



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN
NICOLÁS DE HIDALGO**

**Facultad de Filosofía “Dr. Samuel
Ramos Magaña”**



**Ensayo Histórico-Antológico.
EL DERECHO Y SU FILOSOFÍA EN
MÉXICO Y EL MUNDO**

**Informe académico de apoyo
didáctico, que para obtener el título
de Licenciado en Filosofía presenta:**

Edilberto Esquivel Ramírez

Asesor:

**Licenciado en Filosofía Mario Alberto Cortez
Rodríguez**

Morelia, Michoacán, junio de 2014.

AGRADECIMIENTOS:

A mi esposa Gloria, que por casi 30 años ha compartido su vida con quien esto escribe, de manera solidaria e incondicional.

A mis hijas Marcela y Beatriz, que representan mi vida, mis proyectos y mi razón de ser.

A la memoria de mis padres Odón Nicolás y Ernestina, que me dieron más de lo que pudieron y me procuraron una formación de la que he podido vivir con modestia y dignidad.

**EL DERECHO Y SU FILOSOFÍA EN MÉXICO Y EL
MUNDO: Ensayo Histórico-Antológico.**

INDICE: PAGES.

INTRODUCCIÓN.....6

CAPITULOS:

I. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SUS CAMPOS DE ESTUDIO.

1.1 ¿Existe una ciencia del Derecho?13

2. La Ontología Jurídica y La Axiología. El Ser y el Deber Ser.....19

3. Los órdenes normativos y el Derecho.22

4.- La positividad y la vigencia de las normas del Derecho.
Los principios generales del derecho y la equidad.30

5. Los derechos subjetivos y el deber jurídico.35

6.- Los valores jurídicos fundamentales; los valores jurídicos
consecutivos y los valores jurídicos instrumentales.38

7.- El problema del Derecho natural y del Derecho positivo.44

8.- Comentarios.47

II. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA.

1.- El Antiguo Testamento y el Derecho como idea divina.....52

2. La concepción del Derecho en la Grecia clásica. De Sócrates a Aristóteles.	55
3. El derecho bajo el imperio de los romanos: Cicerón.....	65
4. La Filosofía del Derecho en la Edad Media: La patrística y la escolástica. San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino.....	67
5. La expresión del Derecho al final de medioevo y al inicio de la época capitalista: Nicolás Maquiavelo, Francisco de Vitoria y Fernando Vázquez de Menchaca.	75
6. La ética del protestantismo. El Derecho Natural idealista versus Derecho Natural materialista. Bodino y Hobbes.	81
7. La consolidación de la concepción filosófica liberal individualista y burgués del Derecho en Inglaterra y en Francia: John Locke, J.J Rousseau y Montesquieu.	87
8. El Estado y su expresión filosófica en Alemania: Inmanuel Kant y Guillermo Federico Hegel.....	92
9. El materialismo histórico y su expresión en el Derecho: Carlos Marx y Federico Engels.	97
10. El positivismo jurídico y la teoría pura del Derecho: Hans Kelsen.....	102
11. Tendencias modernas de la Filosofía Jurídica: derechos culturales, derechos humanos y constitucionalismo.....	106
12. Comentarios.	112
III. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.	
1. La influencia del Derecho de Justiniano y del Derecho Canónico en el pueblo Español.....	118

2. El derecho indiano en la Nueva España y la influencia del bien común greco-romano y medieval. El derecho comunitario territorial de los indígenas.....	121
3. La concepción liberal versus derecho comunitario. Conservadores y Liberales.	126
4. La ideología liberal en las constituciones políticas del México Independiente.	130
5. Liberalismo, positivismo y presidencialismo en México.....	138
6. Derechos sociales versus derechos individuales en la Constitución de 1917. El presidencialismo posrevolucionario.	143
7. Comentarios.	151
IV. CONCLUSIÓN GENERAL: Los avatares de la equidad y de la lusfilosofía en el México actual.	154
V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS.	169

INTRODUCCIÓN.

En primer lugar, quiero mencionar que una de las motivaciones que me ha impulsado para escribir este modesto trabajo, tiene como referente, desde luego, mi formación profesional y curricular, que incluye la licenciatura en Filosofía que igualmente cursé en nuestra Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en la entonces Escuela de Filosofía -ahora Facultad de Filosofía "*Doctor Samuel Ramos*". Sin embargo, la causa fundamental que me impulsa tiene que ver con la modesta experiencia que sobre la cátedra de la materia de *Filosofía del Derecho*, he tenido la oportunidad de impartir por un espacio de tiempo de casi siete años en la carrera de licenciados en Derecho; primeramente en la Universidad *Santa Fe*, de la ciudad de Guanajuato, Guanajuato, y en los últimos años en mi Universidad Michoacana, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

De manera tal que el presente trabajo refleja, en gran medida, esa experiencia didáctica que he debido reforzar igualmente con una constante apropiación de información bibliográfica, con trabajos de investigación, conferencias, seminarios, diplomados e incluso y, sobre todo, con la formación empírica que a la vez he adquirido como producto de la actividad que he desplegado como docente en la materia y, a la vez, como servidor público en un tribunal agrario desde hace ya más de veinticinco años.

En efecto, esta actividad profesional jurisdiccional, me ha servido para estudiar uno de los campos del Derecho que tiene un significado especial desde varios puntos de vista a saber: el histórico, el legislativo, el doctrinario y el jurisprudencial; lo cual desde luego me ha ayudado a comprender mejor lo que es quizá uno de los problemas más sensibles que ha enfrentado la historia de México y que, en tal sentido, ha transformado y generado, a la vez, conceptos fundamentales de la filosofía jurídica.

Esa rama del Derecho, que no es otra que el Derecho Agrario, como lo he señalado, me ha marcado una influencia particular sobre lo que entiendo y debo entender por la asignatura que conocemos como *Filosofía del Derecho*; habida cuenta que aquel no solo representa un conjunto de normas de derecho positivo que, junto con el Derecho Laboral y

la seguridad social, constituyen el llamado *Derecho Social*; sino que, sobre todo, con el se tuvo la *osadía* de romper con la división clásica y legendaria de las normas jurídicas, que agrupadas en aquellas dos grandes vertientes concebidas en el mundo occidental como *Derecho Público* y *Derecho Privado*, hubo de transformarse para dar origen a aquel Derecho de corte social, cuya misión esencial va orientada a tutelar los derechos y las garantías de los grupos humanos de la sociedad que históricamente han resentido los efectos de la marginación y la desproporción de la vida.

Por eso digo que mi desempeño como servidor público en los tribunales agrarios, al igual que la docencia sobre la materia que ahora se expone, han sido la *causa* fundamental para la elaboración de este ensayo antológico; pues han formado y consolidado una parte fundamental de mi conciencia social, con el objeto de entender igualmente uno de los temas torales de la justicia, que es aquel que tiene que ver con la *equidad*, que ya desde tiempos de Aristóteles se entendía como *el equilibrio* de los seres humanos frente a la ley, con el fin de hacerla más humana y, sobre todo, con la misión de igualar ante el Derecho a quienes son desiguales en la sociedad, y en el caso del Derecho Agrario, que se ventila ante los tribunales agrarios, en lo adjetivo y en lo sustancial, se impone la obligación y el derecho de procurar esa *igualdad*, ante la desigualdad social y económica en que la sociedad y la historia han colocado a un sector de los hombres y mujeres del campo.

De manera tal que, con base en estas explicaciones, es evidente advertir cuál es la orientación y el sentido preponderante que contiene el presente trabajo; y, efectivamente, en él se privilegian las argumentaciones teóricas que tienen que ver con el entorno social, cultural e histórico que origina la creación de las normas de Derecho, su aplicación e incluso su interpretación doctrinaria y jurisprudencial por los juristas y filósofos; tratando siempre de rescatar y quizá por ello de *contrastar* las tendencias del Derecho que se han inclinado, por un lado, hacia la concepción individualista, y por el otro, hacia la teoría de las garantías sociales, que bajo las civilizaciones griega y romana y, en la edad media, se le denominó *bien común*.

Con relación al término del *bien común*, considero que vale la pena hacer la aclaración en el sentido de que, si bien a lo largo de este trabajo se hará continua

referencia a su significado histórico y filosófico, pero siempre será como referente académico indispensable para entender los fundamentos de lo que actualmente se conoce como *Derecho Social*, en contraposición con el *Derecho individual*; sin que esa referencia tenga que ver, en lo absoluto, con alguna concepción y/o posición ideológica a favor de alguna fuerza política; es decir, la utilización del término será de corte didáctico esencialmente.

Pero volviendo al aspecto epistemológico de la presente obra, debo decir igualmente, que con ella pretendo, a la vez, una modesta contribución a la asignatura de la materia de *Filosofía del Derecho*; considerando, para tal efecto, incluir algunos contenidos que se han venido contemplando como trascendentes tanto para el objetivo fundamental de la materia como para la formación integral del futuro abogado. Estos aspectos se exponen, con significado especial, en el tercer capítulo, por cuanto se refiere a los fundamentos históricos y filosóficos del sistema jurídico nacional. De tal suerte que dicho apartado contempla, por decirlo así, una asimilación de los temas que se abordan en los dos primeros capítulos, relativos a los conceptos en torno a la *Filosofía del Derecho* y a la concepción histórica de esos conceptos en el devenir de los tiempos.

Sin embargo, esa *asimilación*, por llamarla de alguna manera, no solo se reproduce de manera descriptiva y referencial, como corresponde solamente a los trabajos de toda antología; sino que, por el contrario, se desenvuelve de una forma crítica, comparativa y, sobre todo, analítica, con la finalidad de que el lector y, sobre todo el alumno, esté en condiciones de elaborar a la vez un análisis constructivo del pensamiento iusfilosófico que ha estado presente en nuestro suelo desde tiempos pre-coloniales y que, con la influencia del pensamiento jurídico occidental ha orientado una forma de concebir las relaciones jurídicas entre los mexicanos, conjugando el interés colectivo o social con el privado; es decir, acotando los derechos del liberalismo individual, para contemplar también, como garantías fundamentales en el propio texto constitucional, los derechos sociales que, como corriente progresista del Derecho, ha tenido sus orígenes terrenales y conceptuales en nuestro país.

Debido a lo anterior, se considera de suma importancia para la materia de *Filosofía del Derecho*, el capítulo de los fundamentos históricos y filosóficos del régimen jurídico

nacional; pues por lo demás, una concepción de la *Filosofía del Derecho* aislada de nuestra realidad histórica, no solo resulta inacabada sino, además, tediosa y carente de motivación para el propio lector y no se diga para el educando, el cual, por lo general se formula preguntas tales como: *¿para qué me va servir en mi vida profesional una Filosofía del Derecho?* y más aún, *¿para qué una Filosofía del Derecho en la carrera de licenciados en Derecho?*. El presente ensayo pretende, sobre todo, dar repuesta a estas interrogantes.

De tal suerte que el **objetivo general** lo constituye pues el interés de que el lector y/o los alumnos que están por egresar de la carrera de licenciados en Derecho, cuenten con un panorama general de los aspectos éticos, humanos y acaso epistemológicos, incluso y sobre todo de los históricos, en su acepción más amplia, que determinan la creación, el surgimiento, la aplicación y la interpretación de un sistema jurídico en una época determinada. En otras palabras, se espera que entendamos de qué manera y en qué medida las circunstancias sociales, culturales, ideológicas, religiosas y económicas, motivan al legislador en su labor de creación de las normas jurídicas, así como los parámetros epistemológicos, éticos y deontológicos que contiene la aplicación de la norma individualizada (sentencias) y las propias interpretaciones de ésta (la jurisprudencia y la doctrina), por parte de los órganos judiciales y ejecutivos, al igual que el de los tratadistas del derecho o juristas, en su explicación.

Desde luego que el tema de la materia misma es de una amplitud bibliográfica considerable; sin embargo, el fin de la presente obra, como misión didáctica esencial, es el de seleccionar y referir lo que se considera de trascendencia mayúscula de los diferentes tratados y obras sobre el particular y, al mismo tiempo, aportar interpretaciones y análisis críticos con el objeto de lograr una mejor comprensión del tema. Lo anterior, desde luego, destacando los aspectos medulares de los contenidos relacionados con nuestra asignatura y, puntualizando, en su desarrollo y, sobre todo, en el cuarto de los capítulos, consideraciones y opiniones de tipo personal, las cuales no pueden ni deben ser dejadas a un lado, tanto por razones de rigor metodológico como por principios de carácter ético y profesional.

No podrá disociarse asimismo del presente estudio, el análisis obligado de los conceptos fundamentales de la justicia, como lo son la equidad, la igualdad y el bien

común —éste último al cual ya se hizo referencia con anterioridad—, que la mayoría de las civilizaciones, dentro de las cuales la nuestra no es la excepción, han pretendido alcanzar en el devenir de la historia, en sus diferentes actos normativos y en sus formas de gobierno; pero este análisis tendrá que ver, de manera preponderante, no con las definiciones aisladas, sino con los aspectos históricos en los cuales se producen y se aplican; pues sobre el particular, vale la pena advertir que las meras definiciones académicas y etimológicas sobre estos temas, no tendrían el contenido ni el alcance epistemológico que se pretende en este ensayo.

En resumen, esta obra, desde el punto de vista de su contenido, se compone de la presente introducción y de cuatro capítulos, así como un apéndice que hace alusión a la bibliografía y demás fuentes utilizada en su elaboración, las que se han tomado en cuenta para las citas bibliográficas que contiene.

En el primer capítulo, se abordan los aspectos relativos a los conceptos generales de lo que significan y de lo que, en consecuencia, entendemos por filosofía y por derecho, así como la relación de estas disciplinas con el conocimiento científico propiamente dicho; esto es, se verá si la filosofía y el derecho forman parte o no del conocimiento científico desde el punto de vista estricto y, en particular, si es que existe una ciencia del Derecho. En segundo lugar, se efectuará el análisis de lo que es y de lo que, por tanto significa la *Filosofía del Derecho*; por ello, se tratará también de dar respuesta a la siguiente pregunta: *¿qué utilidad práctica le deriva a un régimen jurídico determinado la Filosofía del Derecho?*

En esta primera unidad, se privilegia igualmente el análisis y reflexión de los principales conceptos que se generan a partir del estudio mismo de la *Filosofía del Derecho*, por cuanto ve a la relación del Derecho con otros órdenes normativos, así como aquellos que derivan directamente del estudio de esa rama de la filosofía.

En el segundo capítulo se abordará un panorama histórico de la idea del derecho y de la justicia en general en el devenir de la humanidad, comenzando desde la época del antiguo testamento, hasta prácticamente nuestros tiempos. Para lograrlo, se efectuará no solamente el análisis de las corrientes de la *Filosofía del Derecho*, a partir de sus principales exponentes; sino que, además, será de vital importancia ubicar ese análisis a partir de las circunstancias históricas propiamente dichas, las cuales han hecho posible

que se haya generado una determinada explicación de lo que fue y significó la concepción y la interpretación del derecho en una época concreta. De suerte tal que, al hablar de ubicación histórica, desde luego que nos debemos remitir al conjunto de circunstancias económicas, sociales, culturales y aún religiosas que son determinantes en la producción científica y filosófica de una era social; por tanto, será a partir de esta perspectiva con la que se abordará el estudio del panorama histórico a que hacemos referencia.

Es importante aclarar, que las referencias históricas que se señalan en este capítulo, desde luego que no son las únicas que citan las fuentes y la mayoría de los tratadistas. No obstante se consideran las más importantes para nuestra finalidad y con el objeto, además, de no engrosar innecesariamente el tema en perjuicio de otros directamente relevantes para el objetivo propuesto.

En lo tocante al tercer capítulo, se considera, tal como ya lo dijimos, de una importancia singular; tanto por lo que se refiere a la influencia que todas aquellas corrientes históricas de la iusfilosofía marcaron en la formación del sistema jurídico mexicano, cuanto porque en nuestro país, para aliento propio, tal como igualmente lo señalamos renglones antes, se sentaron las bases del surgimiento y de la definición posterior de una de las corrientes filosófico-jurídica que revolucionaría la concepción clásica del derecho, me refiero desde luego al *Derecho Social*, que incluyó las garantías jurídicas fundamentales y procesales en la protección de los intereses y de los derechos de los indígenas, de los campesinos y los obreros.

Como se puede ver, este tercer capítulo, representa en sí, sobre todo para quienes nos estamos formando como abogados en nuestro país, un campo de estudio definitivamente trascendental; habida cuenta que nos dará la oportunidad de entender para qué nos puede servir prácticamente una Filosofía del Derecho en nuestro suelo y, al mismo tiempo, nos servirá como herramienta para interpretar de qué manera algunas corrientes de ese pensamiento universal han influido en la configuración de tendencias particulares que han caracterizado al Estado mexicano, como es el caso singular del presidencialismo. Al lado de estas premisas, en el capítulo de las conclusiones generales, serán abordados los aspectos de los derechos humanos, de los que corresponden o les deben corresponder a los grupos sociales más desprotegidos, como los relativos a los de los campesinos, a los

de los pueblos indios y a los de las diferentes minorías, que en la actualidad representan, no solo para nuestro suelo, sino para el mundo entero, un avance significativo y progresista con relación a los temas de la justicia y de los derechos universales, a pesar de la presencia avasalladora del neoliberalismo que tiende a proscribirlos en aras del *progreso*, pretendiendo *regresar* a la preeminencia de los derechos individualistas.

En el último capítulo que, como se ha dicho, corresponde a las conclusiones generales del presente trabajo, se abordarán, desde luego, comentarios personales de quien esto escribe, con relación a los temas tratados; pretendiendo, por un lado, resaltar lo que se ha considerado de mayor trascendencia filosófica y, desde luego didáctica y, por el otro, *consolidar* la idea que se ha ubicado como objetivo general; esto es, el estudio y reflexión de la *Filosofía del Derecho* desde la perspectiva de su contexto histórico y social.

Es importante destacar finalmente, que el presente trabajo, si bien fue concluido y registrado inicialmente en el año 2009, a la fecha hubo necesidad de formular algunas consideraciones de actualidad, como por ejemplo, las recientes reformas en derechos humanos y en materia de amparo, estas últimas que datan del mes de junio del presente año de 2011.

El autor:

Edilberto Esquivel Ramírez

CAPÍTULO I. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SUS CAMPOS DE ESTUDIO.

1.1 ¿Existe una ciencia del Derecho?

Sobre el tema que ahora ocupa nuestra atención, con el fin de ubicar epistemológicamente a la Filosofía del Derecho, resulta conveniente, en primer lugar, tratar de encontrar un concepto de lo que es la filosofía; y sobre el particular, aunque resulte demasiado simple la siguiente referencia, es imprescindible recordar el origen etimológico de la palabra que, según la obra *Curso de Filosofía*, publicado en la página de internet www.mailxmail.com, proviene de los vocablos griegos *Phileo*, que significa amor, y *Sophia*, que quiere decir sabiduría. Luego entonces, tenemos así que la filosofía significa aquella disciplina que tiene preferencia por el conocimiento.

En ese orden de ideas, varios tratadistas, entre ellos Raúl Gutiérrez Sáenz, en su obra *Historia de la Doctrinas Filosóficas*, nos comenta que la filosofía se encarga del estudio de *las causas últimas y supremas de todas las cosas*, tanto materiales como espirituales. En otra dirección teórica e ideológica, la Academia de Ciencias de la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en el texto intitulado *Fundamentos de Filosofía marxista-leninista*, nos dice que la filosofía constituye *un sistema de opiniones teóricas generalizadas acerca del universo, la naturaleza, la sociedad y el individuo*; concepto éste último con el que prácticamente coincide el filósofo argentino Mario Bunge, en su obra *La Ciencia, su Método y su Filosofía*.

Es de señalar que los conceptos o definiciones antes vertidos, son expuestos por pensadores de ideologías opuestas entre sí; pues al primero se le ubica como idealista, los segundos se declaran desde luego abiertamente materialistas, mientras que el último asume una posición positivista. Por tanto, lo que podemos obtener, a manera de conclusión, en lo tocante al concepto de *Filosofía*, de conformidad con los tratados que se señalan, es que éstos coinciden en un aspecto fundamental a saber: El que la filosofía es *una disciplina eminentemente teórica, que pretende dar fe del conocimiento humano en*

toda su acepción, tanto del lógico-epistemológico como del ético-jurídico, así como del estético e incluso del metafísico.

En otras palabras y desde el punto de vista personal, *entiendo que la filosofía constituye en si la conciencia que una formación social determinada tiene de si misma*; sin embargo, se trata obviamente de una conciencia crítica y propositiva, con el fin de aportar conceptos novedosos que conlleven formas de convivencia social éticamente más justas, racionales y comunitarias.

No obstante lo anterior, conviene dejar en claro si es que la filosofía, como se ha afirmado comúnmente, es la madre de todas las ciencias, con el fin de arribar con posterioridad a lo que es y lo que significa el concepto de Filosofía del Derecho y delimitar así precisamente su campo conceptual. En el caso en particular, retomando el concepto que anotamos con antelación sobre la definición de filosofía, bien podemos afirmar que aquello no es estrictamente así; puesto que, si consideramos a esta disciplina como un conjunto de opiniones teóricas que pretenden *dar fe del conocimiento humano* o más aún, que es *la conciencia que una formación social tiene de si misma*, no podremos pretender que la filosofía sea pues la madre de las ciencias, ni siquiera puede ser conceptuada como ciencia en el sentido estricto o epistemológico de la palabra.

Es decir, la filosofía no puede ser considerada rigurosamente como ciencia y menos aún *la madre de las ciencias*; porque si bien es cierto que se ocupa de un estudio riguroso y sistemático del pensamiento del ser humano, en cuanto *ente social*; no lo es menos que la mayoría de sus conclusiones son precisamente teóricas, las cuales, por lo general, no requieren de su acreditación por métodos meramente científicos como la experimentación, la comprobación de las hipótesis, el trabajo y la investigación de campo, entre otros exigidos por la epistemología, como acontece con el conocimiento meramente científico. Además, la ciencia, según aquella obra de Mario Bunge, parte de premisas particulares previamente comprobadas, para arribar a conocimientos objetivos, contrastables y generales. Así, en la ciencia matemática, dos más dos es y ha sido cuatro. En física, es una ley comprobada objetivamente, que todos los cuerpos caen hacia el centro de la tierra a cierta velocidad (la ley de la gravitación); mientras que para la filosofía, lo que para unos es verdad objetiva, para otros no lo es y lo que fue verdad ayer hoy no lo es más. Por

ejemplo, las posiciones entre idealistas y materialistas sobre el origen del mundo y el universo y la posición derivada del origen del conocimiento humano, constituyen posiciones irreconciliables; puesto que mientras los primeros sostienen que proviene del espíritu, de la conciencia, del concepto o de Dios, en forma apriorística; los segundos dicen que es la expresión del mundo sensible que se refleja en el cerebro humano.

Así las cosas, bien podemos decir por tanto, que la filosofía no es ni puede constituir un conocimiento científico en el sentido riguroso de la palabra, ni mucho menos la madre de todas las ciencias, sino que, con relación a éste criterio, lo que se podría rescatar es el hecho indiscutible, de que la filosofía es la disciplina que le da coherencia teórica a los conocimientos científicos y aún a los no científicos, como auxiliar indispensable en su argumentación, en la estructuración lógica de las hipótesis, en su teleología, en sus definiciones y conceptos.

En ese sentido, permítaseme conjeturar, que más bien debería considerarse a la historia como la madre de las ciencias, puesto que todo conocimiento humano, ya sea científico o no, surge y se consolida en una época histórica determinada. Esto es, la producción científica y la filosófica encuentran su origen y sustento en el conjunto de circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales en que se expresan por el hombre; pues por ejemplo, ni Galileo ni Nicolás Copérnico hubiesen podido desarrollar sus teorías científicas del heliocentrismo, sin que previamente en el viejo continente se hubiesen generado una serie de acontecimientos novedosos, tales como la navegación intensiva, los descubrimientos geográficos y el avance consecuente en los conocimientos matemáticos, químicos, geográficos, físicos y astronómicos.

En lo concerniente al Derecho, es conveniente precisar, que en cuanto se ocupa del estudio de la producción, aplicación e interpretación de normas legales, que son declaradas obligatorias y generales en un determinado contexto histórico y social, bien pudiéramos afirmar que encuentra cobijo dentro de la gama de las *ciencias sociales*; sin que esto signifique, sin embargo, que se pueda llegar a sostener tajantemente que el Derecho constituya estrictamente un conocimiento científico autónomo. Lo anterior, sin desconocer desde luego, que la manera de abordar su estudio contenga el rigor de toda

ciencia y, sobre todo, como se dijo, desde la perspectiva de las ciencias sociales e históricas.

Partiendo precisamente de los paradigmas de las ciencias histórico-sociales, para abordar el estudio de la producción jurídica, no podemos dejar de lado que el Derecho, en el devenir de los tiempos, ha sido una de las disciplinas que, por su naturaleza, más ha *resentido* la influencia de presiones ideológicas y políticas de los distintos actores de la sociedad; influencia que, por lo general, ha orientado el sentido de la elaboración, a veces de la aplicación y, sobre todo, en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de la norma legal. Debido a ello, no es posible, desde el punto de vista epistemológico, ubicar al Derecho dentro del concierto del conocimiento científico rigurosamente como tal; habida cuenta que, cuando las corrientes ideológicas dominan el campo del conocimiento humano, a grado tal de orientar sus conceptos teóricos y, sobre todo, su aplicación en la vida cotidiana, no se puede hablar de que ese conocimiento constituya un conocimiento científico en sí; puesto que, en última instancia, *las cargas ideológicas* tienden a imponer una forma de pensar y de actuar pertenecientes a una determinada clase social; por lo que, en consecuencia, esa imposición por medio del poder, hace que esa forma particular del conocimiento se aleje de las prescripciones del conocimiento científico; que éste no sea por tanto imparcial ni independiente y que, hasta cierto punto pierda la objetividad.

Lo anterior lo podemos ver si echamos una simple mirada a la historia de las ciencias, y así tenemos por ejemplo, que los conocimientos que ahora constituyen las ciencias naturales tales como la química y la física, bajo la sociedad medieval, los incipientes conceptos sobre el particular, eran *explicados* solamente por medio de los dogmas religiosos, inhibiendo desde luego la consolidación del conocimiento científico. Lo mismo sucedió a finales del siglo XIX, cuando la corriente ideológica del *positivismo* de Augusto Comte, pretendió fundar la “*ciencia*” de la sociología, a través de paradigmas de las ciencias biológicas, buscando con ello explicar los fenómenos sociales a partir de conclusiones biológicas y químicas. Sin embargo, esa corriente ideológica, más que científica, a la postre resultó ser precisamente una ideología particular que la clase burguesa desplegó con la finalidad de contener los avances progresivos del liberalismo en el campo político, que demandaba reivindicaciones legales a favor de la clase laboral.

En el campo del Derecho y de la justicia, la influencia de la ideología es más evidente; puesto que la estructura política de una formación social determinada, prácticamente nunca la encontramos disociada del contenido jurídico que es producto de aquella. De tal forma que no podemos concebir, por ejemplo, la vigencia del Derecho castellano sin antes entender la era de la monarquía española de los siglos XV y XVI, que lo declaró vigente a su imagen e intereses particulares. Lo mismo podemos decir del Derecho liberal que privó en la Constitución Mexicana de 1857, cuando los intereses de la burguesía internacional y criolla y de la coalición de los terratenientes lo impusieron en ese texto fundamental, y no precisamente para beneficio de las libertades de la mayoría de la población, sino para el de aquellas oligarquías y sus intereses de libertades económicas.

En ese orden de ideas, también en el México posrevolucionario, encontramos al Derecho vinculado estrechamente a la ideología del poder dominante, concretamente al fenómeno del presidencialismo heredado de los tiempos del porfiriato, de manera tal que el doctor José Ramón Cossío, al respecto nos comenta que *el modo como la Constitución fue concebida –la de 1917-, comenzó a darse a partir de los años 40. Si nos preguntamos qué acontecía en esa época, debemos recordar que eran los años de consolidación de los sistemas de partido hegemónico y presidencialismo “imperial” (...) Frente a la posibilidad de “elegir”, de varios modos de representarse la Constitución, nos parece que los juristas mexicanos optaron por formular una imagen (y consecuentemente, una explicación) en relación directa con el tipo de dominación política que estaba llevándose acabo en el país¹.*

Cada formación social defiende y define su estructura jurídica, con esquemas teóricos y filosóficos que considera *justos* y *científicos*, fundamentándolos con sus propias corrientes iusfilosóficas. Sin embargo, estas corrientes teóricas no dejan de contener fuertes cargas ideológicas e idiosincráticas propias de su historia; cargas que desde luego, por lo general, distan mucho de ser científicas. Y sobre el particular, debemos recordar que la producción propiamente científica, al contrario de la meramente teórica, pretende, hasta donde le es posible, desmarcarse de las influencias ideológicas. Por ello se puede afirmar que el conocimiento científico, a diferencia del teórico y filosófico es, entre otros aspectos, universalmente válido.

¹ *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, páginas 49 y 50

Como conclusión, resulta pertinente advertir y dejar en claro, que no se trata aquí de regatearle el carácter de *cientificidad* al Derecho; pues ya dijimos que las formas de abordar objetivamente su estudio, encierran, por su naturaleza gnoseológica, características inherentes a las ciencias sociales. Más aún, las técnicas de la jurisprudencia así nos lo confirman; habida cuenta que se trata de argumentos *científicos* que los encargados de elaborarla despliegan atendiendo al análisis teleológico y hermenéutico de los principios constitucionales.

Con relación a lo anterior, el tratadista del Derecho, Julius Stone, nos comenta lo siguiente: *Al aventurarme desde el punto de vista jurisprudencial, en ciertas críticas de este notable ejemplo de la ciencia y las teorías sociales contemporáneas, no pretendo alentar o reavivar cualquier demanda para el establecimiento de la “ciencia social del Derecho” o de la “sociología del Derecho” como una rama autónoma de la ciencia social paralela a la economía, a la antropología, a la psicología social y otras. Mi propio punto de vista ha sido y se mantiene que en los términos de conocimiento, los principios conocidos o que han de descubrirse, concernientes al papel del Derecho en la sociedad, deberían estar ya dentro del enfoque de interés adecuado de otras ciencias sociales.*²

De lo hasta ahora expuesto, bien pudiéramos afirmar, desde el punto de vista académico que la **Filosofía del Derecho**, es la rama de la filosofía en general, que se encarga del estudio **de la posibilidad** de la justicia, de la equidad, de la libertad y de la igualdad de los hombres, con relación a la vigencia y positividad de las normas jurídicas o de derecho. En esa dirección, también pudiéramos manifestar, que la Filosofía del Derecho, es la rama de la filosofía, que se encarga de **relacionar** precisamente al derecho con el resto de los campos del conocimiento científico y específicamente con las ciencias sociales en lo general y con el ético-moral en lo particular.

Así pues, en congruencia con el concepto que de filosofía se sostuvo con anterioridad, quizá no resulte aventurado para quien esto escribe, afirmar que *La Filosofía del Derecho*, constituye, por consecuencia, **la conciencia de justicia y legalidad que una sociedad tiene de su producción jurídica**. Lo anterior deviene, como se dijo, del concepto que se consideró le corresponde a la filosofía en general y, además, de que la

² *El Derecho y las Ciencias Sociales*, página 78.

conciencia social en general y la jurídica en particular, son producto de una formación social concreta.

Ahora bien, en el orden de ideas antes apuntado, tenemos que dentro de los campos de la filosofía, nunca se debe perder de vista el auxilio que ésta brinda al Derecho, por cuanto que aquella será siempre e invariablemente la encargada no solamente de la estructuración y argumentación de las definiciones y conceptos del derecho mismo, sino, además, de su interpretación teleológica o de sus fines y alcances en los ámbitos de la justicia y la equidad, ya sea por medio del análisis jurisprudencial, ya en la consideración legislativa o bien bajo la óptica de la doctrina. En todos éstos campos nunca estará ausente la *Filosofía Jurídica*.

De tal suerte que resulta inobjetable que la filosofía deviene necesaria e indispensable para el estudio del Derecho y sus normas positivas; pues como se dijo, en los terrenos concretos y tangibles del ejercicio de la función legislativa, en la aplicación de la norma legal al caso concreto y en su interpretación, invariablemente encontraremos presente aquel campo del saber. Y no podría ser de otro modo, puesto que no existe prácticamente ninguna exposición de motivos en los encargados de la elaboración de las leyes, en los jueces que la aplican, en los magistrados y ministros al votar una jurisprudencia o en los textos del derecho, en los que no se haga referencia a la justicia de la ley, a su teleología y sus bondades o, en su defecto, a su tiranía y necesidades, con argumentos que definitivamente corresponden al campo de *la Filosofía del Derecho*. De ahí su importancia y motivo de esta cátedra.

2. La Ontología Jurídica y la Axiología. El Ser y el Deber Ser.

Con relación al capítulo que ahora nos ocupa, es preciso relatar que uno de los campos de la ética en general y de la Filosofía del Derecho en lo particular, ha sido sin lugar a dudas, el conflicto y las relaciones entre *el ser* y el *deber ser*. Es decir, entre el individuo físico en su acepción humana o persona individual y la norma que regula o debe regular su conducta.

Ya desde las primeras codificaciones de Hamurabi, pasando por la *Ley de las Doce Tablas*, las teorías de la filosofía clásica de Grecia, el derecho romano y medieval, hasta las épocas recientes bajo las teorías de Kant y de Kelsen, se habló y escribió con profundidad sobre los términos en cuestión, como objetos directos de la ética y del Derecho. De tal forma que las concepciones y las interpretaciones con relación al *ser* y al *deber ser*, generalmente han sido encontradas; pues mientras algunos consideran que la norma, el axioma o el principio, tienen existencia objetiva, independientemente de la conciencia y voluntad del ser, otros más consideran que no es así y sostienen que no existe deber alguno en el mundo que no sea producto de la acción conciente del ser humano. Más olvidándonos, hasta donde nos sea posible, de esta insalvable diferencia de posturas, será conveniente decir solamente que, a criterio personal, efectivamente la existencia del ser humano es una realidad objetiva, mientras que la norma, ya sea moral o jurídica, aún cuando adquiera valor general y hasta cierto punto existencia *objetiva*; no puede dejar de ser producto del hombre y de sus relaciones con los demás.

En ese orden de ideas, tenemos pues que la ***Ontología***, como rama propiamente de la filosofía, se encarga del estudio del ser en cuanto es, y como se apuntó al principio de este tema, la ***Ontología Jurídica***, a su vez, tiene que ver con el estudio del individuo o ser humano, en cuanto titular de derechos y obligaciones, como generador de los axiomas o reglas jurídicas y morales. De tal suerte que bien podemos afirmar, sin temor a dudas, que la ***Axiología Jurídica***, en cuanto se refiere a las reglas o principios generales que debe contener toda norma jurídica, así como su teleología o finalidad, es producto del ser y más concretamente del ser social, quien genera ese conjunto de normas y principios con la finalidad de reglamentar su vida gregaria. Por tanto, la ***Ontología Jurídica*** y la ***Axiología Jurídica***, vienen a ser conceptos de la Filosofía del Derecho que jamás podremos encontrar disociados.

Sobre lo anterior, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, acerca del concepto de ***Axiología***, nos dice que proviene del griego *áxos*, que quiere decir valor, y *logos*, que significa estudio o razón; ergo, la axiología tiene que ver con la teoría de los valores, en tanto que la ***Axiología Jurídica***, es aquella disciplina o rama de la Filosofía del Derecho que se encarga del estudio de los valores jurídicos. Es

decir, la **Axiología Jurídica**, representa la teoría de los valores aplicada a los fines propios del derecho, esto es, la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

El mundo del Ser y del Deber Ser.- Con relación a este tema, los autores Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinoza, nos comentan: *Por tanto, es posible concluir que la ley natural, que se rige por el principio de causalidad, es un enunciado de lo que necesariamente acontece, de lo que ES, pertenece al mundo del SER, por lo que la consecuencia es el resultado inevitable del hecho que la precede (...) La ley social que se rige por el principio de imputación, también es un enunciado que prescribe la conducta de los individuos y establece lo que debe ocurrir cuando una conducta se realiza. Pertenecen al mundo del DEBER SER*³.

Siguen exponiendo los autores en la obra antes enunciada, cuyos datos de edición se han señalado al final del presente ensayo, lo siguiente: *Como se precisó en el punto anterior, las leyes sociales se integran por enunciados que norman (o pretenden normar) la conducta de los individuos, por lo que contienen juicios de valor de acuerdo con su materia, ya sea moral, religiosa, social o jurídica. En el campo de las relaciones sociales, la conducta de los individuos que las realizan se encuentra regulada por distintas disposiciones que pretenden establecer la conducta debida, a fin de que las relaciones se manifiesten de acuerdo con el orden que la propia sociedad requiere.*

De la transcripción precedente, bien podemos sacar en claro las siguientes conclusiones: La primera, que el mundo del ser, se refiere, por lo general a lo que es, es decir, a los hechos naturales predeterminados por causas también naturales; de forma tal que a tales hechos que se reiteran y que así se captan por el hombre, se les suele denominar **leyes naturales**; porque para su realización no interviene la conciencia ni la voluntad del ser humano. Por el contrario, las normas de naturaleza social, dentro de las que localizamos a las jurídicas, son producto de la conciencia y voluntad del ser humano, con el fin de que se observen en su vida gregaria.

La segunda conclusión que se obtiene de lo anterior, es que, si bien es cierto que en los hechos naturales no interviene la voluntad del ser humano; también lo es que éstos pueden tener consecuencia en el mundo de lo normativo o del **deber ser**, aún cuando

³ Introducción al Derecho Positivo Mexicano, páginas 44 y 45.

únicamente se produzcan en el mundo del ser o de las cosas inanimadas. Así por ejemplo, un hecho tan natural como la muerte, desde luego que genera consecuencias en el mundo de lo normativo, bien desde el punto de vista de las normas morales, de las religiosas, de los convencionalismos sociales y, sobre todo, desde las jurídicas.

Efectivamente, el mundo del deber ser, con relación al hecho natural de la muerte, lo encontramos en las regulaciones morales, religiosas y de comportamiento social, al observar los deudos y las personas allegadas al finado, determinado comportamiento en los ritos y en los procesos de la inhumación. Pero sobre todo, el ámbito del deber ser jurídico, lo encontramos en ese hecho, desde las regulaciones previstas por las leyes sanitarias, de inhumación y de panteones; en los actos del Registro Civil y en las sucesiones, en su caso.

También podemos localizar las consecuencias que generan los hechos naturales, en el mundo del derecho, en algunos casos de la figura de la llamada **responsabilidad civil objetiva**; pues por ejemplo, sin un árbol que se encuentra en la casa del vecino se cae naturalmente, en la casa del otro, ocasionando con ello daño en las cosas; por ejemplo, por la intersección de una descarga eléctrica producto del estado climático, jurídicamente el afectado tiene derecho de reclamar las reparaciones del daño ocasionado. Así, aunque el mundo del ser y el mundo del deber ser parezcan divorciados, tal no es así de forma tajante; puesto que, en última instancia, ambos se relacionan en diferentes formas; y a mayor razón, siempre será el ser humano el que genere y de fe de la existencia de las leyes, así como de los hechos naturales y el que, además, de acuerdo a sus intereses, genere la creación de las normas sociales, religiosas y legales.

3.- Los órdenes normativos y el Derecho.

En el curso de *Introducción al Estudio del Derecho*, seguramente los alumnos vieron las diferencias esenciales que contienen las normas morales, por un lado, y las jurídicas por el otro; pudiéndose considerar de tal manera que, en varios aspectos, la cátedra de

Filosofía del Derecho, dentro de la carrera de licenciados sobre la materia, no es otra cosa sino la culminación curricular y académica de aquella asignatura.

Pero por otro lado, para el objetivo de nuestro estudio, se torna indispensable y necesario, desde el punto de vista cognoscitivo, abordar ciertas referencias que se contienen en la materia de *Introducción al Estudio del Derecho*; tanto más cuanto que esta disciplina se considera por no pocos autores, como formando parte de la iusfilosofía. De tal manera que, entrando pues de forma directa al estudio de aquellas características que denotan la diferencia y a veces la semejanza entre una norma moral y otra de derecho, se hace necesario citar al respecto al maestro Eduardo García Máynez, con su clásica y reconocida obra *Filosofía del Derecho*, que ha difundido por varias ediciones la editorial Porrúa; y así, el autor en comentario, con el fin de ubicar el tema, nos dice **que existen cuatro órdenes normativos que regulan la conducta del ser humano; y que tales son el derecho, la moral, los convencionalismos sociales y la religión**. Por lo tanto, por virtud de que el derecho forma parte de esos grandes órdenes normativos y porque, además, ya vimos que la filosofía es la disciplina que auxilia al derecho para establecer sus relaciones y diferencias con otras disciplinas del saber humano y debido a que, además, dichos órdenes reguladores de la conducta, son producto de la conciencia y voluntad del ser social, se hace indispensable para nuestra materia el estudiar las características, semejanzas y diferencias entre tales órdenes normativos entre sí.

En esa tesitura, debemos señalar que esas características de los órdenes reguladores de la conducta humana, han sido igualmente abordadas desde el pensamiento de Aristóteles hasta nuestros días, pero quien con más firmeza destaca sus conceptos, es desde luego el filósofo alemán Immanuel Kant, a finales del siglo XVIII, en su obra. Éste pensador, con relación a la **interioridad de la moral**, nos comenta que: *La significación moral de un acto no reside en los resultados externos de éste, sino en la pureza de la voluntad y la rectitud de los propósitos (...) La buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es buena solo por el querer, es decir, es buena en si misma*⁴. En el concepto antes enunciado, se sostiene que los actos morales son interiores, porque su realización o

⁴ Kant Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, página 21.

exteriorización dependen única y exclusivamente de la voluntad interior de la persona que los realiza; sin que exista nadie que nos pueda exigir su cumplimiento. Por ejemplo, el dar una limosna a un sordomudo es un acto interior y voluntario, respecto del cual nadie nos puede obligar a otorgarla.

De modo contrario, la norma jurídica o ***norma de derecho es exterior***, debido a que su cumplimiento no depende sola y únicamente de la voluntad del sujeto o del ser; sino que, en caso de que éste no la acate de manera voluntaria, otro, es decir, alguien externo a mi conciencia y a mi voluntad estará en condiciones de exigir su cumplimiento. García Máynez, citando también a G. Radbruch, escribe que: *el derecho es una legislación entre los hombres, entre pretensores y obligados: consiguientemente requiere que haya un legislador y un juez situados por encima de todos los miembros de la comunidad jurídica. En cambio, el proceso moral se desarrolla, no entre los hombres, sino en el seno del hombre individual (...) Los personajes, en la esfera jurídica, no son solamente los destinatarios de los preceptos, sino el legislador que hace la norma y el juez encargado de aplicarla. En la esfera ética, por el contrario, aparece solo el hombre individual.*⁵

Como ejemplo de la exterioridad de las norma de derecho, podemos decir, que si alguien adquiere un préstamo de dinero, mediante la firma de un contrato respectivo, en caso de que no devuelva la cantidad pactada, el otro, a quien le nace un derecho subjetivo de reclamar la obligación, está en condiciones de exigir, en la vía coactiva, el pago de lo pactado. En tal evento ya interviene no solo la conducta y voluntad interna del deudor, sino ***las conductas y las voluntades de otros externos a aquel***, que en el caso lo son el acreedor y el juez, e incluso, antes del compromiso contraído, el legislador que creó la norma de derecho.

Como conclusión, bien podemos decir que a criterio de Kant, el derecho es una relación entre los individuos, entre pretensores y obligados, que requiere que haya un legislador que haga la ley y un juez que la aplique, situados por encima de los miembros de la comunidad; pero en cambio, el proceso moral se desarrolla no a través de la relación entre los hombres, sino en el seno o en el interior del individuo.

⁵ Maynez García Eduardo, *Filosofía del Derecho*, página 64.

