

Propedéutica Jurídica. Resumen Crítico De García Máynez

Por

Mons. Dr. Isidro Puente Ochoa jr.
Ph.L., S.S.L., S.Th.D.

Tijuana, México 31 de Marzo del 2014.

ABREVIACIONES.

- GaMay García Máynez E. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa 1953⁵ y 1975
- Geny Geny P. *Brevis Conspectus Historiae Philosophiae ad usum Seminariorum*, Roma apud aedes Universitatis Gregoriana 1962⁵.
- KantGMS Kant Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976. Es la edición que preferimos por la autoridad del editor, Wilhelm Weischedel (1905-1975) en *Werke in zehn Bänden*, [1955-1963], vol.6 pp 1-102.
- KantKdpV Kant Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975. v. 6 pp 103-302.
- KantKdrV Kant Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975. vv. 4-5. Tenemos en cuenta también la edición cuidada por Raymund Schmidt en 1930² para la *Philosophische Bibliothek* Band 37a, Hamburg, Verlag von Felix Meiner 1956 [1962].
- KantKdU Kant Immanuel, *Kritik der reinen Urtheilskraft*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975. v. 8 pp 233-620.
- KantRgv Kant Immanuel, *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975. v. 7 pp 649-879.

NOTA INTRODUCTORIA.

OFRECEMOS UN SENCILLO RESUMEN DE García Máynez E. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Porrúa 1953⁵ y 1975, UNA OBRA CLÁSICA PARA TODO ESTUDIANTE DE DERECHO, PERO LE ANTEPONEMOS UN JUICIO DE SENTIDO COMÚN PARA SU RECTO ENTENDIMIENTO.

I. Algo de Kant.

1. KANT ESTÁ A LA BASE DE LOS JURISTAS MODERNOS.

Kant y su pensamiento.

Las disciplinas jurídicas tienen que ver mucho con la filosofía, y como casi toda la reflexión jurídica en nuestro ambiente depende del **pensamiento kantiano**, será útil buscar instrumentos críticos de sentido común para

2

entender dicha reflexión sensatamente y nunca extralimitarla.¹

Emanuel Kant (1724 -1804) comienza un nuevo método: exagera las objeciones contra los principios tradicionales y quiere cambiar el papel de la filosofía: asigna a la especulación un oficio puramente crítico y ya no será ésta, sino la práctica, el fundamento de la vida moral. El *anti-intelectualismo* es la nota característica desde Kant hasta nuestros días junto con el deseo, que ya viene desde la Reforma protestante, de independizarse de toda autoridad.

Este terrible impedimento identifica al Idealismo trascendental de Kant y sus seguidores hasta el día de hoy. Inició con el *dogmatismo* de **Leibniz** (1646-1716) y de **Christian Wolff** (1679-1754) y pasó luego al *empirismo* y *escepticismo* de **David Hume** (1711-1776) para terminar como crítico de la razón pura especulativa, de la razón práctica y del juicio teleológico.

Sobre Kant influye el *subjetivismo* de **Descartes** (1596-1650), de tal manera que *sin ninguna discusión crítica acepta que nuestro conocimiento es inmanente, aún respecto al término de nuestra percepción inmediata y que nuestra mente no puede salir de sí misma*; del *dogmatismo* de Wolff sacará el querer hacer construcciones especulativas fuera de la realidad, de cuyo sueño lo despertarán, según él, los Ingleses con su *idealismo*, y sobre todo con el *fenomenismo* o *doctrina de las apariencias* de Hume que le inspiró miedo de terminar siendo un escéptico; sin embargo no es capaz de responderle y se lanza a otro camino sin llegar nunca a conocer la genuina doctrina de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino sobre los universales y especies intencionales que no es otra cosa que el sentido común.²

El criticismo de Kant.

Bástenos por el momento decir que Kant se ahoga en el *problema crítico de la razón puramente especulativa*: ¿cuál es la relación entre lo que nos aparece dentro (*fenómeno* o *aparición*) y lo que existe (la cosa en sí)? Lo enuncia: ¿cómo es que por una parte sea posible la certeza del conocimiento matemático y físico (del cual no duda nadie y que es absoluto, universal y necesario), mientras que todo nuestro conocimiento proviene de la experiencia; y por otra parte es imposible, según él y sus maestros, la certeza en la metafísica como se ve por las contradicciones entre los filósofos conocidos por él? Entonces se lanza, como no pocos, a re-construir toda la realidad desde cero con su filosofía crítica para salvar el conocimiento y el orden moral. No se excluye de su formación la tendencia anti-intelectualista y fideísta luterana.

Buscará la solución en los juicios *sintéticos* (predican algo nuevo del sujeto) *a priori* que aumentan el conocimiento y van más allá de lo que experimentamos, como por ejemplo los juicios matemáticos universales; y tenemos aquí, según Kant, un conocimiento científico en el que interviene otro elemento, además de lo que

¹ Ver más adelante las genealogías de pensamiento.

² Cf. Geny P. *Historia Philosophiae*, Roma 1962⁵ p 334.

experimentamos, anterior a ello y que proviene de nuestra mente únicamente, a priori. Entonces, dice él, tal vez todos los principios que están a la base de la ciencia y del conocimiento (como el de causalidad) resultan del hecho que a lo que experimentamos se le añade un elemento a priori que causa su universalidad.¹

Mal de muchos: extralimitarse.

Kant, como Descartes y muchos genios de ese tipo, sigue generalizando y extendiendo hipótesis matemáticas a todo el conocimiento: supongamos, dice, que el objeto no pre-existe a nuestro conocimiento, sino que es *construido* por nuestra mente, naturalmente, bajo el influjo de las cosas, pero según la leyes de la mente, de manera que ya no es la mente que se adapta a las cosas, como hasta ahora se había creído, sino que la mente adapta las cosas a sí misma, formando *fenómenos* o *apariencias* y conectándolos en síntesis según sus propias leyes: ¡así Kant pretende solucionar erróneamente el problema crítico del conocimiento!

La matemática y la ciencia natural (física) son entonces posibles, pero no la Metafísica, pues aquellas se ocupan de los *fenómenos* o *apariencias*, que son constituidos y conectados entre sí por la mente misma que toma las percepciones sensibles bajo los formatos subjetivos de la sensibilidad y del entendimiento: en ellos la mente contempla lo que ella misma puso ahí; la Metafísica en cambio (esto es, el conocimiento del mundo, del alma y de Dios) es algo imposible, porque ahí la mente se esfuerza en ir más allá del orden de los fenómenos o apariencias y no puede.

Kant llama a su sistema *Criticismo* porque *dis-cierne* en el conocimiento lo que viene de las cosas (materia) y lo que viene de la mente (forma), o bien *Idealismo* porque no se queda en las apariencias sensibles, pero *transcendental*, porque, según Kant, no es exclusivo de los sentidos ni del entendimiento, sino que se remonta por encima de todas estas explicaciones anticuadas, ya que explica la percepción experimental por algo que la precede y constituye (a priori). En este sistema kantiano la única Metafísica posible sería *la inquisición crítica misma* sobre el valor y el modo de nuestro conocimiento.²

De nuevo construir todo otra vez.

Desarrollará su hipótesis tratando de mostrar cómo y por medio de cuáles formas o formatos mentales se pueda constituir el objeto de nuestro conocimiento, pero, a juicio aún de sus propios seguidores, nunca podrá probar dicha hipótesis, es decir, demostrar que en realidad el conocimiento procede del modo que indica él. En su nueva construcción de la totalidad, Kant examina críticamente las facultades humanas.³

2. CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA.

Crítica de la sensibilidad: los sentidos dan formatos.

¹ Cf. Geny, o.c. p 338.

² Cf. *Ibid.*

³ Cf. KantKdrV *Einleitung* iii p 48ss.

Kant examina críticamente *las facultades sensibles* en su **Estética transcendental**: el tiempo y el espacio no son determinaciones que tienen las cosas, sino que son formatos que nuestra sensibilidad aplica a las impresiones que recibimos del exterior; son condiciones requeridas por nuestra percepción en todo lo que experimentamos; el espacio es el formato de la sensibilidad externa, el tiempo de la interna. Trata de probar *metafísicamente* esta tesis para el espacio dando cuatro explicaciones:

- (i) la representación del espacio se supone en la localización de cualquier objeto en el espacio;
- (ii) podemos representarnos un espacio sin objetos, pero nunca un objeto sin espacio;
- (iii) nos representamos un único espacio, del cual los espacios particulares son partes y
- (iv) nos representamos el espacio como algo infinito, pero de nuestra experiencia no podemos sacar nada que sea infinito; la prueba *transcendental* según Kant es porque si el espacio no fuese un formato de nuestra mente, no habría razón por la cual los principios de la geometría fueran necesarios.⁴

Crítica del entendimiento y de la razón.

Kant instituye la crítica de la *razón* como facultad superior a los sentidos en su **Lógica transcendental**, que dividirá en dos partes:⁵

- a) *Analítica transcendental* para examinar *el intellectus* o *facultad de juzgar* (**Verstand**: *ver-* prefijo que indica *por, para, pro, pre-*: *atravesar, ir más allá, pasar por encima de algo* y que designa un cambio de estado, **stand**: *algo que está de pie, firme, bien colocado*),⁶
- b) y *Dialéctica transcendental* para criticar *la ratio* como *facultad de razonar*, es decir, de reducir todos los conocimientos a algunas *ideas* sumamente sintéticas (**Vernunft**, *ver-* y *nehmen* *tomar, participar*), considerada como el medio superior de entender, que controla el *Verstand* y le pone límites.

Analítica transcendental de las ideas.

En la **analítica transcendental**⁷ comienza con la *Analítica de los conceptos* o *Categorías* (*Analytik der Begriffe*)⁸, que según él son los formatos bajo los cuales el entendimiento recibe las intuiciones sensibles para convertirlas en juicios universales y necesarios de diferentes tipos, que son *deducidos a priori* y *meramente subjetivos*, independientes totalmente de la experiencia: *unabhängig von aller Erfahrung*.⁹ Las categorías básicas son cantidad, cualidad, relación y modalidad.

- Según la *cantidad* estos juicios serán universales (*allgemeine*) si expresan la totalidad, particulares

⁴ Cf. KantKdrV *Der transzendentalen Ästhetik. Erster Abschnitt, von der Raume* p 71ss; Geny, o.c. p 340.

⁵ Cf. KantKdrV v. 3 *Von der Einteilung der allgemeinen Logik in Analytik und Dialektik*. p 102; .

⁶ Cf *Duden. Herkunftswörterbuch. Etymologie der deutschen Sprache*. 3 ed Mannheim 2001 sub *vocibus*.

⁷ Cf. KantKdrV v. 3 p 108.

⁸ Cf. KantKdrV v. 3 p 108.

⁹ Cf. KantKdrV v. 3 p 129.

(besondere) si denotan pluralidad, singulares (einzelne) si significan unidad;

- según la *calidad* serán juicios afirmativos (bejahende), si expresan realidad, negativos (verneinende) si negación, infinitos o limitativos (unendliche) si limitación;

- según la *relación* tenemos juicios categóricos, que denotan sustancialidad (e inherencia), hipotéticos que expresan causalidad (y dependencia) y disyuntivos que significan mutua causalidad;

- finalmente según la *modalidad* dichas categorías o juicios serán problemáticos (*tal vez el Sujeto sea el Predicado*), que expresan posibilidad e imposibilidad, asertivos (*¡el Sujeto es el Predicado!*), que denotan ser y no-ser, y apodícticos (*es necesario que el Sujeto sea el Predicado*), que significan necesidad y contingencia.¹

El salto mortal del circo fue fatal.

Luego por medio de otra deducción trascendental² dice Kant que *las cosas deben conformarse a las categorías y así éstas tendrán valor objetivo*. Este punto, que Kant declara como el más difícil de toda la Crítica, es tratado por él de modo muy oscuro e intrincado: *simplemente afirma lo que debía probar*, sin dar ningún argumento.³

Excluye la hipótesis de una *armonía* pre-establecida (vorherbestimmte Harmonie)⁴ por el Autor de la naturaleza entre los conceptos y las cosas, excluye el hecho de que los conceptos provengan de la *experiencia* (¡como nos lo dicta el sentido común!) y concluye diciendo que no queda otra hipótesis sino que *las cosas se acomoden a los conceptos*, de manera que venimos conociendo las cosas, no como son en sí, sino como aparecen en los fenómenos o apariencias que la mente elabora, según sus formatos o categorías.

En otras palabras, nuestro conocimiento tiene un valor *empírico, no trascendente* (es decir la experiencia no tiene valor metafísico), y su verdad está, no en adecuarse a las cosas, sino en adecuarse al fenómeno o apariencia, es decir *a las leyes de la mente*. Según Kant la objetividad del conocimiento consiste en que, siendo los formatos de la mente los mismos en todos los hombres, también lo fenómenos o apariencias, que son los objetos conocidos por ellos, se forman del mismo modo.⁵

Analítica trascendental de los principios.

¹ Cf. Geny, o.c. p 341.

² Cf. KantKdrV v. 3 *Der transzendentalen Analytik, zweites Hauptstück, von der Deduktion der reinen Verstandesbegriffe, erster Abschnitt, n 13 von den Prinzipien einer transzendent. Deduktion überhaupt.* p 125ss.

³ Cf. KantKdrV v. 3 *Alle sinnliche Anschauungen stehen unter den Kategorien, als Bedingungen, unter denen allein das mannigfaltige derselben in ein Bewusstsein zusammenkommen kann.* p 143.

⁴ Cf. KantKdrV v. 3 p 295.

⁵ Cf. KantKdrV v. 3 p 111 ss; Geny, o.c. p 341s.

En la segunda parte de su analítica trascendental, la *Analítica de los Principios (Analytik der Grundsätze)*⁶, Kant se adentra en la psicología para descubrir el modo como las mencionadas categorías o juicios subjetivos apriorísticos se aplican a los objetos sensibles: esto se lleva a cabo mediante la *imaginación*, la cual utilizando sobretodo el formato del tiempo produce *esquemas* de categorías, es decir imágenes generales bajo las cuales se ordenan los objetos sensibles antes de ser asumidos por las mismas categorías; a este proceso lo llama Kant el *esquematismo de la razón pura (Schematismus der reinen Verstandesbegriffe)*.⁷

Principios fecundos.

En este punto es cuando, según Kant, se asignan los principios o ciertos juicios universales sintéticos apriorísticos, fundados inmediatamente en las categorías mencionadas y que son principios muy fecundos, especialmente en las ciencias físicas o naturales.

A. De las categorías de *cantidad* brota el axioma de la *intuición*: “todos los fenómenos o apariencias son extensos en espacio y tiempo”;

B. De las categorías de *calidad* proviene la *anticipación de la percepción* (Antizipationen der Wahrnehmung): “los fenómenos tienen una intención”;⁸

C. De las categorías de *relación* surgen los principios más importantes de la *analogía de la experiencia* (Analogien der Erfahrung),⁹ a saber:

(a) de *substancia*: *en todo cambio permanece una substancia invariable*;¹⁰

(b) de *causa*: *todo lo que se hace, es hecho por otro*;¹¹

(c) de *acción mutua*: *todas las substancias obran y reaccionan recíprocamente*;¹²

D. Finalmente, de las categorías de *modalidad* se siguen los *postulados del conocimiento empírico*:¹³

(a) de *posibilidad*: *solamente es posible aquello que puede ser objeto de experiencia*;

(b) de *realidad*: *solamente puede decirse real lo que es de hecho objeto de la experiencia*;

(c) de *necesidad*: *es necesario aquello que necesariamente es coherente con los objetos de la experiencia*.¹⁴

Dialéctica trascendental. Primer libro: ideas.

Aquí Kant inicia la crítica de la razón. En el primer libro (*Von den Begriffen der reinen Vernunft*)¹⁵ nos dice cuáles, según él, son las formas de la razón pura, las *ideas* y cuál es su valor; luego en el segundo libro (*Von den dialektischen Schlüssen der reinen Vernunft*)¹⁶ discutirá los

⁶ Cf. KantKdrV v. 3 p 183.

⁷ Cf. KantKdrV v. 3 p 187.

⁸ Cf. KantKdrV v. 3 p 208.

⁹ Cf. KantKdrV v. 3 p 216.

¹⁰ Cf. KantKdrV v. 3 p 220.

¹¹ Cf. KantKdrV v. 3 p 226.

¹² Cf. KantKdrV v. 3 p 242.

¹³ Cf. KantKdrV v. 3 p 248.

¹⁴ Cf. Geny, o.c. p 342; KantKdrV v. 3 p 183.

¹⁵ Cf. KantKdrV p 319.

¹⁶ Cf. KantKdrV p 339.

ratiocinios que se basan en estas ideas, eso es, las principales tesis metafísicas de la dogmática de los antiguos.

Las ideas de la razón pura.

Kant dice que la razón en sentido estricto es la facultad de reducir por medio del ratiocinio los juicios del entendimiento a unos pocos principios universalísimos:

(a) el alma humana o sujeto pensante: “*die absolute (unbedingte) Einheit des denkenden Subjekts*” (*der Gegenstand der Psychologie*);

(b) el mundo o totalidad de los fenómenos: “*die absolute Einheit der Reihe der Bedingungen der Erscheinung*” (*der Inbegriff aller Erscheinungen [die Welt], der Gegenstand der Kosmologie*);

(c) Dios o la causa primera: “*die absolute Einheit der Bedingung aller Gegenstände des Denkens*” (*das Ding, welches die oberste Bedingung der Möglichkeit von allem, was gedacht werden kann, enthält [das Wesen aller Wesen], der Gegenstand der Theologie*).¹

Muerte de la Metafísica.

Estas ideas según Kant son a priori, como las categorías del intelecto; no provienen de la experiencia, pero no tienen ni siquiera el valor objetivo que él asigna a las categorías, puesto que son de objetos que no se dan ni se pueden dar en la experiencia: en otras palabras, *no son fenómenos, sino noumenos* (noumeno para Kant es lo que se puede pensar, excogitar, inventar, discurrir, pero que no puede ser probado: así toda realidad en sí, al menos en cuanto a determinar su naturaleza se refiere, es un mero noumeno).

El único uso legítimo que se les puede dar a esas tres ideas es meramente regulativo y ordinativo, para poner orden en nuestros conocimientos, aunque, según Kant, todos los hombres tenemos una tendencia casi invencible de proceder más allá y creemos falsamente que a dichas ideas les correspondan objetos reales. Por ello la Metafísica en sentido de los antiguos, en sentido dogmático, no puede ser una ciencia.²

Dialéctica trascendental. Segundo libro: ratiocinios.

En la mayor parte de esta sección Kant critica la Psicología, Cosmología y la Teología dogmática racional pretendiendo demostrar prolijamente que están llenas de paralogismos (argumentos inconscientemente falsos) y antinomias (juicios contradictorios, para cada uno de los cuales se pueden dar razones de igual peso).³

Según Kant hay cuatro antinomias acerca del mundo externo:

i) Si es que el mundo es infinito o no en extensión y duración.

ii) Si es que la materia sea o no divisible infinitamente.

iii) Si es que exista o no en el mundo una causalidad libre.

5

iv) Si es que existe o no algún Ser Necesario. Según Kant estas contradicciones demuestran la inutilidad de la Cosmología dogmática y dice que entonces se debe admitir su sistema de Crítica Transcendental como el único bueno, olvidando que él mismo con la aprioridad del tiempo y del espacio en la Estética Transcendental desbarató las dos primeras antinomias y que en la Analítica Transcendental con su distinción entre los fenómenos y los noumenos canceló las dos últimas.⁴

Dialéctica trascendental. Segundo libro: la existencia de Dios.

Kant critica los argumentos que se utilizan para demostrar la existencia de Dios; los reduce a tres:

i) Argumento ontológico o “a simultáneo”,

ii) Argumento cosmológico por contingencia,

iii) Argumento teleológico por las causas finales (a éste se reduce el argumento moral por la consciencia).

Kant pretende haber demostrado que el primero es inválido y que los otros dos a éste se reducen.

Conclusión de toda la Crítica de la Razón Pura.

Entonces ninguna ciencia puede levantarse por encima de los fenómenos o apariencias elaboradas por la mente misma según sus propios formatos. Según Kant existen las cosas en sí, de lo contrario nada vendría a activar los formatos de la mente y no se daría ningún conocimiento, pero nunca podremos saber qué son las cosas en sí, sino que únicamente nos quedamos con los fenómenos o apariencias de las cosas.

Según Kant, esta es una forma de Idealismo Transcendental, distinto del Idealismo dogmático de Berkeley que niega la existencia de los cuerpos y también diverso del Idealismo problemático de Descartes que dice que la existencia de los cuerpos es solamente probable.⁵

3. CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA.

La fe en lugar del conocimiento.

Para Kant, una vez destruida la ciencia, se abre la parte constructiva de su sistema: la fe. Razón práctica para él no es lo que para los antiguos, es decir el otro uso de la razón humana que aplica los principios a la práctica. Kant la concibe en cambio como *la facultad de obrar según las normas que le muestra la ley moral, o sea la facultad de adaptar nuestras acciones a las reglas de la moralidad*; en fin de cuentas, como el mismo Kant lo dice varias veces, no es otra cosa sino la *voluntad* misma.⁶

Los principios de la moralidad.

Los principios prácticos que, por testimonio de la conciencia, influyen en las acciones,

(a) unos son *principios prácticos meramente individuales, subjetivos*;

¹ Cf. KantKdrV p 336.

² Cf. Geny, o.c. p 343.

³ Cf. KantKdrV pp 341-509.

⁴ Cf. Geny, o.c. p 343.

⁵ Cf. Geny, o.c. p 344.

⁶ Cf. Geny, o.c. p 344.

(b) otros son *principios prácticos de valor universal*, que se dividen así:

i) *hipotéticos y libres*, por ejemplo “*quien quiera ser artesano, se debe ejercitar*”;

ii) otros son ***principios prácticos absolutos, imperativos categóricos***, que son el fundamento de toda la vida moral.

Kant dice que cuando puedo querer que mi motivo y mi modo de obrar se constituya en una ley general para todos los hombres estoy obrando según un *imperativo categórico* y no según mi propio arbitrio: “Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar dieser: handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde”.¹

Entre los principios que imperan de ese modo categórico sobresalen dos: “*nunca trates a las personas como si fueran cosas*” y “*promueve tu propia perfección y la felicidad de los demás*”.

Imperativos categóricos.

El origen de la obligación que se manifiesta por un imperativo categórico no puede provenir de parte de los objetos, que son mutables y contingentes, ni tampoco puede provenir de otro ser que me obligue, ya que tal “heteronomía” iría contra la dignidad de la voluntad libre; por lo cual *proviene de parte de la voluntad misma*, que debe decirse autónoma.

La contradicción de que la voluntad se obligue a sí misma, según Kant se resuelve distinguiendo entre la *voluntad noumenal*, que precede a toda experiencia, y la *voluntad fenomenal*, que es manifestada por la conciencia: *la voluntad noumenal obliga a la voluntad fenomenal*.

El deber por el deber.

¡Fenomenal! Kant llega a lo más puro de su crítica transcendental: la inclinación natural de la voluntad a hacer determinada acción no sería un digno motivo de obedecer, ni tampoco la utilidad de dicha acción ya para quien la hace, ya en general; sino que más bien, para que la acción sea moral y no solamente *legal*, debe hacerse únicamente *por veneración y estima de la ley moral*; solamente la voluntad que se determina de esta manera es buena; ya no es buena por participación, sino por sí y de suyo.²

Es interesante ver cómo los tataranietos de Kant han de separar totalmente, lo justo, religioso y moral de lo legal, de lo científico y tendremos la dicotomía kantiana incrustada hasta en la más pequeña práctica burocrática actual sin ninguna “veneración ni estima de la ley moral” que gracias a él pierde todo su fundamento metafísico.

Postulados de la razón práctica.

¹ Cf. KantGMS p51 y ahí mismo: “so könnte der allgemeine Imperativ der Pflicht auch so lauten: handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte”.

² Cf. Geny, o.c. p 345.

Si analizamos las acciones que impera la ley moral, vemos que presupone estas tres proposiciones teoréticas: La voluntad humana es *libre*; el alma es *inmortal*; existe un supremo Remunerador, que es *Dios*.

De estas verdades no tenemos *conocimiento o ciencia*, ya que la ciencia, según Kant, no se extiende más allá de las apariencias o fenómenos, sino que de estas tres verdades lo único que tenemos es *fe*, esto es un asentimiento o asenso producido por un motivo que pertenece a la razón práctica (*¡que para Kant es la misma voluntad!* Nunca será la fe como asentimiento a causa de la autoridad de alguien que nos la atestigua).

Este asentimiento para Kant es firme y cierto, y excluye toda duda prudente, ya que nadie puede renunciar a los principios de la moralidad, sin que se sienta vil y bajo ante sus propios ojos.³

La razón práctica auxilia a la razón pura.

Según Kant, de esos postulados el conocimiento teórico de la razón pura recibe un reforzamiento, consistente en que dichos conceptos de voluntad libre, alma inmortal y Sumo Remunerador, que son problemáticos para ella, reciben la afirmación contundente de que sí corresponden a objetos reales: pues ¡la razón práctica (es decir la voluntad) necesita que existan! Y por ello la razón pura los tiene que dar por demostrados.

