido, de manera excepcionalmente radical y enérgica. Este modo radical de privar al acto de sus efectos por carecer de la solemnidad legal ha extraviado el criterio de la doctrina hasta el punto de confundir un caso de nulidad absoluta, en el cual el acto existe, pero está privado por el Derecho de sus efectos con la inexistencia.

A este respecto, debe hacerse una distinción entre la inexistencia por falta de elementos esenciales del acto y la inexistencia jurídica o nulidad absoluta, debido a que el propio acto no reúna los requisitos legales cuya ausencia no impide sin embargo la existencia de hecho del mismo acto.

Tema 18

Supuestos y hechos jurídicos

Para el estudio del "supuesto jurídico" y del "negocio jurídico", véase la obra de Eduardo García Máynez, cuya exposición nos adherimos en este punto concreto.

Ley de la causalidad jurídica. (Fritz Schreier)

Esta ley puede formularse en los siguientes términos:

- No hay consecuencia jurídica sin supuesto de Derecho
- Si la condición jurídica no varía, las consecuencias de Derecho no deben cambiar

Todo ello supone:

- El supuesto jurídico es una simple hipótesis

- Se requiere la realización de esa hipótesis

- Se requiere también la actualización de las consecuencias jurídicas

- Se requiere la realización o no realización de las consecuencia jurídicas

Los supuestos jurídicos pueden clasificarse, de acuerdo con un primer criterio, en:

- Simples y complejos

- Dependientes e independientes

- Compatibles e incompatibles

- Supuesto jurídico simple es el que consta de una sola hipótesis

- Supuesto jurídico complejo es el que consta de dos o más hipótesis

- Supuestos jurídicos dependientes son aquellos que existen como partes de un todo

- Supuestos jurídicos independientes son los que producen por sí mismos consecuencias jurídicas

- Supuestos jurídicos compatibles son aquellos que suman sus consecuencias con otros supuestos

- Supuestos jurídicos incompatibles son aquellos que al unirse con otro supuesto aniquilan sus efectos

CLASIFICACIÓN DE CARNELUTTI

- Hecho jurídico
  - Natural o casual
  - Humano o voluntario
- Acto jurídico
  - a) Indiferentes (puramente lícitos)
  - b) En sentido estricto (acto jurídico *propio sensu*)
  - c) De oposición (ilícitos)

El propio Carnelutti también distingue otra clasificación de actos jurídicos:

- Proveídos de autoridades

- Negocios jurídicos

- Actos obligatorios

- De eficacia principal
- De eficacia secundaria
- Consecutivos
- Extintivos
- Imperativos
- Modificativos

Respecto a la definición de *hecho jurídico* según Bonnecase, habrá que tener presente lo que se dijo en el tema anterior, así como lo apuntado en el capítulo XII de García Máynez.

Convenio y contrato

El Código Civil del Distrito Federal define lo que entiende por convenio y por contrato:

- Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.
- Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Se puede decir, por tanto, que convenio es el género y contrato la especie.

Pero no todas las obligaciones nacen de los contratos. Como fuentes de las obligaciones encontramos también:

- Quasi contratos
- Delitos y
- Quasi delitos.

Quasi contratos

Justiniano cita cinco diferentes clases de quasi contratos:

- Gestión de negocios (Administración voluntaria de negocios ajenos sin previo encargo)
- Tutela
- Indivisión
- Aceptación de la herencia
- Pago de lo indebido

Delito

Es obvio que el delito hace nacer obligaciones, si bien es cierto que hay que distinguir, como lo hacen los penalistas, entre culpabilidad y responsabilidad.

Quasi delitos

El Derecho Romano señala cuatro especies:

- El caso en que un juez ha hecho el juicio suyo
- De *effussis et dejectis* (líquidos o sólidos)
- De *positis et suspensis* (Objetos suspendidos o colocados en un alero o en un paso público)
- Responsabilidad de los barqueros o posaderos. (Robo en navío o en posada)

Tema 19

Derecho objetivo y derecho subjetivo

Derecho objetivo es la norma que reconoce o concede una facultad. derecho subjetivo es la facultad reconocida u otorgada por la norma. Bajo la denominación de derecho subjetivo se incluyen cuatro diversos supuestos o elementos:

- Situación en que se encuentra una persona para exigir de otra el cumplimiento de un deber
- Facultad de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones
- Dos derechos de libertad
- Derecho a cumplir el propio deber (Facultad de inordenación)

Las principales teorías sobre este problema son las de Windscheid, Rudolf von Ihering, Jellinek y Michoud, Hans Kelsen y la denominada teoría egológica.

Teoría volitiva de Windscheid

El derecho subjetivo es un señorío o un poderío que el orden jurídico reconoce a la manifestación de voluntad de una persona.

A esta doctrina se le puede hacer una triple crítica:

- No toma en cuenta los supuestos numerados 3 y 4 del párrafo anterior (*libertad* y *facultad de inordenación*).

- No siempre es necesaria la voluntad para que exista un Derecho.

- No basta sólo la voluntad, a veces se necesita la formalidad.

Hay personas que tienen derechos sin que para la adquisición y la conservación de los mismos haya influido ninguna manifestación de voluntad de esas personas —los concebidos y no nacidos: artículos 1282, 1284, 1288, 1314, 2357 del Código Civil—y ni siquiera de un representante suyo— por ejemplo, se puede adquirir por herencia sin saberlo, sin haber hecho ninguna manifestación de voluntad, y lo mismo ocurre en la estipulación a favor de terceros: ver artículos 1287, 1288, 1290, 1395, 1879 del Código Civil.

Existen derechos irrenunciables respecto de los cuales (normas taxativas) resulta indiferente manifestar la voluntad en el mismo sentido que la norma, o en el sentido contrario o no hacer ninguna manifestación. El derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad personal, etc., existen y se manifiestan sin que haya en el titular ningún acto de voluntad.

Teoría de interés de Rudolf von Ihering

Para este autor los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos.

A esta opinión se le puede hacer igualmente una triple crítica:

- Olvida la voluntad
- En la facultad de inordenación no hay siempre interés
- Hay multitud de actos jurídicos en que no existe tampoco el interés

Es inexacto que sólo se quiere aquello en que se tiene interés ("sólo se tiene interés en aquello que se quiere"). Tampoco es verdad que el interés sea un concepto esencialmente subjetivo. (Se entiende aquí por subjetivo lo que tiene un valor puramente individual; lo que vale en relación sólo con el pensamiento o el deseo de un individuo). Hay un concepto objetivo de interés: aquello que realmente me es

necesario o me conviene, aunque yo no lo desee, o aunque yo crea que me perjudica, ejemplo: la salud, la educación, la virtud, la posición económicamente desahogada. Hay normas establecidas en interés de los menores, los incapaces, los trabajadores, los arrendatarios, los compradores, etcétera. No significa siempre, ni significa por necesidad, que esas personas quieran aprovecharse, o crean que la norma los beneficia. Sin embargo, no cabe duda de que la palabra interés que emplea Ihering es inadecuada: da idea de algo inmediatamente utilitario, de algo puramente egoísta.

Teorías mixtas de Jellinek y Michoud

Jellinek define el derecho subjetivo diciendo que es un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual.

Por su parte Michoud lo define diciendo que es el interés jurídicamente protegido mediante el poder reconocido a una voluntad para defenderlo.

Las teorías mixtas pueden inducir a un error: se ha llegado a decir que si un menor, por medio del acto de voluntad de su tutor, adquiere la propiedad de su bien, hay dos titulares del derecho de propiedad. Uno de ellos el tutor, titular de la voluntad; el otro el menor que es el titular del interés.

Teoría de Hans Kelsen

Para Kelsen la norma jurídica es un juicio hipotético unido con el concepto del deber ser. La norma jurídica prescribe que bajo determi-

nadas condiciones debe aplicarse un acto de coacción. El deber de sancionar expresado en la consecuencia constituye el único y verdadero concepto de obligación.

Para poder comprender el concepto del deber de Kelsen y su distinción con la doctrina común, es necesario que analicemos los conceptos de norma primaria y de norma secundaria de los que se vale. Un precepto penal formulado con los conceptos de norma primaria y secundaria reza así:

I. No se debe robar; II. Si alguien roba, debe ser castigado. La norma con el número I es la llamada secundaria por Kelsen, la norma número II es la primaria. Ahora bien, Kelsen piensa que la norma secundaria es sólo un instrumento o construcción auxiliar que sirve para representar más fácilmente la norma primaria, pero que considerada en sí misma, no establece ninguna obligación. Un individuo está obligado a no robar, en cuanto su conducto contrario (el robo) es la contradicción del deber de sancionarlo; una conducta no está mandada o prohibida, en general, sino en cuanto la conducta opuesta es la condición del deber de imponer una sanción. Con esto, se comprende que Kelsen diga que la norma secundaria, que ordena la conducta para eludir la sanción, es una norma superflua, cuya misión consiste en servir de epifenómeno a la verdadera norma jurídica, que es la primaria.

Por consiguiente, la obligación establecida en la norma secundaria no es, en realidad tal, como comúnmente se piensa: el verdadero deber reside en la norma primaria o sancionadora. Así, dice Kelsen:

> se afirma que la primera norma, que prohíbe el robo, sólo es válida si la segunda asigna a éste una sanción, entonces la primera resulta seguramente superflua en una exposición estricta del derecho. Si acaso existe, está contenida en la segunda, que es la única norma jurídica genuina. Sin embargo, la representación del derecho resulta grandemente facilitada si nos permitimos suponer también la existencia de la primera norma. Hacer tal cosa es legítimo cuando se tiene conciencia de que la primera norma, que prescribe la omisión del acto antijurídico, es dependiente de la norma sancionadora. Podemos expresar esta dependencia si damos a la segunda el nombre de norma primaria y a la primera, el nombre de secundaria (H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* p. 62).

La doctrina de Kelsen sobre el derecho subjetivo reviste particularidades que la distinguen de las teorías comúnmente admitidas.

Kelsen rechaza, por una parte, la oposición irreductible entre el derecho subjetivo y el objetivo; por otra, la explicación del primero, como un interés de voluntad jurídicamente protegido. En efecto, Kelsen no admite la oposición transistemática entre esas dos clases de derechos, que propugna cierta doctrina, de modo que pueda decirse que el derecho subjetivo (sobre todo el derecho de propiedad) precedió lógica y temporalmente al objetivo y que por consiguiente éste no puede crear ni suprimir a aquél, ya que sólo se limita a garantizarlo. En cuanto a la teoría del derecho subjetivo, como interés o voluntad jurídicamente protegidos, Kelsen hace valer las objeciones comunes, por las que se desaprueban dichas teorías.

Según Kelsen, la oposición del derecho subjetivo y objetivo es únicamente la oposición intransistemática, relativa, de los conceptos

de facultad y deber que se desprenden de la norma jurídica positiva. Dichos conceptos existen simultáneamente, sin que pueda establecerse entre ellos una procedencia lógica o temporal.

Tanto la noción de deber (derecho positivo), como la facultad (derecho subjetivo) deben adquirirse a través de la norma jurídica. Ahora bien, Kelsen afirma que un individuo está obligado a una conducta, en cuanto la conducta contraria es la condición de una sanción; un individuo tiene un derecho subjetivo cuando su manifestación de voluntad, en forma de querella o de demanda, es necesaria para que se ejecute la sanción. De ahí la definición de Kelsen del derecho subjetivo: "Un derecho subjetivo es, por tanto, la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada". (H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 85).

Esta definición del derecho subjetivo, dice Kelsen, se basa en una técnica específica del Derecho Civil dentro de un sistema capitalista. En el campo del derecho penal existe, por regla general, una técnica opuesta, ya que la aplicación de la sanción no dependen de la acción del directamente perjudicado sino del Estado (Ministerio Público). En este sentido, dice, no existe el derecho subjetivo de un individuo a que lo maten, sino el derecho del Estado a que no se cometa tal acto delictuoso.

Desde el punto de vista de Kelsen el derecho subjetivo queda absorbido por el derecho objetivo.

Teoría egológica

En realidad esta teoría no es más que una derivación de la tesis kelseniana.

La norma primaria de Kelsen es denominada perinorma.

La norma secundaria de Kelsen es denominada con el título de endonorma.

Tema 20

Clasificación de los derechos subjetivos

Clasificación de Gayo

Una vez analizado el problema del derecho subjetivo y el objetivo, pasemos al análisis, más bien a la clasificación de los derechos subjetivos. La primera de las clasificaciones que analizaremos es la clásica, que nos da Gayo en sus *Instituta*.

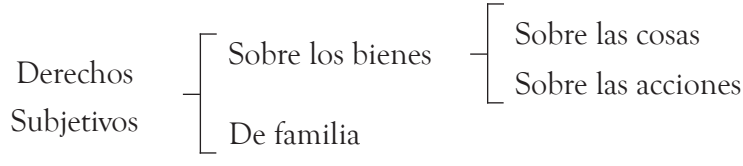
El divide los derechos subjetivos del modo siguiente:

- Derechos subjetivos de las personas
- Derechos subjetivos de las cosas
- Derechos subjetivos de las acciones

El primero de los criterios nos parece acertado, pero los dos últimos nos resultan criticables: ¿puede una cosa tener derecho?

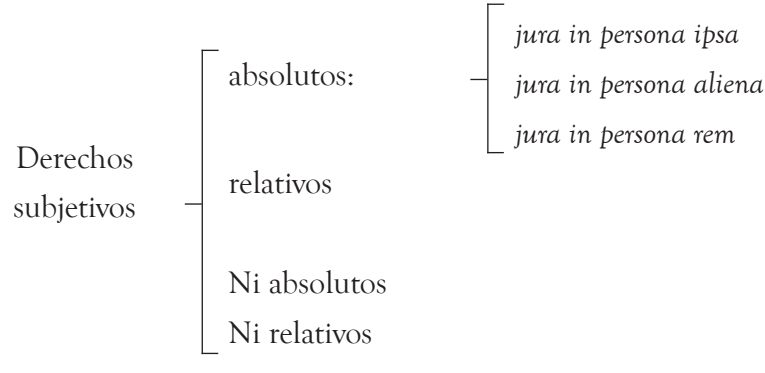
Clasificación de Savigny

Este autor toma como base la tesis clásica romana, pero le hace algunas modificaciones, dividiendo del modo siguiente los derechos subjetivos:



Clasificación de Ernest Reguin

Este autor los divide en cuatro grupos, quedando del modo siguiente:



- Derechos absolutos *jura in personae ipsa*. Son los que se ejercen en forma autopersonal, son derechos de la persona en sí misma: la vida, la integridad corporal.