No obstante lo anterior, no se pudiera afirmar, de modo tajante, el hecho de que los principios morales se queden solamente en la interioridad o en la intención del individuo - como lo aseguró Kant-, pues tal significaría llegar a desconocer, desde una posición idealista, que las normas morales no son producto de la conciencia social del individuo y que por ende éstas no pueden influir en el campo del derecho. Se dice que no se puede afirmar tal cosa; por la sencilla razón de que, tal como lo vimos con anterioridad, tanto las normas morales como las jurídicas e incluso los convencionalismos sociales, son producto de la acción y de la creación del ser social que las proyectan al interior de la conciencia del individuo; y en segundo lugar, la intención y el ánimo subjetivo de las personas, en muchos casos trascienden a la vida jurídica, y así tenemos el campo del Derecho Penal, en el cual no solo se juzga la comisión de actos contrarios a la ley; sino, además, la intención que se tuvo para cometer esos ilícitos. Incluso en Derecho Civil, igualmente se toma en cuenta el ánimo interior o la voluntad de los individuos en determinados casos, dentro de los que es de citar la procedencia de la prescripción, en la cual se debe acreditar el *ánimo* subjetivamente válido o la posesión en concepto de propietario (el *animus domini*).

García Máñez, en el tema de la interrelación entre lo interior de la moral y lo exterior del derecho, dice: *Si volvemos al criterio formulado por Kant, y nos preguntamos hasta que punto podemos aceptarlo, tropezamos con la objeción de quienes piensan que su valor es solo relativo, ya que no es cierto que la moral atienda únicamente a la pureza de las intenciones, sin tomar en cuenta su proyección práctica, ni es verdad tampoco que el derecho ignore en absoluto el aspecto interno del comportamiento. La moral no solo exige que pensemos bien: también demanda que los buenos pensamientos cristalicen en actos virtuosos; y la legislación jurídica por su lado, atribuye no pocas veces efectos normativos a las intenciones y a los móviles. Así lo demuestra, según los adversarios de la teoría de la exterioridad, el papel que juegan los conceptos de buena y mala fe en el derecho civil, o los del dolo y culpa en el penal⁶.*

La unilateralidad de la moral y la bilateralidad del derecho.- La primera se ha hecho consistir por los tratadistas de la materia en la circunstancia de que la norma ética o moral, es únicamente para el sujeto; es decir, la regla moral indica una forma de proceder

⁶ Obra citada, página 64.

solo para la persona en lo individual; cuando que la norma jurídica nos otorga la facultad de exigir alguna cosa o prestación de otro. En otras palabras, la moral constituye una serie de actos que se realizan por una sola persona; mientras que el derecho solo tiene sustento en cuanto que regula las conductas de dos o más personas, esto es, generalmente en la norma jurídica se reglamentan dos lados; uno que corresponde al derecho subjetivo del pretensor, y otro que corresponde a la obligación de quien debe cumplir esa pretensión. Se dice finalmente que los deberes jurídicos son exigibles, mientras que los morales no lo son.

Esto equivale a declarar que no hay deber jurídico sin derecho subjetivo, ni derecho subjetivo al que no corresponda un deber de otra persona (...) En otras palabras: así como no hay norma atributiva a la que no corresponda otra prohibitiva, tampoco encontramos derechos subjetivos que no sean correlativos de deberes, ni pretensores sin obligados (...) A diferencia de la regulación jurídica, que, como acabamos de exponerlo, deriva del enlace necesario y recíproco de una norma que obliga y otra que faculta, la de orden moral es exclusivamente impositiva de deberes. Los preceptos morales obligan, pero a nadie autorizan para exigir del obligado el cumplimiento de su obligación.⁷

Dentro de los conceptos de **incoercibilidad de la moral y coercibilidad del derecho**, podemos decir que las normas morales o éticas, no implican un cumplimiento coactivo u obligatorio; mientras que la regla del derecho se debe cumplir aún cuando el sujeto obligado se niegue a ello. De ahí que se sostenga que la aplicación de sanciones del Derecho, es una consecuencia posible, más no necesaria; toda vez que si, por ejemplo, una persona queda obligada a devolver un terreno que legalmente pertenece a otro, lo puede hacer sin que medie la exigencia legal, obrando de manera espontánea y voluntaria; sin embargo, si se niega a entregar ese terreno, al cumplirse el plazo estipulado, siempre existirá la posibilidad de que se obligue a su cumplimiento por medio de la fuerza que significa la **coercibilidad del derecho**. *Coercibilidad significa, dentro de nuestra terminología, posibilidad de cumplimiento no espontáneo y, por ende, de imposición coercitiva (...) A fin de precisar debidamente nuestra tesis sobre la coercibilidad, deseamos*

⁷ Ídem, páginas 66-68.

*insistir en que la aplicación de sanciones es consecuencia jurídica posible, más no necesaria, de la infracción de las normas de derecho.*⁸

Citemos otro ejemplo de lo anterior: pudiéramos decir también, que si una persona ha firmado un pagaré a favor de otra por concepto de un préstamo de dinero; una vez vencido el plazo estipulado, sin que el deudor haya cubierto la cantidad pactada, el acreedor queda en posibilidad, según su conciencia y acaso posibilidades económicas, de acudir al juez a exigirle al deudor en la vía coactiva, o bien abstenerse de ello. Por eso afirma García Máynez, que la sanción es una consecuencia jurídica *posible*, más no *necesaria*.

Dentro de los órdenes normativos a que se hizo referencia al principio de este capítulo, dijimos que al interior de ellos también se debe ubicar a **los convencionalismos sociales o costumbres no obligatorias** y al derecho consuetudinario.

A los convencionalismos sociales, igualmente se les ha dado en llamar normas de decoro, los cuales tienen su origen en la costumbre. Estas normas tienen la característica de ser, al igual que la moral, unilaterales, pero al regular la conducta social del hombre, contienen a su vez diversas características de las normas jurídicas; de ahí que las normas de decoro o convencionalismos sociales, se acerquen más, a diferencia de las morales, en varios aspectos, al Derecho; puesto que al igual que éste, tienen en común, entre otras peculiaridades, las de **exterioridad y coercibilidad**.

Sobre los actos consuetudinarios, es pertinente mencionar que éstos se ejecutan en forma automática y continua por las personas que conforman el grupo social o la comunidad, de tal forma que se puede afirmar que a través del uso reiterado de ciertos actos de conducta, el hombre adquiere una segunda naturaleza. Esto es, una naturaleza social. Como ejemplo podemos citar que cuando a alguien se le dice que es un caballero; significa que se hace referencia a una persona del sexo masculino que asume un determinado comportamiento adecuado para con las damas.

Por lo tanto, a esas prácticas convencionales, la sociedad les atribuye fuerza obligatoria, como normas de conducta social; sin embargo, existen evidentemente costumbres no obligatorias. Con relación a las primeras, se debe comentar que la sociedad

⁸ Ídem, páginas 74 y 75.

no las deja al arbitrio del individuo, puesto que no las concibe únicamente como aquellas normas que son las que por ejemplo *todo mundo cumple*; sino que les impone el sello de que es lo que **debe** hacerse. Bajo este esquema es cuando podemos afirmar que la costumbre es una fuente del derecho. Más como ya lo hemos dicho, también existen normas de conducta social no obligatorias, que se orientan más hacia la moral. Sobre los aspectos anteriores, es conveniente socializar el conocimiento a partir de ejemplos que se tomen de la vida cotidiana en la cual nos desenvolvemos.

Pero volviendo a las características de exterioridad y coercibilidad de los convencionalismos, diremos, como conclusión, que son normas externas, porque no dependen de la observancia individual de cada persona, sino que las impone el grupo social cuando ya las adoptó como válidas socialmente; quedando cumplidas cuando se obra de acuerdo con los *otros*. Son también coercibles, porque a diferencia de la moral, la ejecución de sus actos no es espontánea, porque el grupo o la comunidad obligan a su cumplimiento, so pena de ser relegado de ella.

La diferencia fundamental del convencionalismo con el derecho, la encontramos en el hecho que mientras aquel impone deberes a los que corresponde una mera expectativa de conducta, la regulación jurídica, en cambio, impone el necesario y recíproco enlace de una norma de deberes y otra que atribuye facultades. De igual forma, las normas de conducta difieren de las del derecho, por cuanto que aquellas, cuando se infringen, tienen respuestas del grupo social pero de carácter **subjetivo** y variables por naturaleza. En cambio, cuando se viola el derecho, las sanciones impuestas tienen el carácter de **objetivas y generales**, debido a que éstas determinan, para cada situación específica, con exactitud, la sanción a imponer.

Finalmente, con relación a los convencionalismos y a los usos sociales producto de la costumbre, se debe decir que en no pocas ocasiones, el poder legislativo al crear una norma jurídica determinada, remite a los usos y costumbres adoptados por la colectividad; y sobre el particular, en México se tienen innumerables ejemplos al respecto, que los encontramos en las previsiones de los derechos de los pueblos indios y otros.

Ahora bien, otro de los grandes órdenes normativos, lo constituye la **religión**, y sobre el particular, el mismo García Máynez, nos comenta: *De acuerdo con una doctrina*

muy difundida, que defienden, entre otros, Vanni y Gény, al lado de las prescripciones jurídicas y de los imperativos de orden moral existirían también “como categoría diferente”, las normas religiosas. Estas últimas “se fundarían sobre un vínculo entre el hombre y la divinidad, del cual derivarían ciertos preceptos y, por tanto, ciertos deberes del hombre con Dios, consigo mismo y con los demás hombres” (...) Las normas religiosas no integran una nueva especie, sino un fundamento sui generis, puramente metafísico y trascendente (...) Cuando un sistema ético, fundado sobre una base religiosa, forma una organización completa (...), entonces se define como teocracia. Nos comenta igualmente el autor citado, que: basta una simple ojeada al Código de Derecho Canónico para percatarse de que es un conjunto de prescripciones jurídicas, en las que claramente se reflejan los atributos de bilateralidad, exterioridad y coercibilidad que caracterizan a todas las de tal especie.⁹

Con relación a las normas de carácter religioso, debemos decir que, efectivamente, constituyen un orden meramente metafísico y por lo general las sanciones se reservan para aplicarse en una vida que no es la terrena. Han existido y existen aún estados o gobiernos que se han fundamentado, en lo esencial, en normas de carácter religioso, siendo por tanto considerados esos regímenes precisamente como teocráticos, que proliferaron durante la edad media y que aún podemos ver en varios estados musulmanes; sin embargo, en los gobiernos occidentales y democráticos, se ha consolidado, ya sin objeción, el laicismo de la sociedad; esto es, la separación entre iglesia y estado. No obstante, la ideología del neoconservadurismo, ligada al neoliberalismo, por medio de los partidos de derecha, pugna por regresar a esquemas que en nuestro país quedaron superados desde la segunda mitad del siglo XIX.

Aún cuando en la mayoría de los países occidentales, a las normas religiosas del catolicismo no se les concede fuerza obligatoria o vinculante; no obstante se les ha identificado como objetivas, sobre todo a las que constituyen el **derecho canónico** (a que se refiere nuestro autor, que nos dice que procede del griego *kanon*, que significa regla o norma). De tal manera que en la edad media, los cánones fueron las reglas emanadas de la iglesia católica y en cierta medida lo siguen siendo en la actualidad.

⁹ La Filosofía del Derecho, páginas 122 y 123.

Tanto las normas religiosas como las de derecho, coinciden en varios aspectos. Así ambas prohíben el homicidio, el robo y el adulterio; pero mientras las normas del derecho, en nuestro sistema jurídico vigente, contienen imperio y coacción, las religiosas no tienen esa posibilidad, aun cuando conserven las características de bilateralidad y de exterioridad; pues si bien es cierto que prohíben el homicidio y que incluso, hasta cierto punto un infractor de esos cánones pueda ser *sancionado* con normas de exclusión; también lo es que en caso de que un miembro de la iglesia cometa ese ilícito, no tiene otra sanción que, en su caso, la excomunión, pero no podrá ser privado de su libertad o ejecutado en contra de su voluntad; lo que si ocurre bajo el imperio del Derecho positivo.

4. La positividad y la vigencia de las normas de derecho. Los principios generales del derecho y la equidad.

El Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con relación a la positividad de las normas jurídicas, coincidiendo con nuestro autor García Máynez, nos informa que el derecho positivo, contrario al derecho natural, contiene la idea de validez, puesto que los hechos que crean al derecho, son precisamente hechos sociales, históricos y realmente verificables; que por ello, el derecho positivo es el objeto de estudio de la ciencia del derecho y de la jurisprudencia dogmática.

García Máynez nos dice también, que *el derecho positivo* es el conjunto de reglas de conducta establecidas por los órganos del poder público para la realización de los valores jurídicos; de tal forma que, pareciera que esta definición también está dirigida al derecho vigente.

Se suele decir, que *el derecho vigente* lo es precisamente en la medida de que es obligatorio, por tener su origen en las fuentes formales de la normas jurídicas; sin embargo, no todo derecho vigente se cumple o es eficaz de manera obligatoria; es decir, no todo derecho vigente es positivo; puesto que para que el derecho vigente sea positivo y adquiera el carácter de eficacia obligatoria, se requiere *el reconocimiento* que de ese

derecho hagan los gobernados. En efecto, una norma de derecho es **vigente**, cuando los órganos del Estado que han sido creados previamente para ello (el legislativo y el ejecutivo en nuestro régimen), así la declaran mediante los procedimientos ordinarios correspondientes, como son iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y publicación, y será precisamente vigente mientras esos mismos órganos del Estado no la abroguen o deroguen en todo o en parte, o bien que esa propia norma, según sus transitorios, hubiese tenido un término perentorio de vigencia.

Ahora bien, la norma es **positiva**, precisamente cuando ha sido declarada vigente y que, además, los órganos encargados de su aplicación (ejecutivo y judicial), así como los gobernados, aceptan su observancia de manera reiterada. De manera tal que cuando una norma legal no se cumple de manera total, pero sin embargo no ha sido derogada, o no se ha extinguido por su propia disposición temporal, se dice que es vigente, porque fue creada, más no es positiva. Tal no significa, ni debe significar, desde luego, que todo el derecho vigente, o mejor dicho, que todas las normas vigentes no contenga positividad u observancia general; puesto que si tal fuese así, no tendría caso el proceso legislativo que las declarara vigentes. El problema estriba en el hecho de que, lo envidiable sería, que la totalidad de las normas fuesen del consenso de la mayoría de la población a la que se destinan.

Como ejemplo pudiéramos citar el caso del artículo 22 de nuestra Constitución General, que hasta antes de la reforma del presidente Vicente Fox, contempló la pena de muerte para cierto tipo de delincuentes; sin embargo, cuando menos en las cuatro últimas décadas de su vigencia, tal disposición fundamental no se observó en ninguno de los casos previstos, y tal no significa que no hubiesen existido, durante ese período, casos de parricidas, secuestradores, incendiarios y salteadores de camino real. En otras palabras, esa disposición era derecho vigente más no positivo.

Con relación a lo antes dicho, nuestro autor nos dice, en la página 270, de la obra ya comentada, que: *La eficacia de un orden legal no depende solo del poder del Estado; en buena medida está condicionado, como dice Hans Barth, por el reconocimiento que de ese orden hacen los sometidos a su imperio.*

La cita en análisis, nos remite a la reflexión que se hace en el sentido de que cuando las leyes que dicta un Estado o su gobierno no son del agrado y consenso de la mayoría de sus miembros, generalmente se habla de leyes *tiránicas*, las cuales lógicamente van a tener resistencia para su observancia y aplicación, lo cual, en cierto sentido va generando su obsolescencia. Por lo demás, cuando la mayoría de las leyes de un Estado, no se cumplen, se suele decir por propios y extraños que se trata de leyes de *letra muerta*; todo lo cual genera desde luego descontento social y en no pocos casos el *derecho* a la revolución.

Establecido lo anterior, es importante ahora analizar lo que en los órdenes normativos de carácter jurídico, se ha identificado como ***Principios Generales del Derecho***; y sobre el tema, se suele identificar a estos principios con diversos aforismos jurídicos a saber: *de que allí donde existe la misma razón jurídica debe existir la misma disposición; que el desconocimiento de la ley no nos exime de su cumplimiento, etcétera*. Esto significa que para que una laguna de la ley pueda ser cubierta por el principio de analogía, no basta que un caso práctico sea igual a otro, sino que, además, ambos deben tener la misma razón jurídica. En este aspecto, vale la pena también traer al tema varios ejemplos de la vida jurídica cotidiana, con el fin de socializar el conocimiento.

Acerca de los *Principios Generales del Derecho*, Delgadillo y Espinosa, en su obra, nos dicen que *son lineamientos básicos del orden jurídico que derivan del contenido de las propias normas legales, como verdades fundamentales que informan el sistema jurídico. Así, se pueden enunciar como principios generales del Derecho que: (...) "El que es primero en tiempo es primero en Derecho" (...) "Nadie puede hacerse justicia por su propia mano".*¹⁰

La definición antes enunciada, obviamente nos remite a la concepción filosófica del Derecho Natural, por cuanto nos habla de *verdades fundamentales*, que desde luego nos remiten también a la posición del naturalismo idealista; sin embargo, vale la pena puntualizar que si bien los principios generales del derecho son conceptuados a partir de premisas del Derecho Natural, no se debe perder de vista que a últimas fechas la barrera insalvable e irreconciliable que acusaba la diferencia entre Derecho Positivo y Derecho

¹⁰ *Introducción al Derecho Positivo Mexicano*, página 65.

Natural, va siendo superada, cuando en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo democrático se han elevado a rango constitucional, esto es, como derecho positivo, la protección a los derechos humanos y el respeto a los usos, costumbres y culturas comunitarias de los pueblos tribales.

Varios tratadistas de la iusfilosofía, se preguntan si estos principios constituyen en sí una norma de derecho en el sentido estricto de la palabra; y como respuesta se pudiera decir que en nuestro país tienen su origen en las propias fuentes formales del derecho, como cualquier otra norma que ha creado el legislador; ya que el constituyente o legislador originario, que en el artículo 14 constitucional, nos remite a los principios generales del derecho, les dio, por ese solo hecho, el carácter de normas legales, aunque haya querido ubicarlas como ***normas no expresas***.

En nuestro sistema legal, se recurre pues con frecuencia a los *principios generales del derecho*, prácticamente en todas las materias, existiendo solamente impedimento para invocarlos en la materia penal, en donde el propio artículo 14 de la Constitución General de la República, nos dice que *En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable del derecho*. Lo anterior significa que, en materia penal, el constituyente de nuestra patria no quiso que en una rama del derecho tan álgida, pudiera quedar, al arbitrio de la autoridad judicial, de manera potestativa, la imposición de las penas que pudiera ocasionar injusticias de grave o imposible reparación.

Para concluir el tema, basta únicamente estudiar lo que corresponde a la ***equidad***, que ya el propio Aristóteles la ubicaba como una de las formas de la justicia, que tiene que ver precisamente con la aplicación de ésta al caso concreto. El vocablo equidad, desde luego proviene del vocablo latín, *Aequitas*, que significa *equilibrio de las cosas*. Por lo tanto, en derecho podemos decir que la equidad constituye pues una parte de la justicia en general y de la Filosofía del Derecho en particular, *que nos exige que en tratándose de la aplicación de la ley, no se deben perder de vista las características sociales, económicas y culturales del caso en particular*.

Lo anterior es y debe ser así, ya que tanto en la elaboración de la norma jurídica, en su aplicación, como en su interpretación por el máximo órgano judicial de nuestro país,

nunca debiéramos olvidarnos del *equilibrio* que se debe guardar para tales casos y circunstancias; por lo que no se debe dejar de lado jamás, que si una ley no recoge las necesidades concretas de la vida social, nunca podrá ser una ley justa, y muy posiblemente su inobservancia sea la consecuencia lógica.

A mayor razón, ese ***equilibrio de las cosas*** que tiene que ver con la equidad, debe tratar precisamente –como lo apuntaba Aristóteles-, de equilibrar o de igualar ante el derecho a quienes son injustamente desiguales en la vida. En otras palabras, cuando las diferencias sociales y económicas son tan evidentes al interior de una formación social determinada, tanto el legislador, el gobernante, como el juez, deben siempre de procurar, so pena de ser rebasados por la historia, de equilibrar a las personas con el imperio de la ley.

Se suele decir que la equidad es la fuente por excelencia del derecho, ***o mejor dicho, que es aquella virtud que nos permite enderezar lo que la ley, debido a su generalidad, no alcanza a prever con toda exactitud.*** Sin embargo, precisamente para que la ley no sea solo general y fatalmente abstracta, y por ello desconocida por la mayoría de la población para la cual sin embargo se ha promulgado; para que no sea una ley para entenderse solo por abogados y jueces y ni siquiera por los propios gobernantes, se torna necesario que ***el equilibrio de las cosas*** no se pierda nunca de vista en ningún régimen que se precie de derecho.

Sobre el tema que se trata, resulta de suma importancia reflexionar en el sentido de que nuestra Constitución Política vigente, adoptó, de una manera preponderante, una marcada posición progresista tendente a ***igualar*** a ciertos grupos sociales que en nuestro país históricamente han permanecido relegados y marginados de los beneficios del desarrollo económico y de la acumulación de la riqueza y del poder, con la finalidad de que cuenten con ciertas *preferencias* o garantías de fondo y procesales, tanto en la propia carta magna como en los ordenamientos secundarios, que les permitan enfrentar litigios en los que se involucren sus derechos sociales. Me refiero a los campesinos, ejidatarios y comuneros, a los indígenas y a los obreros, los cuales han contado, a partir de la Constitución de 1917 -incluso los campesinos, desde 1915, con la primera Ley Agraria-, con legislaciones sobre la materia agraria y laboral, que les han permitido restituir,

defender y preservar sus tierras, bosques y aguas y, en general, sus derechos como clase social desprotegida, frente a otra históricamente antagónica, que en antaño representó a la coalición de terratenientes criollos y que en la actualidad es representada por los empresarios y por la oligarquía financiera del campo y de la ciudad.

En ese orden teórico, bien podemos apuntar desde ahora que, tal como se profundizará en las unidades posteriores, en gran medida nuestro orden constitucional y legal que en lo particular se fundamenta en el **Derecho social**, recoge una fuerte influencia de las teorías del **bien común** y de la **equidad** que se desarrollaron desde la filosofía clásica griega (con Aristóteles a la cabeza) y que se retoman y consolidan con la patrística y la escolástica de la edad media, con cargo a San Agustín y Tomás de Aquino.

5.- Los derechos subjetivos y el deber jurídico.

De conformidad con los autores de los textos que se han señalado en nuestra bibliografía, se suele identificar a los **derechos subjetivos**, como la facultad o la posibilidad que tiene una persona de hacer u omitir algo; esto quiere decir que el derecho otorgado por la norma legal, constituye en sí el derecho subjetivo. Es decir, si alguien está facultado para reclamar algo de otro, esto necesariamente implica que éste último tiene la obligación de hacer o dejar de hacer lo que el primero puede legalmente exigirle.

Pero como se ha dicho, el derecho subjetivo, al constituir la posibilidad que tiene un sujeto tanto de obrar como de abstenerse, quiere decir que la norma no solo le otorga el atributo de actuar, sino que se le deja en la posibilidad de no hacerlo. A ejemplo de ello, podemos citar que si a una persona no le cubren la cantidad de dinero a la que otra se obligó, el primero puede reclamarlo en forma coactiva o bien no hacerlo.

*El término **derecho subjetivo** suele emplearse, según el mismo autor -Windscheid-, en dos sentidos diferentes. En primer término, por derecho subjetivo entiéndese la facultad de exigir determinado comportamiento positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan obligadas frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe*

que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que contiene dicha orden. De la voluntad del beneficio depende entonces valerse o no del precepto, o poner en juego los medios de garantía que el propio ordenamiento jurídico otorga. El derecho objetivo se convierte de esa guisa, relativamente al sujeto a quien la norma protege, en derecho subjetivo del mismo, es decir, en “su” derecho (...) La palabra úsase también en otra acepción. Se afirma, verbigracia, que el propietario tiene derecho de enajenar sus propiedades, que el acreedor puede ceder su crédito o que un contratante está facultado para rescindir el contrato si la otra parte no cumple con lo pactado. En estos y parecidos casos lo que quiere expresarse es que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de facultades del primer tipo o para la existencia o determinación de imperativos jurídicos. En la primera hipótesis, en cambio, su voluntad solo es decisiva para la actuación de preceptos ya establecidos.¹¹

Respecto del tema que ahora nos ocupa, el autor en comento, haciendo una crítica a la teoría del *derecho subjetivo* de Windscheid, nos comenta que la capacidad volitiva no es determinante en última instancia para el ejercicio de un derecho subjetivo; puesto que existen personas físicas que solo tienen capacidad de goce, como son los menores de edad y los incapacitados, quienes *requieren de un representante para la tutela y el ejercicio de sus derechos subjetivos*, con independencia de su voluntad. Así por ejemplo, un menor de edad tiene derecho a la pensión alimenticia por parte de sus padres, y aunque su voluntad sea manifiesta en no demandarla, de cualquier forma ese **derecho subjetivo** es irrenunciable de acuerdo con nuestro sistema jurídico, y lo podrá ejercitar a su nombre la persona que la ley le asigne como su representante o tutor. Lo mismo sucede con ciertos derechos laborales y agrarios que a favor de los obreros y de los campesinos ha establecido nuestra Constitución General y las leyes secundarias; derechos que son irrenunciables y que no dependen de la voluntad de los sujetos para ejercitarlos o no; y así, si un obrero de la construcción expresamente **renuncia** a favor del patrón, del derecho a la seguridad médica, esa renuncia como manifestación libre de la voluntad es inoficiosa e improcedente, porque ese tipo de garantías son irrenunciables en aras de proteger el

¹¹ García Máynez, *La Filosofía del Derecho*, página 364.

interés de la familia del trabajador, con base en las prescripciones del **derecho social mexicano**.

En conclusión, podemos afirmar que si bien **el derecho subjetivo** es la facultad que la ley le transfiere a una persona para ejercitar o abstenerse de reclamar un **derecho objetivo**, lo cierto es que también ese derecho, en algunos casos, no depende, de manera absoluta de la libre voluntad del sujeto.

El deber jurídico.- Es el deber impuesto a una persona para cumplir con la norma jurídica. En otras palabras, cuando se obliga legalmente a una persona, ésta pierde al mismo tiempo el derecho de omitir lo que se le ordena o el de hacer lo que se le prohíbe. El único derecho del sujeto obligado es cumplir con su deber; por ello, cuando la libertad exterior de un sujeto se convierte en materia de un mandato legal, el obligado deja de ser jurídicamente libre en relación con esos actos u omisiones. **Por lo tanto, el deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra o a otras, de exigir de la primera que haga o no tal o cual cosa.** Así pues, a un **derecho subjetivo**, corresponde por fuerza un **deber jurídico** de otro, con relación a una norma legal imperativa, objetiva y general.

El autor que hemos venido citando en esta unidad, Eduardo García Máynez, en la obra ya comentada, nos habla, sin embargo, que el deber jurídico, para que sea eficaz, no solamente depende del imperativo de la ley objetiva, es decir del derecho positivo; sino que los sujetos a los que se les impone tienen que tener la convicción y el convencimiento subjetivo de que ese **deber** impuesto por la norma jurídica, **deber ser así y no de otra forma**. Esto es, que los sujetos a quienes se dirige la obligación legal, estén convencidos psicológicamente de la **justicia** de ese imperativo. En efecto, en esa obra se dice que: *El derecho tiene vigencia cuando es capaz de ejercer, sobre la voluntad humana, una influencia motivadora. Y esta capacidad resulta de una convicción no derivable de otras: la de que estamos obligados a observar los preceptos de aquel. El fundamento del orden jurídico es, por tanto, puramente subjetivo; el derecho descansa, para decirlo de otro modo, en factores de índole psicológica.*¹²

¹² Obra citada, página 409.

En síntesis, para que el **deber jurídico** tenga posibilidades de vigencia y positividad en una formación social, obviamente requiere del consenso de los sujetos a quienes se dirige, quienes deben tener el pleno convencimiento de que el orden jurídico impuesto les es conveniente por justo y equitativo; pues de otro modo, el incumplimiento generalizado de ese deber, por no considerarlo justo por sus destinatarios, lógicamente genera la impunidad y la obsolescencia del orden legal.

6.- Los valores jurídicos fundamentales; los valores jurídicos consecutivos y los valores jurídicos instrumentales.

Sobre el rubro de los valores jurídicos, según los tratadistas clásicos, se afirma que éstos se dividen en tres partes, que son los *valores jurídicos fundamentales*, los *consecutivos* y los *instrumentales*.

Se suele identificar como **valores jurídicos fundamentales**, a la **justicia**, la **seguridad jurídica** y el **bien común** y de ellos se dice que depende la existencia de todo orden jurídico auténtico; puesto que si en un momento dado los mandatos de quienes detentan el poder no cubren estos valores, bien se puede decir que la sociedad se encuentra regida por la fuerza más no por el derecho.

Los valores jurídicos consecutivos, como su nombre lo indica, dependen para su realización de los fundamentales, siendo los más importantes *la libertad*, *la igualdad* y *la paz social*. Mientras que **los valores jurídicos instrumentales**, son los medios, los instrumentos y los recursos que tiene a su alcance el gobernado para hacer valer tanto los valores jurídicos fundamentales como los consecutivos.

Dentro de los valores jurídicos fundamentales, tenemos en primer lugar, a la **justicia**, que ha sido definida desde la época aristotélica, como aquella virtud de dar a cada quien lo que le corresponde. Sin embargo, aún cuando pudiéramos identificar esta definición como la más apropiada para el término de justicia, no podemos pasar por alto que el término muchas veces es un concepto subjetivo, o más bien relativo, que se ha adoptado y definido de conformidad con la cultura y las prácticas sociales establecidas en

una sociedad concreta. De tal forma que lo justo en la época medieval no pudo ser lo mismo en la época posterior a la revolución francesa.

También se ha dado en identificar a la justicia con la igualdad; sin embargo, más bien consideramos que la igualdad es una parte o una característica de la justicia; habida cuenta que lo que iguala una cosa a la otra, son ciertas características comunes que cada una de ellas posee; más no quiere decir que ese principio de igualdad se refiera a que todas las cosas deban ser iguales o igualadas por sí. Por ejemplo, los seres humanos somos iguales por cuanto que poseemos intelecto y razón; pero somos desiguales en otros aspectos, como lo es en el sexo, el color, el idioma, la cultura, el origen y la edad.

Dependiendo de la interpretación a través de la justicia, en cuanto valor jurídico fundamental, se pudiera decir, que en determinadas formaciones sociales, se han establecido parámetros de desigualdad legal entre los hombres, debido a su posición económica y social, a su origen de raza, al color e incluso al sexo; haciendo prevalecer determinadas prerrogativas jurídicas para unos, en detrimento de otros. De ahí que precisamente la justicia se haya convertido en el instrumento para pretender igualar a los seres humanos frente a la ley, sobre todo cuando se afirma que la aspiración de ésta es precisamente alcanzar la justicia.

Desde luego que cuando la ley no puede igualar a todos frente a sí misma, por razones históricas concretas, bien por la posición económica de los miembros de la colectividad, bien por aspectos religiosos o por prejuicios de otra índole, es la justicia la que se encarga de igualar a quienes son desiguales en la sociedad; o en su defecto, de *desigualar* a esos mismos individuos, con el fin de “*dar a cada quien lo que le corresponda*”. Así, se dice que al delincuente le corresponde el castigo, mientras que al inocente la absolución; que al que más ingreso obtiene, le debe corresponder más carga tributaria que al que menos percibe, etcétera.

Es conveniente, sobre todo en este tema, tratar de exponer varios ejemplos con el fin de comprender estos aspectos; sin embargo, no debemos pasar por alto las características que desde los tiempos de Aristóteles se suelen conceder como inherentes a la idea de justicia, y así tenemos la **justicia legal, la justicia distributiva y la justicia conmutativa**. Expliquemos Ahora brevemente en qué consiste cada una de ellas.

La justicia legal, es aquella que tiene que ver con las relaciones que se dan entre la sociedad y sus individuos, desde el punto de vista de lo que éstos le deben a aquella, y así tenemos las obligaciones del ciudadano con la comunidad, como es el caso de los impuestos, el servicio militar y otros. Pero también se encuentra en este rubro de la justicia, los deberes del estado o del gobierno para con los miembros de la colectividad, como son la lealtad, la rectitud en sus actos y la promoción y aseguramiento del bien común.

Por su parte la **justicia distributiva**, tiene que ver con el derecho o la prerrogativa que tiene cada uno de los ciudadanos dentro de los bienes distribuibles que tienen que ver con el bien común. Aquí se pueden mencionar varios ejemplos, como el derecho a la tierra, a la educación, a la seguridad social y otros.

Finalmente tenemos la **justicia conmutativa**, que es aquella que rige las relaciones contractuales o civiles entre los particulares, pero en un plano de igualdad. Desde luego que sobre éste aspecto también existen varios ejemplos de la vida práctica, así como su diferencia con los de la justicia distributiva, y uno de ellos pudiera ser el derecho civil y el mercantil, que regulan los derechos personales, patrimoniales y comerciales entre los sujetos de un Estado; lo cual nos coloca en el plano de la justicia conmutativa; mientras que el derecho agrario y el de la seguridad social nos ubica, desde luego, en el lugar de la justicia distributiva.

En cuanto al segundo valor jurídico fundamental, respecto del cual se ha identificado a **la seguridad jurídica**, diremos que a ésta se le suele señalar como *Estado de Derecho*. Se dice que hay seguridad jurídica en un estado determinado, cuando los destinatarios de las normas jurídicas, tienen un conocimiento más o menos suficiente de los efectos de esas normas y, sobre todo, cuando despliegan su conducta de acuerdo con ellas. En ese sentido, se dice que no existe seguridad jurídica, cuando los infractores de la ley o del crimen organizado actúan impunemente, bien por la debilidad o la negligencia de los órganos del Estado. Sin embargo, también existe ausencia de seguridad jurídica, cuando el legislador, al crear la ley, omite someter al imperio de ésta a todos los funcionarios encargados de su aplicación. Es decir, cuando el legislador deja márgenes discrecionales a quienes han de aplicar la norma o cuando crea un número exagerado de éstas; pues en estos casos nadie sabe a que atenerse.

Así pues, es conveniente señalar, que **la seguridad jurídica** significa un estado que protege en la más perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para dicha tutela y goza de la confianza de quienes buscan el derecho, que éste será justamente aplicado.¹³ Por lo anterior, es claro que la seguridad genuina solo puede establecerse en un estado jurídico-político que se basa en la justicia; pues el orden aparente, fundado en el temor, nunca alcanza larga vida. De ahí que cuando la injusticia rebasa los límites aceptados, la resistencia generalmente desemboca en revolución (lógicamente el tema igualmente nos revela innumerables casos prácticos que podemos comentar).

El bien común, constituye el tercero de los valores jurídicos fundamentales, y sobre este concepto vale la pena relatar que desde el tiempo de la filosofía clásica griega, ya se ha escrito en varios textos lo relativo al bien común que debe privar en toda colectividad humana. Para que el bien común se pueda materializar al interior de un Estado, necesariamente se deberán tomar en cuenta las realidades del ser o realidades ontológicas, para que se pueda dar una eficaz armonía y equilibrio entre el interés general y los intereses de la persona individual; por eso se afirma que **los individuos no existen para el Estado, sino que éste se crea para beneficio de los individuos**. Es decir, el bien común, que debe ser la causa y el fin último del Estado, debe tener como premisa fundamental los derechos de los individuos que lo conforman. De tal manera que el bien o el derecho común se alcanza cuando todos los miembros de la sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes.

Una de las formas o medios más eficaces para llegar a obtener el bien común, lo constituye desde luego el derecho, y aún cuando en nuestro país y en muchos otros del mundo, el bien común es un proyecto y no, en todos sus aspectos, una realidad tangible; lo importante es que se tenga la conciencia sobre ello y que se busquen los mecanismos para que se legisle sobre el particular.

Veamos ahora lo que son y lo que significan los **valores jurídicos consecutivos**, respecto de los que dijimos que éstos son consecuencia inmediata de la realización de los

¹³ García Máynez, página 481.

primeros; esto es, de los valores jurídicos fundamentales. Dijimos también que los valores jurídicos consecutivos, tienen como sus bienes más importantes, **la libertad, la igualdad y la paz social.**

Por cuanto a la libertad se refiere, ésta no debe ser concebida únicamente como la serie de potestades públicas que tiene el individuo, como las de tránsito, reunión, prensa, religiosa, etcétera; sino también aquellas de ejercicio no obligatorio; pues en efecto, mientras mayor es el número de libertades de cada sujeto, lógicamente mayor es el ámbito de sus deberes. En otras palabras, si una persona, en un Estado ampliamente justo y democrático, tiene por consecuencia una amplia gama de libertades, lógicamente el resto de los individuos con los que vive en esa comunidad también tendrán ese amplio número de prerrogativas; lo cual significa que todos y cada uno de ellos tendrán también como deber el respeto del derecho de los demás. Por eso se dice que en una sociedad más o menos justa, el número de libertades del individuo corresponde al número de sus obligaciones.

La libertad individual, desde el punto de vista jurídico, desde luego que se traduce en la facultad de la persona para ejercer los derechos que le confiere el orden legal y constitucional; sin embargo, es claro que en diversos regímenes y en diversas épocas históricas, no todos los individuos han estado en completa aptitud de ejercer sus derechos constitucionales, no solamente porque no pudieran gozar de capacidad de ejercicio, sino porque las diferencias sociales les inhiben esa libertad, y precisamente la vida nos muestra múltiples ejemplos.

Debido a lo anterior, no se puede afirmar, al estilo de las corrientes liberales o neoliberales, que el fin último de todo Estado lo sea la libertad absoluta del individuo ni tampoco la libertad económica total; puesto que, como se ha dicho, no todos tenemos las mismas posibilidades de ejercer esas libertades. Como fin de un Estado, debe privilegiarse a la igualdad, en tanto dicha igualdad, según Aristóteles, debe consistir en tratar de modo igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales; por ello, **la igualdad es un valor jurídico consecutivo, al igual que la libertad**, porque dependen de la armonización y de la realización de los fundamentales. De manera tal que, cuando se dijo, por la corriente liberal, que todos deberíamos ser **iguales frente a la ley**, tal pretensión devino en una

quimera, puesto que no todos tienen la misma posibilidad de igualarse frente *al otro* ante la ley; ya que mientras un sector de la población es analfabeta, ignorante y pobre, y otro por el contrario, que es el minoritario, es el que posee bienes materiales en exceso, es obvio que la igualdad de la ley se trueca en una evidente farsa. Por eso en nuestro país, se buscó, a partir de las leyes de la revolución, de remediar esa máxima del liberalismo individualista, tratando desigual a los desiguales o en otras palabras, igualando ante la ley a los desiguales en la vida.

Finalmente, no es difícil advertir que para que exista **paz social** (la cual constituye el tercero de los valores jurídicos consecutivos), se requiere que la libertad y la igualdad de los individuos se reflejen en la realidad social y que, sobre todo, la totalidad de los individuos que conformamos la comunidad tengamos las mismas oportunidades de acudir ante los órganos del poder público para hacer efectivos los valores jurídicos fundamentales y los valores jurídicos consecutivos, por medio de los **valores jurídicos instrumentales**; pues de otra forma la paz social será solo una propuesta.

Los valores jurídicos instrumentales.- Como su palabra lo indica, son los instrumentos o los medios de los cuales se valen las personas para hacer efectivos sus derechos como gobernados. Así por ejemplo, podemos señalar como este tipo de valores, los derechos del ejercicio de la actividad jurisdiccional de los gobernados, los derechos políticos y los derechos de petición, entre muchos otros. En otras palabras, por medio del ejercicio de los valores jurídicos instrumentales, se logra la obtención, a favor de la persona física o moral, tanto de los valores jurídicos fundamentales, como de los consecutivos. Es decir, al hacer efectivos sus derechos una persona moral o física, invoca, tácita o expresamente a su favor, aquellos otros dos valores establecidos por el estado de derecho. De ahí que, cuando se acude, por ejemplo, en demanda de reivindicación de un inmueble ante un juzgado del fuero común o a pedir el amparo de la justicia federal por violaciones a sus garantías fundamentales, estemos hablando de la pretensión de obtención de la **justicia** (valor jurídico fundamental), mediante la libertad y la igualdad que se tiene para hacerlo (valor jurídico consecutivo).

7. El problema del derecho natural y del derecho positivo.

Desde la remota antigüedad, tal como lo veremos en la siguiente unidad, se ha considerado que al ser humano, por el solo hecho de serlo, le confluyen necesariamente derechos y obligaciones que son inherentes a su **naturaleza**. Unos pensadores sostienen que esos derechos provienen precisamente de las condiciones naturales del ser humano. Así por ejemplo, el derecho a la vida, a la procreación, a la expresión de las ideas, a la propiedad y a la reunión, se han traducido por los seguidores de la corriente naturalista, en los derechos fundamentales que son inherentes al ser humano por su propio origen natural. A éstos pensadores, se les suele ubicar como iusnaturalistas materialistas; porque creen que los derechos humanos provienen de la naturaleza del ser humano y de su entorno, como sería el caso incluso de los derechos ecológicos.

Los iusnaturalistas que siguen la corriente del materialismo, rechazan que los derechos del ser humano provengan del *espíritu universal* o de Dios; pues consideran que es la naturaleza material y circundante la que originó la creación del ser humano, y que por esa misma razón, los derechos fundamentales de éste no pueden derivar sino de la naturaleza misma que es meramente material y no creación divina.

De modo contrario, los naturalistas idealistas, si bien es cierto que asumen una posición opuesta al positivismo, no lo es menos que piensan que los derechos que le asisten a las personas tienen su origen en *su naturaleza misma*; es decir, en su *esencia* como ser humano, distinto de los demás seres, como los animales y las plantas. Sostienen los seguidores de esta corriente, que la naturaleza física no puede ser el origen de los derechos del ser humano, por la razón de que, de ser así, entonces los animales y las plantas deberían tener los mismos derechos que las personas físicas y morales; que tal desde luego no puede ser de esa manera, por la razón de que el ser humano tiene una *naturaleza* distinta a la de los demás seres. Esa *naturaleza humana* o *esencia racional*, es la que se debe considerar como el origen y la fuente de los derechos del ser humano; derechos que por provenir de su esencia, deben considerarse naturales e inherentes a esa condición; que por ello son derechos inmutables, inenajenables e irrenunciables; ya que

nadie puede renunciar a ellos por ser creación de aquella *esencia*, que descansa en última instancia en un ser supremo e infinito que no puede ser otro que Dios. Precisamente porque la vida es un derecho natural -dicen los iusnaturalistas idealistas-, inherente a la *naturaleza* humana, nadie puede renunciar a ella. Lo mismo sucede con el pensamiento, con la familia y con la sociedad, en grado ascendente, que son productos del derecho natural.

Para Aristóteles, tal como lo vimos con anterioridad, la ley o el derecho, tiene una parte natural y otra positiva. La primera se constituye por la idea o por el concepto que el ser humano tiene de justicia, por su convicción interna del concepto del deber. La segunda en cambio es la materialización de la norma que se aplica a la comunidad en un tiempo y lugar determinados. El pensador griego pretende *conciliar* de ésta manera las dos posturas que han acompañado a la idea del derecho desde su más remoto origen, es decir, al derecho natural idealista con el derecho positivo o material.

En conclusión, **la corriente idealista del derecho natural**, se fundamenta en que el origen de la ley no se encuentra en la naturaleza física o biológica, ni siquiera en la naturaleza propia del hombre, sino en un ser supremo creador del universo, a través de cuyas leyes se manifiesta el orden de la naturaleza y el orden social. Esta corriente del pensamiento jurídico, fue la base de la patrística y de la escolástica durante la Edad Media, cuyos máximos exponentes fueron desde luego San Agustín y Santo Tomás.

Una de las teorías más originales sobre el iusnaturalismo, desarrollada en la época moderna, pregona el origen del derecho en la "*naturaleza de las cosas*". Se considera que existe un orden dado previamente a los hombres, concebible por ellos y dotado de validez eterna y que ese orden natural debe servir de base para los sistemas positivos del derecho.

Sobre este tema, es preciso comentar, que como posición *ecléctica* iniciada por Aristóteles, en la época moderna algunos estudiosos de la Filosofía del Derecho, han desarrollado la corriente **positivista naturalista**; los cuales sostienen que es la naturaleza en sí, desde el punto de vista físico y material, el fundamento y origen del derecho. De esta forma, sostienen los *naturalistas positivistas*, que así como el orden físico y biológico en la naturaleza genera desigualdad entre las cosas y los animales, subsistiendo siempre el más

apto y el más fuerte por sobre el débil; de igual forma sucede en la esfera social y jurídica. Esta concepción *biologicista* y natural, como se verá con posterioridad, se asimila con la corriente ideológica positivista desarrollada en el siglo XIX, por el sociólogo Augusto Comte.