Sin embargo Kant insiste que esta extensión de la razón teorética no es una extensión de especulación, esto es, no permite que sean introducidos dichos conceptos en la especulación (es decir, la libertad, la existencia del alma y la existencia de Dios ¡no tienen fundamento metafísico!).⁴

Kant abunda todavía: “Hier ist nun wohl zu merken, dass diese moralische Notwendigkeit *subjektiv*, d. i. Bedürfnis, und nicht *objectiv*, d. i. selbst Pflicht sei; denn es kann gar keine Pflicht geben, die Existenz eines Dinges anzunehmen (weil dieses bloss den theoretischen Gebrauch der Vernunft angeht)”.⁵ Estos conceptos de voluntad libre, de existencia del alma y de Dios son, no un conocimiento, sino un gracioso favor sentimental que nos hace la voluntad o razón práctica kantiana: he aquí la razón de lo que padecemos en el ámbito jurídico.

Primado de la razón práctica.

Es única y solamente la razón práctica (la voluntad) quien nos asegura que somos libres, inmortales y que existe Dios. Si el conocimiento especulativo no puede alcanzar los objetos, las cosas, la realidad, sino únicamente a través de las representaciones o formatos que nosotros fabricamos, lo mismo hay que decir de la obligación moral (y de todo lo que lleva consigo), que percibe la razón práctica y que no pueden ser de otro modo, pues es la misma naturaleza nuestra en lo especulativo y en lo práctico: así como no podemos llegar a la realidad de las cosas, del mismo modo la moral y la religión y la psicología racional no tienen fundamento metafísico.

³ Cf. Geny, o.c. p 346.

⁴ Cf. Geny, o.c. p 346; cf. KantKdpV pp 252ss.

⁵ KantKdpV p 256.

4. CRÍTICA DE LA FACULTAD DE JUZGAR.

La Estética no trascendental.

Seguimos con Kant en esta tercera obra *Kritik der Urteilskraft*, donde habla de la capacidad de dar juicios estéticos sobre las cosas bellas siguiendo la moda de Christian Wolff y Baumgarten.¹

Dado que la contemplación de la finalidad o de la proporción de los medios respecto a su fin en el mundo provoca un deleite afín a la estética, Kant divide su crítica en dos partes:

A. La facultad de juzgar *acerca de la belleza en la naturaleza y en el arte*, donde hace notar que los juicios acerca de lo bello tienen una cierta universalidad y necesidad: de ahí concluye que lo bello no se encuentra en las cosas, sino que es *un formato meramente subjetivo*.²

B. La facultad de dar un juicio *teleológico*. Kant entre otras cosas rechaza la noción de creación, porque según él no sabemos ni siquiera qué cosa sea la naturaleza, ni si Dios existe o no de un modo especulativo. Termina diciendo que hay que buscar explicaciones mecanicistas y causas finales, siempre y cuando las consideremos solamente *como formatos meramente subjetivos*.³

La Religión.

Casi al final de su vida (1793) remata Kant con *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*,⁴ con un racionalismo radical aún respecto a la razón práctica.

La única religión es la religión natural (no la revelada)⁵ que comprende los preceptos morales que se manifiestan a la razón práctica (voluntad), reconocidos por ella como divinos, como derivados en último término de nuestro Creador. No existe ningún otro culto divino.⁶

Las religiones positivas, cada una de las cuales proponen sus revelaciones, son diferentes tentativos humanos de presentar el reino de Dios en una forma concreta. Eran necesarias al inicio, cuando el género humano estaba en su infancia, pero ahora ya no lo son. Por otro lado no se puede probar la verdad de ningún milagro, pues los milagros que se pretende que han sucedido, se proponen a nuestra fe por pura autoridad falible y además la gracia no puede ser captada por la experiencia.

Los dogmas, en especial los de la Religión Cristiana,⁷ principal entre las demás, pueden ser interpretados de una manera alegórica, que vaya de acuerdo a la razón.⁸

¹ Cf. Geny, o.c. p 346.

² Cf. KantKdU pp 279-465 passim.

³ Cf. KantKdU pp 542-620.

⁴ Cf. KantRgV pp 469-879.

⁵ Cf. KantRgV pp 826ss et passim.

⁶ Cf. KantRgV p 823 nota: "Es gibt keine besondere Pflichten gegen Gott in einer allgemeinen Religion; denn Gott kann von uns nichts empfangen; wir können auf und für ihn nicht wirken".

⁷ Cf. KantRgV p 733 nota el anciano Kant no sin cierta tristeza al estilo protestante: "Die Absicht derer, die am Ende des Lebens einen Geistlichen rufen Lassen, ist

5. CRÍTICA DEL CRÍTICO KANT.

Ingenioso constructor.

No negamos que Kant tiene una gran fuerza crítica e ingenio para amplias y audaces construcciones, como Bacon, Descartes, Hegel, Marx y tantos otros que por una idea genial niegan todo el pasado y quieren aplicarla a todo indistintamente para comenzar ellos algo totalmente nuevo.

Tampoco es un escéptico, pues no dudamos que fue sincero al decir que aterrorizado por el escepticismo de Hume⁹ buscó un camino nuevo que salvara el conocimiento, la ciencia y el orden moral.

La solución que inventó tal vez a él le pareció que satisfacía las exigencias esenciales de nuestra naturaleza; pudo quizás confiar de haber hecho grande obra en filosofía. No nos atrevemos a juzgar si es que hasta el fin de su vida siguió teniendo esa confianza o se dio cuenta de la índole catastrófica de su filosofía. Pudiera ser que la tendencia anti-intelectualista, fideísta que está siempre latente en los seguidores de Lutero, lo mantuvo en una cierta buena fe al respecto.

El sentido común y la catástrofe de Kant.

La crítica de la razón especulativa kantiana es destructiva, pues le quita al conocimiento humano su parte más noble, la Metafísica, y entonces conduce ya no al escepticismo, sino al *agnosticismo* acerca de las cosas como son en sí: ¡nunca llegaremos a ellas!

Por una parte el *valor que Kant le da al conocimiento*, aún científico, nunca podrá satisfacer a la mente humana, pues queremos conocer las cosas como son y todo hombre normal y sensato está persuadido de que verdaderamente las conoce como son en sí, en la realidad, aunque no de una manera completamente adecuada.¹⁰

Por otra parte de tal manera está constituida nuestra naturaleza humana racional que no queremos tener y de hecho no tenemos al *orden moral* como un simple hecho que se nos impone sin justificación alguna, sino que lo consideramos como una consecuencia de los principios que nuestra razón especulativa percibe.

Una razón práctica que no sea el uso práctico de la razón especulativa no puede existir, pues se confunde con la voluntad y así Kant no logra salvar ni siquiera el orden de la moralidad del *subjetivismo*.¹¹

gewöhnlich: dass sie an ihm einen Tröster haben wollen; nicht wegen der *physischen* Leiden, welche die letzte Krankheit, ja auch nur die natürliche Furcht vor dem Tod mit sich führt (denn darüber kann der Tod selber, der sie beendet, Tröster sein), sondern wegen der *moralischen*, nämlich der Vorwürfe des Gewissens".

⁸ Cf. Geny, o.c. p 347.

⁹ Cf. KantKdR p 133: nos dice que Hume "ergab sich gänzlich dem *Skeptizismus*, da er einmal eine so allgemeine für Vernunft gehaltene Täuschung unseres Erkenntnisvermögens glaubte entdeckt zu haben".

¹⁰ Cf. Geny, o.c. p 348.

¹¹ Cf. Geny, o.c. p 348s.

Hasta las últimas consecuencias.

Ese subjetivismo kantiano no se sostiene. ¿Cómo podemos afirmar la existencia necesaria de las cosas en sí, que proporcionan la materia prima a nuestro conocimiento? Kant responde que eso sucede por el principio de causalidad, porque de lo contrario nuestra mente no tendría nada que suministrar a sus formatos.

Pero al mismo tiempo Kant afirma que la causalidad es uno de los formatos a priori que la mente aplica a las cosas: entonces ¡ni siquiera estamos ciertos de que existen las cosas en sí! En Abril de 1787 Kant trata, sin resultado, de responder a esta objeción que se le hizo y forzosamente cae en el *Idealismo* absoluto, es decir en el simple y mero *Fenomenismo*.

Oscuridades prusianas.

No es el lugar para hacer resaltar con palabras de los mismos seguidores y amigos admiradores de Kant las numerosísimas faltas de lógica en sus deducciones particulares:¹ baste una nota suya.

Confiesa en la introducción a la segunda edición de la *Crítica de la Razón Pura* que hay algo de oscuridad en sus argumentos (*einige Dunkelheit*) y quiere rectificar: “so bleibt es immer ein Skandal der Philosophie und allgemeinen Menschenvernunft, das Dasein der Dinge ausser uns (von denen wir doch den ganzen Stoff zu Erkenntnissen selbst für unsern inneren Sinn her haben) bloss auf Glauben annehmen zu müssen, und, wenn es jemand einfällt, es zu bezweifeln, ihm keinen genugtuenden Beweis entgegenstellen zu können”.²

Otro salto mortal que fracasa.

Ojalá Kant hubiera podido salir airoso, pero lamentablemente el remiendo dado ahí sale peor que la rotura y nos recuerda mucho a su padre espiritual, Descartes, en su telaraña de dudas.

Perdone el lector lo prolijo, no de nosotros, sino de Kant enmarañado, pero sea consciente que todo el fracaso jurídico de muchos Países depende de estos filósofos que no logran decir las cosas claras:

“Ich bin mir doch nur dessen, was in mir ist, d.i. meiner Vorstellung äusserer Dinge unmittelbar bewusst; folglich bleibe es immer noch unausgemacht, ob etwas ihr Korrespondierendes ausser mir sei, oder nicht.

Allein ich bin mir *meines Daseins in der Zeit* (folglich auch der Bestimmbarkeit desselben in dieser) durch innere *Erfahrung* bewusst, und dieses ist mehr, als bloss mich meiner Vorstellung bewusst zu sein, doch aber einerlei mit dem *empirische Bewusstsein meines Daseins*, welches nur durch Beziehung auf etwas, was, mit meiner Existenz verbunden, *ausser mir ist*, bestimmbar ist.

Dieses Bewusstsein meines Daseins in der Zeit is also mit dem Bewusstsein eines Verhältnisses zu etwas ausser mir identisch verbunden, und es ist also Erfahrung und nicht Erdichtung, Sinn und nicht Einbildungskraft, welches das Äussere mit meinen inneren Sinn unzertrennlich verknüpft; denn der äussere Sinn ist schon

an sich Beziehung der Anschauung auf etwas Wirkliches ausser mir, und die Realität desselben, zum Unterschiede von der Einbildung, beruht nur darauf, dass er mit der inneren Erfahrung selbst, als die Bedingung der Möglichkeit derselben, unzerstrennlich verbunden werde, welches hier geschieht”.³

Afirma simplemente lo que debía probar, y así lo veremos en los puntos que él mismo confiesa que tienen *einige Dunkelheit*. Lo que gratuitamente se afirma, gratuitamente debe negarse.

Causas del fracaso kantiano.

La primera es su ignorancia de la historia de la filosofía, en especial de la filosofía escolástica y de su doctrina acerca de la abstracción de los conceptos universales, que resuelve plena y facilísimamente las objeciones planteadas por Kant y por él consideradas insolubles.

La otra causa es el haber aceptado a ciegas la pésima manera que tuvo Descartes de impostar el problema crítico: admite gratuitamente y sin crítica que la mente no puede alcanzar de modo inmediato sino sólo el término elaborado internamente y que se debe buscar un puente entre las apariencias o fenómenos y la cosa en sí: todo está al revés, pues el testimonio irrefragable de la experiencia tanto interna como externa es que lo que inmediatamente alcanzamos y captamos no es el término mental, sino la realidad, el término real.

La raíz común de esta doble causa hay que ponerla en el *espíritu de independencia y autonomía* que tanto daño ha causado al progreso de la Filosofía entre los modernos.⁴

6. EL KANTISMO COMO BANDERA.

Kantismo viral.

Daremos un somero elenco de las consecuencias kantianas comenzando por Alemania:

A. El Idealismo kantiano.

- *Idealistas en sentido estricto*: J.T.Fichte (1762-1814), F.G.Schelling (1775-1854), G.W.Hegel (1770-1831);

- *Hegelianos moderados*: G.Gabler (1786-1853), H. Hinrichs (1797-1879), H.Fichte (hijo de J.T., 1797-1879), Ch.Weisse (1801-1866), H.Ulrici (1806-1884);

- *Hegelianos medio-cristianos, casi panteístas*: C.Daub (1765-1836), Ph.K.Marheineke (1780-1846), C.F.Göschel (1781-1861), J.K.F.Rosenkranz (1805-1897);

- *Hegelianos más audaces*: anti-cristianos, llevan al *ateísmo, materialismo, hedonismo*: A.Ruge (1802-1880), D.Strauss (1808-1875), M.Stirner (1806-1856), L.Feuerbach (1804-1872), K.Marx (1818-1883), F.Engels (1820-1895); estos dos últimos llevaron el *materialismo histórico* de Feuerbach y el *colectivismo* de Hegel a la Sociología;

- *Historiadores hegelianos de la filosofía*: quieren encontrar siempre en los hechos que pasaron la razón determinante de los que siguieron: E.Zeller (1814-1908),

¹ Cf. Geny, o.c. p 349.

² Cf. KantKdrV p 38 nota.

³ Cf. KantKdrV p 38 nota, más abajo.

⁴ Cf. Geny, o.c. p 349.

C.Prantl (1820-1888), I.E.Erdmann (1805-1892), K.Fischer (1824-1907).

B. Con el espíritu kantiano.

-Hubo otros que proceden no directamente de Hegel ni de Kant, pero que se les parecen mucho: F.Baader (1765-1841, *teósofo evolucionista*), F.Schleiermacher (1768-1834);

- K.F.Krause (1781-1832, *panteísta, pan-en-teísta: con una intuición entendemos que Dios es el Ser, fuera del cual nada hay y en el cual el mundo existe como una parte, por ello la materia es eterna, las almas pre-existen y después de la muerte seguirán evolucionando infinitamente*) con sus seguidores: H.Ahrens (1808-1874), H.v.Leonhardi (1809-1875), G.G.Gervinus (1805 -1871);

C. Kantianos realistas:

J.F.Herbart (1776-1841) con sus seguidores sobretodo en la *psicología cuantitativa* y en la *pedagogía*:

M.W.Drobisch (1802-1896), Hartenstein, Volkman, Hendewerk, Zimmermann, Th.Waitz (1821-1864), M.Lazarus (1824-1903), H.Steinthal (1823-1899), F.E.Beneke (1798-1854), T.Fechner (1801-1887); R.H.Lotze (1817-1881 más *sincretista*), A.Schopenhauer (1788-1860 *panteísmo evolutivo y pesimismo*), E.v.Hartmann (1842-1906 *pesimismo budista*), F.Nietzsche (1844-1900), W.Wundt (1832-1920), F.Paulsen (1846-1908 *monismo idealístico, pampsiquismo*);

D. Neo-kantismo o neo-criticismo:

- *Fisiologista*: F.A.Lange (1828-1875), H.Helmholtz (1821-1894);
 - *Metafísico*: O.Liebmann (1840-1912), J.Volkelt (1848-1930);
 - *Realístico*: L.Riehl (1844-1924);
 - *Escuela de Wurzburg*: O.Külpe (1882-1916);
 - *Logístico*: *Escuela de Marburgo*: : H. Cohen (1842-1918), P.Natorp (1854-1924), E.Cassirer (1874-1945);
 - *Relativista*: G.Simmel (1858-1918),
 - y finalmente en la *teoría del valor* que asimila las leyes de las operaciones mentales a las leyes de que proviene el valor tanto de las acciones morales cuanto de las obras de arte: W.Windelband (1848-1915) y H.Rickert (1863-1936) con la *Escuela de Baden*. Algunos de entre ellos tratan de salir del idealismo, sobre todo O.Külpe (1862-1915), cuyo realismo, aunque tímido se acerca un poco a la Filosofía Perenne.

Kantismo en el mundo anglosajón.

En **Inglaterra**: el kantismo va hacia el *relativismo intuicionista y fideísta* plenamente incoherente: W.Hamilton (1788-1856), L.Mansel (1820-1871, que lo aplica a la religión),

J.S.Mill (1806-1873 *positivista, fenomenista, ilusionista* [para él los cuerpos no son sino posibilidades permanentes de sensación], *asociacionista* [explica los hechos psicológicos exclusivamente por asociaciones de imágenes], *nominalista rígido*), A.Bain (1818-1904 *asociacionista*),

H.Spencer (1820-1903, *positivista y evolucionista*) y los *kantianos-neohegelianos de Oxford*: J.H.Stirling (1820-1909), Th.H.Green (1836-1882), E.Caird (1835-1908), F.H.Bradley (1846-1924), W.Wallace (1843-1897), B.Bosanquet (1848-1923), G.F.Stout (1860-1944), S.H.Hodgson (1832-1912)

En **Estados Unidos** J. Royce (1855-1916).

Kant en el mundo latino.

En **Francia**: el *neo-criticismo o fenomenismo puro* de C. Renouvier (1815-1903) con L.Pratt (1861-1942), F.Pillon (1830-1914), C. Secretan (1815-1895), Helvetus, L. Dauriac (1847-1923), O. Hamelin (1856-1907).

- H.Taine (1828-1893: la percepción externa es una verdadera alucinación).

En **Italia**: G.D.Romagnosi (1761-1835), G.Ferrari (1811-1876 *crudo racionalismo y ateísmo*), A.Franchi (C.Bonavino 1820-1895 que después se convirtió),

- A.Testa (1784-1860), C.Cantoni (1840-1906), F.Tocco (1845-1911), G.Barzellotti (1844-1917), y más moderados: B.Varisco (1850--1933) y F.De Sarlo (1864-1937).

- hegelianos: A.Vera (1813-1885), B.Spaventa (1817-1883), F.Fiorentino (1834-1884), P.D'Ercole (1831-1916); B.Croce (1866-1952) y G.Gentile (1875-1944).

En **Bélgica** G. Tiberghien (1819-1901);

En **España**: J.M.Rey y Heredia (1818-1861 *idealismo kantiano estricto*), F.Fernández y González (1833-1917 *hegelianismo*), M.Nieto Serrano (1813-1902 *neocriticismo*);

- *krauzianos*: J.Sanz del Río (1814-1869), F.dP.

Canalejas (1834-1883), M.de la Revilla (1846-1881), N.Salmerón (1838-1908), U.González Serrano (1848-1904), F.de Castro Fernández (1834-1903), F.Giner de los Ríos (1839-1915), F.de Castro y Pajares (1814-1874), G.de Azcárate Menéndez-Morán (1849-1917) y Manuel Sales y Ferré (1843-1910).

Consecuencia del idealismo es el *Fenomenismo o Actualismo*: solamente hay fenómenos o apariencias psicológicas, puros pensamientos, sin mente que los produzca o reciba: L.Weber.

De Kant al Positivismo.

El *Positivismo* es una forma de *Dogmatismo* que afirma que solamente existen seres materiales y que todo en el universo, la vida vegetativa, sensitiva, intelectual se explica por las fuerzas de la materia, de modo que no hay que admitir ningún ser espiritual; es afín al *Idealismo*, pero lleva al materialismo. El patriarca del Positivismo es C.Saint Simón (1760-1825), *enriquecido por la venta de los bienes de la Iglesia* y educado en los principios de J.D'Alembert (1717-1783) y de J.J.Rousseau (1712-1778), quien en 1817 hace su secretario particular a A.Comte (1798-1857), que tendrá seguidores: E.Littré (1801-1881), P.Laffitte (1823-1903).

Positivismo de gobiernos.

Por lo que respecta a México, Pedro Contreras Elizalde (después Diputado Constituyente en 1856) estando en París, llevó al Positivismo a **Gabino Barreda**, quien con el apoyo del gobierno funda la Escuela Nacional Preparatoria en el espíritu casi fanáticamente religioso

de Comte e inicia la edad de oro del positivismo mexicano (1867-1911) con hombres de pensamiento y sobretodo de política en el poder.

Se podrían hacer listas interminables, bástenos nombrar a algunos: Jorge Hammekien y Mejía, Porfirio Parra (-1912), Jorge Lagarrigue, Horacio Barrera, Agustín Aragón, Ezequiel A. Chávez, Miguel Macedo, Pablo Macedo, Andrés Aldasoro, Andrés Almaraz, Benito Juárez Maza (1852-1912), Manuel Fernández Leal, José Ives Limantour, Miguel E. Schulz, Justo Sierra, Manuel Fernández Leal, Telésforo García, Gral. Bernardo Reyes, su hijo Rodolfo Reyes; gobernadores: Rafael Rebollar, Miguel Ahumada, Leandro Fernández, Antonio Mercenario, Blas Escontría y Gral. Aréchiga, Terrazas, Cárdenas, Lauro Carrillo, Francisco Arce; Francisco Bulnes; G.de Llergo, Rafael Simoni Castalvi, Javier hoyo, Valentín Gama, José Díaz Covarrubias, Francisco Díaz Covarrubias (1833-1889), Manuel Flores.¹

Psicología sin alma ni espíritu.

El positivismo aplicado entró a la Historia, Sociología, Pedagogía y Psicología. En **Psicología** logró que muchos ya no consideren los procesos estrictamente cognoscitivos y apetitivos mediante la introspección y el raciocinio, sino que únicamente se atengan a la observación externa y a la experimentación y nace la Psicología Empírica, que es insuficiente, imprecisa y estéril si no se conecta bien con la Psicología Racional: W.Wundt, O. Külpe, A.Binet, V.Henry, P. Janet, Michotte, Titchener, Fechner, Jodl, Ebbinghaus, etc.

Pragmatismo.

Una forma de positivismo o *empirismo moral* es el *Pragmatismo*: el conocimiento tiene solamente valor práctico, en orden a la acción y por ello la esencia de la verdad está en la utilidad: Peirce, W.James, Dewey, Schiller, Prezzolini, Calderoni, Vailati, Bergson, Le Roy, etc.

De Kant al Materialismo.

El *Materialismo* es una especie de *Escepticismo* o al menos de *Agnosticismo*: la esencia o naturaleza íntima de las cosas es algo desconocido para nosotros y nuestro conocimiento es solamente de *fenómenos* o *apariencias*, que es lo único que podemos captar, no hay principios de valor absoluto, es decir universales y necesarios con los cuales podamos interretar los fenómenos e indagar la realidad que está debajo de dichos fenómenos; así el conocimiento científico no puede hacer más que unir leyes empíricas, ni la filosofía puede hacer otra cosa que sintetizar, siempre empíricamente, las ciencias.

K.Moleschott, L.Buechner (1814-1898), K.Vogt (1817-1895), H.Huxley (1825-1895), Romanes (1848-1894), E.Haeckel (1834-1919), F.Le Dantec (1869-1917);

¹ Cf. Valverde Téllez Emeterio, *Los Jefes del Positivismo en México*, México 1904 passim; en <http://www.filosofia.org/aut/001/ev190418.htm>; Álvarez Llovera Guadalupe, *El Positivismo en México*, passim en http://www.uom.edu.mx/rev_trabajadores/pdf/61/61_Guadalupe_Alvarez.pdf et alibi.

Transformismo de las especies: Lamarck, Ch.Darwin (1809-1882).

Genealogías intelectuales.

No queramos generalizar, pero el ambiente jurídico en muchos países latinoamericanos se basa en Kant directa o indirectamente, pues los árboles genealógicos de la *academia* así nos lo presentan.²

Hay otros nombres, pero siempre regresan al kantismo de un modo u otro, por lo cual tendremos que hacer repetidamente a lo largo de la obra algunas notas sobre el pensamiento filosófico que está a la base de las concepciones jurídicas de nuestros Países.³

² Respecto a García Máynez, patriarca latinoamericano en este tema, nos dice Rodríguez Espinoza: "En la Universidad de Berlín el catedrático que más le influyó fue Nicolai Hartmann (1882-1950), fundamentalmente por sus obras de carácter axiológico. También enseñaban Baumgarten, Spranger y Schmitt. Stammler no hacía mucho que se había jubilado ... En Viena lo impactó Alfred Verdross" (Rodríguez Espinoza Héctor, *Eduardo García Máynez [1908-1993], Humanista Ilustre y Representativo*. en <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/humanista.pdf>); otro tanto se puede decir de Mario de la Cueva, compañero de García Máynez.

³ Es interesante el dominio kantiano en docencia y editorialística, aunque con excepciones: Vemos en México por los años 1960 entre los libros "un abanico de autores nacionales ...de ... Eduardo García Máynez y el del sonorense Oscar Morineau, la Sociología del español residente en México Luis Recasens Siches, la Teoría del Estado de Francisco Porrúa Pérez, el compendio de 4 Tomos de Derecho Civil de Rafael Rojina Villegas, el Derecho Penal de Raúl Carrancá y Trujillo, el Derecho Mercantil de Felipe de J. Tena, de Roberto Mantilla Molina y Raúl Cervantes Ahumada, el Derecho Constitucional de Felipe Tena Ramírez y Antonio Martínez Báez, el Derecho Administrativo de Gabino Fraga y Andrés Serra Rojas, el Derecho Procesal Penal de González Bustamante, las Garantías Individuales y El Juicio de Amparo de Ignacio Burgoa y de Alfonso Noriega, los dos Tomos del Derecho Mexicano del Trabajo de Mario de la Cueva, el Derecho Fiscal de Ernesto Flores Zavala, el Derecho Internacional Público de Manuel de J. Sierra y de César Sepúlveda, entre otros..."