- Derechos absolutos *jura in personae aliena*. Son derechos subjetivos potestativos, se ejercen sobre otra persona: tutela, patria potestad.

- Derechos absolutos *in rem*. Son los derechos reales.

- Derechos relativos. Son los derechos de acción, de petición.

- Derechos ni absolutos. Propiedad intelectual, patentes, marcas (en la época del autor no estaban bien definidos).

- Derechos ni relativos. Son un hecho, no un derecho, como poner marquesina sin permiso del dueño del edificio.

Clasificación de Kelsen

Para este autor la clasificación de los derechos subjetivos es una mera curiosidad científica, académica.

Según Kelsen, tres son los aspectos bajo los cuales se puede analizar este problema:

- Aspecto de pasividad: es el deber jurídico "si el hombre se encuentra en relación pasiva frente al orden jurídico, su conducta no representa el ejercicio de un derecho, sino que se traduce en el cumplimiento o la violencia de un deber, según que concuerde o no con las exigencias de ese orden".

- Aspecto de negatividad: es la libertad "Cuando la relación entre la conducta y los preceptos jurídicos es puramente negativa, dícese que el sujeto es libre frente a la norma o, para emplear la terminología tradicional, que el sujeto tiene el derecho de ejecutar u omitir aquéllos actos no regulados de ningún modo por la ley". O sea, la libertad existe en tanto que lo concede la norma.

- Aspecto de actividad: creación de normas, que son propiamente los de derechos subjetivos, del modo siguiente:

  - Creación de normas generales... derechos políticos

  - Creación de normas individualizadas

a) Por particulares — Unilateralmente: Derecho de acción
Bilateralmente: Derecho Privado subjetivo

b) Por órganos del Estado: Sentencia judicial, resolución administrativa.

Ayudados de lo visto, diremos que cualquiera de las clasificaciones, excepción hecha de la de Kelsen, puede sernos de utilidad, porque tiene algo de verdad.

Sólo insistimos en la observación hecha a la clasificación de Gayo.

Tema 21

Derecho personal

Teoría de Baudry y Lacantinerie

Derecho real es el que ejercitamos directamente sobre una cosa, constando este derecho de dos elementos: el sujeto y el objeto.

Dividiéndose en principales y accesorios.

"Derecho personal es aquél que se realiza entre personas, constando de tres elementos: el derechohabiente, el obligado y el objeto".

La tesis parece confusa, se puede decir que los dos tienen los mismos elementos: sujeto y objeto. La diferencia está en que el primer caso la palabra objeto tiene una connotación física, mientras que en el segundo equivale a prestación. Ahora bien, una tesis que utiliza

una palabra con distintos sentidos, nos resulta oscura. Además ¿puede haber una relación entre sujeto y objeto?

Teoría de Gaudemet y Gazin

Su tesis es extremadamente realista.

"No son las personas las que son deudoras o acreedoras, sino el patrimonio el que es deudor o acreedor de otro patrimonio".

Esta tesis, que haría que la persona humana dejase de ser el eje del derecho, actualmente resulta insostenible.

Teoría de Planiol

1. "El derecho personal es relativo, existe frente a varios sujetos individualmente determinados (considerados).

"El derecho real es absoluto, es una obligación universal de respeto".

2. "La nota esencial del derecho real se traduce en una protección, en un hecho o en una abstención".

3. "El derecho real existe sobre una cosa, pero no es una relación entre persona y cosa".

Teoría de Ortonal

1. "Todo derecho se reduce a la facultad de exigir de una persona que haga o se abstenga de hacer determinado acto".

2. "En todo derecho hay una obligación general de abstenerse".

3. El derecho real es un derecho absoluto de abstención de los demás".

El derecho personal es un derecho absoluto, pero más limitado se asemeja en algo a la de Planiol, no llega a tener la claridad necesaria por lo que adoptaremos la de Marcel Planiol.

Tema 22

Derecho de libertad

1. *Significado físico*. Se llama libre a lo que no tiene trabas, lo que se mueve sin estorbos ni impedimentos.

2. *Sentido psicológico*. Es el libre albedrío, o el libre arbitrio. Es libre el hombre cuando, de hecho, en el plano de la realidad puede obrar en un sentido o en el opuesto. La afirmación de que, en ciertas circunstancias, un hombre es psicológicamente libre, carece en sí misma de acento valorativo; no entraña, por tanto, una autorización o un elogio. Sin embargo, la libertad psicológica es la base de la valoración moral y jurídica. Si alguien está narcotizado, dormido, por no ser psicológicamente libre, no es responsable.

3. *Significado moral.* La libertad moral consiste en la posibilidad de hacer todo aquello que la norma ética no prohíbe. Ya no es, como

los significados 1 y 2, una libertad en el plano del ser, de la realidad, sino en la esfera del deber ser.

4. *Libertad jurídica*. Es la posibilidad normativa de hacer y de omitir todo lo que el orden jurídico no manda ni prohíbe. Es éste un concepto negativo de la libertad, censurado por García Máynez, quien propone este concepto positivo: "Facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no agota la posibilidad normativa de cumplir un deber propio". Como fácilmente se advierte, la noción del maestro García Máynez resulta también negativa.

Al lado de esta noción puramente formal de la libertad existe (y debemos descubrir), un concepto ideal: qué la libertad es como un auténtico bien del hombre, como algo que debe alcanzarse y conservarse en la vida de la comunidad.

El liberalismo, que tuvo como mérito preocuparse por impedir el despotismo del Estado, y por evitar que el poder público anulara o aplastara al individuo, exageró (y por ello deformó) el concepto de libertad individual. Algún autor liberal dijo: "Definir la libertad es limitativa, y limitarla es destruirla". Según el liberalismo individualista, a mayor autoridad, a mayor poder de los gobernantes, corresponde siempre menor libertad de los particulares. El gobierno es "un mal necesario"; debe tener el mínimo de facultades e intervenir lo menos posible. Los liberales creen que la libertad consiste en la máxima amplitud de posibilidades para la conducta individual. Ejemplos:

El artículo 1134 del Código Civil Francés dice que los contratos legalmente celebrados hacen las veces de ley para quienes lo pactaron, y su artículo 544 define la propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que de ellas no se haga un uso prohibido por las leyes y reglamentos. En realidad, las limitaciones establecidas por la ley, respecto de la propiedad y los contratos eran poco numerosas y, casi siempre, de escasa importancia. El régimen liberal ahondó y agravó las diferencias sociales: hizo que los pobres fueran más pobres, y los ricos más ricos. Querían que el trabajador y el patrono fijaran "libremente" el salario y las condiciones de trabajo, sin intervención del Estado ni del sindicato. Juárez expidió un decreto (15 marzo de 1861) que derogó las leyes que prohibían la usura; en consecuencia, para lo sucesivo, el tipo de interés quedaría únicamente a la voluntad de las partes. Una ley de 1856 acabó con las propiedades comunales, y esta situación, agravada durante el régimen porfirista, agudizó el problema agrario.

No podemos admitir este concepto liberal de la libertad. No podemos estimar que se atente contra la libertad cuando se fija el salario mínimo, cuando se establece, con obligaciones para los empresarios, un régimen de seguridad social, etcétera. Recuérdese que, en la actualidad, la propiedad privada está sujeta a las modalidades y limitaciones que exija el interés colectivo. Consúltense los artículos 16, 17, 830, 840, 1912 del Código Civil; 2 y 3 constitucionales.

Siempre que se deje a salvo la dignidad de la persona, y que las limitaciones a la voluntad individual tengan la finalidad y realmente

la eficacia de lograr el bien común y la auténtica protección de los desvalidos, tales limitaciones no entrañan un ataque a la libertad de los particulares.

El que es esclavo de sus pasiones, caprichos o vicios, el que está sujeto a su afán de vanidad, enriquecimiento o poderío, es verdaderamente esclavo. En cambio, el "esclavo del deber" es, en realidad, hombre libre, la libertad no consiste en la omnipotencia del capricho, sino en la conducta moral y en la autodisciplina. Mientras más altas y nobles normas de conducta nos propongamos como meta de nuestras actividades, más libres seremos. Mientras más sincera y firmemente nos apeguemos a esas elevadas pautas, más libres debemos considerarnos. El mejor ciudadano y, por tanto, más auténticamente libre, es sin duda alguna el que de buen grado obedece las leyes y se esmera por cumplir todos los demás deberes sociales.

Definición: lícito o ilícito

La libertad se nos muestra como el derecho subjetivo fundamental, de ahí la importancia de tratar de definirla.

La definición de libertad, considerada como integrante del derecho subjetivo, o sea la libertad jurídica, puede ser: "Libertad es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados y no prohibidos".

Esto plantea dos problemas: ¿es limitada?, ¿qué es lo lícito y qué es lo ilícito?

A la segunda interrogante contestamos:

Lícito es:

- La ejecución de los actos ordenados
- La omisión de los actos prohibidos
- La ejecución u omisión de los actos que no están ordenados ni prohibidos

Ilícito es:

- La omisión de los actos ordenados
- La ejecución de los actos prohibidos

Tesis de Ugo Rocco

Este autor imagina la libertad como un conjunto de obligaciones y no como un acervo de derechos.

Es cierto que la libertad implica obligaciones, pero el autor acentúa este aspecto y parece olvidarse del otro. Como es natural, esta tesis ha sido muy admitida por los Estados absorbentes.

Los elementos o facultades de la libertad, son tres:

- *Facultas otandi* (facultad de optar)
- *Facultas agendi* (Facultad de hacer)
- *Facultas omitendi* (Facultad de omitir)

(Facultad de optar que se manifiesta haciendo u omitiendo). Solamente el último de los elementos puede decirse que es en algún aspecto negativo, y es en el que Rocco fija la atención, pareciendo olvidar los otros dos.

La libertad como la conciben las escuelas jusnaturalistas y liberales

La tesis anterior nos deja en la puerta de este problema: Por un lado el sistema liberal —no sólo económico, sino que trasciende al aspecto social y jurídico— con su libertad absoluta y frente a él, el iusnaturalismo.

En el sistema liberal el individuo es superior a la colectividad absoluta, y podría concretarse su sistema en sus dos frases *laissez faire*, *laissez passer*.

En lo económico rige la ley de la oferta y la demanda.

El Estado es un "policía" que solamente debe intervenir cuando se ha llevado a cabo una violación.

Frente a este sistema surgen dos contratesis: por un lado el iusnaturalismo, y por otra la realidad.

La realidad nos demuestra que cada vez opera menos el liberalismo, pues hasta los países más liberales no lo aplican en su pureza original. El Estado invade esferas privadas.

Por su lado el jusnaturalismo nos presenta una libertad absoluta, en principio, pero limitada, como la propiedad por necesidades que impone el bien común.

Estas modalidades las señala el bien común, no el Estado, que es medio, instrumento que limita, en función de ese fin, el objetivo de dicho bien común.

Pero se explica la caída del sistema liberal, que impone al individuo sobre la comunidad, engendrando en su propio ser a su antítesis exagerada: el socialismo, que impone a la colectividad sobre el individuo, absorbiéndolo.

En la ciencia jurídica se ha dejado sentir, en la actualidad, la urgencia de una nueva definición de libertad.

En parte, estos nuevos conceptos a propósito de la libertad pueden ser desprendidos de las conclusiones adoptadas en los dos primeros temas de este curso.

1. Efectivamente, en el tema 1 se propuso una nueva definición de justicia en los siguientes términos: "Justicia es una contribución directa y positiva a la estructuración solidaria, equitativa y respetuosa

de todos los hombres en su dimensión total, en nuestra sociedad de transformación".

2. Tambien quedó probado que el hombre es un todo parcial de la sociedad. (Tema 2).

3. Igualmente se comprobó que la sociedad es un todo orgánico en sus relaciones. (Tema 2).

4. La libertad es algo mucho más vasto que un simple actuar fuera de la esfera de lo ilícito.

5. Una definición de libertad no puede basarse en criterios negativos. (Actos no ordenados ni prohibidos).

Considerando todo lo anterior, se propone una doble definición de libertad: libertad jurídica personal y libertad jurídica colectiva.

Libertad jurídica personal. Es la facultad que tiene cada hombre para buscar, intentar realizar y obtener su perfeccionamiento integral.

Libertad jurídica colectiva. Es la facultad de tender al aumento, perfeccionamiento y realización del bien común en las sociedades nacionales o internacionales.

Tema 23

Derecho de acción

Los juristas romanos definieron la acción diciendo que es el derecho de perseguir en juicio aquello que nos es debido.

Si Juan es deudor de Pedro, existe la relación jurídica-sustancial: el sujeto activo es Pedro (acreedor); el sujeto pasivo es Juan (deudor).

La relación sustancial existe antes del proceso y fuera de éste; independientemente de que llegue o no llegue a trabarse con posterioridad un proceso. Si Pedro presenta ante un juez demanda contra Juan, se establece una nueva relación jurídica que llamamos procesal. El sujeto activo es el demandante o actor: tiene derecho al pronunciamiento de una sentencia; el sujeto pasivo es el juez, como órgano del Estado: tiene el deber de dictar sentencia.

Wach sostiene que la acción es primordialmente un derecho de orden público.

Savigny y Garssonet, desde otro ángulo, afirman que la acción es distinta del derecho subjetivo que protege.

El artículo 17 constitucional precisa, dentro del capítulo de Garantías Individuales, que la justicia debe ser expedita y gratuita. En otros términos, se está reconociendo el derecho subjetivo de acudir a los tribunales.

En torno al tema de la acción podemos distinguir, entre otras, siete teorías: teoría sustancialista; teoría abstracta; teoría concreta; teoría de Seabra. teoría de Coviello; teoría de Ugo Rocco y teoría de Hans Kelsen.

Teoría sustancialista o civilista

La teoría sustancialista o civilista de la acción confunde e identifica a ésta (que es un derecho subjetivo procesal) con el derecho subjetivo sustancial. Pero se trata de dos derechos distintos, porque hay, en uno y otro caso, dos diversas relaciones jurídicas que se distinguen, en cuanto al sujeto pasivo, al contenido de la relación: a la posibilidad de satisfacer o de violar el derecho correspondiente. El deudor está obligado a pagar una suma de dinero; el juez, el deber de dictar una sentencia condenando al pago.