De manera tal que, bajo tales teorías, encontramos la justificación de las desigualdades sociales que han privado en diversas épocas y bajo prácticamente todos los regímenes socio-políticos, desde el esclavismo hasta nuestros días; puesto que mientras los naturalistas idealistas, sostienen, en última instancia, que los derechos de los hombres provienen de un ser supremo, *legalizando* así el derecho de unos sobre otros; los naturalistas materialistas, en cambio, le remiten a las ciencias de la naturaleza los derechos que le corresponden a los hombres.

De modo contrario a las tesis naturalistas, debemos ubicar a la **corriente positivista**, cuyo máximo exponente en la actualidad lo es Hans Kelsen, quien dice que no hay más derecho que el positivo, negando toda posibilidad al derecho natural. Para la teoría positivista del derecho, no hay más derecho que el creado, reconocido y aplicado por los órganos del poder público. Es decir, el que emana de las **fuentes formales del derecho**.

Hans Kelsen, considera pues, que ni la moral ni la naturaleza pueden ni deben tener la capacidad de orientar la creación de las normas jurídicas. De tal manera que no hay más fuente del Derecho que la ley escrita; y así, si nos preguntamos por el origen y fundamento de una sentencia penal, nos debemos remitir al Código Penal, que a su vez es creado por el texto de la Constitución, y más aún, si nos preguntamos por el propio origen de la Constitución del Estado, nos deberemos remitir a la más antigua y quizá hasta llegar a las primeras leyes escritas por algún tirano; pero nunca debemos indagar en la moral ni en la naturaleza el origen del Derecho. En el capítulo posterior veremos más a detalle ésta corriente moderna de la iusfilosofía.

8.- Comentarios.

A manera de conclusión y como aspectos fundamentales que se requiere sean resaltados con relación al presente capítulo, tenemos los siguientes:

a).- Que la categoría del *ser*, desde el punto de vista ontológico, se refiere desde luego a la persona física; es decir, al ser humano en sí mismo, al cual, desde el punto de vista de la *ontología jurídica*, le confluyen derechos y deberes. Sin embargo, conviene precisar en este punto, que para Kant -a cuya filosofía jurídica se hará referencia concreta en el siguiente capítulo- no existe diferencia esencial entre *el ser* y el *deber ser moral*. En otras palabras, no podemos diferenciar válidamente, cuando menos para el derecho y para la moral, al *ser* del *deber ser*.

El pensamiento del creador del los *juicios de valor*, a criterio personal, coincide, en ese aspecto, con lo que la filosofía marxista refiere sobre la concepción del *ser*; a pesar de que se trata de corrientes diametralmente opuestas; pues al respecto, tal como se verá con posterioridad a detalle, el materialismo dialéctico sostiene que no es el *ser* el que determina la vida social, sino que es la vida social la que forma al *ser*. Lo cual significa, indudablemente, que ambas corrientes del pensamiento filosófico coinciden en afirmar que el ser humano –en cuanto *homo sapiens*- es *ser* y *deber ser*. Es decir, *ser* de normas o leyes que obviamente son producto de la formación social en la que nace y se desarrolla como tal. Por ello, tanto desde la perspectiva del idealismo de Kant, como desde la del materialismo de Marx, podemos concluir válidamente que al *ser* no lo podemos dissociar del *deber ser*, en la medida en que la conciencia y pensamiento del ser humano corresponden al conjunto de influencias formativas que derivan del medio histórico-social y familiar. De manera tal que los valores morales y legales que el ser humano concibe, son desde luego el reflejo de los axiomas y paradigmas que sobre el particular han sido observados y aprobados previamente por la formación social y cultural en la que él, su familia, sus ancestros y sus semejantes se han desenvuelto.

De lo antes detallado, solo resta hacer notar la diferencia conceptual entre una y otra corriente del pensamiento filosófico; pues mientras bajo la teoría de Kant, los *juicios de*

valor de la moral se obtienen *a priori* de la *razón pura*; esto es, de *categorías abstractas* que no dependen de la experiencia sensible ni tampoco del entorno social. Para el marxismo, la concepción ética, moral y jurídica, no provienen de categorías *inmanentes* al ser humano, ni de la *razón pura*, sino de la experiencia social e histórica que se refleja en la conciencia del ser humano.

b).- Por lo que se refiere a la positividad y a la vigencia del orden legal de un Estado concreto, es conveniente puntualizar que no debe confundirse ni equivocarse el significado histórico y jurídico de cada una de tales categorías; puesto que el *Derecho positivo*, tal como lo relatamos con antelación, nos remite al conjunto de reglas establecidas y declaradas como obligatorias por el poder público. Sin embargo, para que el Derecho sea precisamente positivo, se requiere que su observancia sea cotidiana y efectiva; es decir, que se acate tanto por los órganos públicos creados para tal efecto, como por los gobernados. En otras palabras, se necesita que los gobernados y gobernantes, a quienes va dirigida la norma de Derecho, la reconozcan y la acepten, para que efectivamente se convierta en *Derecho positivo*.

Ahora bien, el concepto de la vigencia de las normas de la ley, se actualiza cuando aquel poder público del Estado las declara obligatorias, por medio del proceso de su creación (o fuentes formales del Derecho). De manera tal que hasta aquí, la anterior definición del *Derecho vigente*, obviamente que se equipara por analogía al concepto de *Derecho positivo*; sin embargo, no perdamos de vista que para que el *Derecho vigente* sea *positivo*, no solo se requiere que la norma sea aprobada por el proceso legislativo y declarada obligatoria por el poder público o gobierno, sino que, además, es requisito indispensable que los destinatarios de la ley; esto es, tanto gobernados como los poderes encargados de su aplicación, la reconozcan y la acepten; ya que de modo contrario, esa norma legal solamente quedará como *Derecho vigente* y no *positivo*.

Lo anterior no significa, en forma alguna, que el *Derecho vigente* no sea, o no pueda ser, de manera fatal, *Derecho positivo*; pues de conformidad con la explicación antes expuesta, tanto el *Derecho vigente* como el *positivo*, tienen su origen, cuando menos en nuestro país, en las fuentes formales del Derecho, y a ambos los declara obligatorios el poder público. La diferencia está en el hecho de la aceptación, reconocimiento y

observancia que del Derecho o parte de éste hagan los gobernados y los propios encargados de su aplicación; pues de otro modo, las normas solo habrán sido declaradas obligatorias y vigentes, pero en los hechos quedarán solamente como *letra muerta*.

De manera tal que cuando se da el caso de que en un Estado determinado, la mayoría de las leyes que conforman su sistema jurídico, no se observan como *Derecho positivo*, es cuando se suele decir que hay ausencia de *estado de derecho*; bien porque las leyes se crearon sin el consenso de de los destinatarios, bien porque se trata de leyes producto de alguna tiranía o dictadura o bien porque se promulgaron para un pueblo cuya realidad no corresponde con el Derecho instituido. Los ejemplos sobre el particular, en nuestra realidad nacional, son ilustrativos al respecto, y por citar solo alguno, tenemos el caso de la Constitución de 1857, la que, ante su falta de correlación con la realidad del México de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, quedó, en muchos de sus postulados, como *letra muerta*, lo cual ocasionó, al principio, la dictadura de Porfirio Díaz, y a la postre, la revolución social de 1910.

La explicación anterior, nos remite por consecuencia al tema de los valores jurídicos; pues cuando en un régimen socio-político no se observa con un grado aceptable el orden legal, se torna casi imposible que los gobernados puedan tener a su alcance los *valores jurídicos instrumentales* que se requieren como indispensables para acceder a los valores jurídicos fundamentales, que en la realidad tangible se traducen en el acceso a la justicia, a la seguridad jurídica y al bien común. En efecto, cuando la estructura legal de una formación social no concuerda con la realidad histórica, como sucedió con el marco legal producto de la Constitución de 1857, mediante la cual se privilegiaron los derechos individuales de corte burgués por encima o en desconocimiento de los derechos sociales, lógicamente la consecuencia real se tradujo en la carencia de instrumentos jurídicos (o valores jurídicos instrumentales) para la mayoría de la población de aquel tiempo, conformada por campesinos, indígenas y jornaleros, que no tuvieron en los hechos la posibilidad de haber sido igualados ante la ley, dadas las desventajas sociales y económicas en que se encontraban frente a la clase social conformada por terratenientes y aristócratas.

Lo mismo se puede decir respecto del sistema penal que en la actualidad nos rige, sobre todo en materia de persecución e investigación de los delitos, en el que aún priva el método *inquisitorial*, mediante el cual el Ministerio Público, en cuanto dependiente del poder ejecutivo y no del judicial, es el único titular del ejercicio de la acción penal y de reparación del daño; lo cual, por principio, relega la capacidad de ejercicio del propio ofendido, quien solo puede participar tanto en la averiguación como en el proceso, mediante *la tutoría* de aquel, restándole por tanto el acceso a los *valores jurídicos fundamentales*, ante la carencia de los instrumentos o medios jurídicos para ejercer sus derechos. Por lo demás, al encontrarse el Ministerio Público bajo la esfera del poder ejecutivo y no del judicial y, sobre todo, al desplegar su investigación en sigilo y generalmente sin audiencia del inculpado, se deja a éste en casi completo estado de indefensión; esto es, sin posibilidad de acceso real a la justicia ni a la seguridad jurídica, como *valores jurídicos fundamentales*, ante la carencia misma de *valores jurídicos instrumentales* o instrumentos jurídicos para una adecuada y formal defensa.

c).- El derecho natural no debe ser conceptuado fatalmente como derivado de una concepción idealista ni reduccionista; ya que si se considera que el ser humano, en cuanto ser social, posee, por ese solo hecho, prerrogativas inherentes a su condición humana, obviamente que esas prerrogativas se deben ver siempre como producto de las necesidades y aspiraciones del entorno común; y en ese tenor, esas necesidades y aspiraciones debieran ser las que a su vez generen la creación de las normas de derecho; es decir, el derecho positivo. De tal forma que, bajo esta perspectiva, más bien pudieran ser complementarios y consustanciales el Derecho Natural con el Derecho Positivo, tal como lo pensaba *el filósofo de Estagira*. Tal pensamiento considero que no es una posición cómoda, ni siquiera ecléctica; pues en la actualidad nadie puede negar la tendencia natural de las instituciones protectoras de los derechos humanos, ni tampoco la tutela de los *usos y costumbres* que comparten ciertas comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos y obligaciones; lo cual desde luego nos pone de relieve que la corriente naturalista del derecho debe ser tomada en cuenta en el proceso legislativo.

En otras palabras, el derecho positivo viene a ser, por decirlo de alguna manera, el estudio de la técnica del derecho; ***mientras que el derecho natural no pudiera ser***

concebido de otra forma sino como la conciencia del Derecho o más bien la Filosofía del Derecho misma. Es decir, desde el punto de vista natural, el hombre, como persona responsable, está obligado a desarrollar su naturaleza ética o espiritual y por ende a alcanzar su finalidad suprema; de ahí que los deberes sociales, que nos obligan a ejecutar todo aquello que es necesario para la conservación de la sociedad y evitar todo lo que pueda constituir un daño, sean, al mismo tiempo, deberes morales.

Por ello también podemos afirmar que tanto la norma ética o la moral, como la norma de Derecho, no solo tienen su origen en la vida comunitaria del ser humano, sino en la idea misma de preservar esa vida gregaria o colectiva, como fin supremo de ese ser. Por tanto, la idea de conservación de la vida comunitaria, que tiene como fines primordiales la preservación de la especie humana, su libertad y su integridad, desde luego que es concebida como una idea de conservación natural (instinto de conservación), que a su vez origina tanto la norma moral como la jurídica, esta última que se convierte en derecho positivo al aplicarse por los órganos del poder público creados por ella misma. Por tanto, se insiste en que el *Derecho Natural*, debe ser consustancial al *Derecho Positivo*.

II. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO y LA JUSTICIA.

1.- El Antiguo Testamento y el Derecho como idea divina.

Prácticamente todos los sistemas jurídicos occidentales, o más bien dicho, los sistemas jurídicos de origen continental europeo, resienten una fuerte influencia histórica de la tradición normativa del Antiguo Testamento, es decir, de la conocida **Ley Mosaica**, que en su esencia contenía los famosos *Diez Mandamientos* de la Ley de Dios.

Es justo reconocer sin embargo, que la cultura jurídica occidental, no parte ni inicia, en forma alguna, con la civilización judía; pues la mayoría de los eruditos de la historia del Derecho, mencionan a la cultura Mesopotámica y Asirio-Babilónica, como la cuna del Derecho en el mundo occidental; tan es así que el pueblo judío acusa una fuerte influencia de la legislación babilónica, la cual encontró su máxima expresión jurídica en los famosos tratados legales conocidos con el nombre de *El Código de Hamurabi*, en el que, allá por el siglo XVII antes de Cristo, el rey Hamurabi, reglamentó, entre otros aspectos, las relaciones sociales y económicas de aquel imperio. Pero a diferencia de las *leyes mosaicas*, la legislación babilónica no solo creó un Derecho que reguló la actividad comercial de la época, prohibiendo por ejemplo las exportaciones en perjuicio del consumo local; sino que, además, se logró aplicar un régimen judicial más o menos laico, al separar la actividad de los jueces de la influencia de los sacerdotes.

No obstante ese principio de *laicismo judicial* de la civilización mesopotámica, es prudente reconocer que la órbita religiosa no se dejó de lado en la creación y en la aplicación de la ley; puesto que en ese aspecto siguió prevaleciendo, por ejemplo, el famoso *juicio de Dios*, como una especie de prueba concluyente, sobre todo en materia penal, que concluía generalmente con la pena de muerte al aplicar la famosa *Ley del Talió*¹⁴. Sin embargo, se debe dejar en claro, que es precisamente la cultura mesopotámica la considerada como la pionera del Derecho, por cuanto que el trabajo legislativo, al igual que la filosofía en la Grecia clásica, empieza a *independizarse* de la

¹⁴ F. Margadant, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, página 40

religión para formar un cuerpo normativo regulador de la vida social separado de los dogmas religiosos.

Por el contrario, la cultura hebrea no se pudiera entender sin la presencia avasalladora de Dios o de Jehová; de ahí que al Derecho no se le pueda ubicar, en esa época sobre todo, disociado de la cultura religiosa. De esta forma, los que nos hemos formado bajo la tradición judeo-cristiana occidental, desde nuestra infancia escuchamos recitar y recitábamos a la vez, ordenanzas tales como: *No matarás; no desearás la mujer de tu prójimo; no robarás; no rendirás falso testimonio*, etcétera. Éstas prescripciones normativas aún cuando tuvieron su origen en los textos bíblicos del Antiguo Testamento, como disposiciones dictadas por el Jahvé o Dios de los judíos, bajo un influjo eminentemente idealista y naturalista, han orientado sin embargo, como se ha dicho, a la mayoría de los regímenes jurídicos que se han sucedido en la historia del mundo occidental.

Tal como lo sostiene el filósofo inglés Thómas Hobbes, en su obra *El Leviatán*, desde sus orígenes gregarios, el ser humano tuvo la necesidad de conformar un poder que se ubicara por encima de él mismo, con la finalidad de que, con la fuerza conferida por los miembros de la colectividad, les protegiera de una muerte violenta a manos de sus semejantes y que evitara, a la vez, el hurto de su patrimonio. Esas necesidades *naturales* del ser humano, fueron conformando la creación y surgimiento del poder y posteriormente del Derecho. Pero para el pueblo judío, esa necesidad de ordenar la vida colectiva del ser humano, por medio de normas válidas para todos, provino de Dios, quien es el origen de toda ley moral y jurídica. Sea como fuere, no existe en la actualidad, cuando menos en el sistema occidental, orden constitucional que no contenga casi todas las previsiones que contemplaban las leyes del antiguo testamento.

Con relación al tema que ahora tratamos, C.J. Friedrich, nos comenta que: *El Dios sin nombre de Israel, se diferenciaba claramente de los dioses que rodeaban a otros pueblos por su constante preocupación por la ley. El Antiguo Testamento está lleno de*

*actos de legislación (...) para lo cual premia y castiga al pueblo elegido, de acuerdo con su comportamiento en relación con esas leyes.*¹⁵

El autor en comento, también nos dice que la influencia del Nuevo Testamento, la encontramos presente de igual forma en el sistema legal de las civilizaciones anglosajonas; sobre todo a partir de la corriente del *puritanismo*, el cual se ha fundamentado en la fe hacía el orden legal, producto de la fe misma en el Dios del pueblo hebreo. Esa misma fe que se originó en el respeto hacía el sacerdote o ministro del culto religioso, como intérprete de la ley. Así, nuestro autor, nos dice de igual forma, que: *No fue mera casualidad que, en su lucha por un gobierno constitucional, los puritanos escogieran como santo y seña de su revolución de 1648, “A tus tiendas, oh Israel”; en realidad se consideraban como la tribu perdida de Israel. La acentuada importancia que se da a la ley en el desarrollo político y gubernamental de Inglaterra y, más tarde, de los Estados Unidos, aunque antecedió a estos movimientos, encontró firme apoyo religioso en tales ideas (...)* Puesto que para el derecho siempre tiene importancia fundamental que la obligación de sus normas se encuentre firmemente anclada en la convicción de la legitimidad de la autoridad que crea la ley, sea Dios, sea la acción popular, la importancia de las normas legales en la vida social estará, en todo momento, hondamente influenciada por la fe en la legitimidad del gobierno que las impone y por la cual son creadas.¹⁶

No cabe duda alguna que la idea de la ley en el pueblo hebreo, ha tenido su fundamento en el fideísmo más arraigado que se conozca. De tal forma que esa convicción en la fe ha sido desde luego inspiradora no solo para el espíritu religioso monoteísta; sino, como lo hemos visto, para el Derecho mismo, el cual, desde la perspectiva occidental, incluyendo las corrientes continental europea como la nuestra, así como la anglosajona - quizá con más preponderancia ésta última-, la fe en la ley represente el pilar fundamental de todo sistema jurídico; pues, en efecto, no pudiéramos concebir ningún régimen socio-económico y legal del mundo moderno y contemporáneo, que no se base en la fe de sus gobernados y miembros del poder, hacía su sistema legal, para que éste se pueda mantener como derecho positivo y vigente.

¹⁵ *La Filosofía del Derecho*, 21 y 22.

¹⁶ Ídem páginas 22 y 23.

Ese espíritu del fideísmo judío, pilar también de la religión católica, apostólica y romana, que en muchos sentidos ha sido fuente de términos legales incluidos en nuestra tradición jurídica, se refleja sobre manera, en la siguiente tesis: *A este respecto, cabe recordar que, en el Nuevo Testamento, dice Jesús: “No he venido para abrogar la ley, sino para cumplirla”.*¹⁷ En ésta cita, se advierte clara y evidentemente el profundo respeto que el pueblo judío y, después el católico, ha tenido por la ley; es decir, la fe en el orden jurídico que ha sido estatuido bien por el hombre a través de la acción popular o bien por el imperio de Dios. De manera tal que esa posición fideísta del pueblo judío, constituye, sin lugar a dudas, uno de los antecedentes más remotos de nuestros sistemas jurídicos occidentales.

Más aún, dentro del Nuevo Testamento, que es base de la religión católica, tal como lo vimos también con anterioridad, encontramos cierta concepción seglar y laica en el Derecho judío; pues hemos notado que Jesús dijo que *no había venido para abrogar la ley, sino para cumplirla*. Y después diría también su conocidísima frase de *“Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César”*; refiriéndose desde luego al César y a la Ley, como producto del Estado Romano; esto es, como producto del régimen jurídico-político del imperio que en aquella época había conquistado al pueblo hebreo e impuesto a éste su sistema legal. En otras palabras, la idea del Derecho en el pueblo judío ya contenía un cierto concepto de laicismo; es decir, de entender que la religión y el derecho deben caminar por cuerda separada.

2. La concepción del derecho en la Grecia Clásica. De Sócrates a Aristóteles.

La época clásica a la que nos referimos en esta unidad, tiene que ver con la época misma del esplendor de la cultura helénica, tanto en el arte arquitectónico y de las letras, como en el de la filosofía. Es el tiempo del reinado de Pericles el Grande, a cuyo siglo se le conoció precisamente como *El Siglo de Pericles*, que debemos ubicar en el siglo V antes de nuestra era.

¹⁷ C.J. Friedrich *La Filosofía del Derecho*, página 24.

De ese tiempo datan también las famosas *Leyes de Solón*, mediante las cuales el rey con cuyo nombre se le conoce a ese cuerpo normativo, despliega toda una actividad legislativa a favor de los campesinos sin tierra; limitando las grandes extensiones de los latifundios para conceder tierras a los siervos que así podían lograr su libertad o manumisión¹⁸; lo cual nos pone de relieve, sin lugar a dudas, que la idea de la propiedad privada, va no solo ligada al concepto de libertad, sino que incluso se le puede considerar como el origen del derecho mismo, partiendo del concepto de que, según la filosofía marxista, la propiedad sobre los medios e instrumentos de producción, son los creadores del derecho y de la ley civil y no la idea de justicia.

El florecimiento de la filosofía clásica en Grecia, precisamente corre de los siglos V al I antes de Cristo, que también coincide con el auge del sistema esclavista de producción, cuyo fundamento descansaba en dos clases antagónicas desde el punto de vista sociológico; es decir, los esclavistas, dueños de la tierra y también de sus trabajadores, por un lado, y los esclavos que ni siquiera eran dueños de sí mismos, por el otro. Luego entonces, mientras unos eran obligados al trabajo más infrahumano que haya registrado la historia, otros se podían dedicar al gobierno, a la política, a los viajes y, desde luego, a la erudición del pensamiento; en otras palabras, a la filosofía.

Los pensadores a los cuales nos vamos a referir en este capítulo, dieron por sentado y por *legalmente justo* el orden esclavista, al cual concibieron como producto del *orden natural* de las cosas y de los hombres, en cuya esencia estaba el que unos fuesen esclavos y otros señores. Partiendo de esta premisa histórica, se puede pasar ahora a estudiar lo que los filósofos clásicos de la antigüedad griega pensaban sobre el derecho.

Con **Sócrates** (469 a de C.), desde luego que no inicia el esplendor de la filosofía clásica griega, pero desde luego que es uno de sus máximos exponentes, y sobre todo, en lo relativo a la Filosofía Política y a la Filosofía del Derecho, a la ética y a la moral. No arranca con Sócrates el pensamiento filosófico a que nos referimos, puesto que previamente la filosofía helénica ya había tenido a grandes pensadores, tanto materialistas como idealistas, tales como Protágoras, Gorgias, Calicles, Demócrito y Heráclito de Efeso,

¹⁸ F. Margadant, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, páginas 65 a 67

entre otros; sin embargo para el objetivo de nuestra materia, se considera que es a partir de Sócrates cuando empieza a consolidarse una teoría sobre la justicia y la ley.

De conformidad con la filosofía de Sócrates, a quien se le considera como el padre del método denominado *de la mayéutica*, que significa parto espiritual, partiendo del hecho de que la madre de este filósofo era partera, había la necesidad de proponer dar a luz las ideas más precisas con sus interlocutores, por medio de preguntas y respuestas que se generaran en forma dialéctica.

Para Sócrates, la idea de justicia es la ley misma; pero esa ley no solo tenía que ver con la norma aprobada por los ciudadanos que conforman *la polis* o la ciudad, sobre lo que debe hacerse o lo que debe evitarse; sino que también tiene que ver con la ley no escrita, la cual se refiere a aquella norma imputable a un legislador supra-humano y cuya violación va unida a penas o sanciones que corresponden al reino de la naturaleza y a las que absolutamente nadie puede sustraerse. Desde luego que bajo esta definición teórica, no podemos menos que ubicar a Sócrates en una posición definitivamente iusnaturalista.

Mencionaba como ejemplos de esas leyes naturales, el deber de honrar a los dioses y a los padres, la obligación de corresponder a las buenas acciones y la prohibición del incesto. Sócrates sin embargo, no adoptó una posición eminentemente naturalista del derecho, puesto que sostuvo que la justicia no puede ser contrapuesta al derecho positivo, porque únicamente en el orden social es donde éste puede encontrar sus formas de expresión.

De igual forma, el pensador de Atenas, coincidía con la idea de los sofistas, en el sentido de ***que la esencia del derecho debería buscarse en la naturaleza del hombre.*** Pero Sócrates consideraba igualmente, que no solo había que buscarlo en los aspectos superficiales del hombre, sino en su esencia o espíritu ético. A partir de esta premisa, encontramos en Sócrates, las bases de la antropología filosófica.

Como discípulo de Sócrates y que es quien realmente escribe sobre la vida obra de éste, tenemos al filósofo creador del idealismo objetivo, **Platón** (427-347 a de C), quien se propuso investigar la naturaleza del orden social a partir de la naturaleza misma del hombre. En su obra *De la Política*, Platón considera al Estado como un gran hombre, cuyo

origen lo ubica en el *ethos* del individuo; es decir, en su esencia moral; **por ello, la esencia del Estado únicamente puede deducirse de la naturaleza del hombre.**

De conformidad con lo anterior, **la antropología filosófica, constituye para este pensador idealista, el fundamento de la doctrina del derecho y del Estado.** Esta teoría concibe al ser humano como el ente compuesto por tres capas superpuestas, en las cuales, el escalón inferior forma parte del patrimonio íntimo del hombre, esto es, se encuentra integrado por los instintos de nutrición, de reproducción y por la necesidad del descanso y del sueño. En el segundo escalón se encuentran las fuerzas activas del alma, como serían el valor, el orgullo y la esperanza y, finalmente, la capa superior que es la razón, la cual, mediante el saber, se abre para recibir la esencia de lo divino, cuya recepción se ubica en el reino de las ideas.

La posición de Platón, desde luego que se ubica igualmente en el iusnaturalismo idealista, por medio de su teoría del mundo objetivo de las ideas; pues, en efecto, volviendo a la antropología filosófica, tenemos que, según Platón, cuando las potencias del alma se ordenan de acuerdo con su escala, bien podemos decir que el hombre se encuentra en su estado natural, pero que por el contrario, cuando las fuerzas inferiores o los instintos dominan a las superiores, nos encontramos en una posición contraria a la naturaleza.

De ahí que la naturaleza del Estado tome su origen en la naturaleza del hombre, lo que significa que la comunidad política no nace por la unión arbitraria de los hombres, sino que la causa del Estado consiste en que ninguno de nosotros puede satisfacer por sí solo sus necesidades, ya que cada uno necesitamos del concurso de los demás. En otras palabras, para Platón son las necesidades del ser humano las que crean al Estado. Dicho filósofo, concibe a ese Estado, en forma jerárquica o estamentaria, dentro del cual la razón corresponde a los gobernantes, el valor a los guerreros y la habilidad manual a la actividad económica. Identifica a la justicia como el orden natural en el hombre y en el Estado, y por ello, sostiene que la justicia consiste en que la razón prevalezca sobre la voluntad y los instintos; pero que también la justicia exige que cada quien haga lo suyo. Dice también que los seres humanos aspiran a su perfeccionamiento y que esa aspiración no es otra cosa que su *idea*, la cual constituye, además, la esencia de todas las cosas.

En sus famosos *Diálogos*, Platón nos muestra una concepción igualitaria de género; es decir, para él no existe ni debe existir diferencia material ni moral entre el hombre y la mujer, a diferencia de Aristóteles, y aún cuando esta posición la expresa refiriéndose como a la autoría de su maestro Sócrates, lo cierto es que no podemos soslayar que en la narración de sus obras se trasluce intrínsecamente su personal forma de pensar. Así, sobre lo anterior, nos dice: *Di también mujeres, mi querido Glaucón, porque no creas que he hablado más bien de los hombres que de las mujeres, siempre que estén dotadas de la conveniente aptitud. Así debe ser, puesto que en nuestro sistema es preciso que todo sea común entre los dos sexos*¹⁹.

Este pensador griego, que es el creador del mito de las cavernas, igualmente nos comenta, que lo bueno y lo justo no es algo que los hombres podamos escoger libremente; sino que más bien están predeterminados por nuestra *idea* del hombre; que alguien bueno, en el sentido de bondadoso y estricto del término, no puede ser otro sino Dios, ya que solamente él es bueno y bello. En estos conceptos encontramos, sin lugar a dudas, los antecedentes de la filosofía y de los argumentos ontológicos de San Agustín y de San Anselmo.

En ese mismo orden, Platón nos dice que el mundo es una reproducción de la idea divina; que por ello, la idea del derecho no es más que la idea de la justicia natural y divina. De ahí que todo gobierno debe ejercerse en beneficio de los gobernados. En otras palabras, el buen gobierno debe atender no solo a las necesidades del individuo sino a lo que le es común a todos ellos. ***Con esta teoría del beneficio colectivo, podemos ver el nacimiento del concepto del bien común y del derecho comunitario***, que descansa, sin embargo, en la idea de protección a la *polis* o ciudad, que para la cultura helénica, como con posterioridad para los romanos, tendría un significado especial, que partía de proteger, por encima incluso del individuo físico, los intereses de la ciudad. En la obra antes citada, el creador del mito de las cavernas, con relación a la teoría de la justicia del bien común, nos dice que *en un Estado bien regido todo debe hallarse en común; las mujeres, los hijos, la educación, los ejercicios que se refieren a la paz y a la guerra, así*

¹⁹ Platón, *Diálogos, La República o de lo Justo*, página 569.

*como que es preciso dar a ese Estado por jefes a hombres consumados en la filosofía y en la ciencia militar*²⁰.

Congruente con su forma de pensar, Platón dice que cuando los mandamientos del Estado son contrarios a la naturaleza del hombre, es legal negarse a obedecerlos. Sostenía que existen derechos inviolables de la persona, como el caso de su dignidad; sin embargo, admitía la institución de la esclavitud y además pugnaba porque se eliminara a los niños retrasados y que no se diera ayuda médica a los delincuentes.

Sin lugar a dudas, el máximo exponente de la filosofía griega lo es **Aristóteles de Estagira** (384-322 a de C), pensador cuyas teorías hasta en la actualidad siguen vigentes en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo occidental y democrático, dentro de los cuales nuestro país desde luego no es la excepción, lo cual se verá en la próxima unidad, sobre todo en el derecho comunitario indiano y en la teoría de la igualdad.

Aristóteles no solamente influyó profundamente al pensamiento propiamente filosófico y jurídico, sino, además, al mundo de las ideas políticas y al de la ciencia empírica. Es decir, el *estagirita* sigue siendo conceptuado, a la vez, como el filósofo cuyas teorías sentaron las bases de la filosofía escolástica y la teoría del derecho; de la teoría del conocimiento mismo; del racionalismo y aún del empirismo.

A diferencia de Platón, Aristóteles, negó la trascendencia de las ideas respecto del mundo, y de conformidad con su doctrina, todas las cosas terrestres se componen de materia y forma; por ello afirmaba que todos los seres están destinados a un fin y únicamente adquieren su verdadera naturaleza cuando realizan el fin al que están destinados. Sostenía que todo ser finito es dinámico y se encuentra en devenir constante (**Teoría de la dialéctica**). Sin embargo, la influencia de su maestro, incluso la de Sócrates, no las pudo desterrar radicalmente, sobre todo en los aspectos relativos a la Ética y al Derecho; de manera que en su Libro Primero de *La Ética*, nos dice lo siguiente: *Porque, en el plano de las relaciones sociales o políticas entre los hombres, no se puede hacer nada sin que haya en el hombre un carácter o cualidad moral. Es decir, se debe ser hombre de mérito moral. Y mérito moral significa estar en posesión de las virtudes. Es, por consiguiente, necesario que, quien quiera alcanzar o conseguir algo, en el orden de la*

²⁰ Obra citada, página 569.

*política o la sociología, sea él personalmente hombre de buenas costumbres*²¹. En la cita anterior, nos queda evidenciada la influencia que la ética socrática ha marcado en Aristóteles, sobre todo cuando hace referencia a los conceptos de la *virtud* y las *buenas costumbres*; términos que Sócrates utilizó para defender sus argumentos éticos frente a los *sofistas* de la época.

Por cuanto a la influencia de su maestro directo, que como es sabido lo fue Platón, Aristóteles, al disertar sobre la definición del *bien*, nos muestra, hasta cierto punto esa influencia del idealismo objetivo de su preceptor, al expresar que *hay, en efecto, unos bienes que se hallan en el alma; por ejemplo: las virtudes; otros, que radican en el cuerpo: la salud, la belleza; otros, en fin, que son extrínsecos o circunstanciales: la riqueza, la autoridad, la honra y cualquier otra cosa del mismo género (...)* De todos ellos, son los mejores los que radican en el alma²².

En cuanto a su concepción sobre las cuestiones morales y del Derecho, desde luego que no se pueden regatear a este filósofo sus alcances universales, por cuanto a la influencia que a su vez generaron sus teorías en pensadores de la época moderna. Sobre lo anterior, el *estagirita*, nos dice, en la obra ya comentada, lo siguiente: *Es, por consiguiente, evidente que el hombre es el verdadero procreador o productor de las acciones (...)* Ahora bien, el principio de una acción mala, como de una acción buena, es una determinación, un acto de voluntad y todo aquello que en nosotros tiende a la razón (...) Y, en consecuencia, no hay que dudar de que está en nuestro poder el ser buenos o malos²³. Ésta teoría de la voluntad y del libre albedrío que despliega Aristóteles, la encontraremos casi dos mil años después, expuesta magistralmente por el filósofo alemán, nacido en la entonces Prusia, Immanuel Kant, en su *Metafísica de las Costumbres*.

Sobre el tema de la *voluntad* que estamos tratando, Aristóteles ya distinguía lo que en los sistemas jurídicos modernos conocemos, en materia penal, como premeditación y preterintencionalidad; pues en ese sentido, decía que: *Hay entre los legisladores algunos que definen y distinguen entre las cosas hechas voluntariamente y las hechas con*

²¹ Aristóteles, *La Ética*, página 323.

²² Ídem, página 330.

²³ Página 339

*premeditación. Y aplican o determinan penas menores para las cosas que se hacen voluntariamente, que contra las cosas que se hacen con premeditación*²⁴.

En su teoría de los fines, el filósofo griego, decía que la actualidad que posee cada cosa al momento de su nacimiento es su *naturaleza*. Pero cada cosa lleva en si misma su fin o su *entelequia*. Mientras que para Platón solamente las ideas poseen realidad objetiva; para Aristóteles, en cambio, solamente las cosas individuales compuestas de materia y forma son reales; pero todas ellas están subordinadas a Dios como su fin supremo; por ello, **el deber ser** tiene sus raíces en la naturaleza dinámica del ser finito, pues el fin del hombre determina la norma que debe seguir su conducta a fin de alcanzar su posible perfeccionamiento; por ello, el hombre se conduce bien y correctamente si aplica sus energías al fin que corresponde a su naturaleza.

Nos dice también Aristóteles, que **la moral y el derecho no dependen de la voluntad caprichosa del hombre, sino que están determinados objetivamente por la naturaleza misma del hombre y por la de la comunidad que se basa en aquella**; que por ello, no existe diferencia radical entre el ser y el deber ser, pues éste se encuentra enraizado en el ser del hombre (Tal vínculo indisoluble entre el Ser y el *Deber Ser*, lo encontraremos después igualmente en la Filosofía del Derecho de Kant).

De conformidad con lo anterior, tenemos que, al igual que Sócrates y su maestro Platón, Aristóteles también asume en este sentido una posición naturalista. Pero, además, al igual que sus antecesores, privilegia, en la misma forma, el derecho preferencial de la comunidad por sobre el individuo. De ahí su famoso aforismo de **que el hombre es un animal social y político; porque su naturaleza lo conduce hacia la vida en común**. Así, sostiene que de la unión natural entre el hombre y la mujer se forma la familia; varias familias integran la tribu y la unión de varias tribus constituye la ciudad o la polis (el Estado griego). Por tanto la ciudad (o la comunidad), es el fin al que aspira el hombre de acuerdo con su naturaleza, pues solo en ella se logra el desarrollo de sus aptitudes y su vida perfecta. La obra fundamental en la que desarrolla su teoría del derecho, es *La Política*, en la que Aristóteles sostiene que quien no necesita del Estado es o un animal o un Dios. Por ello dice que lo justo es lo que aprovecha a la comunidad.

²⁴ Ídem, página 344.

Aristóteles distingue entre derecho natural y positivismo jurídico, y así, en su obra ya comentada, dice que el derecho estatal toma su origen del derecho natural. Desde luego que esto no significa que el derecho natural pueda existir fuera del Estado, sino que subyace en la naturaleza del hombre y en la del Estado mismo; y nos dice, en esa dirección, que ***cada norma jurídica obligatoria se compone de un elemento natural y de uno positivo; que el primero proporciona el fundamento jurídico, en tanto el segundo determina su realización en el tiempo y en el espacio.*** En esto último encontramos, desde luego, el origen de la teoría de la equidad.

Desarrolla también la idea de la ***justicia distributiva*** y de la ***justicia conmutativa***. La primera, es la que reconoce a cada persona lo que le corresponde a su condición dentro de la comunidad; mientras que la segunda representa las leyes de la igualdad, en las cuales se debe tratar a todos por igual, precisamente ***igualándolos ante la ley o tratando desigual a los desiguales, en forma proporcional a su desigualdad.*** A este respecto, en el tema que se comenta, nos decía también que *nos encontramos inicialmente con que lo justo tiene dos aspectos. Uno de ellos es el de la justicia legal, porque los hombres dicen que lo que prescribe la ley es lo justo (...) la justicia es una virtud perfecta (...) Pero la justicia en el trato con nuestros prójimos es algo distinto de esta justicia legal de que hemos estado hablando. La justicia, vista en nuestro trato con otro, no puede simplemente ser justo uno en sí mismo. Y éste es el principio de justicia social y la virtud de la justicia, que tiene por campo la vida social (...)*²⁵.

De conformidad con lo antes expuesto, no cabe duda alguna que las teorías sobre la justicia y la igualdad en Aristóteles, son de una importancia tan decisiva, que en los órdenes constitucionales que han desarrollado el Derecho social, como en el caso de México, se ha tenido que indagar, como fuente formal, real e histórica de ese derecho, en las teorías del *estagirita*, y como ejemplos claros tenemos desde luego al Derecho Agrario y al Derecho Laboral, en los que las previsiones constitucionales y de la ley secundaria, nos obligan a igualar ante la ley a los intervinientes en esos procedimientos. En ese sentido, en la diversa obra intitulada *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, Alfred Verdross, respecto de las teorías del bien común y de la equidad en Aristóteles, nos

²⁵ Ídem, 357 y 358.

comenta que el estagirita, sostenía también lo siguiente: *La sociedad está determinada por la naturaleza del hombre, único ser dotado de razón; en consecuencia, la sociedad no puede proponerse otra finalidad normal que servir a los hombres reunidos para vivir en el seno de ella (...) La naturaleza del hombre constituye el límite de los derechos de la comunidad (...) La equidad está al servicio de la justicia. Su finalidad consiste en adaptar al caso concreto la norma formulada en términos generales. De ésta definición se deduce que la equidad aristotélica no está en contradicción con el derecho, sino que contribuye a su correcta aplicación*²⁶.

No obstante lo acertado y justo, en cierto aspecto, sobre la teoría de la igualdad, en otro no pudiéramos decir lo mismo; sobre todo por cuanto se refiere a la opinión que Aristóteles tiene sobre los esclavos, que desde luego es similar a la que asumieron los pensadores de su época, dadas las condiciones históricas que compartieron. Pero en ese rubro, la concepción que tiene sobre la mujer, es definitivamente inequitativa, contraria totalmente a la igualdad de género que proclamó Platón. Veamos porqué: En lo concerniente a los esclavos, nuestro pensador griego decía que *no es lo mismo, por ejemplo, la justicia entre un esclavo y un libre –como tampoco es lo mismo entre libres-. Porque, si un esclavo da muerte a un hombre libre, debe recibir no una muerte por una muerte, sino muchas muertes. Pues ese aspecto de la justicia también incluye la proporción (...) Por la misma razón no cabe la justicia entre el esclavo y el señor: porque el esclavo es un bien mueble del señor. Más adelante, con relación al matrimonio, nos comenta lo siguiente: Por otra parte, la justicia que cabe en la asociación o comunidad de marido y mujer, se acerca más al aspecto social que hemos dicho: la mujer, en efecto, es inferior a su marido, si bien está más cerca de él en rango que todos los demás de su familia y en ese sentido es más aproximadamente nivelada que los demás*²⁷.

²⁶ Alfred Verdross, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, páginas 74 y 76.

²⁷ Aristóteles, *Ética*, página 360

3. El derecho bajo el imperio de los romanos: Cicerón.

El Derecho Romano, representa, a no dudar, para los pueblos de occidente, el origen y el antecedente del Derecho en su más amplia acepción, tanto desde el punto de vista legislativo, es decir, del proceso de creación de las normas legales, como desde el jurisdiccional o de su aplicación e interpretación por el órgano judicial. Además, en la cultura romana, encontramos igualmente, el antecedente de la *especialización* del derecho; esto es, la clasificación de las leyes de acuerdo a la materia de que se trata, a saber: el derecho familiar, el civil, el mercantil, el penal, el internacional o de gentes, etcétera.

Obviamente no estamos hablando, cuando nos referimos a la especialización del derecho entre los romanos, de una especialización al estilo de los tiempos modernos posteriores a la revolución francesa, que fue a partir de que incluso se inició la *codificación* del derecho; sin embargo, la ubicación que hicieron los romanos de los distintos eventos legales, nos demuestra su capacidad cultural y el grado de avance en el sistema jurídico de ese tiempo.

Sobre lo anterior, Consuelo Sirvent Gutiérrez, nos comenta que la máxima expresión de la cultura jurídica romana, la representa la elaboración de la conocida universalmente ***Ley de las Doce Tablas***, creación del grupo social y político *Los Tribunos de la Plebe*, que representaban a la clase social de los plebeyos, en sus aspiraciones por una mejor forma de vida frente a los patricios representantes de la clase social privilegiada. Dice nuestra autora, que el mismo Cicerón comparó esa legislación, con las concepciones de los filósofos más eminentes y que el historiador Tácito la calificó de *último derecho imparcial de Roma*²⁸.

En efecto, en la *Ley de las Doce Tablas*, así como en las legislaciones posteriores, bajo la influencia de ésta, se tendió a establecer, en rango de ley, la laicización de los actos del gobierno y de los jueces; se reglamentó el derecho de la familia, de los matrimonio, de la adopción y de los divorcios; de la propiedad y de las formas de adquirirla,

²⁸ *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, páginas 14-16.

de la posesión y de la prescripción; del derecho público e internacional; de los delitos y las penas a los delincuentes y, sobre todo, del derecho procesal ante los tribunales.

Ahora bien, en cuanto a la Filosofía jurídica romana se refiere, encontramos a uno de sus máximos exponentes en Marco Tulio Cicerón (106-43 a de C), en quien se concentra, a no dudar, la expresión de la cultura de la Roma republicana e imperial. Éste pensador clásico nos legó escritos prácticamente de todas las asignaturas; tanto de política, de derecho, de filosofía, de literatura y de retórica; por tanto, en el mundo occidental es conocido como el personaje a quien le debemos -aparte de Justiniano, bajo el imperio de oriente-, la compilación de jurisprudencia más importante de esa época.

Tal como quedó escrito con antelación, es precisamente Roma la cuna del pensamiento jurídico occidental y por ende la cultura que en esa materia más nos ha impregnado hasta la época y, sobre todo, a la corriente del derecho continental europeo y latinoamericano; pues debemos recordar que los romanos conquistaron por varios siglos a los habitantes de la península ibérica, mientras que a su vez, lo que después sería la España monárquica, fue la que conquistaría estos pueblos del continente Americano.

Así pues, de Cicerón podemos decir que fue un pensador ecléctico, que lo mismo reunió ideas y doctrinas de la filosofía platónica, que de la *Stoa* romana; es decir, del espíritu natural de Dios. Se dice que San Agustín, de la época de la patrística, extrajo sus pensamientos jurídicos del filósofo romano.