"los discípulos de aquellos ... Martha Morineau, Jorge Carpizo Mcgregor, Sergio García Ramírez, Fernando Flores García, Carlos Arellano García, Cipriano Gómez Lara, Agustín Pérez Carrillo, Miguel Acosta Romero, Modesto Seara Vásquez, Jorge Adame Goddard, Leonel Pereznieta Castro, Elisur Arteaga Nava, Manuel Becerra Acosta, Francisco José Contreras Baca, Carlos de Silva Nava, Alonso Gómez-Robledo Verduzco, Ricardo Méndez Silva, Alejandro Sobarzo Loaiza, Loretta Ortiz Ahlf, Ruperto Patiño Manfur, Emilio Rabasa, Rolando Tamayo Salmorán, Enrique Sánchez Bringas, Ulises Schmill Ordoñez, Fernando Vásquez Pando, José Arturo González Quintanilla y Guillermo Hurtado ..."

Inutilidad de ir a los efectos si ya vimos la causa.

Aquí suspendemos por ahora la interminable lista de personas afectadas por la ignorancia de la historia de la filosofía escolástica y la mala impostación del problema crítico hecha por Descartes y Kant y sobretodo afectadas por el espíritu de independencia y autonomía que lleva siempre a querer empezar desde cero, ignorando y despreciando, aún de buena fe, el gigantesco trabajo de los antiguos. Procederemos pues a tocar el derecho con la piedra filosófica del sentido común para utilidad del lector deseoso de la verdad y del bien.

II. Derecho nuestro y Filosofía ajena.

1. DERECHO NATURAL A LA BASE DE TODA NORMA.

Panorama.

Veremos pues en este marco intelectual kantiano algo de la jurisprudencia técnica, y del derecho público y privado con sus disciplinas especiales y auxiliares. Partiendo de los conceptos jurídicos fundamentales se tratará de los supuestos y hechos jurídicos, de las teorías sobre el derecho subjetivo y su clasificación, de los derechos reales y personales, de la libertad, acción, petición y derechos políticos, del deber jurídico, de la persona, la sanción y coacción.

La técnica jurídica la veremos en la aplicación e interpretación del derecho con la exégesis e integración, la libertad interpretativa con los marcos de ley y resoluciones judiciales, procedimientos de integración y conflictos de tiempo y espacio.

Una primera parte la dedicamos a la noción de derecho. Para tenerla hay que encuadrar al derecho filosóficamente rodeado de las nociones de norma, ley natural, moral, buenas maneras y religión, pues tiene

“la producción intelectual más estimulante hasta la fecha debe buscarse en el grupo de los ‘neokantianos’ y analíticos con un agudo conocimiento y manejo de la obra de Kelsen y Hart, entre otros clásicos contemporáneos: Ulises Schmill, Javier Esquivel, Rolando Tamayo y Agustín Pérez Carrillo. También menciona a Mauricio Beuchot (!), Oscar Correas, Arturo Berumen, Martín Díaz y Díaz, Adrián Rentaría y Enrique Cáceres. Un poco más jóvenes, con obra publicada y en plena actividad productiva, destaca ... Andrés Roemer, Pablo Larrañaga y Juan Antonio Cruz y, desde el derecho constitucional hacia la filosofía jurídica, la obra tempranamente prolífica de José Ramón Cossío y Miguel Carbonell ... Ernesto Garzón Valdés, Luigi Ferrajoli, Eugenio Bulygin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Julia Barragán, Ulises Schmill, Francisco Laporta, Ruth Zimmerling, Owen Fiss, Albert Calsamiglia, Martin Farrel” (Rodríguez Espinoza o.c. ibíd.).

muchas acepciones; se han de ver sus fuentes formales, clasificación y relación con el Estado¹.

Norma y ley natural.

Aprisionado en la filosofía de Kant, el derecho es **norma**, es técnica o regla de comportamiento obligatorio que impone deberes o confiere derechos y consta de *juicios normativos* que o son válidos o son inválidos.

En cambio los *juicios enunciativos*, cuyo criterio es la verdad o falsedad, pueden ser o bien *contingentes* (verdades de hecho, juicios sintéticos *a posteriori*), que simplemente afirman algo y donde el predicado pertenece al sujeto, pero no de derecho, sino simplemente de hecho: “hace calor”; o bien pueden ser *necesarios* (verdades de razón, proposiciones analíticas y sintéticas *a priori*), donde el predicado no puede menos que ser predicado del sujeto, son apodícticos: “la línea recta es la más corta”.²

Ley física.

Las leyes físicas, siempre según Kant, son juicios *enunciativos*, cuyo fin estriba en mostrar las relaciones indefectibles que existen en la naturaleza; son expresión de la uniformidad necesaria de los hechos físicos. Consisten en un juicio que expresa relaciones constantes entre fenómenos: a determinadas condiciones que en cierto respecto son iguales, se hallan siempre unidas determinadas consecuencias, que en otro cierto respecto, también son iguales. Las leyes físicas indican relaciones de tipo causal: al presentarse un fenómeno en las condiciones que la ley enuncia, no puede dejar de ocurrir el segundo fenómeno.³

Normas de conducta y leyes físicas.

Si comparamos una y otra, siempre en la perspectiva kantiana, vemos que en cuanto a su finalidad, la ley física nos da explicaciones de relaciones entre fenómenos, *nos dice lo que es algo*; en cambio las normas provocan un comportamiento, *nos dicen lo que algo debe ser*.

La ley física no es otra cosa sino la enunciación de relaciones constantes, *necesarias* entre fenómenos: los cuerpos caen en el vacío con la misma rapidez no porque deben caer así, sino porque no pueden caer de otro modo. En cambio la norma supone la libertad de los sujetos a quienes obliga, es una relación *que puede no llevarse a cabo*: tiene sentido declarar que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, ya que el cumplimiento de un contrato no es una ley física, necesaria, que siempre se cumple porque no existe alternativa, sino una norma obligatoria, que puede cumplirse o incumplirse.

Además la ley física vale solamente cuando es verdadera: los hechos la confirman total e indefectiblemente. Por su parte la norma es válida cuando exige un proceder intrínsecamente obligatorio:

¹ Cf. García Máynez E. *Introducción al estudio del derecho*. México 1953⁵. El autor no se aparta de lo políticamente correcto.

² Cf. GaMay n 1.

³ Cf. GaMay n 2.

cuando es un valor que se postula. Las normas religiosas y morales valen independientemente de la experiencia y también hay normas y principios jurídicos a los que corresponde un valor absoluto.

Aquí hay que anotar que en muchos Países a la luz del criterio oficial, la fuerza obligatoria de las normas jurídicas no depende ya de la justicia intrínseca, del valor intrínseco de lo prescrito, sino de elementos extrínsecos que se refieren a la forma de creación, al proceso legislativo de cada precepto: la ley vale porque se impone, no porque sea justa y esto está equivocado totalmente.

Así por ejemplo la Constitución de un País establece los requisitos legislativos o proceso que una ley debe seguir para que sea ley, y esos requisitos no se refieren a la justicia o injusticia, al valor intrínseco, sino a la pura formalidad o desarrollo del proceso legislativo: si se llevaron a cabo, el precepto es válido, aunque no sea justo. Es el criterio formalístico de validez (algo totalmente relativo a las condiciones de elaboración de cada precepto) que se opone al criterio material de validez que es el valor intrínseco del precepto, su justicia.

Así vemos que esta *positividad* (el gobierno *im-pone* una ley) o *facticidad* (esta ley es un hecho que no podemos evitar) es un criterio de eficacia (*funciona*: el precepto es acatado por los sujetos a quienes se dirige), pero es algo contingente; no quiere decir que esa norma de conducta impuesta por un gobierno es válida.

La regla de acción que estatuye un deber vale por sí y en sí, incluso en relación con el proceder que la infringe. Una ley injusta, aunque sea positiva, fáctica y eficaz por cuanto se esté cumpliendo, nunca será válida intrínsecamente; no interesa si se está llevando a cabo o no. En cambio las leyes físicas nunca serán válidas si la experiencia no las confirma.¹

Concepto kantiano del deber.

Los juicios normativos son reglas de conducta que imponen deberes o conceden derechos. Los impuestos por un imperativo son siempre deberes de un sujeto. La persona que debe realizar u omitir la conducta ordenada o prohibida por el precepto se dice *obligada*. Según Kant el deber es la necesidad de una acción respecto a la ley: éste es el carácter obligatorio de las exigencias morales; el deber no se puede definir, sino que según Kant se intuye.

En lo que a los preceptos jurídicos atañe, la independencia entre validez y efectividad no puede afirmarse de manera tan absoluta, al menos desde el punto de vista del poder público. De acuerdo con el criterio oficial de muchos países, un precepto dotado de vigencia, es decir formalmente válido (porque fue emanado según las formalidades del proceso legislativo), conserva su validez aun cuando no sea cumplido; pero la fuerza obligatoria que el Estado le atribuye sólo puede subsistir y sólo es afirmada, mientras

el sistema a que la norma pertenece, mantiene su eficacia.²

Imperativos categóricos e hipotéticos.

Para Kant los imperativos que mandan una acción como objetivamente necesaria son apodícticos, prácticos, *categóricos* y pueden ser para que hagamos algo (positivos) o para que no lo hagamos (negativos, prohibitivos) y ahí entra la moralidad. En cambio los imperativos *hipotéticos* prescriben una conducta como medio para el logro de determinado fin y pueden ser de dos tipos:

(a) principios de habilidad o reglas técnicas, problemático-prácticas, que señalan los procedimientos que es forzoso seguir para el logro de cualquier propósito posible;

(b) consejos de sagacidad o imperativos pragmáticos, asertórico-prácticos, que indican el camino para un deseo no sólo posible, sino real: la conquista de la felicidad por ejemplo.³

Reglas técnicas e imperativos hipotéticos.

Las reglas de las artes o principios de habilidades, según Kant son auténticas normas. Rudolf Franz Anton **Laun** (1882-1975) agrega que hay que distinguir entre las reglas hipotéticas que postulan *un deber condicionado* y las que señalan *una necesidad condicionada* (es decir cuando indican los medios que es indispensable emplear para la consecución de determinado fin); y éstos no son normas, sino enunciados hipotéticos según él. Las artes no son imperativas; los preceptos de orden técnico no estatuyen deberes; simplemente muestran los medios que es necesario poner en práctica para el logro de determinados fines: indican los métodos que es ineludible seguir, en la hipótesis de que se quiera realizar tal o cual propósito.

Giorgio **Del Vecchio** (1878-1970) completa diciendo que a veces la aplicación de una regla técnica es obligatoria para un sujeto; se supone sobre todo en las relaciones contractuales, v.g. quien confía a un ingeniero la construcción de un puente, presupone que se obliga a observar las reglas propias del arte o profesión respectivo. Las reglas técnicas se vuelven obligatorias cuando la actividad correspondiente se convierte en contenido de un relación contractual, de tal modo que otra persona resulta facultada para exigir su aplicación. En esta hipótesis el deber de observar esa regla técnica no deriva de ella misma, sino de una norma.⁴

Fines obligatorios y no-obligatorios.

- Elección del fin: es algo libre.
- Selección de los medios: es algo libre.
- La realización: es algo necesario.

Todo proceso teleológico supone el conocimiento previo de relaciones indefectibles y, especialmente, de tipo causal. Las reglas técnicas indican los medios que es forzoso emplear para conseguir un propósito, ma no

¹ Cf. GaMay n 3.

² Cf. GaMay n 4.

³ Cf. GaMay n 5.

⁴ Cf. GaMay n 6.

prejuzgan si es lícito o ilícito proponerse el fin de que se trate. La técnica nada tiene que ver con el valor de las finalidades a que sirve, ya que exclusivamente se refiere a los procedimientos que permiten realizarlas, sin preocuparse por esclarecer si son buenas o malas. Apreciar el mérito de los fines del individuo es problema ético, no técnico.¹

Imperativos hipotéticos kantianos.

Los imperativos hipotéticos son normas que estatuyen un deber condicionado. Hay imperativos que expresan condicionalmente un deber. Una norma estatuye un deber condicionado cuando hace depender la existencia de éste de la realización de ciertos supuestos. El supuesto normativo es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento del deber estatuido por la norma.

Todo juicio normativo de carácter genérico encierra uno o varios supuestos. Desde este punto de vista, la distinción entre imperativos hipotéticos y categóricos resulta puramente gramatical. También los llamados categóricos poseen supuestos, cuya realización actualiza las obligaciones que imponen, v.g. honrarás a tu padre y a tu madre en el supuesto que exista esa relación.

Antes de la realización de sus supuestos toda norma es hipotética y cuando aquellos se producen, se convierte en norma categórica: en relación con las personas que se hallan colocadas en la situación prevista por dicha norma constituye un mandamiento incondicional.

Los preceptos jurídicos abstractos poseen siempre uno o varios supuestos, de cuya realización dependen ciertas consecuencias normativas: deberes o derechos.

Vamos a ver cuáles son las notas esenciales de los preceptos jurídicos y en qué atributos difieren de otras reglas de comportamiento (normas éticas, convencionalismos sociales, etc.).²

2. EL DERECHO Y LA ÉTICA O FILOSOFÍA MORAL.

Unilateralidad y bilateralidad.

Según Kant frente al sujeto a quien obligan las normas éticas no hay otra persona (Kant excluye a Dios) autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes; esto es llamado unilateralidad. En cambio las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones: es decir, hay otra persona facultada para reclamar la obligación de lo prescrito.

Para la filosofía kantiana nunca existe el derecho de reclamar el cumplimiento de una obligación moral, pues no podemos demostrar ni siquiera la existencia de Dios y mucho menos la legitimidad de sus representantes.

Las obligaciones jurídicas no son únicamente deberes, sino deudas, porque su observancia puede ser exigida, en ejercicio de un derecho, por un sujeto distinto del obligado. Son reglas estrictamente determinadas y rigurosamente precisas que pueden establecer una

correspondencia perfecta entre los deberes de unos y las pretensiones de otros.³

Sujeto activo y sujeto pasivo.

La regla jurídica establece relaciones entre diversas personas: el obligado (sujeto pasivo de la relación) y la persona autorizada para exigir de aquél la observancia de la norma (sujeto activo, facultado, derecho habiente, pretensor). La obligación del sujeto pasivo es una deuda, en cuanto el pretensor tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la misma.

Los preceptos del derecho son normas imperativo-atributivas (imponen deberes y conceden facultades); los de la moral, según Kant, son puramente imperativas (imponen deberes, pero no conceden derechos).

Derecho en sentido *subjetivo* es la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo.⁴

Licitud y posibilidad.

La conducta del comprador que reclama al vendedor la entrega de la cosa tiene el atributo de la *licitud* precisamente porque constituye el ejercicio de un derecho.

Las facultades conferidas y las obligaciones impuestas por las normas jurídicas se implican de modo recíproco.

Decimos que el derecho subjetivo es una *posibilidad* (no facultad o aptitud, que es algo ambiguo), porque la atribución del mismo a un sujeto no implica el ejercicio de aquél; pero esa posibilidad (de hacer u omitir algo) difiere de la puramente fáctica, en cuanto su realización ostenta el signo positivo de la licitud. El derecho como tal no es un hecho; pero su ejercicio sí tiene ese carácter, v.g. un obrero despedido injustificadamente puede *reclamar* una indemnización *lícita*, porque supone el deber del patrón de *pagarla*.

La regulación jurídica es una conexión de dos juicios recíprocamente fundados, uno imperativo y otro atributivo. El juicio que impone el deber al obligado lógicamente implica otro juicio que concede al pretensor un derecho subjetivo y viceversa. Si el cumplimiento de la obligación del primero no pudiese ser reclamado por el derecho habiente, ese deber no sería una deuda, ni tendría carácter jurídico. El juicio atributivo se refiere al aspecto activo; el juicio imperativo al aspecto pasivo de ese vínculo.⁵

Deber moral kantiano.

El deber moral se puede decir un deber del individuo para consigo mismo en el sentido de que sólo su conciencia puede reclamarle el acatamiento de lo ordenado; la obligación de socorrer al pobre no es una deuda jurídica de frente a éste, pues solamente el derecho tiene la nota de exigibilidad.⁶

Interioridad y exterioridad.

¹ Cf. GaMay n 7.

² Cf. GaMay n 8.

³ Cf. GaMay n 9.

⁴ Cf. GaMay n 9.

⁵ Cf. GaMay n 9.

⁶ Cf. GaMay n 9.

García Máñez dice que cuando alguien ejecuta un acto de acuerdo con el deber, mas no por respeto a éste, su comportamiento no es virtuoso, pues para que una acción sea buena, según Kant, se requiere que el individuo obre no únicamente conforme al deber, sino por deber, esto es sin otro propósito que el de cumplir la exigencia normativa.

Aplicando lo anterior al derecho se ha sostenido que, a diferencia de la moral, la cual reclama ante todo la rectitud de los propósitos, el derecho se limita a prescribir la ejecución, puramente externa, de ciertos actos, sin tomar en cuenta el lado subjetivo de la actividad humana.

Nota: rectificamos a García Máñez diciendo que la moral no sólo se ocupa por el fuero interno del sujeto, ni el derecho considera únicamente la exterioridad de las actitudes. Es la pervasiva dicotomía kantiana que separa lo que nunca podrá separarse: el derecho y la moral, lo que llevará después a aberraciones contra naturam en las legislaciones.

La moral demanda que obremos con rectitud y hagamos cristalizar en nuestros actos nuestros propósitos, y el derecho no busca de manera exclusiva la mera adecuación exterior, la simple legalidad, sino que atiende también a los resortes de la conducta.

Si bien el derecho observa una cierta laxitud en cuanto a las motivaciones, esto no significa que deje de considerar en absoluto el elemento psíquico. Toda coloración jurídica de un acto debe desembocar en los motivos. La moral parte de la consideración del motivo para llegar después al aspecto físico o externo, mientras que el derecho sigue un procedimiento inverso; se trata sólo de precedencia o preponderancia en la consideración, no de exclusividad.

La moral ve también las manifestaciones externas de la voluntad. El derecho tampoco se conforma con la pura legalidad. A menudo penetra en el recinto de la conciencia y analiza los móviles de la conducta, v.g. intencionalidad, buena fe; aunque es cierto que el jurista carece de medios absolutamente idóneos para establecer, en cada caso, la existencia o inexistencia de determinadas intenciones.

Pero es indudable que desde el punto de vista jurídico la exterioridad de la conducta posee transcendencia mayor y que desde el ángulo ético la interioridad es lo fundamental.

La conducta externa interesa sólo a lo moral, en cuanto es testimonio de una conducta íntima; la conducta interna emerge sólo en el círculo del derecho, en cuanto de ella cabe esperar una acción externa. Según García Máñez en su perspectiva kantiana el derecho se refiere a valores colectivos, la moral a valores personales.¹

Coercibilidad e incoercibilidad.

Los deberes morales según Kant deben cumplirse de manera espontánea. De conducta sólo cabe hablar tratándose de actos imputables al hombre, es decir de actitudes que exterioricen sus intenciones y propósitos.

Lo inadmisibles (coerción) en el terreno moral se convierte en la esfera jurídica en posibilidad que se realiza con frecuencia. El derecho tolera y en ocasiones incluso prescribe el empleo de la fuerza como medio para conseguir la observancia de sus preceptos.

La posibilidad de recurrir a la violencia con el fin de lograr la imposición de un deber jurídico, se halla normativamente reconocida. En la moral no hay semejante posibilidad.

Coercibilidad es la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado; esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción. Coercibilidad no significa necesariamente la existencia de una sanción, ya que en la moral sí hay sanciones.²

Autonomía y heteronomía.

Según Kant la moral tiene autonomía que es la auto legislación, el reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia; el derecho en cambio tiene heteronomía, que es la sujeción a un querer ajeno, la renuncia a la facultad de autodeterminación normativa.

Nota: Kant está equivocado, pues para él el legislador es una voluntad absolutamente pura, incapaz de apartarse de lo que el deber prescribe; pero al mismo tiempo no puede ser un principio creado por el obligado, pues no le está subordinada la ley moral.

Hay una contradicción en Kant: las normas morales valen por sí mismas; su obligatoriedad no puede fundarse en una voluntad humana, sino en exigencias ideales y en última, en valores objetivos.

Si la legislación moral fuese autónoma, habría que reconocer al obligado no sólo la facultad de darse normas, sino también el derecho de derogarlas o modificarlas a su antojo, pues no es legislador genuino quien es capaz de dictar leyes, mas no de quitarles su fuerza obligatoria, ni de sustituirlas por otras.

La persona puede proponerse el cumplimiento de sus deberes y reconocer la justificación de determinado principio, mas no crearlo. Reconocimiento respetuoso y espontáneo de una regla ética no significa auto legislación.³

3. EL DERECHO Y LAS NORMAS SOCIALES.

Derecho y convencionalismos.

El decoro, la cortesía, la etiqueta (pequeña ética) y la moda son convencionalismos y usos sociales; ahí ponemos todas las reglas y normas de origen consuetudinario y estructura unilateral (positive morality, Sitte, reglas del trato externo, del trato social). Solamente cuando el uso o costumbre se une a la convicción de los individuos que lo practican, de que así como de hecho se procede, debe también procederse, cabe hablar de un convencionalismo social auténtico.

Los puntos comunes con el derecho son tres:

a) el carácter social evidentemente;

¹ Cf. GaMay n 10.

² Cf. GaMay n 11.

³ Cf. GaMay n 12.

b) la exterioridad: quien saluda de acuerdo con los dictados de la buena crianza cumple con ellos aun cuando la manifestación exterior de afecto o respeto no coincida con los sentimientos de la persona que hace el saludo, ni sea expresión sincera de la opinión que ésta tiene acerca de la otra.

c) absoluta pretensión de validez: son exigencias que reclaman un sometimiento incondicional sin tener en cuenta la aquiescencia de los obligados: los convencionalismos sociales son exigencias tácitas de la vida colectiva.¹

Opiniones diversas.

Hay quienes niegan la posibilidad de separar conceptualmente estas dos clases de reglas. Giorgio Del Vecchio dice que la conducta del hombre sólo puede ser objeto de regulación moral o de regulación jurídica; Radbruch afirma que los usos representan una etapa embrionaria de las normas del derecho, o bien una degeneración de éstas.²

Otros como Rodolfo Stammler distinguen un diverso grado de pretensión de validez. Sostiene que las normas del derecho pretenden valer de manera incondicional y absoluta, independientemente de la voluntad de los particulares y que los usos son invitaciones de la colectividad al individuo, incitándolo a que se comporte en determinada forma.

García Máynez responde que los usos también son exigencias normativas, no invitaciones que dejan al arbitrio del invitado la aceptación o no aceptación de las mismas; quien como legislador estatuye deberes jurídicos, reclama en cambio obediencia incondicional, sin tomar en cuenta el asentimiento de los obligados ni conceder a éstos el derecho de poner en tela de juicio la justificación de los respectivos mandatos. Si los usos sociales son invitaciones, no son obligatorios; y sin embargo la sociedad quiere que sus convencionalismos sean fielmente acatados con una pretensión análoga a la del orden jurídico.³

Rodolfo Jhering hace notar una diversidad de fuerza obligatoria (el derecho lleva coacción del Estado, en cambio los usos son una coacción psicológica de la sociedad) y diversidad de fin y contenido. García Máynez anota que ese criterio de fin y contenido no es absoluto; del punto de vista material no se pueden distinguir las normas jurídicas y los usos sociales (el derecho regula el saludo y el uniforme, el ceremonial diplomático).⁴

Félix Somló los distingue por su origen, pues el derecho es obra del Estado y los usos creación de la sociedad. García Máynez dice que es falso, v.g. el derecho consuetudinario no deriva del Estado, sino de ciertas costumbres colectivas, reconocidas por quienes las practican como fuente de facultades y deberes. El

Estado no puede existir antes que el derecho, ni ser considerado como su creador.⁵

Luis Recaséns Siches enseña que los usos y la moral no tienen organizaciones coactivas y sus sanciones no tienden al cumplimiento ejecutivo de la norma infringida. La moral considera al obligado en su individualidad, tiene validez ideal, es autónoma e interna; los usos consideran al obligado como miembro intercambiable de un grupo, tienen vigencia social, son externos y heterónomos. Los usos y derecho son sociales, exteriores y heterónomos. Los usos castigan al infractor, pero no exigen la observancia; el derecho conlleva la posibilidad de una ejecución forzada.⁶

García Máynez nos dice que los usos son externos, unilaterales: obligan con una sanción indeterminada, mas no facultan. El derecho es bilateral y exige una conducta puramente exterior con sanciones determinadas y dentro de ciertos límites en caso del arbitrio judicial. La moral tiene normas unilaterales, pero exigen la rectitud de intención interna.⁷

4. EL DERECHO Y SUS ACEPCIONES.

Derecho objetivo y subjetivo.

El derecho objetivo es un conjunto de normas, de preceptos imperativo-atributivos que imponen deberes y conceden facultades: es la norma que permite o prohíbe.