Teoría abstracta

La teoría abstracta enseña que la acción es un derecho que corresponde por igual a ambas partes —sin que importe a cuál de ellas le asiste la razón—, que no necesita apoyarse en un derecho sustancial preexistente, y sólo aspira al pronunciamiento de una sentencia de fondo cualquiera, es decir, sin que interese que la sentencia sea favorable o desfavorable al actor.

Teoría concreta

La teoría concreta sostiene que la acción es el derecho a la sentencia favorable; se apoya en un derecho sustancial preexistente, y compete sólo a una de las partes: a aquella que sea titular del derecho sustancial y lo demuestre en el juicio.

Teoría de Seabra

Distingue entre el derecho sustantivo como un derecho generador y la acción como un derecho sancionador.

Teoría de Coviello

En la acción hay que distinguir dos aspectos: un aspecto de potencialidad, que está encerrado dentro del derecho subjetivo y un aspecto de actuación, integrado por la acción con vida propia.

Teoría de Ugo Rocco

Distingue 3 características:

- Es un derecho subjetivo público
- Es un derecho relativo y parcial (no universal)
- Es un derecho abstracto (no se ejercita contra un tercero sino contra el Estado)

Teoría de Hans Kelsen

Así como la doctrina civilista absorbe al derecho de acción dentro del derecho sustancial, Kelsen, a la inversa, absorbe al derecho sustancial dentro de la acción. Sólo la norma sancionadora es auténticamente norma. Sin embargo, la sanción tiende a lograr eficacia, cumplimiento de hecho respecto de la norma primaria, pero no crea ni aumenta la obligatoriedad, la validez propia de esa norma primaria. Esto equivale a confundir las nociones de coercibilidad y de obligatoriedad de la norma.

Definiciones

Código de 1884: "Es el medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la ley".

1. Chiovenda. "Es el poder jurídico para dar vida a la condición para la actuación de la ley".

2. Koler. "Es la facultad de dar vida a la demanda judicial".

3. Ugo Rocco. "Es el derecho subjetivo del individuo contra el Estado. Tiene por contenido el interés por la intervención del Estado, para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia puedan oponer al interés privado".

4. Carnelluti. "Es un derecho público y subjetivo a la vez, para obtener la composición del litigio".

5. Pescatore. "Es la facultad de pedir a los tribunales el reconocimiento o la ejecución del derecho".

6. Mattirolo. "Es el derecho de acudir a juicio".

7. Mortara. "Es el derecho de provocar la actividad jurisdiccional".

8. Bulow. "Es el derecho a obtener una sentencia justa".

9. Niceto Alcalá Zamora. "Es la posibilidad jurídica, encargada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener un pronunciamiento en el fondo del asunto".

10. Menéndez Pidal. "Es un derecho público potestativo, por el cual una persona se dirige a los tribunales para obtener una decisión jurisdiccional".

De las definiciones mencionadas nos parecen más propias las más claras, la clásica, la de Carnelluti, la de Menéndez Pidal y la de Alcalá Zamora, pues distinguen perfectamente los dos elementos que parecen confundir.

La función jurisdiccional

La acción provoca la actividad jurisdiccional: al ser violado mi derecho, tengo que acudir ante los tribunales (derecho objetivo).

Dos Reis define la actividad jurisdiccional diciendo:

"Es la adaptación de una regla general a un caso particular, que obliga a las partes y que puede ser coercible".

Como es natural, la actividad jurisdiccional está muy ligada a la noción de acción: una persona cree que ha sido violado su derecho (derecho subjetivo) y acude a los tribunales. Para que haya actividad jurisdiccional se requiere la resolución del juez.

Clasificación de las acciones

Presentaremos únicamente un cuadro general de las clases de acciones, pues el estudio detallado sale del marco de nuestra materia.

Podemos decir que las acciones se dividen en:

- Acciones reales
- Acciones personales
- Acciones mixtas
- Acciones propias del estado civil
- Acciones principales y acciones accesorias
- Acciones prescriptibles y acciones imprescriptibles
- Acciones perjudiciales
- Acciones mobiliarias y acciones inmobiliarias

La relación jurídica procesal

En ella se resuelve el caso presentado a través de la acción, a la luz del derecho objetivo.

Etapas

1. De la demanda
2. De la defensa
3. De la sentencia

Se puede hacer un paralelo entre silogismo y la relación jurídica procesal: la primera parte —de la demanda— sería la premisa mayor; la segunda —la defensa— la menor, y la tercera —de la sentencia—, la conclusión.

En la relación jurídica procesal intervienen tres elementos, a través de dos relaciones cada uno;

1. Actor:

- A través de la provocación de la función jurisdiccional.
- La obligación de sufrir las consecuencias de esa provocación.

2. Demandado:

- Lo obliga la demanda a participar en la relación.
- Tiene derecho a la defensa.

3. Juez:

- Debe de actuar realizando todos los actos tendientes a la realización del fallo.
- Obligación de dictar un fallo.

Tema 24

Derecho de petición y derechos políticos

Derecho de petición

El derecho de petición, reconocido por artículo 8o. de la Constitución, tiene dos aspectos:

- El derecho a la propia conducta. El funcionario público no debe impedir ni estorbar (ni menos aun castigar) el ejercicio de este derecho. Se trata, en este plano, de un deber de mero respeto.

- Es también (y principalmente) un derecho a la conducta ajena, al cual se contrapone un deber de ayuda y colaboración. La autoridad ha de dictar un acuerdo, por escrito

> y dentro de breve plazo, respecto de la petición y debe además, también por escrito y dentro de breve término, comunicar al solicitante el contenido del acuerdo. La Ley de Responsabilidades prevé la imposición de una pena para la autoridad que no conteste dentro del plazo establecido, o si no hay un plazo fijado, dentro de 30 días. (Artículos 18, fracciones XXXVI y LXX, 19, VIII y IX). El articulado hace presumir una resolución negativa —se habla entonces de "negativa ficta"— cuando la autoridad no da contestación antes de 90 días.

Debemos distinguir entre el simple derecho de petición: "Derecho a lo pedido" (acción en sentido concreto. El artículo 8o. constitucional no establece ni garantiza este segundo aspecto. En materia política, sólo los ciudadanos pueden ejercitar el derecho de petición (véanse artículos 8o. y 35 constitucionales).

Clasificación de Jellinek

Divide los derechos subjetivos y públicos en tres grupos:

- Derecho de libertad (ya analizado)
- Derecho de petición ante el Estado (*idem*)
- Derechos políticos

Derechos políticos

Son derechos políticos los que facultan a los particulares para intervenir en la integración y el funcionamiento de los órganos públicos, o para desempeñar alguna función pública. (Brevemente se ha dicho que son los derechos que facultan a intervenir en la formación de la voluntad estatal).

Principales derechos políticos de los ciudadanos:

- El voto activo y pasivo (35, I y II; 36, II, constitucionales)
- El desempeño de cargos concejiles, y de las funciones electorales o de jurado (36, V, constitucionales)
- Alistarse en la Guardia Nacional o en el Ejército (35, IV)
- Formular peticiones en materia política (8o. y 35, V)
- Los derechos de asociación y de reunión en asuntos políticos (9o. 1 y 35, III)

Garantías individuales y derechos políticos

Los derechos políticos pertenecen únicamente a los ciudadanos (34 a 36 constitucionales) Ya no pueden ejercitarse cuando se pierde la nacionalidad mexicana:

- se extingue la ciudadanía, artículo 37 constitucional.

- o se suspenden los derechos y prerrogativas de los ciudadanos: artículo 38 constitucional.

Las garantías individuales protegen a todas la personas; no sólo a los ciudadanos y a los mexicanos que no tienen derechos políticos, sino también a los extranjeros residentes en la República (1o., 2 y 33 constitucionales) y hasta extranjeros que accidental o transitoriamente estén en territorio nacional (2o. constitucional)

Las que llamamos garantías individuales, llevan en la Constitución de 1857, el título de "Derechos del hombre", considerados como derechos naturales originarios, esto es, derechos que corresponden a los hombres sólo por ese carácter. Todas las garantías individuales son derechos de los particulares (individuos o grupos) que se ejercitan y reclaman frente a los órganos públicos y que, por tanto, significan siempre deberes para el Estado y restricciones a las facultades de éste.

Merecen graves reproches y rigurosísima censura, los artículos 3o.; 5o. y 27, II y III constitucionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, fue firmada por el Gobierno de México quedando éste obligado a reconocer, respetar y poner en práctica sus principios y postulados. Conforme a su artículo 18, toda persona tiene derecho a la libertad religiosa, y este derecho incluye la facultad, para todo individuo, de manifestar su religión tanto en público como en privado, en forma individual y en forma

colectiva, por medio del culto, la práctica y la enseñanza. Según el artículo 26 de la Declaración, no es el Estado quien puede imponer la orientación o la ideología de la educación, sino que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" De acuerdo con el artículo 8o., toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley.

El artículo 3o. constitucional está ubicado dentro del título primero: "De las garantías individuales". Sin embargo, la mayoría de las disposiciones de este precepto contraría a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues no contiene limitaciones o restricciones al poder del Estado, sino que a la inversa, consagra el despotismo educativo del mismo Estado. El artículo 3o. dice que el criterio inspirador de la educación (tanto de la pública como la impartida en escuelas particulares), además de mantenerse ajeno a cualquier doctrina religiosa, se basará en los resultados del progreso científico y "luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios". Es realmente extraño proclamar en una norma constitucional que la educación debe apoyarse en los progresos de la ciencia, y que debe luchar contra la ignorancia y contra los prejuicios. (Claro está en eso, entre otras cosas, consiste la educación). En el lenguaje de los autores del precepto, "ignorancia", "fanatismo" y "prejuicios" son palabras que pretenden designar a la doctrina y la práctica de la religión. El Estado puede retirar discrecionalmente (a su capricho), en cualquier tiempo, el reconocimiento de

validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares (fracción V). Para poder establecer o dirigir una escuela, los particulares deberán obtener, en cada caso, la autorización expresa del poder público, y tal autorización podrá ser negada o revocada, sin que contra éstas resoluciones proceda juicio alguno (compárese esta disposición con lo que dicen los artículos 8 y 26 de la Declaración citada.)

La libertad religiosa no se respeta cuando sólo se tolera que pueda alguien recibir enseñanza religiosa en el hogar o en el templo. La religión no es una materia de escuela, sino que es un estilo de vida: pensamiento, sentimiento, actividad, todo a la vez. La libertad religiosa sólo queda garantizada cuando todos los padres, aunque sean de escasos recursos económicos, puedan, si quieren, lograr para sus hijos una verdadera o integral educación religiosa. No sólo debe haber completa libertad de enseñanza y de educación en lo que toca a las escuelas privadas, sino que para lograr esa libertad, también en las escuelas públicas debe establecerse —como ocurre en diversos países— la repartición proporcional. En las escuelas se da una formación religiosa de cierto tipo (católica, protestante, judía, etc.), repartiendo el número total de escuelas según la misma proporción en que existen padres de familia con orientación religiosa de este tipo.

El voto religioso no entraña la pérdida de la libertad, porque el hombre es más libre mientras más altas normas de vida se propone, y mientras más se acerca a Dios. Resultan censurables, por éste y por otros motivos, los artículos 5o., y 3o. constitucionales.

El artículo 27, XIV merece reproches, porque a los propietarios afectados con resoluciones dotatorias de ejidos no se les reconoce ningún derecho, ni la posibilidad de intentar un recurso legal o de promover el juicio de amparo. La persona afectada con una resolución dotatoria (resolución que en algunos casos puede ser absolutamente ilegal) queda en peor situación que el peor criminal condenado por los tribunales, ya que este último puede intentar recursos y promover el juicio de amparo.

El artículo 1o. constitucional previene que "todo individuo" gozará de las garantías individuales y que éstas no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la Constitución establece. Estos casos y condiciones se señalan en el artículo 29. La suspensión de garantías no puede contraerse a un individuo o a varios individuos determinados, ya que sólo se establece por medio de prevenciones generales, y están prohibidas las leyes privativas (13 constitucional). Además, la suspensión de garantías ha de imponerse por tiempo limitado. En junio de 1942, por razón del Estado de guerra en que se hallaba México, el Congreso de la Unión autorizó al Presidente de la República para que expidiera la Ley de Prevenciones Generales sobre Suspensión de Garantías. Esta ley, y otras normas expedidas con ese motivo, estuvieron vigentes hasta 1945, poco después de haber terminado la guerra con el Japón.

La definición de Jellinek de derechos políticos reza: "Es la facultad de intervenir en la vida pública como órgano del Estado".

La de Kelsen: "Es la facultad de intervenir en la creación de normas jurídicas generales".

En realidad es algo más sencillo, no siempre se actúa como órgano del Estado y para formar leyes. Recordemos que las *civitas* romana es algo como la *polis* griega; saquemos la conclusión: "es la facultad de tomar parte en aquello que la ciudad pide al ciudadano".

Tema 25

El deber jurídico

Identificación e independencia absoluta entre moral y derecho

El problema que analizamos se plantea a través de las relaciones entre moral y derecho: si se identifican, el deber jurídico lo será moral. Si se separan en absoluto, lo mismo sucederá con los deberes.

Anotaremos que nosotros seguimos sosteniendo nuestra conclusión sobre las relaciones entre moral y derecho (ver tema VI)

Tesis de Kant

Para éste el deber jurídico es una obligación ética indirecta: "Yo, en uso de mi voluntad, actúo".

La frase hace constar una cualidad que debe ser respetada: la libertad. Pero cambia el problema por completo al alterar las relaciones entre la moral y la voluntad, pues no es la norma la que determina a la voluntad, sino ésta la que determina a aquélla.

Para Kant el deber se determina por mi voluntad: entonces ¿dónde está la obligatoriedad?. No la hay, en el momento en que el deber jurídico depende de la voluntad de cada uno.

Tesis de Laun

1. No existen las normas heterónomas, todas las normas son autónomas

2. No existe antinomia alguna entre moral y derecho

3. El legislador manda y yo obedezco

En realidad llega al mismo error que Kant: la validez de la norma no depende del obligado.

Tesis de Radbruch

"El deber moral es inexigible, el deber jurídico, por lo contrario, tiene como nota fundamental la exigibilidad".