Cicerón pensaba en la existencia de una ley pura, que no es producto de la decisión del pueblo, sino que es eterna; que mediante esa ley la sabiduría gobierna al universo y de ella derivan todas las restantes leyes; que por tanto, ésta es eterna e inmutable, santa y celestial. Dicha ley se enlaza a un mismo tiempo con la ley natural que rige a la naturaleza irracional y, a la vez, con la ley moral y jurídica, que es la ley que ordena lo bueno y lo justo y prohíbe lo malo y lo injusto. La virtud en Cicerón, igual que para los clásicos griegos, es naturaleza perfeccionada. Por ello, todos los seres humanos somos portadores de la ley natural. Todas las leyes humanas, en la medida de que son leyes justas, derivan necesariamente del derecho natural.

El pensador romano, *se propuso resumir en dos fórmulas fundamentales el contenido del derecho natural: la primera de carácter negativo, prohíbe perturbar el orden*

de la naturaleza, en tanto la segunda, de significado positivo, prescribe una participación activa en la vida de la comunidad (...) Tomó como punto de partida el pensamiento aristotélico de que el hombre es por naturaleza un animal social, un ente nacido para la vida en común con otros hombres, por lo que únicamente en el medio social puede cumplir su misión²⁹. De la cita anterior, podemos advertir que Cicerón privilegió de igual forma al bien común o bien general, sosteniendo que éste debería extenderse igualmente a los extranjeros; pues decía que aquél que pretendiera excluir a éstos romperá el lazo común al género humano, haciendo imposibles el bien y la justicia.

Debemos recordar sin embargo, que la época en que vivió y escribió Cicerón, es la que representa la máxima expresión de la sociedad basada en esclavos y esclavistas y, además, representa también que la patria de Cicerón ya no era la Roma republicana, sino la Roma imperial. Por eso, en su obra conocida como *De República*, concibió, al igual que Aristóteles, el celo casi sagrado a la sociedad a la que pertenecieron, a la *polis* griega que en tiempos de Cicerón ya más bien se refería a todo un imperio colonialista.

4. La Filosofía del Derecho en la Edad Media: La Patrística y la Escolástica: San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino.

La llamada corriente de la filosofía que precede a la escolástica, se le suele denominar la época de *la Patrística*, que toma su denominación de la doctrina cristiana que comienza a consolidarse durante la decadencia del imperio romano de occidente y el surgimiento del imperio romano de oriente y se le denomina de tal forma por representar el pensamiento filosófico de los llamados *padres de la iglesia católica*, dentro de los que sobresalen desde luego San Agustín, obispo de Hipona; San Anselmo y los árabes conversos a la religión católica, Avicena y Averróes.

Para la época a la que nos referimos, el nuevo y el viejo testamentos bíblicos, representan los textos fundamentales en los cuales se basarán los exponentes de esa

²⁹ Verdross Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, páginas 82-83

corriente; pero no debemos olvidar que, en materia jurídica, el imperio romano de oriente, al principio, y los monjes católicos denominados *glosadores*, así como los *posglosadores* medievales, a la postre, difundieron e influenciaron las corrientes del pensamiento de la baja edad media, bajo los parámetros del derecho y la cultura romana.

En cuanto a la iusfilosofía de la patrística, desde el apóstol San Pablo, se reconoce la existencia del Derecho natural, al cual se le da la característica de derecho válido. De tal forma que en la famosa *Carta a los Romanos*, Pablo dice que no solo es culpable ante la ley de Moisés, aquel que la viola, sino también quien ha pecado sin tener ley escrita. Tal pensamiento nos refleja desde luego, que *el Derecho natural*, sigue estando profundamente presente en el pensamiento católico de principios de la era cristiana; sin embargo, se trata, desde luego, de un Derecho natural idealista.

Para **San Agustín**, los principios morales y las reglas jurídicas, son inmutables y su aplicación varía en el tiempo y los lugares. Es decir, encontramos en este padre de la iglesia, un principio de derecho natural fundamental y otro de derecho positivo derivado que hace depender del tiempo y del espacio. En su concepción filosófica que expone en su conocidísima obra *La Ciudad de Dios (o Civitas Dei)*, la iglesia, como una comunidad superior, queda por encima de la *polis* griega o de la *civitas* romana. En esta teoría vemos claramente la influencia que dejó Platón en el filósofo de la patrística; pues recordemos que para el primero existen dos mundos, el real o el de las ideas y el imperfecto e irreal, que es el mundo en el que vivimos.

Agustín consideró que la comunidad de la caridad o del amor, debe estar por encima de la comunidad jurídica y que por ello esa comunidad del amor debe ser la base de la república. Dice, además, que el principio de la justicia de dar a cada uno lo suyo, debe tener también como principio fundamental dar a Dios lo que le corresponde; y aún cuando no encontramos en nuestro autor una filosofía jurídica concreta, sin embargo coloca a la paz como el fin del orden político.

Consideraba San Agustín, que la ciudad de Dios, tiene como su representante en la tierra a la iglesia, la cual está a cargo de la realización de los más altos valores; de ahí que a partir de esta teoría desarrollada por el fundador de la patrística, se afiance la corriente ideológico-cristiana, en el sentido de que la iglesia es el reflejo de la ciudad de Dios y que

por ello aquélla es la representante de la justicia y del derecho en la tierra. En otras palabras, la era de la explicación de todas las cosas por medio del concepto de Dios, se comienza a consolidar en el mundo occidental precisamente con nuestro autor.

A ese respecto, C.J. Friedrich, nos comenta: *Puesto que la civitas Dei y, más particularmente, su representante en la tierra, la iglesia, está a cargo de la realización de los más altos valores, solo resta el ordenamiento y conservación de la paz como el fin de la comunidad política temporal, de la civitas terrena y sus subdivisiones.* El autor en cita, igualmente nos señala que la justicia *está representada por la iglesia, que descansa sobre la revelación divina y que está, por tanto, como una más alta comunidad, en situación de decidir si determinado gobernante o gobierno actúa justa o injustamente*³⁰.

En la Filosofía del Derecho en San Agustín, encontramos no solo la causa, en cierto modo, de las explicaciones teológicas sobre el origen de lo material y de lo espiritual y, particularmente, de la idea del derecho y la justicia; sino que, además, a diferencia del idealismo platónico, que consideraba que el ser humano al aprender de hecho estaba recordando las *ideas* subyacentes en él, producto del mundo ideal; esto es, como un *idealismo antropológico*, la teoría de Agustín, por el contrario, centra su concepción partiendo de que la *Ciudad de Dios*, es la fuente de la creación material y espiritual de la *Ciudad Terrena*. Parte también Agustín, del hecho de que la fe en Dios debe estar fundada en la razón, y que por medio de ésta el hombre se encuentra en aptitud de distinguir lo bueno de lo malo, para que, por medio de esa fe lleguemos no solo a comprobar la existencia de Dios, sino, además, perseguir en la tierra las ideas de justicia, paz y bondad que, como ideas acabadas se encuentran reinando precisamente en la *Ciudad de Dios*; mientras que en la *Ciudad Terrena*, esas ideas imperfectas, precisamente por ser mundanas, por medio de la razón y de la fe cristiana, podremos ir las perfeccionando en grado ascendente.

El maniqueísmo agustiniano, nos dice que el ser humano, por medio de la razón está en condiciones de *comparar* o discernir lo bueno de lo malo, y por medio de la fe en Dios aprobar lo primero. En otras palabras, los seres humanos tenemos una idea de justicia y de bondad que provienen de la fe en Dios, porque éste es, entre otras cosas,

³⁰ La Filosofía del Derecho, página 62.

totalmente justo y plenamente bondadoso y porque, por medio de la razón sabemos que en el mundo terrenal existen la injusticia y la maldad. Es decir, que tenemos una idea terrenal de lo injusto, porque existe otra idea perfecta de lo justo; una idea de lo malo, porque existe su contraparte que es lo bueno. De tal forma que no pudiéramos saber como medir lo injusto y lo malo si no tuviéramos en la fe una idea y un referente de lo justo y de lo bondadoso.

El máximo exponente de la filosofía escolástica y quien, al igual que Aristóteles, hasta la fecha sigue presente en la actualidad con sus teorías políticas y jurídicas, lo es **Santo Tomás de Aquino** (1227-1274), bajo cuya época podemos decir que está por expirar el gran periodo histórico de la edad media, también conocida como la época del oscurantismo; puesto que, el régimen basado en la gran propiedad territorial en manos de los señores feudales, por un lado y los siervos y trabajadores de la tierra, por el otro, está por fenecer, al lado de las explicaciones teóricas fundamentadas en la fe católica, y poco a poco va surgiendo el incipiente capitalismo con sus ramificaciones e influencia en los aspectos social, político y cultural.

De modo tal que Tomás de Aquino, representa históricamente, no solo el inicio del fin de la época feudal, sino, además, la antesala de una nueva etapa de la humanidad, esto es, *el renacimiento*, que se expresará tanto en las letras como en la filosofía, en la escultura y en la arquitectura, pero siempre dirigiendo sus pasos al rescate de los clásicos de la antigüedad griega y romana; de ahí que no resulte casual entender que las teorías sobre el Derecho contengan ahora aspectos de lo que fue y significó el Derecho clásico de los romanos.

Tal estado de cosas obedeció no solamente a aquella tendencia ideológica hacia los clásicos de la antigüedad, sino que, su fundamento esencial es también de corte social e histórico; pues las nuevas relaciones sociales basadas en el intercambio de mercancías; en el novedoso mercado inmobiliario y en la explotación extensiva de propiedades territoriales, exigían normas de Derecho que regularan ese tipo de operaciones patrimoniales y comerciales que estaban impregnando al viejo mundo; y a ese respecto, qué mejor que los tratados jurídicos de los romanos, que sobre temas como la propiedad, la posesión, los prestamos de dinero y de bienes, entre otros conceptos, ya habían

regulado desde hacía más de mil años. Es decir, aquel retorno al estudio y difusión de las culturas de la antigüedad, no obedeció pues solamente a caprichos de moda temporal o a intenciones intelectuales de la época, sino a aspectos socio-políticos e históricos bien definidos.

En ese orden de ideas, la filosofía tomista es un claro ejemplo de ese momento histórico, puesto que Santo Tomás no solo asume una cierta posición empirista y racionalista como fundamento de sus tratados de filosofía y de teología, sino que, incluso, rechaza las teorías idealistas que en Platón primero y en San Agustín después, privaron en la primera etapa de la edad media; defendiendo así una marcada posición a favor de las tesis asumidas por Aristóteles; aunque sin confrontar de manera fundamental la teología agustiniana.

La obra cumbre de Santo Tomás, es *La Summa Teológica*, en la cual centra como punto de partida para su concepción del mundo, a la filosofía, a la razón natural y a la experiencia. Este religioso, como ya lo vimos, se apoya fundamentalmente en la filosofía aristotélica; sin embargo, trata de organizar, por así decirlo, una síntesis entre San Agustín y Aristóteles, y dicha posición aparece claramente en su *Filosofía del Derecho*. En efecto, para Tomás de Aquino, la ley fundamental del universo constituye la aspiración a una finalidad suprema o última; puesto que todos los seres y las cosas, que son desde luego creación de Dios, están dirigidos hacia un fin de acuerdo con su naturaleza. De tal suerte que en tanto los seres irracionales realizan su fin de forma instintiva, los hombres en cambio tienen el deber de conocer su finalidad y de procurar alcanzarla. Dice también, que los fines parciales están dirigidos hacia el fin supremo y puesto que el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios, su finalidad suprema no puede ser otra que procurar parecerse a Dios; por ello, **la actuación ética es la aspiración del hombre hacia Dios, quien es el supremo bien.**

Con relación a la ley, Santo Tomás nos relata que **es el orden mediante el cual dirige Dios a todos los seres hacia él; que se parte de la ley eterna, pasando por la ley natural, para así llegar a la ley humana.** Dice que la ley ética natural es una participación de la criatura racional en la ley eterna, que le permite conocer lo bueno y lo malo -recordemos en este aspecto las teorías maniqueístas de San Agustín-. De tal forma

que el orden de la ley natural está determinado por el **orden de las inclinaciones naturales**, como son la inclinación de la propia conservación; las inclinaciones hacia la unión de los sexos, así como el conocimiento de Dios y la vida en sociedad.

De la primera de las inclinaciones naturales desprende precisamente Santo Tomás, el derecho natural a la **legítima defensa** en caso de necesidad. En tanto que de la última se obtiene por ejemplo el deber de aspirar al conocimiento, no dañar a los demás y entrar en relación con el resto de los seres humanos. Por ello, para el máximo exponente de la escolástica, **la fuente de la que emana el derecho natural, es la misma naturaleza humana en cuanto aspira a determinados fines**. En otras palabras, la ley natural formulada por los seres humanos que viven en comunidad, es la **fuentes formal** de nuestros derechos y obligaciones. El tercero de los grados éticos del universo está constituido por la **ley humana**, que es expedida con base en los principios de la ley natural; de ahí que el concepto de **justicia** en nuestro autor, no se refiera a la totalidad del mundo de la ética, sino a las acciones externas de los hombres.

Tomás de Aquino también es el teórico del derecho que con mayor incisión e importancia desarrolla la teoría del **bien común** aristotélico, por sobre el interés individual, al sostener que la conservación de la tranquilidad y la seguridad públicas tienen preferencia sobre el interés privado del propietario. Es decir, en el anterior pensamiento encontramos, a no dudar, el antecedente remoto de las causales de expropiación por causa de **utilidad pública** en nuestro sistema constitucional mexicano en particular y del sistema jurídico continental europeo en general.

El Derecho, bajo la óptica de Santo Tomás, regula siempre una relación social que puede ser de individuo a individuo o de éste con la comunidad; por tanto, **el bien común es el fin de cada una de las personas pertenecientes a la colectividad**. En consecuencia, por bien común, debemos entender, según el escolástico, al conjunto de bienes que son necesarios para todos los miembros que pertenecen a la comunidad y no a los que solamente sirven a los dominadores o a los particulares, pudiendo citar de entre ellos, la conservación del orden y la protección de los ciudadanos frente a los actos delictivos.

El tratadista Alfred Vedross, en lo tocante al concepto del bien común tomista, nos dice que *esta es la razón por la que Santo Tomás recalca que el fin del Estado no puede ser otro que el fin de sus ciudadanos, concluyendo que aquella persona que sirve al bonum commune, fomenta a la vez su propio bien (...) que el hombre no está nunca aislado, pues siempre es miembro de esa comunidad universal; ahí donde concluye la acción del Estado, principia no el aislamiento del individuo, sino su pertenencia a la comunidad superior del reino de Dios, que es la que fija los límites infranqueables al poder del Estado*³¹. Del concepto anterior, bien nos podemos dar cuenta de la influencia que la Filosofía del Derecho aristotélica marcó en Tomás de Aquino, sobre todo por cuanto se refiere a lo sociable por naturaleza del ser humano. Pero también tenemos la influencia muy particular de San Agustín y su *Civitas Dei*, cuando refiere que es la comunidad del reino de Dios la que fija los límites al Estado.

Nos dice también el autor antes referido, que para Tomás de Aquino, *la persona humana sobrepasa al Estado, en todo aquello que se relaciona con los fines supra-terrestres o con los derechos del hombre protegidos por la ley natural. De ahí que no se debe privar ni siquiera a los esclavos de estos derechos (de familia, de educación y de confirmación religiosa, etcétera). Por la misma razón, no está permitido matar a un inocente; ni siquiera el juez más severo podría ejecutar una sentencia de muerte contra el inocente*³².

En consecuencia, para éste pensador escolástico, el Derecho natural tiene preponderancia por sobre el positivo, sin lugar a dudas; de ahí que, en Aquino, la finalidad de ley o el Derecho positivo es adecuar el Derecho natural a las distintas situaciones y épocas. Es decir, el derecho creado por el Estado, para que sea observado y cumplido por la comunidad, debe, necesariamente, tomar en cuenta los derechos naturales del ser humano y las circunstancias sociales y materiales de la época.

En la baja edad media, durante la época de Tomás de Aquino, se empieza a desterrar la idea de que la mayoría de los delitos se deban castigar con la pena de muerte, lo que se viene arrastrando desde el famoso *Código de Hamurabi*, hasta la época clásica

³¹ *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, página 128.

³² Obra citada, página 130.

romana. Bajo la égida del catolicismo y, particularmente, del derecho canónico medieval, se empieza a permutar la pena de muerte por la de prisión, para varios delitos; de ahí que el concepto bíblico y católico de *compurgar*, que a su vez viene de *purgatorio*, que significa cumplir con alguna pena antes de ir al cielo, se vuelve común y corriente el término de *compurgar la pena*, que se refiere a las personas que cumplen con una sentencia penal.

Sostiene el filósofo en mención, que todo Juez debe aplicar las leyes regularmente expedidas, pero que como cada ley es formulada para aplicarse en situaciones normales, debe ser corregida ***en los casos particulares por la equidad, si es el caso que la interpretación literal daña a la salud pública***. En el pensamiento anterior, encontramos en Tomás de Aquino, a uno de los teóricos de la Filosofía del Derecho que con más presencia ha influido en esa materia en particular y en la filosofía en general, a los pensadores de todas la épocas; pues sus concepciones sobre la equidad y la justicia siguen siendo temas vigentes tanto para la creación de las normas jurídicas como para su aplicación.

Santo Tomás tomó desde luego de Aristóteles, el concepto de Dios, como el ser perfecto por excelencia; de ahí que sostuviera que Dios posee la plenitud del ser. Por ello, como Dios es el bien supremo, las criaturas, como seres creados, deben de ser buenas, por que todas ellas poseen un ser derivado de Dios. El bien no posee una existencia independiente, sino que depende del ser supremo; por eso, cada criatura es buena en la medida que actúa en concordancia con su naturaleza creada por Dios, y mala en cuanto contradice al ser que Dios colocó en su naturaleza. Es decir, en este esbozo ontológico sobre la existencia de Dios, encontramos en Santo Tomás, otra convicción acerca del Derecho natural.

5. La expresión del derecho al final del medioevo y al inicio de la época capitalista: Nicolás Maquiavelo, Francisco de Vitoria y Fernando Vázquez de Menchaca.

Para el siglo XIV, en Europa ya prácticamente estaba por liquidarse el sistema feudal de producción, debido a que los descubrimientos geográficos, los adelantos en las ciencias naturales y el aumento en las técnicas del trabajo y de la producción de bienes materiales, agilizaron el intercambio de los productos y de los bienes. La tierra se desamortizaba y comenzó a generarse la acumulación del capital, dando origen, como consecuencia, a diversas relaciones sociales entre los hombres, definiéndose a la postre las nuevas clases sociales producto de la nueva conformación socio-económica; es decir, la burguesía, por un lado, como la dueña de los medios e instrumentos de producción, y el proletariado, por la otra, conformada por obreros y campesinos sin tierras.

En otras palabras, esta nueva era de la maquinización y del capitalismo, revolucionó no sólo las estructuras sociales, sino que, además, cambió la forma de pensar de los hombres y su manera de ver al mundo, generándose a la vez diversas formas de interpretar la ley y el Derecho; de tal forma que a principios del siglo XV, se empezaron a conformar los estados nacionales en Europa, poniendo en entredicho la autoridad de la Santa Sede. Al mismo tiempo, en el campo de filosofía, también se comenzó a cuestionar la idea de que Dios es el origen de todo cuanto existe y del conocimiento mismo, para dar paso a las corrientes empirista y racionalista, que sentaron las bases para la teoría del conocimiento fundada en la experiencia y en la razón.

Bajo este orden de cosas, se inscriben, como se dijo, las nuevas corrientes de la Filosofía del Derecho, destacando entre ellas el pensador florentino **Nicolás Maquiavelo** (1469-1527), quien representa a uno de los filósofos y políticos más significativos de la época del renacimiento y, por tanto, uno de los teóricos del Estado que más ha sobresalido en lograr una influencia determinante en la ciencia política en general.

El escritor Florentino, en su obra *El Príncipe*, consideraba que el hombre es un ser mal agradecido, hipócrita, cobarde y codicioso; sin embargo, partía de una concepción de libertad de valores morales; por eso considera como legítimos todos los medios y

procedimientos que pudieran servir para la conservación y funcionamiento del Estado. De tal forma que la norma suprema de la conducta del gobernante debe ser **La razón de Estado**. Por lo tanto, nuestro autor emprendió una devaluación de los valores morales y religiosos, y en lugar del orden cristiano, colocó al orden del Estado. Su doctrina tuvo como eje fundamental al hombre que piensa fundamentalmente en la economía y posteriormente al hombre jurista de orientación positivista. En su obra antes comentada, que de hecho la dedica al príncipe Lorenzo de Médicis, Maquiavelo apunta lo siguiente:

Es menester pues que sepáis que hay dos modos de defenderse: el uno con las leyes y el otro con la fuerza. El primero es el que conviene a los hombres; el segundo pertenece esencialmente a los animales; pero, como a menudo no basta con aquel, es preciso recurrir al segundo. Le es pues indispensable a un príncipe el saber hacer buen uso de uno y otro enteramente juntos (...) Cuando un príncipe dotado de prudencia ve que su fidelidad en las promesas se convierte en perjuicio suyo y que las ocasiones que le determinaron a hacerlas no existen ya, no puede y aun no debe guardarlas, a no ser que él consienta en perderse (...) Obsérvese bien que si todos los hombres fueran buenos este precepto sería malísimo, pero como ellos son malos y no observarían su fe con respecto a ti si se presentara la ocasión de ello, no estás ya obligado a guardarles la tuya cuando te es como forzado a ello (...) Un príncipe debe comprender bien que no le es posible observar en todo lo que hace mirar como virtuoso a los hombres; supuesto que a menudo, para conservar el orden de un Estado, está en la precisión de obrar contra su fe, contra las virtudes de la humanidad, caridad y aún contra su religión³³.

Como podemos ver, Maquiavelo representa, desde luego, al pensador de la época histórica correspondiente al capitalismo, cuya concepción, opuesta casi diametralmente al cristianismo que dominó los escenarios públicos y privados durante el medioevo, justifica el nuevo estado de cosas, que representa ya no al feudalismo amortizado y oscurantista; sino al incipiente liberalismo político que coloca al Estado como causa y fin de toda organización social y humana. Desde el punto de vista histórico, para la época en que le tocó vivir a Maquiavelo, van surgiendo también los Estados modernos en Europa y la idea de la soberanía territorial de las naciones; dejando atrás la organización política basada en

³³ *El Príncipe*, páginas 88 y 89.

el poder del señor feudal y en la teocracia. Ahora, surge no solo la idea del Estado soberano, sino del nuevo derecho cuya reglamentación esencial y primigenia será a partir del reconocimiento a esa nueva *soberanía estatal* y ya no de la soberanía del monarca o del soberano como persona física a quien se le confería el poder por disposición de herencia de sangre y divina.

Así las cosas, si bien es cierto que Nicolás Maquiavelo, no desarrolla en sí una clara teoría o Filosofía del Derecho; también lo es que a partir de su tratado, que bien podemos clasificar como una verdadera teoría política, indispensable desde entonces para cualquier compendio moderno de ciencia política o incluso de Filosofía del Derecho, articula una evidente justificación del posterior sistema jurídico constitucional que tendrá como piedra angular al Estado y sus fines, despojando a éstos, de ser necesario, de los principios éticos que fueren obstáculo en alcanzar sus fines.

Otro teórico de la *Filosofía del Derecho*, y quizá uno de los más significativos en lo concerniente a las teorías jurídicas modernas, lo es el filósofo español **Francisco de Vitoria** (1483-1546), quien fue profesor de Teología en la Universidad de Salamanca y quien sostuvo que la razón humana, aún cuando perturbada, era sin embargo suficientemente capaz de conocer lo justo. Sostuvo por ello, que todo aquello que permite la naturaleza al hombre, no está prohibido por el evangelio. Es decir, la influencia del iusnaturalismo sigue presente en nuestro autor del renacimiento.

Sin duda Francisco de Vitoria, representa al teórico del derecho más avanzado de su época y, sobre todo, al pionero de lo que hoy conocemos como *Derecho Internacional*. Su posición frente a los pueblos de América, es definitivamente progresista, al afirmar que *también los pueblos paganos son sujetos de derecho independiente, titulares de una pretensión legítima a la libertad y a la independencia, debiendo ser respetados aún por los pueblos cristianos. Los principios básicos de estas lecciones, son los siguientes (...):* 1. *La comunidad estatal no tiene como base la fe, sino al derecho natural, conforme al cual todos los hombres, independientemente de sus creencias, poseen una naturaleza social (...)* 2. *Los Estados fundados sobre el derecho natural se encuentran ligados entre sí (...)* 3. *Por tanto, no solo en el interior de cada Estado, sino también en la comunidad de ellos existe un orden jurídico, cuyas raíces se hunden en el derecho natural (...)* 4. *Ni el papa ni el*

*emperador poseen una pretensión legítima al dominio del mundo, pues ni Dios ni los pueblos le han otorgado tal derecho*³⁴.

De la cita antes transcrita, se desprenden dos aspectos fundamentales en el pensamiento de Francisco de Vitoria. El primero que tiene que ver con su posición a favor de los derechos naturales inalienables tanto del ser humano como el de los pueblos, los cuales no deben estar sujetos a la tutela de ninguna potencia; y aún cuando acepta la existencia de Dios, nos dice que éste no ha otorgado a ningún monarca derechos de soberanía alguno sobre otros pueblos; desvirtuando de tal modo el *reparto* que el papa Alejandro hizo de los pueblos de América, entre las potencias de aquella época.

El segundo aspecto que se debe comentar en la filosofía de Vitoria, tiene que ver con las bases del Derecho Internacional, que concibe no como una simple idea, sino como una comunidad concreta unida por el derecho natural. Vitoria dio por primera vez el nombre de derecho de gentes a las normas del derecho natural que regulan las relaciones entre los pueblos.

Para la época del pensador renacentista, eran los tiempos de la España imperial, bajo cuyo mandato se inició y se consolidó la colonización de los pueblos de América, difundiéndose por ello la idea de que los pueblos y en especial los del Nuevo Mundo, se deberían someter jurídicamente al imperio, aún por medio de la fuerza. Desde luego que Vitoria se opuso a tal concepción dominante, en su famosa obra ***Relación de Indias***, en la que defendió las tesis antes descritas.

Dentro del pensamiento renacentista que sugiere el fin de la época medieval, tenemos como a uno de sus máximos exponentes a **Fernando Vázquez de Menchaca**, español de origen, quien hacia 1550, publicó sus principales obras, dentro de las que sobresale la intitulada *Controversias Ilustres*.

Considera Vázquez de Menchaca, que una ley es válida no por su deducción lógica, sino a partir de su utilidad concreta y su conveniencia para la humanidad; que el hombre es por naturaleza bueno (nótese aquí la diferencia con Maquiavelo) y que por ello aspira a vivir amistosamente con los demás; que cada hombre **posee derechos naturales inmutables**, que deben asegurarle su aspiración a la felicidad, dentro de los que se

³⁴ Verdross Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, página 148.

destacan la libertad natural y la igualdad. Por ello considera **que la esclavitud contradice el derecho natural.**

Alfred Verdross, con relación a la teoría jurídica de Fernando Vázquez de Menchaca, nos comenta que la doctrina de este pensador español, se centra en los siguientes principios fundamentales: (...) 1. El hombre es por naturaleza bueno. En consecuencia, a su naturaleza corresponde no solo aspirar a su felicidad, sino convivir amistosamente con los demás hombres (...)2. Cada hombre posee derechos naturales inmutables que deben asegurarle su aspiración a la felicidad. Estos derechos que son pisoteados en casi todos los Estados, comprenden la libertad natural y la igualdad de todos los hombres, razón por la que la esclavitud es contraria con el derecho natural y debe ser suprimida (...)3. La autoridad estatal existe para el bien de todos los ciudadanos. Su actividad y beneficio no deben constreñirse a solo una parte de ellos (...)4. Los poderes transmitidos al gobernante son únicamente aquellos que se requieren para la realización del propósito señalado en el párrafo anterior (...)5. El gobernante puede ser privado de los poderes que le fueron transmitidos, pues todo mandato está destinado a servir a los mandantes (...)6. La soberanía no solo emana del pueblo, sino que siempre permanece en el. Al gobernante se transmite únicamente el ejercicio del poder estatal (...)7. Gobernar significa jurisdicción, pues el fin único del gobierno no es otro que aplicar el derecho natural y el positivo que deriva de el (...)8. El Estado no es un organismo, porque los ciudadanos pueden emigrar y sobrevivirle³⁵.

De los puntos anteriores, se desprenden varios conceptos que se deben destacar de la Filosofía del Derecho en Vázquez de Menchaca. Como prioritario, es el relativo a que nuestro autor renacentista inaugura una corriente del derecho que impregnará a todas las que hasta en la actualidad siguen vigentes, que es la teoría de **los derechos fundamentales del ser humano**, que muchos tratadistas modernos identifican como las *garantías individuales* o *los derechos humanos*, que a partir de esa época influenciará no solo a las distintas concepciones filosóficas y jurídicas del mundo occidental; sino que será, a la vez, inspiración de revoluciones sociales de corte universal, como la revolución francesa, la guerra de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y las de la

³⁵ Obra citada, páginas 172 y 173.

mayoría de los pueblos iberoamericanos, que tratarán de plasmar en sus cartas constitutivas, los derechos fundamentales del ser humano, que a partir de 1789, se codificarán históricamente en los derechos de **libertad, igualdad y fraternidad**.

Otro aspecto fundamental que se debe destacar en la filosofía del pensador hispano, es el concerniente al tema de la soberanía popular, que ni en los tiempos del Derecho clásico de Roma, ni durante la erudición de la escolástica, se contempló como origen y fin del Estado; pues recordemos que bajo el Derecho Romano, *la polis* es el centro de toda teoría del Estado y de las argumentaciones relativas a la justicia y al bien común. Y en la época feudal, la soberanía es representada por el monarca, quien no debe rendir cuentas más que a Dios, de quien le dimana precisamente la soberanía para gobernar; de ahí precisamente el nombre de *soberano*.

Para la época del renacimiento y, concretamente con nuestro pensador, se subvierte el orden de las cosas, y ahora se pone al pueblo y a la sociedad como centro, origen y fin del Estado, y más aún, ya no se considera a Dios como el generador de la soberanía, ni al monarca como único depositario de ésta, sino precisamente al pueblo, el cual conserva en todo momento ese derecho inmutable e inalienable de constituir e incluso de destruir al Estado; pues sobre este tema, Vásquez de Menchaca, nos comenta que los individuos preceden y son el origen del Estado, y que por eso mismo los seres humanos pueden incluso sobrevivir sin Estado.

Lo anterior nos pone de relieve que para Vásquez de Menchaca, los derechos naturales e inviolables del ser humano, constituyen la base del Estado e incluso del derecho positivo mismo. Al afirmar también que la soberanía dimana del pueblo y que éste le transmite a los gobernantes solo la dirección del Estado, se coloca, a no dudar, como el antecesor ideológico de los pensadores de la ilustración francesa.

En conclusión, sin duda alguna, Fernando Vásquez de Menchaca, es el filósofo y político creador de la soberanía popular y de los derechos fundamentales del ser humano, antecedente remoto de nuestro actual sistema de garantías individuales y de protección de los derechos humanos. Pero también representa el teórico español, la base de los sistemas constitucionales modernos del mundo occidental.

6.- La ética del protestantismo. El Derecho Natural Idealista versus Derecho Natural materialista. Bodino y Hobbes.

En la época en la que surgen las teorías jurídicas y políticas de estos pensadores, es ya el siglo XVII, precursor de las ideas liberales y republicanas, así como de las revoluciones que transformarían al mundo occidental, comenzando por la revolución industrial inglesa, en la que la nueva clase burguesa tomaría el poder económico y, posteriormente, la revolución francesa de 1789, con la que se corona política e ideológicamente el mundo capitalista y liberal.

En el capítulo precedente, vimos de qué manera los principales exponentes de la Filosofía Política y de la Filosofía del Derecho, se refieren a la soberanía del Estado, pero ya no a una soberanía como proveniente de Dios ni de lo divino, sino como aquella potestad que dimana de la voluntad popular. Es decir, se cuestiona con tales conceptos el orden establecido por la nobleza parasitaria e improductiva y se privilegia el concepto del hombre libre y emprendedor en el trabajo productivo. El comercio y el capital cobran una importancia decisiva y son ahora los baluartes de la sociedad y de los Estados modernos que pregonan la libertad, la igualdad, la fraternidad, la república y el equilibrio de poderes públicos.

Sobre tal estado de cosas propuesto por el capitalismo y el liberalismo individualista, Max Weber, nos dice que también el Derecho se tuvo que transformar para regular ese nuevo orden basado en la rentabilidad económica, al señalar en su obra *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, que *el moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo del trabajo, como de un Derecho previsible y una administración guiada por reglas formales*.³⁶

Estas transformaciones de las estructuras materiales de la sociedad, como lo hemos visto en la cita anterior, motivaron el que los ideólogos del régimen burgués -con el fin de regular las ahora dominantes relaciones sociales ya no basadas en la gran propiedad territorial de los señores feudales, sino en la propiedad de los medios e instrumentos de

³⁶ *La Ética Protestante*, página 20.

producción en manos de los capitalistas-, indagaran en los cánones del Derecho Romano, con el fin de regular los aspectos de la propiedad, la posesión y el comercio, términos que aquellos clásicos ya habían incorporado a su sistema legal; de ahí que, a la época previa a la que se analiza, se le conozca como *el renacimiento*, que significó el retorno al estudio de los tratados y de las obras de la cultura greco-romana.

El espíritu capitalista que empieza a dominar al mundo occidental, propone *adaptar* la misma fe cristiana al nuevo orden material. Los movimientos al interior de la religión católica producto del reformismo luterano que ponen en duda la autoridad del papa, así los demuestran; de manera tal que las concepciones éticas y jurídicas proyectan nuevas teorías para *ordenar* las nuevas relaciones sociales entre los hombres. Así, el autor a que nos referimos con antelación, nos comenta al respecto lo siguiente:

El ascetismo laico del protestantismo, podemos decir resumiendo, actuaba con la máxima pujanza contra el goce despreocupado de la riqueza y estrangulaba el consumo, singularmente el de artículos de lujo; pero en cambio, en sus efectos psicológicos, destruía todos los frenos que la ética tradicional imponía a la aspiración a la riqueza, rompía las cadenas del afán de lucro desde el momento que no solo lo legalizaba, sino que lo consideraba como precepto divino (...) Por uso irracional de la riqueza se entendía, sobre todo, el aprecio de las formas ostentosas del lujo, de las que tanto gustó el feudalismo, en lugar de la utilización racional y utilitaria querida por Dios, para los fines vitales del individuo y de la colectividad³⁷.

A partir de todo este estado de cosas, se va fortaleciendo, de manera singular, la concepción del Derecho positivo que paulatinamente va relegando al Derecho natural. Es decir, partiendo de la idea de que el Derecho debe cubrir los requerimientos del dinero, del comercio y, en general, de la actividad productiva y su intercambio, se va perdiendo el punto de vista que se edificó teniendo como fundamento la existencia de derechos humanos preexistentes a todo orden legal y por ello incuestionables e inviolables; para dar paso al Derecho Mercantil y Civil, que más que tutelar los derechos del individuo regirán ahora las facetas de la propiedad y del comercio.

³⁷ Obra citada, páginas 246 y 247.

Bajo este orden de ideas, se inscribe el pensamiento jurídico de **Bodino** (1530-1596), quien trató de divorciar las explicaciones jurídicas de la concepción religiosa. En cuanto a las teorías del Derecho en Bodino, C.J. Friedrich, señala que, *en general, su escuela (la de Bodino) sustentaba, en forma muy definida, la opinión de que la sujeción del soberano a cualquier tipo de ley fundamental destruiría el significado esencial de la soberanía, pues la soberanía deja de serlo si se sujeta a condiciones (...) Por tanto, Bodino definía muy consecuentemente la ley como mandato del soberano que, como regla común se aplicaba a los súbditos y a todas las situaciones en general (...) No puede tener (por tanto) cabida en su filosofía jurídica y política ninguna doctrina acerca de la división de poderes (...) Los usos y costumbres y el derecho consuetudinario adquieren validez únicamente por ordenes del soberano que los confirma (...) No solo debe abstenerse el soberano de violar la propiedad privada, sino que de hecho no la viola y si debe algo a alguien por ella, le paga*³⁸.

El pensamiento de Bodino, cuyas partes medulares se han expuesto con antelación, nos refleja, por un lado, que la ideología de la época tendía a fortalecer la asunción al poder de las monarquías absolutistas y colonialistas que gobernaron el continente europeo hasta antes de la revolución francesa; monarcas cuya voluntad era el origen del Derecho; y por el otro, que aún cuando esos monarcas actuaban de manera autócrata y de hecho sin contrapesos en sus decisiones, no perdían de vista el respeto a los derechos de posesión y de propiedad de sus súbditos; lo cual nos muestra que la presencia del liberalismo individualista, aún cuando todavía no había alcanzado el poder político, ya imponía sin embargo sus premisas de respeto irrestricto a los derechos de la propiedad privada, sobre los cuales descansa obviamente el sistema jurídico-político capitalista.

El otro aspecto que desde luego resulta relevante en la Filosofía del Derecho de Bodino, lo constituye su posición decisiva a favor del *Derecho Positivo*, negando toda posibilidad al *Derecho Natural*, lo cual se trasluce en su concepto relativo a que los usos y costumbres y en general el derecho consuetudinario solo tienen validez cuando así lo declara el monarca. Es decir, solamente las normas legales que expide el personaje que

³⁸ *La Filosofía del Derecho*, páginas 91-94.

detenta el poder son las que tienen posibilidad de tener vigencia y de observarse cotidianamente.

En párrafos anteriores, anotamos que fue en Inglaterra donde acontece la famosa revolución industrial; es decir, el movimiento económico, social y político en el que la burguesía sepulta las viejas estructuras y relaciones de producción basadas en el feudalismo. Ese movimiento tendría como efecto la transformación material y espiritual del mundo occidental; por ello no resulta aventurado afirmar que en ese país se origina la nueva concepción filosófica basada en la experiencia y en la razón; poniendo en entredicho, en el mejor de los casos, y en otros, definitivamente negando que el origen del conocimiento se deba buscar en la intuición y/o en las ideas innatas. Ahora se escudriña en la naturaleza física de las cosas y no en la metafísica; se privilegia a las ciencias naturales como la física y la química, así como a la biología, sobre todo con la finalidad de eficientar los procesos productivos y de intercambio de mercancías, lo que lógicamente facilitaría los novedosos inventos de los buques de vapor.

Bajo ese orden, el Derecho adquiere lógicamente otra dimensión; pues al cambiar la sociedad y la economía, lógicamente se va requiriendo un cambio y una adecuación de las relaciones de los hombres entre sí y de las relaciones jurídicas en particular. En este sentido, es precisamente en Inglaterra en donde se vislumbra el moderno y actual sistema legal basado en la república representativa, en la división de poderes y, sobre todo, en los derechos del ciudadano. Adelante veremos que fue precisamente un filósofo inglés el creador de la teoría de la división de poderes, con el fin de acotarle al monarca esas potestades absolutistas de que se hablaba con anterioridad; pero por lo pronto, aún cuando nuestros autores de esta época todavía no contemplaban un Derecho Constitucional basado en un gobierno republicano, si preveían sin embargo que las normas éticas y jurídicas no provienen de del mundo de las ideas ni de la metafísica, sino de la conveniencia de los hombres unidos en sociedad. De forma tal que el Derecho, para ellos, solo tiene validez cuando se aplica por la fuerza y no por el convencimiento moral.

En ese contexto ubicamos también al pensador inglés **Sir Thomás Hobbes** (1588-1679), que es sin duda uno de los teóricos de la filosofía del derecho que inicia o

vislumbra, ya desde aquella época, una incipiente corriente positivista que siglos más tarde retomaría el francés Augusto Comte.

Decía el pensador inglés, que la naturaleza hizo originalmente a los hombres insociables y asesinos; que por eso, en el estado de naturaleza no existen deberes; de ahí que las palabras justo e injusto estaban fuera de lugar; que ese derecho natural no es un derecho en sentido normativo, porque precisamente no contiene mandamientos ni prohibiciones; que por el contrario, es una actitud natural de los hombres para valerse de sus fuerzas según les parezca conveniente. El estado de naturaleza no solo pertenece a la prehistoria; sino que lo vemos actualmente, según Hobbes, en las guerras civiles que estallan en los pueblos³⁹.

Hobbes nos muestra con su filosofía jurídica, la necesidad natural del hombre para erigir un poder soberano que le permita subsistir; que por ello, cada uno de los habitantes del Estado, ceden parte de su soberanía y libertad a un soberano que concentra esa suma de poderes individuales para poder imponer la fuerza coactiva y represora.

Los apetitos que incitan al hombre a salir del Estado de naturaleza son el temor a una muerte violenta y a la aspiración al goce tranquilo de los bienes naturales. La razón enseña al hombre que el uso ilimitado de su “derecho natural” le conduce a su propia destrucción, por lo que le aconseja buscar la paz y le muestra las normas esenciales para lograrla. A esas normas fundamentales de la razón es a lo que Hobbes llama “la ley natural” (...) La razón nos dice que para lograr la paz debemos renunciar a todos los derechos que impiden su realización; nos induce también a respetar los contratos celebrados, a considerar como iguales a todos los hombres y a protegernos mutuamente, nos hace ver además que debemos someter nuestras diferencias a la decisión de un juez o de un arbitro imparciales (...) Hobbes es el fundador de la concepción naturalista del derecho natural, sino, además, el creador de la teoría racionalista: la idea naturalista se aplica en el estado de naturaleza, cuando las pasiones humanas se desenvuelven libremente, en tanto la concepción racionalista entra en juego cuando los hombres se gobiernan por la razón⁴⁰.

³⁹ Vedross Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, páginas 180 y 181.

⁴⁰ Ídem, páginas 181-182.

De conformidad con lo anterior, podemos ver que el teórico inglés, rechaza la teoría del Derecho Natural idealista, fortaleciendo así la corriente del Derecho Natural *naturalista* o materialista, al asegurar que por una *razón* natural los hombres intuyen la creación del Derecho para *reprimir* los instintos naturales que lo conducen a la anarquía y la arbitrariedad. Asimismo, en Hobbes encontramos también, al igual que en Bodino, la protección incuestionable al Derecho de propiedad y a los contratos civiles, piedras angulares del sistema capitalista de producción.

También desarrolla Tomás Hobbes, una insipiente teoría de la igualdad entre todos los hombres, cuando asegura que la razón nos dice que para lograr la paz se debe renunciar a todos los derechos que impiden su realización. En otras palabras, ya vislumbra este pensador inglés, que toda prerrogativa o derecho contiene por fuerza una correlativa obligación. Es decir, que para que todos los hombres seamos o nos consideremos iguales, necesariamente tenemos que renunciar a los derechos dictados por el instinto natural.

En su famosa obra *El Leviatán*, Hobbes despliega su concepción del Estado, al sostener que éste *debe controlar las opiniones de sus ciudadanos, pues éstos actúan siempre siguiendo sus pensamientos (...) El Poder Estatal es no solamente el soporte, sino también el creador del Derecho, en tanto está en condiciones de mantener la paz*⁴¹. En esta cita descubrimos también en el filósofo comentado, una insipiente teoría del Derecho Positivo, al afirmar que solamente el poder del Estado es el soporte y el creador del Derecho; sin embargo, hemos visto también que no logró despojarse de la concepción naturalista del origen del Derecho; y si bien es cierto que preconizó una teoría materialista sobre el particular; no lo es menos que en última instancia se refugió en un origen natural-idealista de la ley; habida cuenta que su comentario en el sentido de que *la razón* induce al hombre a salir del estado de naturaleza para gozar tranquilamente de la paz y de los bienes naturales, nos remite indudablemente a una posición idealista-naturalista del origen del Derecho.

⁴¹ Ídem, páginas 184 y 185.

7.- El surgimiento de la concepción filosófica liberal individualista y burgués del Derecho en Inglaterra y en Francia: John Locke, Montesquieu y J.J. Rousseau.