El subjetivo es la autorización concedida por el precepto al pretensor contra el obligado: es una función del objetivo. Es el permiso derivado de la norma, la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, y supone la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

No se puede hablar de prioridad: los dos derechos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades, ni derechos subjetivos que no dependan de una norma.⁸

Derecho vigente y derecho positivo.

El orden jurídico vigente es el conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un País determinado la autoridad política declara obligatorias.

Está integrado por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, por los preceptos que formula y además por los preceptos de carácter genérico que integran la jurisprudencia obligatoria y las normas individualizadas (resoluciones judiciales y administrativas, contratos, testamentos, etc.).

La vigencia del derecho legislado está condicionada por la reunión de ciertos requisitos que la ley enumera, por ejemplo en México son preceptos jurídicos (obligatorios) los aprobados por ambas Cámaras, sancionados por el Ejecutivo, publicados en el Diario Oficial y desde la fecha que se indique.

La vigencia del derecho consuetudinario proviene de tres factores, que sea muy antigua (inveterata

¹ Cf. GaMay n 13.

² Cf. GaMay n 114s.

³ Cf. GaMay n 16.

⁴ Cf. GaMay n 17.

⁵ Cf. GaMay n 18.

⁶ Cf. GaMay n 19.

⁷ Cf. GaMay n 20.

⁸ Cf. GaMay n 21.

consuetudo), que tenga la opinión de ser derecho o de ser necesaria (opinio juris seu necessitatis), pero que sea reconocida por el Estado (expresamente en el texto o bien tácitamente para resolver controversias procesales).

La vigencia es atributo puramente formal: es el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él.

La **positividad** (facticidad, eficacia) es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente. Por ejemplo la costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal.

La circunstancia de que una ley no sea obedecida no quita a ésta su vigencia. En México del punto de vista formal el precepto que no se cumple sigue en vigor mientras otra ley no lo derogue y se rechaza la costumbre derogatoria.

Para que una ley pierda su vigencia total o parcialmente es indispensable que otra ley ulterior la abrogue o derogue expresa o presuntamente, de manera que derecho vigente es el políticamente reconocido, es decir el que el Estado crea o aplica por medio de sus órganos.¹

Derecho positivo y derecho natural.

Al hablar de derecho **positivo** estamos viendo su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido (vigente significa aquí válido formalmente). En cambio el derecho **natural** es el orden intrínsecamente justo que existe al lado o por encima del derecho positivo, vale por sí mismo en cuanto que es intrínsecamente justo.

Los preceptos del derecho natural son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos. El derecho natural es el único auténtico y el vigente sólo podrá justificarse en la medida en que realice los dictados de aquél.

Entre los antiguos Platón nos dice que las leyes escritas son el derecho humano y las no escritas son establecidas por Dios y forman el derecho natural; otros como Grotius (+1645), Hobbes (+1679), Puffendorf (+1694) y Thomaius (+1728) insisten en que está fundado en la esencia del hombre; los racionalistas afirman que reside en la razón y los objetivistas lo identifican con determinados valores objetivos cuya existencia no depende de los juicios estimativos de los hombres.

García Máynez dice que el derecho *natural* es el intrínsecamente válido, el *vigente* es el formalmente válido y el *positivo* es el válido socialmente (intrínseca y formalmente). Pero recuerda que lo que de acuerdo con una posición positivista es derecho, puede no serlo desde el punto de vista del derecho natural y viceversa (siempre en la perspectiva kantiana).²

Formas del derecho.

García Máynez distingue pues siete formatos:

1. Derecho *formalmente válido*, sin positividad ni valor intrínseco: un precepto legal, expedido de acuerdo con todos los requisitos formales que la Constitución establece, es derecho vigente, aun cuando sea injusto y no sea cumplido ni aplicado: es el criterio oficial o estatal. El Estado reconoce como derecho exclusivamente:

- a) Los preceptos elaborados de acuerdo con los requisitos del proceso legislativo;
- b) Las normas de la jurisprudencia obligatoria;
- c) Las costumbres expresa o tácitamente admitidas por los órganos encargados de la formulación o aplicación de la ley;
- d) Los tratados internacionales en vigor y en general;
- d) Todas las normas jurídicas individualizadas, y declara que los preceptos legales sólo pueden quedar abrogados o derogados por otros posteriores que así lo indiquen o contengan disposiciones total o parcialmente incompatibles con los primeros.

2. Derecho *intrínsecamente válido, con vigencia o valor formal, pero sin positividad o eficacia*: normas legales justas, que no son cumplidas por los particulares ni aplicadas por el poder público.

3. Derecho *intrínsecamente válido, no reconocido por la autoridad pública y desprovisto de eficacia* (no tiene vigencia social). Puede servir de criterio axiológico para el enjuiciamiento de la ley o de la costumbre. Vale en sí por sí, pese a su desconocimiento o inobservancia. Tanto el legislador como los jueces encargados de resolver los casos jurídicos que la vida presenta, pueden y deben volver los ojos hacia tales principios, ya sea para la reforma de la legislación en vigor, ya para colmar los vacíos que la ley, como toda obra humana, inevitablemente presenta.

4. Preceptos dotados de validez formal y de positividad, pero carentes de valor intrínseco: cuando una ley o una costumbre oficialmente reconocida es injusta.

5. Caso ideal: un derecho dotado de vigencia, intrínsecamente justo y, además, positivo. Sin embargo el legislador no puede hacer depender la fuerza obligatoria de sus mandatos de la concordancia de los mismos con las exigencias de la justicia. Reclama un sometimiento incondicional: impera en el sentido kantiano. La obra del legislador tiene siempre el sentido de servir a la justicia. La obediencia depende esencialmente de la creencia en que el mandato está justificado.

6. Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal: reglas consuetudinarias no reconocidas por el Estado, cuyo contenido es intrínsecamente válido.

7. Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca. Una práctica social injusta, no reconocida por el poder público que tenga la *opinio juris seu necessitatis*.

La costumbre injusta carece de valor intrínseco, aun cuando los que la practican abriguen la convicción de que realiza la justicia y esto se llama vigencia social: preceptos que la sociedad considera jurídicamente obligatorios, encuéntrense o no oficialmente reconocidos. Las reglas consuetudinarias que el Estado (México) no admite, carecen, desde el punto de vista

¹ Cf. GaMay n 22.

² Cf. GaMay n 23.

oficial, de significación jurídica; pero en la doctrina romano-canónica son verdadero derecho (si existe la *inveterata consuetudo* y la *opinio juris seu necessitatis*).

La repetición de determinadas formas de comportamiento acaba por engendrar, en la conciencia de quienes las practican, la idea de que son obligatorias.¹

Derecho natural.

Hay que ver en el derecho natural la regulación justa de cualquier situación concreta, presente o venidera, y admitir por ende la variedad de contenidos del mismo derecho, en relación con las condiciones y exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por sí mismos y deben servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formulación de las normas a éstos aplicables.

Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia es que lo equitativo es mejor aún. Lo equitativo no es lo justo legal, son una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. Ya que la ley es necesariamente siempre general y hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales.

Cuando pues la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata.

Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido.

Francisco Suárez s.j. (+1617) nos dice que el derecho natural **preceptivo** son las normas necesarias e innumerables, se fundan en la intrínseca rectitud o maldad de los objetos; el derecho natural **dominativo** es la materia del anterior: dado por la naturaleza, pero que puede ser modificado por los hombres: ambos, el preceptivo y el dominativo se fundan en la libre decisión humana, en cuanto representan una regulación lícita al lado de otras posibles.²

5. FUENTES FORMALES DEL DERECHO.

Fuente de derecho.

Fuentes **formales** son el proceso de creación de las normas jurídicas; fuentes **reales** son los factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas; fuentes **históricas** son los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes: para el Derecho

Romano son las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas de Justiniano, por ejemplo.

Las fuentes formales son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia: cada una tiene que reunir ciertos elementos de índole puramente extrínseca, que nada tienen que ver (en una perspectiva kantiana) con el contenido de las normas, es decir con lo que permiten o prescriben.

Las fuentes reales son el contenido, v.g. en la legislación la materia es determinada por las situaciones reales, las necesidades económicas o culturales de los destinatarios, la idea del derecho, las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común.³

La legislación.

De la costumbre se pasó a los códigos; la legislación es el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes. La ley no es fuente del derecho, sino producto de la legislación. La ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa.

Por otro lado el derecho consuetudinario carece de una formulación precisa, lo que hace difícil y lenta su aplicación y estudio; los países anglosajones por lo general no tienen códigos, sino costumbres.⁴

El proceso legislativo.

El proceso para producir leyes tiene seis etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

1. **Iniciativa**: es el acto por el cual determinado órgano del Estado somete a la consideración del Congreso un proyecto de ley. En México el art. 27 dice que pueden presentar iniciativas el Presidente, los Diputados y Senadores y las Legislaturas estatales.

2. **Discusión**: las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas a fin de determinar si deben o no ser aprobadas (art. 72): una será la Cámara de origen y la otra la Cámara revisora.

3. **Aprobación**: es el acto por el cual las Cámaras aceptan un proyecto de ley.

4. **Publicación**: es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla, en el Diario Oficial.

5. **Iniciación de la vigencia**: es la *vacatio legis*, el término durante el cual racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo y por ende de cumplirlo. Concluido dicho lapso, la ley obliga a todos los comprendidos dentro del ámbito personal de aplicación de la norma, aun cuando de hecho no tengan o no hayan podido tener noticia de la nueva disposición legal. La ignorancia de las leyes no sirve de exclusiva y a nadie aprovecha. Se utiliza el sistema sucesivo: un día por cada veinte o cuarenta kilómetros de distancia, pero es anacrónico; el sistema sincrónico en cambio fija un día para todos.⁵

¹ Cf. GaMay n 24.

² Cf. GaMay n 25.

³ Cf. GaMay n 26.

⁴ Cf. GaMay n 26.

⁵ Cf. GaMay n 27.

Sanción, Promulgación, Publicación.

La *promulgación* es la publicación formal de la ley: el Poder Ejecutivo con su autoridad hace que la ley debidamente aprobada se tenga por disposición obligatoria: es la *sanción* o aprobación de la ley por el Ejecutivo. Así el Ejecutivo da a conocer esa ley a quienes deben cumplirla.

Distingamos bien: dijimos que sanción es la aprobación de la ley por el Ejecutivo; promulgación es el reconocimiento formal por el Ejecutivo de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida; publicación es el acto de hacer posible el conocimiento de la ley, por los medios establecidos para el efecto.¹

La costumbre como fuente de derecho.

La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus móribus constitútum*. Un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.

Sus elementos son (a) un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo, (b) que se transforman en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.

En el mundo romano-canónico distinguimos (i) el elemento subjetivo: la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe por lo tanto aplicarse: es la *opinio juris seu necessitatis* y (ii) el elemento objetivo: la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder, la *inveteráta consuetúdo*.²

Relación costumbre-ley.

Hay tres formas de la costumbre jurídica o derecho consuetudinario:

a) forma **delegante** de la costumbre: cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a determinada instancia para crear derecho escrito.

b) forma **delegada** de la costumbre: cuando la ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias.

c) forma **derogatoria** de la costumbre: cuando la costumbre va en sentido opuesto a los textos legales: se forma aun cuando el legislador le niegue expresamente validez.³

Costumbre y usos locales y profesionales.

Usos son las prácticas, generales unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente en los contratos y que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobreentienden en todos esos actos, inclusive con algunas reservas en los de carácter

solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes.

Tienen, como la costumbre, la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos, pero no tienen la *opinio juris seu necessitatis*, no son fuente de derecho. Los usos no pueden aplicarse cuando las partes han manifestado una voluntad diversa.⁴

La costumbre en el derecho mexicano.

Aquí no es jurídicamente obligatoria sino cuando la ley le otorga tal carácter. Es fuente mediata o supletiva del orden positivo. La costumbre aquí no puede derogar la ley como en el universo romano-canónico.

La equidad tiene también el carácter de fuente supletoria general.

En el derecho penal no entra la costumbre, pues no hay delito ni pena sin ley que los estatuya: art. 14: 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 al delito de que se trata.⁵

La jurisprudencia como fuente del derecho.

La jurisprudencia es ciencia del derecho, conocimiento del derecho, teoría del orden jurídico positivo, es el conocimiento científico del derecho: *rerum divinarum atque humanarum notitia, justí atque injustí scientia, vera non simulata philosophia*.

Es el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales; es interpretativa e integradora de lagunas. En México son cinco ejecutorias en pleno de la Suprema Corte de Justicia, no interrumpidas por otra contraria.⁶

Creación de normas individualizadas.

Las normas individualizadas sólo se aplican a uno o varios miembros, individualmente determinados, de la clase designada por el concepto-sujeto de los preceptos generales que les sirven de base. Son actos de aplicación de la legislación, de la jurisprudencia o de la costumbre.

Aquí entran las resoluciones judiciales y administrativas, los testamentos y los contratos. Así mismo acomodamos aquí los Tratados Internacionales.

Hay condiciones formales. Los contratos son una norma contractual fruto de un proceso de contratación; los fallos judiciales o resoluciones administrativas son la resolución del juez u órgano administrativo y exigen un proceso para formularse; los tratados internacionales no son fuentes formales del derecho de gentes ni son lo mismo que los acuerdos que llevaron a su formulación.⁷

La doctrina.

Los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las

¹ Cf. GaMay n 28.

² Cf. GaMay n 29.

³ Cf. GaMay n 30.

⁴ Cf. GaMay n 31.

⁵ Cf. GaMay n 32.

⁶ Cf. GaMay n 33.

⁷ Cf. GaMay n 34.

reglas de su aplicación. No tienen fuerza obligatoria, a menos que el legislador se la otorgue.¹

6. CLASES DE NORMAS JURÍDICAS.

Criterios, sistemas, fuentes.

Los criterios de clasificación deben responder a las exigencias de orden práctico o a necesidades de sistematización. Los sistemas pueden ser nacionales (v.g. subordinados a la Constitución mexicana), extranjeros, uniformes, etc., las fuentes son del derecho escrito (de un proceso legislativo), del consuetudinario o no escrito (costumbres), o del jurisprudencial.²

Normas según su ámbito de validez.

A. Espacial: pueden ser normas *generales* (como las federales) o *locales* (como las de los Estados y Municipios).

B. Temporal: con vigencia *determinada* (de antemano) o *indeterminada*.

C. Material: de derecho *público* (constitucional, administrativo, penal, procesal, internacional, laboral, agrario) o *privado* (civil, mercantil).

D. Personal: *genéricas* (para todos los de una clase) o *individualizadas* (para uno o varios de dicha clase), que a su vez pueden ser *privadas* (contratos, testamentos) o *públicas* (resoluciones judiciales y administrativas, tratados internacionales).³

Normas según su Jerarquía.

Aquí tratamos de la aplicación de las normas jurídicas. Aplicación es el proceso por el cual una situación jurídica abstracta se transforma en concreta y una norma general se individualiza.

El orden jurídico es una larga jerarquía de normas o preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: (a) en relación con quienes le están *subordinados* tiene un papel *normativo*; (b) en relación con los *supra-ordinados* es un acto de *aplicación*. Pero hay límites: arriba está la norma fundamental y abajo los actos finales de ejecución: dentro de esos dos límites hay todo un abanico de normas, pero toda norma subordinada a otra aplica o reglamenta a ésta en algún sentido. Las normas constitucionales son aplicadas por las normas ordinarias (orgánicas de comportamiento mixto) y éstas por las reglamentarias que a su vez son aplicadas por las normas individualizadas públicas o privadas.⁴

Jerarquía de normas en México.

Primero está la Constitución Federal, luego las Leyes Federales y Tratados Internacionales, siguen las normas vigentes en los Estados de la Federación o Constituciones Estatales, a continuación las normas locales ordinarias, las normas reglamentarias, las municipales y las individualizadas.⁵

¹ Cf. GaMay n 35.

² Cf. GaMay n 36-38.

³ Cf. GaMay n 39-42.

⁴ Cf. GaMay n 43.

⁵ Cf. GaMay n 44.

Normas clasificadas según las sanciones.

A. Normas *perfectas*: causan la *inexistencia* o la *nulidad* (absoluta: y el acto se llama ilícito, o bien relativa y es para una clase de personas, v.g. los incapaces) del acto contrario.

B. Normas *plusquamperfectas*: que otorgan el castigo y reparación pecuniaria del acto contrario.

C. Normas *minusquamperfectas*: en las que el acto violatorio produce efectos, pero amerita castigo.

D. Normas *imperfectas*: que no tienen sanción.⁶

Normas según su cualidad.

Pueden ser *positivas*, cuando permiten un comportamiento (acción u omisión), atribuyen la facultad de omitir o de hacer algo; o bien *negativas* cuando prohíben un comportamiento, niegan la facultad de hacer u omitir algo.⁷

Normas según sus relaciones de complementación.

A. Se llaman *primarias* cuando tienen sentido pleno.

B. Se dicen *secundarias* cuando tienen significado sólo en relación con las primarias, y pueden ser de *vigencia* o de *definición*. Las secundarias a su vez se dividen así:

1. De iniciación de vigencia (son los llamados artículos transitorios), de duración de vigencia (abrogatorias: de todo) y de extinción de vigencia (derogatorias: de una parte).

2. Declarativas o explicativas.

3. Permisivas, que exceptúan.

4. Interpretativas (será interpretación auténtica o legislativa cuando la interpreta el legislador mismo).

5. Sancionadoras (muchas veces sobreentienden a las normas primarias).⁸

Normas según la voluntad de los particulares.

Según la relación que las normas guarden con la voluntad de los particulares pueden ser de dos tipos:

A. *Taxativas*, que obligan a los particulares, independientemente de su voluntad.

B. *Dispositivas* (interpretativas, supletivas), que pueden dejar de aplicarse por voluntad expresa de las partes.⁹

7. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y EL ESTADO.

Orden jurídico vigente.

El orden jurídico vigente es el conjunto de reglas imperativo-atributivas que en una época y en un lugar determinado el poder público considera obligatorias. Derecho vigente es el derecho del Estado, el conjunto de normas creadas o reconocidas por la organización política.

El Estado es la fuente formal de validez de todo el derecho (según la perspectiva kantiana y kelseniana) y así el ordenamiento jurídico tiene su base sociológica en

⁶ Cf. GaMay n 45.

⁷ Cf. GaMay n 46.

⁸ Cf. GaMay n 47.

⁹ Cf. GaMay n 48.

el Estado: el poder político mantiene y garantiza el orden jurídico, que así se hace *derecho positivo*.¹

Elementos del Estado.

El Estado es la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio y se compone de materia y forma. La materia son la población (personas) y el territorio (espacio); la forma es el poder (las normas).²

Territorio.

Territorio es la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder. Ningún poder extraño puede ejercer su autoridad en este ámbito sin el consentimiento del Estado. Todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal.

1. *Impenetrabilidad*: en un territorio sólo puede existir un Estado. Pero hay excepciones como:

A. El co-imperium o con-dominium como históricamente hubo en Schleswig-Holstein y en Bosnia-Herzegovina.

B. Federación y Estados Federales que están subordinados.

C. Cuando hay tratados internacionales que permiten lo contrario.

D. Durante la ocupación militar.

Dominium es sobre las cosas; *imperium* es sobre las personas; el territorio es simplemente la base real del ejercicio del *imperium*.

2. *Indivisibilidad*: es el patrimonio constituido por el *dominium* y el *imperium*.³

Población.

El objeto de la actividad del Estado son sus súbditos (conjunto de elementos subordinados a la actividad del Estado); los sujetos de la actividad del Estado son los ciudadanos (miembros de la comunidad política en un plano de coordinación). Se suponen personas con derechos subjetivos públicos.

El *status personalis seu status personae* comprende tres puntos:

A. Negatividad del Estado: el derecho de libertad. Se supone que los súbditos están sujetos a un poder limitado: la subordinación dentro de los deberes que el orden jurídico les impone.

B. Positividad del Estado: la facultad de pedir la intervención del Estado en favor de intereses individuales: derecho de acción, de petición, de actividad administrativa.

C. Derechos políticos (en los órganos del Estado que es persona moral): desempeño de funciones orgánicas. Facultades que hacen posible imputar a la persona jurídica estatal actos realizados por personas físicas.

Están sujetos al Estado todos, aun los que no son miembros, y también los que no son reconocidos como

personas; tener nacionalidad es ser miembro del Estado; ser ciudadano significa que puede intervenir.⁴

El poder.

La voluntad que dirige a la sociedad se llama poder (en sentido kantiano). Poder *simple* es el que dicta normas, pero no puede asegurar su cumplimiento por sí mismo (en la perspectiva kantiana la Iglesia tiene solamente medios disciplinarios).

Poder *de dominación o coactivo* es el poder irresistible: los mandatos que expide tienen una pretensión de validez absoluta y pueden ser impuestos en forma absoluta, contra la voluntad del obligado.⁵

Soberanía.

La soberanía es la negación de cualquier poder superior al del Estado, la ausencia de limitación impuesta por un poder extraño. Es el poder más alto (supremo), es poder independiente, ilimitado o ilimitable (en la perspectiva kantiana), pero su límite es el orden jurídico: no puede ser anárquico: las limitaciones jurídicas son una auto-limitación, porque según Kant, el derecho procede del Estado.

La soberanía no es esencial al Estado: en la Edad Media había reyes y emperadores y en México hay una Federación y Estados.⁶

Esencia del Estado.

Lo esencial del Estado está en dos características:

A. La capacidad de organizarse a sí mismo, es decir, de acuerdo con su propio derecho. La organización de los Estados se basa en leyes propias; la de los municipios no, pues éstos se basan en las leyes de la comunidad a que pertenecen.

B. La autonomía: es la facultad de las organizaciones políticas de darse a sí mismas sus leyes y de actuar de acuerdo con ellas (reglas de organización, normas de comportamiento).

Los Estados soberanos pueden por sí mismos, dentro de los límites creados o reconocidos por ellos, establecer libremente el contenido de su propia competencia. Los no-soberanos pueden darse normas sólo dentro de los límites de su poder Estatal, y esos límites se fundan en el orden jurídico de la comunidad a que pertenecen. Cada uno de las Entidades Federativas o Estados de la República Mexicana son republicanos, representativos y populares y se dividen en Municipios Libres.

Poder político indivisible.

La soberanía no sufre ni aumentos ni disminuciones, pues no puede existir una soberanía limitada, compartida o dividida. Cada órgano estatal representa en los límites de su competencia el poder del Estado. Puede haber una división de competencias sin que el poder resulte compartido (cf. Art 41 y 49).

¹ Cf. GaMay n 49.

² Cf. GaMay n 50.

³ Cf. GaMay n 51.

⁴ Cf. GaMay n 52.

⁵ Cf. GaMay n 53.

⁶ Cf. GaMay n 54.

⁷ Cf. GaMay n 55.

Del punto de vista material se dividen las competencias, sin importar quien las realice: la función legislativa formula normas generales; la función jurisdiccional establece el derecho incierto o controvertido en relación a los casos concretos y la función administrativa se encarga de la ejecución, dentro de los límites fijados por la ley, de una serie de tareas concretas, tendientes a la realización de intereses generales.

Del punto de vista formal se ve el órgano que actúa, aunque sean actos materialmente diversos: legislativo, judicial (aunque el ejecutivo puede nombrar jueces) y ejecutivo (que sin embargo puede expedir reglamentos de índole judicial).¹

Constitución del Estado.

Desde el punto de vista filosófico cartesiano-kantiano y en la línea de Rousseau, Montesquieu, Jellinek y Kelsen, el Estado es pues la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio.

Organización es la regla de la asociación que asigna a cada miembro de ésta su posición dentro de la misma (ya de dominación, ya de sujeción) y las funciones que le corresponden.

Constitución serán las normas relativas a la organización fundamental del Estado, las reglas jurídicas que determinan los órganos supremos del Estado, su modo de creación, sus relaciones recíprocas, su competencia y la posición de cada uno en relación con el poder estatal.

Las Constituciones latino-americanas son copias de la norteamericana y ésta se inicia en Connecticut y Rhode Island en tiempos de Carlos II (1663) con las primeras cartas constitucionales, contratos y concesiones del Rey a los colonos. Se considera la constitución como la norma de normas, base de las otras leyes y toda la legislación ordinaria le está subordinada. Viene luego el Bill of Rights o derechos subjetivos públicos como parte dogmática del Plan of Government o parte orgánica, que es la estructura fundamental del Estado. De ahí se impusieron las constituciones nuestras.

En esta visión la Constitución escrita o **formal** sólo puede modificarse por un procedimiento mucho más complicado y largo que el de la elaboración de las demás leyes, pues la Constitución representa el fundamento formal de validez de los preceptos jurídicos de menor rango.

La Constitución no-escrita o parte **material** (v.g. en Inglaterra), es la estructura fundamental del Estado, la forma de organización política, la competencia de los diversos poderes y los principios relativos al status de las personas.

Las Constituciones *rígidas* no pueden ser modificadas en la forma establecida para la elaboración o modificación de las leyes ordinarias, como en Estados Unidos y México (art 135). Las Constituciones *flexibles* no

son diferentes de las leyes ordinarias en este sentido y se reforman del mismo modo que éstas como en Inglaterra.²

III. Materias jurídicas.

8. FILOSOFÍA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO.

Filosofía jurídica.