"El deber moral es simplemente deber; el deber jurídico es deuda". Aceptamos que el deber moral no es exigible, pero no aceptamos que el deber jurídico sea siempre exigible, hay casos en que no lo es.

Además en un sentido más profundo, la primera afirmación quizá tampoco sea aceptable, pero nos saldríamos de los límites de la materia.

Tesis de Hans Kelsen

Kelsen toma el mundo del ser y lo separa del deber ser, partiendo de Kant. Afirma que se les podría expresar en una fórmula, que sería: en el mundo del ser si es *A* tiene que ser *B*; en el mundo del deber ser, si es *A* debe de ser *B*. Así, no niega la categoría de norma al mundo del ser, los deja para recluirse en su mundo del deber ser.

Si a lo anterior agregamos lo que ya hemos dicho sobre su sistema (pureza del método, norma primaria y secundaria) se nos hará lógica su conclusión: la moral es totalmente autónoma y el derecho es absolutamente heterónomo.

Para Kelsen el deber jurídico se confunde con la norma misma, o sea, lo derivado de la norma (deber), se confunde con ella, por lo que hay norma y deber: son lo mismo, están confundidos, lo mismo que el derecho objetivo y el subjetivo.

El deber de obedecer sería del mundo del ser, que no le interesa. De éste modo soluciona el problema eliminándolo.

De las tesis analizadas, la menos mala no la mejor, nos parece ser la de Radbruch, con las salvedades anotadas. Rechazamos, por supuesto, totalmente la de Kant y la de Kelsen.

Tema 26

El sujeto del derecho

El vocablo persona

La palabra persona ha tenido un nacimiento extraño, alejado por completo de lo jurídico, pasando después a los filósofos, literatos y juristas, más por contenido libertario que jurídico o filosófico.

La palabra proviene de *la máscara*, que los autores utilizaban tanto para caracterizarse como para dar potencia a su voz *personae*; de ahí pasa a designar el papel que se representa.

El primero en utilizar la palabra con un sentido más elevado es Esopo en una de sus fábulas, conocida a través de Pedro, la zorra y la máscara.

Vio por casualidad cierta zorra una máscara, de las utilizadas en las farsas, y comentó, luego de examinarla: "¡Oh, que bella cabeza!, pero no tiene seso". Esto se ha dicho por quienes, colmados de honores y gloria, carecen de juicio. (Trad. Pilar Guibelalde, Ed. Iberia S.A., Barcelona, 1956).

Después la palabra pasa al jurisconsulto, y poco a poco se va haciendo sinónimo de hombre... pasa al filósofo, al literato...hasta significar sujeto de derechos y obligaciones.

Persona física y persona moral

La persona, sujeto de derecho, es la persona física individual; pero a su lado existe otro tipo de personas, las llamadas jurídicas o morales, y es precisamente éste nuestro problema.

Necesitamos encontrar una explicación de las personas jurídicas, ver qué son, en qué se distinguen o en qué se asemejan a la física.

El artículo 22 del Código Civil

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Personas morales en algunos de nuetros Códigos civiles

Primero veremos las que reconoce el Código Civil del Distrito Federal, para lo cual transcribo el artículo 25:

> Son personas morales:
>
> I. La Nación, los Estados y los Municipios.
>
> II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.
>
> III. Las sociedades civiles o mercantiles.
>
> IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
>
> V. Las sociedades coorporativas y mutualistas, y
>
> VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos y artísticos, de recreo y cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

La mayor parte de los códigos de los Estados admiten casi el mismo número de personas morales, excepto tres: Hidalgo, que añade las sociedades ejidales; que añade los comisariados ejidales, y Tamaulipas, los ejidos.

Los Estados de Morelos y Sonora fundan la persona moral en una creación de la ley.

Ser persona y tener personalidad

Es necesario diferenciar estos dos conceptos: ser persona, que ya señalamos, y tener personalidad.

Tener personalidad (jurídica) significa actuar, por tener capacidad para "actuar por".

Definición de persona

Ya señalábamos que persona es el sujeto de derechos y obligaciones.

Teoría de la ficción

Tratadistas romanos: para ellos la persona moral es una ficción, un instrumento apto para la formación de patrimonios sociales.

Nos resulta inaceptable; la persona moral no es sólo una ficción.

Esta tesis fue sostenida durante la Edad Media por los canonistas, especialmente por Inocencio IV, con su teoría de la *persona ficta*. En el mundo contemporáneo la defienden dos autores:

Savigny: "El hombre es el único sujeto posible de derechos".

Windscheid: "Cuando se habla de personas morales el sujeto debe ser "construido por una ficción jurídica".

Teorías que sostienen la personalidad real

Organicistas (Wundt): afirman que la persona moral es un verdadero organismo en que se pueden encontrar miembros iguales a los del hombre. Se llega a afirmar que la Iglesia es el sexo femenino y el Estado el masculino.

Idealistas (Blider y Lorenz): es una reacción; para ellos la persona moral es menos que una ficción.

Voluntaristas (Zitelmann y Haff): Sitúan la esencia de ellas en la voluntad de quienes entran en ella.

Teorías finalistas

Para ellos la unidad real de la persona moral sólo se explica por los fines de la misma.

La tesis no es falsa pero, ¿constituyen los fines a las personas morales? Además, ¿cuáles son los fines? Para responder la última de las preguntas se dividen las opiniones en dos:

- Teoría del interés, de Von Ihering: se basa en que la personalidad moral es "un interés jurídicamente protegido".

- Teoría combinada de Barnarzik y Michaud: "La personalidad moral es una entidad combinada entre el interés de la voluntad de los integrantes al orden jurídico que reconoce ese interés.

Teoría del patrimonio

Del patrimonio a un fin (Brins, Bekker y Scharz): "La persona moral es simplemente una persona que en realidad es un patrimonio inscrito a un fin".

Se puede decir que hasta cierto punto desconocen a los integrantes y hasta cierto punto son teleológicos.

De la empresa (Otto Mayer): "La ley crea un sujeto de derecho que es, no sólo interés, que es no sólo un patrimonio, sino una administración, o sea, una empresa".

Del patrimonio colectivo (Planiol, Wieland, Rhode): "no rechazaban totalmente la teoría de la ficción y aceptan sustancialmente la del patrimonio. Para ello hay personas morales cuando a través de la ficción hay un patrimonio.

Teorías que afirman la persona como producto del derecho objetivo: nueva teoría de la ficción

Buscando solución al viejo problema, llegan a que la persona moral no es una entidad distinta, aparte, del grupo que la integra, sino que es ese mismo grupo, que en ciertas relaciones jurídicas es considerado (el grupo) como si fuera una sola (persona).

En ella subsiste la ficción, pero ya no es tan ambigua como la tesis primitiva (sostenida por Von Thur y Ferrara; y autores de la escuela inglesa: Austin, Salmond y Holland)

Teoría de Hans Kelsen

Kelsen deja a la persona sin fin, pues es realizado por el Estado: ser contenido de derecho. El Estado lo convierte en centro de imputación, pero ya es el Estado, no él mismo. Deja al hombre sin capacidad para escoger su finalidad.

Índice de puntos de análisis (los números corresponden a las páginas de su *Teoría General del Estado*, que enseguida transcribo:

1. Hombre y persona _____ 82

2. Persona física _____ 82

3. Disoluciones del hombre en el derecho _____ 83

4. Persona jurídica individual y colectiva _____ 83

5. Doctrina de la imputación _____ 85

6. Imputación central y periférica_____ 85

7. Persona jurídica colectiva _____ 87

8. ¿Qué significado tiene que el derecho conceda personalidad jurídica?_____ 87

9. Crítica a los patrimonialistas _____ 97

10. La persona jurídica y el hombre en relación al orden jurídico_____ 92-93

Este criterio pierde mucho de su limpidez desde el momento que se identifica al hombre con el sujeto de derecho. Y, en efecto, ¿no parece ser el hombre el sujeto de derecho? ¿No está el hombre frente al derecho, no son hombre y derecho dos objetos distintos? Pero una investigación más a fondo muestra que el hombre (que es un objeto esencialmente distinto del derecho, el hombre de la biología y la psicología) ¿acaso no está en realidad en tal relación con el derecho que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica? El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona. Y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia. Sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esa distinción, se está aún lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébese esto en la distinción entre personas "físicas" y personas "jurídicas", sosteniendo que las personas físicas son los hombres, y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres. Ahora bien; es indudable que para el conocimiento jurídico tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que en todas aquellas para las que se ha reservado hasta ahora el nombre de "personas jurídicas". Una y otra tienen que ser referidas al denominador común del derecho, para que puedan unirse en el común concepto de persona jurídica.

Si bien el hombre es persona, no por eso la persona es el hombre. La inversión de la primera proposición significa un trastorno completo de orientación cognoscitiva.

El hombre como sujeto de derecho (la persona física)

Si se pregunta hasta qué punto el hombre es persona jurídica, es decir, en qué relación se halla el hombre con el orden jurídico, lo único que puede afirmarse es que la conducta humana constituye el contenido del orden jurídico, el contenido de las normas de derecho (p. 83); lo que determina el contenido de una norma es siempre la conducta humana: una acción o una omisión, tanto por lo que afecta al antecedente —el hecho o condición— como a la conclusión, es decir, a la consecuencia jurídica condicionada. De aquí resulta que el concepto de derecho subjetivo o el de persona, no pueden limitarse al concepto de sujeto de facultad, como sucede por regla general merced al imperio de una noción del derecho subjetivo que se agota en la de facultad, sino que el concepto de derecho subjetivo, lo mismo que el de persona, ha de contener, ante todo, el concepto de sujeto de deber.

Si el hombre ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal, es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones; sólo algunas acciones humanas particulares —a alguna de las cuales se las designa negativamente como "omisiones"— son las que se hallan en la ley jurídica como condiciones o consecuencias. Lo mismo que todo

contenido, la conducta humana sólo puede ser objeto de la ciudadanía del derecho en cuando contenido de la proposición jurídica. Ahora bien, ¿cómo se integra la multitud de acciones humanas, que constituyen el contenido de las proposiciones jurídicas, en la unidad de la persona jurídica, diversa del hombre biológico-psicológico?; ¿cómo se diferencia, en particular, la llamada persona física de la persona jurídica dentro de la unidad de la "persona de derecho"?

Si se afirma que determinado hombre "A" es sujeto derecho, es decir, poseedor de deberes y facultades jurídicas, quiere significarse —como resultado de lo anteriormente dicho— que una determinada conducta constituye de modo específico el contenido del deber jurídico; que la actitud contraria de su conducta —constitutiva del contenido del deber— o la manifestación de su voluntad (dirigida a la consecuencia jurídica) constituye la condición de la consecuencia coactiva marcada en la conclusión. En el primer caso, nos hallamos ante el sujeto del deber; en el segundo, ante el sujeto de la facultad. Pero en ambos casos son normas de derecho las que se ofrecen al conocimiento jurídico bajo la forma de "sujeto de derecho", son proposiciones jurídicas con relación a determinado contenido. Y en este sentido, cabe decir que la persona física es un complejo de normas de derecho; concretamente: el conjunto de todas aquellas normas jurídicas que tienen por contenido la conducta de un hombre —ya como deber o como facultad—. El principio de individuación que nos proporciona aquí la unidad es jurídico. Pero la esfera jurídica queda constituida desde el momento en que el sustrato de esta unidad está formado por normas jurídicas, y que la persona física es considerada como parte

del derecho objetivo, como con un orden jurídico parcial delimitado de cierto modo, pues frente al sistema totalitario de las normas de derecho, frente a la totalidad del orden jurídico, la persona física representa un sistema parcial más o menos (p.84) arbitrariamente delimitado, un orden jurídico parcial no absoluto en modo alguno, sino sólo relativamente autónomo. Si se designa al sujeto de derecho como "titular" de este orden jurídico parcial, como el sujeto que "posee" facultades y deberes regulados en dicho orden, se realiza la personificación del mismo, y se da expresión al hecho de que estos deberes y facultades tienen su puesto en dicho sistema.

En el juicio que reconoce deberes y facultades jurídicas a un persona física, verifícase la relación de los contenidos cualificados según la posición que en la norma ocupen como deberes y facultades jurídicos con la unidad —relativa o previa— de este sistema. El sujeto de derecho no es sino el centro común de referencia de estos contenidos, los cuales reciben su plena doctrinación jurídica por referencia a la unidad del sistema total, por el conocimiento de la posición que ocupaban dentro de la totalidad del orden jurídico. Pero el sujeto de derecho no es más que una expresión unitaria, un centro de referencia, esto ocurre tan sólo para impedir el juicio siguiente: un sujeto de derecho, una persona, "tiene" derechos subjetivos, se concierta en esta expresión tautológica: hay derechos subjetivos. Un sentido completamente diverso tiene esta otra proposición: un hombre "tiene deberes" y facultades jurídicas. El tener implica aquí una relación por entero diferente. Quiere decir esto: la conducta de ese hombre es contenido de las normas jurídicas. Pero la conducta de una "persona"

no es nunca contenido de las personas del derecho. Sólo lo es la conducta (humana). Y únicamente porque la conducta de un hombre es el contenido de las normas pueden referirse esos contenidos a la unidad de un sistema de normas jurídicas, y sólo por eso la persona —como personificación de esa unidad— puede "tener" deberes y facultades jurídicas, del mismo modo que un sistema, un orden tiene contenidos. Justamente por tal razón sólo el hombre, no la persona, puede tener facultades y obligaciones, pues facultar u obligar a la persona equivaldría a facultar derechos, a obligar deberes, y, en una palabra, a regular normas. Los conceptos de persona y hombre se hallan en la relación de forma y contenido.