Otro filósofo inglés de considerable influencia tanto en la filosofía en general como en la filosofía política o Filosofía del Derecho en particular, lo es **John Locke (1633-1704)**, a quien se contempla como el creador de la corriente empirista, que considera que el conocimiento proviene única y exclusivamente de la experiencia sensible, rechazando así la idea de la teoría del conocimiento basada en las ideas innatas. Con esta postura, Locke ubica esta nueva corriente del pensamiento filosófico, en una etapa claramente científica, sobre todo cuando rechaza las teorías idealistas que estuvieron en vigor durante toda la edad media.

En el campo del derecho, John Locke, concibe igualmente la teoría naturalista del Derecho Natural; pero, además, es considerado como **uno de los teóricos que fundaron el Derecho Constitucional, sobre todo en su aspecto de la división de poderes** y las garantías de los gobernados. También adoptó como punto de partida una concepción naturalista del Derecho; pues consideraba que todos los hombres en la antigüedad disponían de la misma libertad y que vivían en estado de naturaleza, llenos de temor y rodeados de peligros; que por ello el estado de naturaleza era una condición de guerra potencial; que para que el estado de paz pueda realizarse, es indispensable que los hombres convengan en la creación de un gobierno.

Alfred Verdross, nos comenta que Locke, *siguió los pasos de su predecesor, pero también ahí se bifurcaron los caminos, pues Locke -en oposición a Hobbes- rechazó la idea del sometimiento total de los ciudadanos al poder del Estado y sostuvo que los hombre al suscribir el contrato social, se reservaron sus derechos naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad; por tanto, el Estado es solamente titular de un poder limitado. Locke se preguntó por la forma como podría garantizarse la limitación del poder estatal, habiendo sostenido que el procedimiento adecuado era la división de los poderes; de un lado estaría el poder legislativo, cuyos miembros deberían ser elegidos para un período corto de tiempo; en el otro lado se colocaría el poder ejecutivo, depositado en el rey y en su gabinete. Los dos poderes equilibrarían los platillos de la balanza y se limitarían*

*recíprocamente. La finalidad principal del poder estatal consiste en la protección de la propiedad contra los ataques que provengan, sea del interior, sea del exterior (...). Locke debe ser considerado por estas ideas el fundador del liberalismo político y, a través de él, el primer defensor del capitalismo desenfrenado*⁴².

La obra en la que Locke desarrolla sus teorías políticas y jurídicas es la que se conoce con el nombre de *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, y en ella contempla pues la división de poderes a que ya hemos hecho referencia y, por lo demás, como también lo hemos visto, continúa en la línea teórica de sus predecesores Bodino y Hobbes, en el sentido de la defensa más absoluta del Derecho a la propiedad. De igual forma, rechaza los principios que se basan en las ideas morales innatas como generadoras del Derecho; y por el contrario, sostiene que es la experiencia histórica la que marca la concepción en el hombre para buscar las reglas que deben mantener a la sociedad en armonía.

Es indudable también que John Locke, al igual que el español Fernando Vázquez de Menchaca, contempló como básicos los derechos fundamentales e inalienables del ser humano, respecto de los cuales el Estado no podía ni debía vulnerarlos ni desconocerlos. Por ello, esas garantías, sostenía, deberían estar contempladas en la Constitución. Esta concepción política marcaría una influencia decisiva en las primeras constituciones políticas de los pueblos americanos, después de su independencia; sobre todo, en las entonces Trece Colonias, que hoy son los Estados Unidos de Norteamérica.

Dentro de la corriente de la ilustración francesa, no se podría dejar de mencionar al **barón de Montesquieu** (1689-1755), quien al igual que John Locke, despliega una importante teoría constitucional con relación a la Filosofía del Derecho. Para Montesquieu, tanto el legislador como el juez, en sus ámbitos competenciales, uno al elaborar la norma legal y otro al aplicarla, debe tomar en cuenta las condiciones históricas, sociológicas, políticas y económicas propias del Estado; por ello se le considera como el **creador de la corriente histórica del Derecho**.

El también creador del *Espíritu de las Leyes*, al igual que Locke, considera de vital importancia para cualquier Estado, la división de poderes. *Ya sea que esta doctrina se estructure en forma monárquica o en forma republicana, lo decisivo es que los poderes*

⁴² La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, página 192.

*estén claramente separados por la ley básica y tengan funciones y jurisdicciones perfectamente definidas. Solo así puede lograrse la libertad.*⁴³

Desde luego que por el propio origen de clase, Montesquieu prefería a la monarquía que a la república, pues no debemos olvidar que pertenecía a la clase aristocrática de la Francia de aquella época. Sin embargo, consideraba que tanto el monarca como los funcionarios de la república, deberían sujetarse al **orden constitucional**. Por tanto, bajo este esquema teórico, como ya lo dijimos, la identificación iusfilosófica de Montesquieu con el inglés Jon Locke, es ilustrativa, y en proporción inversa, tenemos la diferencia con el pensamiento de Bodino y de Hobbes, quienes decían que el soberano no debería quedar sujeto a disposición legal alguna, porque entonces no se podría hablar precisamente de poder soberano.

No obstante su origen de clase, Montesquieu es así uno de los ideólogos representativos del liberalismo político y jurídico. Pero, además, en su obra encontramos una fuerte tendencia hacia el Derecho natural; por eso conviene citar a continuación algunos fragmentos de su *Espíritu de las Leyes*:

*Que lo que llamo virtud en la república es el amor a la patria, es decir, el amor a la igualdad. No se trata de una virtud moral ni tampoco de una virtud cristiana, sino de la virtud política (...) Así pues, he llamado virtud política al amor a la patria y a la igualdad (...) Hay, pues, una razón primigenia. Y las leyes son las relaciones que existen entre esa razón originaria y los distintos seres, así como las relaciones de los distintos seres entre sí (...) La ley que imprimiendo en nosotros la idea de un creador, nos lleva hacia él, es la primera de las leyes naturales por su importancia, pero no por el orden de dichas leyes.*⁴⁴

En el pensamiento que antes se ha expuesto, no solo encontramos en el enciclopedista, su tendencia hacia el Derecho Natural, sino también cierta posición idealista, que tiene a un ser supremo como el ordenador último del Derecho; esto es, a Dios; pues aún cuando la posición de varios ilustrados es eminentemente liberal, en lo tocante al aspecto religioso, como en el caso de Montesquieu, siguen siendo profundamente creyentes, aunque pugnen por una separación laica del Estado y la iglesia.

⁴³ Ídem, páginas 158 y 159.

⁴⁴ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, páginas 32-35

Adelante Montesquieu diserta sobre el origen del Derecho, y lo encuentra en la aparición de la propiedad y el surgimiento de la desigualdad entre los hombres. Así, nos dice que *desde el momento en que los hombres se reúnen en sociedad, pierden el sentimiento de su debilidad; la igualdad en que se encontraban antes deja de existir y comienza el estado de guerra (...) Estos tipos de estado de guerra son el motivo que se establezcan las leyes entre los hombres.* En lo concerniente a su posición histórica y naturalista sobre el Derecho, igualmente nos comenta que *mejor sería decir, por ello, que el Gobierno más conforme a la naturaleza es aquel cuya disposición particular se adapta mejor a la disposición del pueblo al cual va destinado (...) Por ello, dichas leyes deberán ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que solo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra*⁴⁵.

Finalmente se debe decir, que el filósofo y político francés, privilegia, acorde con la ideología burguesa y capitalista, la democracia fundamentada en el comercio, al asegurar que el espíritu de comercio lleva consigo el de la economía, la moderación, el trabajo, la prudencia, la tranquilidad y el orden. Por ello pensaba que una buena ley civil en la república, es aquella que da a todos los hijos una parte igual en la sucesión de sus padres.

Como uno de los ideólogos, sino es que el más importante, de la conocida revolución francesa, tenemos a **J. J. Rousseau (1712-1778)**, quien desde luego representa al político y sociólogo a quien más se ha recurrido para entender la filosofía del nuevo régimen social basado en la hegemonía de la burguesía, que para esa época no solo contaba con el control de las fuerzas productivas, sino, además, pujaba ya por el control político en los principales países del mundo occidental.

La principal y más conocida obra de Rousseau, lo es sin duda su famoso *Contrato Social*, en el que expone con toda precisión su pensamiento jurídico y político. Al igual que sus antecesores en la materia, este pensador también reconoce la existencia de un Derecho natural que el ubica como **pre-social**. Dice que en ese estado de cosas existía una igualdad absoluta, la cual se vio alterada con el surgimiento de la agricultura que ocasionó la propiedad privada.

⁴⁵ Obra citada, páginas 36-38.

Señala el pensador precursor de la revolución burguesa, que **cuando alguien encontró un espacio de tierra y luego lo circuló diciendo que era suyo, ahí nació la sociedad civil y el origen de las desigualdades entre los hombres**; que posteriormente el Estado sancionó la existencia de esas desigualdades y a partir de su surgimiento quedaron definitivamente suprimidas la igualdad y la libertad naturales. **Por eso, el derecho positivo de los Estados, se encuentra en flagrante contradicción con el derecho natural.**⁴⁶

De acuerdo con su *Contrato Social*, concibe al Estado, como una creación libre de la voluntad de los hombres; sin embargo, declaró contrarias al Derecho Natural, todas las formas del Estado, de ahí que su doctrina sea considerada como una de las primeras concepciones revolucionarias del Derecho natural. No obstante lo anterior, Rousseau no consideró en retornar al Estado Natural, sino que pensó en las formas de considerar legítimo al Estado, y siguiendo con su teoría del *Contrato*, pensó **que cada miembro del cuerpo social debe resignar sus derechos naturales en la voluntad general para recibirlos inmediatamente después como derechos civiles**. Consideró además, que la soberanía es indivisible, por ello rechazó la doctrina de la división de poderes⁴⁷.

En la cita precedente, es de notar la influencia que Hobbes marca en el autor del *Contrato Social*; pues Rousseau sostiene también que cada individuo cede sus derechos o parte de ellos al Estado, para después recibirlos en derechos civiles o individuales. Recordemos que para Hobbes, las personas renuncian a sus derechos individuales a favor del *Leviatán* o monstruo, que es el Estado o soberano, para que éste a su vez le garantice su seguridad y la paz, para poder disfrutar de sus bienes materiales. Pero sin duda, a su vez, la teoría de Rousseau, en lo relativo al Estado, como efecto del Derecho Positivo, a partir de la protección de la propiedad privada y legitimador de las desigualdades sociales, reflejará la influencia que éste pensador francés después marcará en las corrientes filosóficas del Derecho en Carlos Marx y en Federico Engels, creadores de las corrientes del materialismo dialéctico y del socialismo científico.

⁴⁶ Verdross Alfred, página 196

⁴⁷ Ídem, páginas 197-199.

En su obra *La Filosofía del Derecho*, C. J. Friedrich, con relación a la teoría del Derecho del pensador ilustrado, nos comenta: *En Rousseau, como resultado de su concepto radicalmente igualitario del hombre, encontramos el punto crítico de la teoría de Copérnico. Se dice que todos los individuos poseen una voluntad racional y, entonces, la voluntad general se considera como la expresión de estos individuos cuando se reúnen para legislar (...) Una verdadera ley es siempre una regla general, y el problema central de todo orden gubernamental consiste en encontrar la forma de lograr tales leyes*⁴⁸.

8. El Estado y su expresión filosófica en Alemania: Inmanuel Kant y Guillermo Federico Hegel.

Los autores antes señalados, constituyen en sí la expresión teórica del nuevo Estado que se consolidó a partir de la consolidación misma del poder del capital y su control sobre los medios e instrumentos de producción, así como de las relaciones sociales y el ejercicio de la política. De manera tal que estos pensadores representan, además, lo más puro de la concepción del Derecho moderno basado en la ideología liberal-burguesa y en el Estado producto de ésta. Así, el desarrollo de la teoría del Derecho Natural, hace a ésta cada vez más filosófica y cada vez más orientada hacia una filosofía de Estado.

En ese orden de ideas, el Estado concebido por la filosofía clásica alemana, como producto del afianzamiento de la política y de la economía liberal, contempla la concepción del Derecho Natural como sostén de la omnipresencia del Estado sobre los propios ciudadanos. Es decir, si bien desde la tradición greco-romana y medieval y, un poco durante el renacimiento, se contempla al Derecho y al Estado, como reflejos de del *bien común* y de la *polis*, en los dos primeros períodos históricos, y en el tercero como expresión de las necesidades de las personas; bajo la corriente filosófica de que ahora nos ocupamos, se coloca al Estado por encima incluso de los ciudadanos que lo crean, lo cual desde luego va perfilando lo que a la postre conoceremos como la corriente positivista

⁴⁸ C. J. Friedrich, *La Filosofía del Derecho*, página 184.

creada por Augusto Comte, para explicar la historia, la sociedad, la política y a la economía; positivismo que sin embargo debemos diferenciar de la corriente positivista del Derecho, cuyo máximo exponente lo es sin duda, en la época moderna, Hans Kelsen.

La expresión filosófica del Estado moderno, desde luego que no inicia con Kant; sin embargo, es éste filósofo alemán el que estructura toda una teoría de la Filosofía del Derecho bajo esos términos. Veamos de qué manera.

Inmanuel Kant (1724-1804), es el filósofo que desarrolla la corriente del pensamiento basada en los juicios *a priori*, que consisten en ordenamientos de valor que, a su criterio, poseemos los seres humanos en forma inmanente; es decir, independientemente de nuestra experiencia sensible.

Kant pensaba, como creador de la teoría moderna del conocimiento, que la moral presupone, como necesidad absoluta, la libertad de la voluntad, la cual no es ni siquiera imaginable en una naturaleza mecanizada. Sostiene que la razón no es inferior a ningún conocimiento y que por ello, en tanto que la razón especulativa está limitada al mundo de las apariencias sensibles, la razón práctica abarca el reino de la ética, que es a la vez el reino de la libertad, cuyas leyes ***nos dicen lo que debe ser, no obstante que nunca acontece, distinguiéndose así de las leyes de la naturaleza, que únicamente se ocupan de lo que sucede, motivo por el que pueden ser denominadas leyes de la práctica***⁴⁹.

Nuestro autor es pues el fundador de los conceptos de **interioridad de la moral y exterioridad del derecho; de unilateralidad de la primera y bilateralidad del segundo, a partir de sus famosísimos juicios de valor**. Por eso sostiene que el reino de la moral posee **realidad objetiva**. Este mundo, en oposición al mundo sensible de la naturaleza, es un mundo inteligible, bajo un creador y un gobernante sabio. La razón se ve obligada a admitir su existencia, así como la vida en un mundo que debemos considerar como futuro, pues de otra manera tendríamos que reducir las leyes morales a simples quimeras; que por consiguiente, sin un Dios y sin un mundo invisible, pero esperado por nosotros, las sublimes ideas de la moralidad serían objeto de admiración, pero no constituirían los

⁴⁹ Verdross Alfred, páginas 225-227.

motivos de nuestras acciones, porque no cubrirían el fin que natural y necesariamente está determinado **a priori por la misma razón pura a cada ente racional.**

Debido a su obra clásica *Crítica de la Razón Pura*, a Kant se considera también como el fundador de la metafísica de la libertad, puesto que sostiene que la obligatoriedad de **las leyes morales no se deduce de la naturaleza del hombre, porque únicamente se obtiene a priori de la razón pura.** Sostiene de tal forma, **que entre el ser y el deber ser moral, no existe una diferencia absoluta**, porque Dios es un puente tendido entre estos dos reinos. Dice igualmente que el hombre reúne también los dos reinos; en cuanto criatura animal, es una forma de la naturaleza externa; pero como criatura racional, se eleva sobre la naturaleza mediante sus categorías, ordena las apariencias sensibles de la naturaleza en un cosmos y las transfigura por medio de su libertad.⁵⁰

Tal teoría nos da a entender que **el deber ser moral y jurídico en Kant, a diferencia de Aristóteles y Santo Tomás, no nace de la finalidad del ser humano, sino que le es impuesta como un imperativo categórico.** Su famosa máxima nos muestra la teoría de este imperativo categórico, cuando nos dice, en su obra *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, lo siguiente: *es decir, yo no puedo obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal.*⁵¹ Por eso, sostiene que para que pueda reputarse moralmente valiosa una conducta, es preciso que sea igualmente obligatoria a todas las criaturas racionales.

Kant divide a la moral en dos reinos. Por un lado el derecho y por el otro la moral en sentido estricto. El primero de ellos se refiere a los deberes externos, a aquellos que dictan una cierta conducta, en tanto la moral tiene como objeto los deberes internos, que son los que nos dicen como se debe obrar por la mera convicción de su cumplimiento. Sostiene también que la legislación para los actos externos es necesaria, porque el hombre posee una doble naturaleza, empírica y racional; si su naturaleza fuera solamente racional, la legislación moral o los deberes internos serían suficientes para la convivencia con los demás, **pero como es también un ente empírico, se requiere la existencia de un poder coactivo que le imponga un actuar conforme al derecho.**

⁵⁰ Obra citada, página 228.

⁵¹ Kant Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, páginas 26 y 27.

Igualmente considera aquel pensador, que **la misión única del derecho consiste en proteger la libertad de los hombres, que es el único derecho natural subjetivo, de conformidad con una ley universal. Por eso dice que el derecho positivo presupone la existencia de un derecho natural, que sea a la vez el condicionante de la actuación del legislador.**

Con relación al tema de *la voluntad*, Kant nos comenta que *la buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es bueno solo por el querer, es decir, es buena en sí misma (...)* Como sin embargo, por otra parte, nos ha sido concedida la razón como facultad práctica, es decir, como una facultad que debe tener influjo sobre la **voluntad**, resulta que el destino verdadero de la razón tiene que ser el de producir una voluntad buena, no en tal o cual respecto, como **medio**, sino buena en **sí misma** ⁵². Nótese en este aspecto, la influencia que sobre la teoría de *la voluntad* recibió Kant del filósofo griego Aristóteles.

En Hegel (1770-1818), encontramos al pensador si bien idealista objetivo, también al filósofo con fuertes tendencias positivistas en el Derecho; sin embargo, en su teoría filosófica en la que pone como centro de sus explicaciones a la historia, despliega sus argumentos dialécticos, por los cuales se le considera precisamente como uno de **los filósofos creadores de la dialéctica moderna**, a partir de la cual tratará de explicar su concepción jurídica. Precisamente en su teoría dialéctica, señala que la realidad de las cosas es la realización misma del espíritu, el cual se desenvuelve dialécticamente. El espíritu absoluto está cargado de contradicciones; por eso, en su camino encuentra realizaciones que se denominan tesis, las cuales provocan a su vez su contradicción, que se denominan a su vez antítesis, fusionándose después en la síntesis, la que, a su vez, provoca una nueva contradicción.

En su obra relativa a la Filosofía del Derecho, intitulada *Lineamientos fundamentales de la Filosofía del Derecho*, dice que el tema de la filosofía es el **de la comprensión intelectual de la época que se vive, por lo que es una ilusión la creencia de que una filosofía pueda ir más allá de su perspectiva temporal**⁵³. Es decir, lo que entendemos

⁵² Obra citada (Kant Inmanuel), página 23.

⁵³ Vedross Alfred, página 247.

con la definición del quehacer de la filosofía en Hegel, es que definitivamente para él no existen las verdades inmutables ni eternas; sino que, por el contrario, éstas son cambiantes de conformidad con la época histórica en que se producen.

En ese orden de ideas, nos comenta Hegel, que el espíritu divino adquiere conciencia de si mismo solo en la historia; de ahí que en su Filosofía del Derecho, considere que aquel está constituido sobre el espíritu absoluto. Dice que el Estado constituye una totalidad ética que abraza lo mismo a la moral que al Derecho. En otras palabras, **el Estado, es la materialización real del espíritu universal en un pueblo determinado**. Cada individuo debe disponer de cierta libertad de acción; pero solo en el Estado adquieren los hombres **existencia y moralidad verdaderas**. Señala, además, que el Derecho natural no es sino un derecho abstracto destinado a individuos que viven en el aislamiento, igual que la moral pura (véase aquí el rechazo de la **moral pura en Kant**), pero de la misma manera que ésta, aquel queda rebasado por el Estado. De tal forma que **la voluntad del Estado es la fuente del Derecho, por lo que el derecho positivo es solo un momento de la totalidad estatal**.

Sin lugar a dudas, en el pensamiento antes plasmado, encontramos no solo una clara orientación de un positivismo jurídico que con posterioridad orientará la filosofía jurídica de Hans Kelsen, sino que, además, es en sí una concepción filosófica inclinada hacia el totalitarismo estatal, que significa, sin lugar a dudas, como lo dijimos en la introducción del presente tema, la concepción de la posición del Estado por sobre los seres humanos e incluso como precursor y origen del Derecho mismo. En otras palabras, Hegel no concibe al Estado como producto de la voluntad del hombre unido en colectividad que genera la ley positiva y con ella al Estado, sino al revés: es decir, que es el Estado, como síntesis y esencia del espíritu universal, el que crea al Derecho.

Para Hegel pues, cada Estado lleva en sí mismo el momento de su existencia, de ahí que el Derecho sea solo positivo e histórico; por tanto, las leyes del Estado, no pueden retroceder ni adelantarse en la historia al momento *esencial* del Estado, porque de suceder así esas leyes serían imperfectas e injustas (Un ejemplo **lo tendríamos en la Constitución Política de 1857, según la teoría de Hegel**).

Yvon Belaval, directora de la obra *Historia de la Filosofía*, relativo a *La Filosofía Alemana, de Leibniz a Hegel*, con relación al la Filosofía del Derecho en Hegel, nos comenta lo siguiente: *El ideal de Hegel es una monarquía constitucional con una organización corporativa y con separación de la Iglesia y del Estado (...) Una Constitución (para Hegel) es el trabajo de siglos del progreso de la Idea. El pueblo debe sentirse en ella como en su casa. El fundamento del Estado es efectivamente su organización y, a la vez, la conciencia política de sus miembros*⁵⁴.

En la cita precedente, encontramos, desde luego, el antecedente, en cierto modo, de la *Teoría Pura del Derecho*, desarrollada con posterioridad por Hans Kelsen, quien a su vez considera que no existe ninguna otra fuente del Derecho que no sea la ley positiva, y que el antecedente del sistema legal positivo de un Estado, lo encontramos en última instancia en su Constitución, que es el reflejo a su vez de la anterior, y que en todo caso, debemos buscar, como antecedente último de la ley escrita positiva, si no hubiese algún antecedente constitucional, la ley misma del tirano.

Es importante destacar que como crítica a la filosofía jurídica de nuestro autor, diremos que éste desconoce en sí los derechos fundamentales del hombre, como derechos naturales inherentes a su condición humana; pues al considerar que es el momento histórico el que determina el surgimiento de las leyes del Estado, no contempla a las normas jurídicas como producto de las necesidades y aspiraciones de las personas, desde el punto de vista ontológico.

9. El materialismo histórico y su expresión en el Derecho: Carlos Marx y Federico Engels.

Para el materialismo histórico, que es conceptuado como la ciencia de la historia, y bajo la concepción del materialismo dialéctico inaugurados por Carlos Marx y Federico Engels, al motor de la historia se le identifica con la lucha de clases. Es decir, entre la clase

⁵⁴ Varios autores, *Historia de la Filosofía*, tomo 7, páginas 278 y 280.

alta representada por los dueños de los medios e instrumentos de producción, que a su vez generan las superestructuras política e ideológica, por un lado, y por el otro, la clase proletaria que históricamente solo ha sido dueña de su fuerza de trabajo. De esa pugna constante a través de los siglos, surgen los movimientos revolucionarios que transforman la estructura social. En otras palabras, la teoría de la oposición entre las clases sociales, nos refleja la influencia de la dialéctica Hegeliana, de tesis, antítesis y síntesis; sin embargo, para el marxismo, no existe el espíritu absoluto o espíritu universal; sino que es la materia y su movimiento el origen de todas las cosas corpóreas e incorpóreas.

Para Marx, el Derecho no es otra cosa que el reflejo de la voluntad de la clase económicamente dominante; de tal suerte que en la época del esclavismo fue dictado precisamente por los esclavistas; mientras que en el feudalismo hizo lo propio la clase de los señores feudales. De esa forma, en la época actual, bajo el régimen del capitalismo, es precisamente la burguesía, en cuanto dueña de los medios e instrumentos de producción, la que genera las leyes del Estado. Para la corriente marxista, la superestructura política e ideológica, es el reflejo de las condiciones materiales que dominan la realidad de la sociedad; por ello, las ideas dominantes de cada época han sido siempre las ideas de la clase poderosa; de ahí que las verdades jurídicas, así como las “*verdades eternas*”, serán superadas en la revolución comunista, que habrá de suprimir la propiedad privada sobre los medios de producción, sustituyéndola por la propiedad común.

Marx sostiene que los derechos del hombre otorgan al individuo precisamente un aislamiento del grupo, lo que lo torna egoísta e individualista. De igual forma, dice que el hombre se encuentra enajenado respecto del capital, puesto que el salario, que es una mercancía, le roba la dignidad al trabajador. Así, tanto la familia, el Estado y la religión, han contribuido a la enajenación del hombre, apartándolo de su esencia social.

Desde luego que el socialismo democrático, por su esencia, no deriva de manera fundamental de la filosofía marxista, puesto que ésta corriente reconoce, como premisa indiscutible, los derechos del ser humano. Adicionalmente, se debe decir que Marx desarrolla su teoría en contra de la propiedad privada, precisamente porque para la época en la que escribe, aún estaba vigente, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, el esclavismo de los hombres de color, considerándose en este país que la

libertad derivaba de la propiedad. Además, desde Aristóteles hasta nuestros días, la mayoría de los filósofos del derecho, consideraron a la propiedad privada como inviolable por cualquier ley del Estado, es decir, como un derecho fundamental y natural del ser humano, anterior a toda ley positiva.

Por ello, es entendible la filosofía marxista, que radicalmente rechazaba la propiedad privada sobre los medios e instrumentos de producción, al considerar que si solo unos cuantos detentaban la propiedad de los medios de producción, por lo tanto solo ellos podían ser enteramente libres, mientras que la mayoría de la población, al carecer de esa propiedad material, solo iba a tener una libertad aparente. Desde luego que esta corriente no es desdeñable; puesto que es común observar que en no pocas ocasiones y en varios países del mundo occidental, se ha tenido que echar mano de la teoría aristotélica para igualar frente a la ley a los que son desiguales en la vida. Es decir, es claro que las condiciones socioeconómicas de una determinada clase social, influyen directamente tanto en la elaboración de las leyes como en su aplicación; de ahí que exista la necesidad de establecer medidas constitucionales de *equilibrio* y, sobre este tema, México nos ha mostrado innumerables ejemplos.

Coincidente con la filosofía de Carlos Marx, tenemos a Federico Engels, quien en su famosa obra *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, sostiene que precisamente el Estado se marchita, pues señala que el modo capitalista de producción transforma a la mayoría de la población en proletarios, creando por tanto a la fuerza social que hará la revolución y transformará a ese Estado; habida cuenta que el proletario se adueña del poder político y convierte por ello los medios de producción en propiedad del Estado.

Precisamente en la obra intitulada *La Ideología Alemana*, los creadores del *socialismo científico*, en el capítulo *Relaciones del Estado y del Derecho con la propiedad*, nos comentan que: *La verdadera propiedad privada empieza, tanto en la antigüedad como modernamente, con la propiedad mobiliaria. Para los pueblos que salen de la Edad Media, entonces, la propiedad tribal evoluciona a través de diferentes estadios hasta llegar al capital moderno, condicionado por la gran industria y la competencia mundial que representa a la propiedad privada en su estado puro despojada de toda apariencia de*

comunidad y habiendo excluido cualquier acción del Estado sobre el desarrollo de la propiedad. Es a esta propiedad privada moderna a la que corresponde el Estado moderno (...) Por el solo hecho de ser una clase y no un estrato, la burguesía se ve obligada a organizarse en el plan nacional y no ya en el local y a dar una forma universal a sus intereses comunes (...) Al emancipar la propiedad privada de la comunidad, el Estado ha adquirido una existencia particular junto a la sociedad civil y al margen de ella; pero este Estado no es otra cosa más que la forma de organización que los burgueses se dan por necesidad recíprocamente de su propiedad y sus intereses, tanto en el exterior como en el interior⁵⁵.

La anterior es la base fundamental en que Carlos Marx y Federico Engels centran su teoría acerca del Estado, la cual se encuentra estrechamente vinculada con su concepción del Derecho, como dependiente una de la otra y como subordinadas fatalmente al régimen de la propiedad privada. Esa teoría del Derecho la conciben nuestros autores, diametralmente opuesta a la filosofía de Hegel, pues mientras éste nos dice que el Estado y el Derecho, son la síntesis perfecta del espíritu absoluto, aquellos afirman que estas categorías de la superestructura social son producto de la forma en que se apropia y organiza la propiedad privada. En otras palabras, que el Estado y el Derecho son producto de la acumulación de la riqueza y nunca de la idea de *justicia* de los hombres. En ese tenor, sobre el Derecho, nos dicen, en la obra antes comentada, lo siguiente:

Los autores franceses, ingleses y americanos actuales, coinciden sin excepción, en declarar que el Estado solo existe gracias a la propiedad privada, hasta el punto que esta convicción ha llegado a incorporarse a la ciencia común (...) Así pues, si el Estado es la forma mediante la cual los individuos de una clase dominante imponen sus intereses comunes y en la cual se resume toda la sociedad civil de una época, se sigue el hecho de que todas las instituciones comunes sufren la intervención del Estado y reciben una forma política. De ello se desprende la ilusión de que la ley se basa en la voluntad, y mejor aún, en una voluntad libre, separada de su base concreta. Del mismo modo se reduce, a su vez, el derecho a la ley (...) La desintegración de la comunidad natural engendra al mismo tiempo el derecho privado y la propiedad privada se desarrollan juntas (...) Primero en Italia

⁵⁵ Marx Carl y Engels Federico, *La Ideología Alemana*, páginas 111 y 112.

*y después en otros países, a medida que el comercio y la industria crearon un desarrollo más considerable de la propiedad privada, se echó mano rápidamente del derecho privado de los romanos ya elaborado, elevándolo a rango de autoridad. Más tarde, cuando la burguesía tenía ya la suficiente potencia para que los príncipes se hicieran cargo de sus intereses, **empezó el verdadero desarrollo del derecho en todos los países (Francia en el siglo XVI) y en todos los países, excepto Inglaterra, se hizo sobre los cimientos del Derecho Romano.***

No hay duda de que en el pensamiento de Carlos Marx e incluso en el de Engels, encontramos una marcada influencia de las teorías de Rousseau, quien en su famoso *Contrato Social*, bosquejó que el origen de la desigualdad entre los hombre la encontramos en la aparición de la propiedad privada, justo cuando se extinguió la comunidad primitiva, y que justamente en esa propiedad privada encontramos la legitimidad del Estado. Sin embargo, el enciclopedista francés, a diferencia de aquellos, no pugnaba por la supresión de la propiedad privada ni del derecho burgués, sino que, por el contrario, contribuyó, de manera fundamental, a su estructuración, consolidación y desarrollo. De forma diferente, el pensamiento de Marx y Engels, ha influenciado a su vez una corriente del Derecho basada en la colectivización de la propiedad y, como consecuencia, en los derechos sociales con preponderancia sobre los derechos particulares de los individuos al interior de un Estado progresista.

En México, tal como lo veremos en la siguiente unidad, a principios del siglo XX, en el período posrevolucionario, se estableció, en gran parte, ese sistema legal, aunque no con preponderancia decisiva sobre los derechos particulares o garantías individuales, los cuales se trató de *armonizar* con las garantías sociales, entrando así en una contradicción histórica, conceptual, de aplicación y de interpretación del Derecho, que en la actualidad obviamente ha degenerado en la subordinación de las garantías sociales y comunitarias a los intereses de la economía globalizada y del neoliberalismo.

Otro aspecto que sin duda vale la pena recalcar, es aquel que tiene que ver con el análisis que los filósofos socialistas hacen con relación al génesis del Derecho de nuestros pueblos, al afirmar que en Italia primero y después en otros países, se adaptaron los postulados del antiguo Derecho Romano, con el fin de reglamentar el derecho de la

propiedad privada y su desarrollo bajo el capitalismo, y que esos países, que desde luego identifica como los provenientes de la cultura latina, adoptaron a la postre la tradición jurídica romana. Obviamente dentro de esos países debemos encontrar a España y por consecuencia a México, que junto con aquellos pueblos del viejo continente compartimos la tradición jurídica de la escuela *continental europea*, diferente e incluso distante de la escuela *anglosajona*.

10. El Positivismo Jurídico y la Teoría pura del Derecho: Hans Kelsen.

Sobre el tema del positivismo como corriente de la filosofía jurídica, debemos decir que varios autores modernos han hecho o sentado una diferencia entre *positivismo científico* y *positivismo legal*. Identifican al primero con el conjunto de la jurisprudencia que es producto de una profunda cultura jurídica y como resultado de que en los jueces impere la ética de los principios fundamentales del derecho positivo. Es decir, ***el positivismo científico suele identificarse como una jurisprudencia en la que se toma en cuenta la justicia y no solo la ley.***

En cambio, al positivismo legal, se le conoce paradójicamente como **positivismo ilegal**, puesto que es aquella corriente que únicamente declara obligatorio el contenido de la ley, no obstante que contradiga a la justicia y a los principios fundamentales surgidos en la formación histórica de una determinada comunidad.

Como se puede ver, el positivismo científico, a nuestro criterio personal, constituye desde luego una corriente del pensamiento filosófico-jurídico, que más se adecua a una forma de pensar progresista y humanitaria, que toma en cuenta las circunstancias sociales, políticas y culturales en que se produce y se aplica la ley a las personas y al caso concreto.

Dentro de los pensadores de esta filosofía jurídica *positivista*, con más preeminencia en la época moderna, tenemos al austriaco **Hans Kelsen**, quien nació en el año de 1881, y el cual tomó como punto de partida la ***separación entre el ser y el deber ser***, al afirmar que las ciencias del ser constituyen campos del conocimiento de las causas, que

proporcionan una explicación biológica de los fenómenos, los cuales a su vez son presentados dentro de una cadena de causa y efecto; mientras que las **ciencias normativas**, no tienen como objeto el ser, sino **el deber ser**; que por ello la ciencia del derecho queda comprendida en este segundo grupo.

En su obra máxima *La Teoría Pura del Derecho*, Kelsen refiere que *La teoría pura del Derecho, como Ciencia jurídica específica, no dirige su atención a las normas jurídicas como hechos de conciencia, no al querer o al representarse estas normas jurídicas, sino a las normas jurídicas como substratos de sentido queridos o representados (...) Y así como es imposible precisar la esencia de la Idea o de la cosa en sí en conocimiento científico, es decir, en conocimiento racional orientado hacia la experiencia, también es imposible responder por igual camino a la pregunta sobre aquello en que la Justicia consista. Toda tentativa de esa índole solo ha conducido hasta ahora a fórmulas completamente vacías, como: "haz el bien y evita el mal", "a cada uno lo suyo", "guarda el justo medio", etc. También el imperativo categórico está totalmente desprovisto de contenido*⁵⁶.

Para Kelsen, obviamente no solo no es sostenible la filosofía metafísica para explicar el origen de las normas legales, sino que ni siquiera le concede fundamento al *imperativo categórico* de Kant; es decir, no cree que en el ser humano existan juicios de valor apriorísticos que nos indiquen, independientemente de la experiencia, qué es lo *bueno* y qué es lo *justo*. Para el filósofo y abogado vienés, no existe más Derecho que aquel proveniente de la ley positiva, de la ley escrita que proviene de la voluntad del Estado y de su fuerza; por eso, más adelante, en la obra que se comenta, nos dice lo siguiente: *La Teoría pura del Derecho conserva su tendencia antiideológica al tratar de aislar la exposición del Derecho positivo de toda suerte de ideología iusnaturalista en torno a la Justicia. Para ella queda fuera de discusión la posibilidad de validez de un orden superior al Derecho positivo (...) La Teoría pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico*⁵⁷.

En congruencia con lo anterior, el creador del positivismo jurídico, considera que una norma jurídica solo tiene validez, en la medida en que fue instituida por el órgano que

⁵⁶ Kelsen Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, páginas 36, 37 y 40.

⁵⁷ Página 67.

a su vez fue instituido para tal efecto; por lo tanto, como se dijo con anterioridad, solamente bajo esa perspectiva es que se puede hablar de normas de derecho, que son aquellas que provienen en última instancia de una norma fundamental. A ese respecto, sigue comentando nuestro autor, que: *En esa necesidad de “estar instituido” y en la independencia de su validez respecto de la Moral y de sistemas normativos del mismo género, consiste la posibilidad del Derecho; en esto estriba la diferencia esencial entre el Derecho positivo y entre el llamado Derecho natural, cuyas normas son deducidas, como las de la Moral, de una norma fundamental que se considera inmediatamente evidente en virtud de su contenido, en cuanto emanación de la voluntad divina, de la Naturaleza o de la Razón pura. La norma fundamental de un orden jurídico positivo, en cambio, no es otra cosa que la regla fundamental de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico: la instauración de la situación de hecho fundamental de la producción jurídica*⁵⁸.

En capítulos posteriores, Kelsen desarrolla con ejemplos prácticos su teoría de la supremacía constitucional, en la que desde luego fundamenta a su vez la *teoría Pura del Derecho*, señalando al respecto, que a quien comete un acto delictuoso, se le aplica una norma individual determinada mediante una sentencia de un juez; norma individual que a su vez forma parte de un orden jurídico bien determinado en un Código Penal, que deriva a su vez de la Constitución del Estado, bajo cuyas prescripciones fue creado aquel código, mediante el órgano competente para ello que igualmente es previsto por la Constitución. Pero si se pregunta por el origen de validez de la Constitución, se tendrá que buscar la respuesta en la Constitución más antigua y así hasta llegar a la norma fundamental que pudo haber sido dictada por un usurpador o por algún colegio de notables. En ese sentido, nos comenta también, que solo bajo el supuesto de la norma fundamental se puede interpretar el Derecho, como un sistema de normas jurídicas que se estudian a partir del material empírico.

De conformidad con las teorías antes expuestas, si pretendiéramos adecuarlas al orden jurídico mexicano, bien podríamos decir que el origen inmediato de éste lo es sin duda la Constitución Política de 1917, cuyo origen a su vez nos remite a la de 1857, para de aquí remontarnos a las Actas Constitutivas de 1847 e incluso a la Constitución

⁵⁸ Obra citada, paginas 96 y 97.

centralista de 1836, o en última instancia a las leyes de la época de la colonia que a su vez descansan históricamente en el Derecho de Castilla y en los antecedentes de los derechos canónico y romano. Sin embargo, si bien es cierto que la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, constituye en la actualidad, para los pueblos que compartimos el sistema o la escuela del Derecho continental europeo, uno de los principales instrumentos pedagógicos para entender e interpretar nuestro mismo sistema constitucional; no lo es menos que tal concepción a la fecha va siendo superada por las nuevas corrientes del derecho como son las teorías finalistas o causalistas y por los derechos de última generación, bajo cuyas previsiones se contemplan incluso los derechos ecológicos.

En ese mismo orden de ideas, se debe decir que una interpretación ortodoxa cuya esencia descansa solamente en lo que previene la carta fundamental escrita, desoyendo aspectos tales como la equidad y la realidad social respecto de la cual se aplica, en no pocos casos refleja una posición deshumanizada del derecho, que desde luego puede ser proclive a tecnicismos generalmente ausentes de una verdadera interpretación crítica, teleológica y científica. En otras palabras, no pueden soslayarse en los procesos de creación, aplicación e interpretación del Derecho, aspectos tan fundamentales como la equidad y el espíritu comunitario del ser humano, que por necesidad de subsistencia y de progreso material y cultural es naturalmente proclive a esos estadios de la vida gregaria; por lo que, no tomar en cuenta tales aspectos para los fines señalados, convierten a todo sistema legal en un Derecho aislado de la realidad social, que en última instancia solamente responde a una estructura dependiente de manera fatal de las esferas de poder económico y político.

Finalmente el escritor positivista, propuso de igual forma, la elaboración de una teoría de Derecho positivo, independiente tanto de la ética como de la sociología y de la psicología, al sostener que no existe ninguna **cosa en sí** y que el objeto del conocimiento es creado por el método que se aplica en la consideración del fenómeno; que por ello las ciencias naturales no contemplan a la naturaleza como su objeto, sino que son ciencias que enlazan los fenómenos naturales o sociales dentro de la ley de causalidad; de ahí que para Kelsen, la sociología sea una ciencia natural y no social.

Con relación a lo antes expuesto, podemos decir, bajo un criterio personal de quien esto escribe, que no puede ser concebible que la sociología sea una disciplina natural, pues considerarlo así sería tanto como aceptar también al Derecho como una disciplina del mismo origen, y aún cuando dice que la ciencia del Derecho no es una ciencia de la naturaleza, sino una ciencia normativa, tal no podría ser solamente así, puesto que el Derecho, a no dudar, es una disciplina social, producto y consecuencia de las necesidades del ser humano agrupado en sociedad, que origina por tanto la creación de las normas.

Para Kelsen, el derecho natural es el disfraz ideológico del orden legal existente, o el disfraz ideológico sobre el cual se oculta su crítica. Dice que el valor de la paz es mayor al de la justicia, y para ello desarrolla su concepto del **contentamiento o resignación**; por lo que, con esta teoría, como se verá con posterioridad, claramente se identifica con el positivismo general y sociológico de Augusto Comte; pues al igual que éste considera que los miembros de un Estado regido por la Constitución, deben resignarse a ésta, esto es, al estado de cosas que ha sido creado por el poder público, como reflejo de un orden natural-biológico; lo cual desde luego contiene un pensamiento retrógado que no hace otra cosa que justificar a la postre el surgimiento de estados totalitarios y dictatoriales basados en la supremacía racial y biológica, bajo cuyo esquema unos nacen para gobernar y poseer bienes y otros para obedecer y para trabajar de acuerdo con sus *aptitudes*.

11. Tendencias modernas de la Filosofía Jurídica: Derechos culturales, derechos humanos y constitucionalismo.

En el mundo occidental, bajo la esfera de influencia del Derecho Continental Europeo, han surgido diversas corrientes filosóficas del Derecho, que han influenciado a su vez a varios países de Latinoamérica, entre ellos Costa Rica, Chile, Argentina y, desde luego a México. Estas tendencias modernas pretenden *armonizar*, por decirlo de alguna forma, los derechos humanos surgidos desde los postulados de la declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Revolución Francesa, con los llamados *Derechos sociales*.

Más aún, después de la segunda guerra mundial, con la declaración de Naciones Unidas sobre derechos humanos así como del Pacto de San José de Costa Rica, del año 1969, se privilegian los derechos humanos como aquel conjunto de prerrogativas que le corresponden al ser humano por el sólo hecho de serlo, independientemente de que sean reconocidos o no por los estados signantes, entre los cuales se encuentra México.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en lo concerniente a la concepción de los derechos del ser humano como preexistentes a cualquier estado, asume desde luego una posición *iusnaturalista*, al sostener que *los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos* (Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, noviembre de 1969). Es decir, esta premisa rompe con lo más genuino del Derecho Positivo, que a su vez, de conformidad con la teoría Kelseniana, considera que todo tipo de derechos y obligaciones son concedidos por el orden constitucional y que, por tanto, los derechos que no se encuentran contemplados por la Constitución, simplemente no existen.

Las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico cimentadas en los Derechos Humanos, consideran apropiado, desde el punto de vista ético y filosófico, retornar a los postulados del *Derecho Natural*; de suerte tal que Imer B. Flores, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en un reciente ensayo intitulado: *¿ENSUEÑO PESADILLA Y/O REALIDAD?. OBJETIVIDAD E (IN) DETERMINACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO*, nos comenta que *el positivismo jurídico podía solucionar el problema del derecho en un periodo de codificaciones, de seguridad y paz relativas, de optimismo filosófico y de fe en la ciencia, tal como el siglo decimonónico era; sin embargo el positivismo jurídico no puede solucionar los problemas del derecho como éste debería ser; y estos problemas dominan el siglo veinte –y lo que llevamos del veintiuno-. Por ello el retorno del derecho natural, por ende las filosofías modernas en general, enfatizan el*

*elemento ético y no el lógico.*⁵⁹ También los derechos sociales, culturales y comunitarios, son tutelados por el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 26, como aquellos derechos que son progresivos, es decir que, al igual que el resto de los derechos del ser humano, no pueden desconocerse, suprimirse ni retrotraerse; sino que, por el contrario, deben seguir avanzando en su margen protector, de manera progresiva.