De las materias jurídicas unas son fundamentales como Filosofía del Derecho y Jurisprudencia Técnica; otras auxiliares como Historia del Derecho, Derecho Comparado y Sociología Jurídica.³

Tanto la ciencia como la filosofía tienden a encontrar la verdad. En la perspectiva kantiana por lo que se refiere a la extensión de los objetos (mundo, hombre, actividad humana: nótese que se excluye a Dios) la filosofía se diferencia de la ciencia en que ésta es parcial y la filosofía es exhaustiva; la ciencia busca verdades aisladas, parciales y la filosofía busca la verdad completa y última; la ciencia es únicamente explicativa, muestra lo que es y se dedica a demostrar y explicar, en cambio la filosofía es explicativa y normativa, nos dice lo que debe ser y da juicios de valor (estamos siempre atrapados en Kant); la ciencia se ocupa de fenómenos y relaciones, la metafísica busca la esencia de lo real, su substrato. Pero ya vimos las terribles carencias kantianas al inicio.⁴

Según Kant la filosofía toca cuatro dominios: el **conocimiento** con la Lógica y Epistemología, la **existencia** con la Cosmología, Ontología y Teodicea, los **valores** con la Ética, Estética y Filosofía de la Religión y por último la **conciencia** con la Psicología.

En el cuadro kantiano la Filosofía del Derecho forma parte de los valores, de la axiología, que comprende Ética, Estética, Filosofía de la Religión y Filosofía del Derecho.⁵

Objeto de la Filosofía del Derecho.

En un primer momento nos habla del concepto del derecho y se llama **Teoría Fundamental del Derecho**, la cual determina la esencia del derecho en sus aspectos y elementos universales, explicando los conceptos jurídicos esenciales, las categorías o nociones irreductibles, sin las cuales no se entiende ningún orden jurídico: supuesto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico y sujeto de derecho, siempre del punto de vista kantiano. Se tocan también otros conceptos histórico-contingentes como la esclavitud, aparcería, enfiteusis, arrendamiento, usufructo.

En la segunda parte estudia los valores que el orden jurídico debe realizar y se llama **Axiología Jurídica** o Teoría del Derecho Justo, doctrina de los valores jurídicos, estimativa jurídica. Se dedica a los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo:

² Cf. GaMay n 57.

³ Cf. GaMay n 58.

⁴ Cf. GaMay n 59-60. Ver la primera parte de nuestra obra.

⁵ Cf. GaMay n 61.

¹ Cf. GaMay n 56.

la justicia, el bien común, la seguridad, en la debida jerarquía.¹

Teoría General del Derecho.

En la filosofía kantiana la Teoría General del Derecho no es una ciencia empírica o experimental, pero languidece entre el formalismo de Stammler y Kelsen, el fenomenologismo de E. Husserl, Felix Kaufmann, Fritz Schreier, Gerhard Husserl, W. Schapp y Adolf Reinach y la filosofía de los valores de Redbauch y Lask.²

9. JURISPRUDENCIA TÉCNICA.

Objeto.

La jurisprudencia técnica se dedica a la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados y al estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación. Teóricamente expone las reglas jurídicas de un orden jurídico temporal y espacial. En la práctica es el arte de interpretar y aplicar las normas legales o consuetudinarias que integran dicho orden jurídico.

Sistematiza las reglas, resuelve los problemas de su aplicación; es dogmática porque se concreta a exponer el contenido de las leyes o costumbres que forman el sistema a que se halla referida y no pregunta si son justas o no, si son morales o inmorales, es decir no discute el valor (lo cual es perfectamente kantiano y kelseniano y lamentablemente ha infectado todo).

Para la Filosofía Jurídica en cambio el orden jurídico es una serie de pretensiones cuya justificación depende del sentido que encierran y de los valores que realicen.³

La Jurisprudencia Técnica.

Es la sistemática jurídica, la técnica jurídica o doctrina de la aplicación del derecho. Es bueno ver como la escuela kantiana se ha dividido en cuanto a la clasificación de las ciencias:

A. Windelband (1848-1915) habla de ciencias *nomotéticas* (ciencias de leyes, expresan las relaciones necesarias que existen entre los fenómenos naturales: efectos y causas, abstrae) e *ideográficas* (ciencias de sucesos que estudian los hechos pretéritos en su individualidad característica, como en la historia).

B. Kelsen distingue entre ciencias *explicativas* (las naturales) y *normativas* (que no tratan de conocer lo real, sino que tratan de conocer normas).

C. García Máynez y Somló hablan de ciencias de leyes, sucesos, axiomas (matemática) y de normas; éstas, las normativas pueden ser *nomográficas*, que exponen sistemáticamente determinadas normas, v.g. la Jurisprudencia Técnica, o bien pueden ser *nomotéticas*, que ponen, imponen normas, crean preceptos, como la Gramática, etc.⁴

Sistemática Jurídica.

La Sistemática Jurídica es una disciplina nomográfica, cuyo objeto estriba en exponer de manera ordenada y coherente las disposiciones consuetudinarias, jurisprudenciales y legales que integran cada sistema jurídico. Su tarea es doble:

A. Clasifica según el contenido el Derecho en **Interno** (*público* [constitucional, administrativo, penal y procesal] y *privado* [civil y mercantil]) y **Externo** o Internacional (*público* [penal y administrativo] y *privado* [mercantil, etc.]).

B. Divide cada una de esas disciplinas agrupando las reglas jurídicas en *instituciones*. Institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza (hipoteca, matrimonio, filiación, contrato de seguros, sociedad mercantil, etc.). Hay instituciones principales, v.g. un contrato de trabajo y secundarias, v.g. un contrato de aprendizaje que depende del contrato de trabajo mencionado.⁵

Técnica Jurídica.

Es el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente. **Interpretación** es el conjunto de procedimientos para desentrañar el significado de una expresión jurídica: puede ser *privada* cuando se hace por particulares (*doctrinal* si la hacen los peritos), *judicial* cuando se lleva a cabo por jueces o tribunales y *auténtica* o *legislativa* si proviene del legislador mismo.

Integración significa llenar las lagunas del derecho recurriendo a los principios generales del derecho al derecho natural y a la equidad; aquí no interpreta, sino que crea.

La **vigencia** estudia la iniciación, duración y extinción de la vigencia. **Retroactividad** en el tiempo significa que a ninguna ley se le darán efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna: esto es moral legislativa.

Puede sin embargo haber conflictos de leyes en el espacio.⁶

10. DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO.

Controvertida distinción.

Siendo esta distinción algo controvertido⁷, nos interesa ver cómo los romanos llaman derecho **público** al que pertenece *ad statum rei romanae*, al bien común y **privado** el que va *ad singulorum utilitatem*. Para kantianos como García Máynez el interés es algo subjetivo, al arbitrio del legislador.⁸

Otros se basan en la naturaleza de la relación: si la relación es de *coordinación* será **privado**: cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran colocados en un plano de igualdad, v.g. dos particulares. Si en cambio la relación es de *subordinación* será derecho **público**, pues las personas a quienes se aplican los preceptos del derecho no se consideran como jurídicamente iguales: es

¹ Cf. GaMay n 62.

² Cf. GaMay n 63.

³ Cf. GaMay n 64.

⁴ Cf. GaMay n 66.

⁵ Cf. GaMay n 67.

⁶ Cf. GaMay n 68.

⁷ Cf. GaMay n 69.

⁸ Cf. GaMay n 70.

decir cuando en la relación interviene el Estado, en su carácter de entidad soberana y un particular.

La relación es de derecho **privado** si los sujetos de la misma se encuentran colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Es de derecho **público** si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos.¹

Ninguna de estas teorías satisface: todas hacen depender de la voluntad estatal la determinación del carácter de cada norma o conjunto de normas. La distinción carece de fundamento desde el punto de vista teórico y sólo posee importancia práctica, primordialmente política.²

11. DISCIPLINAS ESPECIALES Y AUXILIARES.

Materias jurídicas especiales.

El Derecho Interno es el orden jurídico de cada Estado y se llama Público al constituido por el derecho Constitucional, Administrativo, Penal y Procesal; se le llama Privado al Civil y Mercantil. Esta misma división se aplica al Derecho Internacional.³

Derecho Constitucional.

Se llama también Derecho Político: es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de éstos entre sí y con los particulares.

Formalmente se le llama Constitución al documento que contiene las normas relativas a la estructura fundamental del Estado. Materialmente es la estructura del Estado, la organización política, la competencia de los diversos poderes y los principios concernientes al status de las personas.

Estado constitucional es la organización política cuyas máximas fundamentales no sólo definen cómo deben ser elegidos o designados aquellos a quienes se confía el ejercicio de los poderes soberanos, son que imponen restricciones eficaces a tal ejercicio, con el fin de proteger los derechos y prerrogativas individuales y defenderlos contra cualquier acción del poder arbitrario. Es una ley de protección pública, una ley de garantías con reglas escritas o con normas consuetudinarias.⁴

Derecho Administrativo.

El derecho administrativo tiene como objeto específico la administración pública, que es la actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de intereses colectivos.

Las funciones del Estado formalmente, según la índole de los poderes son crear el derecho por medio de la función legislativa (Congreso) y realizar el derecho (estar subordinado al derecho) por medio de las funciones jurisdiccional (jueces y tribunales que realizan

el derecho *discutido*) y administrativa (órganos ejecutivos que realizan el interés público dentro del marco del derecho).

Al realizar la función judicial el Estado obra por cuenta ajena, substituyéndose a los particulares para la declaración y tutela del derecho controvertido o incierto; el Estado interviene para procurar la satisfacción de ciertos intereses a que el titular no puede proveer por sí mismo, a causa de la incertidumbre y de la inobservancia de la norma que los protege: hacer justicia es intervenir en el interés de otro.

En cambio al desempeñar la función administrativa obra por cuenta propia.⁵

Derecho Penal.

El derecho penal es el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad.

Delito son ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya comisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas; es una acción antijurídica típica, culpable y sancionada con una pena.

En México no hay delito sin ley, ni pena sin ley. Todo delito atenta contra el cuerpo social y aunque la víctima perdona a su ofensor, corresponde al poder público perseguir y juzgar al delincuente.

Pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal; pueden ser preventivas y represivas.⁶

El derecho penal tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico.

El *Derecho Penal Disciplinario* es para el mantenimiento, por parte de los funcionarios del Estado, de una conducta ajustada a los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone.

El *Derecho Penal Militar* es el conjunto de leyes que organizan la represión de las infracciones militares por medio de las penas. El Derecho Militar norma la conducta personal del soldado, las relaciones recíprocas del personal militar, los deberes de los miembros del ejército, sus relaciones con otros órganos del Estado y de la sociedad, la organización y funcionamiento de las instituciones armadas. La ley castrense aprecia los más altos valores humanos en forma diversa y a veces antagonica a la del Código común, v.g. la vida, libertad, honor, propiedad, valor y obediencia.⁷

Derecho Procesal.

Son las reglas destinadas a la aplicación de las normas del derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva.

¹ Cf. GaMay n 71.

² Cf. GaMay n 72s.

³ Cf. GaMay n 74.

⁴ Cf. GaMay n 75.

⁵ Cf. GaMay n 76.

⁶ Cf. GaMay n 77.

⁷ Cf. GaMay n 78.

El derecho de acción es la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales del Estado la aplicación de normas jurídicas a casos concretos.

En los procesos hay una *fase declarativa* que tiene al esclarecimiento de una situación jurídica controvertida o incierta y otra *fase* que llamamos *ejecutiva*, que hace valer por el empleo de la coacción determinados derechos cuya existencia ha sido judicialmente declarada.¹

Derecho Internacional Público.

Rige las relaciones de los Estados entre sí y señala sus derechos y deberes recíprocos, es el *Jus Gentium*. Se basa en la costumbre y en los acuerdos internacionales; todavía es muy imperfecto, pues le falta una autoridad superior.²

Derecho Civil.

Determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.). Se divide en cinco partes:

1. Derecho de las personas: personalidad jurídica, capacidad, estado civil y domicilio.
2. Derecho familiar: matrimonio, divorcio, legitimación, adopción, patria potestad, tutela, curatela, etc.
3. Derecho de los bienes: clasificación, posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc.
4. Derecho sucesorio: testamento, legítima sucesión.
5. Derecho de las obligaciones.³

Derecho Mercantil.

El derecho mercantil estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades asimiladas a él y las relaciones jurídicas que se derivan de esas normas. Es un conjunto de normas de derecho privado especiales para los comerciantes y la actividad mercantil.

En México son normas que se aplican a los actos de comercio sin consideración de las personas que los realizan.⁴

Derecho Internacional Privado.

Indica cómo deben resolverse, en materia privada, los problemas de aplicación que derivan de la pluralidad de legislaciones: conflictos de aplicación de leyes en el espacio.⁵

Derecho Agrario.

Son las normas reguladores de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura; se consideran normas de derecho público y tratan de: propiedad rústica,

agricultura y ganadería, crédito rural, aprovechamiento de aguas y bosques, colonización y seguros agrícolas.

En México son parte de la política socialista basados en el art. 27, Código Agrario, Ley de Tierras Ociosas, Ley de Colonización, Ley de Aguas, Ley Forestal, Crédito Agrícola y Crédito Ejidal entre innumerables otras que han hecho que la juventud emigre por no existir la propiedad privada.⁶

Derecho Laboral.

Rige las relaciones entre trabajadores y patronos; es protectora de los trabajadores y se considera el derecho común en materia de trabajo; se le considera rama del derecho público socialista y no es propulsor de la mediana empresa.⁷

Derecho Aéreo, Informático, etc.

Estudia las normas sobre la navegación aérea. El informático está naciendo y regula los derechos y obligaciones que de la informática se derivan.

Propedéutica Jurídica.

Es la introducción al estudio del derecho, que va seguido por las Disciplinas Especiales y que es complementado por la Filosofía del Derecho. La Propedéutica es elemental y no toca (en la perspectiva kantiana y kelseniana) la axiología jurídica; la filosofía sí lo hace y se llama Teoría Jurídica Fundamental, pero ambas son materias generales.⁸

Disciplinas Jurídicas Auxiliares.

A. *Sociología del Derecho*. Explica el fenómeno jurídico como hecho social.

La sociología general ve el hecho de la sociabilidad del hombre como un modo de su ser y existencia; ve las distintas formas de socialización; explica las causas, manifestaciones y consecuencias de estos agregados y relaciones humanas; elabora los conceptos sociológicos básicos.

En la Sociología Jurídica se explica el fenómeno jurídico considerado como hecho social; lo estudia como una de las formas de manifestación de la conducta humana; no es normativa, sino explicativa. Expone los elementos comunes en las relaciones jurídicas, sin referencia al derecho positivo que las gobierna y estudia los elementos peculiares de cada relación con referencia a sus causas y efectos: estudia el derecho viviente.

B. *Historia del Derecho*. Nos hace conocer los sistemas jurídicos del pasado; los estudiamos en su unicidad e individualidad: vemos las causas que os produjeron y modificaron en su desarrollo.

C. *Derecho Comparado*. Estudia y compara las instituciones y sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas predeterminados: ve las notas comunes y las diferencias y saca conclusiones sobre la evolución del derecho y criterios para perfeccionarlos.

¹ Cf. GaMay n 79.

² Cf. GaMay n 80.

³ Cf. GaMay n 81.

⁴ Cf. GaMay n 82.

⁵ Cf. GaMay n 83.

⁶ Cf. GaMay n 84.

⁷ Cf. GaMay n 84.

⁸ Cf. GaMay n 85.

De ahí sacamos orientaciones sobre el derecho de otros países; vemos lo común y fundamental de las instituciones jurídicas y su evolución. Así preparamos las futuras reformas. Su fin es estudiar la esencia y evolución del derecho, los diversos sistemas positivos y hacer que progrese. Se estudian las leyes, costumbre, decisiones judiciales y doctrina de los juristas.¹

IV. Definiciones.

12. HIPÓTESIS Y HECHOS.

Presuposiciones y normas.

La norma jurídica supone ciertas condiciones y además da facultad a la autoridad para sancionar a su infractor, aun cuando algunas normas jurídicas no llevan sanción. Toda norma genérica consta de hipótesis y disposición.

Hipótesis o supuesto jurídico es lo que se presupone, un conjunto de condiciones de cuya realización depende la vigencia de la disposición, las consecuencias establecidas por la norma.

La disposición indica qué consecuencias normativas se encuentran determinadas por la realización del supuesto.²

Suposiciones y consecuencias.

Si se produce el supuesto jurídico, se puede dar origen al nacimiento, transmisión, modificación o extinción de facultades y obligaciones. El efecto sigue a su causa. Pero es posible que el obligado no proceda de acuerdo con lo prescrito. No estamos en las leyes físicas ineluctables y determinísticas. Las consecuencias jurídicas consisten en obligaciones o derechos en exigencias o facultades que únicamente tienen sentido en las personas libres dotadas de inteligencia y voluntad.³

Causalidad jurídica.

No hay consecuencia jurídica sin presuposición; toda consecuencia jurídica está condicionada por determinados supuestos y todo cambio en las condiciones jurídicas determina una modificación en las consecuencias. Por esto en el ámbito de la libertad humana, donde la existencia de un deber jurídico no necesariamente implica su observancia, ni la adquisición de un derecho determina su ejercicio, es posible tener obligaciones y no cumplirlas o tener derechos subjetivos y no hacerlos valer.⁴

Un supuesto jurídico simple es una sola hipótesis o suposición, como un homicidio simple; un supuesto jurídico complejo tiene más hipótesis o suposiciones, v.g. un homicidio calificado con premeditación, alevosía y ventaja.⁵

¹ Cf. GaMay n 86.

² Cf. GaMay n 87.

³ Cf. GaMay n 88.

⁴ Cf. GaMay n 89.

⁵ Cf. GaMay n 90.

Dependencia, unilateralidad.

Los hechos jurídicos *dependientes* sólo pueden existir como partes de un todo; los *independientes* son los que producen por sí mismos consecuencias de derecho sin necesidad de hallarse unidos a otros.⁶

Los supuestos jurídicos se pueden fusionar unilateral o recíprocamente. *Unilateralmente* se fusionan si la consecuencia de uno de los supuestos puede nacer aun cuando el supuesto jurídico no se realice.

Recíprocamente si ninguno de los supuestos provoca aisladamente consecuencias de derecho al realizarse: los dos supuestos tienen que producirse para engendrar efectos jurídicos.⁷

Eficacia diferida.

Los hechos jurídicos son eficaces, pueden crear (constitutivos), modificar (modificativos) o extinguir (resolutorios o extintivos) deberes y facultades. Dicha eficacia a veces es *diferida*, pues depende de un suceso futuro.

A. Si ese suceso futuro es *cierto*, entonces el hecho jurídico está *sujeto a término*.

1. Si la eficacia constitutiva o modificativa depende de un acontecimiento *futuro e inevitable*, el *término* es *suspensivo*. El término suspensivo condiciona unas veces el nacimiento o la modificación de determinadas consecuencias jurídicas: aquí los deberes y derechos derivados del hecho jurídico no nacen hasta que llega el término.

Otras veces el término suspensivo retrasa o difiere solamente la exigibilidad de obligaciones pre-existentes: los deberes y derechos derivados existen desde que el supuesto se realiza, pero antes de la llegada de aquél no puede el titular exigir del sujeto pasivo el cumplimiento de su obligación.

2. si lo que depende de la llegada del término es la extinción de una relación jurídica, el *término* se llama *final*.

B. La eficacia diferida de un hecho jurídico a veces depende de un suceso futuro *contingente o incierto* y entonces dicha eficacia es *condicional*. Las condiciones pueden ser *suspensivas* (aplazan el nacimiento de determinados deberes y derechos), *modificativas* o *resolutorias*.⁸

Compatibilidad.

Dos hechos jurídicos son compatibles entre sí cuando al realizarse suman sus consecuencias o producen otras nuevas. Un hecho jurídico es incompatible con otros si al entrelazarse con él aniquila sus efectos.

Hay incompatibilidad *absoluta* cuando un hecho destruye la eficacia de otro: desistimiento, revocación, renuncia, pago. La incompatibilidad será *relativa* cuando un hecho engendra por sí mismo consecuencias, pero cuando entra en relación con otros hechos de determinada especie, extingue sus efectos: la muerte

⁶ Cf. GaMay n 91.

⁷ Cf. GaMay n 92.

⁸ Cf. GaMay n 93.

produce derechos sucesorios y extingue sanciones de un delito.¹

Hechos jurídicos según su naturaleza.

Atendiendo a su naturaleza los hechos jurídicos pueden ser naturales (causales) o voluntarios (humanos).

A. Serán hechos jurídicos naturales los fenómenos de la naturaleza, causados por ella.

B. Son humanos o voluntarios los acontecimientos que dependen de nosotros, a los que la ley enlaza consecuencias de derecho: son actos jurídicos y pueden ser de tres clases:

1. *Indiferentes*: su fin práctico no coincide con la consecuencia normativa o efecto jurídico: el acto es *lícito*.

2. *Coincidentes*: el fin práctico del autor del acto concuerda con la consecuencia jurídica de éste; es un acto jurídico en sentido estricto y puede ser de tres especies:

- a. Proveídos por las autoridades y entonces representan el ejercicio de un poder.
- b. Negocios jurídicos (ejercicio de un derecho).
- c. Actos obligatorios (observancia de una obligación).

3. *Opuestos*: entre la finalidad práctica y la consecuencia jurídica hay oposición: son actos jurídicos *ilícitos*.²

Hechos jurídicos según sus efectos.

Por los efectos que producen los hechos jurídicos pueden ser:

A. De *eficacia principal*: pueden provocar por sí mismos consecuencias de derecho y serán *constitutivos* si dan nacimiento a una relación de derecho, o bien serán *extintivos* si acaban con ella.

B. De *eficacia secundaria*: cuando el hecho no tiene efectos sino unido a otro, cuya eficacia modifica. Se llaman también *condiciones jurídicas* y pueden *paralizar* la eficacia de los hechos principales (condiciones *impeditivas*) o bien *modificar* la eficacia de los hechos principales (condiciones *modificativas*).³

Hechos jurídicos según la voluntad.

Los hechos jurídicos pueden ser:

A. Hechos o estados de hecho *independientes de la actividad humana*, puramente naturales: nacimiento, mayoría de edad, muerte.

B. O bien pueden ser *acciones humanas* voluntarias o involuntarias: pueden producir consecuencias en relación tanto a sus autores como a otros sujetos. Hay también consecuencias jurídicas que tienen como supuesto o condición los riesgos o daños producidos por cosas, instrumentos o animales. Estas acciones del hombre se llaman hechos jurídicos en sentido amplio y son *lícitos* o *ilícitos*.

1. Serán hechos jurídicos **lícitos** si son conformes al derecho subjetivo;

a. y si su finalidad es la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones y derechos se llaman **actos jurídicos**, los cuales pueden ser *unilaterales* o bien *bilaterales* (ya *convenios* en sentido estricto, ya *contratos*).

b. si su finalidad es la creación, modificación, transmisión o extinción de consecuencias de derecho, se llaman **hechos jurídicos** en sentido estricto y son puramente materiales (hechos físicos) o de un tercero.

2. Se llaman hechos jurídicos **ilícitos** si son contrarios al derecho subjetivo: son los delitos y cuasidelitos.⁴

Hecho jurídico en general.

El hecho jurídico *en general* es un acto jurídico, un acontecimiento engendrado por la actividad humana, o puramente material, que el derecho toma en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general o permanente, o por el contrario, un efecto de derecho limitado.⁵

Hecho jurídico en especial.

El hecho jurídico *en especial* puede ser de dos maneras:

1. Puede considerarse **en oposición a la noción de acto jurídico** y es cuando se trata:

- a. de un suceso puramente material, como el nacimiento o la filiación;
- b. o de acciones más o menos voluntarias, generadoras de situaciones o de efectos jurídicos sobre la base de una regla de derecho, cuando el sujeto de tales acciones ha podido tener o no ha tenido la intención de colocarse, al realizarlos, bajo el impero de la ley y son acciones de tres tipos (i) *cuasicontratos*, (ii) *delitos* y (iii) *cuasidelitos*.

2. El hecho jurídico puede considerarse **como acto jurídico en sentido estricto**, como una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en *engendrar*, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, *un estado*, es decir, *una situación jurídica permanente y general*, o por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica.⁶

Cuasicontrato, cuasidelito.

Cuasicontrato es el hecho de una persona permitido por la ley que la obliga hacia otra u obliga a otra hacia ella sin que entre ambas exista ningún convenio: produce obligaciones. En los *contratos* es el consentimiento de las partes contratantes lo que produce la obligación; en los cuasicontratos no hay consentimiento; la ley o la equidad natural son lo que produce el deber jurídico.

¹ Cf. GaMay n 94.

² Cf. GaMay n 95.

³ Cf. GaMay n 95.

⁴ Cf. GaMay n 96.

⁵ Cf. GaMay n 97.

⁶ Cf. GaMay n 97.

Delito es el hecho por el cual una persona, por dolo o por malicia, causa un daño o un perjuicio a otra; cuasidelito y cuasi contrato son pues análogos.¹

13. EL DERECHO SUBJETIVO EN LOS GERMANISTAS.

Hipótesis y efecto jurídico.

La consecuencia de derecho presupone una hipótesis, un supuesto jurídico, que al realizarse produce la consecuencia jurídica o efecto jurídico.