Del concepto de persona como sujeto de deberes y derechos hay que derivar el concepto de "personalidad", mediante el que se designa una determinada cualidad del hombre, en virtud de la cual hállase capacitado para realizar aquellos actos representativos de deberes y facultades jurídicas. La legislación positiva no convierte indistintamente toda la conducta de todos los hombres en contenido de sus normas. Sólo son facultados u obligados aquellos hombres que reúnen las condiciones estrictas, cuya determinación positiva queda a merced de cada legislación; por ejemplo, una cierta edad, el pleno uso de razón, determinado sexo para su ejercicio, de ahí la determinación próxima, detallada de los hechos o contenidos normativos constitutivos de la conducta humana. Cuando se dice que sólo poseen personalidad jurídica los hombres que reúnen las condiciones prescritas por el derecho (p. 85) porque solamente su conducta ha sido convertida por la legislación en contenido de deberes u facultades jurídicas,

con exclusión de otros hombres —(como se nos dice, por ejemplo, que los esclavos carecen de personalidad jurídica)—, se piensa en un concepto de persona enteramente distinto del que expresaba el "poseer" deberes y facultades jurídicas. Ahora bien, solamente este último concepto, no aquel que tan solo es una mera cualificación general de un hecho, puede ser subsumido (juntamente con el concepto de persona jurídica) en un concepto superior genérico. Y éste es el que en primer lugar interesa.

Imputación y voluntad

En la idea de la persona verifícase únicamente la referencia a la unidad de un sistema de facultades y deberes jurídicos. Pero esta referencia afecta también a la acción misma. Es la persona la que hace valer una facultad, la que cumple un deber jurídico, la que obra jurídicamente. Si en la acción de la persona se ve la expresión de una "voluntad"; si se atribuye una voluntad a la persona o —como frecuentemente ocurre— se identifica a la persona con la voluntad, hay que separar esta voluntad específicamente jurídica del hecho real psíquico conocido en el mismo nombre, tan radicalmente como se separa el hombre de la persona. Que la persona "quiera" la acción no significa otra cosa sino que esta acción es referida a ella, porque es querida por el orden parcial personificado en la persona, es decir, porque es jurídicamente debida. El querer de la persona (no la voluntad del hombre) es el "deber ser" del orden jurídico parcial. Por eso una acción humana no puede ser acto jurídico, en tanto que pueda ser referida a la unidad del orden total o parcial; en otras palabras, en tanto que es realizada por una persona de derecho.

Para designar esta referencia de un hecho a la unidad del orden total o parcial, empléase el término de "imputación". Trátase de cosa distinta de la imputación a que nos referíamos (cf. p. 63 y ss.), puesto que ésta representa el enlace de dos hechos dentro de la norma jurídica, dentro del orden jurídico; mientras que en el sentido en que actualmente la empleamos significa la referencia de un hecho a la unidad del orden jurídico como sistema de normas de derecho, del cual es contenido el hecho "imputado" en este último sentido. Pudiéramos hablar de una imputación central, a diferencia de una imputación periférica, para distinguir la imputación (de un hecho) a una "persona", de la imputación de otro hecho; la imputación periférica conduce únicamente de un hecho a otro hecho, mientras que la imputación central conduce a una persona, mas no a un hombre. Cuando se habla de imputación a un hombre debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la teoría del derecho, no es el hombre en cuanto tal, sino acciones u omisiones humanas lo que es objeto de consideración; por eso la imputación de un hombre no puede ser otra cosa que imputación de un hecho, enlace de dos hechos en el sentido anteriormente expuesto. Si la cuestión se refiere al sujeto al cual se imputa algo, si se opera con el concepto de un sujeto de imputación, de una persona constituida en virtud de la imputación, en ese caso se trata necesariamente de la imputación central, en el sentido de una referencia a la unidad del orden total o parcial. Más aún, el concepto de persona, de sujeto de derecho en sentido amplio (como sujeto de facultades y deberes), a diferencia del concepto de hombre (como unidad ni específicamente jurídica), es justamente idéntico con el concepto de esta referencia unitaria, un punto de

imputación central es el contenido que aparece en el llamado "dogma de la voluntad" —el cual dominó durante largo tiempo la teoría del derecho, aun cuando hoy ha estado en desuso—.

El dogma quiere dar una contestación general y universalmente válida a la cuestión de quien haya que imputar jurídicamente un hecho y dice a este efecto: a aquél que lo ha "querido", al sujeto de "voluntad" que, en cuanto tal, es "persona". La equiparación de persona y voluntad, tan característica de la Teoría del derecho, pertenece también al dogma. En el dominio del derecho penal, el dogma adopta una especial modalidad y sostiene que toda culpa es culpa de la voluntad. Si en el concepto de "voluntad" propio del dogma se comprende la voluntad psicológica y, en consecuencia, el sujeto de voluntad es el hombre y la "imputación" periférica, es claro que este dogma de voluntad tiene que entrar en conflicto con el derecho positivo; pues también el hecho no querido es "imputado; es decir, por determinación jurídica positiva, el acto de coacción puede ser enlazado a la condición de un hecho que no ha querido (y quizá ni ha sabido) el hombre contra el cual va la coacción.

Ha suscitado dificultades el examen deficiente del sentido auténtico de los conceptos que se manifiestan en el dogma de la voluntad, conceptos que nacieron de una necesidad indudable de la Teoría del derecho. Pero si se interpreta el dogma de la voluntad en sentido normativo, si se refiere a la voluntad en sentido jurídico, revélase entonces como la simple expresión de la idea de la imputación: es imputado —en el sentido de una referencia a la unidad del

orden— el hecho "querido", es decir, el hecho contenido en la norma. Al Estado como unidad del orden total, se imputa el acto condicionado de la coacción. A la persona física, como unidad de aquellas normas reguladoras de la conducta de un hombre en esa condición, se imputa el hecho condicionante de la coacción (p. 87).

La persona jurídica

La persona jurídica como personificación normativa

También el sustrato de la llamada persona "jurídica" en cuanto objetivo del conocimiento jurídico, es una proposición jurídica, un complejo de normas de Derecho, por medio de las cuales se regula la conducta recíproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común. Lo mismo que la persona física, la persona jurídica es también la personificación de un orden jurídico parcial, con la diferencia de que como aquél objeto de la regulación, hállase constituido por una pluralidad de hombres; es más fácil de ver en la persona física, en la cual hay que unificar la pluralidad de actos realizados por el mismo hombre; pero en la persona jurídica lo que fundamenta la unidad (relativa y provisional) y la autonomía del orden parcial dentro de la totalidad del sistema, es también un criterio jurídico material.

Este orden parcial —susceptible de personificación— está constituido, en su primer grado, por el contrato, el cual regula la conducta recíproca que en un caso determinado deben observar ciertos hombres,

y es jurídicamente obligatorio por la posición que ocupa dentro de la totalidad del orden jurídico. De él parten una serie ininterrumpida de órdenes y agrupaciones de la más variada índole, que desembocan —a través de la sociedad, la "corporación" la asociación, la cooperativa, el "municipio"— en la comunidad más compleja, en el orden jurídico total: en el Estado, o más allá del Estado, en la unión de Estados y en la comunidad jurídica internacional (si se considera que por encima de cada orden jurídico estatal hay un orden jurídico internacional que comprende a todos aquellos como órdenes parciales). Sin embargo, hasta ahora se halla inédito el camino que conduce más allá del "Estado", subordinado al orden jurídico internacional.

El Estado particular es considerado, provisionalmente, como el único eslabón de la cadena de personas, como orden jurídico total, como corporación completa comprensiva de todas las restantes corporaciones, es decir, como corporación soberana. Y esta serie de órdenes y comunidades parciales que desemboca definitivamente en el orden integral de la comunidad compleja, es al propio tiempo una serie de personas jurídicas que culmina definitivamente en la persona del Estado, en la personalidad sistémica del derecho, en la persona jurídica.

El hecho de que en esta serie ininterrumpida pueda ser emplazada también la persona física, desde el momento en que ésta es el punto inicial de la cadena que termina en el Estado; el hecho de que tanto la persona individual como el Estado sean reconocidos igualmente como personificaciones de complejos normativos, se garantiza

la unidad postulada en el concepto de persona, realizada la idea de que el individuo sólo es "persona" en el ámbito del conocimiento jurídico y político y, por tanto, es tan persona como la comunidad —incluyendo en ésta desde la simple (p. 88) comunidad contractual al Estado—; y así se resuelve el conflicto aparentemente insoluble entre el individuo y la comunidad convirtiendo el dualismo de dos sistemas inconexos en una diferenciación material dentro de uno y el mismo sistema.

Si se comprende esta institución jurídico-patrimonial de la limitación de la responsabilidad, se puede decir con cierto derecho que es el orden jurídico el que crea o concede la "persona jurídica", mientras no se trate más que de una cuestión de estructuración jurídica material; de que el orden jurídico determine las condiciones y la extensión de la responsabilidad de los miembros. Pero este concepto material de la persona jurídica es secundario. Frente a él se afirma siempre el concepto originario, el concepto —formal o jurídico— esencial de la persona, medio ante el cual se da expresión a la unidad de un sistema de derecho. La persona jurídica se extiende, pues, más allá de todo derecho Patrimonial. La idea de que el concepto de persona sea una analogía inadmisible fuera del ámbito del derecho privado, débese a la errónea identificación de la persona jurídica con la institución jurídico-patrimonial de la limitación de responsabilidad, a la deficiente distinción entre los varios conceptos de "persona jurídica" que aquí hemos intentado de desenvolver. A medida que se desarrollaba la teoría del llamado derecho público, el concepto de persona iba hallando entrada en él. Ya es sabido que esta teoría descansa eternamente en el concepto de persona jurídica del Estado.

La idea de persona jurídica se halla en el derecho del mismo modo que la persona física: la persona jurídica es en sí una realidad meramente normativa, sociológica, del mismo modo que la persona física es en sí una realidad biológica, y que una y otra son tan sólo objeto de una peculiar cualificación jurídica que no varía su carácter fundamental. Esta errónea idea, decimos es causa del desconocimiento de la distinción esencial que existe entre estas dos proposiciones: "un hombre tiene derechos y deberes, hállase facultado u obligado". Lo que ya se hizo notar respecto de la persona física, es todavía más claro en la llamada persona "jurídica", a saber: que sólo el hombre, pero no la persona, puede ser obligado o facultado en el sentido de que su conducta se convierta de modo específico en contenido de la norma de derecho. La proposición jurídica no contiene más que conducta humana, es decir, conducta de hombres concretos. Únicamente la referencia de la conducta a la unidad —provisional o definitiva— de un sistema total o parcial de normas de derecho lleva al concepto de persona.

Y esta persona tiene derechos y deberes únicamente en el mismo sentido en que un sistema contiene tales deberes y derechos. La proposición siguiente: "una persona posee determinados derechos y deberes", expresa tan sólo que éstos, como propios de un hombre, tienen un lugar propio dentro de un sistema, total o parcial, y constituyen una unidad sistemática, provisional o definitiva, en unión de otras obligaciones y facultades (p. 93).

A este propósito hay que hacer constar una doble constatación: en primer lugar, que los titulares de los derechos y deberes de las personas

jurídicas son siempre hombres; no es posible desvincular los que corresponden a la persona jurídica de los que son propios de los hombres que las "forman"; en segundo lugar, que la persona jurídica "tiene" sus derechos y deberes en un sentido distinto de los que son poseídos por los hombres.

Por eso las personas jurídicas no pueden ser obligadas y facultadas como los hombres, cuyos derechos y deberes son solamente "imputados" a la persona jurídica.

Teorías que niegan la persona jurídica

La persona jurídica como situación objetiva: "No hay sujeto de derecho, puesto que el derecho subjetivo es una noción irreal; en cambio, lo que existe son situaciones jurídicas objetivas". Es defendida por León Duguit.

Vareilles-Sommieres: "Es una forma especial de contrato de sociedad que, por serlo, provoca ciertas reglas derogatorias".

Crítica: Para que exista derogación se requiere excepción.

Hälder: "Las notas características de las personas físicas son el conocimiento, la voluntad y la acción. Es así que las personas morales en cierta forma conocen, quieren y actúan a través de sus miembros". Por tanto, no son personas morales: "las niegan totalmente".

Affolter: "La personalidad es un construcción totalmente artificial, que no engendra ninguna subjetividad distinta de los miembros que integran la persona jurídica".

Posible solución a las personas morales:

Después de haber visto estas doctrinas, vamos a tratar de dar solución al problema. Es necesario partir de la teoría de la ficción. Queda pues constituida a través de dos ángulos:

- El Patrimonio
- El reconocimiento estatal.

Tema 27

La técnica jurídica

Técnica y arte. En un principio la palabra técnica era equivalente, significaba arte.

Técnica de formulación y de interpretación

La técnica jurídica tiene dos problemas: la formulación y la aplicación. Del primero se encarga la técnica de formulación o legislativa.

Dos son los problemas de la técnica de formulación:

- La determinación del sujeto, o sea la atribución de las consecuencias normativas a una determinada persona.

- Determinación del hecho, o sea, la comprobación de que un hecho realiza la hipótesis normativa.

De estos dos deriva lógicamente, un tercero: el proceso de aplicación (silogismo jurídico).

El silogismo jurídico quedaría construido del modo siguiente: Premisa mayor: "A quien cometa X delito, se le aplicará Z sanción". (Contrariando al maestro de la escuela de Viena.)

Premisa menor: "Y ha cometido X delito".

Conclusión: "A Y debe aplicarse Z sanción".

La técnica de aplicación, sus problemas: la aplicación de la ley puede ser tanto privativa como oficial. La privativa es la doctrina, la oficial puede ser: judicial (de interpretación) o legislativa (de formulación)

- De formulación
  - -determinación del sujeto
  - -determinación del hecho
  - -silogismo jurídico
- Técnica Jurídica
  - De aplicación
    - -privada: doctrina
    - oficial
    - -oficial: legislativa

La técnica de aplicación judicial tiene cinco problemas fundamentales:

- Determinación de la vigencia

- Integración
- Interpretación
- Retroactividad
- Conflicto de las leyes en el espacio

(Se le llama también técnica de interpretación porque presupone la norma que va a aplicar).

Los problemas de la técnica legislativa:

(Se le llama también de formación)

Sus problemas son cuatro:

- Analizar la ventaja o desventaja que presentan los sistemas consuetudinarios y codificados
- Distribución de materias
- Lenguaje y estilo
- Definiciones: es el más difícil, porque un código no es un índice de definiciones, pero algunas veces son imprescindibles. Para cumplir cabalmente este punto se necesita: a) concepto; b) modo de formarla; c) Criterio para ver cuándo es necesaria la definición.

Tema 28

Interpretación

Interpretación e integración de la ley. Captación del problema:

Es el primer problema de la técnica jurídica: la ley está escrita y necesito aplicarla, pero para ello es necesaria la interpretación.

Interpretar significa, etimológicamente, desentrañar el sentido de una expresión.