En lo que concierne propiamente a los derechos culturales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en reforma de 14 de agosto de 2001, introdujo, en el artículo 2º, lo relativo a los derechos de los pueblos indios, como derechos tradicionales, históricos y culturales; preconizando que *la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

Al amparo de dicha reforma constitucional, de garantizar el derecho de los pueblos y comunidades indígenas, para decidir su forma de convivencia y organización social; para aplicar sus propios sistemas normativos en la solución de sus conflictos internos; elegir a sus autoridades; preservar y enriquecer sus lenguas, sus tierras y su cultura, entre otros; se considera a dichas comunidades como entidades de interés público.

En ese sentido, los derechos culturales de los pueblos, constituyen pues una parte esencial y progresiva de los Derechos Humanos; de ahí que en el mundo occidental, como lo dijimos, forman una corriente actual de la *iusfilosofía*, de manera tal que esas prerrogativas del ámbito cultural, están siendo discutidas por iuspenalistas, antropólogos, sociólogos y filósofos, con el fin de introducir, en la esfera de la interpretación y de la aplicación del derecho, consideraciones que tomen en cuenta las tendencias culturales que afectan la conducta de los individuos que pertenecen a un determinado grupo o nación cultural y que precisamente esa conducta tenga influencia de ese grupo.

⁵⁹ B. Flores Imer, *¿Ensueño Pesadilla y/o Realidad? objetividad e (in) determinación en la interpretación del Derecho*, página 45.

La tratadista Paola Paraolari, del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Brescia, Italia, en el ensayo *Delitos culturalmente motivados*, publicado en las *Memorias del II Simposio Internacional de Jurisprudencia*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con relación al tema que venimos tratando, nos comenta que la coexistencia de culturas diferentes sobre el territorio de un mismo estado produce, de hecho, problemas de convivencia que se reflejan sobre la esfera jurídica y, por tanto, también sobre aquella del derecho penal. *Precisamente en el ámbito penal la dificultad de conciliar diferentes concepciones de la vida y del bien común se manifiesta en forma más marcada, en cuanto que al derecho penal le es reconocida la función de sancionar específicamente (y exclusivamente) las violaciones a los bienes jurídicos considerados como fundamentales e irrenunciables, imprescindibles para una convivencia social pacífica; bienes, por ejemplo, como la vida, la integridad física o la libertad individual*⁶⁰.

La cita anterior, nos pone de manifiesto que las tendencias y costumbres culturales y comunitarias, influyen, de forma directa, en la convivencia social y, por consecuencia, en el mundo del derecho en general y del derecho penal en particular. Sin embargo, cuando se aplica el derecho tomando en cuenta esas tendencias, bien para atenuar la pena, en materia criminal, o bien para favorecer patrimonial o socialmente al individuo o al grupo perteneciente a determinada comunidad cultural; por lo general se afecta a otro o a otros, a quienes se corre el riesgo de conculcarles e incluso desconocerles algunos derechos fundamentales tutelados por lo más genuino de los derechos humanos.

Como ejemplos de lo narrado, podemos citar dos casos en los que, dependiendo de la postura asumida, se refleja lo *justo* o *injusto*, de la aplicación de la ley tomando en cuenta los derechos cultural y comunitariamente tutelados. El primero de ellos, se refiere al reclamo que una comunidad indígena del estado de Nuevo México, en el año de 1968, hizo a las autoridades norteamericanas, para que se les reconocieran sus tierras que históricamente venían poseyendo de generación en generación, esto es, desde que pertenecían a la entonces Nueva España y posteriormente a México. Después de varios fallos judiciales y de la resolución final de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, se resolvió a favor de la confirmación y restitución de las tierras a

⁶⁰ Paraolari, Paola, *Delitos Culturalmente Motivados*, página 242.

favor de aquella comunidad, bajo el argumento de que se trata de una comunidad indígena, con derechos culturales históricos, cuya tenencia de la tierra observaron en forma comunitaria, incluso desde antes de la colonización española (el comentario anterior se obtiene del filme mexicano intitulado *Chicano*, del director Jaime Casillas, México 1976).

En otras palabras, la jurisdicción norteamericana, bajo la tradición del *Comun Law*, desde hace ya algunas décadas, en sus criterios sobre interpretación y aplicación del derecho, en no pocos casos ha tomado en cuenta las tendencias culturales y comunitarias de individuos pertenecientes a diversos grupos sociales; pues según la tratadista italiana a que hicimos referencia en párrafos precedentes, la expresión *cultural defense*, ha sido introducida *por la doctrina estadounidense para indicar una particular categoría de argumentos defensivos utilizados para pedir y/o conceder una atenuación, o incluso la exclusión de la pena en consideración de la identidad cultural del imputado. No obstante que ni en los Estados Unidos ni en los Estados europeos, está formalmente reconocida una institución que conecta a la pertenencia cultural del imputado el efecto jurídico de atenuación o exclusión de su responsabilidad penal, el recurso a la cultural defense es cada vez más frecuente, tanto en las cortes estadounidenses como en los tribunales europeos.*⁶¹

En un apartado anterior del mismo ensayo que se comenta, Paola Parolari, nos dice también que la cultura se vuelva cada vez más la principal clave de lectura a través de la cual son interpretados no solo los hechos de crónica, sino también las decisiones judiciales que las retoman.⁶²

Ahora bien, aún cuando no existen en los Estados europeos ni en los Estados Unidos de Norteamérica, instituciones jurídicas al amparo del positivismo, que regulen expresamente los derechos culturales y comunitarios a favor de individuos que comparten la influencia de éstos, sin embargo, la tendencia de los juzgadores para reconocer implícitamente en las resoluciones judiciales esas categorías, es cada vez más frecuente; lo cual nos indica que la corriente de los derechos humanos, bajo la óptica del

⁶¹ Obra citada, páginas 253-254.

⁶² Ídem, página 250.

iusnaturalismo, ha retomado preponderancia tanto en el derecho continental europeo como en el derecho anglosajón.

En nuestro país, tal como lo vimos con anterioridad, el artículo 2° constitucional, reconoce expresamente los derechos culturales y comunitarios de los pueblos indios, tanto en lo concerniente a los usos y costumbres, como en lo relativo a su forma interna de gobierno y de tenencia de la tierra pero en este aspecto, se presentan varios problemas de interpretación al momento de aplicar la norma constitucional y la ley secundaria al caso concreto; lo cual se refleja en algunos casos que se han presentado en los Tribunales Agrarios, en los que, por un lado, representantes legales de alguna comunidad piden la declaratoria de validez de acuerdos de las asambleas generales de comuneros, en los que se decidió *separar* de sus derechos agrarios a algunos de sus miembros por profesar algún credo religioso contrario al que observaa la mayoría del grupo. En estos casos vemos la dificultad de aplicar los derechos culturales y comunitarios, establecidos o no por el orden constitucional, cuando éstos riñen con los derechos fundamentales del ser humano. En esto también se presenta la paradoja que entraña el reconocimiento progresivo de los derechos humanos; puesto que, por un lado se alega que la cultura comunitaria es una expresión genuina de los derechos fundamentales del ser humano; y por el otro, en varios casos, la aplicación de los derechos culturales puede implicar, paradójicamente, la violación de garantías individuales basadas en la corriente de los derechos fundamentales.

La contradicción en análisis, se presenta tanto en el derecho social agrario en México, como en el derecho penal en Estados Unidos y en Europa; pues ya vimos como en nuestro país, algunos acuerdos de la mayoría, ateniéndose a los usos y costumbres derivados de sus derechos culturales, pueden conculcar garantías individuales y derechos humanos; mientras que en aquéllos países, en el ámbito penal, por ejemplo, al tomar en cuenta el principio de la *cultural defense*, atenuando la imposición de penas a favor de individuos pertenecientes a éstos grupos, se pueden ocasionar perjuicios a los derechos humanos de la víctimas de la comisión de esos ilícitos. alguna posible solución, se apuntará por quien esto escribe, en el apartado de comentarios de este capítulo, así como en las conclusiones generales.

12. Comentarios.

De la lectura de los temas antes tratados, es importante destacar los siguientes aspectos:

a).- Que desde la concepción legal que parte del antiguo testamento y la *Ley Mosaica*, hasta finales de la edad media, prácticamente hasta la era de la industrialización y el surgimiento del régimen capitalista, privó una filosofía jurídica que consolidó la idea de la preeminencia de los derechos comunes por sobre el derecho individual. Al mismo tiempo, la influencia de la corriente del *derecho natural*, es considerada por los pueblos de la antigüedad y por la escolástica medieval, como el sustento del orden legal imperante, aún cuando ese *Derecho natural* tuviese como referente la idea objetiva platónica o la idea de Dios.

Las culturas clásicas de la antigüedad, sobre todo la helénica y la romana, privilegiaron el interés de la ciudad como un derecho *inenajenable, imprescriptible e irrenunciable*; de ahí que incluso se hubo de considerar que lo que tendía a beneficiar solamente al individuo físico podría ser reputado como contrario a la idea de justicia. Si bien bajo el *Derecho Romano*, surgió y se consolidó el derecho patrimonial y las instituciones del Derecho Civil, no se relegó, en forma alguna, el interés de *la polis* o de la Ciudad; habida cuenta que la base de la república y del imperio siempre tuvieron como premisa fundamental la preponderancia del interés y de las instituciones públicas por sobre el derecho privado. Incluso, es válido afirmar que de no haber sido así, quizá no hubiésemos conocido la grandeza de la Roma clásica.

En la edad media, la concepción de *la polis* o derecho común, se transformó para dar paso a la comunidad cristiana; es decir, a la iglesia de Cristo. Sin embargo, no se suprimió el significado del bien colectivo como premisa fundamental de la justicia. Antes bien, partiendo de la *comunidad* y de la caridad cristianas, de los escombros de la civilización romana se edificó primero la filosofía patristica y después la escolástica, retomando, en los temas del Derecho, la idea de lo colectivo, la cual perduró hasta marcar una influencia decisiva en nuestro sistema legal, en el *Derecho Castellano*, que aunque con pretensiones territoriales de conquista y sojuzgamiento frente a otros pueblos como el

musulmán y el americano, no suprimió sin embargo aquella teoría ancestral de los derechos comunitarios.

b).- El surgimiento del capitalismo si logró transformar, en lo esencial, el concepto del derecho comunitario, así como su implicación práctica en la vida. Bajo esta era, que tiene como fundamento la producción intensiva, la comercialización de los productos y, con ello, la obtención de lucro y ganancia, se va generando una nueva forma de pensar, la cual tiene su influencia también en los novedosos descubrimientos científicos y geográficos; de tal manera que las explicaciones producto de la fe religiosa ya no satisfacen a las nuevas generaciones de científicos, filósofos y políticos.

Ahora serán las explicaciones empíricas y racionalistas las que fundamentarán el conocimiento y, a la vez, marcarán derroteros distintos al Derecho y a la política. En éste terreno ya se cuestiona la autoridad de la nobleza parasitaria y aristocrática, así como su expresión en el gobierno: la monarquía. Se pretende entonces que debe ser el ciudadano organizado y no la *voluntad divina*, el que genere las instituciones públicas.

De esta forma, el concepto de *individuo* o persona física individual, como sujeto dotado de inteligencia y razón, es reputado como el único ser capaz de escudriñar en la naturaleza para conocerla y transformarla en su beneficio. De ahí que, en ese sentido, sea igualmente ese *individuo* físico, el único que pueda ser titular de derechos y de obligaciones. Más aún, ese *individuo*, dentro del marco de la sociedad, será el que genere, a su imagen y semejanza, los derechos de igualdad, libertad, propiedad y legítima defensa. Por ello, los derechos comunes o la idea del *bien común*, que se viene heredando del mundo antiguo y, sobre todo, de la época feudal que se pretende superar, son considerados como anacrónicos y obsoletos, porque *inhiben el progreso y el libre desarrollo de la persona física*.

De manera tal que una de las premisas fundamentales del capitalismo industrial y, consecuentemente de la clase burguesa, lo es, sin duda, el liberalismo individual, que reclama libertades absolutas para el ser humano, pero no para el grupo; libertad para pensar, para actuar, para expresarse y para tener y acrecentar propiedades particulares; para tener y consolidar capital sin intervención directa del gobierno, del Estado ni del monarca. De esa guisa, los derechos comunitarios, los de la ciudad o *la polis*, quedaron

relegados por el individualismo burgués, bajo cuya ideología se comenzó a edificar la idea de *Estado nacional*, y ya no de *bien común*, al considerar que ese *Estado* sería la organización proyectada y organizada por los *individuos libres*, los cuales deben crear el Derecho y el poder público que garantice precisamente esas libertades *individuales*.

Así las cosas, tenemos que bajo la época del capitalismo y más aún, bajo el capitalismo imperialista, los derechos de corte colectivo han tendido a desaparecer; por eso es explicable que en nuestro país, como reflejo de aquellas tendencias que recorrieron al viejo mundo, en la era del liberalismo que se trató de implantar después del movimiento de independencia, uno de los objetivos fue precisamente la supresión de los derecho comunitarios de las propiedades campesinas. Sin embargo y por fortuna, la tendencia social del Derecho retomó cierta preponderancia a principios del siglo XX, con la corriente de los *derechos sociales* producto e inspiración del materialismo histórico y dialéctico.

c).- Parafraseando a Hegel, bien podríamos apuntar que el *espíritu universal* de la historia ha ido recorriendo y guiando dialécticamente a la humanidad; dialéctica que desde luego también y en cierto modo la encontramos presente en suelo mexicano; pero que, con la influencia del materialismo, retomó, en el campo del Derecho y la justicia, el concepto y definición moderna del *Derecho Social*, quizá como producto de la evolución de aquel *espíritu universal* y/o tal vez como producto de nuestros propios antecedentes históricos y de los conceptos universales de justicia, equidad y bien común que heredamos de la tradición judeo-cristiana y medieval y del Derecho continental europeo.

d).- Por otro lado, en lo concerniente a la teoría pura del Derecho, que magistralmente ha expuesto el maestro Hans Kelsen, es pertinente relatar que, si bien es cierto que el *Derecho Positivo*, es la única fuente de nuestros derechos y obligaciones al interior de una formación política determinada y que, por consecuencia, es únicamente ese Derecho el que contiene la fuerza coactiva para hacer cumplir sus previsiones, por haber sido declarado legalmente *válido* por los órganos del poder público. Sin embargo, no lo es menos que en ese extremo surgen preguntas tales como ¿quién y mediante qué disposición creó ese *poder público* que es el creador a su vez de la norma positiva? En otras palabras, si es el caso de que el único derecho que existe es aquel que conforma las normas positivas que como tales fueron creación del o los poderes correspondientes;

entonces: ¿qué tipo de norma –es decir, natural o positiva– fue la que originó aquel poder público al que se le ha encomendado la creación del Derecho?

Con las interrogantes antes formuladas, desde luego que no se pretende ofuscar ni confundir al lector, ni mucho menos plantear preguntas propias del terreno de los *sofismas*; sino solamente tratar de entender que antes del Derecho y del Estado mismo, han existido seres humanos con necesidades, aspiraciones, gustos, creencias y pretensiones particulares que desde luego han sido el origen de las reglas básicas de su convivencia. Es decir, aquellas necesidades, creencias y pretensiones que han tenido como premisa *natural* la supervivencia del propio ser humano, se han ido trocando, por esa *necesidad natural*, en reglas primitivas de convivencia, que lógicamente en el transcurso del tiempo han conformado las más sofisticadas normas morales, de decoro y, sobre todo, de Derecho. Luego entonces, desde un punto de vista muy personal, se considera que ninguna sociedad civilizada puede desconocer que el origen de lo normativo, moral o jurídico, tenemos que buscarlo en las condiciones sociales del ser humano.

Con lo anterior, tampoco se pretende restarle validez al hecho de que la norma legal, precisamente para que sea válida, deba ser autorizada por el poder público, a su vez autorizado para ello por la sociedad, por medio del *poder constituyente originario*; pero es conveniente reiterar por tanto que el *Derecho Positivo*, debe ser consustancial al *Derecho Natural*; pues de otra forma se puede perder de vista que el origen y destino de toda ley es y debe ser el ser humano congregado por *necesidad* en sociedad, y cuando tal ha acontecido, esto es, cuando se pierde aquel concepto, desgraciadamente ha traído por consecuencia la instauración de regímenes jurídicos y políticos desprovistos de consenso popular proclives a la tiranía.

e).- Por lo que ve al tema que refiere los aspectos de los derechos culturales, los derechos humanos y el constitucionalismo, se dijo en el apartado correspondiente, que las tendencias actuales en el campo del derecho, sobre todo en Europa y recientemente en nuestro país, es que se están tomado en cuenta, tanto en la interpretación como en la aplicación de la ley al caso concreto, esto es, en las sentencias que dictan los tribunales, así como en la jurisprudencia, *la conciencia* cultural de la comunidad a la que pertenecen determinados individuos que se rigen bajo las normas del Estado. También dijimos, que la

aplicación de *los derechos culturales comunitarios*, por parte de los jueces y de los interpretes del derecho, se hace con independencia de que esos *derechos* se encuentren previstos o no en el texto legal, por considerarse que tales prerrogativas son inherentes al ser humano y que por tanto forman parte del conjunto de los derechos humanos en general. Sin embargo, se apuntó igualmente la dificultad para aplicar en justicia y equidad aquellos derechos, de manera general; pues sobre el tema se señalaron algunos ejemplos, algunos de los cuales favorecen evidentemente al individuo y/o a la comunidad a la que pertenecen, bien atenuándoles alguna sanción, como en el caso del derecho penal, o bien, preservándoles o restituyéndoles derechos y patrimonio territorial. En otros casos, es evidente la afectación de derechos a la contraparte o a terceros cuando se favorecen los llamados *derechos culturales*.

En nuestro país, se pueden ilustrar situaciones reales en las que se ha dado aquella dicotomía, una de las cuales se mencionó al desarrollar el tema, en el apartado precedente, al comentar los casos de las comunidades indígenas que pretenden suprimir derechos a algunos de sus miembros por no compartir el credo religioso de la mayoría. Pero otro evento en el devenir del derecho en México, se dio en la época posrevolucionaria, durante el gobierno del General Lázaro Cárdenas, quien al hacer efectivo el decreto constitucional de reparto de las tierras a favor de los campesinos e indígenas; afectando para ello el latifundio de los hacendados, tanto en el Código Agrario de aquel tiempo, como en la Ley de Amparo, en aras del beneficio colectivo y comunitario de los pueblos indígenas y campesinos, suprimió el derecho al juicio de amparo a los latifundistas afectados con las resoluciones presidenciales de dotación y de restitución de tierras. Es decir, un derecho humano fundamental, consagrado incluso desde las Actas de Reforma de 1847, como una garantía constitucional, fue suprimido a un cierto tipo de personas, favoreciendo a otro. El argumento que se alegó a favor de la supresión de ese derecho a los propietarios particulares, fue de carácter histórico más que de derecho; señalando que bajo la Constitución de 1857, se privilegió el derecho individualista y burgués, en menoscabo de los derechos sociales y comunitarios de los pueblos, y que por ello, al amparo del texto fundamental de 1917, de tendencia social, tienen preponderancia los derechos colectivos.

La contradicción que se pone de manifiesto en lo concerniente a los *derechos comunitarios* e incluso a los *culturales*, requiere de esfuerzos intelectuales y reflexiones profundas de los tratadistas del derecho, de iusfilósofos, de políticos, legisladores, académicos y, sobre todos, de la sociedad civil, con el fin de encontrar alternativas que contengan parámetros de equidad y justicia en su interpretación y, consecuentemente, para su aplicación. Por lo pronto, una modesta opinión, sería que, en la aplicación de los *derechos culturales y comunitarios*, se privilegien previamente los derechos fundamentales del ser humano, reconocidos tanto en el orden constitucional interno, como en el Derecho Internacional; tomando en cuenta para ello que siempre será menos lesivo para la humanidad, salvaguardar los derechos humanos por sobre cualesquiera otros; habida cuenta que para el derecho, como para la política, para la economía, para las artes y para la filosofía, lo primero es y debe ser el ser humano, origen y destino del derecho mismo.

III. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

1. La influencia del Derecho de Justiniano y del Derecho Canónico en el pueblo Español.

Las principales compilaciones del Derecho romano, aunque no las únicas, corresponden a la época del emperador **Justiniano**, quien gobernó el imperio romano de oriente después de la caída del de occidente; por eso se dice que este emperador fue de los bizantinos, y durante su imperio se promulgó el código que lleva su nombre. En el año de 529, d. de C., se promulgó el famoso *Código Justiniano*, el cual se compone de 12 libros, de los que sobresalen los relativos al Derecho público, Derecho privado y Derecho penal, entre otros.

En el año 529, surgió la necesidad de reunir la literatura jurídica de la Roma clásica, con la finalidad de aplicarla prácticamente en el imperio de oriente. Esta compilación recibió el nombre de **Digesto**. *Digesto significa en latín ordenamiento. También se le designa con el nombre griego de Pandecta derivado de pan (todo) y dekhomai (recibir, abarcar) (...) El Digesto fue un tratado que reunió, a juicio de los juristas de Justiniano, lo más importante del Derecho romano clásico. Esta obra ha venido a ser la principal fuente de conocimiento del derecho romano antiguo. A la muerte de Justiniano se publicaron las Novelas; que eran un conjunto de constituciones nuevas dictadas por el emperador entre 529-565 (...) El Código, el Digesto, las Institutas y las Novelas integran en su conjunto el corpus iuris civiles; sin embargo este nombre solo se dio hasta la edad moderna, cuando Dionisio Godofredo publicó en 1585, una edición completa de la compilación justineana.*⁶³

En el siglo XI, surgieron los **glosadores**, a quienes se les denomina así por los comentarios que hacían del Derecho compilado por Justiniano. Posteriormente surge la escuela de **Los comentaristas** o los **posglosadores**, que a diferencia de los glosadores, quienes estudiaban, interpretaban y aplicaban el Derecho romano y canónico, al pie de la

⁶³ Consuelo Sirvent, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, páginas 20 y 21

letra, éstos en cambio procuraron, a finales del siglo XIII, *extraer de los textos **principios generales aplicables a las necesidades prácticas**. Así fue como se inició la Escuela de los Comentaristas.*⁶⁴

Con la escuela de los posglosadores o comentaristas, se puede decir que se origina, desde el punto de vista histórico y formal, la corriente de los famosos **principios generales del derecho**, cuya doctrina igualmente se ha implementado en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos de occidente, que nos sirven para llenar las lagunas de los códigos de la ley positiva. Sin embargo, es justo señalar, que fue Aristóteles quien, con su teoría de la *equidad*, vislumbró, casi mil quinientos años atrás, esos conceptos jurídicos, al desarrollar la doctrina de la igualdad y de la desigualdad de los hombres frente a la ley.

Tanto el Derecho romano medieval, como el Derecho canónico que se estudiaban en las universidades de ese tiempo, fueron gestando lo que ahora conocemos como **Derecho común**, que con posterioridad se aplicó de manera general en toda Europa, producto del esfuerzo de glosadores y posglosadores. Ese Derecho permitió dirimir los nuevos problemas que se gestaban como producto de la época del capitalismo naciente, que estaba dejando atrás la era del feudalismo. De manera tal que la literatura generada por glosadores y comentaristas, se convirtió en el **Derecho común de Europa; porque contenía un cuerpo común de leyes; un lenguaje común, que era el latín; un método de investigación y una misma religión.**

Con posterioridad al siglo XII, comenzó a gestarse el sentimiento regional producto del incipiente espíritu nacional; de manera tal que en ese tiempo comenzaron a estructurarse los primeros gobiernos centralizados en Europa, lo cual coincidió con el surgimiento mismo de las lenguas vernáculas, romances o neolatinas; es decir, aquellas lenguas que derivaron del latín y que los distintos pueblos de Europa empezaron a consolidar como idiomas propios, como es el caso del francés, el portugués, el español o castellano, entre otros.

En ese sentido, el Derecho romano que se difundió en Europa, como resultado de los estudios de glosadores y comentaristas, así como el propio Derecho canónico, se

⁶⁴ Obra citada, página 33.

fueron *nacionalizando* por cada uno de los estados que iban surgiendo. El régimen legal, por tanto, se fue haciendo cada vez más *nacional*; surgiendo así el *nacionalismo* legal y político de cada uno de los nuevos países del continente europeo. Tal fue también el origen de la codificación del Derecho, respecto del cual lo que ahora es España no fue la excepción.

Tal como lo vimos con anterioridad, tanto el *corpus iuris civiles*, como el Derecho canónico, que dieron origen al famoso *Derecho común*, dotaron de bases legales a los pueblos que a la postre conformarían los estados nacionales europeos. Por tanto, el Derecho canónico que reglamentó y reglamenta aún las relaciones de los miembros de la iglesia católica, apostólica y romana, ejerció una considerable influencia en el Derecho castellano.

El término lingüístico *canónico*, viene del griego *kánon*, que quiere decir regla o axioma, y por tanto, el *Derecho Canónico*, es el conjunto de normas jurídicas que reglamentan la confesión religiosa del catolicismo, cuyo fundamento principal lo encontramos en los libros del *Nuevo Testamento*.

El siglo XII se considera la época clásica del derecho canónico. En ese siglo, un monje llamado Graciano, maestro de Teología en el convento de los santos Félix y Nabor en Bolonia, se sintió atraído por el estudio de las normas de la iglesia, encontrando que en ellas existían disparidades y contradicciones en los cánones y los textos. Se dio entonces a la tarea de ordenar ese material en una compilación monumental a la que llamó Concordia Dsicordatum Canonum, mejor conocida como Código de Graciano. Ésta obra data de 1140 (...) En El siglo XIII la iglesia trabajó con empeño para crear un cuerpo de ley universal. Fue así como el Papa Gregorio IX, en nombre de la Iglesia Romana Universal, promulgó una colección de leyes dividida en cinco libros⁶⁵.

Debido a que la iglesia católica y romana, fue el credo que prevaleció después de las cruzadas tanto en la Europa central como en la oriental, el derecho canónico cobró una influencia determinante en las sociedades de aquella época, entre las que destaca el pueblo español, el cual en un inicio, al irse configurando la nación, el gobierno y la cultura castellana, asimiló y consolidó, en un grado importante, el Derecho canónico, el cual fue

⁶⁵ ídem, páginas 29-30.

configurando un cuerpo jurídico nacional, conjuntamente con el Derecho romano, que más tarde conformaría un orden legal propio que después se exportaría, con la conquista, a estos pueblos del continente americano.

2. El Derecho Indiano en la Nueva España y la Influencia del Bien Común Greco-Romano y Medieval. El derecho comunitario territorial de los indígenas.

Desde luego que la influencia de la cultura del viejo continente marcó una profunda huella en la conciencia social de la Nueva España, tanto en el terreno político como en el religioso, académico, literario, filosófico y, sobre todo, en el pensamiento jurídico, este último que viene a ser el objetivo de nuestro estudio.

Esa influencia que se recogió en estas tierras, estuvo igualmente marcada por la tradición de las filosofías jurídicas greco-romana y judeo-cristiana; pues no debemos olvidar que el imperio romano fue el conquistador tanto de griegos como de celtas e iberos, éstos últimos originales habitantes de la península ibérica, y por lo tanto, la influencia directa e indirecta de aquellas culturas ha sido determinante y ha estado presente por siempre en nuestra manera de pensar y de actuar. No se diga la tradición y la cultura de la iglesia católica, apostólica y romana, la cual se transportó a este suelo con todo su poder terrenal y espiritual, a grado tal que llegó incluso a rivalizar por el propio poder público con el monarca español, rivalidad que en gran medida originó que trescientos años más tarde se iniciara el movimiento de escisión respecto de la madre patria.

Si bien es cierto que los españoles y sus instituciones espirituales y políticas, trataron de cubrir todo el escenario social y cultural que destruyeron de los antiguos pobladores del nuevo continente; también lo es que varios personajes e instituciones, sobre todo del clero regular, con una visión humanista, pugnaron por preservar, hasta donde les fue posible, las tradiciones, la cultura y la tenencia de la tierra comunal de los indígenas; tal fue el caso, entre otros, de Bartolomé de las Casas en Chiapas y de Vasco de Quiroga, obispo de Michoacán.

En ese orden de ideas, partiendo del rescate que iniciaron varios misioneros católicos, las instituciones y gobernantes españoles, como es el caso de la Real Audiencia, el propio monarca Carlos V y posteriormente sus sucesores, promulgaron una serie de ordenanzas tendentes a proteger la propiedad territorial de los naturales de estos pueblos, mediante las famosas *Leyes Generales de Reinos de Indias*. Dichas disposiciones no solo constituyeron una medida piadosa que se escuchó de aquellos humanistas y evangelizadores; sino que, además, contuvieron la influencia que en el Derecho español habían marcado previamente las corrientes filosóficas y jurídicas heredadas del pensamiento aristotélico relativas a su teoría del **bien común**, la cual, tal como lo vimos en la unidad anterior, fue retomada por el padre de la escolástica -Santo Tomás de Aquino-, quien incluso llegó a sentenciar que aquello que riñera con el bien común automáticamente se colocaba en lo injusto y en lo ilegal.

De manera tal que las disposiciones que tenían por objeto proteger las tierras comunales de los indígenas de la Nueva España, no solo coincidieron con el pensamiento jurídico occidental; sino que, por lo demás, se retomó una institución legal que ya existía en los reinos azteca y purhépecha, conocida como **el calpulli**, que se refiere a la tenencia de la tierra y a su forma de explotación de manera colectiva por un determinado pueblo o comunidad de personas. Esa institución que rigió entre las principales civilizaciones precortesianas, no solo disponía la explotación de las tierras en común entre los habitantes del barrio; sino también su aprovechamiento. Incluso, la forma de sancionar a los individuos de la comunidad que no participaban en el trabajo colectivo, fue igualmente de corte social, tan significativa en la historia que hasta en la actualidad sigue marcando los derroteros del Derecho Agrario sobre el particular.

En tal virtud, es innegable que en las primeras legislaciones que se dictaron sobre los naturales de estas tierras, los españoles echaron mano de aquellas importantes teorías que del interés colectivo vimos desarrolladas en la época clásica de la filosofía griega, en la teoría jurídica de los romanos y, sobre todo, durante la baja edad media. Esa serie de disposiciones legales son puntualmente comentadas en la obra del autor Manuel Fabila, denominada *Cinco Siglos de Legislación Agraria en México*.

En otro texto editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, intitulado *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, en el capítulo denominado *Acerca de la Recepción del **ius commune** en el Derecho de Indias*, su autor Faustino Martínez Martínez, nos comenta que el profesor argentino Victor Tau Anzoátegui, consideró que el orden jurídico creado por el poder de los españoles, expresaba la idea general de que el Derecho indiano era una adaptación, con criterio amplio, del modelo europeo de tradición romano-canónica **a la realidad indiana**; que el derecho común europeo o *ius commune*, suma de derecho romano, canónico y feudal, emerge con una fuerza inusitada en la Europa de los siglos XII y siguientes, merced a la labor de glosadores y comentaristas, que lo utilizan como arma política, pero también como elemento de su quehacer práctico cotidiano.⁶⁶

De acuerdo con la obra que se cita y que ahora comentamos, podemos concluir, sin duda alguna, que las famosa ley de *Las Siete Partidas*, promulgada por Alfonso X, conocido históricamente como *El Sabio*, Rey de Castilla y de León (1221-1284), contiene una poderosa influencia de aquel derecho común que venía evolucionando desde la época clásica de las culturas helénica y romana y que desde luego se enriqueció con el Derecho consuetudinario de Castilla, el cual privilegiaba también al Derecho público por sobre el privado. De manera tal que para el tiempo de Isabel de Castilla, conocida también como Isabel *la católica* y Fernando de Aragón, que coincide con la época en la que se explora el nuevo continente y su posterior colonización por el nieto de aquellos, Carlos V, el Derecho consolidado ya en España y que se traslada a estos pueblos lo es sin duda el Derecho castellano.

En la obra anteriormente comentada, el autor del capítulo relativo a la recepción del Derecho común en el Derecho indiano, nos dice también que el Derecho castellano *nacionaliza*, por decirlo así, al derecho común; que por ello, cuando Cristóbal Colón descubre estas tierras, la diplomacia castellana inicia todo un proceso conducente a dotar de legitimación la acción colombina frente a las objeciones de la Corona portuguesa; que como producto de ello tenemos las Bulas Alejandrinas, mediante las cuales se fijó la adscripción de las Indias a la Corona de Castilla, exclusivamente. Por tanto, es el Derecho

⁶⁶ Ídem, páginas 447-448.

de Castilla el que se convertirá en el marco legal que regirá las relaciones humanas en el Nuevo Mundo, sin perjuicio de que vaya surgiendo de manera paulatina lo que actualmente conocemos didácticamente como *Derecho Indiano*, el cual tuvo un contenido esencialmente público, que rigió precisamente todo lo relacionado con el poder público, con muy pocas menciones al Derecho privado, al procesal o al penal. Con posterioridad se asimila otro elemento al Derecho de Castilla, que es el Derecho Indígena, tolerado con ciertas restricciones, siempre y cuando no se opusiera a la religión. Tal Derecho se erigió en la norma de preferente aplicación entre los propios indígenas, merced a una primera política de adaptación de las costumbres prehispánicas e hispánicas. En ese primer momento el Monarca castellano legisla, pero sin perjudicar el derecho consuetudinario del pueblo indígena; legislación que a la postre vendría a ser la famosa *Recopilación de la Leyes de reinos de Indias*.⁶⁷

Así pues, no cabe duda alguna que el hasta ahora conocido *Derecho Indiano*, que rigió las relaciones sociales y de tenencia de la tierra en la época de la colonia, se amalgamó, por decirlo de alguna manera, con la mezcla del Derecho de Castilla, por un lado, que entre sus raíces contenía una fuerte y considerable influencia del *ius commune*, que desde luego le concedía preponderancia al Derecho público por sobre el privado; y por el otro, el Derecho consuetudinario de los pueblos conquistados, que en nuestras tierras era representado por la institución del *Calpulli*, que entre sus disposiciones más sobresalientes contenía la propiedad comunal de la tierra y su explotación y aprovechamiento.

Sin embargo, es justo reconocer igualmente, la influencia que sobre el Derecho comunitario de estos pueblos, marcaron las teorías jurídicas y políticas que en los siglos XV y XVI, recorrieron el viejo continente, relativas al famoso *socialismo utópico* de Tomás Moro y Juan Campanella, así como los tratados de Derecho de Francisco de Vitoria y Fernando Vázquez de Menchaca, quienes, conjuntamente con aquellos, influenciaron la conciencia de los primeros frailes misioneros que arribaron a la América hispánica, a demandar, ante las autoridades virreinales y de la Corona misma, el respeto, la restitución

⁶⁷ Ídem, paginas 451-456.

y la confirmación de los derechos naturales y territoriales de los indígenas primero y de los mestizos después.

En ese sentido, en lo que ahora es nuestro país y parte de lo que actualmente constituyen varios estados de Norteamérica, se fue consolidando una práctica legal y jurisdiccional, mediante la cual, directamente ante el monarca o ante las Reales Audiencias, se tramitaban litigios o diligencias con el fin de confirmar la propiedad territorial de los pueblos de indios, en forma comunal, a los cuales se les expedieron los hasta ahora vigentes **títulos virreinales**, que constituyen verdaderas determinaciones judiciales, en unos casos, y en otros una merced real, que vienen a ser los títulos de propiedad primordiales de las comunidades indígenas campesinas para la explotación de sus tierras en forma comunal.

Esa tendencia histórica y legislativa que los españoles reprodujeron en estas tierras, con el objeto de proteger a las comunidades en sus derechos de propiedad territorial, si bien estuvo influenciada por la más genuina tradición filosófica y jurídica del mundo occidental, en lo concerniente, sobre todo, a la teoría del bien común, también se puede decir que su aplicación obedeció a razones de políticas prácticas; habida cuenta que existía la necesidad, entre los conquistadores, de sojuzgar totalmente a los indígenas, muchos de los cuales habían sobrevivido a la dominación total y se encontraban aislados en guerrillas en sierras y montes, resistiendo a sangre y fuego a la invasión.

Por ello, tanto el gobierno civil como el eclesiástico, con el fin de someter al gobierno y a la *civilización cristiana* a los naturales, promovieron aquellas medidas de reconocimiento y confirmación de tierras con el fin de concentrarlos y poderlos evangelizar y someter a la encomienda y, posteriormente, al peonaje. No obstante lo anterior, sea como fuere, es innegable que las medidas que tuvieron como efecto el confirmar las propiedades territoriales en explotación colectiva a favor de los indígenas americanos, representó y representa aún un avance progresista de franca trascendencia histórica, por cuanto a la teoría **del bien común** se refiere; siendo en ese aspecto nuestra tierra un ejemplo tangible en la aplicación de esa corriente de la filosofía del derecho occidental que se conjugó con la tradición prehispánica y que con posterioridad a la revolución de 1910, generó el derecho social agrario de inspiración para el mundo jurídico. En ese orden de

ideas, no existe pues duda alguna de que lo anterior constituye el antecedente, la fuente histórica y formal de las garantías sociales establecidas por los revolucionarios en la Constitución de 1917, generadoras del cuerpo legal que se originó en nuestro país y que el derecho contemporáneo reconoce como *Derecho Social*.

3. La concepción liberal versus derecho comunitario. Conservadores y liberales.

Desde la época de las reformas Borbónicas de finales del siglo XVIII y principios del XIX, empezaron a penetrar las ideas liberales a la metrópoli española y obviamente no tardarían en emigrar al continente americano; sin embargo, esas reformas o medidas implementadas por la Casa de Borbón, no contenían en sí medidas progresistas; sino que más bien significaron la forma o medio que utilizó el monarca para sujetar con más autoridad y presencia a las colonias bajo su dominio.

Como resultado de las políticas liberales implementadas en Europa, sobre todo en Inglaterra y en Francia, primero con la república y después incluso con los imperios posteriores, en los cuales se adoptaron sistemas parlamentarios que más o menos contenían la división de poderes y garantizaban ciertas libertades políticas y religiosas de los ciudadanos, y aún cuando conservaron las monarquías de la nobleza, bajo la forma del *Despotismo Ilustrado*, obviamente España no pudo ser la excepción.

La época en la que España trató de implementar algunas políticas, muy reducidas por cierto, de corte liberal, es la que tuvo lugar en el tiempo de la dinastía de los Borbón, a finales del siglo XVIII, con los monarcas Carlos IV y después con Felipe VII; sin embargo, es importante destacar que dichas medidas, si bien es cierto que tuvieron una fachada liberal; también lo es que, en lo fundamental, fueron dictadas con la imperiosa necesidad de recursos para la metrópoli colonial que se encontraba sumida en la bancarrota producto de las guerras internacionales que había perdido y, sobre todo, con la finalidad de inhibir la consolidación económica, social y política de las corporaciones de los hacendados, de los

mineros, de los comerciantes y del clero que, compuestas por criollos letrados y con bastante poder económico, comenzaban a pensar y a demandar una mayoría de edad.

En efecto, mientras en el siglo XVI, había en la Nueva España una sociedad señorial que vivía de la explotación extensiva de la población indígena, para el XVIII, es evidente que la población blanca había creado una nueva economía, dirigida y manejada por los colonos con sistemas más capitalistas que señoriales y orientadas a satisfacer sus propias necesidades. Esta configuración económica le otorgó a la minoría blanca los medios para asegurar su dominio sobre la población indígena y mestiza.

La iglesia también sufrió cambios profundos en estas tierras, pues para el siglo XVIII, ya se había perdido el fervor misionero de los inicios de la colonia, con el cual se generó la protección a los derechos de los pueblos y civilización indígena, y al mismo tiempo, cerró las puertas a las ideas del renacimiento; por lo tanto, estrechó sus intereses con los criollos, con evidente influencia sobre la población, incluidas las castas, al tener la dirección espiritual y toda la educación, la asistencia hospitalaria y el crédito.

Bajo este estado de cosas se inscriben pues las reformas *liberales* de los Borbones, que se intentaron aplicar en la colonia a partir de 1760; reformas que tuvieron como base la famosa corriente del *despotismo ilustrado*. Estas ideas liberales, se basaban igualmente en la concepción de que no podían existir poderes corporativos o privados que rivalizaran con los del soberano, y en la Nueva España, el poder corporativo más importante era la iglesia; de ahí que los golpes más significativos de los Borbones *ilustrados* se dirigieron, en lo fundamental, en contra del clero. Por ello, en 1767, fueron expulsados más de 400 jesuitas, lo cual ocasionó reacciones populares de consideración.

Pero el golpe más serio que afectó a la iglesia novohispana, lo fue sin duda la “*Real Cédula sobre Enajenación de Bienes Raíces y Cobro de Capitales de Capellanías y Obras Pías para la Consolidación de Vales Reales*”, de 1804, que constituye en sí la primera política desamortizadora de tierras y la secularización de las cuestiones religiosas, que medio siglo después, con la Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma, aplicaron los liberales mexicanos en el aspecto político. Sin duda alguna, las políticas desamortizadoras y de secularización de la sociedad en la Nueva España, iniciaron el movimiento de independencia; puesto que, como ya lo dijimos con anterioridad, más que unas medidas

netamente liberales, fueron actos tendentes a destruir el poder económico, social y político de las corporaciones que se habían edificado en México. Pero como se dijo, estas medidas no tuvieron pues otro significado, aparte del que ya vimos de inhibir políticamente a las corporaciones, que el fortalecimiento del monarca, lo cual es muy significativo en la política posterior que se desarrollaría en el México independiente, durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del XX; puesto que en aquella época como en esta, las políticas liberales contrastaron profundamente con la realidad histórica, y no tuvieron otro desenlace más que el fortalecimiento y configuración de los caudillos en un inicio y los *estadistas* fuertes a la postre.

Toda esta concepción liberal, que se copió, por decirlo así, de los liberales y empiristas ingleses, como John Locke, de los enciclopedistas franceses Montesquieu, Rosseau y Voltaire, así como de la experiencia de la revolución de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, hizo posible que los liberales, tanto en la península ibérica como en la Nueva España, concibieran como al único sujeto de derechos y obligaciones a la persona física en lo individual, esto es, al individuo físico en su más pura individualidad ontológica. En otras palabras, acorde con la ideología liberal-individualista, los derechos sociales tanto de corporaciones como de comunidades, no tienen sustento bajo esa corriente. Por ello, los derechos comunitarios de los indígenas, que heredaron de la teoría ***del bien común***, fincado en la tradición greco-romana y medieval, se comenzó a ver como un conjunto de instituciones arcaicas y obsoletas, que debían ser superadas por el progreso individual y capitalista.

El golpe fulminante de los liberales, tanto a finales de la colonia como durante la época independiente, lo dirigieron contra la corporación eclesiástica, la cual, junto con terratenientes y mineros, había acrecentado considerablemente su poder terrenal y espiritual; sin embargo, aquella concepción individualista de corte burgués, no solo se aplicó en contra de la iglesia, sino que, lo más perjudicial históricamente, fue que se encaminó en contra de las comunidades indígenas campesinas, a las cuales también se les suprimió la capacidad jurídica para poseer y administrar tierras en común. Es decir, el liberalismo, como corriente filosófica y política, en su más esencial concepción, considera que todos y cada uno de los individuos somos iguales ante la ley; sin tomar en cuenta que

esa igualdad formal, en no pocas ocasiones contrasta con la realidad social e histórica, que por inercia torna desiguales a los hombres frente a la ley.