Las consecuencias jurídicas sólo pueden ser imputadas a la condición jurídica merced a una operación lógica. Son enunciación de un deber ser o de un derecho, cuya existencia se encuentra condicionada por la realización de determinada hipótesis.

Las consecuencias de derecho se refieren siempre a las acciones del hombre. En la esfera jurídica la realización de un supuesto sólo puede tener como resultado el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y deberes.²

Bernardo Windscheid (1817-1892).

Dice que derecho subjetivo es un poder o dominio de la voluntad, reconocido r el orden jurídico y es (a) la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular: así se subjetiviza el derecho objetivo, se hace "mi" derecho, o también (b) cuando de la voluntad del sujeto depende la existencia o determinación de imperativos jurídicos.

Hans Kelsen le responde diciendo que hay casos en que el titular de un derecho subjetivo no desea ejercerlo. Numerosas personas carecen de voluntad en sentido psicológico, pero poseen facultades y deberes. Los derechos no desaparecen aunque su titular los ignore y no se oriente volitivamente a ellos. Hay derechos cuya renuncia no produce consecuencias legales.³

Rudolph von Jhering (1818-1892).

Apunta que en todo derecho hay un fin práctico, la utilidad, ventaja o ganancia asegurada por el derecho (elemento sustancial) y la protección del derecho, la acción en justicia (elemento formal). Se trata de un interés en sentido muy amplio, protegido jurídicamente.

La meta del derecho es la salvaguarda de los numerosos bienes a cuya consecución puede orientarse la actividad individual. El bien va unido al valor (medida de la utilidad de un bien) y al interés (el valor en su relación peculiar con el individuo y sus aspiraciones). La acción es la verdadera piedra de toque de los derechos privados.⁴

García Máynez le responde: no es cierto que el interés sea esencial al derecho subjetivo, pues si falta aquél, faltaría éste; a veces deseamos no reclamar nuestro derecho, pero el derecho sigue existiendo. Ni el legislador podría garantizar todo interés, de modo que el

derecho subjetivo no puede consistir en nuestra voluntad.⁵

Georg Jellinek (1851-1911) y eclécticos.

El derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.⁶

Hans Kelsen (1881-1973).

Según Kelsen el derecho es forma, no sustancia; es la protección, no lo protegido. Si esto es verdad respecto al derecho objetivo, debe serlo también respecto al derecho subjetivo, que no es, ni puede ser distinto de la norma. Es el mismo derecho objetivo, pero en una especial relación con el sujeto.

El derecho objetivo se transforma en derecho subjetivo cuando está a la disposición de una persona, de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma. Derecho subjetivo es estar autorizado por la norma para pedir que se sancione al obligado.

El derecho a la prestación sólo existe en cuanto existe el derecho de acción. Si la aplicación de la sanción no depende de una declaración de voluntad de un particular, no puede hablarse de derecho subjetivo.

El derecho de un sujeto se encuentra siempre dirigido hacia la obligación de otro, mas no a la inversa, pues cada norma estatuye un deber, pero no siempre otorga un derecho, ya que la voluntad de que la sanción se aplique no depende necesariamente de una acción.

El deber jurídico es una forma subjetiva necesaria del precepto, mientras que el derecho subjetivo es sólo una forma posible de manifestación del propio precepto.

Es impensable un orden jurídico y aún una simple norma de derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión al derecho; y en esta sumisión o vinculación jurídica está la esencia del derecho.⁷

Eduardo García Máynez (1908-1993).

García Máynez se formó también en el kantismo alemán y le responde a Kelsen así: es un error identificar derecho objetivo con derecho subjetivo. Kelsen confunde norma y facultad; el derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto, es una autorización concedida a una persona. La regla normativa es el fundamento de tal facultad. Aun cuando una facultad jurídica nos está garantizada por la acción, sigue siendo derecho subjetivo.

El derecho a la prestación y el de pedir la aplicación del acto coactivo sí son facultades distintas. En el caso de un préstamo, el derecho a la prestación es correlativo de un deber del otro contratante y tiene el carácter de un derecho privado subjetivo; el de acción es correlativo de un deber impuesto por la noma al órgano jurisdiccional y es, por tanto, de índole pública.

Existen muchos derechos subjetivos que no es posible ejercer coactivamente, por ejemplo los correlativos de

¹ Cf. GaMay n 98.

² Cf. GaMay n 99.

³ Cf. GaMay n 100.

⁴ Cf. GaMay n 101.

⁵ Cf. GaMay n 102.

⁶ Cf. GaMay n 103.

⁷ Cf. GaMay n 104.

las obligaciones naturales. No es cierto que los derechos reales y de libertad sean simples reflejos de un deber general de respeto, de una obligación universal negativa; un derecho no puede nunca ser copia, trasunto o reproducción de obligaciones.¹

14. CLASES DE DERECHOS SUBJETIVOS.

Conducta propia y ajena.

Hay derechos a la *propia conducta*, v.g. el derecho de propiedad, de usar, la facultad de obrar y de omitir y derechos a la *conducta ajena*, v.g. que me devuelvan lo que presté, la facultad de exigir.

En cuanto posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, el derecho subjetivo implica siempre la autorización o facultamiento de cierta conducta, positiva o negativa, del titular. Pero como los derechos subjetivos implican la existencia de un deber impuesto a otras personas, el titular no sólo está autorizado a proceder de cierto modo, sino que está facultado para exigir de los sujetos pasivos el cumplimiento de sus obligaciones.²

Derecho relativo y absoluto.

Un derecho es *relativo* cuando la obligación correspondiente incumbe a uno o varios sujetos individualmente determinados: vale frente a una o varias personas determinadas, v.g. los derechos de crédito o personales, los que derivan de un convenio (ahí sólo pueden ser sujetos pasivos las personas que han sido partes).

Un derecho es *absoluto* cuando el deber correlativo es una obligación universal de respeto. Estos derechos valen y existen frente a todas las personas, v.g. los derechos reales. El derecho es absoluto cuando los sujetos pasivos constituyen la universalidad de las personas a quienes se impone una obligación negativa, es decir, una abstención, por ejemplo el derecho que cada uno tiene sobre su propio nombre obliga a los demás a abstenerse de usurparlo.

El derecho subjetivo no consiste en la voluntad ni en los intereses del titular, aun cuando pueda concordar con ellos. La esencia de todo derecho estriba en una posibilidad jurídica (no en un interés ni en un querer), en un estar autorizado o facultado para hacer o no hacer algo, en aquellos casos en que se dan los supuestos que condicionan el nacimiento del mismo derecho.

Esta distinción vale en el derecho privado y en el público, v.g. el derecho de petición es relativo, porque existe frente a determinados órganos del Estado; los derechos de libertad son absolutos, ya que pueden hacerse valer contra cualquiera.³

Derechos subjetivos privados y públicos.

Los derechos subjetivos *privados* pueden ser (a) personales o de crédito y (b) reales.

Los derechos subjetivos *públicos* según George Jellinek son (a) derechos de libertad, (b) facultad de

pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales (derecho de acción y de petición) y (c) derechos políticos.

El *estado personal* de un sujeto es la suma de sus derechos públicos, la suma de las facultades que los particulares tienen frente al poder público.⁴

Conducta humana y orden jurídico según Kelsen.

Kelsen habla de la relación de la conducta humana con el orden jurídico en tres supuestos: pasividad, actividad y negatividad.

A. Relación de *pasividad* es cuando el hombre está sometido a la norma. Aquí la conducta del hombre no representa el ejercicio de un derecho, sino que se traduce en el cumplimiento o la violación de un deber, según que concuerde o no con las exigencias de ese orden.

B. La relación de *actividad* se da cuando el hombre produce la norma, participa de algún modo en su creación. Aquí el comportamiento del hombre aparece como ejercicio de derechos subjetivos.

La intervención del sujeto en la formación de la voluntad del Estado puede manifestarse (i) en la creación de *normas genéricas* y en este caso es ejercicio de un derecho político o (ii) en la creación de *normas individualizadas* (sentencia judicial, resolución administrativa, contrato, etc.), que se realiza unas veces por órganos del Estado y otras por particulares.

Aquí el hecho condicionante del *deber* (que es siempre una manifestación de voluntad con el fin de provocar la conducta debida) puede contener o no la manifestación de voluntad del obligado, es decir, puede ser un *acto fundacional de deberes* bilateral o unilateral.

a. *Unilateral* es, v.g. el acto imperativo estatal, la sentencia judicial, la resolución administrativa. También es fundación unilateral de deberes la determinación de ciertas normas que hacen depender la realización del acto coactivo (y la totalidad del procedimiento preparatorio del mismo) de manifestación de voluntad del perjudicado, de la acción, demanda o querrela. Precisamente en este caso se habla de la existencia de derechos subjetivos propiamente dichos. Realmente es entonces cuando el interés individual es particularmente atendido, pero desde el momento en que el presunto titular de un interés tiene a su disposición el orden jurídico, participa en grado extraordinario en la formación de la voluntad estatal, traducida en el acto individual de la sentencia o el acto administrativo.

b. La fundación *bilateral* de deberes es v.g. el contrato. Dada la condición de la manifestación coincidente de la voluntad de dos hombres, ambos, o sólo uno de ellos, vienen obligados a comportarse de acuerdo con lo pactado. Es el caso típico del derecho subjetivo privado, aunque también aquí el derecho subjetivo consiste en una participación en la formación de una voluntad estatal, en la creación del orden jurídico. La razón es que en ese hecho (conocido con el nombre

¹ Cf. GaMay n 105.

² Cf. GaMay n 106.

³ Cf. GaMay n 107.

⁴ Cf. GaMay n 108.

de autonomía privada) no existe otra cosa que una delegación de la ley a las partes contratantes para determinar por sí mismas el contenido de las normas jurídicas individuales, i.e. para continuar el proceso de creación jurídica.

C. La conducta humana en relación con el orden jurídico puede ser de **negatividad**: el hombre está libre frene a la norma. La relación entre la conducta y los preceptos jurídicos es puramente negativa: el sujeto tiene el derecho de ejecutar u omitir aquellos actos no regulados de ningún modo por la ley.¹

Derecho del obligado según Kelsen.

La persona pasible de un deber jurídico tiene en todo caso el derecho de acatarlo (siempre en perspectiva kantiana). Si la ley no concediese a los sujetos, a quienes impone obligaciones, el derecho de cumplirlas, sería contradictoria, ya que ordenaría y prohibiría simultáneamente un mismo proceder. Todo deber jurídico se funda en el derecho de acatarlo, aun cuando ninguna norma lo mencione; no por ello deja de existir vinculado indisolublemente a las obligaciones que el orden jurídico estatuye. Tal facultad deriva lógicamente del mismo deber jurídico. Se llama derecho del obligado, por ser el que éste tiene de cumplir con su deber.

Kelsen y el derecho del pretensor.

A diferencia de los derechos que se reducen al cumplimiento de una obligación propia, hay otros que no se fundan en un deber del titular, del derechohabiente: v.g. el derecho concedido al mutuante de exigir del mutuario el pago de la deuda, no se basa en una obligación del acreedor.²

Derechos subjetivos dependientes.

Se dicen dependientes por basarse en otro derecho o en un deber jurídico del tutelar, v.g. la facultad de intervenir en las elecciones presidenciales se funda en el deber de votar. Estos derechos pueden basarse en una obligación (derecho del obligado) o en otro derecho, que será siempre facultad de escoger entre el ejercicio y el no-ejercicio del derecho que condiciona su existencia: derecho de libertad.³

15. DERECHO REAL Y PERSONAL.

Gabriel Baudry-Lacantinerie (1837-1913).

Nos dice que los derechos que forman el elemento activo del patrimonio son reales y personales.

A. **Derecho real** es el derecho que ejercitamos en forma inmediata sobre una cosa; es una facultad en virtud de la cual aquella nos pertenece, ya en su totalidad, ya en ciertos respectos, según que tengamos sobre la misma un derecho de propiedad o alguno de sus

desmembramientos, como las servidumbres o el usufructo. Consta de dos elementos (i) el titular del derecho y (ii) el objeto del derecho, la cosa sobre la cual la facultad jurídica se ejerce.

La relación entre el sujeto y el objeto es inmediata: el derechohabiente puede obtener directamente de la cosa, sin necesidad de recurrir a intermediario alguno, todas o parte de las ventajas que es susceptible de producir. El derecho real es un derecho *absoluto*: la ley impone a todo el mundo la obligación de respetar su ejercicio. En la relación a que da nacimiento hay un número indefinido de sujetos pasivos. Esta obligación negativa es el deber que todos tienen de no impedir al titular que ejercite su derecho. No es una facultad correlativa de obligaciones especiales, sino que todas las personas indistintamente deben respetarla.

Hay dos tipos de derechos reales: (a) *principales*, que tienen existencia independiente, como la propiedad o el usufructo y (b) *accesorios*, que sólo se conciben en conexión con un derecho principal, como la hipoteca o la prenda en relación con un derecho de crédito.

B. **Derechos personales** son los derechos que se manifiestan en una relación jurídica más compleja. Los derechos personales son relativos, no valen respecto a todas las personas: a la facultad jurídica del titular de un derecho de crédito corresponde una obligación especial de uno o más sujetos individualmente determinados. Tienen tres términos:

i) El **derechohabiente**, acreedor, *créditor* o sujeto activo de la relación: el derecho de crédito es la facultad en virtud de la cual una persona (acreedor) puede exigir de otra (deudor) un hecho, una abstención o la entrega de una cosa; la relación entre el acreedor y el objeto es mediata o indirecta: el acreedor no puede obtener por sí mismo, del objeto de su derecho, las ventajas que éste implica, sino que tiene que recurrir al deudor, v.g. si presté cien pesos a Pedro, me debo dirigir a él para obtenerlos; en cambio si poseo una casa no necesito de nadie para usarla o disponer de ella.

ii) El **obligado**, deudor, *débitor* o sujeto pasivo;

iii) El **objeto** de la obligación: un hecho positivo, prestación de una cosa, abstención.⁴

Vittorio Polacco (1859-1926).

Junto con Pilon, Gaudemet y Gazin equipara los derechos reales con los personales; dice que en las obligaciones más que una voluntad vinculada a otra, existe un vínculo entre dos patrimonios considerados como personalidades abstractas: un determinado patrimonio es el que debe cierta prestación a otro determinado patrimonio y las personas entre las que parece que nace el vínculo, no son más que los órganos, los representantes subrogables de las respectivas personalidades patrimoniales.

Así el derecho personal no es derecho sobre las personas o frente a ellas, sino facultad sobre los bienes. En el derecho real la facultad se ejerce exclusivamente sobre una cosa determinada, mientras que el derecho

¹ Cf. GaMay n 109.

² Cf. GaMay n 110.

³ Cf. GaMay n 111.

⁴ Cf. GaMay n 112-113.

personal recae sobre una colectividad de bienes. El derecho real es, pues, una relación entre una persona como sujeto activo y todas las demás como sujetos pasivos.

El derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto en que recae.¹

García Máynez contra Polacco.

Es cierto que el deudor debe responder con todos sus bienes de los compromisos que ha contraído, pero la facultad otorgada al acreedor de exigir que en caso de incumplimiento se haga efectivo su crédito en el patrimonio del obligado, es distinta del derecho real. Por eso para hacer efectiva la garantía, el derechohabiente tiene que recurrir a los tribunales.

Las personas pueden cambiar en una relación jurídica, pero no por ello se debe decir que la persona representa a sus bienes y el deudor es el patrimonio. La obligación es un vínculo jurídico entre dos personas. Basta con admitir la sustitución de un sujeto por otro y declarar que la personalidad del deudor es indiferente, y se hace de la deuda algo impersonal.

La teoría de la equiparación no explica cómo una persona carente de bienes puede obligarse. La facultad del acreedor corresponde a un deber del deudor y esta obligación no debe ser confundida con las garantías que la ley concede al acreedor, ni debe confundirse la facultad correlativa (derecho a la prestación) con el derecho que el acreedor puede ejercitar, en el supuesto de que el obligado no cumpla (derecho de acción).²

Marcel Ferdinand Planiol (1853-1931).

Equipara el derecho real a un derecho personal correlativo de una obligación universal negativa. Según él todo derecho privado subjetivo es una facultad correlativa de obligaciones personales. No admite la posibilidad de que entre una persona y una cosa haya relaciones de carácter jurídico: todo derecho es un vínculo entre personas. El derecho real, como todos los demás, tiene necesariamente un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto.

En la relación jurídica del derecho real hay dos términos: el titular y todas las demás personas a quienes la ley impone la obligación de abstenerse de cualquier acto que impida o estorbe al derechohabiente el ejercicio de las facultades de que dispone. El derecho real es correlativo de una obligación negativa universal y por esto el propietario difiere del ladrón que, como él, se halla así mismo en relación directa con la cosa.³

Joseph Louis Elzear Ortolan (1802-1873).

Dice que todo derecho se resume en la facultad que tiene el sujeto activo de exigir del pasivo alguna cosa: una acción o una omisión; obligación es la necesidad que tiene el sujeto pasivo de hacer o de abstenerse.

Todo derecho estriba en operaciones, unas de abstenerse, de dejar hacer al titular del derecho y son

generales; otras (con sujeto pasivo doble) que obligan a una persona determinada a hacer u omitir algo y simultáneamente a todas a dejar hacer al titular del derecho.⁴

Creemos que Ortolan confunde el derecho de crédito con el de libertad: no es que el derecho de crédito sea correlativo de dos obligaciones distintas, sino que en el derecho personal se funda otro diverso (derecho de libertad). Hay dos relaciones jurídicas diferentes: una entre el acreedor y el deudor (facultad de exigir un hecho, abstención o entrega de una cosa) y otra entre el acreedor y todas las demás personas (deber de respetar el ejercicio del derecho de crédito).

García Máynez sigue a Planiol.

El derecho real no puede ser un vínculo jurídico entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto). Toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes, y una cosa no puede ser parte de una relación jurídica, pues solamente las personas tienen derechos y deberes.

Lo que se llama objeto de una obligación no es la cosa material, sino la obligación de entregarla. El objeto del derecho viene a ser la facultad, la posibilidad de hacer o no hacer lícitamente algo.

Así pues, derecho de crédito es la facultad que una persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.

Derecho real es la facultad (correlativa de un deber general de respeto) que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir.⁵

16. DERECHO DE LIBERTAD.

Libertad.

Vulgarmente libertad se entiende como ausencia de trabas en sentido mecánico: carencia de ocupaciones o extinción de una pena; también puede interpretarse erróneamente como libertinaje. Como atributo de la voluntad del hombre es el poder o facultad natural de autodeterminación: aptitud de obrar por sí, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante: es la facultad de querer.

Como derecho en la visión kantiana y kelseniana de García Máynez, la libertad es la facultad que se deriva de una norma; no es poder ni capacidad derivada de la naturaleza, sino simple autorización: es tener el derecho de realizar u omitir ciertos actos (*dürfen* en alemán kantiano).

Según esto el obligado por las leyes a observar una conducta determinada no está facultado (normativamente) para dejar de observarla, aun cuando de hecho falte a su deber. La violación de la norma es una manifestación del libre albedrío (lat. *arbitrium*), mas no representa el ejercicio de la libertad jurídica.

Spinoza y los anarquistas hablan de una mal entendida libertad natural (en el estado de naturaleza el derecho de

¹ Cf. GaMay n 114.

² Cf. GaMay n 114.

³ Cf. GaMay n 115.

⁴ Cf. GaMay n 116.

⁵ Cf. GaMay n 117.

cada uno se extendería hasta donde llegase su poder) absoluta y ven el derecho el Estado como un mal.

Los partidarios del contrato social y del reconocimiento dicen que el orden jurídico se funda en la voluntad de los particulares, que es el fruto de un contrato.¹

Derecho de libertad.

Para definir el derecho de libertad debemos recordar que las facultades que no se fundan en un deber del titular constituyen sólo una especie dentro de un género y a su lado están las facultades de ejercicio obligatorio. El derecho subjetivo es una facultad normativa de acción o de omisión y su ejercicio será potestativo u obligatorio.

El derecho del obligado es dependiente, se basa en un deber. La relación entre éste y el derecho de cumplirlo es de fundamentación. El deber jurídico funda el derecho al cumplimiento. La existencia del derecho está aquí condicionada por la del deber, mas no a la inversa.

Cada vez que la ley impone un deber a un sujeto, implícitamente lo autoriza a hacer lo que le manda. Todo el mundo tiene el derecho de cumplir sus propios deberes. Declarar que un acto está permitido es decir que puede ejecutarse en ejercicio de un derecho.²

El deber fundante y el derecho de cumplir.

El deber fundante es una relación jurídica fundante: su *sujeto activo* es la persona a quien se permite exigir del obligado el cumplimiento de su deber; su *sujeto pasivo* es el mismo obligado.

El derecho de cumplir el deber se llama relación jurídica fundada; su *sujeto activo* es la persona obligada en su carácter de titular del derecho a la observancia de su propia obligación; su *sujeto pasivo* son las demás personas a quienes se impone el deber de respetar el ejercicio de tal derecho.³

Libertad jurídica.

Los actos jurídicamente regulados son: ordenados, prohibidos o potestativos. Así en sentido negativo *libertad jurídica es la facultad de hacer u omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos*. Ese derecho se refiere siempre a la ejecución o la omisión de los actos potestativos.

Lo jurídicamente potestativo son todas las formas de conducta que el derecho no prohíbe ni ordena. La facultad correlativa de la obligación universal es un derecho absoluto y puede ser ejercitado sin necesidad de exigir nada a los sujetos pasivos. Cuando uno de los obligados falta al cumplimiento de su obligación, el titular de la facultad correlativa puede exigir la remoción del impedimento.

Lo permitido es lo lícito y puede ser obligatorio (se permite su ejecución y se prohíbe su omisión) o potestativo (no sólo se autoriza su ejecución, sino también su omisión). Lo prohibido es ilícito.

Libertad jurídica en sentido positivo será la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no

ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.

Es un derecho dependiente y fundado. Es una forma categorial (siempre en el kantismo kelseniano) de manifestación de todos los derechos subjetivos que no se fundan en un deber jurídico.

La libertad es una facultad de optar, de escoger. Es el derecho concedido al titular de la facultad independiente, de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de éste. Los deberes correlativos serán no impedir al titular el ejercicio de la facultad fundante o en no exigirle que la ejercite, si no quiere ejercitarla. Es facultad de obrar y de omitir. Ser libre es tener derechos no fundados en nuestros propios deberes.⁴

17. DERECHO DE ACCIÓN.

Evolución histórica.

El régimen de autodefensa es el primitivo, cuando el poder público no interviene en la tutela y restablecimiento del derecho. Sólo vale la fuerza. El agraviado es juez y parte.

Poco a poco el poder público intervino con la ley del talión (tal ofensa, tal castigo: no más) como venganza moderada; luego fue árbitro o conciliador, para sustituir la lucha individual con una composición amigable.

Al último se reservó la solución directa del conflicto. Así la defensa privada es un caso excepcional; la regla es la solución oficial de los litigios a través de la función jurisdiccional del Estado.⁵

El Estado.

El Estado ejercita la función jurisdiccional sustituyendo la actividad de los particulares en la aplicación del derecho objetivo a casos concretos. Aquí el Estado procede por cuenta ajena. Se examina si una determinada situación, sometida al conocimiento del tribunal, puede o no ser considerada como realizadora del supuesto jurídico de una norma.

Es la aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva aún contra su voluntad. La actividad de los órganos jurisdiccionales tiene a suprimir los obstáculos que se oponen al cumplimiento de las normas jurídicas y garantiza en forma indirecta los intereses privados.

Protege los derechos subjetivos de los particulares (la actividad administrativa en cambio tiende a la satisfacción directa de los intereses públicos garantizados por el derecho objetivo).⁶

Derecho de acción.

Juzgar es un deber jurídico de los órganos jurisdiccionales, pero es un deber (como todos los que el derecho objetivo establece) correlativo de una facultad concedida por el mismo derecho a los particulares y en ocasiones a otros órganos del Estado, como ocurre en el

¹ Cf. GaMay n 118.

² Cf. GaMay n 118.

³ Cf. GaMay n 119.

⁴ Cf. GaMay n 120.

⁵ Cf. GaMay n 121.

⁶ Cf. GaMay n 122.

caso de la acción penal, en los delitos que se persiguen de oficio.

Para que la obligación de juzgar se actualice es necesario que se demande su observancia por el ejercicio del correspondiente *derecho de acción*, que es la facultad de pedir de parte de los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y en caso necesario, hacerla efectiva.¹

Opiniones sobre el derecho de acción.

El derecho romano ve la acción como el derecho material en movimiento, como exigencia que se hace valer ante los tribunales, a fin de conseguir el cumplimiento de la obligación correlativa (acción-derecho).

Otros la consideran un medio para obtener, a través de un procedimiento judicial, el reconocimiento y satisfacción de las facultades legales que nos pertenecen (las acciones son derechos sancionados que protegen las facultades o derechos generadores: acción-medio).

Nicolás Chiovello rechaza la autonomía de la acción (independiente del derecho sustancial) y la considera simple función del derecho subjetivo. Es la invocación efectiva de la autoridad del Estado para la protección de un determinado derecho. Es un mero hecho, un elemento del derecho, que sólo se destaca cuando éste es amenazado o violado. Hans Kelsen, Pekelis y Giovanni Pugliese están así mismo en contra de la autonomía de la acción.²

Independencia del derecho sustancial.