Una expresión puede ser sin significación, sin objeto, irreal, equívoca, equivalente, y necesario desentrañarla.

Elementos de toda interpretación según Husserl

Para este autor en toda interpretación existen tres elementos:

- Los signos exteriores, o sea, los signos físicos

- La significación de esos signos

- El objeto de la propia expresión. Las expresiones, ya dijimos, podían ser su significación, etcétera.

Necesidad de la interpretación

La interpretación presenta dos aspectos curiosos: por un lado, la gran dificultad, por el otro, la apremiante necesidad de solución.

Para llegar a esa solución existen dos posibilidades:

- Tratar de interpretar la voluntad del legislador (interpretación filológico-histórica).

- Tratar de interpretar el sentido lógico objetivo de la norma (interpretación lógico-sistemática).

Estos dos grandes sistemas están presentes en la mayor parte de las escuelas.

Interpretación doctrinal, legislativa y judicial

Pasemos ahora a ver quién puede dar esa interpretación. El primero, claro está, es el mismo legislador.

El legislador, por medio de normas secundarias, puede interpretar la propia ley, interpretación que recibe el nombre de auténtica.

El segundo es el juez, por medio de sus sentencias, recibiendo el nombre de jurisprudencial.

El tercero es el particular, en un intento de desentrañar el sentido de la ley por medio de la doctrina.

Es necesario hacer notar que la expresión de la norma es aquello que la norma dice en sí misma; es la norma expresada, es decir, lo que el legislador dijo independientemente de lo demás.

Método gramatical

Es el método de los glosadores del Derecho Romano, el cual tiene dos aspectos:

- El paralelismo. Se recurre a textos paralelos para tratar de encontrar el sentido de la frase dudosa.

- Interpretación de tres modos:

  - Constituciones *titulorum*. Partiendo del título se trata de dar claridad a la frase.

  - *Sumulas*. Diminutivo de *suma*, estudio que abarca todos los puntos de una cuestión.

  - *Aparatus*

Sin embargo, el glosador se limita a comentar al jurisconsulto romano, que sigue en su cúspide; la actividad creativa es mínima. Sin embargo, hay que reconocer que a ellos debemos la conservación de la cultura greco-latina.

Método exegético

En el siglo XIX, y para ellos, como decía Montesquieu "Los jueces son las bocas que pronuncian el contenido de la ley".

Por tanto, para ellos no hay más que interpretación legislativa, rechazan tanto la judicial como la doctrinal.

En su método hay un culto fanático al texto de la ley y, consecuentemente, se trata de investigar hasta sus más hondas raíces lo que el legislador quiso decir.

Pasemos a ver los casos que puede presentar una ley:

- Existe una ley clara que da solución al problema.

- Existe una ley no muy clara, dudosa. Según este método, debe hacerse primero una interpretación gramatical absoluta y después una lógica.

- No hay ley. En este caso nos ordena recurrir a leyes analógicas y después a los principios generales del derecho.

Notemos que la última solución no tiene nada que ver con la voluntad del legislador, es más, ellos mismos forman una serie de principios como: "cesando las razones de la ley, cesan sus disposiciones", "lo que se niega de uno se dice de otro", etc., que no son la voluntad del legislador y que, además, en algunas ocasiones a pesar de ser criterios, su uso puede llevar a soluciones falsas.

Muy acertado resulta el método para suplir la deficiencia de la ley por medio de tres argumentos:

- *A contrario sensu*.
- *A pari* (paridad de razón)
- De mayor razón

Pero notemos que sus aportaciones están fuera de su método mismo, por lo que se contradice.

Pasemos ahora al análisis de la equidad dentro del método que nos ocupa.

La equidad como función, como virtud propia del juzgador no existe prácticamente, pues éste lo más que puede hacer es recurrir con cierta seguridad a lo que el legislador dijo o quiso decir. Repite lo que éste dijo. La *epiqueya* también desaparece.

Crítica

Ventajas:

- Es acertada en los casos no previstos (argumentos)
- Toma algunos principios de los glosadores

Desventajas:

- La voluntad del legislador no está presente en muchas de las formas en que la escuela pretende resolver sus problemas
- La ley humana, por ser humana, es incompleta, lo cual parecen desconocer
- Admite interpretaciones distintas a las del legislador
- A pesar de que repudia al juez, le es indispensable

Método de Francois Gény

Tres son sus principios:

- La ley no es la única fuente del derecho (opuesto a los exégetas)
- Tesis de la analogía: "Donde está la razón está el Derecho

- Aceptación de la costumbre como fuente formal de la ley. Para el autor, la costumbre puede ser:

  - Conforme a la ley: *paeter legem*

  - Contraria a la ley: *contra legem*

La segunda puede serlo de dos formas: simplemente contraria, consuetudinaria abrogatoria, o tendiente a dejar sin efecto a la ley: *desuetudo*.

Ahora bien, la labor del juzgador es para Gény análoga a la del legislador, pues se trata de una "libre investigación científica".

Como ejemplo de sus tesis citamos el artículo 1o. del Código Civil suizo, "en todos los casos no previstos por la ley, el juez procederá conforme a costumbre, a falta de estar de acuerdo con las reglas que establecería sí tuviera que actuar como legislador".

Gény iguala la interpretación judicial a la auténtica, lo cual es muy peligroso, pues, ¿qué pasaría con la división de poderes?

Método de la 'Escuela del Derecho Libre'

Más que una escuela propiamente es una tendencia que se manifiesta a través de una serie de obras, en las cuales se encuentran tres bases fundamentales:

- La ley no tiene suficiencia absoluta.

- Considerando lo anterior, el juez debe realizar una actividad personal creadora.

- La actividad del juzgador se acerca y supera a la del legislador. La Escuela se manifiesta a través de 3 etapas.

1. (1840-1900) Con Savigny, Bulow, Erlich, Bekker y Wundt.

En Savigny la función del juez es casi igual que en Gény, pero pide una "relativa independencia", la cual se va acentuando con cada uno de los autores mencionados.

2. (1900-1906) Zitelmann: "El juez tiene un papel creador, no se trata de una mera interpretación".

Kantorwicz: "La interpretación debe estar basada en un derecho libre" (que identifica con un derecho natural rejuvenecido)

En realidad nos recuerda la *epiqueya*

3. (1906 hasta fines de la I Guerra Mundial) Miller: "Los romanistas defienden un esquema frío, y el derecho no es un esquema frío, sino un nivel de textual interpretación".

Es una tesis ideal para un Estado dictatorial.

Método de Radbruch

Se inspira en la tercera etapa de la 'Escuela del Derecho Libre', formulando dos principios elementales:

- La distinción entre el querer subjetivo del legislador y el sentido objetivo de la norma en sí misma

- La interpretación debe hacerse siguiendo las necesidades de la época

La primera de sus afirmaciones nos parece con base, pero la segunda es totalmente aceptable.

Método de Kelsen

"La indeterminación de las normas puede deberse a dos causas: puede ser intencionada o no intencionada. La primera surge cuando un delito está señalado con penas paralelas (a quien cometa X delito se le aplicarán 10 a 15 años de prisión, por ejemplo); la no intencionada es la oscuridad de la ley.

Asimismo afirma que todas las escuelas están equivocadas en sus métodos, y señala que las lagunas de la ley no son sino "la diferencia surgida entre el derecho y un orden tenido por más justo". (El derecho a que se refiere es el positivo). El cual, aunque no lo acepte Kelsen, es el derecho natural —el orden tenido por más justo. Su tercera

afirmación consiste en que rechaza la interpretación; alega que ésta es incapaz de llenar una laguna o esclarecer una duda, pues: "toda interpretación no tiene nada de técnico, obedece a valores políticos, sociológicos, etc., que no interesan al derecho.

CRÍTICA: Esta indeterminación de Kelsen implica dejar sin resolución el problema troncal del derecho, la aplicación del mismo.

Juicio valorativo de los diversos métodos

Al ir tratando los diversos métodos señalamos lo que nos pareció oportuno. Ahora únicamente añadiremos que tanto la 'Escuela del Derecho Libre' como el método kelseniano nos resultan plenamente inaceptables, quedando como posibles el de los glosadores, exégetas y analogía.

Vamos a dar una serie de principios (tres) para tratar de esclarecer el problema:

- Todo lo que aporte una luz para interpretar, debe ser captado.

- Esa aportación debe tener carácter científico.

- Esa aportación debe tener carácter jurídico.

Tema 29

La ley y las resoluciones judiciales

Relación entre la ley y las resoluciones judiciales

La problemática de la técnica jurídica se reduce a la aplicación de la norma al caso concreto, y las resoluciones judiciales tratan de solucionarlo.

La resolución judicial puede ser:

Basada en la ley: *sucundum legem*

- Dictada en ausencia de la ley: *practer legem*
- Contra la ley: *contra legem*

- Reichel elabora una serie de principios para demostrar la relación:

- La misión del juez consiste en aplicar el derecho objetivo al caso particular (propiamente es el problema)

- El fin del derecho es el orden; de ser posible, la ley debe ser representada por el tribunal

- Sería inútil la integración del derecho si éste no fuese respetado, en un principio, por quien debe interpretarlo

- El derecho es unitario, inclusive el juez está sujeto a él

- El respeto a la ley es y por otra parte del juzgador, la mejor garantía de una verdadera libertad

Este último principio nos parece el más importante.

El sentido de la ley y la voluntad del legislador

Sin embargo, el problema es más arduo cuando existe la ley. Cuando la hay, se interpreta, pero cuando no la hay ¿cómo interpretar la voluntad del legislador?

Plenitud del orden jurídico según Zitelmann: solución al problema

Zitelmann nos habla de la plenitud hermética del orden jurídico. "No

hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente"; "no hay lagunas, lo que hay es simple ignorancia".

¿Cómo hacer para romper esa plenitud hermética, que no permite salida?, —sería la pregunta más obvia—. Si el derecho es "un orden absolutamente continuado, continuo, sin suspensión alguna"

Es cierto, el orden jurídico es una plenitud hermética, pero existe también la otra noción: la plenitud hermética. La obra no es superior al autor, por lo que el derecho será hermético, será pleno, pero en cuanto su naturaleza contingente lo permita, pues es fruto del hombre, y como él, contingente.

La plenitud hermética se redondea a través de dos situaciones:

Corrección. Cuando es justo o encierra algo injusto (recordemos la *epiqueya*).

Adición: Cuando el legislador no pudo o no quiso prever.

Si la plenitud hermética fuese absoluta ¿para qué los juzgadores?

Pero el derecho es fruto, y si el hombre es contingente, aquél también lo es.

La corrección y la adición es el único papel del juzgador, no puede crear normas.

Tema 30

Procedimientos de integración

El derecho, como tal, no tiene lagunas; la laguna está en la ley. Y en ocasiones tiene que ser llenada por el juzgador. Es cierto que la laguna tiene que estar limitada por la ley, pero falta algo.

Analogía

Es el primer método de integración que no tiene la fuerza del silogismo lógico, pues se basa en una identidad parcial. Por lo mismo, resulta un arma de dos filos, pues puede ser que sea insuficiente o excedente. La analogía, desde el punto de vista del procedimiento, sería como sigue:

Existe un caso previsto: A B C D. Al darse ese caso, caería en esa norma, pero puede ser que el caso que se dé sea: ABCX, o ABCY, o

cualquier otro que no ha sido previsto. Exite una identidad parcial —en el primer caso: A B C, en el segundo: A B— pero es sólo parcial. La analogía consiste, por tanto, "en atribuir a soluciones particularmente idénticas, las consecuencias jurídicas que señala la norma al caso previsto".

La analogía implica el axioma siguiente:

"No hay aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino formulación analógica de un criterio jurídico nuevo, que inclusive puede ser una norma nueva cuya disposición es idéntica al precepto inicial, pero cuyo supuesto sólo es semejante".

Análisis

1. No hay formulación analógica de un precepto a un caso no previsto. Es obvio; no se trata de aplicar un precepto a un caso no previsto, pues admitirlo significa que es previsto.

2. Hay formulación analógica de un criterio jurídico nuevo. El juzgador no es creador de normas, entonces, ¿cómo explicar esto? Es que no se trata de una norma con el carácter de legislativa, es formulación analógica de una norma.

3. Cuya disposición es idéntica al precepto inicial.

Como que el juzgador no es legislador, a lo que más puede llegar es a eso: identidad con la norma. No se trata de violentar la norma dada por el legislador.

4. Cuyos supuestos sólo son parcialmente idénticos, semejantes. Eran, en el caso visto A B S, o A B, pero existía una variante (X,Y). O sea, más que norma nueva se trata de una incorporación de los supuestos no previstos en la norma existente:

El axioma se podría completar del modo siguiente:

"Si por una parte hablamos de la formulación analógica de una "norma nueva", de carácter analógico por parte del juzgador, creo que es prudente hablar también de una incorporación del caso no previsto a la norma dictada por el legislador. En otros términos, de integración con la norma del legislador".

Sin embargo, la analogía tiene fallas, pues se basa en una identidad parcial y siempre había posibilidad de que no estuvieran bien adaptadas.

Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho se confunden con el derecho natural: el derecho general, universal, natural.

Prueba de ello es que si no aceptamos el derecho natural resulta dificilísimo, prácticamente imposible, definir los principios generales de derecho.

El valor de este segundo criterio es superior al de la analogía, pero desgraciadamente en la práctica se le relegan, a pesar de su rango filosófico y jerarquía.

Equidad: equidad y justicia

Es el tercero de los criterios que muestra que ya está considerada "como el principio general del derecho que tiende a hacer iguales situaciones particulares, en los casos que existen problemas de integración."

Aristóteles señalaba que lo equitativo y lo justo son la misma cosa, pero "siendo ambos conceptos buenos, lo equitativo es mejor".

Relaciones entre equidad y principios generales del derecho

Existe la tendencia a unificar, a identificar estos dos conceptos. Entre los autores que los identifican están Osilia y Maggiore; entre quienes los distinguen, Pacchioni y Rotondi.

Para Pacchioni "La equidad es un complejo de exigencias lógicas y sentimentales".

Para Rotondi "la equidad es un simple llamado al juez probo y honesto". Osilia, por el contrario, considera que "toda ley es la expresión de una idea de equidad".

Maggiore: "La equidad es fuente del derecho, y no es un simple criterio de integración".

No estamos de acuerdo con esa identificación.