De esa guisa, tenemos que al final del siglo XVIII e inicios del XIX, la corriente liberal era aquella que no solo pugnaba por las libertades políticas, económicas e ideológicas del individuo, sino que, al mismo tiempo, reputaba como *retrógados* y conservadores, como opuestos al progreso social, los derechos comunitarios; de ahí que, acorde con la ideología burgués individualista, se considerara que las posesiones comunales que se habían confirmado o restituido a los indígenas, para que poseyeran y aprovecharan sus tierras en común, eran herencias conservadoras de una época feudal que reñía con la época de las luces y de los avances científicos y tecnológicos. *El modelo ideal concebido por los liberales, era el de una sociedad en la que el individuo encarnaría el principio rector, mientras que el Estado se limitaría a garantizar y a promover los intereses de los particulares. La Iglesia y el Estado deberían divorciarse y este último adoptaría la forma federal de gobierno.*⁶⁸

En adelante, el México independiente, trataría de imponer esa forma de pensar proveniente de Europa y de los Estados Unidos de Norteamérica y, desafortunadamente, de manera no muy consciente; pues desde que se liquidó al Imperio de Iturbide, se hicieron patentes los bandos políticos desde entonces irreconciliables. En un inicio fueron los federalistas contra los centralistas, que después se convertirían los primeros en el partido liberal, mientras que los segundos en el conservador. Sin embargo, si bien los primeros se consideraban progresistas y seguidores de las teorías de la libertad, lo cierto es que la realidad socio-económica del naciente país Mexicano, de hecho descansaba en una administración jurídica y política fuertemente centralizada. De ahí que la primera Constitución federalista de 1824, en los hechos ocasionó la desunión de lo antes unido; y así, de esta forma, se fomentó no solo lo que se pretendía, que era la unión de los Estados al pacto federal, sino incluso los proyectos separatistas y secesionistas como el caso de Texas en un inicio y de la alta California, Nuevo México, Colorado y otros territorios que después perderíamos. Al respecto, el doctor Samuel Ramos, en su obra *El Perfil del Hombre y la Cultura en México*, nos comenta lo siguiente:

⁶⁸ Leal Juan Felipe, *La Burguesía y el Estado Mexicano*, México, página 65.

*Cuando después de la caída del Imperio se suscitó en México el conflicto entre “federalismo” y “centralismo”, Fray Servando Teresa de Mier, decía en un fogoso discurso, que “se cortaba el pescuezo” si alguno de sus oyentes sabía que casta de animal era una república federada. Esta frase da una idea cabal de la inconsciencia con que entonces se empezaron a copiar las instituciones políticas modernas.*⁶⁹

De cualquier forma, el nuevo Estado Mexicano, estableció, en sus cartas políticas fundamentales, lo más puro del pensamiento liberal; lo cual, sin embargo, en varios aspectos, significó un importante avance político e ideológico, en cuanto a los derechos fundamentales de las personas y al régimen republicano se refiere; pero que también, en lo tocante a los derechos territoriales y a las posesiones comunales de los indígenas y campesinos, originó el gran conflicto agrario que degeneraría en la consolidación constitucional y legal del inmenso latifundio criollo y *liberal*, por un lado, y por el otro, la masa de peones acasillados sin tierras, que compartieron condiciones sociales de miseria más deplorables que en la época colonial, pues sucedió que las tierras que otrora se les concedieron por los monarcas y por los virreyes, les fueron arrebatadas, merced a las leyes liberales, adjudicándose a la nueva clase de aristócratas terratenientes.

4. La ideología liberal en las constituciones políticas del México Independiente.

Si bien es cierto que la corriente liberal impregnó la forma de pensar tanto de las elites en el gobierno como de las clases dominantes, tanto en la metrópoli como en la colonia; también lo es que esas mismas clases, sobre todo la nobleza, pretendieron en última instancia, tal como lo dijimos, el fortalecimiento del Estado como tal y la sujeción de las poderosas corporaciones de la Nueva España, mediante la utilización de medidas administrativas y legales que la historia registró como las “*políticas borbónicas*”.

⁶⁹ Obra citada, página 23.

En esa misma proporción, la *conciencia liberal*” de los criollos que encabezaron y aprovecharon la lucha por la independencia, solamente constituyó un recurso retórico y no una medida práctica; toda vez que, por un lado, solamente pregonaron y defendieron una libertad para sí, más no para los demás, es decir, no para mestizos, castas e indios, los cuales quedarían igual que en tiempos de la colonia, y quizá peor, puesto que las leyes liberales que se implementarían a partir de 1856, conocidas como *Las Leyes de Desamortización de Manos Muertas* o *Ley Lerdo*, despojaron precisamente a las comunidades indígenas de su propiedad territorial, al suprimirles, igual que a las corporaciones religiosas, la capacidad para poseer y administrar tierras en común.

El discurso de los líderes de la independencia, que se decían liberales, contrario precisamente al principio de la libertad de cultos y de conciencia, igualmente pregonaron la defensa más conservadora de la religión católica, al no tolerar la existencia de ninguna otra, y al rechazar, en términos generales, las medidas borbónicas en lo concerniente al aspecto religioso. Por ello, no es aventurado afirmar que, en gran medida, paradójicamente, la motivación de la lucha por la independencia nacional, también se orientó por aspectos netamente conservadores y opuestos totalmente a la ideología liberal; ya que, por ejemplo, cuando se trata de aplicar la Constitución liberal de Cádiz, hasta 1821, después de la muerte de Fernando VII, el clero conservador de la Nueva España, temeroso de las medidas laicas, promueve y financia la famosa *Conspiración de la Profesa* y alienta a los criollos terratenientes, con Iturbide a la cabeza, para lograr la Independencia y así no sujetarse a las disposiciones de aquella Constitución progresista.

No obstante lo anterior, la filosofía y la política liberales estuvieron presentes en las primeras cartas constitucionales del México independiente e incluso poco tiempo antes de la escisión respecto de España, aún cuando esa presencia fue solamente en la letra, pues la realidad social las contradujo de una manera persistente, de ahí su inaplicabilidad y, como consecuencia, el pretexto para el surgimiento de los *caudillos liberales*. Pero, como se ha dicho, esa presencia, por decirlo de alguna manera, de la corriente liberal, impregnó pues prácticamente la totalidad de las constituciones políticas del siglo XIX, comenzando por la de Cádiz, de 1812, que las cortes españolas dictaron incluso para la colonia; la de 22 de octubre de 1814, de Apatzingán, del Estado de Michoacán, que redactó el Congreso

de Chilpancingo y que trató de hacer cumplir Don José María Morelos y Pavón; la de 1824 y, finalmente, la de 1857.

Desde luego que existieron períodos de la historia en que se registra la implantación de disposiciones eminentemente conservadoras, y quizá más acordes con la realidad social del país, y así tenemos el Acta Constitutiva del imperio de Agustín de Iturbide y la Constitución centralista de 1836; ésta última que incluso llega a la aberración de negar la calidad de ciudadano a los sirvientes domésticos. Sin embargo, de 1821 hasta 1857, el Estado mexicano solamente se denomina así, puesto que carece por completo de un control sobre el resto de las provincias o estados que conforman la nación, la cual se encontraba constituida por poderes económicos y políticos locales, constituidos a su vez por aquellas corporaciones de mineros, terratenientes, comerciantes o arrieros y el clero, a las cuales las medidas *liberales* de los Borbones, pretendieron destruir.

Debido a lo anterior, la Constitución de 1857, representa, por decirlo así, la culminación del proyecto liberal, pero sólo desde el punto de vista político, ya que no tuvo, en lo fundamental, una correlación directa con el momento social y económico que privaba en el país; no obstante, se considera que en esa época se sientan las bases para la edificación de un modelo de Estado propiamente liberal y republicano, que pretenderá, por todos los medios a su alcance, instaurar una forma capitalista de libre mercado, teniendo siempre como referencia incuestionable la propiedad privada sobre la tierra y sobre los medios e instrumentos de producción.

Sin embargo, el proyecto liberal, según quedó establecido en los capítulos precedentes, comenzó a prefigurarse desde el seno de la colonia y, sobre todo, en las primeras constituciones del México independiente, pero dicho proyecto fue precisamente sólo eso, puesto que, si para 1857, las condiciones sociales de la nación eran insuficientes para sostener como derecho positivo una Constitución netamente liberal, con mayor razón cincuenta años antes. Pero para el objetivo del presente apartado, resulta indispensable destacar los principales puntos que tocaron aquellas cartas fundamentales, y en ese tenor, vale la pena mencionar lo que en esos aspectos de la filosofía liberal contuvo la Constitución de Apatzingán de 1814.

Esta carta política, aún cuando no tuvo posibilidades de aplicación como derecho positivo, puesto que se redactó y se promulgó en plena lucha armada, sus postulados contienen una profunda tendencia liberal, producto de la influencia de la ilustración francesa y del movimiento de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Pero, a diferencia de las posteriores de 1824 y 1857, no sólo contiene los principios básicos del liberalismo, sino que propone, al mismo tiempo, una premisa fundamental que rompe con el individualismo burgués propio de la corriente liberal, que más bien tiene que ver con un modelo de justicia social que más de cien años después adoptaría nuestra actual Constitución de 1917. En efecto, el pensamiento de Morelos, plasmado en la Constitución de Apatzingán, propugna por ***moderar la opulencia y la indigencia***, y como se podrá ver, esta tesis filosófica, incorporada a rango de mandato constitucional, prevé pues que la profunda desigualdad social y económica prevaleciente en estas tierras, tendrá que ser objeto de reglamentación para atenuar precisamente las desventajas de los individuos como resultado de esa profunda diferencia de clase. Es decir, en Morelos no sólo encontramos al ideólogo liberal de la independencia, sino al personaje preocupado por los derechos sociales de las mayorías.

Pero la Constitución de 1814, al mismo tiempo y al igual que las posteriores liberales, en el aspecto religioso no lo son tanto, puesto que, como se dijo, protegen a la católica, apostólica y romana, como la única y oficial que se debe profesar en el incipiente Estado nacional; más en el resto de los artículos, innegablemente muestra su definitiva tendencia liberal, en aspectos tales como la soberanía que debe residir en el pueblo, la división de poderes y el pacto social de los individuos para conformar la nación.

De igual forma tenemos la Constitución de 1824, la cual se promulga una vez destruido el efímero imperio de Agustín de Iturbide, y al igual que la de 1814, privilegia los postulados liberales; sin embargo, a diferencia de ésta, contiene tendencias evidentemente retrogradas y conservadoras, como es la consideración misma con la que comienza, señalando que se redacta en el nombre de *“Dios todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad”*. Además, también habla de que la religión católica no sólo será la oficial, sino la perpetua, y más aún, dicha Constitución ya no contempla que la soberanía popular reside en el pueblo.

Finalmente, el 5 de febrero de 1857, se promulga la Constitución que regirá hasta la época del México revolucionario de 1917, producto, aquella carta, de la también revolución de Ayutla, que de alguna forma marca el fin de las revueltas intestinas que asolaron al país. Con esta Constitución pudiéramos decir que arranca la consolidación del Estado mexicano, puesto que la sociedad civil triunfa sobre aquellas corporaciones privilegiadas, sobre todo las constituidas por el clero y por los militares, habida cuenta que los terratenientes, los mineros y los comerciantes, se verán marcadamente favorecidos por esta nueva ley fundamental. Esta disposición constitucional, representa lógicamente los intereses de la clase social que en México comienza a surgir tardíamente, esto es, la burguesía; sin embargo, esta burguesía no corresponde a la definición clásica de esa clase social que se consolidó en los países de Europa occidental y de los Estados Unidos de Norteamérica, pues en nuestro país, en aquella época y durante casi cien años después, esta burguesía no se fundó en el desarrollo industrial y capitalista, sino en una oligarquía de terratenientes, mineros y comerciantes.

La Constitución del 57, de igual forma que las anteriores de su tipo, preserva a la religión católica como la oficial; sin embargo, con las famosas *Leyes de Reforma* impulsadas por Benito Juárez, promulgadas dos años después, se incorpora al texto constitucional la libertad de cultos. En los demás aspectos, su fundamento es definitivamente liberal, y desde luego mucho más avanzado y progresista que sus predecesoras, sobre todo en los aspectos de la soberanía y la educación, cuestiones que incluso se consideran más avanzadas que la Constitución actual de 1917, que en esos rubros asume una postura exageradamente positivista, tal como se verá con posterioridad.

Así pues, la carta de 1857, dispone que **los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales**; que la enseñanza es y debe ser libre; que todo hombre es libre para abrazar la profesión o trabajo que le acomode, que es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos; que a nadie se le puede coartar el derecho de asociarse; que no se reconocen títulos de nobleza ni honores hereditarios; que nadie podrá ser juzgado por tribunales especiales, ni molestado en su persona, familia, papeles o posesiones; que la propiedad no puede ser ocupada, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización, etcétera.

Como se podrá ver, la ley constitucional en relación, aparte de contener un catálogo completo de garantías individuales y de libertades públicas, también prevé la forma en que éstas se hagan efectivas, puesto que se incluye de manera precisa la institución del **juicio de amparo**; pero, además, igualmente estatuye la organización del poder público y la elección democrática del mismo; su división en ejecutivo, legislativo y judicial y, sobre todo, que la soberanía reside originariamente en el pueblo y que éste tiene el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

No obstante todas las buenas intenciones de los derechos de corte liberal que se promulgaron, la realidad económica y social del país los convertiría, en gran medida, en letra muerta. Así, el clero que a su favor estaba una gran parte de la milicia, hacendados, mineros e incluso la casi totalidad de la población y, sobre todo, las clases más humildes fanatizadas por más de tres siglos de dominación de una sola cultura religiosa, no tuvo empacho en financiar de manera directa pronunciamientos militares, manifestaciones públicas y otra serie de actos contrarios a la Constitución, en claro contubernio con el partido conservador heredero de la colonia.

Pero al mismo tiempo, el status real del país, que se basaba en la gran propiedad territorial en manos de unos cuantos terratenientes criollos que habían heredado sus posesiones de sus padres españoles, por un lado, y la gran mayoría de la población que en ese tiempo era rural, que se había constituido por campesinos sin tierra, en forma casi idéntica a los siervos del régimen feudal, tornó de hecho imposible la aplicación práctica de la mayoría de los preceptos constitucionales de una ley que se había escrito para una burguesía industrial y comercial, así como para una clase de *ciudadanos libres*, prácticamente inexistentes para aquella época. Sobre lo anterior bien vale la pena recordar la **Filosofía del Derecho de Hegel**, en cuanto a la teoría de la evolución histórica del espíritu absoluto, según la cual ese espíritu universal no se puede adelantar ni retroceder en la historia, esto es, se debe materializar y debe corresponder a una realidad histórica concreta; pues de modo contrario, el Derecho, como expresión del espíritu universal, se tornará en injusticia, al adelantarse o al retroceder en la historia.

Todo esto se tradujo en que los derechos políticos de sufragio universal, únicamente fueran utilizados por los propios hacendados, quienes votaban por sí, por su familia y por

sus peones, así como por la muy reducida clase media integrada por oficiales del ejército, abogados, médicos y funcionarios del régimen, mientras que el grueso de la población constituida por campesinos, indígenas, arrieros pobres y grupos de bandidos, ni siquiera se dieron cuenta que tenían una nueva Constitución. Por si fuera poco, como toda medida liberal, la Constitución del 57, tal como lo apuntamos con antelación, obviamente consideró que el único sujeto de derechos y obligaciones lo es el individuo físico, el cual tiene desde luego derecho a la vida, a la libertad, al pensamiento y su expresión; para asociarse, para votar y ser electo, para hacer uso de las leyes y de los tribunales, para contratar y para asociarse y, sobre todo, para tener su propiedad y para acrecentarla dentro de los límites de la ley. Por tanto, acorde pues con esa filosofía, los distintos grupos sociales, congregaciones y las corporaciones, no pueden tener derechos en sí, ni mucho menos para poseer o adquirir bienes inmuebles; es decir, para aquella Constitución no existieron pues los derechos sociales ni comunitarios.

Como ya lo vimos, la finalidad primordial y sobre todo práctica que los liberales de la segunda mitad del siglo antepasado quisieron lograr, lo fue, de manera esencial, la destrucción del poder político y terrenal de la iglesia, enemiga acérrima del progreso social que pregonaban, suprimiéndole sus fueros, privilegios y tribunales especiales; pero, el haber medido con la misma vara a las propiedades de las comunidades indígenas, de tribus, congregaciones y ejidos, fue una medida totalmente desacertada e injusta.

Dichas propiedades comunales, fueron reputadas por nuestros liberales, al amparo de la Constitución del 57, como tendencias anacrónicas herederas de la época colonial a la cual pretendían no sólo destruir sino incluso desterrar de la conciencia pública, y así, destruyeron pues el derecho de propiedad más antiguo en nuestro país, lo que sin duda ocasionó innumerables reacciones incluso violentas de grupos campesinos e indígenas, los cuales asumieron partido con los conservadores y después con el propio archiduque Maximiliano, con la esperanza de que, en el aspecto de sus propiedades comunales, se revirtieran las tendencias liberales.

Merced a la reforma liberal, se depreció el valor de las tierras del clero y de las comunidades de indios, puesto que aquel emitió decreto de excomunión en contra de quien adquiriese las tierras desamortizadas por las leyes liberales; lo cual derivó en que los

powerful hacendados acquired at infinitely low prices large properties of land, increasing thus their latifundios; for besides, if to some Indians or peasants in the individual they delivered titles of property over some portion of land, product of those liberal measures of individualist cut, before any litigation, product of indebted speculators, irremediably they lost their small patrimony before the hacendado colindante. Tal estado de cosas fue previsto y advertido por diputados constituyentes de aquella época, siendo el caso notorio de Ponciano Arriaga y de Castillo Velasco, éste último quien en su voto particular, que se reseña en la obra intitulada *Economía y Política en la Historia de México*, escrita por Manuel López Gallo, señaló lo siguiente:

*Pero de nada servirá reconocer esa libertad (la de la Constitución) en la administración, y más bien será una burla para muchos pueblos, si han de continuar como hasta ahora, sin terrenos para el uso común, sin han de continuar agobiados por la miseria, si sus desgraciados habitantes no han de tener un palmo de tierras en que ejecutar las obras que pudieran convenirles (...) ¿No es vergonzoso para nosotros, liberales, que dejemos subsistir ese estado de cosas, cuando por leyes dictadas por monarcas absolutos se concedían esos terrenos a los pueblos, y se proveía así a sus necesidades?*⁷⁰

A manera de epílogo de todo lo anterior, bien pudiéramos afirmar que, en una gran proporción, la pretendida adaptación de las teorías liberales en nuestro suelo, tanto en el terreno político como en el legal, se tradujeron en realidad en una *adopción* ilusoria; esto es, en una imitación que las elites políticas impusieron sin mayor análisis y mucho menos tomando en cuenta la realidad del país; todo esto ocasionó que las posiciones de aquellas elites políticas se polarizaran en bandos irreconciliables, y así, la ideología centralista y conservadora se interpretó como una posición reaccionaria. Por ello, con el triunfo del liberalismo, después de que se derrotó el segundo imperio, la República Federal, se impuso por decreto, aún cuando sólo lo fue en el nombre, de forma tal que *por uno de los azares que tan a menudo ocurren en la historia de México, la idea centralista se tornó sinónimo de reaccionario. Con el triunfo del liberalismo, nuestro país se convirtió en*

⁷⁰ López Gallo Manuel, *Economía y Política en la Historia de México*, página 126.

*República federal, aun cuando lo fue nominalmente, porque la presión de la realidad, superior a la ley, obligaba a los gobiernos del siglo XIX, a imponer un centralismo disimulado, para mantener cierta unidad en medio de la anarquía reinante.*⁷¹

Lo anterior significa pues que, la realidad nacional, desde el punto de vista socioeconómico, contradecía la estructura jurídico-política, y desde luego todo esto ocasionaba que la ley, y principalmente la Constitución, se relegara en lo general por los propios gobiernos que la habían declarado vigente, y así, se va tolerando el estado de facto que facilitaría la llegada de un caudillo “liberal”, que tratase de conciliar precisamente la realidad social con la inaplicabilidad del derecho.

El filósofo Samuel Ramos, a quien ya nos referimos, en la obra antes señalada, al respecto nos señala también, que cuando es promulgada una Constitución, la realidad política tiene que ser apreciada a través de aquella, pero como no coincide con sus preceptos, aparece siempre como inconstitucional: *El lector debe hacerse cargo bien de lo que queremos decir. Si la vida se desenvuelve en dos sentidos distintos, por un lado la ley y por otro la realidad, ésta última será siempre ilegal; y cuando en medio de esta situación abunda el espíritu de rebeldía ciega, dispuesta a estallar con el menor pretexto, nos explicamos la serie interminable de revoluciones en el siglo XIX.*

5. Liberalismo, positivismo y presidencialismo en México.

Todo el escenario social y político prevaleciente en el país en la segunda mitad del siglo XIX, así como las consecuencias económicas y políticas que generó la aplicación, en la medida de lo posible, de la Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma; sobre todo en el terreno agrario y religioso, fueron creando la demanda y necesidad de estabilidad nacional. En otras palabras, si la gran hacienda, por un lado, y el peonaje que constituía la

⁷¹ Ramos Samuel, *El Perfil del Hombre y la Cultura en México*, página 24.

fuerza laboral, por el otro, bajo una relación más o menos paternalista entre hacendado y jornalero, se había consolidado, y si al mismo tiempo le agregamos que la política liberal había triunfado frente a la conservadora, al haber sido vencido el último de sus intentos con Maximiliano de Habsburgo; luego entonces, se tornaba imperioso el establecimiento de un gobierno que garantizara la paz, la estabilidad y el orden.

Así las cosas, una vez que hubo triunfado de manera definitiva el partido de la República encabezado por Benito Juárez, lo urgente era dar estabilidad al país. Sin embargo, los caudillos militares que se habían enfrentado a las tropas francesas, reclamaban obviamente sus derechos a la dirección política de la nación, contrariando así el espíritu civilista de Juárez. Los generales republicanos exigirían pues de la patria los beneficios para gobernarla. Como es sabido, el general triunfante lo fue Porfirio Díaz; quien desde el inicio de su gestión, a partir de 1876, pero sobre todo después de 1880 (con el pequeño intervalo del general Manuel González), despliega toda una actividad tendente a fortalecer a la burguesía nacional representada por los terratenientes criollos, así como al capitalismo internacional; a favor de los primeros se dictarían una serie de medidas conocidas como las famosas **Leyes de Colonización**, que en la práctica no hicieron otra cosa que abusar desmesuradamente de las ya de por sí injustas *Leyes de Desamortización*; pues al amparo de aquellas, se establecieron compañías deslindadoras que al medir inmensas superficies de tierra aparentemente nacional, se quedaban con una parte de ésta, y el resto se adjudicaba a favor de los denunciante que generalmente eran los propios hacendados.

En favor de la burguesía internacional, Porfirio Díaz, favoreció a comerciantes e industriales europeos y norteamericanos, tanto en los ferrocarriles como en la minería, en la industria textil, en la exportación e incluso en la agricultura. De esta forma, la burguesía, en el sentido científico de la palabra, durante el gobierno de Díaz, no fue nacional, sino extranjera, puesto que la nativa que pretendió serlo, de hecho estaba constituida mayoritariamente por terratenientes.

Siguiendo con la lógica de la realidad, Porfirio Díaz entendió que la Constitución de 1857, aún cuando fue su bandera, era impráctica en la mayoría de sus postulados; habida cuenta que el espíritu de la división de poderes, la república federal y representativa, el

voto universal y secreto, la igualdad de los mexicanos frente a la ley y la libertad de pensamiento y expresión, entre otros conceptos, bien podían y deberían quedar por lo pronto *en suspenso*, mientras *la evolución* del pueblo hacía el orden y el progreso lo permitiera. Así pues, el caudillo *liberal por excelencia*, exigía de la nación el pago a los servicios prestados, y a cambio, él entregaría la paz, el orden y el progreso que demandaban las clases dominantes.

En ese sentido, los primeros ideólogos de ese nuevo orden, empezarían a disertar sobre la justificación de un ***Estado fuerte y necesario para mantener la paz***, a cuya cabeza debería estar un hombre que hubiese surgido de las ideas de libertad, defendiendo así a la patria incluso en contra de la intervención extranjera. De manera que desde antes de que Porfirio Díaz asumiera el poder, de hecho ya se preparaba en el país, desde el punto de vista ideológico y político, el campo para que arribara precisamente una dictadura, pues así se advierte de las publicaciones del diario más influyente de la época, denominado *La libertad*, así como de las tesis del primer positivista mexicano, Gabino Barreda, quien en su famoso discurso en la ciudad de Guanajuato, del 16 de septiembre de 1867 (unos meses después del fusilamiento de Maximiliano), conocido históricamente como “*La Oración Cívica*”, desarrolla de una forma particular y acorde con la realidad del país, las teorías de Augusto Comte.

Bajo ese orden de ideas, si bien es cierto que al haber triunfado la burguesía en la Constitución de 1857, se derrotó a los grupos conservadores representados por la iglesia, el ejército y a quienes defendían los fueros y privilegios heredados de la colonia; no lo es menos que esta clase burguesa, como lo vimos líneas anteriores, al provenir de la elite de terratenientes, propugnó por la consolidación del gran hacendado laico; por ello, a esta burguesía no se le debe confundir con la europea, por más que se le semeje; pues aunque pretendía fundarse en la industria, su fuerza provenía de la tierra y la especulación. De tal suerte que esta burguesía tuvo una época de militancia combativa y obviamente su bandera la constituyó en esencia el liberalismo, pero una vez obtenido el poder, al igual que sucedió en Europa, esa bandera se tornó en una amenaza para la estabilidad que buscaban los terratenientes; de ahí que se requiriera de una nueva forma de explicar las cosas tanto materiales como espirituales, y esta nueva forma se encontró precisamente en

el *positivismo* de Comte, quien previamente se había encargado de elaborar una filosofía de orden para la Francia monárquica, que había dejado atrás el jacobinismo liberal.⁷²

Leopoldo Zea, nos comenta, que el partido liberal, al constituirse en estado, el gobierno tuvo que establecer las bases para un orden social duradero. Ese orden no podía ser encargado a los grupos que habían sido desplazados: el clero y el militarismo, ni aún los nuevos militares, que en el fondo seguían siendo tan ambiciosos como los vencidos. La burguesía mexicana era la única clase capaz de garantizar el orden social. En ese sentido, las circunstancias históricas prevaleciente en nuestro país en el último tercio del siglo XIX, favorecieron la asunción al poder del general Porfirio Díaz, quien llegaría a la Presidencia de la República mediante la revuelta conocido con el nombre del *Plan de la Noria* o *Plan de Tuxtepec*, en contra, primero de Juárez, y después de Lerdo de Tejada.

En torno de Porfirio Díaz, se creó no solo el Partido Liberal, sino además su círculo de amigos que después se conocerían como *Los científicos*, que eran en realidad los ideólogos del nuevo régimen y precisamente los seguidores de la filosofía positivista, entre los que se encontraban el propio Justo Sierra, José Íves Limantour, ministros de Educación y de Hacienda, y otros más; los cuales se encargarían de perpetuar en el poder al general vencedor de los franceses, hasta por más de 30 años, justamente con aquella filosofía política de *orden y progreso*, a través de un gobierno fuerte que garantizó, en efecto, la paz y el orden; pero utilizando métodos que distaban de ser legales y ajustados a la Constitución. Por lo demás, aquella corriente difundía también la idea de la resignación entre las clases inferiores, arguyendo que, según las teorías biológicas y científicas -que justamente el positivismo privilegia-, tanto en los seres vivos como en la sociedad, se establece la prevalencia de los más aptos y fuerte por sobre los débiles. En otras palabras, ya no son la divinidad ni el espíritu universal los que justificarán la profunda división de clases sociales, sino que, bajo la óptica del positivismo, ahora será la *ciencia*.

En tal virtud, en el México de aquella época, conformado socialmente por la clase de hacendados dominantes y por campesinos sin tierras, esa filosofía encontró plena aplicación en un tramo de nuestra historia; y así también, en el plano del gobierno y en las

⁷² Leal Juan Felipe, *La burguesía y el Estado Mexicano*, página 67.

esferas jurídico-políticas, ante la inaplicabilidad de la Constitución de 1957, que como ya vimos era contradicha prácticamente en la mayoría sus apartados por la realidad del país, la consecuencia lógica fue el régimen más o menos dictatorial de Díaz, quien logró conciliar precisamente esa realidad con lo impracticable del sistema legal de la época; pero que precisamente por esa contradicción fue que se adaptó en nuestro país no solo la corriente positivista, sino también el régimen presidencialista y autocrático que después heredaron los gobernantes de la revolución y de la posrevolución y que quizá hasta en la actualidad aún nos persigue de alguna forma.

El filósofo Leopoldo Zea, nos dice que la corriente positivista en México, también hubo de sucumbir a la postre por sus propias contradicciones; contradicciones que igualmente fueron producto de la historia del país, que al paso del tiempo convirtieron a las tesis positivistas en mera ilusión. El filósofo en cita, nos comenta pues lo siguiente: *La burguesía mexicana para lograr el orden tuvo que combinar sus intereses con los de otras clases. El orden establecido tuvo que irse transformando en un orden en el cual los encontrados intereses de otras clases tuvieran cabida. El positivismo trató de ayudar en esta coordinación de intereses, en este orden; pero llegó un momento en el cual la idea que sobre el orden se tenía en tal doctrina era hostil a los intereses de las clases con las cuales la burguesía mexicana trataba de llegar a un acuerdo. Llegó un momento en el cual el orden basado en la doctrina positiva no era el orden que la realidad pedía; las ideas de orden del positivismo se convertían en ideas de desorden, perdiendo así su justificación como doctrina del orden social. Fue este el momento en que las ideas perdieron su relación con las circunstancias y se transformaron en una utopía.*⁷³

⁷³ *El Positivismo en México*, página 51.

6. Derechos sociales versus derechos individuales en la Constitución de 1917. El presidencialismo posrevolucionario.

Como es sabido, la revolución social más que democrática de 1910, liquidó el régimen político de Porfirio Díaz, más no las formas de ejercer el poder; puesto que las inercias del centralismo, los usos meta-constitucionales y la casi nula división de poderes públicos siguieron prácticamente intactas en el México de la revolución y de la posrevolución. La destrucción del Estado liberal-oligárquico basado en la gran propiedad territorial de los hacendados, merced a esa revolución, hubo de requerir la instauración precisamente de otro Estado y de otro poder. De tal forma que si tomamos en cuenta que la revolución mexicana fue precisamente una revolución de masas; esto es, principalmente de campesinos sin tierras y, en menor medida, pero no menos importante, de obreros y clase media, lógico es suponer que las exigencias de estas clases mayoritarias y empobrecidas demandarían, de una forma u otra, reivindicaciones reales.

No constituye el objeto de este ensayo, el hacer una relación del movimiento revolucionario en si, que sería propio de un análisis meramente historiográfico, sino más bien el de entender en qué medida ese movimiento reconfiguró el nuevo estado de derecho, basado esencialmente en el presidencialismo, y en ese sentido, debemos decir que si bien el movimiento reformista, que no revolucionario de Madero, fue derrotado, a la vez el movimiento popular-agrario, dirigido por Villa y Zapata, fue destrozado, lo cual ocasionó que a partir de 1914, se generara una burocracia político-militar, que a la postre consolidaría el nuevo Estado nacional.⁷⁴

Ahora bien, aún cuando las fuerzas populares fueron derrotadas por la coalición Carranza-Obregón; sin embargo, éstos no podían desconocer las demandas de aquellas; toda vez que, precisamente ellas habían constituido el motor de la revolución, y el no considerarlas cuando menos en la nueva Constitución, significaba perder las bases de apoyo para proyectar el nuevo Estado revolucionario. Debido a lo anterior, la Constitución

⁷⁴ Leal Juan Felipe, página 175.

de 1917, en el terreno social, dispuso una serie de garantías eminentemente progresistas, de clara influencia social y comunitaria, sobre todo en los artículos 27 y 123, aunque nunca se tuvo la intención de destruir la propiedad privada o individual, pues la concepción liberal de corte individualista no se pudo dejar de lado, ante la presión de la iniciativa privada. Es decir, en la actual Constitución, se plasmó, por decirlo así, un *justo medio* o una *conciliación* entre el liberalismo individualista de corte burgués y los derechos sociales de las clases marginadas que hicieron la revolución.

Sobre lo antes comentado, el doctor en derecho José Ramón Cossío, nos ilustra diciendo que en el Constituyente de Querétaro, *se presentaban dos concepciones diferentes del poder público: por un lado, aquella que limitaba a éste a una posición puramente negativa, de restricción en cuanto al ejercicio de sus facultades y a su intervención respecto a los individuos, y otra que, sin desconocer necesariamente la relevancia del orden liberal, consideraba que el orden jurídico debía contener una serie de contenidos normativos que permitiera limitar ciertas acciones de los individuos a fin de garantizarles a otros individuos determinadas condiciones de vida.*⁷⁵

Así pues, como producto de esa *armonización de intereses opuestos* y a partir de la entrada en vigor de la carta fundamental del 17 y, sobre todo, al empezar a hacerse efectivos los postulados agrarios del reparto y restitución de tierras, así como los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores, paulatinamente se fueron generando en nuestro país, desde el punto de vista político, dos figuras características; la primera, el corporativismo político, y la segunda, como consecuencia inmediata de la primera, el **presidencialismo**; éste último que, sin lugar a dudas fue, en cierta medida, una herencia del *positivismo* porfiriano y sus formas autocráticas de ejercer el poder, aún cuando en el discurso *los revolucionarios* sostuvieran lo contrario.

En la Constitución del 1917, lo mismo se reiteran las garantías individuales de propiedad, de libertad, de debido proceso, de reunión, de imprenta y, sobre todo, religiosas, que la forma republicana de organizar y ejercer el poder; esto es, la división de poderes, la elección y designación de sus titulares; la soberanía del Estado y demás

⁷⁵ *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, página 24.

principios eminentemente liberales. Pero, al mismo tiempo, se estatuyeron novedosas y trascendentes garantías de corte social, en los artículos ya señalados con antelación, es decir, en el 27 y 123, los cuales no sólo son novedosos, respecto de la Constitución de 1857, sino totalmente opuestos; toda vez que mientras ésta, en materia de propiedad, fue de corte eminentemente individualista, al contrario, la del 17, en aquellos dispositivos asume una postura a favor de los derechos sociales y colectivos de obreros y campesinos.

No obstante lo anterior, la redacción original de la actual Constitución, en sus primeros artículos, relativos a las garantías individuales, originalmente asumió –antes de las recientes reformas en derechos humanos, del presente año de 2011–, una posición decididamente **positivista** y quizá contraria casi totalmente a las corrientes del **derecho natural** que influenciaron, sobre todo, a la de 1857; pues mientras ésta señalaba, en el artículo 1º, que ***el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales***; la carta de 1917, le da una marcada preponderancia al Estado sobre el pueblo y sus individuos, lo cual se desprende del propio artículo 1º, al señalar que ***En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución.***

Como se puede ver, mientras que la Constitución de 1857, con un espíritu eminentemente liberal y progresista, comienza prescribiendo que el pueblo reconoce que los derechos del hombre son la base de las instituciones; reconociéndose así también los fundamentos del derecho popular y ciudadano así como los postulados del derecho natural; por el contrario, nuestra actual carta fundamental, retomando las tesis positivistas del estado fuerte y autoritario –acorde con la teoría de Hans Kelsen–, nos muestra de hecho y de derecho, que las garantías individuales y sociales las concede y tienen su origen en la Constitución, es decir, en el Estado mismo y no en la demanda social o popular. Tal concepción positivista impregnaría no sólo los principales postulados constitucionales, sino incluso la vida misma de las instituciones y de los poderes públicos, e incluso la conciencia individual y colectiva de los mexicanos; lo cual desde luego ocasionó la reafirmación de la forma autocrática de ejercer el poder. De esta manera, el autor antes referido, nos comenta sobre este orden de ideas, que: *El día 1º de mayo de 1917, entró en vigor el texto constitucional, y a partir de ahí y con un grado importante de*

*eficacia, las conductas de los habitantes del país comenzaron a normarse atendiendo a lo previsto en el texto. En términos estrictos, un nuevo orden jurídico comenzó a producirse a partir de las sucesivas individualizaciones normativas.*⁷⁶

Más como se ha dicho, no se puede desconocer que los actuales artículos 27 y 123, constituyen no sólo las bases de una innegable justicia social; sino que, además, representan lo más avanzado de su tiempo en esa materia, respecto de la cual nuestro país fue ejemplo a seguir por varios Estados progresistas. Efectivamente, bajo el artículo 27 constitucional, se sientan las bases para el posterior reparto agrario y la restitución de las tierras de que habían sido usurpadas las comunidades de indios. Así, las leyes secundarias, sobre todo a partir del régimen del general Lázaro Cárdenas, materializan la destrucción definitiva de los grandes latifundios, para convertirlos en ejidos colectivos y comunidades agrarias, retornando así, de alguna forma, a la ancestral teoría del **bien común** occidental y **al calpulli** de estas tierras.

A mayor abundamiento, durante la época del reparto masivo y prácticamente hasta el sexenio del presidente Miguel Alemán Valdez, el régimen aún revolucionario proscribió una de las garantías individuales más esenciales del liberalismo jurídico y político; me refiero desde luego al juicio de amparo que fue suprimido a latifundistas y hacendados, con el fin de que no obstaculizaran la ejecución de las resoluciones presidenciales de dotación de ejidos y de restitución de tierras comunales, y así, mientras fue suprimida aquella prerrogativa clásica del derecho individual, fueron consolidadas, por el contrario, las garantías sociales de la clase campesina.

Pero las leyes agrarias producto de la revolución, no solamente incidieron sobre el fraccionamiento de los injustos latifundios y la creación de ejidos y comunidades indígenas; sino que, a la vez, consolidan la propiedad social de la tierra ejidal y comunal, limitando los derechos de propiedad a los campesinos, los cuales no podían, bajo las leyes revolucionarias que rigieron hasta hace poco tiempo, vender ni rentar su tierra, ni siquiera renunciar a sus derechos agrarios; lo anterior con la finalidad de evitar la miseria campesina con la destrucción de su patrimonio. Todo esto también degeneró, de manera directa, en una propensión tutelar del Estado -encarnada en el presidente *revolucionario*-

⁷⁶ Obra citada, página 31.

dirigida a los campesinos, ejidatarios y comuneros, así como para los obreros, quienes han sido concebidos de hecho y de derecho como personas carentes de capacidad de ejercicio; esto es, como menores de edad; con lo cual innegablemente encontramos otra marcada influencia de la filosofía positivista, pero que se pretendió diluir o quizá ocultar con la ideología progresista de corte social. Más aún, después de *institucionalizada* la revolución, primero con el Partido Nacional Revolucionario, después con el Partido de la Revolución Mexicana, en tiempos de Lázaro Cárdenas y, finalmente, con el Partido Revolucionario Institucional, los campesinos quedaron aglutinados, de manera corporativa, en dicho partido político -que huelga decir que en los hechos no fue tal, pues nació bajo la directriz del Estado revolucionario-, al igual que la Unión Liberal, en la época porfiriana, que más que un partido político, fue un instrumento al servicio del presidente para justificar sus actos de gobierno.

Bajo la política corporativa, tanto los campesinos como los obreros, los militares en un inicio, la clase media y aún los empresarios después, quedaron incluidos por decreto en el partido del Estado revolucionario. Así, las masas campesinas quedarían aglutinadas a aquel partido de Estado, por medio de la Confederación Nacional Campesina, llegando incluso al absurdo de que la Comisión Local Agraria, al inicio, y la Comisión Agraria Mixta, a la postre, que eran las instancias jurisdiccionales administrativas encargadas del trámite y resolución de los expedientes agrarios en primera instancia, quedaran conformadas por funcionarios estatales y federales y, además, por un representante de los campesinos, propuesto por la Liga de Comunidades Agrarias; es decir por la central campesina perteneciente al partido oficial.

Este marco de referencia nos muestra de qué manera y en que medida se va fortaleciendo el corporativismo de los campesinos de nuestro país, a favor de las políticas de estado; pero sobre todo, del presidente en turno, lo cual se ocasionaría, primero, por la necesidad misma que de la tierra tenían los hombres del campo, y después, por la necesidad del Estado de contar con el respaldo de las mayorías campesinas, que durante el México de la revolución y de la posrevolución constituían el sector social más numeroso.

La sujeción corporativa de los campesinos por parte del Estado mexicano, se materializó y formalizó por medio de las estructuras institucionales y legales; puesto que

una vez que la mayoría de la tierra se hubo repartido entre ejidos y comunidades y que, por consecuencia, se destruyó el latifundio, lógicamente desapareció la clase social de terratenientes que de hecho y de derecho sostuvo al anterior régimen; en contraposición, el Estado surgido de la revolución, tuvo necesidad de contar ahora con el respaldo de otra clase social, para el funcionamiento de sus instituciones, y la hubo de encontrar así en los campesinos e indígenas a quienes se les benefició con el reparto agrario.

Así las cosas, y al estatuirse constitucionalmente que la tierra dotada y restituida a los ejidos y a las comunidades de indios, no podía enajenarse, cederse ni venderse, obviamente se materializó la propiedad social de la tierra, y se generaron por añadidura, una serie de garantías legales de corte social, contrapuestas a la ideología liberal-individualista; sin embargo, con independencia de los beneficios de justicia social que esto representó indudablemente para los campesinos, al mismo tiempo se generó una red de control político y social en beneficio del gobierno. En efecto, al no poder los ejidatarios ni los comuneros vender sus tierras, ni tampoco rentarlas ni cederlas, so pena de ser privados de su patrimonio, lógicamente tenían un derecho limitado de propiedad; más si alguno incurría en alguna real o aparente causa de privación, el Estado, de oficio, o a petición de la asamblea, que generalmente era controlada por los comisariados y éstos a su vez por el partido oficial, le iniciaba juicio privativo de sus derechos *al infractor*, ante tribunales administrativos que dependían del poder ejecutivo y no del judicial. Es decir, ante una violación real o aparente, los campesinos podían quedar sujetos a la privación de su patrimonio; de ahí que el control por parte del Estado, en ese rubro, fue prácticamente total.

Además, aparte de aquellos injustos juicios privativos, si un campesino o un núcleo agrario requería de créditos o insumos productivos, para poderlos obtener, era requisito casi indispensable que lo hiciera por medio de la central oficial perteneciente al partido de Estado; de otro modo las gestiones eran prácticamente imposibles. Más aún, las propias solicitudes de tierras, que igualmente no estuvieran dirigidas por dicha central, no tenían posibilidad de prosperar.

En el aspecto laboral u obrero, nuestra carta magna igualmente marca un derrotero de derecho social, en contra de la tendencia burguesa e individualista que generó la

Constitución de 1857, lo cual se demuestra en el artículo 123, en el que se prevé la jornada máxima de trabajo; la protección a los menores y a las mujeres; lo relativo al salario mínimo indispensable para el sustento, cultura y esparcimiento de las familias de los trabajadores. De igual forma se establecen las garantías sociales de vivienda y de superación profesional y técnica, inclusive el derecho a las huelgas y a los paros de los trabajadores, así como los contratos colectivos de trabajo y los contratos ley que, indudablemente representan un avance significativo en los derechos sociales de la clase trabajadora. Pero también en el aspecto laboral, el propio artículo 123, propone, para el derecho de huelga, la armonía entre los trabajadores y el patrón, mediante la intervención del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales administrativos, lo cual significa que, en primer lugar, éste estado es, en última instancia, el que regula las relaciones obrero-patronales; es decir, se erige en el *arbitro supremo* -el cual en los hechos no es otro que el presidente de la República-, en las controversias laborales colectivas. En segundo lugar, esa *armonización* de los intereses de clase que regula el Estado, no significan otra cosa que la aplicación de la tesis positivista de Augusto Comte, mediante la cual proponía la asociación y *armonización* entre el capital y el trabajo.

En otras palabras, la contradicción misma, desde el punto de vista social, contenida en nuestra Constitución vigente, al proteger al mismo tiempo el derecho a la propiedad privada y a la propiedad social de campesinos y obreros, reservando la *vía institucional*, para *armonizar* las contradicciones inherentes a la real división de clases, no significa otra cosa en realidad y en última instancia, que el poder se concentrará inevitablemente a favor de quien detente el poder económico mismo, y para ello es muy difícil sostener que los obreros y los campesinos lo puedan tener. Por otro lado, ese *arbitraje institucional*, que el Estado revolucionario se reservaba para regular las relaciones obrero-patronales y los derechos sociales de los campesinos e indígenas, en los hechos se tradujo en la concentración del poder unipersonal del presidente *revolucionario* en turno, y la consecuente sujeción corporativa de obreros y campesinos, lo cual le daba facultades meta-constitucionales para imponer toda clase de medidas a los distintos sectores sociales; pues no se debe olvidar que también los obreros quedaron sujetos a la militancia

obligada en las filas del partido de estado a través de la Confederación de Trabajadores de México.