Actualmente se ve el derecho de acción como distinto e independiente del derecho sustancial o derecho a la prestación.

La primera razón es porque hay casos en que existe la acción, pero no encontramos un derecho material o viceversa. Los hombres que poseen un sentimiento jurídico no ofuscado por prejuicios cumplen las exigencias legales por respeto a las facultades de sus acreedores, no por evitar la ejecución forzosa, v.g. el pago no voluntario de una deuda de juego no es cumplir una obligación moral, pero sí puede considerarse como observancia de una obligación jurídica. Este es el sentido de la coercibilidad del derecho, la que no se manifiesta únicamente en el ejercicio de una acción. De lo contrario en la época primitiva de la autodefensa nadie tuvo derechos subjetivos, ni siquiera el de defenderse.

Así el derecho a la prestación puede existir desligado del derecho de acción.

Pero también ocurre lo contrario, v.g. en las acciones de simple apreciación o declarativas. Ahí no encontramos el derecho a una prestación determinada, pero sí la otra facultad jurídica. El actor no pretende tener un derecho sustancial correlativo de una obligación del demandado, sino que recurre a los órganos

jurisdiccionales para que pongan fin a una situación de incertidumbre, declarando si existe o no un determinado derecho, si el promovente tiene o no cierta obligación, o si en un título o hecho concurren tales o cuales requisitos de legalidad, por ejemplo en la declaración de que un título es auténtico, o que el actor no está obligado a pagar una cantidad, o que no es padre de un individuo que pretende ser su hijo.

Aquí el actor no afirma tener un derecho contra alguien, sino que sólo pide una declaración judicial positiva o negativa. Hay acción, pero no derecho material.

En una acción infundada el demandante ejercita el derecho de acción, ya que pone en movimiento a los órganos jurisdiccionales y logra de parte de ellos la realización de la tarea que les es propia; mas no tiene, al demandar, derecho a prestación ninguna.³

Índole pública del derecho de acción.

El derecho de acción es correlativo a un deber del Estado (obligación jurisdiccional) y por tanto tiene índole pública, mientras que el derecho material puede ser privado. En un préstamo el derecho del mutuante frente al mutuario es de carácter privado, mientras que el que ejercita al demandar es un derecho subjetivo público. El sujeto pasivo de la primera relación es un particular; el de la segunda es el Estado. Así opinan Degenkolb, Alfredo y Hugo Rocco, Plosz, Dos Reis y Vázquez del Mercado: consideran la acción como derecho abstracto.⁴

Otros (Wach, Stein, Holder, Gierke, Hellwig, Fadda, Bulow, Simoncelli, Menestrina) consideran el derecho a la acción como un derecho concreto a la tutela jurídica del Estado y que pertenece sólo a quien tiene una facultad de índole material. Es un derecho subjetivo público frente al cual está la obligación de los órganos jurisdiccionales de prestar esa tutela mediante una sentencia favorable.⁵

La relación procesal.

Weismann y Chiovenda ven la acción como derecho potestativo: es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley, sin que el ejercicio de ese poder engendre obligación alguna a cargo del demandado.

García Máynez responde que a la facultad jurídica del actor corresponde un deber jurídico y todo derecho auténtico es correlativo de determinados deberes generales o especiales, de otras personas. Todo derecho subjetivo es término de una relación jurídica y por tanto no se concibe desligado del deber correspondiente.

La relación entre el poder público y los órganos jurisdiccionales es una relación de servicio (éstos están obligados a cumplir los deberes orgánicos que les incumben) que liga a las partes con el Estado. En virtud de esta relación el Estado está obligado a la prestación de la función jurisdiccional correlativamente a los

¹ Cf. GaMay n 123.

² Cf. GaMay n 124.

³ Cf. GaMay n 125s.

⁴ Cf. GaMay n 127.

⁵ Cf. GaMay n 128.

derechos de las partes de solicitarla: es la relación procesal propiamente dicha.¹

Facultad de pedir la aplicación del derecho.

Así pues la acción es la facultad de pedir de parte de los órganos jurisdiccionales del Estado la aplicación del derecho objetivo a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de que se declare la existencia de una determinada obligación y en caso necesario se haga efectiva, aún en contra de la voluntad del obligado.

La obligación correlativa es el contenido de la función jurisdiccional. Así el *aspecto activo* de la relación jurídica proceso son las facultades legales de las partes frente a los órganos encargados de la jurisdicción; el *aspecto pasivo* es el deber jurisdiccional de los órganos.

Fase declarativa.

En la fase declarativa del proceso tanto la demanda (acto del demandante o actor) como la contestación o defensa (que corresponde al demandado) tienden a un mismo fin: la emisión de la sentencia (dictada por el juez), o sea la aplicación del derecho objetivo al caso singular, para el esclarecimiento de una situación jurídica incierta o controvertida.

Ente el demandante y el juez hay una relación jurídica de acción. Entre los órganos jurisdiccionales y el demandado la relación es de contradicción o de defensa. El sujeto pasivo de ambas es el Estado; las partes son los sujetos activos.²

Derecho a sentencia.

El derecho de acción o el derecho a sentencia se desdoblan en una serie de facultades o de poderes a los que corresponden otras tantas obligaciones de los órganos encargados de la función jurisdiccional.

El actor ejerce varios poderes contenidos en el derecho de acción, desde la petición inicial hasta las alegaciones finales y provoca la práctica de los correspondientes actos por parte de los funcionarios judiciales.

El reo tiene también derecho a realizar un conjunto de actos de procedimiento, correlativamente a los cuales existen las obligaciones del juez o tribunal.³

Derecho de defensa.

Así pues, el derecho de contradicción o de defensa es (lo mismo que el derecho de acción) un derecho autónomo e independiente; es relativo frente a obligaciones especiales de una persona jurídica individualmente determinada (el Estado, representado por los órganos jurisdiccionales). Es un derecho frente a la institución estatal.

Fase ejecutiva.

La fase ejecutiva del proceso no trata de declarar la existencia de una obligación, sino de conseguir

coactivamente su observancia. Hay una relación procesal de ejecución. Procede de una declaración como de un título ejecutivo y en ella la convicción de los órganos ejecutivos acerca de la voluntad de la ley está ya formada.⁴

18. DERECHO DE PETICIÓN Y DERECHOS POLÍTICOS.

Derechos subjetivos públicos y garantías.

El derecho de petición y el derecho de acción, los derechos políticos y el derecho de libertad son *derechos subjetivos públicos*: son la facultad de pedir la intervención de los órganos del Estado en provecho de interese individuales. El derecho de petición es una garantía de derecho público. Dichas garantías pueden ser sociales, políticas y jurídicas.

Garantías sociales son las grandes fuerzas que determinan y orientan la vida de una colectividad (religión, costumbres, moralidad, convencionalismos, etc.) y que obran constantemente sobre el desarrollo, mantenimiento y transformación de los diversos ordenamientos jurídicos.

Garantías políticas son relaciones de poder entre los diversos Estados (en el orden internacional) y entre los distintos órganos de cada institución política (en el orden nacional); la garantía política más importante del orden estatal es la separación de poderes realizada en la organización del Estado.

Garantías jurídicas son aquellas cuya acción puede ser calculada de antemano con toda certidumbre: unas aseguran la observancia del derecho objetivo, otras tienden a hacer respetar los derechos del individuo.⁵

Instituciones jurídicas.

Las garantías se realizan por medio de instituciones jurídicas: el control de los actos de órganos o miembros del Estado por autoridades superiores (controles administrativos, financieros, parlamentarios, etc.); el sistema de responsabilidad de los funcionarios estatales; la organización jurisdiccional; otros medios jurídicos de garantía que pueden usar los ciudadanos para proteger sus derechos (derecho de acción, de petición, etc.).⁶

Derechos políticos.

Los derechos políticos son derechos subjetivos públicos. Consisten en la facultad de intervenir en la vida pública como órgano del Estado y conceden una participación en la formación de la voluntad estatal. El ejercicio del derecho político es al mismo tiempo realización de una función pública.⁷

19. EL DEBER JURÍDICO.

Deber y facultad jurídica.

Al realizarse los supuestos de las normas jurídicas nacen, se transmiten, se modifican o extinguen facultades

¹ Cf. GaMay n 129.

² Cf. GaMay n 130.

³ Cf. GaMay n 130.

⁴ Cf. GaMay n 130.

⁵ Cf. GaMay n 131.

⁶ Cf. GaMay n 131.

⁷ Cf. GaMay n 132s.

y deberes. Esto se manifiesta en el deber jurídico y en el derecho subjetivo. A todo deber jurídico corresponde una facultad de la misma clase y viceversa.¹

Kant y Rodolfo Laun identifican el deber jurídico con el ético (al aceptar una ley, yo la hago proceder de mi voluntad: es autónoma). De esta manera reducen lo objetivo a lo subjetivo y así aniquilan la libertad, mientras que en realidad los valores son objetivos frente a la voluntad del sujeto: la legislación moral es heterónoma.

Así en lo jurídico: las normas no dependen de la voluntad de los obligados. Una acción no es justa por haber sido cumplida en acatamiento a una ley que el sujeto se ha dado a sí mismo, ni es justa tampoco por el hecho de encontrarse en consonancia con una máxima universal. El imperativo categórico de Kant es una ficción psicológica. Kelsen confunde el deber derivado de la norma con la norma misma.²

El deber moral según García Máynez es inexigible pero el deber jurídico es deuda (hay un pretensor): por eso el deber jurídico es correlativo del derecho subjetivo.

Toda obligación restringe la libertad jurídica del obligado. Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde al mismo tiempo, tanto el derecho de omitir lo que se le ordena, cuanto el derecho de hacer lo que se le prohíbe. En relación con la conducta objeto de una prohibición o de un mandato, el obligado no es ni puede ser jurídicamente libre.³

Restricción de la libertad.

Deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta positiva o negativa. Tenemos el deber de hacer o de omitir algo, si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo.

Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido. En cambio no todas las conductas jurídicamente permitidas son obligatorias, puesto que el derecho de ejecutar la conducta lícita puede ser de ejercicio potestativo. Así lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse.

La conducta jurídicamente regulada no puede hallarse al mismo tiempo prohibida y permitida. Si una conducta está jurídicamente regulada, o está prohibida o está permitida.⁴

20. LA PERSONA.

Sujeto o persona.

Todo ente capaz de tener facultades y deberes es sujeto o persona. Persona jurídica física es el sujeto jurídico individual, el hombre en cuanto tiene

obligaciones y derechos; personas morales son las asociaciones dotadas de personalidad.⁵

En ética persona es el sujeto dotado de voluntad y razón: un ser capaz de proponerse fines libremente y de encontrar medios para realizarlos, un sujeto cuya conducta es susceptible de realizar valores morales.

La persona física o persona jurídica individual es el hombre, sujeto de derecho. El ser humano por el simple hecho de serlo posee personalidad jurídica. Es cierto que hay casos en los que el individuo se encuentra imposibilitado para ser sujeto de deberes (incapaces, el no nacido): pero si no pueden ser por sí mismos sujetos de obligaciones, es incuestionable que pueden tener derechos y que éstos hallan su explicación y fundamento en los deberes correlativos de otras personas. La circunstancia de que no pueden ejercitar por sí los derechos que poseen no les quita su carácter de personas, porque sus facultades jurídicas son ejercitadas por sus representantes.⁶

Personas morales.

Savigny dice que los entes colectivos, las personas morales son seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio; según él no pueden tener derechos, ya que no son entes dotados de voluntad; su subjetividad jurídica es una ficción jurídica. La ley al atribuirles personalidad jurídica los considera dotados de voluntad.⁷

García Máynez objeta: la capacidad jurídica no está determinada por la facultad de querer, pues los infantes e incapaces carecen de ella y son sin embargo sujetos de derecho. No es la ley la que crea las personas jurídicas, sino que solamente las reconoce.⁸

Para Brinz en las personas colectivas no hay un sujeto, sino un conjunto de bienes destinados a un fin. García Máynez contesta: no pueden existir derechos sin sujeto; todo derecho es facultad jurídica de alguien, así como toda obligación supone un obligado.⁹

Otto Gierke dice que la persona corporativa es un organismo social, tiene una voluntad general propia, que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, ni es la voluntad de una unidad ideal separada de los particulares, sino que es una voluntad plural y única, voluntad común de todos ordinariamente declarada: tiene capacidad propia de obrar. Las personas colectivas tienen capacidad volitiva lo mismo que las físicas: son sujetos de obligaciones y facultades, pueden ejecutar actos ilícitos de los que deben responder.¹⁰

Francisco Ferrara dice que las colectividades, ya sean histórico-naturales o voluntarias no son otra cosa que la pluralidad de hombres que se renuevan en el tiempo y que persiguen un fin común o un fin supremo de defensa y solidaridad humana o un objeto particular de los coasociados. La voluntad transcendente de un ente

¹ Cf. GaMay n 134.

² Cf. GaMay n 135s.

³ Cf. GaMay n 137s.

⁴ Cf. GaMay n 139ss.

⁵ Cf. GaMay n 142.

⁶ Cf. GaMay n 143ss.

⁷ Cf. GaMay n 146.

⁸ Cf. GaMay n 147.

⁹ Cf. GaMay n 148s.

¹⁰ Cf. GaMay n 150.

colectivo es la voluntad común de los miembros, el resultado sintético del querer de varios.

Según él son asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho. Son una asociación de hombres con un fin determinado, posible y lícito, que son constituidas al reconocerlas el Estado.¹

García Máynez responde que las personas colectivas no nacen en virtud del reconocimiento, pues éste no es sino acto de aplicación de un principio general, a saber, el de que todo ente capaz de tener obligación y derechos es persona jurídica. El reconocimiento no es acto constitutivo de la personalidad jurídica. Sin embargo la personalidad jurídica es siempre creación del derecho, pues la aptitud de ser sujetos de derechos y deberes deriva de un conjunto de elementos intrínsecos que deben reunirse.²

21. SANCIÓN Y COACCIÓN.

Consecuencias de derecho.

Las nociones jurídicas fundamentales son tres: supuesto jurídico, consecuencias de derecho y sujeto o persona. La sanción es manifestación de las consecuencias de derecho. Se deriva de la inobservancia de un precepto jurídico.

Sanción es la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Está condicionada por la realización de un supuesto doble. La omisión de la conducta ordenada por el primer precepto constituye el supuesto jurídico del segundo (la obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción).

Junto con la sanción hay otras consecuencias:

A. El deber impuesto a ciertos órganos estatales de aplicar las sanciones señaladas en los preceptos jurídicos. El deber de sancionar al infractor de un precepto jurídico tiene como supuesto el hecho violatorio, pero no es sanción.

B. Algunos derechos en favor del agraviado, v.g. la legítima defensa, no son sanción.

C. En otros casos, v.g. la rescisión de un contrato de trabajo por causas imputables al patrón no es sanción, sino facultad del obrero.³

Normas sancionadoras.

La sanción es consecuencia normativa secundaria que se deriva de la inobservancia de la norma; es la reacción que el ordenamiento jurídico predetermina frente al comportamiento de los particulares que contraria lo establecido en la misma norma.

Las normas sancionadoras o secundarias no implican ningún fenómeno de coacción; dan lugar simplemente al nacimiento de una obligación de responsabilidad, cuyo acatamiento es esperado por el orden jurídico. La sanción posee una eficacia preventiva, en cuanto que

frecuentemente engendra el motivo que lleva al sujeto a conducirse de acuerdo con la norma primaria.

Sanción no es lo mismo que los actos de coacción, que son aplicación de aquella, realización efectiva, aplicación forzada de la sanción.⁴

Sanción transformada en deber.

Las sanciones jurídicas deben ser clasificadas atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación entre la conducta ordenada por la norma infringida y la que constituye el contenido de la sanción. Por regla general las sanciones se traducen relativamente al sujeto a quien se sanciona, en deberes que le son impuestos a consecuencia de la violación.

Así, el incumplimiento de un deber jurídico engendra a cargo del incumplido un nuevo deber, constitutivo de la sanción. La conducta impuesta a quien se sanciona puede coincidir materialmente con el proceder prescrito por la regla violada, pero esto no significa que la sanción (consecuencia jurídica secundaria) y el deber cuyo incumplimiento le da origen (consecuencia jurídica primaria) se confundan. Aun cuando tengan igual contenido, se distinguen, porque son obligaciones que nacen de preceptos diferentes.⁵

Tipos de sanción.

A. Cuando el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante, la sanción es el *cumplimiento forzoso*, que es el más frecuente en el derecho privado. Se exige oficialmente y de moro perentorio la observancia de la norma incumplida, apercibiendo al sancionado de que si no cumple, se le aplicará la sanción de modo violento. La sanción implica una exigencia que encierra una amenaza; la coacción es el cumplimiento de esta última.

Esta primera forma de sanción implica una sustitución de la primitiva obligación incumplida por una obligación nueva, de contenido idéntico y diversa fuente, impuesta al sancionado por el órgano jurisdiccional bajo amenaza de coacción.

B. A veces no es posible lograr de manera coactiva la observancia de una obligación, pero existe la posibilidad de exigir oficialmente al incumplido que realice una *prestación equivalente* a la que dejó de realizar: es la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Daños son la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación; perjuicios son la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

C. A veces no es posible exigir el cumplimiento ni encontrar un equivalente económico adecuado y la violación es tan grave que la indemnización es insuficiente. Ya no se trata de corregir un daño, acaso irreparable, sino de imponer al violador una pena, es el *castigo*.

Estas tres formas pueden mezclarse y se llaman entonces sanciones mixtas por una sola violación o bien pueden acumularse cuando son varias violaciones. Si

¹ Cf. GaMay n 151s.

² Cf. GaMay n 153.

³ Cf. GaMay n 154.

⁴ Cf. GaMay n 154.

⁵ Cf. GaMay n 154s.

varios hechos delictuosos se derivan de una sola acción (concurso ideal o formal) no hay acumulación de sanciones sino agravación de la pena que corresponde al delito mayor.¹

Penas y sus características.

Se denominan penas las sanciones establecidas por las normas del derecho penal. Pena es la forma más característica del castigo; es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal. Es una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho delictuoso y es una medida represiva.

Las notas de las penas son cinco:

1. Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedades, honor o vida.
2. Es impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico.
3. Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.
4. Ha de ser personal.
5. Debe ser estatuida por la ley, como consecuencia jurídica de un hecho que de acuerdo con la misma ley tenga carácter de delito.

Medidas jurídicas.

No son pena los males o sufrimientos que el Estado impone con otros fines, v.g. las correcciones disciplinarias con que puede sancionar la conducta ilícita de sus funcionarios. Tampoco son pena los males o correcciones impuestas por organismos e instituciones públicas o privadas para la consecución de sus fines peculiares, v.g. la disciplina universitaria, familiar, etc.

Hay también medidas de seguridad o preventivas que se aplican tanto a los irresponsables como a los responsables (después de expiada la pena). No siempre requieren la eficacia aflictiva, se orientan a prevenir o evitar los actos ilícitos. Pueden ser personales o patrimoniales. *Personales* son la reclusión de locos, degenerados y toxicómanos, el confinamiento, la prohibición de ir a un lugar determinado, amonestación, apercibimiento, vigilancia de la policía y medidas tutelares para menores. *Patrimoniales* son la pérdida de los instrumentos del delito, confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas, caución de no ofender.²

Clases de medidas jurídicas.

Hay tres clases de medidas jurídicas: preventivas, represivas (sanciones) y recompensatorias o premiales.

Las sanciones son exclusivamente las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de un deber produce en relación con el violador.³

Existen premios y recompensas como consecuencias jurídicas de ciertos actos de mérito. El premio es una especie de las medidas jurídicas y tiende a fomentar el cumplimiento meritorio de las normas del derecho y

como toda medida jurídica, asume siempre la forma de una consecuencia normativa, pero en vez de traducirse en deberes, implica facultades. La realización del acto meritorio faculta, en efecto, al sujeto para reclamar el otorgamiento de la recompensa a la vez que obliga a ciertos órganos del Estado a otorgarla.⁴

IV. Técnica jurídica.

22. APLICACIÓN DEL DERECHO.

Formulación y aplicación.

La técnica jurídica estudia la aplicación del derecho objetivo a casos concretos. Técnica es el empleo de medio (procedimientos) para lograr los fines. Estamos en un campo de necesidad condicionada: se señalan los caminos que es forzoso seguir en la hipótesis de que se pretenda llegar a determinada meta. En derecho se distinguen dos técnicas:

A. Técnica de formulación de los preceptos de derecho: técnica legislativa. Es el arte de la elaboración o formación de las leyes: realiza fines jurídicos generales.

B. Técnica de aplicación del derecho objetivo a casos singulares: realiza finalidades jurídicas concretas. Aquí sólo hablaremos de la segunda.⁵

Supuesto y disposición.

Los preceptos constan de dos elementos:

A. El *supuesto* o *hipótesis*, que al realizarse da nacimiento a las consecuencias normativas que la disposición señala. Por su misma índole es la enunciación de algo posible que al convertirse en realidad provoca consecuencias de derecho. El nacimiento de éstas depende de la producción del hecho (hecho jurídico) que la hipótesis o supuesto prevé.

B. La *disposición* que indica los deberes y derechos que la producción del supuesto engendra.⁶

Cuando se producen las condiciones que integran el supuesto, surgen determinadas consecuencias normativas: deberes y derechos. Estas consecuencias se imputan necesariamente a determinados sujetos, porque las cosas no pueden tener facultades ni asumir obligaciones. La realización de los supuestos jurídicos determina siempre de modo necesario un cambio en el mundo del derecho, ya que implica el nacimiento o la transmisión o la modificación o la extinción de facultades y obligaciones.

Así, aplicar una norma es formular un *juicio imputativo*, en relación con los sujetos que a consecuencia de la realización del supuesto, resultan obligados o facultados.⁷

Imputación de facultades y deberes.

¹ Cf. GaMay n 156.

² Cf. GaMay n 157.

³ Cf. GaMay n 158.

⁴ Cf. GaMay n 159s.

⁵ Cf. GaMay n 161.

⁶ Cf. GaMay n 161.

⁷ Cf. GaMay n 162.

La imputación, la atribución de facultades y deberes no es fácil. La aplicación de un precepto jurídico a un caso concreto no se reduce a comprobar que un hecho *realiza la hipótesis* de aquél, originando tales o cuales efectos, sino que exige además *la atribución o imputación* de las consecuencias normativas a sujetos determinados o al menos determinables.

No se trata de una determinación en abstracto (que ya se encuentra en la disposición normativa), sino específica o concreta. Se trata de la individualización de los sujetos pasibles de las obligaciones o titulares de los derechos condicionados por el hecho jurídico.

Dicha individualización supone la prueba de que el hecho jurídico les es imputable y en ocasiones la de otro diverso, por el cual han adquirido una calidad determinada, en cuya ausencia la imputación no podría realizarse. Ese hecho jurídico diverso es la *designación*.

Sin embargo a menudo basta con probar que la realización del supuesto de la norma que pretende aplicarse ha sido provocada por determinado sujeto. Aquí, además de la demostración de los elementos del delito, es indispensable probar una serie de hechos jurídicos de designación, v.g. el matrimonio en el adulterio, el parentesco en el incesto, el servicio público en el peculado, etc.¹

Norma aplicable.

Este proceso de aplicación supone la previa determinación de la norma que va a aplicarse. Declarar que hay una aplicación a un caso concreto significa que éste se encontraba previsto ya en aquella, pero esto no siempre sucede.

Así cuando se quiere establecer si un cierto hecho tiene o no consecuencias normativas, lo primero que se debe hacer es buscar la norma aplicable al mismo. Se generaliza el hecho en cuestión, se le concibe abstractamente, para investigar después si dentro de un ordenamiento jurídico determinado existe alguna norma que lo prevea. Toda aplicación de normas jurídicas supone lógicamente la existencia y determinación de éstas, en relación con los casos sujetos a estudio.²

Aplicación silogística.

Se trata de un razonamiento, de un silogismo: la premisa mayor es la norma genérica; la menor es el juicio que declara realizado el supuesto de aquella; la conclusión es el juicio que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho.

El proceso de aplicación no siempre se reduce a un solo silogismo y hay que tener en cuenta muchos otros factores.³

Aplicación privada y pública.

La aplicación de las normas del derecho a casos concretos puede ser:

A. Privada: es doctrinal, no es obligatoria y su fin es el simple conocimiento; o bien puede ser:

B. Pública: es la aplicación propiamente dicha, la determinación oficial de las consecuencias que derivan de la realización de una hipótesis normativa, con vistas a la ejecución o cumplimiento de tales consecuencias. Sólo la aplicación oficial liga a las partes: eso significa el dicho "la cosa juzgada es la verdad legal".

En la aplicación del derecho objetivo a casos concretos hay que atender a la determinación de la vigencia, a la interpretación, a la integración, retroactividad y a los conflictos de leyes en el espacio.⁴

23. INTERPRETACIÓN.

Interpretación.

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión para descubrir lo que significa.⁵ Interpretar la ley es descubrir el sentido que encierra. Lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino *el texto de la ley*.

No basta la interpretación gramatical. Se usan vocablos que tienen ya una significación propiamente jurídica, no creada por el legislador y que se halla en conexión con muchas otras del mismo sistema de derecho.