I: 1. La equidad es el primer principio del derecho pero no es el único

2. No se puede confundir el todo con la parte

3. La equidad forma parte del derecho natural, pero no es el derecho natural

II: Frente a ella existen otros principios generales del derecho que son intrínsecamente distintos de la equidad (como la paz, la seguridad, el orden, etc.)

III: Si fuera posible la identificación, se nos daría una triple relación, del modo siguiente:

Principios generales del derecho-derecho natural-equidad.

Y ya hemos visto que no se puede confundir el todo con la parte.

La diferencia esencial está en que los principios generales del derecho constituyen la parte abstracta en el ordenamiento jurídico, y la equidad constituye la concreta.

Los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho no son: 1) simplemente todas las máximas o enseñanzas del Derecho Romano; 2) las opiniones de

los tratadistas; 3) tampoco los postulados que están consagrados expresamente en las leyes mexicanas actuales y antiguas, incluyendo las españolas que rigieron en México.

Hay dos corrientes acerca de este tema. Una de ellas concibe a los principios como postulados que, de hecho, han inspirado directa o indirectamente las diversas normas particulares del orden positivo jurídico, de suerte que éstas son las aplicaciones o especificaciones de tales principios, los cuales se consideran como algo implícito, inmanente o interno dentro del derecho positivo. Otra concepción consiste en considerar que los principios generales tienen carácter externo o trascendente: son postulados que deben inspirar a todo derecho positivo.

Casi todos los principios generales coinciden con las normas del derecho natural o se derivan de éstas. Podemos entender que tales principios son, con mucha frecuencia, inmanentes al derecho positivo, y que además siempre son trascendentes. Ejemplos de principios jurídicos generales: nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin que previamente se le den amplias oportunidades de defenderse. Todo el que causa un daño intencionalmente o por imprudencia, debe indemnizar. Quien obtiene lucro mediante su actividad, debe reparar los daños que ocasione y asumir los riesgos inherentes a esa actividad. Nadie puede alegar en su favor su propio dolo.

Los principios generales del derecho no necesariamente se obtienen (como podría pensarse por esa palabra) por generalización. Puede descubrirse por cualquiera de estos métodos:

A) Por inducción, es decir, por generalización. Comparando entre sí diversas normas positivas particulares, se extrae lo que por encima de sus diferencias tienen en común, y así se revela el principio que, directa o indirectamente, ha inspirado a tales normas.

B) Por deducción. Se parte de la naturaleza humana y de las exigencias de la vida común. Se observan las posibilidades, los anhelos, las necesidades del hombre y de la sociedad, y sobre estas bases, con la ayuda de la idea de justicia, se obtienen los postulados que deben inspirar a las normas del derecho positivo.

La equidad. Para Aristóteles, la equidad no es radicalmente distinta de toda forma de justicia; cabe dentro del concepto genérico de lo justo. Sin embargo, la equidad sí es diferente de cierto tipo de justicia: "De lo justo legal", si se entiende por tal la aplicación rigurosa y literal de una ley que, siendo justa en la mayoría de las ocasiones, resultaría, no obstante ello, injusto aplicarla en algún caso que el legislador no previó. La equidad es una rectificación de lo justo legal, o sea que trata de corregir una interpretación literal de la ley cuando la norma, que necesariamente tiene el carácter de una excesiva abstracción y generalidad, no puede aplicarse sin justicia a determinado caso. La equidad toma en cuenta todas las circunstancias peculiares del caso, y tiene también en consideración la buena fe en la celebración y el cumplimiento de los negocios jurídicos.

Aplicación del derecho en el sistema mexicano

En materia penal, "queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una

ley exactamente aplicable al delito de que se trata (14 constitucional). Se enuncian, en este campo, dos máximas: *nullum crimen sine lege*, y *nulla poena sine lege*.

1) No puede estimarse criminalmente ilícita sino aquélla conducta que una norma legal defina o describa como delito. (artículo 7 penal) Sólo puede imponerse una pena que, además de no estár prohibida por la Constitución ni por la ley, se encuentre establecida por esta ley antes de la comisión del delito cometido.

Se prohíbe la aplicación analógica de la norma penal, es decir, la creación por el juez de figuras delictivas o de penas. Algunos penalistas admiten la interpretación extensiva (que es verdadera interpretación, y no es integración, como ya vimos) de la ley penal (Villalobos, pp. 139 a 141, y 132, nota 47). Es delito oficial dictar sentencia que imponga, por analogía o mayoría de razón, alguna pena no decretada en ley exactamente aplicable al caso (18, XXXIX, y 19 VIII, Ley de Responsabilidades).

B) En materia laboral se aplican, en primer término, la Ley Federal del Trabajo, la del Seguro Social, las demás leyes que se refieren a la situación de los trabajadores y sus respectivos reglamentos; en segundo término, los usos y costumbres; en tercer lugar, los principios generales del derecho obrero, en cuanto no contrarían a las anteriores normas; finalmente, los doctrinales y la equidad.

C) En materia fiscal, distinguimos dos clases de normas: a) Las que imponen cargas sobre los particulares; b) Las demás normas. Respecto a las del tipo a), la aplicación debe ser restrictiva, o sea que se

prohíbe la extensión analógica; en lo que toca al tipo b), pueden aplicarse los principios generales del derecho. En materia tributaria se aplican, en primer lugar, el Código Fiscal y las demás leyes fiscales. El derecho "común" (esto es: el Derecho Civil, Mercantil, etc.) sólo se aplica en alguno de estos dos puntos o casos:

- Si una norma fiscal previene expresamente que se recurra al derecho común;

- Si no dándose esa remisión y no existiendo norma expresa en el campo tributario, la aplicación supletoria del derecho común no resulta contra la naturaleza propia del derecho fiscal (artículo 11, 1, Fiscal).

D) ¿Cómo se aplica la ley en materia civil y mercantil y, además, en todos los otros campos, cuando no hay reglas de interpretación especiales, o de contenido contrario?

Recordemos cuáles son los supuestos en que se prohíbe extender la norma, por analogía o por mayoría de razón, a los casos no previstos: a) Tratándose de normas que limitan o restringen las garantías individuales (1 y 15 constitucionales); b) Cuando hay una norma fiscal gravosa para los particulares; c) En los preceptos que establecen o describen delitos o imponen penas (14 constitucional); d) "Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes". (11, Civil). *Exceptio est strictissimae interpretationis*.

La aplicación del derecho debe tomar en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico, procurando que haya armonía y congruencia entre las diversas normas que lo componen, y respetando también la jerarquía de las normas.

La norma oscura, ambigua, incompleta o insuficiente, debe interpretarse con el significado y el alcance que resulten de estos elementos: su propio texto, el texto de las normas que regulan situaciones semejantes o materias análogas, la finalidad de orden jurídico, la de la ley a que pertenece la norma dudosa y la de las leyes que se refieren a situaciones semejantes, procurando que los preceptos dudosos se entiendan en forma tal que su aplicación resulte congruente con el conjunto de las normas más claras y precisas. Si la disposición admite fácilmente varios sentidos, y guardando la armonía a que acaba de aludirse, debe escogerse el sentido que brinde un resultado más justo.

Algunas máximas sobre la interpretación y aplicación del derecho: *Ubi eadem est ratio, eadem esso debet iuris dispositio* "Donde hay la misma razón, debe haber la misma disposición": (base de la analogía).

¡*Qui dicit de uno negat de altero* ("lo que se dice de una cosa se niega de otra, de las demás"; *Inclusio unius est explosio alterius* (la inclusión de un caso significa la exclusión de los demás"). Estas son máximas engañosas que pretenden justificar la regla de la interpretación *a contrario sensu.* Pero en muchas ocasiones *no* es verdad que la disposición que afirma algo sobre un caso necesariamente lo niegue respecto de los

demás. Esto si ocurre en la norma excepcional. *Exeptio est strictissimai interpretationis. Excepto firmat regulam in casibus non exceptis* "la excepción es de interpretación estrictísima", y "confirma la regla en los casos no exceptuados": (11, Civil).

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos ("Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir") Pero aunque no establezca ninguna distinción la norma concreta y específica que pretendemos interpretar, quizás la distinción se desprenda de otras normas con las que la primera está relacionada.

Tema 31

Reglas de interpretación e integración en derecho mexicano

Artículo 14. Dos son principalmente las disposiciones de este artículo que nos interesa:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna...".

El precepto en el Código Civil:

Artículo 11: "Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no está expresamente especificado en las mismas leyes".

Artículo 18: "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

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 ley se resolverá conforme a los principios generales de derecho".

Pero, ¿qué se entiende por interpretación jurídica?

Artículo 20: "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados".

Artículo 21: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubiere incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público".

Artículo 1796: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley; desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las

consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley".

Artículo 2607: "Cuando no hubiere existido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, o a la importancia de los trabajos presentados a la del asunto o caso en que se prestaron, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados".

Artículo 2754: "Las condiciones del contrato de aparcería se regularán por la voluntad de los interesados; pero a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar, salvo las siguientes disposiciones...".

Artículo 1857: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo" (Ver Artículo 1851).

Tema 32

Conflicto de leyes en el tiempo

Retroactividad e irretroactividad

Existe el principio general, universalmente aceptado, de que "a ninguna ley se dará efectos retroactivos, en perjuicio de persona alguna".

Pero puede darse el caso de actos que, efectuados bajo el imperio de la ley anterior, produzcan sus efectos bajo el de la nueva.

El principio es admitido por todos y el problema está en tratar de explicar cuándo es retroactiva la ley.

Teoría de los derechos adquiridos

Esta teoría, defendida por Merlín, nos dice que una ley es retroactiva "cuando destruye o restringe un derecho adquirido por una ley anterior".

Para entenderlo, es necesario separar tres conceptos:

- Derecho adquirido. Cuando ya se operó la plenitud de éste, ya nació, es exigible

- Facultad. Es una zona entre la especulativa y el derecho

- Espectativa. Es la posibilidad

Así la ley será retroactiva al atacar un derecho adquirido, pero no cuando vaya contra una facultad o una expectativa.

Teoría de Baudry-Lacantinerie

Este autor distingue entre la facultad legal y el ejercicio de esa misma facultad. En el primer caso, la ley no será retroactiva al atacar, pero en el segundo, sí.

Teoría de Paul Roubier

Distingue entre el efecto retroactivo de la ley y el efecto inmediato de la misma.

Según este autor, la norma es retroactiva:

- "Cuando se aplica a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior"

- "Cuando se aplica a situaciones jurídicas en curso, por lo que se refiere a los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley"

Agrega que, "en los hechos futuros la ley nunca será retroactiva".

Teoría de Planiol

Este autor es a nuestro juicio el más claro; nos dice: "Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o actos, inclusive anteriores a la ley, sin que la ley pueda ser tachada de retroactiva."

Teoría de Bonnecase

Éste distingue entre situaciones jurídicas abstractas o situaciones jurídicas concretas. Según esto, la ley será retroactiva cuando ataque las situaciones jurídicas concretas.

Artículo 14 constitucional. Nos interesa su primera parte, que dice: "a ninguna ley se dará efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna".

El derecho civil y la retroactividad. En materia de capacidad de las personas, estado o forma de actos jurídicos, no cabe la retroactividad (ver artículos 56 y 57).

El derecho penal y la retroactividad. El artículo 14 constitucional dice "en perjuicio de persona"..." por lo que sí cabe en beneficio.

El derecho procesal civil y la retroactividad. Aquí el problema es más grave, pues se trata de una secuela, un conjunto de actos; para solucionarlos acudiremos a los artículos transitorios del Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 56 y 57 del Código Penal

56. Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie, se promulgara una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en otra ley vigente al cometerse el delito o la substituya con otra menor, se aplicará una nueva ley.

Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se hubiese impuesto una sanción corporal, se dictara una ley que dejando susbsistente la sanción señalada al delito, sólo disminuyere su duración, si el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la sanción impuesta, en la misma proporción en que estén el mínimo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior.

57. Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior le daba, se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se está juzgando, y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir condenas, y cesarán de derecho todos los efectos que ésta y los procesos debieran producir en el futuro.

Artículos transitorios del Código de Procedimientos civiles

1. Este código empezará a regir el día primero de octubre de mil novecientos treinta y dos.

2. La substanciación de los negocios de jurisdicción contenciosa que estén pendientes en primera o única instancia al entrar en vigor esta ley, se sujetará al código anterior, hasta pronunciarse sentencia. La tramitación de la aplicación contra el fallo que se dicte en esos negocios se sujetará a este Código; pero para la procedencia del recurso, por razón del interés, regirán las disposiciones de la ley anterior.

La substanciación de los negocios de jurisdicción voluntaria se acomodará desde luego a las disposiciones de este Código.

3. La tramitación y resolución de las apelaciones pendientes al entrar en vigor este Código, se sujetarán a las prescripciones del artículo anterior.

4. Si para la interposición de un recurso o para el ejercicio de algún otro derecho en la tramitación de los negocios pendientes al expedirse este Código, estuviere corriendo un término y el señalado en él fuere menor que el fijado en la ley, se observará lo dispuesto en esta última.

5. Los interventores, en los concursos que estén pendientes al expedirse esta ley, serán nombrados conforme a ella en la primera junta de acreedores que se efectúe, salvo que el nombramiento deba hacerse por el tribunal, al hacer el de síndico provisional.

6. Los síndicos que estén nombrados en los concursos garantizarán su manejo dentro del plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de la vigencia de esta ley, bajo pena de ser removidos de plano si no lo hacen, y salvo que la mayoría de acreedores dispensen de tal obligación.

7. Los interventores que estén nombrados en los juicios sucesorios y que administren bienes, garantizarán su manejo dentro del plazo de dos meses, contados desde el día siguiente de la vigencia de este Código si no lo hubieren hecho ya, so pena de ser removidos de plano.

8. Los albaceas que estén nombrados al empezar a regir esta ley, cumplirán con lo dispuesto en el artículo dentro del término de dos meses, contados desde el día siguiente al de haber entrado en vigor este Código si están en la posesión de los bienes hereditarios. La infracción de este artículo será causa de remoción, que se decretará de plano, a solicitud de cualquiera de los interesados.