Finalmente, si bien en la actualidad, a partir del año 2000, llegó al poder un partido de oposición conservadora, y que desde los años noventa, se reformaron, entre otras disposiciones, las leyes agraria y laboral, lo cierto es que las inercias del presidencialismo no se han desterrado de las prácticas del ejercicio del poder público, tanto a nivel federal, como en el aspecto local, donde es evidente que los gobernadores actúan como verdaderos virreyes.

De tal forma que, esa práctica del presidencialismo mexicano, no solo afectó y sigue afectando aún a las esferas del poder ejecutivo; sino que, incluso, se extendió hacia los demás poderes públicos, como al legislativo y al propio judicial; a los gobiernos estatales y municipales, a los organismos paraestatales, al sector privado y a la prensa misma. Tal influencia ha quedado de manifiesto de diversas maneras, desde la sumisión abyecta del poder legislativo y de los gobiernos estatales y municipales, al gran legislador y *benefactor* de las mayorías, hasta la concepción y actividad política de sindicatos, partidos políticos, medios de comunicación e incluso intelectuales, los cuales se acostumbraron a identificar al presidente de la República, como al *tlatoani* o señor omnipotente, que lo mismo imponía sus designios en los ámbitos legislativos y judiciales, que en las políticas públicas de toda índole, incluyendo los espacios de la iniciativa empresarial.

En lo concerniente al Poder Judicial de la Federación, la influencia del presidencialismo se dejó sentir igualmente en las propias interpretaciones jurisprudenciales, sobre todo de la quinta a la séptima épocas. *Una primera característica, es que las normas constitucionales, que en una primera época se estudiaban exegéticamente y con poca relación a las teorías constitucionales que se decía iban a ser seguidas, poco a poco comenzaron a ser explicadas a partir de las “exposiciones de motivos” utilizadas por el presidente de la República para justificar su iniciativa de reformas. Tal como se señaló respecto de los juzgadores, los juristas desconocieron su posición de intérpretes de los preceptos, para delegar la determinación de los sentidos en los señalamientos explícitos de las exposiciones de motivos de las iniciativas de reforma presentadas por el presidente. En realidad, y a pesar de haberse constituido una ideología*

revolucionaria para justificar la dominación que el régimen realizaba a partir de la Constitución, los juristas interpretaban esta última en “términos presidenciales” (...) las normas constitucionales, y particularmente las de contenido social, perdieron toda su relevancia normativa y terminaron por constituir, en palabras de casi todos los autores de la época, las “decisiones políticas fundamentales” del régimen.⁷⁷

7. Comentarios.

Con relación a los temas de este último capítulo, vale la pena hacer las siguientes reflexiones:

a).- La primera de estas, tiene que ver con lo que a su vez, en el apartado conclusivo del segundo capítulo se abordó, en el sentido de que en nuestro país, de algún modo, se han recorrido las etapas de la evolución del concepto del derecho y de la justicia que han estado presentes en el resto del mundo occidental, aunque quizá con tiempos y épocas diferentes. Desde luego que esas etapas de la conciencia social sobre la justicia, han sido el reflejo de las condiciones históricas prevalecientes en una y otra civilización. De manera tal que en la época de las culturas griega y romana de la antigüedad, la teoría y la práctica del Derecho, descansaron en última instancia en la forma esclavista de producción. Es decir, los conceptos del comentado *bien común*, de la justicia y de la virtud, tuvieron como origen y destino, solamente a la comunidad de los seres humanos libres, más no a los esclavos.

Circunstancia similar aconteció con las civilizaciones del México precortesiano, sobre todo la *mexica* y la *purhépecha*, las cuales organizaron su sistema legal bajo premisas comunitarias; esto es, bajo la tradición del *calpulli*, que tuvieron como objeto fundamental la tenencia de la tierra en forma social, pero siempre a favor de la clase de

⁷⁷ Cossio José Ramón, obra citada, páginas 68 y 75.

hombres y mujeres libres; puesto que aquí como allá existió también, en cierta medida, el régimen esclavista.

Sin embargo, es importante destacar el paralelismo que privó tanto en las culturas clásicas de occidente, como en estas tierras, en lo concerniente a la justicia comunitaria; pues recordemos que en aquellos pueblos se privilegió el derecho de la ciudad y de la *polis*, mientras que aquí privó el derecho comunitario por sobre el derecho individual, sobre todo en la tenencia de la tierra. De ahí que la *asimilación* de ambas culturas, en ese aspecto en particular, no despertó fuertes reacciones en estas tierras una vez acontecida la dominación por los peninsulares, los cuales, como lo vimos en temas anteriores, trajeron consigo aquella tradición jurídica que se consolidó en el llamado *Derecho de Castilla*, que con la colonia dio origen al también conocido *Derecho Indiano*, que desde luego tuvo como esencia la preservación del orden comunitario de los pueblos indígenas.

b).- Con el surgimiento del capitalismo, la corriente del derecho de corte individualista y burgués que recorrió los pueblos de la vieja Europa, también se trasladó a los pueblos de la América española, aunque de forma tardía; pues mientras en aquel continente empezó a regir los destinos de la humanidad desde el siglo XV, en esta tierra se pretendió poner en vigencia hasta el XIX.

En Europa, las condiciones materiales de la sociedad de los siglos XV a XVII, exigían ya la extinción del sistema feudal de producción y de su expresión jurídica y política; mientras que en los pueblos iberoamericanos, primeramente sujetos a la colonización y después al centralismo político y económico, como es el caso de nuestro país, todavía bien entrado el siglo XX, teníamos, en la mayoría de los Estados, esquemas feudales en lo material y en lo espiritual, no se diga en el siglo XIX. Por ello, las Constituciones Políticas liberales no tuvieron posibilidades prácticas de aplicación, y en su lugar, los sistemas políticos que se erigieron, se transformaron en dictaduras autocráticas que perdurarían hasta los tiempos contemporáneos.

c).- Al igual que en la Europa continental, en México también, como producto de las revoluciones sociales de principios del siglo XX, se retomaron las premisas de los derechos sociales de obreros y campesinos, herencia de aquella legendaria tradición del *bien común*, los cuales se impusieron a rango constitucional; creándose así la corriente del

llamado *Derecho Social*. Sin embargo, ante lo cíclico que parece ser la historia, en los tiempos actuales producto de la caída del muro de Berlín y del fin del *socialismo real*, ante los embates del capitalismo financiero, nuevamente las tendencias liberal-individualistas, ahora conocidas como *neoliberalismo*, pretenden la preeminencia en el mundo político y legal por sobre los derechos sociales, la asistencia y la educación públicas, pregonando los beneficios y *las bondades* del espectro empresarial, de su Derecho y de su educación.

IV. CONCLUSIÓN GENERAL: Avatares de la equidad y de la iusfilosofía en el México actual.

En la estructura jurídica del México contemporáneo, se ha tratado de asimilar, considero que con justicia, lo más benéfico y adaptable para nuestra realidad social, tanto de la tradición del Derecho positivo como de los postulados universales de los derechos fundamentales y naturales de las personas. En esa perspectiva, si bien es cierto que la Constitución de 1917, desde su promulgación, hasta las recientes reformas de 2011, erige una concepción positivista, a grado tal de señalar que los derechos o las garantías de los gobernados son concedidos por dicha *Carta Fundamental*, o en el peor de los casos, por el Estado mismo, también lo es que el contenido de las garantías individuales e histórico-sociales, no se aislaron de su texto, lo cual queda de manifiesto en su parte dogmática así como en el apartado de provisiones sociales.

A últimas fechas, ante la presión de la movilización social de partidos políticos y sectores organizados de la sociedad, se han venido generando una serie de instituciones, de reformas constitucionales y de interpretaciones jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que han definido a los derechos humanos como aquellas prerrogativas que deben estar incluso por encima del Estado mismo y sus instituciones. Es decir, se considera a los derechos fundamentales del ser humano, como preexistentes a todo régimen político-jurídico y más aún, como la base y fundamento de éste.

La reforma constitucional a que nos referimos, es del reciente mes de junio de 2011, bajo cuya percepción jurídica y política, se diluye, desde luego, la añeja querella que sostuvieron los seguidores del derecho natural, por un lado, y los pertenecientes a la corriente de derecho positivo por el otro; ya que al aceptarse a los derechos humanos como inherentes a la persona, desde su nacimiento, independientemente del estado o nación en el que nazca, de hecho se acepta la preeminencia de esas prerrogativas por sobre cualquier derecho positivo; pues incluso se sostiene que el orden legal se debe instituir tomando como base los derechos fundamentales de las personas.

Esta corriente filosófica de los derechos fundamentales, tal como lo vimos en apartados anteriores y en el capítulo precedente, reivindica los postulados de los derechos humanos como una prerrogativa eminentemente natural; de ahí que la coincidencia de esta teoría se acerque más, en nuestra historia jurídica, a las constituciones del siglo XIX, como la Constitución de Cádiz, de 1812; la de 1824 y, obviamente a la liberal de 1857. Pero también es coincidente dicha filosofía jurídica, con las corrientes doctrinarias de *los derechos comunitarios y culturales*, cuya tendencia es el retorno al derecho natural, a la ética y al bien común, más que al derecho positivo.

La corriente moderna que, como se tiene dicho, ha sido adoptada recientemente en el texto de nuestra Constitución, reputa a los derechos humanos, como universales, inalienables, inenajenables y progresivos; esto es, que trascienden las fronteras nacionales, lo que significa que la persona es portadora de los derechos naturales que le son inherentes por su calidad de ser humano, con independencia de que el Estado o país en que nació o en el que resida, no los contemple en su estatuto legal; que tales derechos no se pueden suspender, suprimir, en todo o en parte y que no dependen de ningún poder público o privado ni de ninguna persona física o moral, para que sean reconocidos y respetados y, finalmente, que no pueden retroceder en su amplitud protectora, tomando en cuenta la dignidad de las personas, sino más bien evolucionar progresivamente en el número y margen de prerrogativas.

Sobre lo anterior, es preciso reconocer que el apartado B del artículo 102 constitucional, antes de las recientes reformas del 2011, se refería a la creación de organismos de protección de los derechos humanos *que ampare el orden jurídico mexicano*; sin embargo, la reforma en cita, reconoce ahora que los derechos fundamentales del ser humano, se deben reconocer y respetar, independientemente de que los tutele o no el derecho positivo; tomando en cuenta para su vigencia y protección, los tratados internacionales sobre la materia, como por el ejemplo, *El Pacto de San José de Costa Rica*. Más aún, con la reforma constitucional, se suprimen, en algunos casos o se alteran, en otros, principios fundamentales de derecho que doctrinal y positivamente se habían observado por el orden constitucional mexicano, desde la segunda mitad del siglo XIX, como es el caso de la teoría kelseniana de *la supremacía constitucional*; el *sistema de*

control concentrado de la constitución y el de *relatividad de las sentencias de amparo* o *principio Otero*.

Bajo el positivismo jurídico de Hans Kelsen, cuya obra fundamental fue analizada en este trabajo, se considera a la Constitución de un Estado, como la máxima y última expresión del régimen jurídico y político, por encima de cuyo mandato no puede estar ningún poder del Estado. En decir, los derechos y las obligaciones no contemplados por el régimen constitucional, simplemente no existen. Ésta teoría fue adoptada en un inicio en nuestra vigente Carta Magna de 1917; de ahí que las garantías o derechos de las personas que no estuvieran comprendidas en ésta, jamás se pudieron invocar, por ejemplo en el juicio de amparo, y en caso de que se pidieran, se consideraba improcedente esa solicitud.

Ahora se reconoce por el orden constitucional mexicano, que los tratados y convenios internacionales ratificados por nuestro país, en materia de derechos humanos, son obligatorios y de observancia general para todos los poderes públicos de la Nación, con independencia de que se encuentren expresamente previstos en el texto de la Constitución, los cuales incluso pueden ser invocados en las demandas de amparo, para sostener los conceptos de violación; lo cual nos pone de manifiesto que, a partir de estas reformas, ya no es tajante en México el principio de *La Supremacía Constitucional*, cuando menos en materia de derechos humanos.

Las ideas anteriores, nos conducen indefectiblemente a los siguientes principios que con la comentada reforma constitucional quedan parcialmente en vigor, y que se refieren al principio de *Control Concentrado de la Constitución*, el cual se aceptó preponderantemente en México, proveniente del sistema continental europeo o sistema kelseniano, que por su esencia es distinto al sistema anglosajón del *Comon Law*. El sistema anglosajón, contempla que cualquier corte de justicia, ya local o federal, tiene como imperativo que los juzgadores, si consideran que algún precepto de ley secundaria es contraria a la Constitución Federal, simple y sencillamente se deja de aplicar. Por el contrario, el sistema continental europeo, no permite que un juzgador ordinario, que no sea el de control constitucional, deje de aplicar o de observar alguna norma jurídica que se alegue contraria a la Constitución, y así, para que una norma se considere inaplicable por contravenir el

espíritu de la Constitución, se requiere que el agraviado o quejoso la combata mediante un juicio autónomo, que en el caso lo es el juicio de amparo pero la sentencia en ésta instancia solamente se remite a ampararlo, si es procedente, para el efecto de que no se aplique en su perjuicio la ley o norma reputada como inconstitucional pero ésta sigue subsistente para el resto de los gobernados; porque bajo el principio Otero –por haber sido Don Mariano Otero su creador–, también conocido como de *relatividad*, las sentencias de amparo en esa materia no tenían efectos derogatorios de la ley o norma inconstitucional.⁷⁸

Respecto de los comentarios antes expuestos, resulta conveniente citar a continuación algunos fragmentos que el tratadista en derecho Bartolomé Clavero, catedrático de la Universidad de Sevilla, publicó en 14 de marzo de 2011, en la página de internet, quien sostiene lo siguiente:

El día ocho de marzo de 2011, martes, con el voto del Senado, el Congreso federal de los Estados Unidos Mexicanos ha aprobado una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos (...) Dada su relevancia, conviene ir ya reflexionando sobre las implicaciones prácticas de esta reforma. Acudo a la reflexión sobre su alcance respecto a los derechos de los pueblos indígenas en México (...) La reforma comienza por cambiar el epígrafe del primer capítulo del título primero de la Constitución. Dejará de llamarse De las Garantías Individuales para pasar a denominarse De los Derechos Humanos y sus Garantías. El cambio es bien significativo. Ambas denominaciones, para no reducirse a una declaración programática, ponen justamente el acento en las garantías, pero la segunda antepone expresamente aquello que se garantiza, esto es, los derechos, calificándolos además como humanos, considerando así que los mismos no se reducen al reconocimiento constitucional ni dependen del mismo. La Constitución está obligada a prestar garantías pues reconoce que hay derechos situados sobre ella misma y constituyendo así premisas cuyas insuperables por poder alguno, inclusive el constituyente y el de reforma.⁷⁹

Sigue señalando el tratadista de la Universidad de Sevilla, con relación a la universalidad de los derechos humanos contemplados así en la reforma constitucional

⁷⁸ Ley de Amparo, México 1997, página 473.

⁷⁹ www.clavero.derechosindigenas.org

mexicana, que los derechos humanos es una categoría de derecho internacional, lo cual le consta por supuesto a la reforma constitucional. Con ella no sólo se trata de un cambio en la calificación de los derechos, sino también de su extensión, reubicación y fortalecimiento. Así rezará en el futuro el artículo primero de la Constitución: (...) En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (...) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados (...) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (...) Este nuevo arranque de la Constitución basta para transformar la misma concepción del constitucionalismo que prevalece en México desde 1917, según la cual la Constitución propia es el origen de todo derecho situándose por encima de cualquier otra norma.

Todo lo anterior nos pone de relieve, lo que apuntamos al principio de este comentario, en el sentido de que los principios doctrinarios de *Supremacía Constitucional*, *Sistema Concentrado de Control de la Constitución* y de *Relatividad de las sentencias de amparo*, han sido cuando menos alterados sustancialmente en nuestro sistema jurídico nacional, a partir de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos; pues en lo concerniente a la supremacía constitucional, quedó señalado que son tanto la Constitución como los convenios y tratados internacionales los que se deben observar, con igual jerarquía, en el respeto a los derechos humanos.

En cuanto al control de la constitucionalidad, ya no solo existe para ello el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales; si no que, además, bajo el espíritu de la comentada reforma, todas las autoridades, esto es, tanto judiciales y administrativas, están en la obligación de promover, respetar, proteger y

garantizar los derechos humanos; lo cual significa que si en un juicio local o federal, se alega alguna violación a los derechos humanos, el juez respectivo tiene la obligación de garantizar esos derechos, sin necesidad que así lo diga una sentencia de amparo o una resolución de la Suprema Corte, en materia de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad.

Lo que se viene tratando, también nos conduce, por lógica, al principio de la relatividad de las sentencias de amparo, respecto de las cuales ya vimos, que en tratándose de una ley o una norma inconstitucional, esta solamente se dejaba de aplicar al quejoso que hubiese obtenido sentencia favorable pero esa ley o norma seguía subsistiendo como derecho positivo para aplicarse al resto de los gobernados; sin embargo, con la instauración de las figuras relativas a las *controversias constitucionales* y las *acciones de inconstitucionalidad*, del año de 1994, si alguna acción respectiva resulta procedente, la ley o acto reputada como inconstitucional, puede ser derogada o anulada. Sin embargo, esto solo sucede con las resoluciones dictadas en esos medios de impugnación, que vale decir que solamente están al alcance de ciertas instituciones públicas, más no de los ciudadanos en lo particular, a los cuales se les ha suprimido legitimación e interés jurídico al respecto.

Con relación a lo anterior, conviene comentar la reciente reforma constitucional en materia de amparo, publicada el 6 de junio de 2011, en la que se adicionaron, entre otros artículos, el 107 de la Constitución General de la República, con lo cual se modifica substancialmente, tal como lo señalamos, el principio *Otero*, también conocido como *Principio de la Relatividad de las Sentencias de Amparo*.

Bajo este criterio novedoso, tenemos que los Tribunales de la Federación, conocerán de las controversias suscitadas, entre otros, sobre cumplimiento y aplicación de los tratados internacionales; pero lo más novedoso resulta ser la declaratoria general de inconstitucionalidad, o en otras palabras, la derogación de una ley cuando se combata ésta como contraria al espíritu de la Constitución, a partir de cinco sentencias de amparo en un mismo sentido. En otras palabras, ahora sí estará al alcance de los ciudadanos, por medio del juicio de amparo, poder anular una ley que se combata como inconstitucional. Tal evento pudiera entenderse como una invasión de esferas competenciales, mediante el cual

el Poder Judicial de la Federación, por medio de la reiteración de sentencias de amparo, está en posibilidades de anular o abrogar una ley o norma general, función que por su naturaleza republicana le compete al Poder Legislativo; sin embargo, por tratarse de la defensa y protección de los derechos humanos y de las garantías de los gobernados, *los costos* de esa invasión de facultades, obviamente serán menos que los beneficios.

Tal reforma modifica o acaso suprime un principio jurídico que en nuestro pueblo se instituyó desde que se incorporó a la vida legal el juicio de amparo, desde la primera mitad del siglo XIX, en el que el jurista Mariano Otero, definió dicho principio como *de la relatividad de las sentencias de amparo*, que consiste en que las sentencias de tal naturaleza solo deben amparar a la persona o personas que solicitaron su protección, sin que se pueda hacer declaración general de invalidez del acto o de la ley combatidas como inconstitucionales. Lo anterior nos demuestra que el Derecho, como cualquier otra disciplina del conocimiento humano, evoluciona y debe evolucionar cuando así lo demande la sociedad a la cual se dirija; y bajo este rubro, como lo hemos dicho, en nuestro país se requieren con urgencia medidas como la antes apuntada, tendentes a fortalecer los derechos de la ciudadanía, poniendo en sus manos instrumentos jurídicos que le permitan defender plenamente sus derechos y, a la vez, participar activamente en la vida pública del país.

Por otro lado, creo pertinente sentar una inquietud personal con relación a *las controversias constitucionales* y a *las acciones de inconstitucionalidad*, cuya reforma a nuestra carta magna antes comentada le fincó la competencia para conocer, en única instancia, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta inquietud tiene que ver con el ejercicio del poder público, mediante el cual hemos visto que tanto los partidos políticos como las instituciones públicas, han relegado a la sociedad civil en la participación de la *cosa pública*, y como resultado tenemos un Estado sin esencia y sin capacidad para gobernar; puesto que los factores reales de poder y las corporaciones políticas que han sustituido a los ciudadanos y de alguna forma a la República misma, van generando actitudes y actuaciones *fácticas*; esto es, contrarias al orden constitucional, para conservar su capacidad de participar en el ejercicio del poder. Ante tal estado de cosas, obviamente se genera como resultado, se quiera o no, de manera conciente o inconciente, la *ilusión* del

Estado, la desorganización por captación de los poderes públicos formales y el desgobierno, donde los únicos que se encuentran organizados son los poderes *facticos* y la delincuencia.

En ese orden de ideas, vale la pena destacar igualmente, el hecho de que, al haberse reservado a un poder formal del Estado la competencia para conocer y resolver aquellas cuestiones constitucionales, igualmente vulnera con ello al sistema republicano y federal; toda vez que el pueblo de México, desde el siglo XIX, a través de sus cartas fundamentales, ha dejado establecido para su vida social orgánica y su forma de gobierno, la división de los poderes públicos. De manera tal que, cuando menos desde el punto de vista formal, a partir de esa premisa, no es posible que alguno de tales poderes invada la esfera competencial del otro; máxime si es en perjuicio de los derechos de los gobernados.

Desde luego que en este aspecto precisamente las lecciones de la historia nos han mostrado que cuando en los hechos esa autonomía orgánica ha sido *desobedecida* por aquellas *inercias* del poder autocrático que endémicamente hemos padecido, las consecuencias han sido deplorables. Esas mismas *inercias* que calaron hondamente en la conciencia del mexicano y en el resto de las instituciones públicas y privadas y que por definición son antidemocráticas, autoritarias y, justamente por ello contrarias al espíritu de la Constitución, han ocasionado que los otros poderes distintos al ejecutivo y facciones de éste; aquellas corporaciones políticas, así como las fuerzas fácticas del país, traten de cubrir el vacío de poder que ha ido dejando tras de sí la figura del *presidencialismo*.

En ese sentido, en los últimos años hemos presenciado que, ante el debilitamiento y la confusión de las instituciones gubernamentales, debido a que la aparente democracia no se *deslizó* justamente hacía la ciudadanía, sino solamente hacía la burocracia partidista, los *acomodos* y reparto de facultades "*constitucionales*", se han arrogado discrecionalmente entre los poderes públicos, sin consenso de los gobernados y quizá ni de la propia Constitución. En ese *desplazamiento* del ejercicio del poder, se inscriben pues aquellas facultades, mediante las cuales al Poder Judicial de la Federación, a través de la Suprema Corte, se le otorgó la competencia para conocer y resolver de las comentadas *acciones de inconstitucionalidad* así como de las *controversias constitucionales*. Desde luego que, como ya se ha dicho, éstas figuras jurisdiccionales eran necesarias e

inaplazables para el orden jurídico nacional; sin embargo, no es saludable para un sistema republicano, que uno de sus poderes, que en nuestro caso es el judicial, resuelva si los actos y las leyes de los otros –ejecutivo o legislativo en sus distintos niveles y jerarquías– se ajustan o no al texto de la Constitución; puesto que, por un lado, tal significa, se quiera o no, invasión franca y llana de facultades; y por el otro, que se puedan dar casos –que de hecho ya han sucedido o cuando menos se han denunciado públicamente como tales–, en los que el Poder Judicial guarde interés directo en los resultados de alguna de esas acciones. Es decir, que eventualmente una ley o un acto de cualesquiera de los otros poderes pueda afectar los intereses de la Corte; evento en el cual quedaría en entredicho el principio de imparcialidad que por derecho debe guardar ese poder.

Debido a lo anterior, sería conveniente que en nuestro país se fuera considerando someter a consulta de la ciudadanía, de la academia y de las fuerzas políticas, la necesidad de la creación de un tribunal constitucional que, para ese tipo de controversias y solamente para ellas, se estableciera. De forma tal que, erigido por encima de los tres poderes republicanos, con aquellas facultades *erga omnes*, tenga la potestad principal de resolver cuándo los actos o las leyes de alguno de esos poderes públicos contravengan la Constitución. Tales órganos jurisdiccionales superiores no son nuevos en el mundo y desde luego que han dado ejemplos de eficacia en el respeto y convivencia entre las distintas fuerzas públicas del Estado y, sobre todo, en la consolidación de un Estado democrático de derecho.

No se puede dejar de comentar, en el contexto de las recientes reformas al marco jurídico nacional, lo concerniente a los juicios orales que de hecho ya han sido establecidos en algunos Estados de la República. En esta materia se ha puesto énfasis en el aspecto penal pero resulta importante destacar que desde hace ya casi veinte años, se ha observado el principio de la oralidad en los juicios agrarios, y con anterioridad, en los laborales, en los que rigen también los diversos principios de inmediatez, celeridad y concentración. Es decir, en cuanto a la oralidad de los procedimientos judiciales, ya existe cierta tradición en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, por su impacto para un estado democrático de derecho y para la plena vigencia de los derechos humanos de las personas, los juicios orales en materia penal han revestido una importancia singular;

habida cuenta que de la aplicación del derecho punitivo, se puede decir que depende la vida misma de un sistema social democrático.

En ese orden de ideas, bajo el régimen de los obsoletos sistemas inquisitoriales en la procuración de la justicia, como en el caso de nuestro país, los Ministerios Públicos se convirtieron en agentes de procuración de los intereses del Estado más que de los derechos de las personas; de forma tal que se ofuscó su labor de investigación y se concentró en el de la represión. Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, en su obra reciente *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, nos comentan que *por ejemplo será una democracia excluyente aquella que utiliza el derecho penal para sacar de la competencia política a determinados sujetos que son percibidos como “enemigos del Estado” o como personas que tienen “suspendidos” sus derechos de participación política (...) Lo mismo sucede con la democracia dominada (definida por Morlino como aquélla en la que grupos de poder condicionan y restan autonomía a los líderes electos), puesto que en este caso, el aparato estatal se suele poner a las ordenes de los grupos dominantes (...) Esto sucede cuando las autoridades se someten de forma más o menos velada a los designios de los cárteles del crimen organizado o cuando, peor todavía, existe un contubernio entre autoridades y redes criminales, a partir del cual los sujetos involucrados obtienen beneficios recíprocos a la vez que posponen la satisfacción del interés general de los ciudadanos y ponen en riesgo sus derechos fundamentales.*⁸⁰

De la cita antes expuesta, tenemos como resultado que, por disposición legal y, convenientemente por inercia, en nuestro país, sobre todo en la averiguación previa, ésta se ha llevado en sigilo, que lógicamente se presta a la opacidad y a la discrecionalidad, lo que a su vez nos conduce indefectiblemente a la violación sistemática de los derechos humanos, a la impunidad y a las prácticas antidemocráticas.

En esa virtud, la propuesta de juicios orales, en materia penal, si bien no se debe contemplar como la panacea para acabar con la impunidad del sistema judicial en lo particular y del político en lo general, si se considera en cambio como una alternativa para

⁸⁰ Obra citada, introducción, página XXIV.

garantizar, con más efectividad, la esfera de los derechos fundamentales y, desde luego, avanzar en la democratización de la vida social del país.

Los autores antes citados, nos hacen ver las ventajas de los procesos orales que, a diferencia de los inquisitoriales, se rigen bajo los principios de contradicción, publicidad, inmediatez, entre otros, y sobre el particular, nos comentan también lo siguiente: *En términos generales, los sistemas acusatorios son orales, públicos y con elevados niveles de transparencia. En cambio, los sistemas inquisitivos son escritos, cerrados y con levados niveles de hermetismo (...) Así mismo, desde las primeras etapas del proceso, el acusado ejerce su derecho de conocer –directamente o a través de su abogado- las pruebas en contrario, como para poner en duda la credibilidad de las pruebas que lo incriminan. Por último, a diferencia del sistema inquisitivo, la víctima forma parte esencial durante la investigación y puede ejercer el derecho de ofrecer su testimonio en audiencia pública frente al Juez.*⁸¹

Bajo la premisa de los juicios orales, también tenemos como ventaja de suma importancia para los derechos humanos, el principio irrestricto de *La Presunción de Inocencia*, que aún cuando la Constitución la ha contemplado desde su promulgación, en los hechos, dada la opacidad con que se conduce el proceso inquisitorial, comúnmente se ha obnubilado, y la práctica ha sido presumir más bien la culpabilidad; por ello, bajo el sistema oral, se tiende a procurar que, ante la mayoría de los casos que no afecten dolosamente los derechos fundamentales, que no sen de lesa humanidad y que no se trate de delitos graves como delincuencia organizada y otros de la misma naturaleza, el inculpado pueda enfrentar el proceso en libertad.

Finalmente, como tema relacionado con todo lo anterior, y a manera de epílogo, es conveniente reiterar la reflexión sobre la condición cíclica de la historia universal, quizá bajo la concepción del *espíritu universal* de Hegel, en el sentido de que si no entendemos las lecciones del pretérito, estamos condenados a reproducir nuestros errores. En efecto, ya vimos que el liberalismo mal comprendido y peor aplicado, sin tomar en cuenta las realidades a las que se pretende imponer, ha ocasionado desproporciones sociales y económicas que han generado a su vez profundas desigualdades e injusticias entre los

⁸¹ Ídem, páginas 35-40.

habitantes de nuestro país. El hecho de no haber *armonizado* y conjugado con equidad la filosofía liberal, reconociendo que las libertades y las oportunidades individuales deben convivir por necesidad con los derechos gremiales o comunitarios, ha degenerado en convulsiones sociales que constituyen uno de los grandes problemas nacionales.

Como una especie de *reacción* o *antítesis* al liberalismo individualista del 57 del siglo XIX, la Constitución de 1917, si bien positivista y de corte presidencial -que se van superando paulatinamente-, recogió no solo las necesidades y expresiones de lo más puro de la concepción liberal, en lo concerniente al juicio de amparo, a las libertades públicas, a la división de poderes y a la forma republicana en el ejercicio del poder; sino que también incluyó en su programa, las comentadas garantías sociales de obreros, campesinos e indígenas, *con el fin de igualar ante la ley a quienes son desiguales en la vida*⁸². En otras palabras, ante la debilidad propia de las clases marginadas, el Derecho surgido de la revolución, le impuso un coto a la ambición individual de acumulación de riqueza, con el fin de lograr estabilidad social y posibilidad de gobernabilidad. Sin embargo, al evolucionar las condiciones sociales y materiales de nuestra sociedad, obviamente que va transformándose por fuerza la forma de pensar, de actuar y de interpretar al mundo; y así, el Derecho no puede ser ajeno a esa movilidad dialéctica.

En el caso del Derecho Agrario, que es en el que quizá más esquemáticamente se ilustra el fenómeno de la evolución del *bien común* hacía las formas modernas del *Derecho Social*, vale la pena puntualizar algunos aspectos que evidencian, en los tiempos recientes, esa *pugna* histórica entre los derechos sociales, por un lado, y el individualismo liberal, por el otro.

Así las cosas, tomando en cuenta que la tierra de México es la misma desde hace más de dos siglos, no era posible que se pudiera seguir repartiendo o confirmando a favor de ejidos y comunidades, más de medio siglo después de iniciado el reparto agrario; pues ya para el año de 1980, la tierra susceptible de afectación para beneficiar a núcleos solicitantes, era prácticamente inexistente. En otras palabras, en el medio rural se habían extinguido de hecho y por derecho las clases sociales que generó el México colonial e

⁸² García Ramírez Sergio. *Justicia Agraria*, página 88.

independiente, es decir, el hacendado y el jornalero. Por ello, la reforma constitucional de 1992, era inaplazable, sobre todo por cuanto se refiere a la supresión del reparto agrario.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que la tierra cultivable en nuestro país está repartida entre ejidatarios, comuneros y auténticos pequeños propietarios, tal no significa que la miseria y la marginación se hayan ahuyentado del campo; sino que, por el contrario, ésta se ha asentado con más crudeza en los últimos años; de ahí que las medidas neoliberales que se han adoptado para regular las relaciones jurídicas de los campesinos e indígenas y su patrimonio, no se consideren las más adecuadas, sobre todo si tomamos en cuenta nuestra historia; pues la influencia del neoliberalismo no solamente se ha dejado sentir en el medio rural, sino también en las ciudades, en el medio laboral y educativo.

La reforma constitucional y legal a que nos referimos, que data del 6 de enero de 1992, no solo liquidó el reparto agrario, sino que también introdujo aspectos que a la postre llevan dirección opuesta a los derechos sociales de los campesinos; ya que abre la posibilidad de que las tierras de ejidos y comunidades puedan ingresar al mercado de la oferta y la demanda. Es decir, las tierras de los ejidos y de las comunidades y las de los ejidatarios y comuneros en lo particular, ya se pueden enajenar e incluso sobre ellas se puede ahora tramitar la obtención del dominio pleno; conceptos tales que al amparo de la ortodoxia del derecho social agrario surgido de la revolución, eran impensables, bajo el argumento de proteger el patrimonio de los núcleos de población rural y el de las familias campesinas y, sobre todo, con la finalidad de evitar nuevamente el surgimiento del latifundio.

Se dijo en la exposición de motivos de la reforma de 1992, que huelga decir fue de expresa voluntad presidencialista -por provenir de uno de los presidentes que quizá más ha abusado de esa figura, es decir, Carlos Salinas de Gortari-, que con esas medidas se pretendía conseguir la plena libertad para los campesinos de México, para que no quedaran más sujetos a la tutoría del Estado, al poder disponer libremente de su patrimonio. Sin embargo, en los hechos, la voracidad de la ideología empresarial, ha ocasionado no solamente el cambio drástico de la vocación de la tierra de agraria y forestal a urbana, con el consecuente deterioro ecológico, sino que, además, la especulación con el mercado de esa tierra, ha originado desplazamientos de grupos humanos del campo a la

ciudad, con el consecuente estado de miseria y marginación; lo cual lógicamente embona a la violencia que en los últimos tiempos parece ser el *cuarto jinete del Apocalipsis*.

Pero no solo en el campo encontramos los efectos del neoliberalismo, que como heredero del liberalismo individualista genera voracidad de lucro desmedida, arrollando a su paso los derechos sociales, la propiedad comunitaria, las costumbres basadas en la solidaridad social, la cultura y la historia de los pueblos; pues también lo tenemos presente pretendiendo sepultar el resto de lo que queda del *Derecho Social*, como es el caso de los derechos laborales, la seguridad social y la educación pública.

En lo concerniente al Derecho del trabajo, en tiempos recientes, se ha estado fortaleciendo la idea de reformar la ley de la materia, con la finalidad de adecuarla a esquemas propios de la oferta y la demanda, en clara oposición a la tradición de las garantías laborales de obreros y trabajadores en general. Tales proyectos han sido impulsados por las fuerzas políticas identificadas precisamente con la derecha y con las corrientes neoliberales, las cuales han logrado recientemente reformas al régimen pensionario, pretendiendo adaptarlo a patrones legales de los países desarrollados, sin tomar en cuenta nuevamente la realidad nacional.

En el rubro educativo, las reformas neoliberales se expresan con mayor nitidez, puesto que la apertura legal que se ha impulsado ha sido la de privilegiar a la educación privada por sobre la obligación del Estado en ese campo. No es casual que en este aspecto, la educación pública que desde la época independiente ha sido conceptuada como un medio para superar las condiciones de vida de sus habitantes, en los tiempos actuales sin embargo, resienta una fuerte contracción presupuestal en el gasto público, acompañada de una retórica ideológica de denuesto y de rechazo, bajo argumentos en el sentido de que la educación privada de corte empresarial es la que garantiza una mejor calidad pedagógica; que la educación pública, por el contrario, es de bajo perfil educativo y que, por consecuencia, la mediocridad y el desempleo de los futuros profesionales es su destino.

El actual estado de cosas que se basa en la fase superior del capitalismo salvaje, y por ello, en la especulación comercial y financiera, no contempla desde luego, como prioritarios ni como secundarios, los derechos públicos y sociales; porque no le generan

ganancia ni réditos. Por ello, el Derecho que se propone ahora como moderno y de vanguardia, es el que va dirigido a regular los campos de la cibernética, la alta tecnología, los movimientos financieros y comerciales de *alto impacto*. Aquella legislación *revolucionaria*, producto de la tradición greco-romana y medieval, del derecho castellano y del *calpulli* mexicano, que escribió y consolidó los derechos sociales de las clases marginadas históricamente, ha ido cediendo frente a las teorías jurídicas de corte neoliberal.

Por eso digo que cuando no se conoce la historia, se tiende a repetir sus errores; y por tanto, valga el comentario para cerrar la presente, pretendiendo que este modesto ensayo tenga como misión didáctica fundamental, ubicar y localizar a una corriente de la *Filosofía del Derecho*, desde una perspectiva social e histórica y, al mismo tiempo, generar un poco la necesidad de estudiar y entender la historia como partera del Derecho y de la misma Filosofía; y por ello, no perder de vista lo que alguna vez dijo el polémico Fidel Castro (...) *¡¡De la historia se nutre el presente (..) !!*

V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS.

Aristóteles.- *La Ética, Libros Primero y Segundo*. Edimat Libros. S.A., España, 2001.

B. Flores Imer.- *¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in) determinación en la interpretación del derecho*. Revista de los Tribunales Agrarios, México, 2007.

Bunge Mario.- *La Ciencia: su Método y su Filosofía*. Editorial Logos, Medellín, Colombia. 1957.

Cossio José Ramón.- *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*. Ediciones Coyoacán, México, D. F. 2005.

C. J. Friedrich.- *La Filosofía del Derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1980.

Carbonell Miguel y Ochoa Reza Enrique.- *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* Editorial Porrúa, México 2009.

Clavero Bartolomé.- *México: Reforma Constitucional, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Marzo de 2011, www.clavero.derechosindigenas.org.

Fabila Manuel.- *Cinco Siglos de Legislación Agraria en México*. Edición de la Procuraduría Agraria, México, 2006.

Felipe Leal Juan.- *La Burguesía y el Estado Mexicano*. Editorial "El Caballito", México, 1978.

Filme *Chicano*.- Director: Jaime Casillas, México 1976.

F. Margadant Guillermo.- *Panorama de la Historia Universal del Derecho*. Editorial Porrúa, México 2007.

García Ramírez Sergio.- *Justicia Agraria*. Ediciones del Tribunal Superior Agrario, México, 1995.

García Máñez Eduardo.- *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México. 2005.

Gutiérrez Sáenz Raúl.- *Historia de las Doctrinas Filosóficas*. Editorial Esfinge, México, D.F. 2004.

Gutiérrez Luis Humberto Delgadillo y Lucero Espinosa Manuel.- *Introducción al Derecho Positivo Mexicano*. Editorial Limusa, México 2004.

Instituto de Filosofía, Ministerio de Enseñanza Superior de la U.R.S.S.- *Fundamentos de Filosofía Marxista-Leninista*. Editorial Progreso, Moscú 1977.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 2000.

Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, 2003.

Kant Immanuel.- *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Editorial Porrúa, México 1975

Kelsen Hans.- *La Teoría Pura del Derecho*. Editorial Época, México, 2003.

López Gallo Manuel.- *Economía y Política en la Historia de México*.- Editorial "El Caballito", México, 1976.

Nueva Legislación de Amparo Reformada.- Editorial Porrúa, México, 1997, 70 edición.

Maquiavelo Nicolás.- *El Príncipe*. Editorial Época, México 2001.

Montesquieu.- *Del Espíritu de las Leyes*. Editorial Sarpe, 1984.

Marx Carl y Engels Federico.- *La Ideología Alemana*. Ediciones de Cultura Popular, México 1978.

Pacto de San José de Costa Rica, noviembre de 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. www.monografias.com.

Parolari Paola.- *Delitos Culturalmente Motivados: Un nuevo desafío del multiculturalismo a los derechos fundamentales*. Ensayo publicado en el texto *INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

Platón.- *Diálogos. De la República o de lo Justo*. Editorial Porrúa, México, 1978.

Ramos Samuel.- *El Perfil del Hombre y La Cultura en México*.- Editorial Era, México, 1979.

Secretaría de Gobernación.- *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*. 2º edición, 2008.

Sirvent Gutiérrez Consuelo.- *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editorial Porrúa, México, 2007.

Stone Julius.- *El Derecho y las Ciencias Sociales*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1978.

Verdross Alfred.- *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, México, 1983.

Varios autores.- *Historia de la Filosofía*. Editorial Siglo XXI, México, 1980.

Villoro Luis.- *Los Grandes Momentos del Indigenismo en México*. Editorial SEP Cultura, México, 1980.

www.clavero.derechosindigenas.org

Weber Max.- *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Editorial Colofón. México 2001.

Zea Leopoldo.- *El Positivismo en México: Nacimiento, Apogeo y Decadencia*.- Editorial F. C. E., México, 1980.

RESUMEN DEL ENSAYO

La presente obra se compone de la presente introducción y de cuatro capítulos, así como un apéndice que hace alusión a la bibliografía. En el primer capítulo, se abordan conceptos generales de lo que significan y de lo que, en consecuencia, entendemos por filosofía y por derecho, así como la relación de estas disciplinas con el conocimiento científico. Se verá si la filosofía y el derecho forman parte o no del conocimiento científico desde el punto de vista estricto y, en particular, si es que existe una ciencia del Derecho. Se privilegia la reflexión de los principales conceptos que se generan a partir del estudio mismo de la *Filosofía del Derecho*.

En el segundo capítulo, se abordará un panorama histórico de la idea del derecho y de la justicia en el devenir de la humanidad, desde la época del antiguo testamento, hasta prácticamente nuestros tiempos. Para lograrlo, se efectuará no solamente el análisis de las corrientes de la *Filosofía del Derecho*, a partir de sus principales exponentes; sino que, además, será de vital importancia ubicar ese análisis a partir de las circunstancias históricas propiamente dichas.

El tercer capítulo, se considera de una importancia singular; tanto por lo que se refiere a la influencia que todas aquellas corrientes históricas de la iusfilosofía marcaron en la formación del sistema jurídico mexicano, cuanto porque en nuestro país, para aliento propio, se sentaron las bases del surgimiento del *Derecho Social*.

El último capítulo, corresponde a las conclusiones generales del presente trabajo, en el que se abordarán comentarios personales con relación a los temas tratados; pretendiendo, por un lado, resaltar lo que se ha considerado de mayor trascendencia filosófica y, desde luego didáctica y, por el otro, *consolidar* la idea que se ha ubicado como objetivo general; esto es, el estudio y reflexión de la *Filosofía del Derecho* desde la perspectiva de su contexto histórico y social.

PALABRAS CLAVE:

Derecho social; filosofía, contexto histórico; Derecho individual; Derecho patrimonial; Derechos culturales; Derechos Humanos; corriente filosófica; Derecho Natural; Derecho positivo.

ABSTRACT

This work consists of this introduction and four chapters and an appendix that refers to the literature. In the first chapter, general concepts of what they mean and what therefore understand by philosophy and law, and the relationship of these disciplines with scientific knowledge are addressed. Shows whether the philosophy and law are part or not of scientific knowledge from the strict point of view, and in particular, if there is a science of law. Reflection of the main concepts that are generated from the study of the philosophy of law itself is privileged.

In the second chapter, a historical overview of the idea of law and justice in the future of humanity will be addressed, since the days of the Old Testament until almost our time. To achieve this, not only made the analysis of streams of Philosophy of Law, from its main exponents; but also be vital to locate this analysis from the historical circumstances themselves.

The third chapter is considered a singular importance; both as regards the influence of all those historical currents ius philosophy marked the formation of the Mexican legal system, as because in our country, to own breath, is the basis of the emergence of social law sat.

The last chapter, corresponds to the general conclusions of this study, which will address personal comments regarding the issues; claiming, first, highlight what is considered high philosophical importance and certainly educational and, on the other, strengthen the idea being positioned as general purpose; this is, the study and reflection of the Philosophy of Law from the perspective of its historical and social context.

KEYWORDS

:

Social law; Ius philosophy, Historical context; Individual right ; Property law ; Cultural rights; Human Rights; Philosophical ; Natural law; Positive law.