No toda interpretación es obligatoria: si el legislador mediante una ley establece en qué forma ha de entenderse un precepto legal, la exegesis legislativa obliga a todo el mundo, precisamente porque su autor a través de la norma secundaria interpretativa, así lo ha dispuesto (*interpretación auténtica: es oficial o pública*).

Auténtica, judicial, privada.

Si el juez interpreta un precepto a fin de aplicarlo a un caso concreto, esa interpretación no adquiere obligatoriedad general, pero es base para una norma individualizada: para el fallo que en ese caso se dicte (*interpretación judicial o jurisprudencial: es oficial o pública*). Tratándose de ciertos tribunales las tesis por ellos establecidas obligan a autoridades inferiores y en este sentido pueden ser consideradas como normas de interpretación de ciertas leyes. Los fallos son normas individualizadas, referidas concretamente al caso que resuelven; la jurisprudencia obligatoria en cambio equivale a una norma general de interpretación o de integración.

Si un abogado o un particular cualquiera, interpretan una disposición legislativa, su interpretación tiene un simple valor doctrinal y a nadie obliga (*interpretación doctrinal o privada*).⁶

La interpretación es un arte y tiene una técnica especial: hay diversos métodos.⁷

24. ESCUELA EXEGÉTICA O TRADICIONAL.

Los textos.

Esta escuela sólo admite la exégesis de los textos: trata de ver la voluntad del legislador y rechaza otras fuentes

¹ Cf. GaMay n 162.

² Cf. GaMay n 162.

³ Cf. GaMay n 163.

⁴ Cf. GaMay n 164s.

⁵ Cf. GaMay n 166s.

⁶ Cf. GaMay n 168ss.

⁷ Cf. GaMay n 172.

como precedentes, usos no reconocidos legalmente, consideraciones de utilidad general, equidad, adagios, doctrinas, etc. Llega hasta el extremo de decir que si el juez se encuentra ante leyes contradictorias, que hagan imposible descubrir la voluntad del legislador, debe abstenerse de juzgar, debe considerar tales preceptos como no existentes y rechazar la demanda (Demante, Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent y Baudry-Lacantinerie).¹

Pasos del método.

El método primero es exégesis gramatical, luego lógica, con el fin de descubrir el espíritu de la ley, para controlar, completar, restringir o extender su letra. Para ello:

- A. Se deben examinar los trabajos preparatorios;
- B. Analizar la tradición histórica y de la costumbre para conocer las condiciones de la época en que la ley fue elaborada y los motivos del legislador;
- C. Usar los métodos indirectos: el recurso a la equidad y la aplicación de los principios generales del derecho. Pero la equidad aquí es vista no como fuente inmediata y directa de inspiración para el exegeta, sino criterio que permite descubrir las consideraciones de utilidad y justicia en que el legislador debió inspirarse. Los principios generales del derecho son concebidos como un conjunto de ideales de razón y justicia que el legislador ha de tener presentes en todo caso. Por eso pueden completar la expresión de su pensamiento.²

Voluntad legislativa.

En los casos no previstos se usan los argumentos de exclusión, "a contrario" (porque se trata precisamente de lo contrario), de analogía (donde existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma), de igualdad o paridad de motivos, a mayor razón, etc.

En todo esto se supone siempre el análisis profundo de las disposiciones de la ley en vistas a descubrir la razón fundamental que la ha inspirado. Una vez descubierta esta, es posible la aplicación extensiva. Pero siempre se presume la existencia de una voluntad legislativa.³

Algunos de esta escuela sostienen que es lícito recurrir a la costumbre sólo cuando la ley así lo disponga o en caso de duda si el examen de la costumbre permite descubrir el pensamiento del legislador.

Otros dicen que cuando hay lagunas no colmables con la analogía, el juez debe rechazar la demanda, puesto que el actor no tiene una ley positiva que invocar. Pero ellos mismos tienen que reconocer que deben recurrir a los principios de justicia y equidad que se supone inspiran la obra del legislador.⁴

Geny responde: todos estos autores tienen una idea falsa de la importancia y sentido de la legislación y codificaciones. El legislador no puede monopolizar la formulación del derecho. La ley, siendo humana, es incompleta siempre. Además la ley se manifiesta en

fórmulas que deben ser interpretadas por otras personas, que pocas veces podrán llegar a conocer directamente la voluntad del legislador, sino que tendrán que dirigirse a la fórmula legal.⁵

25. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN.

François Geny (1861-1959).

Nos dice Geny que interpretar la ley es descubrir el pensamiento del legislador. Se debe uno remontar al momento de la formulación en vez de tomar en cuenta las circunstancias existentes en el de la aplicación.

Se debe ver la finalidad que tuvo el legislador, el medio social u ocasión de la ley, los principios y concepciones jurídicas que tuvo presentes y los trabajos preparatorios.⁶ Pero tampoco se trata de ver lo que el legislador hubiera querido en el caso presente: esto ya es integración, no interpretación.⁷

Analogía y costumbre.

Para integrar los textos se usa la analogía, no para interpretarlos. Frente a la analogía la ley es sólo un elemento objetivo que se toma como punto de partida, para aplicar la misma disposición a todos aquellos casos no previstos en que existe igualdad de razones jurídicas.⁸ jurídicas.⁸

La costumbre es una fuente formal del orden jurídico. Se admite y aplica cuando no es contraria a la ley, sino que completa; si es contraria la ley se repudia.⁹

Investigación libre.

El intérprete tiene que investigar científicamente con libertad, para colmar las lagunas de la ley. Pero lo hará siempre basándose en los datos objetivos que presentan las situaciones por resolver.

La investigación que se impone al juez en presencia de una laguna de la ley, es muy semejante a la investigación que incumbe al legislador. Éste establece reglas de carácter general, aquél debe descubrir la norma aplicable a un caso concreto. Ambos tratan de encontrar los criterios de solución más conformes con las exigencias de la justicia y la utilidad común.

Así el juez cuando las fuentes formales son impotentes para dar una solución, debe emitir su fallo de acuerdo con los criterios que el legislador habría tomado en cuenta, si hubiera tenido que legislar para el propio caso.

Pero el legislador al regular en abstracto un número indefinido de situaciones jurídicas, procede de manera enteramente libre, sin barreras de ninguna especie. El juez en cambio debe despojarse de toda influencia personal y de todo prejuicio para basar sus decisiones en elementos de índole objetiva. Es sin embargo actividad libre, porque no se halla sujeta a la autoridad de las fuentes formales y es científica porque ha de

¹ Cf. GaMay n 173.

² Cf. GaMay n 174.

³ Cf. GaMay n 175.

⁴ Cf. GaMay n 176.

⁵ Cf. GaMay n 177.

⁶ Cf. GaMay n 178.

⁷ Cf. GaMay n 179.

⁸ Cf. GaMay n 180.

⁹ Cf. GaMay n 181.

fundamentarse en criterios objetivos que sólo la ciencia puede descubrir. Esto vale para el teórico y para el litigante.

Para descubrir los elementos objetivos debemos examinar la naturaleza de las cosas: las relaciones de la vida social, los elementos de hecho de toda la organización jurídica que llevan en germen las condiciones de su equilibrio y revelan al investigador atento la norma que debe regirlas.

Es necesario no perder de vista los ideales de justicia y utilidad común que el legislador habría perseguido, si hubiera podido conocer el caso especial.

Luego deberá el juez tomar en cuenta los principios que se hallan subordinados a la idea de la justicia, v.g. todo ser humano tiene el derecho absoluto de conducirse y desarrollar sus facultades naturales en vista de su fin, con la condición de que respete el derecho igual de los demás; la preponderancia de los intereses comunes sobre los puramente privados; la igualdad de los hombres, etc.

Luego vienen diversas reglas o máximas generales de conducta: v.g. los compromisos legalmente adquiridos deben cumplirse fielmente; nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio de un tercero; quien causa injustamente un daño debe repararlo: son principios objetivos e inmutables.

La equidad puede entenderse (según Geny) como una especie de instinto que conduce a la solución mejor y más conforme con el fin de toda organización jurídica y puede servir de guía al intérprete, del mismo modo que la noción de justicia.

Por equidad puede también entenderse la adaptación de la idea de justicia a ciertos hechos, en vista de las circunstancias que en ellos concurren. Es aquí equidad individual y no debe determinar la actitud del juez sino en aquellos casos en que la ley así lo autoriza o cuando a falta de fuentes formales, la naturaleza de las cosas lo reclama.¹

26. DERECHO LIBRE, RADBRUCH Y KELSEN.

La escuela del derecho libre.

Esta escuela es una reacción contra la plenitud hermética y la sumisión incondicional del juez a los textos legales.

No admiten la suficiencia absoluta de la ley; sostienen que el juez (precisamente por la insuficiencia de los textos) debe realizar una labor personal y creadora; y dicen que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.

Van contra quienes dicen que el derecho positivo se completa a sí mismo, en virtud de su fuerza orgánica y que las lagunas se deben llenar analógicamente (Savigny).

Los miembros de la escuela del derecho libre son Stobbe, Dernburg, Adickes, Schlossmann, O. Bülow, Ehrlich, Plh. Heck, G. Rümelin, Stampe, E.I. Bekker, J. Kohler, E. Steinbach, Wundt, E. Danz. Luego siguieron

M.E. Mayer, G. Radbruch, K.G. Wurzel, T. Stenberg, R. Müller-Erzbach, Kantorowicz.

Insisten en la insuficiencia de las fuentes y combaten los métodos puramente lógicas de interpretación y construcción. Se quiere dejar al juez un campo de acción más amplio. Poco a poco caen en el racismo germánico.²

Gustavo Radbruch(1878-1950).

Dice que el sentido de la ley no puede residir en la voluntad de los legisladores, porque aquella no vale como expresión de un querer subjetivo, sino como voluntad del Estado. La voluntad del legislador no es medio de interpretación, sino resultado y fin de la misma, expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico. El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores. Las disposiciones que integran un ordenamiento legal encierran significados ajenos a la intención del legislador, pero que corresponden al sentido objetivo del derecho y se encuentran en conexión sistemática con las demás significaciones implícitas en el mismo ordenamiento.³

Hans Kelsen (1881-1973).

Kelsen se basa en el orden jerárquico normativo. Toda norma de grado superior determina a la de rango inferior. En la aplicación de una norma cualquiera interviene siempre en mayor o menor grado la iniciativa del órgano que la aplica, porque no es posible que aquella reglamente en todos sus pormenores el acto de aplicación.

La norma que ha de aplicarse es un marco que encierra diversas posibilidades, por lo que la decisión en que una de éstas es elegida constituye un acto jurídico enteramente válido. La ley no tiene un sentido único ni una sola interpretación. El juez es también legislador libre.

García Máynez responde: cuando no se trata simplemente de optar entre varios medios igualmente aceptables, sino de fijar el sentido de una disposición legal, no es lícito admitir que tiene varios sentidos correctos; los sentidos pueden ser múltiples, pero sólo uno de ellos corresponderá a la regla expresada. La interpretación no consiste en encontrar, bajo la fórmula legal, un gran número de significaciones, sino en descubrir la norma que ha de aplicarse al caso.⁴

27. RESOLUCIONES JUDICIALES.

El juez y la ley.

El juez está sujeto a la ley: su misión es aplicar el derecho objetivo a casos singulares. La formulación y determinación del derecho objetivo se hace a través de la ley; por eso cuando la ley existe, los órganos jurisdiccionales deben sujetarse a ella.

² Cf. GaMay n 183.

³ Cf. GaMay n 184.

⁴ Cf. GaMay n 185.

¹ Cf. GaMay n 182.

El fin próximo del derecho es el orden; para asegurarlo se debe dar a los preceptos jurídicos la claridad, fijeza y permanencia de las leyes escritas, que deben ser fielmente respetadas por los tribunales.

El derecho debe ser conocido por todos, debe ser escrito y respetado por los jueces; así será igual para todos. Se ocupa la unidad: por eso el juez debe respetar las leyes debidamente promulgadas. Sólo si los jueces respetan la ley se garantiza la libertad verdadera. El ciudadano no puede quedar expuesto al capricho y arbitrariedad, sino que debe estar sometido a una justicia firme que se administra con principios oficialmente establecidos y claramente identificables.¹

Sentido de la ley.

El sentido de la ley no es la voluntad del legislador (García Máynez). La ley de la voluntad general, no la voluntad de un solo cuerpo gubernativo, imperial o nacional. Los trabajos preparatorios nos deben ayudar a buscar no la voluntad de los redactores de la ley, sino el sentido objetivo de la misma.

La regla de derecho no es la expresión de una voluntad, sino de un deber, cuyo nacimiento se encuentra condicionado por la realización de un supuesto jurídico. La misión de los legisladores no es dar expresión a lo que ellos quieren, sino a lo que jurídicamente debe ser.

Los textos legales constituyen la expresión oficial del derecho. Los elementos extraños a la fórmula sólo pueden ser tomados en cuenta como auxiliares de la tarea interpretativa a fin de descubrir el verdadero sentido de la ley, pro nunca como datos capaces de determinar una corrección o modificación de ésta.

La interpretación no se refiere a los preceptos legales aisladamente considerados, sino como elementos o partes de un todo sistemático, exento de contradicciones.

Interpretar las leyes es buscar el derecho aplicable a los casos concretos a través de una fórmula oficial. Esta interpretación se debe circunscribir de modo exclusivo a la fórmula nueva, sino que ha de realizarse en conexión sistemática con todo el ordenamiento vigente. El intérprete puede valerse para lograr su fin de elementos extraños a los textos pero en tales elementos debe ver simples medios destinados a esclarecer la significación de la ley.²

Plenitud hermética del derecho.

El derecho no tiene lagunas, pues aplicando sus principios todo puede resolverse; las leyes sí pueden tener lagunas: a veces la ley ofrece una solución general que no se adapta bien a todas las situaciones que abarca, de modo que la aplicación del precepto a alguna o algunas de ellas aparece ante el juez como una injusticia.

Otras veces la ley impone un deber o concede un derecho, mas no determina en todos sus pormenores los medios de cumplimiento del primero o de ejercicio del

segundo: deja un margen de libertad y autoriza una serie de posibilidades, entre las que cabe optar válidamente.³

28. INTEGRACIÓN.

Juez legislador.

El juez a veces debe ser legislador; para cumplir su misión específica debe formular la norma aplicable al caso. Primero debe investigar si en el ordenamiento legal a que se halla sometido existen o no reglas generales de integración. Si no hay debe entonces aplicar los procedimientos que le brinda la ciencia jurídica. Usará la analogía, la equidad y los principios generales del derecho.⁴

Analogía.

La analogía no es un medio hermenéutico; es aplicar a un caso no previsto la disposición concerniente a una situación prevista cuando entre ésta y aquél hay semejanza y existe la misma razón jurídica para resolverlos de igual manera.

Dos situaciones jurídicas son análogas cuando entre ellas existe una identidad parcial, cuando presentan ciertos elementos comunes. Por analogía se atribuyen a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley) las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.

Se trata de creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto pero cuyos supuestos sólo son semejantes.⁵

Principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho son los principios del derecho natural. A falta de disposición formalmente válida, el juzgador debe formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Sin embargo los principios generales que le sirven de base para llenar lagunas de la ley, por lo general no deberán oponerse a los principios contenidos en ésta.

En todos aquellos casos en que las fuentes formales resultan insuficientes para procurar a la autoridad judicial un criterio de solución, quedan los jueces y tribunales colocados en situación muy semejante a la del mismo legislador.

El legislador no debe perder de vista nunca los principios generales del derecho (el derecho natural), puesto que el orden jurídico es en mayor o menor medida, realización de tales principios. Volver a ellos cuando el legislador guarda silencio equivale a completar de manera armónica y coherente la obra legislativa.

La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de cualquiera de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable el juez resuelve de acuerdo con el derecho consuetudinario y a falta de costumbre, de acuerdo con las reglas que establecería si

¹ Cf. GaMay n 186.

² Cf. GaMay n 187.

³ Cf. GaMay n 188.

⁴ Cf. GaMay n 189.

⁵ Cf. GaMay n 190.

tuviese que proceder como legislador. Se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia.¹

Equidad.

La equidad es un correctivo, es un remedio que el juzgador aplica para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la ley. Es una virtud del juzgador: es la solución justa de los casos singulares.²

29. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN EN MÉXICO.

Derecho penal.

En la Constitución prohíbe la analogía en materia penal, pues no hay delito sin ley ni pena sin ley. No hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan, ni más penas que las que las mismas leyes establecen. La ley es la única fuente del derecho penal y dicha ley penal carece de lagunas.³

No integración en lo penal.

No se prohíbe la interpretación, sino la integración de la ley penal, y aquí siempre hay que favorecer al reo: las cosas odiosas son de interpretación restringida y las favorables lo son de interpretación amplia.⁴

Derecho civil: interpretación e integración.

El Código Civil habla de los principios generales del derecho. En la ley mexicana una resolución dictada de acuerdo con criterios de equidad no deberá oponerse a los preceptos legales existentes.⁵ La equidad en México no tiene valor correctivo o supletorio de las normas legales.⁶

Según la ley mexicana, existiendo ley aplicable a determinado caso, no está el juez autorizado para corregirla so pretexto de que su aplicación estricta implicaría la realización de una injusticia y esto es **un defecto grave de la ley mexicana**.⁷

30. RETROACTIVIDAD.

Retroactividad.

Las normas jurídicas rigen todos los hechos que durante el lapso de su vigencia ocurren en concordancia con los supuestos. La ley no debe aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna, pero hay excepciones.⁸

Derechos adquiridos.

Hay que notar que la existencia de los *derechos adquiridos* no depende del ejercicio de las facultades legales de las personas; las facultades legales de una

41

persona no se convierten en auténticos derechos adquiridos sólo en virtud del ejercicio. El derecho no deriva de su ejercicio ni puede depender de él. Es posible tener derechos y no ejercitarlos, como también lo es tener obligaciones y no cumplirlas.

Las facultades que la ley concede al dueño de una cosa son derechos adquiridos por él desde el momento en que se convierte en propietario, aun cuando los ejercite posteriormente o nunca llegue a ejercitarlos.⁹

Consecuencias de derecho.

Las consecuencias de derecho que enuncia la disposición de un precepto legal sólo pueden imputarse a las personas a que el mismo precepto se refiere, cuando se ha realizado el supuesto jurídico.

Las consecuencias de derecho (facultades o deberes) se producen en el momento mismo en que el supuesto condicionante se ha realizado. Las obligaciones y derechos subjetivos que la ley enlaza al cumplimiento de la hipótesis normativa son consecuencia inmediata de la producción del hecho jurídico. Así las consecuencias de derecho existen desde el momento de la realización del supuesto, aun cuando la realización efectiva de tales consecuencias dependa de la producción de otros hechos jurídicos. La circunstancia de que tales derechos y obligaciones sean respectivamente ejercitados y cumplidos inmediatamente o en fecha posterior es independiente de la existencia de los mismos.

Así mismo cuando el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho se hacen depender de la realización de otro hecho jurídico (v.g. la llegada de un término), las consecuencias son anteriores a los hechos del cumplimiento y del ejercicio. Lo que ocurre es que la realización efectiva de aquellas (cumplimiento de deberes o ejercicio de facultades) se encuentra diferida.

Las situaciones jurídicas concretas han de ser respetadas por la nueva ley únicamente en la hipótesis de que su aplicación retroactiva no lesione un interés de los sujetos colocados en tales situaciones. Si no hay lesión de intereses, la nueva ley debe aplicarse aun cuando su aplicación sea retroactiva.¹⁰

García Máynez.

En todo precepto legal hay dos partes: el supuesto y la disposición. El supuesto es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias normativas; la disposición expresa tales consecuencias. Así la imputación de los deberes y derechos que una ley respectivamente impone y concede, depende de que en relación con cierta persona se realice el supuesto jurídico.

El hecho que la ley formule una hipótesis que acaso llegue a realizarse en relación conmigo, no significa que antes de la realización del supuesto me encuentre yo en la situación jurídica hipotética y abstractamente formulada por la norma. Hablando rigurosamente, no hay situaciones jurídicas abstractas. Toda situación jurídica nace de la aplicación de un precepto de derecho y en

¹ Cf. GaMay n 191.

² Cf. GaMay nn 192s.

³ Cf. GaMay nn 194s.

⁴ Cf. GaMay n 195.

⁵ Cf. GaMay n 196.

⁶ Cf. GaMay n 197.

⁷ GaMay p. 387 n 197.

⁸ Cf. GaMay n 198.

⁹ Cf. GaMay n 199-201.

¹⁰ Cf. GaMay nn 202-206.

este sentido es siempre concreta. Abstracta es la regla legal, no la situación jurídica.

Una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior: cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas derivadas de la precedente. La aplicación de una ley supone siempre la realización de su hipótesis.

Los derechos y deberes expresados por la disposición de la ley nacen en el momento en que el supuesto se realiza, aun cuando sean posteriormente ejercitados y cumplidos o no lleguen nunca a ejercitarse ni a cumplirse.

A veces las obligaciones derivadas de la realización de un supuesto pueden no ser exigibles desde el momento en que nacen. Incluso en esta hipótesis, tales obligaciones existen aun cuando su cumplimiento no puede reclamarse desde luego. Si una nueva ley las suprime o restringe, es necesariamente retroactiva, aun cuando al iniciarse su vigencia no sean exigibles todavía.¹

Retroactividad favorable.

Una ley es retroactivamente aplicada cuando suprime o modifica las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la anterior. Esto implica la subsistencia o perduración de los deberes y derechos derivados de la realización del supuesto de la ley precedente. La aplicación retroactiva es lícita en aquellos casos en que a nadie perjudica.

La retroactividad es lícita cuando lejos de perjudicar, beneficia a los particulares. Por eso en materia penal, las leyes que reducen una pena deben tener siempre efectos retroactivos, ya que tales efectos resultan benéficos para el condenado. En el derecho mexicano la regla de la no-retroactividad constituye una garantía individual, pues se refiere únicamente a los efectos negativos.

Las medidas de seguridad deben aplicarse retroactivamente. Como no tienden a imponer una expiación dolorosa, sino a corregir y proteger al delincuente, la ley debe tener siempre efecto retroactivo, pues es de suponer que la medida de seguridad instituida por la ley posterior, vigente en el momento de la aplicación, es la más adecuada al fin de la corrección y tutela que estas medidas persiguen.²

Retroactividad en materia procesal.

Puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley procesal sólo cuando ésta destruye o restringe las consecuencias jurídicas de un hecho de naturaleza procesal ocurrida durante la vigencia de la anterior.

Si una ley cambia la forma y requisitos de la demanda judicial, puede aplicarse aun cuando se trate de hechos de índole material ocurridos mientras se hallaba en vigor una ley procesal diversa. En cambio no debe aplicarse a hechos procesales ocurridos antes de su entrada en vigor, esto es, las demandas ya formuladas al aparecer la

nueva ley deben quedar sujetas a los requisitos de forma señalados por la precedente.³

31. CONFLICTOS LEGALES EN EL TERRITORIO.

La ley y el espacio.

Son problemas sobre la autoridad extraterritorial de la ley. En principio, las leyes vigentes en un Estado se aplican dentro del territorio del mismo.⁴

El derecho internacional privado debe tratar el problema de la nacionalidad, el de la condición de los extranjeros y los conflictos de leyes en el espacio.⁵

Nacionalidad es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado. El problema de la condición de los extranjeros debe resolverse de acuerdo con la legislación de cada país. Cuando en la legislación del país en que el conflicto se plantea hay preceptos que permiten resolverlo, el juez nacional tiene el deber de aplicarlos a fin de determinar cuál es la ley a que deberá sujetarse la solución del caso; pero bien puede suceder que en el derecho vigente en ese país no exista la norma que se busca. En tal hipótesis el juez tendrá que formular la de derecho internacional privado, a fin de resolver la cuestión previa: existe una laguna y se debe colmar.⁶

Territorialidad de México.

Las leyes mexicanas son territoriales, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas. *Estado de una persona* es el conjunto de sus cualidades jurídicas, determinadas por el nacimiento, la mayoría de edad, la emancipación, la interdicción, el matrimonio, el divorcio, la filiación y la patria potestad; *capacidad* es la aptitud de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde. Las leyes mexicanas se aplican a todos los habitantes de la república, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes.

En cuanto a las formas extrínsecas o condiciones de forma de los actos jurídicos, éstos son válidos si han sido concluidos de acuerdo con las reglas vigentes en el lugar de la celebración (*locus regit actum*). Los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma se regirán por las leyes del lugar donde pasen.

En el derecho penal mexicano vale también el principio de la territorialidad, pero no tan absolutamente: hay excepciones y existe también extraterritorialidad en otros casos.⁷

NOTA: SUSPENDAMOS ESTE SENCILLO TRABAJO EN ESTE PUNTO CON LA ESPERANZA DE TERMINARLO PRONTO CON NUESTRAS OBSERVACIONES Y OTROS COMPLEMENTOS.

¹ Cf. GaMay n 207.

² Cf. GaMay nn 208s.

³ Cf. GaMay n 210.

⁴ Cf. GaMay n 211.

⁵ Cf. GaMay n 212.

⁶ Cf. GaMay n 213-215.

⁷ Cf. GaMay nn 216s.