9. Los juicios ordinarios pendientes en el momento de entrar en vigor el presente Código y que se encuentren en primera instancia, deberán terminarse por sentencia en un plazo no mayor de ocho meses; si transcurrido éste plazo no se hubiere citado para sentencia, el juez de oficio o a petición de parte llamará a su presencia a los litigantes y procurará avenirlos. Si no lo lograre, los prevendrá que designen un árbitro de común consentimiento; si no se pusieran de acuerdo, el juez lo designará de entre los abogados cuya lista forme al efecto el Tribunal Superior a elección por mayoría de las tres cuartas partes del Pleno, y cuya remuneración, si las partes no lo convinieron, se hará de acuerdo con la Ley Orgánica de Tribunales.

10. Los juicios no ordinarios, cualquiera que sea su naturaleza, pendientes en el momento de entrar en vigor el presente Código, se concluirán por sentencia a más tardar dentro de cuatro meses, contados desde el día de su vigencia. Si al fenecer ese plazo no estuvieren en estado de citación para sentencia, se seguiría el mismo procedimiento a que se refiere el párrafo anterior.

11. Las apelaciones pendientes al entrar en vigor este Código se terminarán por sentencia en un plazo no mayor de cuatro meses. En caso de que al fenecer este término no estuvieren las partes citadas para sentencia, se procederá por el tribunal conforme al artículo 9o. transitorio. El árbitro fallará la apelación con las formalidades de juicio sumario, prescritas por la presente ley, sin ulterior recurso.

12. Se suprime definitivamente el turno de las salas para la substanciación de la apelación y con tal objeto se adscriben los juzgados primero y segundo de la Civil de México y de primera instancia de Tacubaya, a la Primera Sala del Tribunal Superior; los Juzgados tercero y cuarto de lo Civil de México y Tacuba, a la Segunda Sala, los Juzgados quinto y sexto de México y Villa Obregón y Mixcoac, y a la Tercera Sala; los Juzgados séptimo y octavo y Coyoacán, a la Cuarta Sala, y a la Quinta, los Juzgados noveno, décimo Civiles de México y Xochimilco.

13. Mientras se expida la Ley Orgánica de Tribunales en los Juzgados de lo Civil de México o Foráneos de Primera Instancia y en la Baja California, se modifica la planta de empleados aumentándose en dos subalternos que el mismo juez designará: un ejecutor y un juez pupilar.

14. Sólo los negocios que se puedan someter a juicio de árbitros se sujetarán a lo dispuesto en ellos. Todas las disposiciones marcadas para el juicio arbitral regirán respecto del arbitraje forzoso, del que se habla en los artículos anteriores.

15. El Tribunal Superior en Pleno y por mayoría de votos acordará las disposiciones reglamentarias pertinentes a hacer efectivas las disposiciones de la presente Ley, y expedirá con el carácter de provisional un arancel de depositarios, interventores y peritos.

16. Desde el día de su vigencia quedan abrogadas las leyes anteriores de procedimientos civiles en todo lo que se opongan al presente Código.

Tema 33

Conflicto de leyes en el espacio

Situación del problema. Fiore nos dice que no existen en realidad problemas de aplicación en el espacio, los problemas se reducirían en rigor a la "autoridad extraterritorial de la ley". Sin duda, este problema es mayor que el que acabamos de analizar (conflicto en el tiempo) y está íntimamente relacionado con los conceptos de nacionalidad.

Problema de nacionalidad. La nacionalidad es uno de los conceptos más ligados al tema que nos ocupa, entrando dentro de nuestro estudio, lo mismo que la condición de los extranjeros.

En el Derecho Romano se hacía una distinción entre la nación y el *populus*. La primera era una entidad sociológica formada con fundamento jurídico. El *populus* era una agrupación hecha por el derecho; de ahí surge el ciudadano.

Para Pascuale Mancini la nación es una sociedad de hombres a quienes la unidad de territorio, de origen, de costumbres, de lenguaje, lleva a la comunidad de vida y una conciencia social.

En la Teoría del Estado contemporánea tiene una doble categoría: 1. Objeto de ordenamiento legal, y 2. Sostén del poder. En cuanto a lo primero, lo prueba la misma definición de derecho, y lo segundo, se prueba por la noción de poder: "poder es el grupo humano dividido en dos: el de los gobernantes y el de los gobernados". Ahora bien, el pueblo está formado por los elementos que él desea, por los que él permite que lo integren, ya por nacimiento ya por nacionalización. El problema de la nacionalidad se acentúa si pensamos que para los diferentes Estados son nacionales los nacidos en él, y los nacidos en el extranjero de padres nacionales.

Leyes de nacionalidad en México. Trataremos de hacer un análisis de las leyes de nacionalidad de nuestro país, para ver cómo ha evolucionado este concepto.

Los documentos que estudiaremos son: Proclama inicial de don Miguel Hidalgo; Congreso de Apatzingán; Plan de Iguala; Tratados de Córdoba y Ley de Nacionalidad de 1886.

Antes de entrar de lleno al análisis de los documentos, haremos algunas observaciones. Hay que tener en cuenta, al hablar de la integración de la nacionalidad, los grupos étnicos, señalar las características de cada uno para darnos cuenta de la dificultad que representa

la fusión de ambas razas (nos referimos a las que forman la nación mexicana).

Las razas indígenas carecían de unidad, únicamente en la región había algo de ellas; en el sur son otras las razas y en el norte son varias y raquíticas.

A la conquista llega el misionero con un afán de evangelización, de unión, de occidentalización. Y la síntesis de ambas razas van a formar la base de la nacionalidad mexicana.

Don Francisco de Victoria, en su Relación I, Proposición IV, relativa a los indios, se plantea antes que nadie el problema de la nacionalización, y trata de resolverlo diciendo:

"Si a algún español le nacen hijos aquí, no parece que se pueda impedir el habitar en la ciudad o el gozar del acomodo y los derechos de los restantes ciudadanos".

En lo que va implícito que los hijos de los españoles pueden ser considerados como residentes de la Colonia. La Metrópoli, por su parte, trata de adicionar a su cultura al indígena, lo cual logra al menos parcialmente; la prueba está en que la independencia la hacen los criollos, los mestizos y los españoles.

Pasemos, ahora sí, a la Proclama inicial de don Miguel Hidalgo y Costilla, dada el 16 de diciembre de 1810 en Guadalajara. En ella

encontramos una idea que nos interesa: se habla de una "nación americana" y se supriman los impuestos de castas. ¿A qué se refería al hablar de esa nación americana?, ¿era una simple frase literaria? El sabía que no existía. La América era una serie de independencias, pero la frase revela una posibilidad deseada: La unión de toda América Hispánica. Al mismo tiempo se pretende unificar la nacionalidad aboliendo los impuestos de castas.

En la Constitución de Apatzingán encontramos calcada la misma idea de la circular de Hidalgo: Capítulo III "Serán ciudadanos de América todos los nacidos en ella".

En las bases del Plan de Iguala se dice: "XII.- Serán ciudadanos de América todos los nacidos y todos los habitantes de ella".

En los Tratados de Córdoba se sigue pensando en esa unidad.

En la legislación constitucional posterior encontramos una desorientación absoluta en materia de nacionalidad. En 1836 y 1842 se da la nacionalidad no sólo a los nacidos, sino también a los hijos de los nacionales. Lo mismo se repite en las Bases de 1843 y en el Estatuto de 15 de mayo de 1856. En 1886 don Ignacio L Vallarta promulga una ley de nacionalidad que se aprovecha de doctrinas francesas, provocando dos situaciones: 1. Sigue el estatuto real; 2. Olvida las verdaderas bases con las que se había integrado nuestra nacionalidad. Las leyes posteriores tratan de remediar ese error, pero no lo logran totalmente; ya no se puede volver a lo tradicional.

Relación del problema con el derecho internacional. El primer problema está en que no se ha podido integrar un derecho internacional uniforme. Algunos autores rusos inclusive niegan su validez. El segundo, que pueden existir tantos sistemas posibles de solución a los problemas de conflictos de leyes en el espacio, según cuantos ordenamientos jurídicos pueda haber. El tercero, que los jueces de cada Estado deben sujetarse a las normas del suyo. El cuarto, que cuando la legislación de un país en que se plantea el problema presenta disposiciones que permiten resolverlo, el juez nacional obligatoriamente deberá aplicarlas. El quinto y último, que si la ley tiene una laguna, ésta debe ser llenada según la técnica de integración que ya analizamos.

Doctrina de los estatutos. La palabra estatuto significa aquí lo mismo que ley. Las tres soluciones que pueden darse al problema que nos ocupa son: 1. La extraterritorialidad absoluta. 2. La territorialidad absoluta. 3. La territorialidad y extraterritorialidad combinadas.

Esta escuela es una derivación de la de los glosadores, que tienen su más conocido exponente en Bartolo, que da tres posibilidades de solución: toda ley versa sobre personas, cosas o actos.

Tratan de definir la territorialidad o extraterritorialidad según se refiere la ley a personas, bienes o actos.

Las leyes *circa res* (sobre bienes) deben ser territoriales en virtud del *imperium* estatal; las *circa* personas extraterritoriales, porque tienden a seguir a la persona. Es decir, el estatuto puede ser real o

personal, según el caso; en cuanto a los *circa actus*, se elabora el principio "*locus regit actum*".

Escuela francesa. Tiene sus representantes en Bertrand D'Argentré. Rompre la teoría clásica al establecer que todos los estatutos son reales (por lo que la territorialidad es la norma y la extraterritorialidad la excepción).

Es una teoría demasiado elástica, vaga, aunque podemos decir que es cierto que fuera del Estado y capacidad de las personas todos los demás son reales.

Doctrina de la cortesia internacional. Fue pregonada por juristas holandeses, entre ellos: Pablo Voet, Juan Voet, Ulrich y Huder.

Es muy ingenua. Pretendían que en algunos casos la ley se aplicase en otro país, por cortesía, quedando éste obligado a hacer lo propio. Pero no se da un criterio para ver en qué forma debe hacerse esa cortesía.

Doctrina de Pillet. Su teoría en algo recuerda a los glosadores. Parte de la innegable realidad de la existencia de un derecho interno y otro internacional, diciendo que las características del interno son la generalidad, que corresponde a la territorialidad, y la permanencia corresponde a la extraterritorialidad.

Ahora bien, el criterio que nos va a decir cuál de las dos características debe ceder es el objeto social de la norma. Una norma, cuando

tiene un objeto social predicable de un grupo, es general, pero sobre ella está la permanencia, que va más allá de la frontera del Estado.

Doctrina de Niboyet. Su teoría se ha llamado "de las formas extrínsecas". El acto jurídico consta de dos formas: 1. Las condiciones de forma intrínseca, o esencial. 2. Las condiciones de formas extrínsecas. En síntesis, viene a ser una aplicación moderna del viejo locus regit actum.

El problema en el Código Civil. Nuestro Código sigue la teoría de Niboyet, que veremos en los artículos 12 a 15.

> 12. Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al Estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes.
>
> 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código.
>
> 14. Los bienes inmuebles sitos en el Distrito o Territorios Federales, y los bienes muebles que en ellos se encuentran, se regirán por las disposiciones de éste Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.
>
> 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los Territorios Federales quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones.

El problema en el código penal

Predomina la extraterritorialidad; artículo 1 al 5.

1. Este Código se aplicará en el Distrito y Territorios Federales, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los Tribunales Federales.

2. Se aplicará asimismo

I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República, y

II. Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron.

3. Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes.

4. Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra otro mexicano o contra extranjero, o por un extranjero contra mexicano, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

I. Que el acusado se encuentre en la República.

II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquió, y

III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

5. Se considerarán como ejecutados en territorio de la República: I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenece el puerto; III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad; IV. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en la atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para los buques las fracciones anteriores, y V. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.

La solución final del problema está aún en blanco, sólo diremos que deben seguirse las indicaciones señaladas a la integración e interpretación.

Tema 34

Definición final del derecho

Notas de una posible definición:

- Debe encerrar el concepto clásico, admitido por Aristóteles, Cicerón, etcétera, de ser un fenómeno eminentemente humano, punto en que convergen todos los autores, incluso Marx y Kelsen.

- El derecho es un ordenamiento de la razón, también universalmente aceptado (y consagrado por Kant y Kelsen).

- El derecho presupone la libertad, punto que todos aceptan, aunque algunos —como los marxistas—, con matices especiales.

- El derecho es una forma de vida social, evidente, pues para que nazca requiere por lo menos de dos personas.

- Tiene como fin la justicia.

- El derecho y la moral son esencialmente diferentes (Ver tema VI)

- El derecho debe ser promulgado por un legislador autorizado, como ya habíamos visto (tema V)

- El derecho debe estar condicionado por la realidad, punto en que falla la gran lógica kelseniana, ocasionando una caída pavorosa.

- El derecho debe realizarse en la Historia, así como antes veíamos el pasado, ahora miramos hacia el futuro: previendo.

Definición final: análisis: Nuestra definición queda así:

"Derecho es un sistema de normas sociales, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas para los problemas surgidos de la realidad histórica".

1) Es sistema de normas

Sintetizar equivale a ordenar, o sea, en tanto es sistema, en tanto que es un ordenamiento racional de normas. La razón debe estar perfectamente presente.

2) Normas sociales de conducta

Aquí está la esencialidad de la libertad: puede ser violada o cumplida.

El ser social implica:

- La norma jurídica es bilateral
- Brota del medio social
- Están encaminadas al bien común

Es social el derecho porque busca el bien común.

Declarada obligatoria por la autoridad: ello implica la técnica de formación, los problemas de legalidad y legitimidad.

Por considerarlas justas: problema de legalidad y legitimidad.

Para resolver problemas: aquí está la razón de nuestro tema.

El derecho se debe realizar en la historia del ser viviente; no puede ignorar una realidad que debe de regir: es la crítica final a Kelsen.

Si compaginamos las dos definiciones (la del tema V y ésta), veremos que esencialmente son iguales, lo único que hemos hecho es añadir elementos que entonces no conocíamos.

Esta obra se terminó de imprimir y encuader-nar en diciembre de 2013 en los talleres de XXXXXX XX, S.A. de C.V., calle 6 núm. 208-C, Colonia Agrícola Pantitlán, Delegación Iztacalco, C.P. 08100, México, D.F. Se utilizaron tipos English 111 Vivace Bt de 68.2 puntos y Goudy Old Style de 14, 13, 12, 10, 9 y 8 puntos. La edición consta de 2,000 ejem pla res impresos en papel bond de 75 grs.

La digitalización de esta obra estuvo a cargo del Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes.