MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO

CORPORACIÓN JIME
ABOGADOS

El Doctor Manrique Jiménez Meza es licenciado en Derecho y en Filosofía de la Universidad de Costa Rica. Es Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid, bajo la tutoría del profesor Eduardo García de Enterría y la dirección del profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor.

Obtuvo, por esa misma Universidad, la maestría en Gestión Financiera y de Inversiones y un Diplomado en Derecho Comparado. Tiene un postgrado de número en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales del Senado Español. Es profesor adscrito de la Universidad Carlos III de Madrid, de las Universidades Alas Peruanas, San Martín de Porres (Perú) y otras universidades.

Ha realizado estudios de especialización en Derechos Humanos en distintas universidades de América y Europa. Ha sido Magistrado suplente de la Sala Constitucional y Magistrado ad hoc del Tribunal Supremo de Elecciones. Fue director del Programa doctoral en Derecho (PROLADE) y en Ciencias Económicas (PROLACE) según el convenio ULACIT – Universidad Complutense de Madrid.

Ha sido presidente de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo y co-redactor del Código Procesal Contencioso Administrativo. Fue Director del Congreso Jurídico Nacional 2008: "Trigésimo aniversario de la Ley General de la Administración Pública". Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Fue miembro de la "Junta de Notables" para el mejoramiento institucional de Costa Rica.

Es miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y de otras asociaciones y fundaciones. Fue premiado por unanimidad por el Colegio de Abogados de Costa Rica como "Abogado distinguido del año 2008". Ha escrito libros y gran cantidad de artículos en revistas nacionales e internacionales en temas especializados en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Teoría del Estado y Derecho Público en general. Es abogado en el ejercicio liberal de la profesión, conferencista y consultor nacional e internacional. Es también juez arbitro y profesor universitario.

NUEVO MENSAJE Y AGRADECIMIENTO

Valiéndome del actual desarrollo imparable, permanente y progresivo de la tecnología, como parte de una nueva revolución científica, pondré a la disposición del gran público en general, mis textos jurídicos sin perjuicio de otra literatura allegada al pensamiento político y filosófico, sin demérito de otros estudios monográficos de contenido jurídico que sean parte de obras colectivas.

De esta manera, comenzaré con el lanzamiento, y con el formato individualizado de cada obra con los siguientes textos: Introducción al Estudio del Derecho y La Pluralidad Científica y los Métodos de Interpretación Jurídico - Constitucional. El primer texto en su edición material, se encuentra publicado por la Editorial Jurídica Continental, y el segundo, por la Editorial Juritexto. Ambas obras han sido pormenorizadamente revisadas y corregidas, con inclusión de algunas referencias sustanciales complementarias.

Asimismo, paulatinamente se irán dando a conocer - también de manera gratuita - otras obras, a saber:

1- La Legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos. (Procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo)
2- Derecho Público, Tomo 1 y Tomo 2.
3- Filosofía del Derecho.
4- Nietzsche, política, derecho y antisemitismo.
5- Derecho Romano.

TEXTOS EN PREPARACIÓN ACTUAL Y POTENCIAL:

1- Derecho Constitucional.
2- Derecho Reales (Lecciones que en su oportunidad impartí a nivel universitario).
3- Derecho Administrativo, Parte General.
4- Derecho Administrativo, Parte Especial.

Por lo anterior, espero que las referidas obras y reflexiones complementarias sean de utilidad a los estudiantes, estudiosos e interesados en general, con el previo compromiso de continuar en esta magna tarea en beneficio de los principios rectores de los Estados democráticos, sociales y ecológicos de derecho. Y, además, con la intención de fortalecer la amplia dimensión de los derechos humanos y los valores republicanos, en oposición a cualquier forma de Estado que favorezca el autoritarismo y totalitarismo políticos.

De Ustedes, muy cordialmente,
Dr. Manrique Jiménez Meza.

CORPORACIÓN JIME
ABOGADOS

MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO

Segunda Reimpresión

A mis padres y a mis hijos con amor.

CONTENIDO

Introducción.....2

PRIMERA PARTE

EL DERECHO

Capítulo I
Génesis y fines del Derecho

1. Etimología y sentido de los antiguos vocablos……...6
2. Acepciones del término Derecho……...12

Capítulo II
El ser humano y el Derecho

1. La persona humana y el Derecho……24
2. La sociedad y el Derecho……27

Capítulo III
El ordenamiento de la conducta

1. Las leyes humanas y las leyes naturales……...31
2. La naturaleza humana y las distintas normas de conducta……..37
3. División de las normas……...47

SEGUNDA PARTE

LA CIENCIA JURÍDICA

Capítulo IV Introducción a la ciencia jurídica

1. Aspectos generales……..50

2. Disciplinas jurídicas…….51
3. Necesidad de una introducción a la ciencia del Derecho…….78

TERCERA PARTE
EL DERECHO Y OTRAS FORMAS DE CULTURA

Capítulo V
Normas autónomas y normas heterónomas

1. Derecho y moral 81
2. Derecho y normas de trato social 87
3. Las normas religiosas y el Derecho 89
4. El Derecho y normas según usos y costumbres 94

CUARTA PARTE
LA NORMA JURÍDICA

Capítulo VI
La norma jurídica y las normas de conducta

1. Aspectos generales 97
2. La norma de conducta 97
3. Concepto de norma jurídica 98
4. El lenguaje y la norma jurídica 99
5. Estructura de la norma jurídica 101
6. Teorías acerca de la naturaleza de la norma jurídica 101

Capítulo VII
Características y clasificación de la norma jurídica

1. Características de las normas jurídicas 107
2. Elementos de la norma jurídica 108

3. Clasificación de la norma jurídica 109

Capítulo VIII
Efectos de la norma jurídica

1. Aplicación de la norma jurídica según los derechos y deberes.....……...113

2. Órganos de aplicación de la norma jurídica.....……...113

3. Elementos de aplicación de la norma jurídica.....……...114

4. Renuncia de beneficios otorgados por la norma jurídica .....……...114

5. Normas jurídicas en las que no se puede renunciar a los beneficios .....……...115

Capítulo IX
Aplicación de la norma jurídica con relación al tiempo

1. Límites normales de la aplicación normativa ……..117

2. Ignorancia de la ley……119

3. Fin de la vigencia de la ley……120

Capítulo X
Prohibición de retroactividad de las normas jurídicas

1. Causa del sistema de retroactividad……121

2. El problema de la retroactividad……...122

3. Concepto de retroactividad……...126

4. Derechos adquiridos y expectativas……126

5. Crítica de la Teoría de Merlin……127

6. Derecho e interés……127

7. Los hechos pasados y efectos futuros……127

8. Situaciones abstractas y situaciones concretas……128

9. Casos de aplicación del principio……129

Capítulo XI
La aplicación de la norma jurídica en el espacio

1. Principio básico 137
2. Antecedentes históricos 138
3. Los estatutos 139

QUINTA PARTE
CLASIFICACIÓN DEL DERECHO

Capítulo XIII
Clasificación del Derecho en público y privado

1. Derecho público y Derecho privado ……..143
2. Criterios de clasificación del Derecho público y privado……148

Capítulo XIV
Derecho Internacional

1. Introducción…….156
2. Derecho Internacional Público……..156
3. El Derecho Internacional Público en la fallida “Constitución Europea”……..166
4. El Derecho canónico en el Derecho internacional público……171
5. Derecho Internacional Privado……...174

Capítulo XV
Derecho Público interno

1. Derecho constitucional……178
2. Derecho político……...200
3. Derecho administrativo……...202

4. Derecho penal……...210

5. Derecho procesal……...211

Capítulo XVI
Derecho Privado interno

1. Derecho civil……213

2. Derecho comercial……...216

3. Derecho laboral……218

4. Derecho agrario o rural……220

5. Derecho ambiental……220

6. Factores que han incidido en la clasificación del Derecho y que generan nuevas ramas jurídicas…….....222

SEXTA PARTE
FUENTES DEL DERECHO

Capítulo XVII
Las fuentes del Derecho

1. Fuente……...227

2. Clasificación de las fuentes del Derecho……227

3. Fuentes formales……230

SÉTIMA PARTE
EL DERECHO SUBJETIVO Y SU INCIDENCIA EN LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Capítulo XVIII
El Derecho subjetivo

1. Derecho objetivo y Derecho subjetivo……..255

2. Presupuestos esenciales para la identificación de los intereses legítimos y los derechos

subjetivos en el Derecho comparado……257

3. Los derechos subjetivos y los intereses legítimos como intereses de relevancia jurídica……..279

4. Los sujetos de derecho y la personalidad jurídica…..310

Conceptos generales ..... .310

Personas jurídicas de Derecho público interno ..... .312

Personas jurídicas de Derecho privado..... .313

Conclusión parcial ..... .313

Capítulo XIX
Hechos y actos jurídicos

1. Conceptos generales……314

2. Hechos involuntarios……314

3. Los actos jurídicos……315

4. Clasificación de los actos jurídicos……315

5. Limitaciones de los efectos del acto jurídico……316

6. Las modalidades……316

7. El término o plazo……..317

8. El cargo……317

9. La condición……317

10. Especies de condiciones……..318

11. Efectos de la condición……319

a) Condición pendiente……..319

b) Condición realizada……...321

12. Modo……322

13. Instrumentos públicos y privados……..323

14. Noción sobre los vicios de los actos jurídicos……323

15. Ignorancia y error 324
16. El error puede ser de hecho y de derecho 324
17. Dolo 325
18. Fuerza o intimidación 325
19. Simulación 325
20. Fraude 326

Capítulo XX
Efectos del acto jurídico, su determinación

1. Efectos generales 328
2. Interpretación de la voluntad 328
3. Personas afectadas por el acto jurídico 329
4. Extensión del concepto de autor y de parte 331
5. Causahabiente 331

Capítulo XXI
Papel de la voluntad

1. Papel de la voluntad 334
2. Elementos de la voluntad 335
3. La capacidad 336
4. Vicios de la voluntad 336
a) Miedo o Temor……337
b) El Error……338
c) Dolo……338

Capítulo XXII
Restricciones al ejercicio de la voluntad

1. Principio general……...340
2. Clasificación de las restricciones……...341
3. Restricciones materiales……341
4. Enumeración……341
5. Restricciones formales……342
6. Objetos de la forma……..343
7. Utilidad de la forma……...344

Capítulo XXIII
Invalidez del acto jurídico

1. Conceptos generales……346
2. Antecedentes Históricos de la Teoría de la invalidez……..347
3. Actos Nulos de pleno Derecho……349
4. Deficiencias del sistema clásico de las nulidades……..350
5. Efectos de la nulidad……351
6. Actos anulables……355
7. Efectos de la nulidad relativa……..355
8. Naturaleza de la acción de nulidad relativa……..357
9. Actos inexistentes……357

Capítulo XXIV La representación

1. Concepto……359
2. Utilidad de la representación……..360
3. Extensión del principio de representación……360
4. Clases de representación……361

Capítulo XXV Los contratos

1. Conceptos generales……362
2. El contrato y la convención……..362
3. Clasificación de los contratos……..363
4. Capacidad……..364
5. Consentimiento…….365
6. Contrato entre presentes…….366
7. Contratos entre ausentes…….366
8. Objeto de los contratos…….367
9. Forma y prueba de los contratos…….368

OCTAVA PARTE
LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Capítulo XXVI La técnica jurídica

1. Conceptos generales 370
2. Noción de técnica jurídica 372
3. Especies de técnicas jurídicas 372

Capítulo XXVII
La Interpretación y aplicación del Derecho

1. Concepto general..... 374
2. Interpretación del Derecho..... 374
3. La actividad de la interpretación del Derecho en general 375
4. De la interpretación a la aplicación del Derecho..... 378
5. Los medios de interpretación constitucional..... 403
6. Razonamiento jurídico, interpretación jurídica y argumentación judicial……..420

7. Otra valoración de interpretación……422
8. Interpretación general de las normas jurídicas……423
9. Interpretación a falta de ley……..425
10. Excepciones en materia penal……425
11. Principio fundamental de interpretación……426
12. Interpretación auténtica e interpretación usual……428

NOVENA PARTE
LOS FINES DEL DERECHO Y LOS VALORES JURÍDICOS

Capítulo XXVIII
Los fines del Derecho

1. Introducción a los fines y valores del Derecho.....431
2. La seguridad jurídica 433
3. El bien común.....433
4. El orden y la paz 434
5. La justicia.....436

DÉCIMA PARTE
TEORÍAS SOBRE EL SER DEL DERECHO

Capítulo XXIX
El Derecho Natural

1. El iusnaturalismo greco-romano 449
2. Antecedentes del Derecho natural en la Hélade 450
3. Las culturas milenarias de Oriente.....450
4. La mítica griega 452
5. Mito, logos y nomos 455
6. Los sofistas y el derecho natural 456

7. El iusnaturalismo en el drama griego 459
8. El Derecho natural en el estoicismo 461
9. El Derecho natural en Roma 461
10. El iusnaturalismo cristiano 465
11. La Escuela clásica del Derecho natural..... 469
12. Kant y el Derecho natural..... 486
13. Valoración del Iusnaturalismo..... 489
14. El *iusnaturalismo* racionalista y la tendencia unificadora 490
15. Derecho natural y constitucionalismo..... 493
16. Críticas al Derecho natural..... 497

Capítulo XXX
La Escuela Histórica, socialismo e irracionalismo

1. La Escuela Histórica del Derecho 501
2. Savigny y su obra 502
3. Puchta 508
4. Valoración y crítica del historicismo..... 509
5. El historicismo y el iusnaturalismo..... 511
6. El pensamiento jurídico socialista 512
7. El marxismo y el Derecho 513
8. Críticas al marxismo..... 523
9. El socialismo en la ex Unión Soviética 526
10. El Fascismo..... 531
11. El Nacionalsocialismo alemán 533

Capítulo XXXI
El positivismo y el post-positivismo

1. El positivismo 544
2. Positivismo sociológico y positivismo jurídico..... 548
3. La Jurisprudencia analítica 556
4. La Jurisprudencia de conceptos 559
5. El movimiento del Derecho libre 560
6. De la Jurisprudencia pragmática al pluralismo jurídico y a la Jurisprudencia de intereses 563
7. La Jurisprudencia de intereses..... 568
8. M. Hauriou y su oposición al positivismo jurídico 570
9. Jurisprudencia sociológica norteamericana..... 571
10. Realismo escandinavo 574
11. La Teoría pura del Derecho..... 579
12. Teoría egológica del Derecho 582
13. Escuela del método comparativo 585

DÉCIMA PRÍMERA PARTE
EL ESTADO

Capítulo XXXII
Distinción entre Derecho y Estado

1. El Estado moderno: caracteres específicos 587
2. Fines y elementos del Estado..... 590
3. Las formas del Estado, de gobierno y de régimen……594
4. El Estado como fuerza……611
5. El Estado como poder……...622

6. El Estado como autoridad……628
7. El Estado es más que
legalidad formal……..636

Capítulo XXXIII
Relación entre Derecho y Estado

1. Planteamiento del problema……637
2. Tres teorías en torno a las relaciones
entre Estado y Derecho……638
3. Análisis de las teorías sobre
el Estado y el Derecho……..643
4. Conclusión parcial……..644

Capítulo XXXIV
La personalidad del Estado

1. Conceptos introductorios……..645
2. Teorías acerca de la
personalidad del Estado……646
3. Teorías negatorias……..646
4. Teorías de la personalidad jurídica
y de la personalidad moral……647
5. La doble capacidad pública
y privada del Estado……..650
6. La imputación jurídica……652

Capítulo XXXV
Filosofía jurídica y Teoría general del Estado

1. Introducción……654
2. El concepto de Estado
en la Teoría del Estado……654

3. Razones por las cuales el Estado
es objeto de la filosofía jurídica……..659

4. La superación del Estado nacional……663

Capítulo XXXVI
La Constitución Política

1. La Constitución…….665

2. Clasificación de las Constituciones……671

3. El movimiento constitucional
durante el siglo XIX…….673

Bibliografía……..675

INTRODUCCIÓN

Desde tiempo atrás, me propuse una meta académica: dar forma a un texto como el actual, con el fin de colaborar activamente con los estudiantes que inician la carrera de Derecho. O mejor aún, de la ciencia jurídica que es parte constitutiva de la ciencia social, a pesar de quienes interpretan e indican que ésta no es ciencia, si se compara con las llamadas ciencias exactas como la física, la biología, la química, la astronomía e incluso, para algunos, la matemática.

No obstante, como lo he indicado en varias oportunidades, la ciencia jurídica como ciencia social no tiene porqué ser igual a la ciencia exacta, y es precisamente en la diferencia que se marca su particular terreno en el quehacer científico, con un objeto vulnerable, cambiante y altamente activo, como es la sociedad y sus relaciones mediatas e inmediatas entre reglas y normas, destacándose acá las de naturaleza jurídica con el aval, protección y sanción del Estado. Así, la ciencia jurídica permite el análisis riguroso de los ordenamientos jurídicos a niveles intraestatal y supraestatal, si nos adherimos al devenir del Derecho internacional que, en cierta medida, está aún rezagado en relación con el Derecho interno de los Estados. Pero con un elemento clave a su favor: los derechos humanos que han sido objeto de internación en los distintos ordenamientos, como parte consustancial de su regulación positiva, lo que no deja de ser una nota distintiva del Derecho natural positivizado y que, a la vez, distingue en contenido y ejecución a los Estados de Derecho, en relación con los Estados autocráticos o simplemente antidemocráticos. Pero, también los derechos humanos han ido avanzando en el quehacer político y jurídico, con progreso y consolidación en los tribunales regionales e internacionales para la protección y seguimiento efectivo de este Derecho humanitario.

La idea fundamental de la presente obra radica en apoyar el progreso del ejercicio profesional, con la formación

académica rigurosa y con la visión puesta en la formación de juristas contrarios al simple abogado, constituido en simple manejador de los códigos o de la letra menuda de la ley positiva -a veces ni esto- sin mayor soltura para la creación e interpretación del ordenamiento jurídico escrito y no escrito a nivel nacional y comparado.

La presente obra, entonces, pretende aquilatar el desarrollo y ascenso de la ciencia jurídica con juristas de talla y con el ánimo de contribuir complementariamente, con el adecentamiento del noble ejercicio profesional en el ámbito judicial, académico, administrativo, arbitral y del litigante, en medio de una profesión que ha venido a menos en su búsqueda por la verdad, justicia, libertad, democracia y solidaridad.

Que sirva entonces esta reflexión de faro de guía para el ennoblecimiento de una causa quijotesca, con apuesta por los futuros juristas en proceso de nacimiento y formación en favor de la salud de los valores y fines de nuestro Estado constitucional de Derecho, en peligrosa caída por la corrupción, la mediocridad y los engaños permanentes desde el ejercicio de la torre de marfil del poder público, sin perjuicio de las conductas privadas que han olvidado el elemento sustancial de las relaciones jurídicas, al amparo de la buena fe y el respeto al ejercicio legítimo de la voluntad en libertad, sin dolos ni culpas graves.

Y qué decir del sacrificio reinante contra el principio de legalidad en general y de los principios del servicio público en particular, con olvido y violación permanente de la transparencia, rendición de cuentas, regularidad, eficiencia, eficacia, entre otros, en afrenta clara y precisa con los intereses públicos, por la coronación de los intereses particulares en el tejido institucional y orgánico de las administraciones públicas que, en ocasiones, se confunde con los negocios privados desde adentro y afuera de su actividad y organización, con arbitrariedad consumada y subjetivismos ocurrentes en perjuicio de los ciudadanos y el bien común.

No pretendo que la presente obra sea la panacea de los males existentes a nivel público, privado y mixto; no obstante, se hacen votos para que sirva de útil instrumento en aras de la reflexión y superación compartida, con el ejercicio de la razón crítica como elemento superior de la mente humana, contra los dogmas y las tiranías en todas sus formas de expresión en el orden y desorden social.

PRIMERA PARTE
EL DERECHO

CAPÍTULO I
NOCIONES GENERALES

1. Etimología y sentido de los antiguos vocablos. 2. Acepciones de la palabra Derecho.

1. Etimología y sentido de los antiguos vocablos

Muchas veces los autores se limitan a señalar la etimología de la palabra Derecho, prescindiendo de lo más importante: su sentido causal; el fondo sustancial que acompaña a su definición y fines en cada entorno social. En todo caso, el Derecho surge en la dinámica de los antiguos vocablos que dan soporte al concepto sin los cuales es imposible obtener el acercamiento a su significado. Para lograr el equilibrio entre la raíz histórica y el sentido actual, debemos pormenorizar en su contenido y alcance para entrelazar los abismos del tiempo y así asegurar un tratamiento objetivo y certero conforme a la ciencia jurídica, como parte constitutiva de la ciencia social.

Ahora bien, sobre la etimología en particular cabe indicar que el vocablo Derecho proviene de la voz latina *directum*, que es el participio pasivo del verbo *dirigere* o dirigir.

La composición de este vocablo latino inicia de la unión entre el prefijo continuativo *di* y la forma verbal *regere o* regir, donde este último alude a la acción de guiar, conducir o gobernar; en relación a *di,* que se refiere a la continuidad de la conducción o guía, cuyo efecto es la comprensión del Derecho como la forma habitual de guiar, conducir o gobernar; idea que a la vez se reafirma ancestralmente desde las raíces arias DH y DHR, que brindan al prefijo *di* la idea de estabilidad y fijeza; a la vez que la raíz aria RJ le otorga al reduplicativo *re,* la noción de guiar y conducir (Alzamora, 1987, pág. 15).

Por su parte los romanos para expresar la noción de

Derecho recurrieron al término latino *ius (jus)*, el cual se deriva del verbo *iurare* que significa jurar, lo que queda aclarado desde el punto de vista semántico por dos aspectos fundamentales y complementarios, a saber: a) en relación con el avéstico *yaoś* y en afinidad con el verbo *dico* (*ius dicere, iudex*): *ius* puede entenderse como: *la fórmula de normalidad*; y b) en atención a numerosos textos romanos que dejan en evidencia que jurar o *iurare* consiste en pronunciar una fórmula que es el *ius iurandum* o *juramento,* que literalmente es la *fórmula a formular*, lo que constituye un redoblamiento significativo del acto de jurar; de hecho, quien jura debe repetir el contenido de la fórmula propuesta: *adiurat in quae adactus est uerba* (Benveniste, 1983, pág. 304)[1] [1]. A través de *ius* se logra entonces ubicar tempranamente en Roma el concepto de Derecho.

No obstante, la manera en que llegó a utilizarse el término latino *directum* como génesis de las diversas palabras relacionadas con *Derecho* en lenguas romances y germánicas[2], es un dato algo oscuro. En efecto, el fenómeno no es comprensible para quien recurre únicamente al uso de la etimología, por lo cual se impone la necesaria investigación histórica donde generalmente suelen encontrarse los

[1] Este mismo autor, indica que el latín se ve afectado por el indoiranio, de modo que la noción *ius* admite dos condiciones: a) la situación de hecho marcada por el derivado *iustus* que es "conforme al estado de *ius*"; b) la situación señalada por la expresión *ius dicere* donde *ius* significa "la fórmula de normalidad". A su vez, destaca el testimonio de algunos clásicos proclives por el *ius* en el mundo romano, en este mismo sentido de "fórmula de normalidad", según escritos de Plauto, Aulo Gelio, Tito Livio, Tácito, entre otros (Benveniste, Emile. 1983. Vocabulario de las instituciones indoeuropeas. Madrid, España: Taurus, págs. 305, 307, 308).

[2] Según Quispe (2009) en la doctrina comparada encontramos los términos *droit* en francés, *diritto* en italiano, *dereito* en portugués, *dret* en catalán, *recht* en alemán, *ret* en escandinavo y *right* en inglés, que tienen el mismo origen. (Quispe Salazar, Richard. (2009). Introducción al Derecho Mercantil Comparado, Ediciones Jurídicas, Lima, pág. 15).

fundamentos de los términos o vocablos. Así el uso del término *directum* tiene soporte en el simbolismo greco-romano con el cual se expresó la idea de Derecho, a partir de la imagen de la balanza presente en los íconos de los antiguos dioses como Zeus (siglos XII y X a.C.), *Themis* (en los escritos homéricos), *Diké* (hija de Zeus) y *Themis* (según el poeta Hesíodo), Júpiter (que es el equivalente romano del dios griego Zeus), *Dione* (que en Roma es *Themis*) e *Ivstitia* (diosa romana equivalente a la diosa griega *Diké*); contrario a *Diké, Ivstitia* sostenía la balanza con las dos manos, de pie y con los ojos vendados (Correa, 2001)[3].

A su vez la sustantivación del adjetivo *directum* provino del lenguaje vulgar, superficial o simple, en la época del Bajo Imperio romano y se utilizó en referencia al símbolo de la diosa *Ivstitia* con la balanza entre las manos[4]. En este tiempo, entre el siglo IV y V, el Imperio romano estuvo cristianizado sin la fragmentación en distintos reinos germánicos. Este fue el sustrato idóneo del pensamiento judeo-cristiano que sostuvo la idea de la conducta justa relacionada con seguir el camino recto (*directum*), en el sentido de orientar (*rectum)* propio de la conducta moral. De hecho, se dio desde esta época hasta la Edad Media española, la oposición entre *directum* y *tortum* (torcido) con las acepciones de *tuerto* o acto contrario a

[3] Aquí se sigue el criterio de Sebastián Cruz (1974), quien se refiere al tema en su obra *Ius Derectum Diremtum*, y remite a Vigoroux (Diccionarie de la Bible, I/I, 405, París, 1895); así al respecto señala: "ya en el viejo Egipto, Osiris usaba la balanza de dos platos para pesar las almas; y en los libros del Antiguo Testamento, ella, con frecuencia, es presentada como instrumento que pesa las acciones de los hombres". Cruz, Sebastian. (1974). *Ius Derectum Diremtum–Direito (derecho, diritto, droit, direito, recht, right*.), Coimbra.

[4] García Garrido (2000) amplía esta dimensión al indicar que "*derectum* es precisamente cuando el fiel de la balanza está recto, es decir, en medio, significando el equilibrio de lo justo"; noción que adquirió un sentido moral y religioso con la filosofía estoica y el cristianismo (García Garrido, M. J. (2000). Diccionario de jurisprudencia romana. Madrid: Dykinson, pág.104).

Derecho.

En esta línea de exposición cabe indicar que desde el siglo IV d.C. los términos *iura* o *ius directum*, fueron utilizados para aludir al *ius novum o* a las constituciones impe- riales cuando fueron consideradas justas. (García Garrido, 2000, pág. 104). A partir de este momento *directum* fue el equivalente de *ius,* lo cual puede confirmarse en autores como Ulpiano al indicar que el Derecho (*ius*) es apelado por la justicia: *ius a justitia apellatur;* o incluso, en la perspectiva católica, cuando Tomás de Aquino, basado en san Isidoro, dispuso que Derecho tiene su nombre por ser justo: *ius dictum est quia iustum*.

De esta forma se constata que desde sus orígenes el término Derecho está relacionado con la idea de rectitud en la conducta social, por su sometimiento a las normas y a las leyes.

A su vez el concepto de ley proviene del latín *lex*, pero en cuanto a su significado etimológico existen distintas teorías. Para algunos este término deriva del latín *legere* o *leer*; otros sostienen que proviene de *ligare* o *ligar*, *obligar*, *vincular*; otros argumentan que se origina en el ver- bo latino *legare* o dar un *legado* o un *mandato*, y algunos otros van más allá en el estudio lingüístico indoeuropeo llegándose a decir que puede tener relación con el sánscrito *lagh;* también con el término griego *tíhemi,* que significa *fijar* o *establecer*, o con el nórdico *lög,* que es *lo que está en orden*.

Sin embargo la doctrina dominante ha llegado a optar por la etimología de la ley como *legere*, que a la vez se puede bifurcar históricamente en relación con el Derecho no escrito como Derecho basado en las costumbres del colectivo social, y en relación con la ley escrita (*jus scriptum*), cuyas leyes se grabaron en tablas de mármol, bronce o en cualquier otro material sólido que les diera permanencia y expresión objetiva, con el fin de ponerlas en lugares públicos para su conocimiento y acatamiento comunes, como sucedió, entre otros ejemplos, con la *tabularium* del Capitolio en Roma, para que el pueblo las leyera y cumpliera.

En todo caso, el término *ley* está relacionado a la antigua Roma con la idea de lo jurídico, donde los romanos se distinguieron y agudización su contenido y alcance en el ámbito de las relaciones sociales, comerciales y contractuales (base del Derecho civil); así como los atenienses se destacaron por el desarrollo de la filosofía. Sin embargo, el uso del término *ley* no se limita al entorno social, pues también ha sido utilizado en el estudio de la naturaleza en sus distintos grados de manifestación. Por lo anterior, actualmente los científicos utilizan las leyes en la aplicación del método científico e investigan las leyes del comportamiento material que va desde la expresión de la naturaleza micro orgánica, hasta la amplia dimensión de la física astral; dejándose en constatación la existencia de leyes objetivas que siguen su propio rumbo o comportamiento, más allá del cualquier subjetivismo e intervención humana. Sin embargo, esta afirmación de la ciencia moderna no es algo novedoso, si se toma en cuenta que ya los antiguos griegos utilizaron el término *kósmos* en referencia al orden de la cotidianidad y universo ordenado.

Ahora bien, no se pretende hacer aquí una historia de la ciencia física, natural o exacta que establezca relaciones entre antiguas concepciones y las modernas o post-modernas, sino que, por el momento, lo que se quiere destacar es que las leyes del cosmos -las leyes naturales- se caracterizan por la idea del orden y la causalidad, esto es, a través de la relación de causa y efecto por la reiteración necesaria de los fenómenos objetivos, captados y analizados por la mente humana. De tal forma que esta idea de causalidad solo puede ser concebida en el pensamiento humano, si se parte del principio fundamental de la relación de causa y efecto que organiza y actualiza la materia en la naturaleza. De este modo el concepto de ley para los científicos naturales o físicos, tiene relación con el principio de causalidad. Un ejemplo de ley científica es la ley de la gravedad que fue explicada teórica y acertadamente por Isaac Newton en el siglo XVII; ley que a la vez pasó por el embudo crítico y de contrastación objetiva para desechar o confirmar la

inicial hipótesis científica, hasta desembocar en la teoría y así arribar a la ley científica de aceptación universal

Cabría ahora inquirir: ¿qué tienen en común estas leyes naturales con el ser humano? ¿Cuál relación mantienen estas leyes con el Derecho ubicado en la ciencia social? Valga por delante, entonces, una realidad: el Derecho es más amplio que la ley escrita, al estar constituido complementariamente por la jurisprudencia[5], es decir, por repetición, hacen costumbre obligada para la interpretación y aplicación jurídica, por lo cual se le ubica como *usus fori*, sin perjuicio del enfoque complementario que la concibe como parte de la elaboración técnica y sustancial de las normas jurídicas generales en contacto con la realidad social.

También está la costumbre que, sin ser jurisprudencia, forma parte de los valores y hechos aceptados ampliamente en sociedad, con alto grado de permanencia y publicidad en el tiempo y espacio. Y los principios generales del Derecho que son aquellos valores insertos en los ordenamientos jurídicos, como principios aceptados por un gran sector de la humanidad, para la interpretación y aplicación de la normativa dentro de los Estados, o aun incluso fuera de los Estados en el devenir del Derecho internacional o interestatal.

Toda esta dinámica del ordenamiento jurídico escrito y no escrito conforma lo que se conoce por Derecho, sin que se agote en la ley escrita. Así entonces el ordenamiento jurídico o el Derecho es más amplio que la ley positiva. En todo caso, a nivel doctrinal suele también encontrar- se la defensa de la doctrina como fuente complementaria del Derecho no escrito; lo

[5] Al respecto, el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, en lo de interés, dispone: "Artículo 7º.- 1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. (…)".

que no se acepta expresamente en nuestro medio jurídico, aun cuando, esto sí, tal doctrina suele estar incorporada en la jurisprudencia y en la interpretación y aplicación de los principios generales del Derecho, para dar solidez a los distintos pronunciamientos judiciales, administrativos y arbitrales.

2. Acepciones de la palabra Derecho

Conforme a lo indicado, lo que es recto para el Derecho no es en función de dar seguimiento a un lineamiento determinado de conducta, sino por virtud de la adecuación de las conductas a las normas jurídicas escritas y no escritas que, a la vez, imponen el ejercicio de la interpretación para evitar el simple apego automático a la letra de la norma, prescindiéndose de sus orígenes, valores y fines: Esa función amplia de interpretación de las normas jurídicas, supera la aplicación restrictiva del ordenamiento inmerso en la dimensión estrictamente positivista, pues la norma jurídica no es un producto *in vitro* o de laboratorio carente de elementos o factores sociales, culturales e históricos, entre otros.

Asimismo, otra de las acepciones comunes de la voz Derecho es aquella utilizada para designar al ámbito de los derechos y bienes que puedan pertenecer a alguna persona física o jurídica (persona moral o no física) según el acto de otorgamiento por naturaleza, convenio o reconocimiento jurídico, por lo cual si alguien viola o transgrede la esfera protegida de bienes y derechos, se confirmaría la existencia de conductas contrarias a la paz social, a la naturaleza de las cosas o simplemente al valor justicia en las relaciones humanas. De tal manera que el bien que acompaña a quien alega lo suyo y reclama su protección, lo hace en función -en principio- del Derecho que le asiste para su protección o recuperación de lo afectado, desconocido, violado o eliminado por acto arbitrario o ilegítimo. En este sentido los bienes y derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, hacen que el Derecho se manifieste por el acto efectivo de su protección y

tutela, para lo cual debe intermediar en principio la actuación reclamante de los afectados, de terceros o de oficio de la autoridad competente, para el restablecimiento de los bienes y derechos conculcados y el orden jurídico violado por conductas ilegítimas o contrarias a Derecho. Tales conductas antijurídicas son conductas de hecho o *de facto*, contrarias a las conductas *de iure* o ajustadas a Derecho.

Ahora bien, la anterior acepción de Derecho se compenetra con todo un conjunto de instrumentos e institutos jurídicos para hacer valer los derechos y bienes, que no se circunscriben al ámbito estrictamente privado, pues también existe la dimensión pública y la dimensión mixta, donde se da la combinación participativa de sujetos privados y públicos. Así en el mundo de los derechos y los deberes, la multiplicidad hipotética es sumamente variada y va desde la manifestación de las relaciones jurídicas en el ámbito del Derecho privado, bajo el principio de igualdad de partes, o acaso en las relaciones jurídico públicas entre distintas administraciones reguladas por el principio de legalidad, que es el sometimiento obligatorio del Estado, administraciones y órganos que la componen y funcionarios públicos en general, al Derecho escrito y no escrito (jurisprudencia, costumbre y principios generales del Derecho), para el despliegue de relaciones y conductas en aras de satisfacer los intereses públicos. Esto, según el principio elemental de que en el Derecho público no se tiene libertad de disposición en favor de los funcionarios públicos, sino que la regla es la sujeción imperativa y objetiva a lo que disponga el ordenamiento jurídico, precisamente para dar cumplimiento a tal cometido superior o supraindividual por acto de imperio o de autoridad pública, distinto a lo que sucede en las relaciones privadas donde prevalece el principio de igualdad entre las partes contratantes. De ahí que, el denominado principio de legalidad claramente estipulado en los artículos 11 de nuestra Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración

Pública[6], sea distinto a lo señalado en el artículo 28 del mismo texto constitucional[7], cuando el legislador solo puede intervenir en casos donde se afecte a terceros, las buenas costumbres y el orden público, es decir, solo excepcionalmente puede legislarse en el ámbito del Derecho privado, donde está presente el conjunto de libertades ciudadanas que son derechos fundamentales, al formar parte de lo que doctrinalmente se denomina la Constitución de libertad, o bien, la Constitución dogmática. De esta manera, el principio del Derecho privado es inverso al principio del Derecho público, dado que en el primero puede hacerse todo aquello que no está prohibido, en cambio, por el principio de legalidad, solo puede hacerse aquello que está autorizado. Así, pues, en el

[6] Los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, respectivamente, disponen: "Artículo 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas." "Artículo 11.-1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa*."*.

[7] La mencionada norma, indica lo siguiente: "Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas*."*

Derecho público y conforme al principio de legalidad -que se retomará posteriormente- está presente el Estado y el conjunto de administraciones y órganos públicos para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico como garantía -en principio- de satisfacción de los intereses públicos, por lo cual el mismo ordenamiento les otorga potestades amplias y suficientes para sus cometidos altruistas, generales o supraindividuales. Esto es parte del ejercicio de las cláusulas exorbitantes expresas e implícitas en favor del Estado, administraciones y órganos públicos sin ignorar que los administrados ostentan por su parte un conjunto de reconocimientos sustanciales y procesales para combatir, impedir y castigar las conductas arbitrarias y violadoras de las esferas jurídicamente protegidas de intereses y derechos.

Asimismo podríamos hablar de *derechos subjetivos públicos* que son los derechos de los administrados frente a la Administración o ante el Estado, en calidad de derechos humanos, a diferencia de los que en doctrina se denominan *derechos públicos subjetivos* que son parte del ejercicio de las potestades del Estado o la Administración Pública, contra los derechos de los administrados como sucede, a manera de ejemplo, en la relación jurídica tributaria para el pago obligado de impuestos o en la expropia- ción forzosa en perjuicio del derecho de propiedad privada protegido en el artículo 45 de la Constitución Política.[8]

De manera complementaria a lo indicado, podríamos entonces dar sucintamente cuatro acepciones de la voz Derecho (Antonio Fernández Galiano,1963), a saber: a) como

[8] El numeral 45 constitucional, dispone: “Artículo 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus

norma o conjunto de normas jurídicas vigentes, bajo el principio de que sean válidas y eficaces (sentido objetivo y positivo); b) como facultad atribuida a algún sujeto para hacer, no hacer o exigir algo en el ejercicio del derecho subjetivo o del interés legítimo; c) como ideal de justicia (Derecho en la dimensión deontológica), y d) el Derecho como saber humano aplicado a la realidad objetiva (Dere- cho como ciencia). Estas acepciones quedan relacionadas con las *clasificaciones metodológicas* (Alzamora, 198, pp.17 y 18), que permiten utilizar el vocablo Derecho para referirse a algún determinado texto legal como sucede, por ejemplo, con la Constitución de Cádiz de 1812; o bien para hacer referencia a una determinada institución jurídica como son -verbigracia- el arrendamiento y el usufructo, o en referencia a cierta rama del Derecho como son, entre otros, el Derecho Civil y Derecho Constitucional; o para hacer referencia a cierta parte específica de alguna disposición normativa en relación con determinados bienes y derechos; o a la legislación de un Estado; o acaso a las normas jurídicas con asidero en la costumbre como sucede en el Derecho consuetudinario, al estilo de los países anglosajones donde predomina el Derecho no escrito frente al Derecho escrito de inspiración romano-francesa.

Finalmente, el término Derecho podría ubicarse como las disposiciones insertas en el ordenamiento jurídico o sistema de normas jurídicas escritas y no escritas, con vinculación imperativa y coactiva y bajo la interpretación y aplicación de la igualdad de trato, con el binomio aristotélico de la igualdad entre iguales y la desigualdad entre desiguales, en la perspectiva individual y colectiva, para dar solución jurídica, pronta y cumplida a los conflictos en sociedad. De este modo el Derecho viene a ser una realidad necesaria para la convivencia, por lo que forma parte de la naturaleza humana al igual que la sociedad como manifestación *a nativitate* de su estructura, lo que no puede suponerse con exclusión del

miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social."

ordenamiento jurídico. De tal manera que el Derecho y la convivencia en sociedad

son parte esencial de la misma realidad cultural.

Sin embargo, bien podemos agregar otra manifestación del ordenamiento jurídico bajo el signo de las dictaduras, sea en la perspectiva autoritaria o en la dimensión totalitaria, donde el Derecho escrito y no escrito no está comprometido con la dimensión *dikelógica* o de valor en su regulación y fines, con desconocimiento e irrespeto de los derechos humanos y con carencia de los mecanismos procesales y procedimentales (administrativos) en favor de los ciudadanos; a diferencia de lo que sucede con las democracias reales donde no solo existe la legalidad como ordenamiento jurídico positivo, sino también la legitimidad de las disposiciones normativas, por la aceptación mayo- ritaria de su contenido regulador; asimismo en las democracias no solo existe el poder del Estado que es la fuerza filtrada por el ordenamiento jurídico, sino que el poder se transforma en autoridad precisamente por la existencia de la legitimidad misma. No obstante, las dictaduras no dejan de tener ordenamientos jurídicos como otro elemento constitutivo de los Estados modernos, conjuntamente con el territorio, la población, el poder público y el gobierno, como luego profundizaremos a detalle. Supongamos entonces, para mayor claridad expositiva, las leyes raciales de 1935 dictadas por el entonces parlamento alemán, bajo la dirección determinante del Partido nacionalsocialista (nazi): tales disposiciones normativas formaron parte del Derecho del Tercer Reich y fueron válidamente aprobadas e incluso ejecutadas; pero su contenido regulador fue contrario a los derechos humanos.

En esta dinámica, el Derecho definido como conjunto normativo con el elemento de coacción por excelencia, no se distancia de la concepción ofrecida por la Escuela de la ciencia francesa en el siglo XIX, principalmente por Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau, quienes lo entendieron como el conjunto de preceptos o reglas de conducta a

cuya observancia está permitida forzar al ciudadano por medio de la coerción exterior o física. Sin embargo, esta definición debe anexarse con la expuesta por Bustamante y Montoro[9], cuando se dispone que el Derecho es el conjunto de normas de conducta que delimitan o coordinan de forma obligatoria las libertades o funciones sociales.

De tal suerte que distinguir el Derecho únicamente por su naturaleza coactiva, desemboca en el tratamiento formalista, unívoco y restrictivo, con olvido de otros elementos tan importantes como los derechos humanos que son el contenido nuclear del ordenamiento jurídico válido y eficaz en los Estados de Derecho, cuya existencia y protección los define en su contenido y alcance. Es decir, no existe el Estado de Derecho sin el Derecho del Estado que se fundamenta, desde la base de su existencia y protección, en los derechos humanos, como derechos que son parte efectiva del ordenamiento jurídico en su total conjunto.

En esta perspectiva se combina y consagra la necesaria e inseparable relación democrática que existe entre la legalidad y la legitimidad -se insiste- es decir entre el ordenamiento jurídico y la aceptación ciudadana de cada ordenamiento jurídico, con valores insertos y proclives al disfrute y defensa de los derechos humanos. De esta manera podríamos indicar que sin bien una norma jurídica es tal, si cumple con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico particular para su validez y eficaz, también es cierto que el ordenamiento jurídico no se agota en la dimensión positivista de la normativa vigente, dado que la legalidad en sentido estricto se complementa o debe complementarse con la legitimidad como elemento constitutivo y necesario de las formas de Estado democráticas. Puede existir y de hecho existen ordenamientos jurídicos sin democracia o contrarias a ésta, pero no puede haber democracia sin autoridad que, a la vez, está afincada en la legitimidad del poder público, por el contenido sustancial de las

[9] Bustamante y Montoro, A. (1953). *Teoría General del*

disposiciones normativas con seguimiento y respeto de los derechos humanos. Así pues, un ordenamiento jurídico obliga con coacción y amenaza del Estado ante su inobservancia o incumplimiento; ello es parte del ejercicio del poder público; pero también, las democracias se distinguen por el contenido regulador de las disposiciones normativas, donde la autoridad del Estado hace la radical diferencia entre los Estados de Derecho y los Estados simplemente con Derecho. Ahora bien, con esta importante y necesaria combinación de legalidad y legitimidad en los Estados de Derecho, no por ello quedamos adheridos a las corrientes finalistas que buscan fuera del Derecho su contenido y definición (Tanon, Ihering y Duguit, entre otros). Y la razón es simple de explicar y entender: los derechos humanos son parte sustancial del Derecho internacional que, a la vez, queda en principio incorporado en los ordenamientos jurídicos de cada Estado, como normativa válida y eficaz debidamente internada que permite la verificación objetiva -o no- de
los Estados de Derecho.

Ciertamente, en relación con los Estados democráticos deben entenderse en su doble perspectiva: sea de un lado en la dimensión clásica del Estado de Derecho con la división orgánica de funciones (separación de poderes); con la libre elección popular en la tesitura de la democracia representativa a través de la elección de los diputados en los parlamentos, sin perjuicio de los representantes del Ejecutivo o cualquier otra categoría de funcionarios públicos con derechos a puestos de elección popular; con prevalencia del principio de legalidad en el ejercicio de la función pública; con las garantías procesales y materiales para la defensa efectiva de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, o de las situaciones jurídicas protegidas de los ciudadanos (los *metros cuadrados de libertad*,
a decir de Maurice Hauriou); con la defensa del triángulo

*Derecho.*Cuba: Cultural S.A., pág. 73.

institucional de poder - seguridad – libertad. Del otro lado, de manera complementaria en la misma dimensión del Estado democrático, sobresale la democracia entendida como bien participativo y directo en la toma de decisiones políticas y jurídicas fundamentales por parte de los ciudadanos, y no solo a través de los clásicos mecanismos de representación política.

En lo relativo al Estado social, se refuerzan los derechos sociales -aun cuando todo Derecho por definición sea social- en favor de la educación, vivienda, vestido, seguridad social, regímenes de protección de invalidez vejez y muerte; garantías laborales, todo en la dimensión material y procesalmente entendidas para la configuración contextual del Estado Social de Derecho, proclive a la con- vivencia en felicidad, con libertad individual y social.

Y del Estado ecológico, sobresale la necesaria defensa del medio ambiente, incluyéndose a la gran gama de intereses colectivos y difusos (que son aquellos bienes de sustancia universal, que trascienden las fronteras convencionales al ser bienes de todos y cada uno; así de nadie en particular), para la defensa de la vida no solo como bien jurídico fundamental en la visión individual y actual, sino en la perspectiva de proyección en favor de la especie humana y su entorno mediato e inmediato; con respeto de la biodiversidad y el desarrollo sostenible de los pueblos con grados de autonomía cultural y tradiciones propias; derecho éste que ya ha sido elevado al rango de derecho humano por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha contribuido a aclarar la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, particularmente en los casos de contaminación ambiental, en lo que este alto Tribunal ha señalado que esta contaminación puede obstaculizar el disfrute de varios derechos protegidos, en

particular el derecho a la vida en general y el derecho a la vida privada y familiar en particular. Asimismo, el Tribunal ha

establecido que el Estado tiene la obligación positiva de proteger a las personas de los riesgos ambientales. Ese órgano judicial ha aclarado la obligación del Estado de hacer frente a los riesgos ambientales cuando se conocen, entre otros medios, por reglamentación, por la vigilancia y cumplimiento apropiados y efectivos, así como la necesidad de difundir información al público sobre los riesgos ambientales.

Y en el mismo orden de ideas, los Tribunales regionales de protección de derechos humanos, han dedicado una vasta jurisprudencia a la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. En una serie de decisiones cuidadosamente ponderadas, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, han considerado que los daños ambientales pueden dar lugar a violaciones de los derechos a la vida[10], a la salud[11], a la propiedad[12] y a la intimidad[13], entre otros.

[10] V.gr. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación Nº 155/96, Social and Economic Rights Action Center vs. Nigeria (Ogoniland Case), decisión, párr. 67; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Öneryildiz vs. Turkey (demanda Nº 48939/99), senten- cia, 30 de noviembre de 2004, párr. 118; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador, documento OEA/Ser.L/V/II.96 doc. 10 rev. 1.

[11] Vid., Comité Europeo de Derechos Sociales, demanda Nº 30/2005, Marangopoulos Foundation for Human Rights vs. Greece, párr. 221.

[12] En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos del Pueblo Saramaka vs. Suriname, serie C, Nº 172, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 95, 158; caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. el Paraguay, serie C, Nº 125, sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 143, 156; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, caso 12.053, informe Nº 40/04, documento OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev. 1, párr. 153.

[13] Por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Fadeyeva vs. Russia (demanda Nº 55723/00), sentencia de 9 de junio de 2005, párr. 134; Taşkin and others vs. Turkey (demanda Nº 46117/99), sen tencia de 10 de noviembre de 2004, párr. 126; López Ostra vs. Spain

Así entonces, el Derecho es más amplio –se insiste- que la ley formal y escrita, al estar constituido por el conjunto de normas escritas y no escritas como la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho; en ocasiones, también, en la legislación comparada, por la doctrina que suele estar incorporada en la jurisprudencia y en los principios generales del Derecho que los tribunales de justicia suelen señalar o precisar con rigurosa o mediocre fundamentación.

De tal manera que no puede concebirse el Derecho sin el conjunto de las normas que regulan a la sociedad con el suficiente poder coactivo ante su ignorancia o violación; normas que tienen a su vez la característica fundamental de estar en el ámbito de la generalidad, abstracción o impersonalidad en el devenir jurídico de la creación, adaptación, derogación y anulación total o parcial de su contenido regulador.

En todo caso, de la aplicación general del ordenamiento jurídico surgen múltiples hipótesis de aplicación individual e individualizable, sin excluir los efectos en grupos o categorías menores en la sociedad, tal como sucede con los simples actos administrativos en relación con las disposiciones normativas de rango superior (reglamentos, leyes, tratados internacionales y regionales; Constitución Política). Ciertamente, cuando se dicta una orden válida y eficaz en la actividad y organización de la Administración Pública, sus efectos son concretos; o cuando se dicta alguna directriz de contenido general en relación con algún bien o categoría jurídica o respecto a determinados grupos o colectivos.

Sin embargo, también es posible el nacimiento del Derecho por la relación privada entre personas físicas o jurídicas, por expresa disposición normativa de la legislación civil que da rango de ley (artículo 1022 del Código Civil), a los contratos orales o escritos entre sujetos involucrados y relacionados con

(demanda Nº 16798/90), sentencia de 9 de diciembre de 1994, párr. 58.

algún objeto, bien o derecho.

Esta óptica de la individualización del Derecho en su operación y creación, queda subordinada al Derecho del Estado, aún incluso en esta dimensión privada, sin que por esto se pierda la naturaleza general, evolutiva y coercitiva del Derecho, sino que es parte consecuente de su expresión vital y constitutiva.

CAPÍTULO II
EL SER HUMANO Y EL DERECHO

1. La persona humana y el Derecho. 2. La sociedad y el Derecho.

1. La persona humana y el Derecho

El universo del ser humano concibió la ciencia, las distintas técnicas, la moral y la religión; sin excluir a las guerras y los vicios disfrazados a veces de virtud. El Derecho a la vez se levanta como instrumento necesario para la ordenación social a través de disposiciones objetivas, heterónomas y coercitivas, lo que lo separa en sentido estricto de la moral adentrada en la dimensión subjetiva y autónoma de cada conciencia y convicción personal.

El Derecho está íntimamente relacionado con la dimensión ontológica (ser) del ser humano, dado que es imposible concebir a nadie sin sociedad, por lo cual se impone la convivencia como factor natural del conjunto humano para su sobrevivencia, la de los allegados de cada uno, sus bienes y derechos; por lo cual no solo es expresión oral y escrita con algún contenido regulador, sino también técnica para su cumplimiento en contenido y fin. La convivencia es imposible sin la coparticipación activa y respetuosa de derechos y deberes, sin que ninguna persona pueda considerar su ámbito de intereses y derechos como valores absolutos, por cuanto el derecho de cada uno termina donde comienza el derecho de los demás; de ahí que se imponga la regla de la relativización de los intereses y derechos particulares, para la convivencia en paz y solidaridad.

En el plano físico la persona es unidad manifestada antropológicamente como individualidad, en cuanto es uno bajo el principio de identidad -expresado simbólica- mente como A es igual a A1- de modo que existe como individuo que tiene su íntima y particular realidad. Tal individualidad como sujeto de derecho, con valores y proyecciones propios, hace posible el

nacimiento del término *persona* que no se funde ni confunde en los demás individuos, pues toda persona es distinta. Esto sin duda es objeto de rechazo por los distintos totalitarismos de cualquier signo y expresión cultural, al diluir, confundir y abstraer a cada persona en la masificación e impersonalidad, para la gloria de los detentadores del poder efectivo que implica, necesariamente, la imposición de la voluntad de unos sobre otros, sea por acto de fuerza y-o de sometimiento psicológico, mediático y propagandístico, en perjuicio de la voluntad particular y del ejercicio de la razón crítica y reflexiva. De tal manera que toda persona debe ser mirada como entidad distinta e irrepetible donde convergen factores múltiples a niveles natural, histórico y cultural, entendiéndose así el rico interior individual como singularidad en el universo entero, donde cada uno es parte del todo, sin que el todo pueda concebirse sin la existencia de cada persona en su absoluta singularidad. De ahí que ningún ser humano -con parafraseo de Kant- debe ser un medio para los demás, sino es fin en sí mismo, pues, aunque cada persona esté en proceso de evolución compartida por algún tiempo y espacio que lo vincula a otros, no debe negarse la naturaleza individual poseedora de inteligencia, conciencia y voluntad, con capacidad proyectiva según cada realización material e ideal.

También la persona es digna de explotar sus potencialidades naturales en relación con cada historia y cultura. Es por ello contrario a su naturaleza sacrificar la individualidad por un fin invocado como si fuera un bien o dogma supremo, lo que no es más que el sometimiento a intereses ajenos, calculados y repetidamente contrarios a los valores individuales y espirituales en libertad. La negra historia, repetida en su oscuridad, está llena de ejemplos opuestos a la libertad e inteligencia individual, crítica y creativa.

Por esto, a diferencia de los demás seres presentes en la misma naturaleza, la individualidad humana tiene con- ciencia de su ser y busca así su perfección, dado que cada ser humano en principio es perfectible con el mundo y sus componentes a

disposición, para aspirar a vivir y convivir en búsqueda de su realización y felicidad. La capacidad de valoración, de aceptar o contradecir lo que se le impone de múltiples maneras en la realidad social, es un rasgo arque-típico del ser humano, como expresión del mundo animal y espiritual, con energía, inteligencia, voluntad y libertad creadora, a diferencia del animal no humano que es sujeto acrítico e instintivo por excelencia.

La persona no solo vive, sino que existe en convivencia, pues trasciende lo estrictamente biológico por el aditivo espiritual; a la vez quiere conocerse y conocer lo que le rodea con ánimo permanente de ser libre en el mundo como derecho inalienable que está unido al ejercicio de la razón crítica, o simplemente de la razón que necesariamente conduce al ejercicio de la crítica. Cada ser humano es autónomo en su ser propio e insustituible, y a la vez es entidad de convivencia obligada tanto natural como socialmente; también es un sujeto con valores e influencias culturales e históricas que estructuran su personalidad y desenvolvimiento, pues el ser humano es un ser histórico y cultural con capacidad crítica y reflexiva, con vitalismo, voluntad, conciencia y espiritualidad que posibilitan los actos de introspección autocrítica, trascendencia y evolución particular, sin perjuicio de su repercusión en los acontecimientos y desarrollo sociales. En efecto, la protección del orden social en libertad, desde la base y fin del ser humano, de sus valores y proyecciones creativas, son parte del sentido y alcance de las organizaciones políticas y jurídicas democráticas; pues el Derecho no se desliga de los valores adscritos a los derechos humanos; a diferencia de lo que sucede en los regímenes dictatoriales y autocráticos, donde el ser humano pasa a ser un simple objeto y medio de los fines programáticos de cada ideología y actividad estatales, con detentadores y usufructuarios del poder de carne y hueso.

2. La sociedad y el Derecho

Las leyes naturales también atañen al ser humano, pues éste es parte constitutivo del universo, en tanto ser natural. Mal se haría en desvincularlo de esta dimensión natural, en su doble perspectiva: desde el punto de vista de la evolución de la especie que es acto continuo de manifestación natural y desde el enfoque de la obligada reflexión del pensamiento a favor de la naturaleza y su entorno, como valores compenetrados con el desarrollo humano. En todo caso, entre las imposiciones de la na- turaleza está aquella que consiste en que el ser humano al nacer no puede valerse por sí sólo; razón por la cual requiere de un lugar seguro y de personas que lo protejan y le enseñen a vivir y convivir desde la primera etapa de su desarrollo físico y mental. El inicio de la vida humana es de amplia y repetida necesidad para la sobrevivencia de la especie. También requiere de la ayuda en cooperación para poder suplir múltiples carencias y debilidades en favor de la convivencia activa, como sucede con la vivienda, alimentación, vestimenta y educación, entre otros factores. De este modo la naturaleza inclina al ser humano a tener que desenvolverse en sociedad, desde los primeros momentos de vida como ser existente que nace, se desarrolla y muere. No en vano Aristóteles indicó que el ser humano es un ser social por naturaleza, o un ser político que forma parte de la *polis* griega, siendo así que la sociabilidad es un elemento consustancial que se da *a nativitate;* desde el nacimiento o de manera natural, sin ser por esto sea un valor agregado venido de afuera, pues forma parte de la constitución humana y por ello es un imperativo ontológico o de necesidad del ser, que nunca es lo que es, como realidad acabada y plena, sino que deviene siendo en sociedad y en proceso activo de perfectibilidad o retroceso; lo que sin duda -con parafraseo de Nietzsche- es conducta humana, demasiado humana.

De tal modo que no puede pensarse al ser humano sin sociedad, y aun quien haga acto de negación de la sociedad,

debe primero afirmarla como realidad objetiva para luego negarla, por la expresión del pensamiento que es un acto reflejo de cada cultura, con su devenir histórico y costumbrista. Incluso todo ser humano lleva consigo el sello de cada cultura y conocimiento adquirido y heredado. Es por esto un ser histórico inmerso en la cadena de los acontecimientos humanos y naturales; por lo cual comparte la doble herencia social y genética. Ningún ser humano es ni puede ser a-social o sin sociedad, aunque pueda estar en contra de una determinada sociedad o de su sociedad. La capacidad natural para el desarrollo y uso del lenguaje como expresión para la comunicación, es prueba irrefutable de la condición social y cultural de nuestra especie. Así entonces a la proclama darwinista de la supervivencia del más fuerte en la lucha natural, está el otro principio de la cooperación o de la ayuda compartida como requisito necesario para la sobrevivencia humana.

De tal manera que el ser humano vive en sociedad y por esto convive o vive con otros u otras, sin que sea posible pensar en alguien que viva sin sociedad, sin valores ni cultura, o acaso que no viva con los demás o inmerso en los demás; pues de darse la posibilidad de vivencia sin convivencia, sin historia, valores ni cultura, dejaría de ser parte de la naturaleza humana para ubicarse -como bien señaló Aristóteles- entre las deidades o entre los monstruos.

Ciertamente quien rehúya de la sociedad estaría ante dos dilemas, pues de una parte su condición de ser histórico le impide eliminar la influencia y herencia cultural; además, si huyera al mundo de la naturaleza con prescindencia de la relación directa e indirecta a nivel humano, la misma naturaleza objetiva está ya combinada e invadida por los contenidos históricos y culturales. No en vano el ser humano forma parte de la dimensión espiritual, cultural, natural y universal.

Lo anterior hace imperativa la existencia de la sociedad, entendida como un colectivo humano regido por relaciones de interdependencia y caracterizada por hacer y reflejar cultura, lo

que trasciende el causalismo natural por el dinamismo social contrario a lo estático y a la repetición incesante de los fenómenos naturales objetivos. Esta interesante realidad en que la naturaleza a través del ser humano brinda el espacio necesario para su trascendencia, fue ya captada en Occidente desde tiempos pretéritos. Ciertamente en la antigua Grecia los primeros en tomar conciencia de este hecho fueron los sofistas, quienes situaron a lo humano, a lo histórico y cultural ante lo natural e introdujeron la distinción de lo que es por naturaleza (*physis)* y lo que es por convención (*nomos)*. Aunque tal división estuvo ya presente en el pensamiento presocrático de Heráclito, pues en su criterio nada permanece, sino que todo fluye y cambia, como sucede con la imagen del fuego. Y ese fluir incesante constituye una de las características fundamentales de la cultura y acontecimientos sociales.

No obstante, si damos un paso adelante en la historia, será a partir de la filosofía de Kant donde se retoma con alto rigor de tratamiento esta importante distinción entre la naturaleza y la cultura. Y fue a partir de esta primigenia concepción dualista, como se llegó a determinar el *sein* o el mundo del ser como expresión de la naturaleza y el *söllen* o mundo del deber ser, con el de los valores y obligaciones. De este modo se logró una delimitación precisa entre las leyes de la naturaleza, que suceden bajo la lógica de la causalidad y la necesidad, y aquellas otras normas de conducta en sociedad, que deben existir y cumplirse, aunque no siempre se acepten o ejecuten. Ahora bien, el deber ser no es solo parte de la dinámica jurídica sino también de la dimensión ética, ambas como expresión cultural para la convivencia en cada época con sus tradiciones, normas, valores y creencias.

Asimismo, el ser puede interpretarse desde la perspectiva estrictamente humana, como un ser de conciencia o *ser para sí* (Hegel-Sartre), es decir, que nunca es en vida y en convivencia un ser acabado, sino que es un ser que deviene siendo incluso para la búsqueda del propio ser, porque al ser

debe llegarle el ser (*Dasein*), como diría Heidegger. También está el ser que es lo que es y nada distinto, o es un ser en sí, sin conciencia, sin valores ni libertad, como sucede con una piedra o algún objeto inerte cualquiera. Y podemos implicar complementariamente al ser desde el Ser (Dios), que a su vez puede interpretarse desde la perspectiva del devenir en proceso dialéctico (te- sis- antítesis- síntesis) y en espiral ascendente tanto desde la perspectiva objetiva como subjetiva (Hegel), o desde la postura del Ser que es lo que es como realidad ontológica absoluta, plena y perfecta -propio del pensamiento judío y cristiano- sin ser por esto un Ente inerte y material. Pero como el ser humano es un ser en libertad, un ser cultural y de conciencia activa, resulta imprescindible regirse por normas de conducta objetiva para la convivencia en sociedad, para la paz y la seguridad compartidas, pues no somos seres en sí, sino seres para sí. Y aquí el Derecho juega su gran papel, pues ninguna sociedad puede existir ni sobrevivir sin algún ordenamiento jurídico con regulaciones técnicas y sustanciales apoyadas sobre el deber-ser y el poder coactivo del Estado, lo que permite a la vez la convivencia de cada individualidad en el hacerse continuo, con cada identificación particular, tanto objetiva como subjetivamente; con cada estructura genética y herencia cultural, en sociedad y libertad. Ciertamente se requiere del equilibrio de las fuerzas sociales en dialéctica permanente; de ahí la importancia del Derecho como expresión suprema de la regulación en convivencia y para la convivencia.

CAPÍTULO III
EL ORDENAMIENTO DE LA CONDUCTA

1. Las leyes humanas y las leyes naturales. 2. La naturaleza humana y las distintas normas de conducta. 3. División de las normas.

1. Las leyes humanas y las leyes naturales.

En el ámbito académico el concepto de ley se utiliza en sentidos muy distintos. El término ley proviene –se insiste- del latín *lex*, pero en cuanto a su significado etimológico existen distintas teorías. Para algunos deriva del latín *le-gere*, *leer*; otros sostienen que proviene de ligare o *ligar*, *obligar*, *vincular*; otros argumentan que se origina en el verbo latino *legare*, *dar un legado* o *un mandato*, algunos van más allá en el estudio lingüístico indoeuropeo y han llegado a decir que puede tener relación con el sánscrito *lagh*; también con el término griego *tíhemi,* que significa fijar o establecer, o con el nórdico *lögque,* es decir *lo que está en orden* (Maravella, 1989, págs. 204-205).

No obstante, la doctrina prevaleciente ha llegado a optar por la etimología de *legere*, porque en la época de la República romana, mientras el derecho consuetudinario –es decir, el basado en las costumbres- no era escrito y se conservaba en la memoria humana; en cambio la ley estaba escrita (*jus scriptum*) al quedar grabada en tablas o en cualquier otro material sólido, fuerte y permanente en favor de la perdurabilidad, consistencia material y de fácil acceso para su lectura y comprensión ciudadana, expuestos en lugares públicos, como sucedió con la *tabularium* del Capitolio en Roma , para que el pueblo las leyera y, conociéndolas, las cumpliera mejor (Torré, 2003, pág. 221); lo que no excluye como hipótesis válida, la exposición permanente de los Diez Mandamientos en el pueblo judío. En todo caso, el término ley está relacionado en la antigua Roma con la idea de lo jurídico;

en lo que los romanos se distinguieron con suma pulcritud y agudización a partir de las relaciones comerciales y contractuales; así como los atenienses se distinguieron por el desarrollo de la filosofía. Sin embargo, el uso del término no ha quedado restringido al ámbito social, sino que también ha sido utilizado en el estudio de la naturaleza. Debido a lo anterior, actualmente los científicos utilizan el concepto de ley en un sentido bastante particular, pues tienden a decir -entre otros tratamientos racionales de investigación- que el universo está ordenado por leyes que lo rigen. Sin embargo, esta afirmación de la ciencia moderna no es algo novedoso, si se toma en consideración que ya los antiguos griegos utilizaron el término *kosmos* para aludir al orden de
la cotidianidad y al universo ordenado.

Ahora bien, no se pretende hacer aquí una historia de la ciencia física, natural o exacta que establezca relaciones entre antiguas concepciones y modernas o postmodernas, sino que por el momento lo que se quiere destacar es que las leyes del cosmos -las leyes naturales- se caracterizan por la idea del orden y la causalidad, esto es, a través de la relación necesaria de causa y efecto por la reiteración necesaria de los fenómenos objetivos, captados e interpretados por la mente humana. De tal forma que esta idea de causalidad solo puede ser concebida en el pensamiento humano, si se parte del principio fundamental de la relación de causa y efecto que organiza y actualiza la materia en la naturaleza. De este modo el concepto de ley para los científicos naturales o físicos tiene relación con el principio de causalidad. Un ejemplo de ley científica es también la Ley de la Relatividad expuesta por Albert Einstein, que incluso el dictador Josef Stalin la prohibió oficialmente bajo el totalitarismo del Estado exsoviético, como si se tratara de una simple ley que formó parte de la superestructura del sistema capitalista; posición oficial que tuvo que desecharse ante el avance de la expotencia militar en favor del desarrollo de la tecnología cosmonáutica, y sin cuya comprensión y aplicación, habría hecho imposible que el primer cosmonauta (astronauta

en la terminología norteamericana) pudiera lograr salirse de las fronteras terrenales, como lo hizo Yuri Gagarin alrededor de la tierra.

De tal manera que cuando se habla de leyes naturales y leyes humanas de inmediato surge la necesaria distinción entre leyes que son dadas e impuestas por la naturaleza con independencia de la intervención, voluntad y libertad humana, y aquellas otras leyes que son parte de la expresión de tal voluntad y libertad creadoras del ser humano. No obstante, esta dimensión estrictamente positivista de creación de las leyes bajo el esquema simplemente formalista, tiene su propia dimensión variable, pues algunas veces se les trata de encontrar el sustrato necesario del contenido regulador en beneficio de los derechos humanos, de los valores, de la moral o de la ética individual y social; otras veces simplemente se les deja como expresión exclusiva al servicio de la eficiencia y eficacia de los Estados, la seguridad individual y social. Algunos otros defienden el principio de que una ley jurídica cumple con los requisitos exigidos para que sea tal, conforme al ordenamiento jurídico de cada Estado, con independencia de los elementos valorativos o de contenido ético o moral. Sin duda, como ya se ha adelantado, acá se comparte la tesis del doble dimensionamiento necesario de las leyes jurídicas, tanto por estar adscritas al cumplimiento de las exigencias formales y técnicas en su elaboración, aprobación y ejecución, como porque deben estar revestidas de principio a fin por contenidos proclives al disfrute y defensa de los derechos humanos. Esto, claro está, no implica el reconocimiento absurdo e ingenuo de aceptar la prevalencia de la subjetividad u ocurrencia en su creación, interpretación y aplicación normativas, pues los derechos humanos, a diferencia de la moral subjetiva, tiene expresión, validez y eficacia objetiva, por la existencia de disposiciones normativas insertas en los distintos tratados, convenios y concordatos; a la vez existen Tribunales de justicia, a nivel interno y externo de los Estados, que las aplican y sancionan su violación, además de que se dan los

mecanismos de interpretación judicial para su correcta comprensión y aplicación normativa, como sucede, a manera de ejemplo, con el principio de la debida interpretación extensiva y progresiva, en caso de duda, antes que la interpretación restrictiva e involutiva; lo mismo sucede con los principios pro libertad y pro ciudadano, antes que aquellos favorables a la imposición del poder público en general. En otros términos, en la dimensión de las leyes positivas de los Estados, está siempre presente la estrutura complementaria, no menos positiva, del Derecho internacional de los derechos humanos, sin que se reduzcan a principios, reglas o simplemente a la expresión subjetiva y particular de cada quien, para lograr su seguimiento y cumplimiento compartido.

En la época actual, los derechos humanos forman parte de la esfera necesaria de los Estados para su aceptación internacional e, incluso, para su legitimidad ante los ciudadanos propios y ajenos, y cuya legalidad interna puede ser jurídicamente impuesta pero legítimamente desconocida y adversada por quienes reciben sus deberes o mandatos. Si vamos a la Unión Europea, como ejemplo vivo y actual, es indispensable que cualquier Estado aspirante a su incorporación efectiva sea de previo un Estado democrático, donde los derechos humanos deben ser parte constitutiva de su organización y actividad; lo cual trasciende en esencia la simple postura positivista de aceptar las leyes en tanto cumplan con los elementos formales para su existencia y ejecución. Si fuera ésta entonces la dimensión correcta en favor de la prevalencia e incluso exclusividad del formalismo técnico normativo, aceptaríamos que un Estado sea de Derecho simplemente por tener Derecho, aunque sea imposible pensar en los Estados modernos sin ordenamientos jurídicos, aun incluso para aquellos que sean violadores de los derechos humanos y contravengan reiteradamente las disposiciones en la materia conforme al Derecho internacional humanitario. No obstante, se insiste, el contenido regulador de estos ordenamientos en favor de los derechos humanos, es lo que

hace posible distinguir y separar a los Estados de Derecho de los Estados que no sean Estados de Derecho, aunque tenga cada uno su propio Derecho. Ciertamente, el Estado de Derecho debe estar no solo legalmente constituido sino también civilmente aceptado e internacionalmente reconocido, conforme a los principios y disposiciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aun con todos sus altibajos, contradicciones e inoperancias.

Las leyes humanas entonces son parte de la expresión cultural de los pueblos, sin que por ello sean contrarias o desconocedoras de la dimensión existente de la naturaleza no humana y leyes inherentes a su composición y devenir físico. El error de la humanidad ha sido, desde un principio, el permanente y ascendente egocentrismo, vanidad y racionalismo individualista, el creerse y sentirse superior y ajeno a la naturaleza, a su composición interna y realidad objetiva, pues todos los seres humanos somos parte de su contenido y expresión, ya que el ser humano antes que humano es naturaleza por excelencia; naturaleza que a la vez deviene manifestada en la especie humana, qué si bien es distinta a otras formas de la naturaleza como unidad y totalidad, no deja de ser parte de ella. Incluso las leyes jurídicas y las normas sociales en general, forman parte de la expresión del desenvolvimiento de las distintas culturas, pero a la vez ratifican que por naturaleza somos seres sociales, y tal sociabilidad no le es dada de afuera, ni por imperativo jurídico, ético o simplemente cultural; esta naturaleza le es dada desde adentro, desde la esen- cia de cada ser humano, que está inserta en el propio ser de cada uno, pues el ser mismo es naturaleza compenetrada con la dimensión espiritual en calidad de seres compuestos que hacen posible, en conjunto, la elevación del ser humano como ser viviente y natural, pero a la vez con voluntad y libertad creadora y con posibilidad de elevarse sobre sí y ante sí, en acto de trascendencia personal e histórica, pues a la vez constituye un ser histórico que está inmerso en la historia y comparte los elementos de cada

historia; puede ser parte de su desenvolvimiento y transformación, en mayor o menor medida de participación e influencia. Así, el ser humano es un ser de la naturaleza, naturalmente humano; un ser histórico, viviente y vital; con voluntad y libertad propias, con conciencia, con capacidad reflexiva y crítica, con capacidad de elevación espiritual en los distintos órdenes del quehacer humano. Puede a la vez trascender todo ahora y aquí, al ser una entidad temporal pero también ultra temporal, por ser un animal de promesas (Nietzsche) y de proyección, un ser utópico (Heller) que trasciende con su mente y reflexión, la circunstancialidad, aunque a ésta, como ser viviente y social, esté adherido en el tiempo y espacio, en la dimensión de Ortega y Gasset del *ser yo y mi circunstancia*.

De tal manera que las leyes naturales y las humanas han encontrado un punto interesante de concordancia en la protección necesaria de las leyes, riqueza y desenvolvimiento naturales, por medio de la intervención humana, con leyes protectoras del medio ambiente que incluye a los animales no humanos, la vida y la salud en general, el progreso compartido con responsabilidad social; las tradiciones y culturas populares, entre otras manifestaciones de orden social y natural, aunque la sociedad misma sea parte de la naturaleza humana.

Parte de la combinación entre leyes humanas y leyes naturales ha estado presente en las distintas posturas asumidas desde la prolífera visión del Derecho natural, que se entiende desde la base como el Derecho regido por principios, valores y contenidos naturales, que no pueden ser desconocidos o violados por las leyes positivas, antes bien por el contrario, éstas deben incorporar en su contenido regulador elementos sustanciales de eticidad, convivencia, paz, felicidad y demás aspectos que sean parte de la elevación y progreso de los seres humanos en convivencia pacífica, ordenada, sin opresión ni represión estatales, sin desconocimiento y con protección de los derechos individuales y de cada individualidad como sujeto único en el universo entero, digno de respeto como

entidad humana, aunque siempre sujeto al ordenamiento jurídico que debe velar por los principios rectores de la seguridad con libertad, orden y progreso compartidos.

Esta dimensión natural en el mundo jurídico, lleva al análisis necesario de aceptar la combinación de factores en la creación, interpretación y ejecución normativa, sobre todo si se aceptan de principio, el respeto y vigencia de los derechos humanos que forman parte de los derechos naturales, objetiva y normativamente expresados y aceptados por los distintos Estados de una u otra manera. Además, en el ejercicio de la actividad legislativa, en la jurisdiccional, en los compromisos y contratos privados, en el ejercicio de la función pública, la presencia de factores como la buena fe; los intereses públicos, que por definición no deben desconocer ni contradecir a los derechos humanos; los principios *pro homine*, pro libertad y *pro natura*, entre otros, destacan su necesaria y permanente presencia en los ordenamientos jurídicos en la doble dimensión escri- ta y no escrita. Incluso, hasta los principios generales del Derecho pueden hacer función de esclarecimiento de la normativa escrita, sin excluir la eventual supletoriedad en caso de laguna o vacío normativo escrito, para la interpretación y ejecución del ordenamiento en su conjunto.

2. La naturaleza humana y las distintas normas de conducta.

El problema de la naturaleza humana abarca a su investigador y consiste en comprender la dimensión de las normas de conducta. Ello no es nada nuevo, pues ya fue tratado desde tiempos antiguos por la interpretación religiosa, filosófica y científica, sin que se haya logrado de manera exclusiva la comprensión total del fenómeno.

Desde la antigua Grecia se dice que el ser humano está entrelazado a la dimensión material y a la espiritual. Por un lado, se sostiene que posee animalidad atada al mundo del ser, pero al mismo tiempo se le atribuye espiritualidad que se

expresa en el amplio quehacer cultural de donde dimanan las normas de conducta que se adentran en la dimensión del deber-ser que no se agotan en el campo jurídico, pues también existen normas convencionales, religiosas, familiares, éticas, entre muchas otras. Ciertamente, el animal humano se encuentra en el mundo biológico con sometimiento paralelo a las leyes físicas y químicas. Su organicidad biológica es distinta a la de los otros seres vivientes como los vegetales y demás animales, aun cuando todos formen parte constitutiva del gran ecosistema vital y planetario. Así, de manera similar a los seres no humanos, específicamente los mamíferos superiores, nuestra especie tiene sensibilidad, instintos y memoria sin excluir un rasgo diferencial al que se le llama espíritu y del cual dimana la expresión cultural, la conciencia, la razón crítica y reflexiva, la capacidad histórica, introspectiva, espacial y temporal.

De forma diferente a los demás seres animales, la persona humana se caracteriza por su actividad espiritual para el ejercicio de la inteligencia especulativa, la capacidad de conferir valores y aspirar a la libertad física y mental. Estas facultades no se limitan al utilitarismo que impone la sobrevivencia vital, pues sobrepasan lo material y la dimensión espacio-temporal, de modo que le confieren al ser humano la capacidad racional para trascender la materia y su entorno mediato e inmediato.

Cabe destacar que esta dimensión racional y espiritual ha sido también estudiada desde la óptica positivista, con reduccionismo a simples reacciones químicas cerebrales e impulsos bioeléctricos (potenciales de acción inter neuronal) de modo que lo supra material queda encasillado en el universo de lo estrictamente natural, por lo que el mundo del deber-ser está relacionado necesariamente con el ámbito del ser. Sin embargo, esta percepción limita los grandes interrogantes del ser humano a los resultados de la ciencia objetiva, dejando de lado expresiones del conocimiento igualmente ricas e incluso aún más dinámicas como sucede con el arte y otras

manifestaciones culturales.

A todo esto, no debemos olvidar lo que ha indicado Paul Feyerabend (1979) en cuanto a que el conocimiento científico y sus resultados no son la única consecuencia del uso de algún método racional, sino que también es parte de la manifestación creativa e intuitiva del científico que pretende alcanzar algún tipo de verdad o algún tipo de comprobación objetiva. Aún más, es posible que su verdad anticipada y sujeta a verificación material, quede primigeniamente inserta en la intuición o en el chispazo espontáneo de la mente-espíritu, con anterioridad incluso al discurso y explicación racionalista. Así este autor (Feye- rabend) propone sustituir el racionalismo en la teoría del conocimiento por la amplitud de criterio en el uso de la inteligencia y creatividad especulativa. Dice: "…la idea de un método estable y universal y la correspondiente idea de una racionalidad estable es tan irrealista como la idea de un instrumento de medición que sea capaz de medir cualquier magnitud en cualquier circunstancia".[14]

Es decir, el científico que ha insistido que a través de la ciencia logra algún grado de dominio sobre el mundo del ser, no escapa al anhelo de libertad ni a la razón creativa e intuitiva que son facultades relacionadas con la dimensión espiritual. En todo caso, el científico puede defender su posición de limitarse a los resultados objetivos y comprobados de la ciencia llamada exacta, pero quien estudia las normas de conducta como científico social, tiene serios problemas al momento de investigar el desenvolvimiento humano en sociedad; tanto por el objeto de estudio que por naturaleza es cambiante, como por la sociedad a la que pertenece y lleva consigo sus valores y creencias, incluso distintos a la sociedad que investiga que a su vez tiene propia historicidad. Es decir, la ciencia a pesar de indicar muchas veces su dominio sobre el mundo del ser, no escapa al anhelo de la libertad humana y a la razón creativa

[14] Feyerabend, Paul. (1979), Erkenntnis für freie Menschen. Frankfurt-Main: Suhrkamp. pág. 170.

e intuitiva, que son facultades propias del devenir espiritual. De este modo el ejercicio de la ciencia natural o física no escapa al ejercicio creativo e intuitivo del científico investigador; tampoco sucede con el científico social imbuido de valores e historia absorbida en su mente y formación, lo cual sin duda es difícil de despojarse pues no se trata de una simple vestimenta o de un objeto cambiante.

Por lo anterior, debemos ahora distinguir entre el científico empírico y el científico social. El primero investiga objetos que no son parte de su ser ni de su comportamiento, dado que el objeto de investigación es autónomo e independiente sujeto a la verificación y experimentación. El científico social en cambio se encuentra desde el principio con un primer obstáculo por su condición de ser precisamente de naturaleza social que le impide, en principio, analizar con rigurosa y extrema objetividad el objeto de estudio que forma parte de la sociedad a la que pertenece cultural y mentalmente. De tal manera que, a diferencia del científico empírico, el científico social procede a investigar el objeto a disposición que es parte de la manifestación cultural; sin ser una realidad autónoma o independiente a su realidad natural, compenetrada de valores culturales e ideológicos. De esa forma el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tienen una misma naturaleza social, cultural e histórica, aun cuando la investigación se ejecute en realidades sociales distintas y antagónicas a los valores, creencias y convicciones del científico social. Por esto es indispensable que este científico haga renuncia consciente, al menos como límite de actuación, de los prejuicios culturales y axiológicos al momento de realizar la investigación de los fenómenos sociales, sin que pueda despojarse totalmente de la compenetración ideológica y cultural como ser social.

De tal manera que es inevitable para quien estudia la sociedad y el Derecho pueda fácilmente escapar de la dimensión espiritual humana, que constituye el fundamento de la cultura que es parte del deber-ser o *s*öllen. La norma de conducta se produce en la sociedad bajo el alero participativo de

expresión racional y espiritual, sin que podamos entender el Derecho con ignorancia de esta doble configuración sustancial, sin olvidar -claro está- el gran contexto del mundo natural del que somos parte constitutiva.

Ahora bien, las normas de conducta son parte del sis- tema necesario para la existencia del cambio social y la supervivencia humana. En efecto, desde que el ser humano está en sociedad prescinde de muchos mecanismos genéticos, pues ya no tiene imperativamente que adaptar su organismo a las condiciones ambientales por medio de alteraciones fisiológicas, tal como lo hacen los demás seres vivos conforme a la evolución genética; sino que utiliza la razón, la intuición, el ingenio creativo y de adaptación utilitaria para sobrevivir en cualquier medio, pacífico o adverso. Así pues, el uso de la razón o del raciocinio como análisis lógico de la realidad, se constituye en el instrumento óptimo para que el ser humano esté en la cultura, haga cultura y la trascienda por otra distinta o complementaria, lo que forma parte de la manifestación espiritual de nuestra especie.

Esta doble composición social y natural y la amplia facultad creativa, cognoscitiva, reflexiva y de autoconciencia, hacen posible que el ser humano elabore normas de conducta que sean instrumento para poder afectar o variar cada entorno y la relación con los semejantes e incluso con los no semejantes.

En esta línea de pensamiento se entiende que las normas de conducta tienen por fin mediato, producir cambios necesarios para que las personas puedan adaptarse a los diversos condicionamientos impuestos por la naturaleza y la sociedad. El ser humano sobrevive de acuerdo a las normas de conducta que tienen como soporte necesario a

la razón, en la cadena de la evolución. Empero tal evolución no siempre ocurre de la manera más deseada, pues existen ideas, creencias, engaños o dogmas contrarios al ejercicio de la recta razón o de la razón crítica con inteligencia en libertad, como sucede con los fundamentalis- mos religiosos, políticos e

ideológicos que tienen destacada presencia en los acontecimientos crueles e insensatos en la historia

En todo caso el fin de las normas de conducta va aparejado a la supervivencia humana en búsqueda –entre otros bienes- de estados permanentes de paz, felicidad compartida; libertad individual y social más allá de los po- sibles condicionamientos naturales que dan paso a los genéticos y ambientales los cuales, si bien inciden en los comportamientos individuales en sociedad, no determinan forzadamente la gran expresión de la libertad compartida. Así por esto las normas de conducta en libertad y para la libertad, son la base del cambio social para el progreso material y espiritual.

Sin embargo, esta misma situación de transformación permanente es también un medio útil para la presencia de personas con fines contrarios a los ideales de paz, prosperidad y libertad para dar margen de acción a múltiples conflictos sociales acompañados de algún o amplio grado de violencia y destrucción. En efecto, en ocasiones los problemas pueden ser de tal dimensión que las partes involucradas en algún conflicto recurran a la violencia hasta el extremo en que alguna parte se sobreponga a la otra; incluso con posibilidades reales de supresión humana y cultural, tal como sucedió -entre abundantes ejemplos- con la conquista de América, la invasión china al Tíbet, la segregación racial en la antigua Sudáfrica, la eliminación de judíos y gitanos en la Alemania nazi o con la eliminación y desaparición de musulmanes en la antigua Yugoslavia. Ciertamente -así lo enseña la historia- la violencia puede

desatarse dentro de los Estados, contra los Estados, desde los Estados y fuera de los Estados, sea para la gloria o sea para la perversión de la libertad individual y social. En este contexto es indispensable evitar que las sociedades se destruyan con favorecimiento de ordenamientos jurídicos que puedan regular, con valores proclives a la defensa de los derechos humanos, las relaciones sociales que aún en conflicto, aspiren a la justicia,

armonía y paz compartidas, con los necesarios instrumentos procesales, materiales y coactivos en democracia y libertad. De tal manera que las normas jurídicas tienen carácter obligatorio, ante cuya violación o irrespeto, surge la necesidad de imposición de sanciones o penas sobre el individuo o colectivos infractores.

Así en este ámbito de normas jurídicas están las leyes como expresión normativa del Estado que se integran al ordenamiento jurídico escrito; lo que también hacen los reglamentos que, aun estando subordinados a las leyes, comparten su dimensión general, el alcance normativo y escrito; sin perjuicio de los contratos válidos y eficaces que, según disposición -se insiste- del artículo 1022 del Código Civil, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. En todo caso, este tema de la norma jurídica y la ley, no deja de ser punto de gran discusión doctrinal, por lo que se desarrollará en otro apartado de este mismo estudio. Valga por ahora destacar que el concepto de ley desde la perspectiva jurídica tiene un sentido diferente al utilizado por la ciencia positiva.

Retomándose las anteriores consideraciones podemos ahora tener un concepto más claro de lo que se entiende por Derecho, distinto al concepto vulgar que lo reduce a las leyes positivas o acaso a cualquier tipo de ley. Por este motivo el Derecho se expresa en el ordenamiento jurídico o en el sistema de normas escritas y no escritas, que disponen lo que debe ser con carácter coactivo y represivo en caso de incumplimiento, con aplicación de la igualdad de trato bajo el binomio aristotélico de la igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales en perspectiva individual o colectiva, para dar solución pronta y cumplida a los conflictos en sociedad. De este modo el Derecho viene a ser una necesidad para la convivencia y solución de conflictos, por lo que forma parte de la naturaleza humana como la sociedad misma, la cual no puede suponerse sin la existencia del ordenamiento jurídico. De tal manera que el Derecho y la convivencia en sociedad son parte esencial de una misma realidad cultural.

Ahora bien, como se ha indicado, en el devenir de las sociedades encontramos gran cantidad de normas de distinto tipo, además de las normas jurídicas, como son las de orden religioso, familiar, moral y costumbrista, que en ocasiones coinciden con alguna de éstas y excepcionalmente con todas a la vez. Claro está en el caso de violación de las normas no jurídicas, no podría aplicarse las coaccion o sanción estatal, sin que esto implique la inexistencia de disposiciones éticas vigentes para determinados grupos u organizaciones de índole civil y privada, las cuales mantienen su propio estatuto regulador y sancionatorio aplicable contra los posibles miembros o agremiados que violen las disposiciones internas y afecten al grupo u organización respectiva.

Así se suelen encontrar sanciones que van desde la llamada de atención oral, pasando por la sanción escrita que se incorpora al correspondiente expediente personal del afectado, hasta la posible sanción extrema de expulsión del gremio o colectivo. Ahora bien, como garantía esencial en los Estados de Derecho, se suele incorporar necesariamente en estas prácticas los mecanismos de la debida defensa de los investigados y eventual sancionados, con la implementación de los recursos ordinarios y extraordinarios necesarios del caso para la protección de los intereses legítimos y derechos subjetivos. O bien, de las situaciones jurídicas protegidas a nivel subjetivo, a partir de los lineamientos fijados objetiva y previamente por el Derecho de la Constitución (escrito y no escrito), a fin de que existan los fueros de protección necesarios para la defensa de los derechos fundamentales al mismo nivel de Derecho privado. Así en nuestro medio jurídico positivo, conforme a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existe el mecanismo procesal de la acción de amparo contra sujetos de Derecho privado, lo que sin duda es una hermosa y necesaria pieza en defensa de los derechos fundamentales, que no solo son desconocidos o mancillados desde la esfera del poder público. De esta manera, para este tipo de acción procesal en la vía procesal de amparo, se exige no solo que el ofensor sea un

sujeto de Derecho privado, sino que esté también en posición de ventaja o poder para violar el derecho fundamental del tercero afectado; complementariamente que se materialice tal poder.

En todo caso, tenemos como agregado en esta disquisición teórica y práctica, la conformación de entidades mixtas donde se entremezclan el Derecho público y el Derecho privado, como suele suceder con las empresas públicas donde si bien se caracterizan por tener alguna Administración pública la mayoría del capital accionario o su equivalente, en el respectivo capital social de la empresa, o acaso que sean de tal naturaleza por imperativo legal que así lo disponga, no dejan de presentarse contrataciones estrictamente privadas de funcionarios o personal, regidos por el Derecho común, sea el civil, el laboral y el mercantil, cuyas singularidades se esbozarán sintéticamente más adelante. Acá también existen las regulaciones de orden ético o deontológico en el ejercicio de la función pública y privada, sobre todo por la naturaleza de las empresas públicas cuyo capital accionario o patrimonio de base son fondos públicos y fiscalizados generalmente, por los órganos y entes contralores en el Derecho comparado. Asimismo, asistimos a la presencia de los entes públicos no estatales, es decir, a las corporaciones regidas por el Derecho público, sin perjuicio del ejercicio de la capacidad de Derecho privado, sin ser parte de la Administración burocratizada del Estado; incluso, en la doctrina comparada, existe la defensa de la tesis de que se tratan de entes de base privada que nacen a partir del acuerdo entre dos o más personas privadas e identificadas con profesiones e intereses comunes, a favor de un colegio profesional -ejemplo de un ente público no estatal- con el aval complementario y necesario de la ley autorizante al efecto.

Toda esta amplia gama de entes públicos no estatales suelen incorporar a sus organizaciones y actividades, códigos de ética para el desempeño de las respectivas pro- fesiones; no obstante, en modo alguno deben aceptarse los tribunales de ética regidos por la conciencia -que en ocasiones no

infrecuentes son de mala conciencia- para sancionar a agremiados que carecen de los elementales principios del debido proceso, donde, en materia sancionatoria, sobre todo a nivel público o desplegado por un ente público, estatal o no estatal, ni siquiera incorporan principios rectores de la dinámica penal en beneficio de los derechos fundamentales. Ni se siguen tampoco, al menos en su totalidad y sólo tímida y parcialmente, principios reguladores y vinculantes para el ejercicio de la función pública por parte de los tribunales internos de investigación u órganos instructores de los procedimientos, al igual que sucede respecto al órgano que dicta la o las sanciones correspondientes. De tal manera que en ocasiones la existencia de normativas de contenido ético, no son necesariamente una garantía para la objetividad y justicia a nivel prejudicial o extrajudicial, dado que se suelen cometer arbitrariedades consumadas desde la subjetividad y ocurrencia, tanto por lo que disponen las mismas normas, como por el ejercicio a la libre de la interpretación irresponsable y con carencia absoluta de justicia, lógica, técnica y ciencia.

A esto se suma la discrecionalidad administrativa, donde los funcionarios públicos en ocasiones se encuentran con necesidades de pronta solución en un marco jurídico y técnico de escogencia y valoración, o con alguna laguna o equívoco jurídico, cuya condición real o material impone la aplicación de la lógica, los criterios unívocos de la ciencia, lo óptimo de la técnica sin demérito de la justicia a terceros, conforme al principio de legalidad y el interés público involucrado fáctica y jurídicamente. Esta misma realidad jurídica suele ser también invocada por quienes ejercitan las potestades sancionatorias administrativas que fueron transformadas en crudas arbitrariedades funcionariales, sin seguir con ninguno de los anteriores y precisos principios jurídicamente dispuestos. Esta misma arbitrariedad cargada de subjetivismo en perjuicio de la dignidad humana, no solo se aplica a funcionarios permanentes, sino también a los ocasionales o a aquellos que coadyuvan con la Administración activa para satisfacer los

intereses públicos, como sucede, a manera de ejemplo, con los concesionarios de obras y servicios públicos. De tal manera que los códigos de ética en los sujetos de Derecho privado, en los entes y órganos públicos y en los entes mixtos, no necesariamente son instrumentos óptimos para la justicia pronta y cumplida, en tanto se desliguen de los principios complementarios y rectores del debido procedimiento y del conjunto de derechos fundamentales previa y objetivamente dispuestos, a nivel escrito y no escrito en los Estados de Derecho.

Por definición entonces, como ejemplo complementario, un tribunal de ética regido por la ética y no por el ordenamiento jurídico positivo que, en un Estado de Derecho -se insiste- no debe desligarse del contenido y fin de los derechos humanos, constituye una radical afrenta a sus principios y fines que desmejoran sustancialmente cual- quier sistema democrático, real o efectivo.

3. División de las normas

La pluralidad de conductas del ser humano se presenta como un amplio espectáculo, en ocasiones con la dificultad de ver su limitación en medio de las gradualidades que separan una conducta de otra. No obstante, con rigor taxonómico, se ha procedido a dividir el espectro de la conducta humana en ciertas formas, tales como la conducta religiosa, conducta moral, conducta jurídica y conducta social; a las cuales corresponden en el mismo orden las normas religiosas, morales, jurídicas y sociales.

Las normas religiosas se presentan como aquellas que prescriben el comportamiento humano ante lo invisible, lo que a buen decir del helenista Alfonso Reyes, consiste en lo que no depende de nosotros, pero de lo cual dependemos, es decir, lo que es venerado como divino o superior según determinadas creencias. De estas últimas nacen principios morales que tienen igual o análoga naturaleza que las normas religiosas.

A su vez las normas morales buscan llevar al sujeto lo utópico o distópico, según el valor asignado por cada persona o sociedad. No obstante, se ha de indicar la diferencia entre la norma moral surgida desde la base de la reflexión filosófica y aquella otra tomada acríticamente por algún sujeto en sociedad; en el primer caso tendríamos la norma ética distinta de la norma simplemente moral, propia del segundo caso.

Las normas jurídicas, ya abordadas desde diversos ángulos, son vistas en este aspecto como las que tienden a alcanzar la justicia, aunque en la práctica repetidas veces se busque todo lo contario por los operadores del Derecho. Distintas han de ser estas normas a las de corte social que rigen en las relaciones interindividuales y que son parte del devenir de los acontecimientos diarios aun en las relaciones en conflicto. En todo caso respecto a la relación de las normas sociales y las normas jurídicas, se ha establecido -algo que no es afirmación pacífica en la doctrina- que, entre los usos sociales y el derecho, no existe una diferencia tajante y radical; así, la vida los presenta como dos corrientes que tienden a confundirse. El Derecho recoge costumbres sociales y las incorpora al orden jurídico ya sea provisional, ya sea definitivamente. En otros casos, lucha contra ciertas costumbres prohibiéndolas en forma ab- soluta o aceptando algunas de sus exigencias. De modo que, aunque distintas, son normas estrechamente relacionadas desde el mismo principio de su composición, dado el carácter social de ambas dimensiones y la necesidad de mantener el orden social como estructura fundamental de cualquier organización política e institucional, claro está, con la presencia determinante del poder coactivo del Estado ante el incumplimiento o violación total o parcial de la norma jurídica.

SEGUNDA PARTE
LA CIENCIA JURÍDICA

CAPÍTULO IV

INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA JURÍDICA

1. Aspectos generales. 2. Disciplinas jurídicas. 3. Necesidad de una introducción a la ciencia del Derecho.

1. Aspectos generales.

Lo jurídico remite al Derecho, del cual se ha mostrado con claridad su naturaleza. En cuanto a los vocablos *introducción* y *ciencia* debemos hacer una sucinta disertación. Ciertamente, así como la inducción y la deducción constituyen en este orden las corrientes de lo particular a lo general y viceversa, de forma similar la introducción implica el acto de ubicarse dentro de una corriente, tal como se suma el agua de un afluente menor a uno mayor. Así como introducir es conectarse a una materia, del mismo modo esta introducción ha de consistir en sumergirse de una forma peculiar en el Derecho, es decir en la particularidad de la ciencia jurídica.

La ciencia, por su parte, desde la etimología sustentada en el verbo latino *scire*, remite al saber, no muy distinto de la idea de sabor, para así permitir argumentar la similitud del buen gusto como el buen saber, de modo que se puede saber del Derecho como sabe un catador del producto a su gusto. Sin embargo, la dificultad se presenta cuando la ciencia deja de ser usada en esta dimensión de amplitud, con inclinación en el Derecho por tres sentidos claramente utilizados, sea para el designio de todas las disciplinas jurídicas; sea para la referencia exclusiva de los estudios científicos sobre el Derecho, con exclusión de aquellos otros que tengan carácter filosófico, o sea en referencia preferente a la dogmática jurídica. De esta manera en el primer caso la ciencia del Derecho constituye el saber jurídico en general que abarca a todas las diferentes disciplinas jurídicas, a saber: a) la sociología de Derecho,

b) la teoría general del Derecho; c) la filosofía del Derecho;

d) la historia del Derecho; e) la psicología del Derecho y f) la ciencia del Derecho comparado. A estas disciplinas jurídicas, también se suele añadir, g) la ciencia del Derecho *en sentido estricto.*

En segundo lugar, tendríamos a la ciencia del Derecho implicada en diferentes disciplinas jurídicas, con exclusión de la filosofía del Derecho. Como tercera acepción alude exclusivamente a la dogmática jurídica o jurisprudencia entendida en su sentido etimológico (*prudentia juris*) como ciencia del Derecho, lo que no nos sacaría de un simple ejercicio repetitivo o tautológico; razón por la cual debemos entender a la jurisprudencia como la práctica jurisdiccional reiterada de alguna regla jurídica que se aplica de manera determinada a casos concretos.

2. Disciplinas jurídicas

a) La sociología del Derecho

García Máynez (1949) define a la sociología del derecho como "la disciplina que tiene por objeto la explicación del fenómeno jurídico, considerado como hecho social"[15]. En efecto, el Derecho presupone la vida social y ésta exige organización de la sociedad. En este sentido se ha llegado a sostener que la relación entre Derecho y sociedad viene a ser el objeto de la sociología del Derecho. Al respecto Georges Gurvitch (2001), sociólogo y jurista francés de origen ruso, precisó su definición al indicar que consiste en "aquella parte de la sociología del espíritu humano que estudia la realidad plena del derecho comenzando por sus expresiones tangibles y externamente observables en las conductas colectivas efectivas (organizaciones cristalizadas, prácticas y tradiciones consuetudinarias o innovaciones de la conducta) y en la base material (la estructura espacial y la densidad demográfica de las

[15] García Máynez, Eduardo. (2002). Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa, México, pág. 167.

instituciones jurídicas)."[16]

De esta manera Gurvitch reune los problemas de la sociología del Derecho en tres grandes grupos: a) los problemas que atañen a la *sociología jurídica sistemática;* es decir, el estudio de la manifestación de la ley en función de las formas de sociabilidad y de los niveles de la realidad social; problemas que únicamente pueden ser resueltos por la denominada *microsociología jurídica*; b) los problemas de la *sociología diferencial;* esto es, el estudio de las manifestaciones jurídicas en función de las unidades colectivas reales cuya solución se encuentra en la tipología jurídica de determinados grupos y sociedades; c) los problemas de la *sociología jurídica genética*, analizados por medio de la *macrosociología jurídica dinámica,* así constituye el estudio de las regularidades, tendencias y factores del cambio, desarrollo y decadencia jurídicas dentro de un tipo particular de sociedad.

b) La teoría general del Derecho.

Para iniciar este sintético tratamiento, es recomendable observar planteamientos que abordan etimológicamente la palabra *teoría*. En efecto García Morente menciona que este concepto proviene del griego *theorein,* el cual indica sucesivos esfuerzos del espíritu por intuir con claridad una idea y señala que dicho planteamiento corresponde a un segundo momento de la dialéctica platónica. De este modo teorizar es intuir con claridad, lo cual desde una posición filosófica implicaría experimentar y desentrañar la noción de Derecho. Pero en este punto específico es necesario indicar que se trata de una teoría general donde el concepto *general* indica a la vez un hecho repetitivo, amplio y dinámico. No obstante, este término tiene el problema de ser usado también por la ciencia positiva. En tal sentido se comprende el razonamiento que sostiene que la

[16] Georges Gurvitch. (2001). Gurvitch, G. (2001). Sociology of law, with a new introduction by Alan Hunt.New Jersey, USA: Law and Society Series, pág. 61.

proclamación de la teoría general del Derecho como disciplina autónoma, no es más que la expresión del prejuicio positivista contra los estudios metafísicos que llevó a muchos autores de final del siglo XIX y principios del siglo XX, a proclamar la muerte de la filosofía del Derecho y realizarla bajo otras denominaciones (p. 46).

Este planteamiento se comprende en el marco de la tendencia positivista que envolvió al Derecho en la modernidad, principalmente con fundamento en el planteamiento de dar a las ciencias sociales una base teórica y científica equivalente a la que se le da a las ciencias exactas. Lo anterior se constata en el uso sociológico, histórico y hasta estadístico con el que se abordó a la ciencia jurídica. En esta línea de pensamiento se sostiene que el mayor apogeo de la tendencia positivista en el ámbito jurídico lo alcanzó el jurista Hans Kelsen quien, a pesar de sostener que su método se separa del mundo del ser de las ciencias exactas, en su anhelo de alcanzar el orbe de la cultura, elabora desde premisas kantianas un método que excluye lo meta jurídico y elabora así una lógica jurídica formal, donde el conjunto de normas positivas, quedan relacionadas y subordinadas por la pirámide jurídica que ostenta plena autosuficiencia para su creación, modificación, extinción, ejecución e interpretación normativa, dándose paso a una verdadera teoría general del Derecho. De este modo, según un criterio generalizado, Kelsen se constituyó en el ícono del más puro positivismo jurídico. Sin embargo, no cabe duda que el término *positivismo* adquiere diversos sentidos hasta el extremo de llegar a ser equívoco; no obstante, puede ser precisado desde el panorama histórico. En efecto, de acuerdo a Torré[17], a pesar de la variedad de sentidos en que es usada la expresión de *positivismo*, cabe diferenciar dos significados cronológica- mente distintos, a saber:

a) El sentido histórico que tuvo su origen en el siglo XIX;

[17] Torré, Abelardo. TOR. Introducción al derecho. - 14º ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, págs. 77-82.

acepción que se asentó en Alemania en un sustrato empirista con el nombre del epígrafe *All- gemeine Rechtslehre*, dándose la aplicación del método inductivo que es propio de las ciencias naturales, con el fin de sobreponerse a la filosofía jurídica que fue vista como disciplina anticientífica. Los expositores más conocidos de esta tendencia son Bergbohm, Merkel y Bierling.

b) El significado actual que a la vez tiene tres acepciones, según sea una disciplina contraria a la filosofía jurídica; según sea una disciplina sinónima, o según sea parte constitutiva de la filosofía jurídica donde suele ubicarse la posición kelseniana.

Sin embargo, también se sostiene que Francia tomó otro rumbo en el campo del Derecho, bastante distinto de aquél que se dio en Alemania donde predominó la reflexión filosófica en el campo del Derecho, pues los juristas franceses sin ignorar a la filosofía, concentraron la atención reflexiva en el ámbito estrictamente jurídico, sin mostrar de- nodado interés por el estudio de la presencia de la filosofía en el Derecho. No obstante, a través de juristas franceses estuvo presente la preocupación por la ética, aunque esto no los indujo a sumergirse con profundidad en el orbe de la filosofía del Derecho, tal como lo hicieron los alemanes.

Cabe destacar que en Francia existieron épocas de muchas transformaciones sociales, las cuales repercutieron sin duda en el desenvolvimiento jurídico (v.gr. Revolución francesa y posterior codificación de las leyes con el Código napoleónico) que nutrió la corriente codificadora, la cual encontró en el individuo, el Estado y la ley escrita, la panacea para dar solución a los problemas humanos. No es así extraño hallar un gran número de obras sobre este tema de cambio social y de inclinación político-jurídica pasándose por grandes juristas de la talla de Duguit, Capitant, Morin, Savatier, entre otros. En efecto, en el país galo hubo gran proliferación jurídica de principios que van desde la buena fe negocial que debe estar presente en todo contrato, hasta aspectos de nulidad -que derivan en algunos casos directamente del Derecho ro- mano- e incluso de

prescripción. Pero la mayor parte de estos principios si bien tienen relación con el dinamismo y preocupación social en Francia, es posible que otras sociedades llegaran a tener ordenamientos jurídicos sin la aceptación de tales principios inspirados fundamentalmente en la tradición del Derecho romano.

Ciertamente existen ordenamientos jurídicos donde se dispone que los contratos reflejan la aplicación exacta de sus términos, sin darse la interpretación fuera de lo que expresamente se indica por escrito, algo así como una función literalista o exegética de la norma. Empero es posible concebir situaciones bastante particulares, donde alguna persona puede aceptar un compromiso contrario a las buenas costumbres, en cuyo caso el sistema jurídico interviene bajo la consideración de que es más grave acatar el contrato que desobedecerlo, lo que sin duda favorece el desarrollo jurídico romano y francés -latino al fin- que ha servido de base a otros sistemas de Derecho.

Del mismo modo, en lo que respecta a la reacción contraria al Derecho burgués del siglo XIX, podríamos destacar que el Código napoleónico dispuso entre sus principios básicos el respeto a la familia; matrimonio y propiedad privada.

La teoría general de un derecho particular presenta, por tanto, una serie de lineamientos de orden social, sobre los cuales yacen preceptos del Derecho y otros de orden meramente técnico. Por ejemplo: los principios de prescripción de los actos jurídicos, los relativos a la sana competencia o los que establecen la ordenación coercitiva de las personas y de la organización del Estado. De estos temas muchos juristas han realizado estudios particulares, pero no se ha desarrollado una literatura sistemática y unitaria que pueda dar cuenta de la teoría general del Derecho. Por ello existe la amplia diversidad de conceptos con los que se alude o regula los mismos fenómenos, lo cual dificulta, en gran medida, un sistema coherente y completo que explique en conjunto y unidad estos principios.

En esta dimensión algo suelta de los tratamientos jurídicos se vislumbra el panorama de los inter subjetivismos en distintas sociedades, que impiden el nacimiento de una literatura universal que comprenda todos los principios jurídicos de incidencia y coherencia universal, o acaso en la dimensión del Derecho escrito de inspiración romana y del Derecho no escrito o consuetudinario de inspiración anglosajona. Esto demuestra que en la mayoría de las sociedades se vive sobre ciertas verdades que se presen- tan como incuestionables, las cuales no precisamente son verdades con respecto a la realidad. Lo anterior ha gene- rado burlas de algunos eruditos, quienes no han dudado en afirmar que la justicia se presenta en determinados grupos según sus valores, de ahí que Pascal señalara en su famosa obra *Pensamientos* ("Pensées"): "¡Bonita justicia la que tiene por límite un río! Verdad más acá de los Pirineos, error más allá.". Sin embargo, estas afirmaciones requieren de su necesaria matización: existen principios en el Derecho que son comunes a todas las sociedades, ya que remiten a las condiciones básicas del ser humano, en lo que el Derecho internacional humanitario es ejemplo claro y preciso, además de ser material pretoriano en el avance de la ciencia jurídica.

Sin embargo, también debemos recalcar que existen tratamientos jurídicos distintos, incluso entre Estados con sistemas diferentes, como son los de inspiración anglosajona y aquellos de inspiración romana y francesa. Ciertamente, en la misma realidad occidental se presenta la amplia tradición romana, principalmente en los países de base latina; pero si se compara con el sistema anglosajón se obtiene una amplísima y valiosa serie de datos que permiten establecer las diferencias y riquezas de cada uno de los sistemas; esto, a pesar de la carencia de información sistemática y científica en perjuicio del estudio compacto y amplio del Derecho como disciplina científica, donde no solo se debe rescatar el marco comparativo sino el entrelazamiento de valores y principios favorables al Estado constitucional de Derecho, sea en el marco del Derecho

escrito como en el desenvolvimiento del Derecho no escrito.

Cabe aclarar, que ha existido una crítica generalizada por el hecho que se la llame doctrina al estudio de estos principios del Derecho. Lo anterior, se debe a la corriente francesa que tiende a distinguir entre la ley, la jurisprudencia y la doctrina que es el producto de los eruditos que tienen como prioridad el desarrollo de estos principios que, por lo general, nacen y se desarrollan desde casos específicos, por lo cual muchas veces están sometidos al azar según el vaivén de los acontecimientos y pretensiones en las sociedades, muchos de estos en dialéctica conflictiva. De este modo, no se está muy lejos de la sociología -a pesar de las protestas de la Escuela de Viena- pues, aunque tenga marcadas diferencias con el Derecho, tiene puntos en los cuales coincide, principalmente en el campo del positivismo. De esta manera la sociología no da los principios generales del Derecho, sino que ayuda a dar los elementos básicos de un tipo de Derecho.

Por lo anterior se puede decir que la teoría general del Derecho tiene la característica de ser esencialmente una ciencia de carácter abstracto, que estudia el fenómeno del Derecho, pero que presenta en principio el inconveniente de ser abordado en relación con una sociedad determinada. Es decir, procede con el estudio de un Derecho particular, aunque no por esto tengamos por raquíticos los avances en los derechos humanos y el Derecho internacional, nutridos de la teoría general del Derecho en cuanto matriz teórica de principios jurídicos comunes a culturas que pueden ser diametralmente opuestas, aunque no así menos humanas unas de otras.

c) La filosofía del Derecho

Desde la antigua Grecia se tiene un concepto amplio de filosofía, el cual ha sido objeto de abundante disertación y discusión a través de la historia del pensamiento. No es extraño que algunos tengan dificultad en definirla, otros en reducirlo

simplemente a pura intelectualidad y no faltan quienes, al intentar definirlo, se encuentran con fuertes disputas con la teología y con la ciencia para lograr diferenciarla. En todo caso, lo que es innegable es que la filosofía en su sentido general se ha opuesto al pensamiento vulgar, es decir, a la simple y llana opinión por buscar la explicación racional de la realidad en plural perspectiva, tanto como realidad del ser pensante y reflexivo con capacidad especulativa y cognoscitiva; también desde la óptica del valor en calidad de fundamento y proyección de cada persona en su relación con la realidad circundante y objetiva; asimismo como búsqueda racional de la explicación de los fenómenos espirituales y materiales desde sus prime- ras causas. Sin duda, entonces, es difícil si no imposible esbozar, a manera de ley universal, una sola definición del concepto de filosofía como si se tratara -parafraseando a Heráclito- del movimiento del agua en un mismo río, donde la confluencia de elementos y fluir incesante del pensamiento son nota común. Sin embargo, se han seguido distintos métodos o caminos para conceptualizar y proponer definiciones de esta disciplina ligada por excelencia al uso de la razón y por esto a la libertad racional. Aun cuando, a la manera de Heidegger, la filosofía nunca podrá definirse, sino que su esencia radica en la virtud del cuestionamiento incesante e inteligente, de tal modo que la pregunta básica de: "¿Qué es eso, filosofía?" ya se ubica en el mundo del ser que tiene más descripción que definición. Destaquemos pues algunos de los principales métodos utilizados en relación con la disciplina filosófica, a saber: a) el método dogmático, que parte de un enunciado o principio axiomático que se tiene como válido e irrefutable, sin discutir ni demostrar previamente su validez. Obviamente este método contradice radicalmente el método científico presto a la duda racional y a la comprobación objetiva de los enunciados sujetos a la verificación o constatación. Este método es comúnmente utilizado en el ámbito de la teología; en la moral objetiva y en las distintas religiones; de tal manera que la filosofía nunca podría ser -o no debiera ser- dogma, por la renuncia a la razón

crítica y aceptación a la verdad absoluta como premisa de pensamiento. B) El método etimológico que busca la idea a través del estudio idiomático de los términos, por lo cual se apega a la definición de filosofía como “amor a la sabiduría” (de *filos*, amigo, y *sofos*, sabio), lo cual tiene la gran limitación de enmarcarse en la conceptualización lingüística, sin tomar en cuenta todas y cada una de las distintas gamas o vertientes del tratamiento filosófico que, si bien ninguna excluye el amor a la sabiduría, su realidad es mucho más compleja y rica.

C) El método psicológico que se basa en la necesidad del conocimiento humano, y en la expresión de los diversos grados de tal conocimiento cuyo objeto es la mente (pensamiento y cerebro), lo que sin duda constituye una limitación a la amplitud del conocimiento filosófico que abarca la totalidad de las cosas, desde el *yo* y el *nosotros* hasta el universo que, según la física actual, no descarta la posible existencia de universos paralelos. Así entonces resulta importante identificar el saber en tres clases de conocimiento, según sea el de tipo vulgar, propio del conocimiento desordenado, confuso, de simpleza sensorial y pasajero; según el conocimiento científico que es metódico, crítico, sistemático y en principio contrastable en búsqueda de la verdad objetiva y comprobada; y según el conocimiento filosófico, que se adentra en el conocimiento de todas las cosas por sus últimas causas, con inclusión del conocimiento en sí mismo y su relación con otras inteligencias, con el mundo material y el ámbito espiritual. De alguna manera entonces, la filosofía no es ciencia en sentido riguroso ni es teología, aun cuando en ocasiones comparta parcialmente con alguno de sus elementos constitutivos.

D) El método histórico, que busca determinar el objeto de la filosofía desde el estudio comparativo de los distintos contenidos del pensamiento a través de la historia, a fin de lograr unir los elementos comunes hacia una sola definición; o acaso determinar su contenido y fin desde la base de lo que ha sido como disciplina del conocimiento combinado, quedando de

su desmembración distintas e independientes disciplinas. Este método reduce la filosofía a una realidad descriptiva más que analítica de su contenido racional y reflexivo. Sin embargo, ha sido de gran utilidad para el desenvolvimiento del pensamiento encontrado en un suelo común, entre los distintos pensadores y escuelas de pensamiento, a diferencia del ejercicio filosófico con la razón crítica en libertad; E) El método lógico deduce el concepto de filosofía del ligamen de los elementos esenciales y comunes de las distintas manifestaciones de este saber, a fin de unirlos en una descripción lógica de sus contenidos y fines. Empero, cabe destacar que cuando el pensamiento se remonta en la búsqueda de realidades específicas del pensamiento, se tiende a hablar de filosofía del lenguaje, filosofía de la ciencia, filosofía de la historia, entre otras clasificaciones posibles.

Así entonces, de la premisa multidimensional del pensamiento arraigado en disciplinas distintas, es que diferentes pensadores parten de la premisa práctica de que cuando se estudia la ciencia jurídica no deja de estar presente la dimensión filosófica, por lo cual se estudia el Derecho sin dejar de hacer filosofía, o mejor aún, se estudia la presencia de la filosofía en el estudio del Derecho.

A esto debemos anotar que la filosofía del Derecho nace propiamente en Alemania por impulso de los filósofos, no así de los juristas. Antes del siglo XVII se habló de una “etapa de dependencia”, donde la filosofía jurídica se cultivó de manera incidental y derivada. Luego inició con Kant (1724-1804), a quien se le imputa la paternidad de integrar el Derecho en la filosofía; hubo también un segundo período que es denominado “etapa de la autonomía” donde la filosofía del Derecho se desarrolla por sí sola y comprende desde los partidarios de la Escuela histórica hasta los positivistas al estilo de Hans Kelsen, para derivar a la vez en otras escuelas de contenido análogo con auto- nomía de tales escuelas.

Siguiendo a Kant no podemos obviar a su gran discípulo Fichte (1762-1814), quien se apartó de su maestro para arribar a un alto grado de pragmatismo que lo condujo a la elaboración

de reconocidas obras de valor jurídico, sin grandilocuentes elucubraciones hipotéticas desde la base especulativa de la razón y espíritu universales; dando como resultado importantes obras como *La contribución a la rectificación de los juicios del poder público sobre la Revolución Francesa*; *Fundamentación de la Doctrina de la Ciencia*; *Fundamentación del Derecho Natural* y *El Estado comercial cerrado*; considerándose esta última una obra arquetípica del socialismo de Estado.

A su manera Hegel (1770-1831) también sentó las bases de una escuela del Derecho bajo los principios del idealismo dialéctico, partiendo de la Razón Universal que todo lo envuelve y determina en función ascendente y en movimiento dialéctico a través del choque entre opuestos, para así dar paso a la síntesis que no constituye la desaparición de los elementos en contradicción (tesis y antítesis), sino que es el estado de combinación para la superación de ambos elementos en un resultado distinto y superior (síntesis). Así, por derivación del Espíritu Absoluto en la manifestación objetiva, el Derecho y el Estado son parte fundamental del desarrollo del Espíritu objetivo en los acontecimientos históricos; Estado y Derecho que tuvo, en la equivocada percepción de Hegel, su expresión culminante en las cortes de Guillermo Federico IV de Prusia.

Tampoco podemos ignorar en el siglo XX los aportes esbozados por Rudolf Stammler (1856-1938) quien, junto a Hans Kelsen, han permitido la profunda reflexión en torno a la filosofía del Derecho y que a la vez fueron profesores en la materia con destacadísima actividad y con un amplio reconocimiento a nivel de cultura e investigación comparada.

Sin embargo, esta corriente filosófica no limitó su desarrollo al espacio interno alemán o a sus cercanías, sino que es fácil constatar la fuerte incidencia del pensamiento alemán y del idealismo sobre todo en Italia, específicamente en la figura de Giorgio Del Vecchio (1878-1970). Ahora bien, la filosofía del Derecho ha encontrado gran extensión en la doctrina comparada e incluso en los ordenamientos jurídicos, donde se ha dado un verdadero renacer con el desarrollo de los

derechos humanos que sustancialmente comparten elementos jurídicos y de filosofía política; antropología, ontología y ética.

También se ha retomado con denodado interés los fundamentos y fines del Derecho natural, que lleva necesariamente a los distintos estudios y estudiosos de la filosofía con el uso del lenguaje y pensamiento universales insertos en las distintas concepciones sobre los orígenes y valores humanos; su entorno mediato e inmediato; los fundamentos básicos y determinantes de las diversas organizaciones de los Estados, a fin de precisar que el ser humano es el centro o núcleo duro de sus organizaciones y actividades.

En fin, el hecho de no buscar ni encontrar principios y valores de contenido filosófico en el ejercicio de la ciencia jurídica, en cualesquiera de sus manifestaciones, es tan contraproducente como apartar del Derecho el valor de la justicia, o dar por aceptado que la norma positiva sea válida y eficaz por sí misma con independencia de su contenido regulador, por haber cumplido simplemente la técnica legal para su nacimiento, eficacia y ejecución material sin perjuicio de su modificación, derogación o anulación por sentencia que así lo disponga, generalmente por medio del ejercicio de la competencia de los tribunales constitucionales.

Sin embargo, no siempre los principios o posiciones filosóficas en el devenir político y jurídico conducen necesariamente a la justicia, como valor altruista y favorable a los derechos humanos, pues también existen posiciones racionales y fundamentadas que impulsan a la dictadura y a la represión, bajo lineamientos contrarios al humanismo y a la concepción del ser humano como entidad digna de respeto, con derechos y libertades oponibles a terceros y al poder público -también al privado y mixto- en su diversas formas de expresión a través de la política real y no ya simplemente por medio de la política especulativa.

d) La historia del Derecho.

Del griego, *hysteria,* adviene el sentido de la palabra *historia* como investigación, término que desde la base latina le da sentido con etimología y poesía en relación con las huellas del ser humano allegado a la civilización.

A la narración de sucesos, los griegos la calificaron de *logografía* que, aplicado a los escritos jurídicos, se arriba al tratamiento de la historia del derecho como objeto de estudio y reflexión. Sin arriesgada especulación, la historia y el derecho son fenómenos conexos, ineludibles uno del otro como partes constitutivas de una misma realidad, así como sucede con la bifrontalidad del dios romano Jano.

Seguidamente destaquemos ahora un sucinto repaso de dos perspectivas importantes en el tratamiento de la historia, sea en su visión científica, como lo hace Comte, sea en su dimensión estética al estilo de Nietzsche.

Ciertamente Comte propuso la linealidad de la historia en tres estadios: el religioso, el metafísico y el científico; división que nutre el sentido de la historia como ciencia; fenómeno que a la vez hace ver el Derecho inmerso en estos mismos parámetros como parte de la historia. Ahora bien, será con Nietzsche donde se plantea una teoría estética de la historia[18], lo que da paso a una forma nueva de interpretar el Derecho que se sustenta en la idea de que, así como sucede con toda historia, la historia del Derecho se apoya en los vestigios de épocas pasadas. El universo particularizado en la reflexión racional se mira así mismo de manera creativa, donde el pasado es parte de las cuerdas vibratorias del instrumento musical del universo entero,

[18] "Nietzsche plantea, aunque no de manera estructurada o sistemática, una especia de *teoría estética de la historia,* como alternativa a los efectos «bárbaros de la ciencia», contra el «exceso» del cientificismo y, sobre todo, contra la conciencia histórico-científica de sus contemporáneos, la cual en unión con las ciencias naturales ejercía una dirección abstracta y pálida, al mismo tiempo que una reducción de los múltiples sentidos que encierra el pasado" (Guervós, pág. 102).

como acción acaecida en el espectáculo del pasado; donde está presente la ilusión de la mente por el devenir de las cosas que siempre son; con agregado del eterno retorno donde se conjuga la eternidad del tiempo con la limitación de los elementos presentes y entremezclados en la historia. En esta dimensión activa, el ser humano se muestra como sujeto creador en unidad con el universo; por lo cual desde la perspectiva jurídica también absorbe del pasado para dar sentido de justicia al Derecho.

e) La psicología del Derecho.

La psicología tiene como objeto de estudio a la conducta humana, cuya rama referida al Derecho es la psicología jurídica que adquiere relevancia para la interpretación del ordenamiento jurídico desde la base de aspectos psicológicos que sirven para determinar la aplicación jurídica. Así está presente, a manera de ejemplo, en el tratamiento jurídico de la insania; en las conductas patológicas relacionadas con el Derecho penal; en las regulaciones y sanciones por acosos morales, sexuales y laborales, entre otros; es decir, se da el nexo entre el estudio y tratamiento de la psicología para la regulación y determinación jurídicas; lo que en ocasiones da fundamento para condenas atenuadas o de carácter especial, como cuando se da internamiento clínico a un criminal o abusador. Por tal motivo, la rama de la psicología sin excluir a la psiquiatría, son disciplinas auxiliares y esclarecedoras para el ejercicio de la ciencia del Derecho. A ello se suma la necesidad de estudio y valoración de los comportamientos individuales y grupales en relación con los ordenamientos jurídicos y su influencia en tales individuos o grupos.

f) Ciencia del Derecho comparado

Como ya se ha adelantado, el estudio del Derecho positivo se hace en relación a un determinado grupo social o a alguna sociedad en conjunto a la que se le aplica y regula. Por tanto, si

se estudia este tipo de Derecho se tiene como efecto la manifestación jurídica de un determinado tiempo y lugar o de un país o Estado específico, para evaluar objetivamente su interpretación y aplicación. Y en caso del estudio comparativo con otros ordenamientos jurídicos, se tendría entonces la manifestación del Derecho comparado.

Sin duda la importancia de este tratamiento jurídico radica en que permite determinar con algún ángulo de precisión, no solo el avance o retroceso de los ordenamientos jurídicos de los Estados, sino también facilitar el estudio de los Estados con realidades históricas compartidas y con elementos de identificación y acercamiento como sucede, a manera de ejemplo, entre los países latinoamericanos. También se posibilita la determinación de múltiples expresiones de realidades culturales distintas, donde salen a relucir elementos coincidentes o diversos entre culturas, tradiciones y valores adquiridos por las sociedades y los Estados, sin perjuicio del estudio de los fines a perseguir según sea la perspectiva de cada sociedad y cultura que incluye la dimensión política e ideológica. En este desenvolvimiento comparado se facilita la ubicación de alguna sociedad u organización estatal bajo la tradición e influen- cia -por ejemplo- de los valores occidentales u orientales. De tal manera que el Derecho comparado constituye una fuente relevante en el análisis objetivo y científico de la evolución o involución de los distintos ordenamientos jurídicos, lo cual es de gran importancia para la valoración objetiva del comportamiento comparado en materia de derechos humanos. Asimismo, permite la incidencia positiva en los distintos ordenamientos jurídicos a través de la doctrina y el desenvolvimiento jurisprudencial y normativo en favor de la libertad individual y social; de la defensa de bienes colectivos y difusos, entre otros ejemplos, tanto por los mecanismos procesales como por los tratamientos sustanciales según las diferentes regulaciones válidas y eficaces.

g) La ciencia del Derecho en sentido estricto.

Esta disciplina, también denominada dogmática jurídica, estudia el derecho vigente; o bien, de manera más específica, "tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación"[19]

Esta ciencia no advino *ex nihilo*, ni se entendió siempre de la misma manera, sino que presentó un proceso evolutivo con distintas concepciones y que al entrar en crisis permitieron vislumbrar gradualmente su pureza. De manera que al estudiar este fenómeno se hace necesario elaborar un trayecto gnoseológico. Ciertamente en Francia se abrió el camino para que el Derecho pueda también basarse en conocimientos científicos y no sólo en la subjetividad de quien legisla o interpreta las leyes; por lo cual el Derecho deviene como ordenación jurídica positiva sin que se limite a la opinión de los jueces y legisladores.

No obstante, este carácter positivo trajo un grave problema, pues se llegó a una confusión entre ciencias naturales y ciencias culturales, siendo así que los ordenamientos jurídicos en diversos Estados fueron aplicados de manera tan artificiosa como ocurría en la naturaleza. Esta manera de proceder hizo del ordenamiento jurídico un instrumento que fue usado por algunos déspotas o determinados colectivos para hacer valer sus caprichos y arbitrariedades. De ahí la famosa máxima de Voltaire que condena a la ciencia del Derecho: *ce qui'l y a de plus faux*; la cual se debió a que en su época el Derecho, enmarcado en el positivismo, fue aplicado no de acuerdo a su carácter cultural sino a través de un método naturalista.

Considerando lo anterior, el argumento de Voltaire es válido, puesto que utilizar el método de la ciencia para un elemento cultural atenta contra la esencia del Derecho. En

[19] García Máynez, op. Cit., pág. 124

otras palabras, lo que *debe ser* no puede ser deducido de lo que simplemente *es*. Así el Derecho se sustenta en el deber ser, que no puede basarse exclusiva e inductivamente sobre lo que *es*, sino que debe partir deductivamente de enunciados de la cultura que, la vez, son parte constitutiva del enunciado fundamental de la ciencia jurídica.

Una vez que la ciencia del Derecho se desliga del sustrato naturalista y es considerada como ciencia cultural, se plantea el problema de establecer qué es la verdad en este campo. En efecto, la verdad natural, para ser cierta, tiene que tener concordancia con el principio de la causa y efecto, pero para que la verdad jurídica sea válida, debe ostentar un fundamento cultural.

Esta distinción es medular, pues una tesis pragmática como base de la epistemología del Derecho, conduciría necesariamente a admitir la verdad sólo en relación con las normas objeto de análisis de conocimiento y estudio. De esta manera un fundamento pragmático en el Derecho iría contra la aceptación de alguna filosofía general, dado que no se podría establecer la debida distinción entre cultura y naturaleza. Pero, ¿por qué se dio este conflicto en la ciencia del Derecho? Se ha llegado a sostener que el problema se presentó en el contenido de las definiciones de la construcción jurídica -conflicto que aún hoy perdura- por la negligencia de los juristas en la debida atención de los estudios epistemológicos en la ciencia jurídica.

A partir de este problema, Kelsen proclamó la necesidad de elaborar una ciencia jurídica pura, que posea métodos propios, es decir, que se adapte al mundo del deber ser. Es así como se desarrolla en Viena una búsqueda de la formalización del Derecho que evite toda contaminación de otras disciplinas auxiliares de la ciencia tradicional del Derecho. De este modo señala Kelsen: “cuando la teoría pura del Derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del Derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por ignorancia o rechazo de relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece

la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto"[20]

Con la separación entre el ser y el deber ser, entre lo jurídico y lo meta jurídico por medio de la relación de normas escritas y no escritas en su pirámide jurídica autosuficiente, en permanente movimiento, entrelazamiento y desarrollo, la obra de Kelsen alcanza un alto grado de pureza, pues muestra un sistema cerrado en el que se prescinde del contenido ético o político que no es materia de estudio y aplicación del Derecho. Sin embargo, en nuestra perspectiva. esta consideración de prescindir del contenido metajurídico en lo jurídico, conduce a la aceptación del sistema jurídico imperante con trascendencia de sus valores o, mejor aún, prescindiéndose de elementos sustanciales que dan soporte y protección a los Estados de Derecho donde los derechos humanos, considerados como derecho natural objetivizado en la formalidad jurídica y no siempre positivizado en la normativa de cada Estado, constituyen el elemento fundamental para la identificación y aceptación de tales formas de organización y actividad estatales. De modo que, si el formalismo del Derecho fuera la única manera de interpretar la justicia, cualquier sujeto podría perder sus esferas de derechos y libertades desde la base universalmente aceptada -aunque solo sea de manera semántica para algunos- de los derechos humanos.

En todo caso, si partimos complementariamente de que la ontología es objetiva, pues tiene como objetivo lo naturalmente dado en el sujeto, y a su vez la ética se basa en la ontología para alcanzar el bienestar humano, se desprende que las condiciones de la vida humana deben ser llevadas a un bien o fin superior recordando que la ética aristotélica considera la felicidad como fin del ser humano -lo que en todo caso forma parte de la regulación positiva en el Derecho comparado- se deduce que la felicidad es un bien supremo que desde la ética

[20] Hans Kelsen. (1982). Teoría pura del Derecho, Ed. EUDEBA, Argentina, pág. 15.

objetiva forma parte de un derecho inserto en la naturaleza humana, en su dimensión ontológica y de valor en sí y frente a otros. La persona humana sin duda ostenta derechos compartidos como parte de la una misma especie que, en el ejercicio de la razón crítica, debatida y aceptada, ha plasmado declaraciones, convenios y tratados de derechos humanos a niveles universal y regional, sin que necesariamente las normas jurídicas positivas dentro de cada Estado incorporen y protejan tales derechos; no obstante, su relación necesaria con la naturaleza humana, sus valores y proyecciones en lo individual y colectivo, que deben ser oponibles al poder público y privado que los viole por acción u omisión, en actualidad o potencialidad. De modo que al dejar por fuera el formalismo del Derecho el elemento ético, podría llegarse al radical absurdo de la negación y destrucción del ser humano, o de su valor esencial, que a la vez es -o debe ser- el núcleo duro y esencial de cualquier ordenamiento jurídico. De esta forma, si el deber ser tiene por soporte la dimensión cultural y constituye el elemento identificador de la norma jurídica, los valores culturales son parte de su esencia, la cual no podría ser excluida del contenido regulador de la norma jurídica, aunque sea parte de lo metajurídico, pues simplemente lo metajurídico siempre será parte de lo jurídico, como que lo jurídico es parte necesaria de la realidad social, de sus valores, historia y demás elementos constitutivos que dan base o fundamento al contenido de las distintas normas jurídicas. Y sobre todo si tomamos en cuenta que ningún Estado de derecho puede concebirse sin un ordenamiento jurídico recubierto de principio a fin por los derechos humanos, tanto en sustancia como en técnica para su disfrute y defensa efectiva. Y esta categoría universal de derechos trasciende la dimensión estrictamente positivista del Derecho.

Ahora bien, con la separación radical entre el ser y el deber ser muchas veces es harto difícil pasar de un sitio a otro, como si entre ambos mundos hubiese una gran muralla dado que la ciencia del Derecho es ciencia de determinadas normas de

conducta y la ciencia natural es ciencia de leyes universales. El objeto de la ciencia del Derecho puede ser desligado entonces de los fines valorativos de cada ordenamiento jurídico, desde la base de las necesidades y aspiraciones reales de cada sociedad, con lo cual podríamos traer a la memoria el argumento esbozado por Tomás de Aquino, cuando indicó que el fin de la ley no se agota en preceptos formales:"*Finis legis non cadet sub praeceptus*"; de manera que pretender llegar únicamente por la norma jurídica positiva, al fin del Derecho, a través de la interpretación restrictiva de la norma misma, podría llegarse al fin regulado con precisión y claridad en alguna ley, pero ello no coincide necesariamente con el fin del De- recho como conjunto normativo y valorativo.

Ciertamente, no existe duda que en la Escuela de Viena haya premisas kantianas y stammlerianas en cuanto a la afamada distinción jurídica entre forma y materia normativa, aunque, ciertamente, la historia del formalismo jurídico se constata incluso en los jurisconsultos clásicos romanos. No obstante, en esto hay un importante hallazgo, pues se ha obtenido una conclusión sólida: el Derecho puede verse con total independencia de su contenido cultural, político, ético y social. Es decir, las normas jurídicas pueden ser vistas y analizadas desde su formalidad y no desde su contenido, siempre y cuando no se quiera confundir ciencia jurídica con ciencia social. Por la filiación de Kelsen a la Escuela de Marburgo, su pensamiento se impregna de formalismo, lo que en consecuencia trae una acentuación de lo formal que se convierte en un cargado e indiscutible logicismo. Este logicismo ha permitido a Kelsen moldear un sistema con mucha rigurosidad, firmeza y exquisitez intelectual. Sin embargo, el uso de este método lógico-formal no es sólo un punto de partida filosófico, sino también la justificación técnica de la naturaleza propia del Derecho. En este punto, se produce una coincidencia de la que probablemente Kelsen ni se percató, que consiste esencialmente en la estrecha relación entre la

conclusión obtenida de la técnica y la verdad filosófica. De modo que cuando Kelsen, en la edificación de su método, llega hasta aquella conclusión desde la filosofía kantiana, se podría decir que concretiza en torno a la ciencia jurídica una genuina perspectiva filosófica.

h) Derecho positivo y Derecho histórico

Otra acepción del término Derecho se utiliza para aludir al conjunto de disposiciones legales para conformar e identificar la estructura normativa del ordenamiento jurídico de cada Estado, en relación con el Derecho de otros países y en relación con el Derecho internacional, o mejor aún, con el Derecho interestatal. Este concepto legalista del Derecho si bien es restrictivo ante el amplio y completo tratamiento del ordenamiento jurídico en la dimensión escrita y no escrita, tiene gran utilidad cuando se pretende estudiar a fondo el Derecho comparado; siendo así que sus diferencias, igualdades o semejanzas permiten valorar objetivamente el desarrollo y-o retroceso jurídico e institucional de los Estados en los distintos espacios y tiempos.

En este punto es necesario destacar que toda normativa vigente puede ser derogada, sustituida, adaptada o modificada total o parcialmente ante la transformación permanente del ordenamiento jurídico. La actividad del Derecho no cesa y es sin duda variable, pues responde a necesidades sociales que por sí mismas son cambiantes y sobrevenidas de manera incesante. El Derecho no es un fenómeno invariable o inmutable, por lo cual es necesario delimitar la época y las circunstancias en que se estudian los resultados de la actividad jurídica, con el fin de establecer las diferencias entre el momento en que fueron creadas las normas y su respectiva interpretación, actualización y ejecución material.

Cuando se estudia la expresión Derecho en la dimensión de la normativa válida y eficaz, estamos ante el Derecho positivo que, a decir de la doctrina, ostenta la naturaleza *de*

lege data, a diferencia del Derecho que no está vigente pero que es parte de las disposiciones potenciales, de proyección o simplemente en perspectiva temporal de ser aprobadas y ejecutadas que se denomina *de lege ferenda*. Ahora bien, cualquier manifestación jurídica sea en la perspectiva del Derecho positivo o simplemente en la del Derecho potencial, se evidencia la necesidad de realizar el estudio del pasado para encontrar el ligamen causal con lo aprobado o proyectado en la dimensión jurídica. De esta forma el estudio del pasado jurídico con el fin de comprender, interpretar y eventualmente materializar el ordenamiento jurídico actual, es conocido como Derecho histórico.

También desde la perspectiva de la interpretación jurídica está el método histórico que permite llegar a la génesis de las disposiciones normativas, para esclarecer la voluntad de sus creadores insertas en la voluntad objetiva de la norma, la cual no se identifica con la voluntad de sus creadores, e incluso las supera y somete a sus designios obligatorios y positivos que permite la confirmación de la igualdad de trato y la certeza jurídica, sin demérito de la correcta interpretación para la válida y sabia ejecución material de la norma estudiada, valorada e interpretada. En ocasiones suele llamarse también a este método histórico como método genético, es decir, que tiene relación con el análisis o estudio de la génesis o nacimiento de la norma en general o de la ley en particular.

Como se ha indicado, el ordenamiento jurídico es permanentemente cambiante, lo que hace que el Derecho positivo sea necesariamente mutable, aunque no por esto se excluya la presencia de valores o principios que están insertos en el conjunto normativo de los Estados, como sucede con los derechos humanos que, a su vez, imponen dos elementos sustanciales de primer orden interpretativo, tal como lo ha dispuesto reiteradamente -se insiste- nuestra jurisprudencia constitucional: a) la interpretación *pro homine*, pro ciudadano o pro libertad; a fin de favorecer, en caso de duda, la interpretación y aplicación normativa más favorable para el

ciudadano, sin que sea a favor del poder público; b) el carácter progresivo y extensivo de los derechos humanos para la interpretación y aplicación del Derecho del Estado, en tanto los convenios, concordatos y tratados en la materia tengan mayor alcance sustancial que las disposiciones normativas de los Estados con contenido disminuido o reducido respeto a tales convenios, concordatos o tratados.

Por esta razón si bien el Derecho no debe ser estudiado como un conjunto cerrado y único de principios estáticos, propio del tratamiento dogmático y metafísico, no por esto deben ignorarse aquellos principios y valores que forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos, que en conjunto suelen influir y hasta determinar los ordenamiento positivos, sobre todo en realidades democráticas o en los Estados de derecho regidos por contenidos de valor o *dikelógicos* (del griego *diké,* justicia) o de valor justicia para dar como resultado organizaciones políticas e institucionales recubiertas de derechos humanos. En otros términos, el Estado de derecho se confirma cuando el respectivo Derecho del Estado queda sustancial y técnicamente identificado con la protección efectiva de los derechos humanos.

En todo caso, al estudiarse el Derecho positivo debe tenerse en cuenta el posible fenecimiento de las disposiciones normativas para facilitar la mutabilidad jurídica y la posterior elaboración de un nuevo Derecho positivo, con sus variantes y contenidos reguladores. Sin embargo, ante posibles regulaciones de caducidad, que por lo general no afectan los derechos de fondo o ante disposiciones jurídicas reguladoras del instituto de la prescripción, donde sí se afectan los derechos de fondo para su ejercicio válido y eficaz, los derechos humanos trascienden la caducidad y la prescripción, al quedar adheridos a la vida y desarrollo humanos, pues forman parte de su naturaleza y valor existencial en libertad. En esta misma tesitura, a manera de ejemplo, es comprensible en el Derecho penal internacional la determinación objetiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Es muy

común que se asocie el concepto Derecho con el Derecho positivo o con el ordenamiento jurídico vigente. En efecto, comúnmente se dice que un acto está conforme a Derecho si está de acuerdo con el ordenamiento jurídico; de manera contraria, se indica que no se tiene Derecho cuando viola o desconoce tal ordenamiento. Ahora bien, para que la norma forme parte del ordenamiento jurídico debe seguir en primer término lo dispuesto por el Derecho de la Constitución y respetar la jerarquía material de las fuentes de cada ordenamiento en forma decreciente, como lo dispone el artículo 7 de nuestro texto fundamental[21]. En todo caso, de manera complementaria, debe cumplirse con el procedimiento de aprobación de las leyes para su incorporación al ordenamiento escrito, con la previa sanción del órgano Ejecutivo y la publicación de rigor en el Diario oficial La Gaceta, tal cual lo preceptúa el artículo 129 constitucional. De tal manera que la vigencia de alguna ley en el Estado de derecho, no solo requiere de la validez y eficacia jurídica del procedimiento legislativo, sino que su contenido regulador debe estar conforme al ordenamiento jurídico, incluyéndose, claro está, a los tratados, concordatos y convenios de derechos humanos vinculante para Costa Rica que bien pueden ampliar el fuero de protección e interpretación del texto constitucional, en tanto éste sea de menor alcance que lo regulado o dispuesto en los respectivos convenios, concordatos y tratados, por expresa y reiterada disposición de nuestra jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, también hemos de suponer la dimensión

[21] La norma de cita, señala: “Artículo 7º.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.”

opuesta a los derechos humanos en los regímenes políticos contrarios a los Estados de derecho que, a la vez y por regla general, a manera de maquillaje político y normativo, incorporan proclamas jurídicas favorables a la democracia cuando en su política real, son dictaduras en las que prevalece la concentración del poder en un solo partido, grupo o persona. Esta es la democracia formal, aparente o semántica, sin contenido práctico-existencial contraria a la democracia material la cual, a partir del siglo XIX, tuvo por fórmula sintética el Estado de derecho para su representación y efectividad; por lo cual nunca puede ni debe reducirse al Estado con su Derecho, lo que ha sido criticado ante el maltrecho y traicionado positivismo jurídico llevado al extremo de servir de instrumento para la negación de la democracia, por disposiciones jurídicas válidas y eficaces, al cumplir simplemente con los procedimientos para su aprobación y ejecución, pero a la vez carentes de todo valor para la protección y disfrute de los derechos humanos. De nuevo entonces se impone la necesaria interacción del iusnaturalismo con el positivismo, o al menos de valores y principios en beneficio de la dignidad humana incorporados al contenido y fin de las normas positivas, para así evitar engaños macabros por los enemigos de la democracia.

De tal manera que ni los fascismos que se llamaron estados de derecho, ni las distintas recetas marxistas con sus dictaduras sobre y contra el proletariado, agrupadas todas en la locución “democracias populares”, puede ser ejemplos de democracias materiales, pues no basta con la vigencia de la norma positiva pues también se requiere de valores y principios en cuyo núcleo esencial está ubicado el ser humano con su dignidad y libertad. Esto nos con- duce irremediablemente al tratamiento de las fuentes del ordenamiento jurídico en los Estados de derecho.

2.1. Derecho natural

Cabe señalar que no siempre es aceptado el carácter mutable del Derecho positivo y así en su lugar se ha optado por buscar lo inmutable y permanente. Por esta razón hay quienes han sostenido que antes de la elaboración del Derecho positivo, debe ahondarse en su respectivo fundamento universal e inmutable. De este modo se ha llegado a la noción de Derecho natural, que en la doctrina comparada es el Derecho anterior y superior a cualquier Estado u organización política fundamental, o de menor jerarquía, que supera y debe guiar la organización y actividad de los Estados en la creación, interpretación y ejecución de los derechos positivos, a fin de garantizar y proteger los derechos humanos, que son sin duda la clara expresión normativa del Derecho natural en el ámbito del Derecho comparado y el Derecho internacional. En todo caso, los derechos humanos dispuestos a nivel de tratados internacionales son parte de la nueva dimensión del Derecho positivo que, a la vez, es reflejo del Derecho natural, o mejor aún, es derecho natural positivizado o incorporado al ordenamiento jurídico válido y eficaz. El derecho natural se liga entonces en primer lugar a la naturaleza humana y a la interpretación valorativa que se tenga de ésta, pues se concibe a un conjunto de derechos como manifestación necesaria y causal a la ontología humana, con el ser íntimo y propio de cada ser humano coincidente con otros seres de la misma especie por medio de la razón y la necesaria interacción en el ámbito cultural, histórico y social; también a través de la dimensión espiritual que muchos patentizan de manera exclusiva en la especie humana.

En segundo término, los derechos naturales son descubiertos o captados por el Estado, pues simplemente tienen existencia propia antes de su constitución, quedando incorporarlos a la normativa positiva y al ámbito de la interpretación jurídica por los distintos operadores del Derecho. En tercer lugar, los derechos humanos, que son la

expresión viva y normativizada de los derechos naturales en el lenguaje de la globalización o universalización jurídica, su presencia en los Estados de derecho constituye el elemento configurador y definitorio de tales Estados; por ello sin la existencia e incorporación jurídica de los derechos humanos, no es posible la verificación existencial del Estado de derecho que quedó reducido a la tenencia de algún Derecho positivo sin derechos humanos. En cuarto lugar, si bien hay discusión profunda y prolífera para la defensa del Derecho positivo en contra del Derecho natural y viceversa, no debemos olvidar un factor entremezclado que hace posible la coexistencia pacífica de ambas dimensiones jurídicas en los Estados de derecho, cuando los ordenamiento jurídicos positivos no pueden prescindir de los valores insertos en la amplia gama normativa de los derechos humanos, que han sido internados en los ordenamientos de los Estados contrarios a cualquier forma de autoritarismo o totalitarismo político. Y aún incluso para cualquier reforma legal o para cualquier interpretación jurídica, los principios generales del Derecho, con abundantes valores en sus contenidos de regulación, hacen del Derecho no escrito una fuente inagotable de riqueza conceptual y sustancial para la interpretación, integración y delimitación del Derecho escrito. Y en caso de laguna o vacío jurídico por parte del Derecho escrito -se insiste- cabría entonces la aplicación del Derecho no escrito con la incorporación complementaria, junto a la jurisprudencia y costumbre, de los principios generales del Derecho, a fin de suplir la laguna jurídica con el Derecho no escrito con rango de norma escrita. En tal dimensión dispone el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública lo siguiente: “1. Las normas no escrita -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho– servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. Y análogamente señala el artículo 4 del Código Civil: “Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o

costumbre. Sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico." Tales principios generales del Derecho no pueden obviar, desconocer o violentar los pilares básicos de la condición humana con el ejercicio de la razón en libertad en su doble composición: sea la libertad individual para la libertad de movimiento, asociación, culto, pensamiento y expresión; sea la libertad material para la sobrevivencia y desarrollo óptimo de la personalidad y su entorno mediato e inmediato.

3. Necesidad de una introducción a la ciencia del Derecho.

De acuerdo con Alzamora Valdez[22] (1987), una introducción a la ciencia del Derecho debe comprender los siguientes temas: 1) el concepto de derecho; 2) el cuadro de las disciplinas jurídicas fundamentales; 3) las relaciones entre el Derecho y otras formas de cultura; 4) la teoría de la norma jurídica; 5) el derecho subjetivo; 6) las fuentes del Derecho; 7) elementos de la técnica jurídica; 8) los valores del Derecho; y 9) evolución del pensamiento jurídico.

Pese a la existencia de estas pautas para crear ciencia a partir del Derecho, podríamos plantear la siguiente pregunta: ¿será posible generar ciencia por medio del Derecho? Ya en 1847 el jurista von Kirchmann negó tal posibilidad. O al menos se rehusó a conferirle un carácter científico a la jurisprudencia, por lo que ha escrito su obra titulada *La jurisprudencia no es ciencia*. No obstante, la aceptación que hacemos del Derecho como ciencia social, con su método, objeto y fin, no pasamos por alto la realidad de que el Derecho ha sufrido un amplio y profundo resquebrajamiento sustancial. Ciertamente en Occidente no faltan los operadores jurídicos que se han trasformado en simples tecnócratas que rara vez se animan a reflexionar sobre el Derecho y su función social; mucho menos están adscritos al estudio ni a la profunda interpretación y

[22] Alzamora Valdez, Mario. (1987). Introducción a la ciencia del derecho. Universidad Católica San Pablo, Lima.

creación normativas para favorecer la evolución sistemática del mundo jurídico. Y en lugares del Medio Oriente topamos con que la ley se interpreta en atención a los textos sagrados del Corán bajo un esquema de retroceso teocrático. Dada esta coyuntura dispar, no siempre el Derecho adquiere el rigor de ser ciencia jurídica como parte de la ciencia social.

TERCERA PARTE

EL DERECHO Y OTRAS FORMAS DE CULTURA

CAPÍTULO V

NORMAS AUTÓNOMAS Y NORMAS HETERÓNOMAS

1. Derecho y moral. 2. Derecho y normas de trato social. 3. Las normas religiosas y el Derecho. 4. El Derecho y las normas según los usos y las costumbres.

Sin perjuicio de lo ya indicado, cabe mencionar que no sólo las normas jurídicas conforman el ámbito del *deber ser*, pues también existen otros tipos de normas derivadas de la cultura, (las normas de tipo social, por ejemplo), de las cuales es recomendable tener una buena comprensión para poder establecer una adecuada diferenciación y relación entre éstas y el Derecho:

1. Derecho y moral.

Históricamente es necesario destacar distintas fases de expresión en la relación existente entre el Derecho y la moral, algunas veces en plano de confusión, otras en plano de interrelación sin excluir la separación entre ambos.

Ciertamente, en primer orden resaltamos la perspectiva de la moral que defiende el derecho natural del más fuerte y su derecho de imposición frente a otros menos fuertes.[23] Asimismo, con el tiempo se llegó al imperio de la ley de carácter divino donde la sanción deviene en divina (*Diké, Némesis, Themis, Athenea y Apolo*), también se dio la unificación de lo jurídico y lo moral según el criterio de los sofistas o bajo la virtud socrática (*areté*) equivalente a la sabiduría. Este mismo planteamiento se da en la ética aristotélica y en los aportes de Platón sobre ley y gobierno, aunque en este punto existen

[23] Según Nietzsche, lo bueno y lo malo en los vocablos primitivos es asignado según la naturaleza que tengan los seres activos y superiores en contraposición a la debilidad natural del sometido o ser reactivo.

pareceres diversos según la edad de Platón.[24] Sin embargo esto no quiere decir que los griegos no llegaran a distinguir lo ético y lo jurídico; dada su utilización del concepto *nomos* para lo jurídico y *ethos* para la conducta moral.[25]

Asimismo, se dio la confusión de ley y moral en la perspectiva de los jurisconsultos romanos, quienes basaron su interpretación y aplicación jurídica en atención a los principios morales estoicos. Ciertamente, algunos juristas romanos relacionaron el Derecho con la moral; tal fue el caso de Celso quien definió el Derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*ius est art boni et aequie*), en sentido similar Ulpiano dispuso que los preceptos jurídicos eran vivir honestamente, no dañar al otro y dar a cada uno lo que le corresponde (*iurispraecepta sunt: honesta vivere, alterum non ladere, suum cuique tribuere*); siendo la justicia la voluntad constante de atribuir a cada uno lo que le corresponde (*iustitia est constans perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Sin embargo, no se puede olvidar la separación de Ulpiano para quien no todo lo que es jurídicamente válido sea también conforme a la moral (*Non omne quod licet honestum est*).

Ahora bien, con la universalización del cristianismo, se abrió paso a la Edad Media que presentó la absorción de lo jurídico por parte de la moral que fue en su época una ordenanza divina derivada de la revelación por medio de las Escrituras y otras fuentes de carácter eclesiástico. Al respecto cabe recordar a Agustín de Hipona (San Agustín) con la interrelación

[24] El Platón de *La República* es evidentemente distinto de aquel anciano que escribió la obra *Las Leyes*, aunque ambas tengan por común denominador el tema de la moral sobre lo jurídico; lo cierto es que en *Las Leyes* existe con mayor fuerza la idea del imperio de la ley.

[25] Según Demóstenes (384-322 a.de C.), las leyes deben cumplirse por cuatro razones: porque han sido prescritas por Dios, porque hay una tradición enseñada por los hombres sabios que conocían las antiguas buenas costumbres, porque han sido deducidas de un código moral e inmutable y porque han nacido de convenios entre los seres humanos que los atan por el deber moral de cumplir sus promesas.

que realiza entre *lex aeterna*[26] y *lex naturae*[27], criterio que fue llevado a una mayor elaboración conceptual por Tomás de Aquino, siglos después, al sostener que tanto el Derecho como la moral provienen de la *lex naturalis* (ley natural*)*, sin perjuicio de la ley eterna que solo Dios y los iluminados pueden conocer y que, en cierta medida, se expresa en revelación en las Escrituras; sin excluir a la ley positiva que es la creada por los seres humanos y que, a la vez, no puede contradecir o ignorar las leyes naturales que tienden al bien común. Como señala un autor: "(La) moral ve al hombre colocado en la sociedad universal o espiritual de los seres racionales, cuyo bien común hace concluir toda la perfección interna y externa de los individuos singulares. Esta sociedad, presidida por Dios mismo se realiza en el interior de los hombres, y es tan íntima y necesaria, que acabamos por no advertirla más, por lo cual a veces se llega a decir que la moral solo atiende a la perfección del individuo, mientras que debiéramos decir que el bien moral del individuo coincide siempre con el bien de la sociedad ética universal. El orden jurídico, en cambio, ve al hombre moverse en la sociedad exterior, cuyo bien común, lo menos de modo inmediato y controlable, no se funda sin el efecto de la actividad externa. Por tanto, el orden moral inviste a todo el hombre, promoviéndolo directamente a toda perfección, aun a aquella que el ojo empírico ve como individual e interior; el orden jurídico se limita a regular las acciones externas en cuanto con ellas los hombres mueven sus relaciones de justicia, y en cuanto son regulables como medios sociales."[28] (Gui-

[26] Es la razón y voluntad divina que manda guardar el orden natural y prohíbe perturbarlo, el cual consistirá en la disposición de las cosas iguales y desiguales, dando a cada uno el lugar que le corresponde.

[27] Sector de la ley eterna que está grabada en el interior humano o transcrita en su alma racional, con el fin de hacerle distinguir entre el bien y el mal, lo justo e injusto. En este sentido la ley humana o positiva, tiene por misión hacer volver al hombre al camino de la ley natural.

[28] Giuseppe Graneris. Eudeba, (1973). Contribución tomista a la filosofía del derecho, trad. Celina Ana Létora Mendoza, Buenos aires,

seppe Granieris, 1973, pág. 59).

Dada la confusión entre Derecho y moral e incluso la supeditación del Derecho a la moral, surgió la necesaria ruptura de identificación, lo cual fue abordado de manera nutrida por las ideas renacentistas y la filosofía ilustrada. Se volvió la mirada de nuevo hacia el individuo creativo y se propuso un derecho natural independiente de la divinidad bajo la modalidad de un nuevo tratamiento político por medio de la ingeniosa formulación del *contrato social.* Sin embargo, es necesario rescatar acá la importancia sustancial del pensamiento de Christian Thomasio (1655-1728)[29] quien insistió en la separación entre Derecho y moral.

En la obra principal de este autor -fue su padre quien latinizó el nombre por Thomasiu- *Fundamentos del derecho natural y de gentes deducidos por el sentido común*, toma distancia de los conceptos de derecho natural predominantes en su época, identificándose con el movimiento de la Ilustración y, desde la base de la corriente empirista inglesa, llegó a distinguir el Derecho de la ética por el carácter coercitivo del primero; asimismo rechazó la metafísica e insiste en la necesidad -propio de la perspec- tiva burguesa- de que el derecho natural forme parte de la dimensión secular y utilitaria

Argentina: Eudeba.

[29] Este autor, fue el primero que afrontó directamente el problema de la separación entre moral y Derecho. Sostuvo que la moral se refiere solo a lo interno (*forum internum*), mientras que el Derecho versa exclusivamente sobre lo externo (*forum externum*), y de ello colige que moral no es coercitiva a diferencia del Derecho. Según este autor, las normas de obrar son de tres clases: la ética, la política y la jurisprudencia, con el fin de lograr la felicidad humana. La ética tiene por principio lo *hones- tum*, cuya máxima es *Quod vis, ut alii sibifaciant, tute ti bis facies* (hazte a ti mismo aquello que querrías que los demás se hicieran a sí mismos); la política tiene el *decorum* y su máxima: *Quod vis ut alii tibifaciant, ut ipsis facies* (haz a los demás aquello que querrías que los demás te hagan a ti); y el principio del Derecho es lo *iustum* y su máxima: *Que tibi non vis fiere alteriu ne fecires* (no hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho a ti) (Kant, 1943).

a nivel individual; también redujo el derecho natural a la dimensión moral y lo expulsó del ámbito jurídico. Así entonces, si Maquiavelo separó el Derecho de la política, Thomasius lo hizo respecto de la moral. Así pues, el Derecho natural, al igual que la ética, carecen del poder coactivo que sí tienen el Estado y el Derecho, sin embargo, es importante destacar que la secularización del Derecho natural lo aleja radicalmente del derecho divino de los teólogos luteranos.

En su perspectiva ontológica y social, el ser humano está recargado de dinamismo vital por el que se pretende satisfacer sus necesidades y felicidad seculares; en la dimensión estrictamente individualista y utilitaria. Así, en su criterio, el ser humano da forma a la sociedad teniendo como móvil satisfacer las aspiraciones individuales. De este modo la realidad social se origina por la utilidad individual.[30] Su pensamiento influyó en la moral kantiana y, por ende, en la distinción de esta frente al Derecho, pues la moral se afinca en el motivo de la conducta humana, a diferencia del Derecho que se relaciona con las conductas externas, independientemente del motivo.

En vista de lo anterior, actualmente se denominan normas morales aquellas que establecen lo que *debe ser* desde la subjetividad del ser humano, pues tratan de influir en la conducta humana a fin de que ésta sea buena para sí y sus semejantes. Dichas normas dan origen a la ética[31].

[30] En lo que respecta a la soberanía del Estado, Thomasius la define en términos del poder ilimitado del príncipe o gobernante en una realidad imperial, debido a que el poder del príncipe es absoluto en su territorio, sin que exista instancia alguna, sea política y jurídica, que limite su poder. La única limitación posible se encuentra en el derecho natural, pero esto no forma parte de la dimensión política ni jurídica, dado que se adscribe totalmente al ámbito moral y subjetivo, sin coacción externa, que es lo que precisamente distingue al derecho. De esta forma su pensamiento corresponde a la visión del absolutismo o despotismo ilustrado que formará parte activa, sobre todo durante el siglo XVIII.

[31] No obstante, para evitar confusiones, se ha querido denominar a la

En vista de lo anterior, la diferencia entre moral y Derecho radica en que la primera vela por la interioridad del sujeto, mientras que el segundo prioritariamente toma en cuenta la exterioridad. Pero, en ocasiones a partir de pruebas materiales se puede determinar el dolo o la intención de una persona en la realización de un delito, es decir la intención que pesa en el orden judicial al momento de tomar una decisión. Sin embargo, cabe destacar que la ética carece de facultad coercitiva, pues el Estado no impone normas éticas.

La distinción entre moral y Derecho no implica la absoluta separación entre estos ámbitos, pues existen estrechas relaciones que son necesarias. Toda persona en su relación con los semejantes puede ser considerada moralmente buena o mala. La aceptación que presta la conciencia de los ciudadanos, constituye el fundamento de las obligaciones impuestas y protegidas por el ordenamiento jurídico.

También es cierto que el Derecho no sólo impone y garantiza el orden social, sino que también cumple una función moralizadora, al obligar a seguir determinada conductas, es decir, educa y modela la personalidad de los individuos en cada sociedad; aunque esto no niega que al Derecho le basta el cumplimiento del deber jurídico, con independencia del fuero interno de las personas, en cuanto a la adhesión deseada o no de la conducta. De este modo, los antisociales pueden acatar normas jurídicas, a fin de no ser sancionados, aunque sean inmorales en su actuar. En todo caso, el Derecho impone cierta moralidad, sin la cual sería imposible la coexistencia social, pues respaldan principios morales necesarios para la

ética como equivalente a la moral, pero esta sinonimia ha sido refutada y en su lugar se ha propuesto una diferencia que consiste en que la ética vendría a conformar la parte teórica del estudio de la moral que incorpora a las distintas costumbres. Sin embargo, el papel de la ética no sólo se restringe al estudio de las conductas humanas -esto ya es materia de disciplinas complementarias como la antropología y la sociología-, sino que realiza dicho estudio, con el propósito de fijar lineamientos sobre los cuales el ser humano debe

convivencia, tales como el no matar, el no robar y otros similares.

Ahora bien, el progreso ético de la humanidad no se da siempre en forma lineal. Generalmente los avances en materia ética se hacen de manera desordenada, mostrando en ocasiones altos niveles éticos que se logran plasmar en algunos ordenamientos jurídicos; en otros casos existen considerables retrocesos en perjuicio de individuos, grupos y hasta masas humanas como ha sucedido en los casos de guerras mundiales y regionales.

Sin embargo, los avances en esta materia se deben principalmente a la ardua labor de aquellas inteligencias y voluntades que a lo largo y ancho de la historia han logrado plasmar contenidos rectores de Derecho universal en los distintos ordenamientos de los Estados. Es decir, se debe a una tendencia de hacer valer derechos subjetivos y objetivos afincados en los derechos humanos acompañados, a la vez, de tratamientos científicos e innovadores en las perspectivas de la ciencia jurídica en particular y la ciencia social en general, sin excluir a la filosofía en sus distintas modalidades de expresión.

2. Derecho y normas de trato social.

Las normas de trato social se originan dentro de los distintos grupos con el fin de imponer principios de cortesía, decoro, urbanidad, buena educación y otros de buen proceder. Estas normas también son conocidas como normas convencionales, convencionalismos sociales o usos sociales. En caso de no acatarse estas normas se producen el rechazo o repudio social contra quien las viola o adversa. Ejemplos de estas normas de conducta pueden ser los saludos e invitaciones.

Las normas de trato social constituyen un ámbito normativo específico, bien distinto de otros como la moral o el Derecho, aunque en su interior es posible distinguir muy

guiar su vida.

diferentes tipos de normas, los cuales están ligados a los también múltiples tipos de grupos que originan normas de este carácter.[32] No obstante, Radbruch niega la existencia de tales normas al sostener que no poseen valor propio.

Estas normas guardan alguna semejanza con las normas morales, pues ambas regulan la conducta humana y carecen del refuerzo estatal que las impongan. Estas normas, al igual que las morales, no poseen sanción alguna de parte del Estado, salvo el repudio social en caso de no acatarse. A pesar de estas semejanzas, se diferencian en que la moral regula la conducta del individuo en cuanto tal (por eso es unilateral); mientras que la de trato social, considera al sujeto inserto en el colectivo (por ende, de carácter multilateral). A la vez, la norma moral atañe a lo interior del sujeto, en todos sus contenidos subjetivos (interioridad moral); en cambio los convencionalismos se refieren a la vida externa y superficial del sujeto en relación con los demás miembros de algún colectivo (exterioridad del uso social). Así mismo, la norma moral es autónoma, en cuanto el sujeto la acepta en su fuero interno y particular; distinta es la norma convencional surgida de la adhesión, sincera o no, del sujeto a determinada convicción o comportamiento social, por tanto, es de carácter heterónomo.

También existe diferencia, entre estas normas de trato social y las normas jurídicas, consistente básicamente en que las últimas deben ser acatadas obligatoriamente. Es decir, en caso de infracción la sociedad aplica una pena o sanción sobre quien ha infringido la norma jurídica positiva, pues el Estado posee la facultad del *ius imperium* (derecho de imperio) para sancionar. En este sentido, debe entenderse que las normas jurídicas están contenidas casi siempre en leyes originadas en los órganos competentes del Estado, lo cual está ausente en las normas de trato social, pues no existen leyes al respecto. Sin embargo, tanto las normas jurídicas como los convencionalismos están provistos de coacción externa, con la

[32] Squella, A. (2000) Introducción al derecho. Santiago: Editorial

diferencia de que no se aplica la fuerza a quien no acatase una disposición de uso social, hecho que si ocurre en el Derecho.

A pesar de las diferencias entre las normas de trato social y el Derecho, lo cierto es que este último en ocasiones recoge tales convencionalismos, como ocurrió con el fenómeno de la huelga, que en principio era una actitud propia de los trabajadores para la defensa de los abusos de los patronos; convencionalismo que más adelante fue reconocido por el Derecho. En igual sentido puede ubicarse la construcción de viviendas en ciudades, que luego fue regida por leyes urbanísticas

3. Las normas religiosas y el Derecho.

Al igual que las normas éticas, atañen al fuero interno, pero se diferencian de aquellas por estar inspiradas en la idea de la divinidad, si partimos de que religión significa *religare*, estar ligado a Dios o dioses. Estas normas imponen a la persona disposiciones para que pueda tener una buena relación con sus semejantes, con su ser interno y con su Dios. Es decir, parten de una teología que da los principios para el orden de convicciones y conductas humanas. Sin embargo, a pesar de que estas normas en su mayoría carecen de un carácter coercitivo, la verdad es que existen aquellas que tienen valor jurídico positivo, tal es el caso del matrimonio por medio de la Iglesia que, a pesar de ser regido por normas religiosas, tiene un fundamento legal objetivo que lo valida dentro de la sociedad.

Cabe mencionar que, durante la alta Edad Media, en Occidente existió la separación entre el Derecho de la Iglesia, que se basó en las normas religiosas cristianas, y el Derecho vulgar, regido según las costumbres de cada pueblo. Conforme avanzó el Medioevo, las normas religiosas llegaron a ser las normas del Estado, puesto que hubo una identificación entre Iglesia y poder público, de manera que las normas religiosas de

ese tiempo tuvieron equivalencia al conjunto de normas jurídicas. Es decir, la norma jurídica fue norma religiosa.

En la actualidad, la diferencia entre normas religiosas y normas jurídicas es muy palpable, debido a que el proceso de diferenciación comenzó a darse desde los inicios de la modernidad con la formación de los Estados laicos, los cuales ya no se basaron en alguna teología para dictar la mayoría de sus normas[33]. Sin embargo, no puede eludirse que todavía hoy exista una fuerte incidencia del poder religioso sobre determinados países de corte islámico, donde existen casos bajo un régimen teocrático sustentado en un sistema jurídico-religioso. Realidad que de alguna manera ha venido transformándose con la oposición popular a estos regímenes, aparentemente con miras a construcciones propias de un Estado de derecho.

No obstante, a pesar de las diferencias entre lo religioso y lo jurídico, lo cierto es que en Occidente se ha dado cierta incidencia de las normas religiosas dentro de lo jurídico. En Europa, ante la situación de cambio social que se vivió en la modernidad, fue inevitable que los católicos se cuestionaran si en efecto el cristianismo podía aportar alguna solución a los problemas en tiempo presente. Del mismo modo, en el ámbito protestante, principalmente en la figura de Dietrich Bonhoeffer, podemos destacar el papel de una teología que apeló por el valor de la dignidad humana ante el totalitarismo nacionalsocialista (nazi).

Al respecto, se desarrolló la teología social dentro de las corrientes cristianas[34]. Esta teología social se ha constituido en

[33] El cristianismo ha tenido a la largo de la historia fuerte influencia sobre la sociedad, la cual se ha ajustado al mismo cristianismo, por ejemplo, en el final del imperio romano y durante toda la Edad Media. Del mismo modo, se encuentran en el cristianismo instituciones sociales que en principio no le pertenecían y provenían de medios no religiosos. Esto último genera muchos problemas.

[34] En un sentido estricto y tradicional, la teología es aquella disciplina que utiliza la reflexión humana en el ámbito de la religión. Esta puede basarse en la tradición, como en la india, o revelada, como sucede

disciplina que presenta sus conceptos técnicos, sus instrumentos y cierta forma de exponer los conflictos. De este modo, una teología social en sentido propio es una aplicación de la técnica teológica a los conflictos sociales[35].

La atención sobre el tema de lo social nace en los teólogos debido a los distintos problemas que se presentan en toda la temática social, lo cual conduce a la elaboración de alguna doctrina social en la revelación. De este modo, no es de extrañar que, en 1938 Lubac publicó un texto sobre el tema titulado: *catolicismo. Los aspectos sociales del dogma*, y que, en 1946 Thils publicó: *Teología de las realidades terrenas*, que estuvo centrada en las cuestiones sociales. La repercusión de estos dos textos muestra que estuvieron en la línea del pensamiento teológico las preocupaciones del tiempo, sin excluir otras obras de menor relevancia pero que también relacionan los alcances de la teología como instrumento para la solución de problemas o conflictos sociales y políticos.

En la modernidad la acción de ciertos movimientos cristianos en el ámbito político, termina afectando la realidad jurídica de muchos Estados. Un ejemplo claro de la encarnación de la teología social fue la Acción Católica, la cual,

en el cristianismo, judaísmo e islam. En todos estos casos, la religión se presenta como un conjunto inconexo de enseñanzas, y la teología tiene la función de ser la teoría que los organiza. En lo que atañe específicamente al cristianismo, la teología se vale de dos medios: a) en primer lugar, toma los distintos elementos de la tradición religiosa, que se remontan desde la revelación de Cristo en adelante y son desarrollados por la Iglesia bajo formas distintas de dogmática, por ejemplo, los Concilios ecuménicos; y b) en una segunda fase, parte de la filosofía, que aporta un conjunto de instrumentos racionales, que provienen de la reflexión de la realidad en general, no restringida por premisas religiosas. Al respecto cabe recordar que la teología parte de la revelación cristiana, en cambio la filosofía parte de los datos obtenidos de la razón. De donde deriva una diferencia de percepción, que genera que los mismos conflictos sean vistos de forma distinta.

[35] No obstante, cabe preguntarse si la teología en verdad puede tomar partido por temas de los cuales Cristo no se ocupó o de los que señaló expresamente que no debía ocuparse.

aunque agrupó a una serie de movimientos laicos, no tuvo siempre el mismo sentido, pues todo dependió del lugar donde se desarrolló; por ejemplo, en Italia, este movimiento estuvo fuertemente centralizado, bajo el control del clero. A su vez en Irlanda, en 1921, nació un movimiento conocido como la Legión de María, que se extendió a varios países, pero con alta renuncia a los problemas sociales en favor de un apostolado estrictamente religioso. En el caso de Francia, el movimiento se enfocó en el cambio de los condicionamientos sociales según la doctrina del evangelio. Esta corriente adquirió su apogeo en el país en los años de 1950-1960. Son precisamente grupos juveniles confesionales con mucha influencia que se destacaron por sus actuaciones sociales en la época anterior a la Segunda Guerra Mundial. No obstante, este movimiento alcanzó también a las personas adultas; ejemplos claros en este sentido son la Acción Católica Obrera (ACO) y la Acción Católica de Medio Independientes.

En América Latina, no puede eludirse el actuar de muchas personas en el contexto de la teología de la liberación[36], que dio nacimiento a raíz de la situación de opresión de los desposeídos en los regímenes dictatoriales -que se establecen en gran parte del continente americano durante el siglo XX-. Sobresalen en este movimiento las figuras de Boff, Sobrino, Ernesto Cardenal, entre otros promotores de la igualdad social desde una teología que nace de los pobres. En esta corriente surgieron las *Comunidades eclesiales de base*, las cuales lucharon, desde una perspectiva evangélica, contra las injusticias a las que se veían sometidos los sectores más

[36] Esta teología justifica el actuar de la Iglesia desde premisas del judaísmo y cristianismo primitivo. En el caso del judaísmo se apela a los antiguos profetas de Israel, quienes denunciaron los abusos de poder en que incurrían los gobernantes, específicamente los monarcas; del mismo modo se remite constantemente a la base de la predicación cristiana sobre el reino de los cielos, el cual tiene un sustrato apocalíptico derivado precisamente de la antigua corriente profética de Israel.

desfavorecidos en la sociedad[37].

Este empeño también se presentó en la denuncia de las barbaries efectuadas durante la Segunda Guerra Mundial, tal como fue el caso -se insiste- de Dietrich Bonhoeffer quien, junto con Karl Barth, Martin Niemöller y otros, establecieron la *Bekennende Kirche* -Iglesia de la Confesión- para oponerse al régimen nazi en la Alemania hitleriana. Dietrich Bonhoeffer, después de su muerte vino a nutrir un espíritu de compresión universal que sobrepasó el ámbito teológico para encarnarse en parte de los ideales de los derechos humanos. Cabe recordar, que la teología social vino a ser una parte importante, pero no la única, de una gran labor en favor de estos derechos a lo largo de la modernidad[38], pero sobre todo durante la época que siguió

[37] Esta tendencia no fue exclusiva de América latina, pues también se desarrolló en otras latitudes en figuras como Maritain, Berdiaeff, Daven- son, Mounier, Dawenson y Lacroix. Según Prieto (1996), con Maritain se dio la conciliación del catolicismo con la democracia y con Mounier la conciliación del catolicismo con el socialismo. El primero de estos se opuso a la moda fascista de que el Estado lo abarcara todo, es decir nada contra el Estado, nada fuera del Estado y todo dentro del Estado –a decir de Mussolini- y en su lugar propuso el *Estado laico cristianamente constituido*, posición que sustenta al recordar que en el cristianismo se ha defendido que el poder viene de Dios y del pueblo y que las bases de los regímenes populares se encuentran más en la inspiración evangélica que en la filosofía de Rousseau. Por su parte, Mounier sostuvo que la persona es la realidad profunda del ser humano y se distingue del individuo por el hecho de dar. La persona en sí misma no es objetable, porque el ser humano nunca puede ser reducido a un objeto (p. 887-890).

[38] Al respecto, la Iglesia, considerándose a sí misma como seguidora de la misión de Cristo en la tierra, supone la perfecta definición de las verdades reveladas y su relación con la realidad objetiva, es decir, también se ocupa de las verdades naturales que se fundan en la revelación. De este modo establece un derecho natural, que contiene a la vez doctrinas como la naturaleza divina y el alma humana. No obstante, lo anterior conduce a graves problemas, pues este derecho natural queda supeditado a doctrinas reveladas que el ser humano no podría conocer por otros medios distintos a los eclesiales. Es decir,

a la Segunda Guerra Mundial.

4. El Derecho y las normas según los usos y las costumbres

La dicotomía "usos y costumbres" es utilizada como si hubiese una complementariedad en ambos componentes de la frase[39], hecho que no es del todo acertado en razón del significado de cada una de estas palabras. En efecto, *uso* viene a ser un modo de obrar que tiene una persona, es decir, un hábito que repetido constantemente puede llegar a convertirse en *costumbre*[40]; mientras que la costumbre es una práctica muy utilizada que adquiere fuerza preceptiva, de forma que viene a ser un uso que debe cumplirse u observarse. Por tanto, las costumbres son usos que la sociedad ha recogido, adopta, transforma en algo externo al individuo y los impone a todos los integrantes de la sociedad.

En razón de lo anterior, las costumbres determinan ciertas

dogmas como el de la Trinidad o el de la Encarnación son fundamento reiterado de éste tipo de Derecho, que no puede ser comprendido por quienes tienen otro credo religioso o simplemente no tienen religión.

[39] "En el decir de la gente encontramos la palabra "uso" formando tronco con costumbres. "Usos y costumbres", tratan juntos, pero si tomamos en serio el Y que parecería calificar de diferentes una y otra cosa, vemos que no podemos distinguirlos o que la distinción es arbitraria. El hecho de que esa pareja perdure en la lengua como un matrimonio bien avenido, se explica porque, en efecto, el concepto costumbre parece más significativo y ayuda a designar lo que se piensa vulgar- mente cuando se dice "uso". EL uso sería las costumbres y la costumbre un cierto modo de comportarse, un tipo de acción acostumbrado, esto es, habitualizado. El uso sería pues, un hábito social. El hábito es aquella conducta que por ser ejecutada con frecuencia se automatiza en el individuo y se produce o funciona mecánicamente. Cuando esa conducta no es sólo frecuente en el individuo sino frecuente en los individuos que la frecuentan, tendríamos el uso acostumbrado" (Ortega y Gasset, 1983, pág. 212).

[40] Sin embrago, cabe indicar que no todos los hábitos son usos (por ejemplo, los hábitos individuales como caminar, correr y dormir) ni llegan a convertirse en costumbres.

formas de proceder en las personas y se establecen por la repetición constante y prolongada de acciones. Estas normas pueden llegar a formar parte del ordenamiento jurídico[41], pues por ser de naturaleza consuetudinaria la sociedad las puede hacer valer de manera coercitiva, bajo el elemental principio de que se debe establecer en cuáles casos deben valer estas normas y en cuáles no.

[41] Durante la Revolución francesa surgió el desprecio hacia las costumbres, hacia el derecho consuetudinario, a la jurisprudencia y a los principios generales del Derecho, concretamente en la Revolución: "Se permitió al derecho consuetudinario, entonces retener un rol suplementario, subordinado, como una fuente del derecho que nunca podía abrogar el derecho escrito. La única excepción al rebajado papel del derecho consuetudinario que se retuvo en los países de derecho civil fue en el área de derecho comercial. La razón puede ser que es el derecho de los comerciantes (*lex mercatoria*), de las clases propietarias de la tierra y de negocios, en una palabra, de la burguesía; y son ellos quienes proveyeron el corazón, el alma, las manos y la guillotina a la Revolución… Los usos del bajo pueblo, sin embargo, no recibieron el beneficio de un lugar superior en la pirámide revolucionaria de las fuentes legales." Figueroa, 2010, p.15.

CUARTA PARTE
LA NORMA JURÍDICA

CAPÍTULO VI
LA NORMA JURÍDICA Y LAS NORMAS DE CONDUCTA

1. Aspectos generales. 2. La norma de conducta. 3. Concepto de norma jurídica. 4. El lenguaje y la norma jurídica
5. Estructura de la norma jurídica. 6. Teorías acerca de la naturaleza de la norma jurídica. 6.1. Tesis en favor de la imperatividad. 6.2. Tesis anti-imperativista. 6.3. Tesis eclécticas

1. Aspectos generales

Las normas jurídicas son vistas desde la ciencia tradicional del Derecho como simples juicios categóricos, que tienen el problema de no dar cuenta de su carácter fundamental en el deber ser. Como anteriormente se mencionó, el problema está en pretender encasillar algún razonamiento de la cultura dentro de un juicio de la naturaleza. Ante esta problemática, Hans Kelsen en su obra *Teoría pura del Derecho,* establece que la norma jurídica es un juicio hipotético y abandona la concepción imperativa de las normas jurídicas. De este modo, muestra la naturaleza dual de la norma jurídica, es decir su carácter abstracto y su carácter concreto. No obstante, para comprender cómo el teórico vienés llega a este concepto de la norma jurídica, es necesario incursionar antes en el concepto de la norma de conducta, para comprender en qué consiste la norma jurídica.

2. La norma de conducta.

El concepto de norma es muy amplio, pero una noción permite dar alguna definición o al menos comprensión de la norma jurídica más ajustada con su realidad social. Pero, ¿qué es la norma?; ¿Qué se ha entendido acerca de ella?

Etimológicamente norma proviene del latín, de donde contiene el significado de escuadra, regla o modelo, que proviene a su vez de la expresión griega *gnomon*, el cual fue un “ángulo recto formado por dos piezas de madera unidas que

servía como instrumento de medición". De este modo, la expresión guarda sinonimia con el término arquetipo o modelo, que puede reflejarse en el actuar[42]. De esta manera, es común oír mencionar que *cada quien se comporta según determinadas normas*. Considerando este acervo conceptual la definición de norma, desde la etimología, vendría a ser como el instrumento que la persona tiene para guiar su vida, de igual forma que el artífice guía su labor con el instrumento de medición que le permite obtener un producto.

Esta riqueza etimológica permite desarrollar el concepto anterior de norma jurídica, la cual puede ser considerada como el instrumento arquetípico que la sociedad tiene para modelar coercitivamente al ser humano. No obstante, al ver de este modo la norma se presenta el problema de si la norma está acode con la realidad, o si este instrumento en verdad está ajustado a las necesidades humanas. Metafóricamente manifestado, podríamos indicar que el artífice es la sociedad; la norma es el instrumento de tallar madera y el ser humano es la madera, por lo que cabe preguntarse si el artífice está tomando el instrumento adecuado de acuerdo a la madera, y si ésta puede cumplir o no con el fin del artífice, o si el artífice está considerando la naturaleza específica de la madera.

3. Concepto de norma jurídica.

Existen diversas acepciones de la norma jurídica, que dependen de las variables utilizadas para definirla. Sin embrago, para efectos prácticos es preferible partir de un criterio lógico, según el cual la norma jurídica es un mandato que consiste básicamente en señalar un supuesto, que de cumplirse apareja alguna consecuencia jurídicamente determinada y su mandato es respaldado por la fuerza del Estado en caso de incumplimiento. En ese sentido, la norma jurídica se caracteriza por ser una norma de conducta obligatoria de la que se vale el Estado para mantener el orden,

[42] Squella, Op. Cit., pág. 36.

donde la obligatoriedad proviene de la posibilidad de imponer una pena o sanción al infractor de la norma. Así la norma asume la forma proposicional de S→C (si es S, entonces C); esto es, de supuesto, nexo y consecuencia.

Por lo anterior, primero se presenta el supuesto o hipótesis (S) que si ocurre deviene en una consecuencia (C), es decir, en el efecto dado por el Derecho cuando se da el supuesto en la realidad; todo ello en razón del nexo lógico (→), según el cual dada la consumación de un supuesto se da una consecuencia jurídica.

Sin embargo, la norma jurídica y la realidad no presentan una relación óptima, pues no se adaptan universalmente una a la otra. No todos los supuestos jurídico-normativos ocurren en la realidad, razón por la cual no todas las consecuencias jurídicas se ocurren realmente; a la vez, no siempre que se verifica un supuesto en la realidad ocurre la consecuencia jurídica[43]. Pero, a pesar de estos dos supuestos, la norma no pierde vigencia en la realidad.

4. El lenguaje y la norma jurídica

El Derecho toma el lenguaje común y a partir de ello es elaborado, razón por la cual no utiliza un lenguaje exclusivamente propio, aunque sí tenga conceptos y términos

[43] Según García Maynez, las vinculaciones entre norma y realidad pueden darse como: S −/→vS →C −/→vC. En donde, la primera relación S −/→vS es una relación contingente, no necesaria, en el sentido de que es verosímil que el supuesto no ocurra nunca. La segunda rela- ción es vS →C donde vS es la verificación del supuesto en la realidad y C la consecuencia prevista por la norma. Esta relación no es contin- gente sino necesariamente lógico-jurídica, en el sentido que, para el Derecho, ocurrido el supuesto en la realidad, se produce la necesidad de la consecuencia prevista. La tercera relación es C−/→vC, donde C es la consecuencia normativa y vC es la verificación u ocurrencia de la consecuencia en la realidad. Esta es nuevamente una relación contingente porque, aun cuando se hayan dado en verdad las dos relaciones anteriores, puede ser que la consecuencia nunca ocurra. (García May- nez, Óp. Cit., pág. 176).

técnicos que son parte de su elaboración y conceptualización científico. A su vez, se supone que el Derecho debe ser conocido por las personas con independencia del conocimiento que se tenga del sistema jurídico, es decir, el Derecho atañe tanto a los especialistas como a la gente común (que no tengan un conocimiento detallado de lo jurídico), lo cual es distinto a otras disciplinas o ciencias que atañen a los especialistas o versados en dichas materias.

De acuerdo con Haba[44], existen tres planos del análisis del lenguaje: el sintáctico, que son las reglas de organización de la expresión lingüística (la gramática); el semántico, que es el significado de los vocablos (la etimología); y el pragmático, que es la síntesis de ambos. De este modo, el plano sintáctico implica el manejo de los conocimientos gramaticales en determinada área del Derecho, pues el Derecho no ha creado una gramática propia de carácter monopolístico. Por otro lado, el plano semántico comprende el fenómeno de que en ocasiones el Derecho comparte el significado común de las palabras; otras veces le asigna uno propio. También, en el plano pragmático, más allá de la suma de la gramática y la semántica, se busca la comprensión efectiva de lo prescrito desde otras variables intervinientes, tales como las especificaciones, que no aparecen en el cuerpo normativo y que efectuadas por los operadores de lo jurídico sirven para aplicar el Derecho. En el mismo sentido está el cambio social, en contraposición a cierta permanencia normativa, donde la sociedad y su devenir dan otra comprensión a la norma cuya formulación fue originalmente distinta. Incluso se podría pensar en los cambios de contenido de la norma jurídica, no así de su forma normativa. Pensemos a manera de ejemplo en las

[44] Haba, E. P. (1979). Apuntes sobre el lenguaje jurídico: de la lengua común a la letra de las leyes. Revista de Ciencias Jurídicas, San José de Costa Rica, N° 37; Haberle. (1978). Verfassung als offentlicher Pro- zess. Berlín, pág. 18.

mutaciones que se dan en las Constituciones políticas escritas, que parte de la doctrina constitucional ubica como adaptaciones (mejor que mutaciones) de contenido y no así de forma para la interpretación y aplicación del Derecho; incluso, podríamos pensar en la denominada fuerza vinculante de lo fáctico en el contenido y fin normativos.

También en esta línea, no se puede obviar la pluralidad cultural (cosmovisiones, idiomas, costumbres y elementos similares), que produce variación en el significado de los actos y situaciones de las personas sometidas al ordena- miento jurídico.

5. Estructura de la norma jurídica.

Tradicionalmente se ha estudiado a la norma jurídica como un juicio categórico, por lo cual se ha pretendido enmarcarla en la estructura de un juicio (*Sein*) que sólo debería ser usado para el estudio de la naturaleza. Lo anterior, se ha dado a pesar de que la norma jurídica pertenece al mundo del deber ser o *Söllen*. Por esta razón, Hans Kelsen criticó esta tendencia y propuso que la norma jurídica debe ser vista como un juicio o proposición hipotética en la que se predice un hecho que, una vez llevado a cabo, tiene una consecuencia[45]. Es decir, toda norma jurídica contiene una previsión fáctica, en la que se indica una sanción, castigo o pena si se comete un hecho que infrinja la norma jurídica. De esta manera debemos abordar, aunque solo sea sucintamente, las diversas teorías en torno a la naturaleza de la norma jurídica.

6. Teorías acerca de la naturaleza de la norma jurídica

Existen diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza de la norma jurídica. No obstante, aquí se clasifican de acuerdo a tres criterios teóricos: la tesis de la imperatividad, la de la anti-imperatividad y las tesis eclécticas.

[45] Kelsen descartó la concepción tradicional que sostenía que las

6.1. Tesis en favor de la imperatividad

Es la tesis tradicional que parte del entendido de que la norma jurídica impone o sanciona determinadas conductas y que, para este fin, se vale de un punto de vista lógico.

Así, la estructura de la norma es un juicio categórico que encierra un mandato o prohibición.

6.2. Tesis anti-imperativa

Esta tesis tiene como el principal exponente a Hans Kelsen, no obstante, su teoría ha sido discutida por autores -entre otros- como Cossio y Reale. Cossio ha dicho que la teoría del juicio hipotético es incompleta, por lo que propone un juicio disyuntivo, que permita dar cuenta de todo el mecanismo de la norma jurídica. Por otra parte, Reale discute la teoría de Kelsen, pero desde la estructura tridimensional del Derecho como aspecto normativo, fáctico y axiológico.

a) El juicio hipotético:

Kelsen sostiene que la norma jurídica es un juicio hipotético[46]. De este modo, toda norma jurídica contiene la

normas jurídicas eran juicios categóricos.

[46] "En el *juicio hipotético* la enunciación se formula condicionalmente sometida a una hipótesis, a una situación que no aseguramos, sino que suponemos. Lo característico del juicio hipotético es tanto su dependencia respecto de una situación previa, que le es determinante, como el sentido hipotético de esta misma que se refleja sobre el juicio. Ejemplo: "si hace buen tiempo, iré de paseo". Es hipotético que vaya de paseo porque lo es que haga buen tiempo. En cambio, la dependencia entre el enunciado y la hipótesis es terminante: el juicio dice que, si la condición establecida se cumple, iré de paseo seguramente (si Q es R. S es P). La distinción que hizo Kant entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos, ha sido utilizada para distinguir la moral del derecho. El imperativo categórico prescribe una acción buena en sí misma, buena en sentido absoluto, que debe cumplirse sin condiciones, o sea, sin ningún otro fin

previsión de una sanción, que se encuentra condicionada por un supuesto que se expresa en la fórmula: dado H, debe ser S, en donde H representa un hecho y S una sanción; por ejemplo, "quien cometa asesinato se le aplicarán veinte años de prisión"; en este caso la sanción está condicionada por la realización del asesinato.

Ahora bien, Kelsen llega a decir que la naturaleza de la norma jurídica es doble, pues está conformada por dos normas: una norma primaria y una secundaria. La primaria establece una sanción, que se aplica si ocurre un hecho delictivo, y la secundaria delimita un actuar lícito. Es decir, la norma primaria vendría a ser el Derecho en su forma objetiva y la norma secundaria equivaldría al derecho subjetivo. Por ejemplo, si alguien vende un automóvil el vendedor o su

diferente al cumplimiento de la acción como acción obligatoria. Ejemplo, "no debes mentir". El imperativo hipotético prescribe una acción buena para lograr un fin, o sea, una acción que no es buena en sentido absoluto, sino que es buena si se desea para obtener un cierto fin, se cumple *condicionalmente a la* obtención del fin. Ejemplo, "si deseas mejorarte del resfriado debes tomar aspirina". Según Kant, los imperativos categóricos son propios de la legislación moral. Kant subdivide a los imperativos hipotéticos en consideración al *fin* que la norma persigue, el *fin de habilidad* que es un fin posible, un fin que los hombres pueden perseguirlo o no. Ejemplo, "si deseas aprender latín debes hacer ejercicios de traducción del castellano al latín" *y fin de prudencia* que es un fin real, un fin obligatorio de perseguir. Ejemplo, "si quieres ser feliz, debes dominar las pasiones"; para Kant la felicidad es un fin cuya obtención no se ha dejado a la libre voluntad del individuo, como la de aprender latín, sino que es un fin intrínseco a la misma naturaleza del hombre. En rigor, un imperativo de este género, aunque condicionado (o sea, condicionado a la obtención de un fin) no se expresa en una proposición hipotética. Su fórmula correcta es: "Como debes *Y,* debes *X".* Según la terminología de Kant, que podemos adoptar, los imperativos condicionados del primer tipo son normas técnicas y los del segundo tipo son normas pragmáticas. Concluyendo, para Kant, con base en la fórmula se pueden distinguir tres tipos de normas: la norma ética, cuya fórmula es "Debes A"; la norma técnica, cuya fórmula es "Si quieres Y, debes X"; la norma pragmática, cuya fórmula es "Como debes *Y,* debes también X" (Bobbio, 1992, pág. 57 y 58).

intermediario debe entregarlo a quien lo pagó -norma secundaria-; ahora bien, si existe negación de hacer su entrega ante el pago y debido cumplimiento del comprador, se aplicaría alguna sanción -norma primaria-.

Sin embargo, no toda norma se presenta como un juicio hipotético. La distinción entre normas categóricas y normas hipotéticas, parte del hecho de que las primeras implican un juicio apodíctico y la segundas, un juicio hipotético. Al respecto, existen normas cuya acción debe ser cumplida (juicio apodíctico) y otras que implican una sanción en caso de no acatarse (juicio hipotético).

b) El juicio disyuntivo

Cossio sostiene una crítica a la postura de Kelsen, pues en su criterio el jurista vienés no lleva al extremo el juicio hipotético. Por esta razón, Cossio se propone desarrollar más la tesis del juicio hipotético. Según él, dado un hecho con su determinación temporal, debe ser la prestación, por un sujeto obligado, frente a un sujeto pretensor; o dada la no prestación (es decir, la transgresión), debe ser la sanción, por un sujeto obligado, ante la comunidad pretensora (Cossio, 1945). En este sentido la norma jurídica presenta un juicio disyuntivo de tipo proposicional, constituido de diez conceptos fundamentales, a saber:

Endonorma

1) dado un hecho antecedente ()
2) debe ser
3) la prestación (P)
4) por alguien obligado (Ao)
5) frente a alguien pretensor (Ap)
6) o (disyunción de endonorma y perinorma)

Perinorma

1) dada la no prestación (no P)
2) debe ser

3) la sanción (S)
4) a cargo de un funcionario obligado (Fo)
5) frente a la comunidad pretensora (Cp)

De esta manera, si bien es cierto que la estructura de la norma jurídica parte de un juicio hipotético, en realidad dicha estructura, en toda su extensión, es un juicio disyuntivo que obedece a la fórmula: "dado H, debe ser P, o dado no-P, debe ser S". Por tanto, se tiene que la primera parte del juicio es una conceptuación de la conducta lícita, que se denomina endonorma, y que la segunda parte es una conceptuación de la conducta ilícita (sanción), denominada perinorma[47].

c) Según la estructura tridimensional del Derecho

Reale[48] sostiene que la estructura de la norma jurídica es trivalente, es decir que tiene un aspecto normativo, uno axiológico y otro fáctico. No obstante, al explicar su teoría parte de la formulación hipotética de Kelsen: si es H, debe ser C.

Según Reale, en el modelo normativo existe la previsión de un hecho o de un complejo fáctico, que es la base de la formulación de la hipótesis. Pero, al mismo tiempo, por otro lado, se enuncia una determinada consecuencia declarándola obligatoria, lo que señala el alcance de algo valioso. De este modo, se presentan en el juicio hipotético los tres aspectos del Derecho: el normativo, el fáctico y el axiológico.

6.3. Tesis eclécticas

Existen diversas posiciones eclécticas. No obstante, aquí se destacan dos:

1) Se ha llegado a sostener que la tesis imperativista y la anti-imperativista (hipotética y disyuntiva) son verdaderas

[47] Así entonces la endonorma vendría ser la norma secundaria y la perinorma la norma primaria (Torré A., 2003).
[48] Reale, Miguel. (1984). Introducción al derecho, editorial Pirámide, Madrid.

según el distinto punto desde el cual sea vista la norma: a) si se parte del hecho de que toda norma jurídica contiene una disposición u orden, resulta ser imperativa o categórica; b) si se toma la estructura de la norma simple -la disposición o consecuencia jurídica condicionada por el supuesto-, será entonces un juicio hipotético; y c) si se ve la norma jurídica en su totalidad -la endonorma y la perinorma- se tendría entonces un juicio disyuntivo.

2) García Maynez, por su parte, sostiene que toda norma jurídica es categórica e hipotética, es decir, imperativa o anti imperativa, según el momento que se considere. Dice este autor: "Aun cuando parezca paradójico, antes de la realización de los supuestos, toda norma es hipotética, y cuando aquéllos se producen, deviene categórica. Considerado en forma abstracta, el precepto que ordena a los hijos respetar a sus padres es hipotético, encierra un supuesto: el vínculo entre progenitor y descendiente; más en relación con las personas que se hallan colocadas en la situación prevista por la norma, constituye un mandamiento incondicional."[49]

[49] García Maynez, Óp. Cit., pág. 14.

CAPÍTULO VII

CARACTERISTICAS Y CLASIFICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

1. Características de las normas jurídicas. 2. Elementos de la norma jurídica. 3. Clasificación de la norma jurídica.

1. Características de las normas jurídicas.

La norma jurídica posee tres caracteres fundamentales: a) que ostente la condición de obligatoriedad, impuesta por el poder público; b) que tenga efectos generales; c) que se establezca en términos abstractos.

a) Carácter obligatorio: Sin este elemento no sería una verdadera manifestación del Derecho, pues se comprende necesariamente el elemento impositivo. Esta fuerza de obligatoriedad o imposición, se sostiene en la existencia del debe ser, que es susceptible a ser infringido, y que si se viola apareja alguna sanción. Así la sanción es el elemento distintivo de su naturaleza, pues es por este medio coactivo que el poder público impone el acatamiento de la norma.

b) Carácter general: Indica que la norma es de efectos generales, es decir que se aplica a todos los casos que reúnen condiciones previstas por la norma escrita.

No obstante, esto no significa que sea igual para todos, pues no podría aplicarse a los hombres una ley hecha para mujeres embarazadas. Es decir, las leyes son generales y deben aplicarse, sin excepción arbitraria, siempre y cuando el hecho encaje con lo establecido por la norma misma.

c) Carácter abstracto: Debido a que la norma escrita fija una situación que puede presentarse en condiciones determinadas, que han sido previstas por quien la formula, se da entonces una regla en términos abstractos para ser aplicada en casos concretos, que podrían o no presentarse en el futuro. De esta misma manera la norma jurídica está creada para ser

aplicada a un número indeterminado de casos.

2. Elementos de la norma jurídica

La norma jurídica desde el punto de vista lógico presenta tres elementos fundamentales: supuesto, nexo y consecuencia[50].

Como ya se mencionó, el supuesto viene a ser la hipótesis formulada por la norma que una vez cumplida en la realidad produce según el Derecho, alguna consecuencia.

El supuesto se puede clasificar según la cantidad de los elementos que la componen y según la calidad de los elementos. Según la cantidad de los componentes, pueden ser simples (con un elemento constitutivo) o complejos (con dos o más elementos constitutivos). Según la calidad o contenido, pueden ser hechos puros y simples de la realidad.

---

2 Existen normas jurídicas que no comparten está naturaleza, pues carecen de un supuesto explícito, es decir, constituyen afirmaciones válidas en sí, por ejemplo, una norma constitucional que determina a un país como Estado. Estas normas son consideradas normas jurídicas declarativas.

dad; ser conceptos jurídicos, definidos por el ordenamiento jurídico y la doctrina; e instituciones jurídicas, tales como alguna entidad -sin excluir a sus órganos- creada y regida por el Derecho, de donde existe el nexo causal entre el supuesto de la realidad y el deber ser. Sin embargo, el nexo fenoménicamente es una abstracción lógica que une al supuesto con la consecuencia, aunque no aparezca explícitamente en la redacción de la norma. Empero, en ocasiones se ha pretendido identificar el nexo con el verbo de la oración gramatical, lo cual

[50] Existen normas jurídicas que no comparten está naturaleza, pues carecen de un supuesto explícito, es decir, constituyen afirmaciones válidas en sí, por ejemplo, una norma constitucional que determina a un país como Estado. Estas normas son consideradas normas jurídicas declarativas.

es erróneo en razón de que el nexo es un vínculo lógico-jurídico que une dos elementos normativos (supuesto y consecuencia). Y un error aún mayor es cuando se confunde los verbos utilizados clásicamente para establecer los fines de la ley con el nexo mismo[51].

En lo que respecta a la consecuencia, valga decir que es el efecto atribuido a la norma y la verificación del supuesto en la realidad, lo que lógica y jurídicamente puede devenir, por el nexo, en un desenlace, que no siempre ocurre realmente, es decir, de manera contingente. En todo caso, la consecuencia, si ocurre, puede presentar diversas modalidades; tales como el establecimiento de algún derecho (facultad o beneficio para alguien), de alguna obligación (de hacer, de dar o de no hacer), de sanciones o de algun deber (obligatoriedad de acatar lo dispuesto);
o bien la creación de instituciones o entes y empresas públicas; entes públicos no estatales, entre otros; de una situación jurídica (de derechos y deberes de conformidad con el ordenamiento jurídico), o de una relación jurídica (vinculación entre personas o bienes). Así mismo, en ocasiones, también la consecuencia presenta la suspensión, modificación o derogación de normas escritas.

3. Clasificación de la norma jurídica

Existen varias clases de normas jurídicas, pues éstas no son realidades inertes, aisladas, sino dinámicas. Destaquemos entonces las diferentes clasificaciones de estas normas.

Según Reale[52], las normas jurídicas se pueden clasificar de acuerdo a diferentes criterios: a) según el espacio: el sistema jurídico positivo cubre un determinado espacio social, se refiere a cierto territorio y se mantiene bajo la tutela de un poder

[51] Según el jurista romano Modestio: “el fin de la ley es mandar, prohibir, permitir, castigar” (Digesto; I, III, 7).
[52] Reale, Miguel. Introducción al derecho. Op. Cit.

soberano. Si se considera que existen varios territorios se hace entonces una distinción entre normas jurídicas de derecho interno (referidas al Estado en sí) y las de Derecho externo (Derecho Internacional Público)[53];
b) según las fuentes: se pueden clasificar en normas legales, consuetudinarias, jurisprudenciales, doctrinales o científicas y reglas sobre negocios (producto de la autonomía de la voluntad); c) según la equidad: éste es un término aristotélico que indica que la justicia debe ajustarse a cada hecho real. De esta forma existen diversos tipos de justicia según la igualdad, así se tiene la justicia conmutativa (referida a la proporción en los trueques mercantiles), la justicia distributiva (en donde el Estado da a cada quién según el mérito) y la justicia social (que se refiere al problema del deber de cada uno para con el todo); y d) con respecto a su violación: teniendo el supuesto de que el ordenamiento jurídico debe ser cumplido, lo que a la vez posibilita su violación, ante lo cual el Estado y la sociedad toman posesión frente a quien viola el respectivo ordenamiento. Las leyes a la vez son divididas en cuatro clases:
1) *Plus quam perfectae* (más perfectas): son aquellas cuya violación determina dos consecuencias: la nulidad del acto y la aplicación al infractor de una restricción o pena. Por ejemplo, si una de las partes incumple con la obligación en un contrato de prestaciones, el contrato se resuelve a petición de la parte afectada y se aplica una sanción al infrac- tor, consistente en el pago de alguna indemnización por daños y perjuicios; 2) *Perfectae* (perfectas): determinan la nulidad del acto, pero no implican una sanción o coacción. Por ejemplo, una norma que dispone que el contrato sea nulo si su objeto es imposible, pero

[53] Las normas pueden ser vistas desde el Derecho privado o desde el público, en donde las primeras rigen los vínculos entre los particulares considerados en paridad recíproca; mientras que las segundas estable- cen la constitución estatal y de los demás entes públicos, así como su actividad con otras instituciones públicas, con otros Estados o con los particulares, pero bajo el considerando que han de ser caracterizadas por el *ius imperii* del Estado.

no hay una sanción personal para los contratantes; 3) *Minus quam perfectae* (menos perfectas): determinan la aplicación de una pena, pero no así la nulidad del acto; 4) *Imperfecta* (imperfectas): son aquellas que, aunque válidas, no llevan consigo una pena, ni la nulidad del acto. Estas normas se refieren a las obligaciones naturales. Por ejemplo, no es obligatorio para el perdedor de una apuesta o juego no autorizado, realizar el pago como efecto de la pérdida; no obstante, si lo realiza es simplemente porque quiso hacerlo.

Sin embargo, existen otros criterios de clasificación
como el de las normas técnicas instrumentales y normas técnicas finales o directas, siendo las primeras aquellas que prevén determinado medio necesario para alcanzar un fin; mientras las segundas indican el fin que se pretende con el medio más oportuno.

A su vez se destaca la clasificación en normas incompletas[54], de tipos aclarativas, restrictivas y remisivas o de reenvío. Las normas jurídicas aclarativas sirven para determinar con especificidad o para completar el contenido de otras normas y se dividen en delimitadoras (delimitan un concepto o tipo empleado en otras normas jurídicas) y de complementación (especifican o completan el contenido de un término usado en sentido general). Las normas jurídicas restrictivas reducen un supuesto de hecho de otra norma, ello por ser tan amplio el sentido del hecho que aplicaría para otros hechos de forma invalidante. Las normas de reenvío (de aplicación) no regulan en forma directa las relaciones, sino solo indirectamente, mediante la referencia o remisión de manera total o parcial a otras normas ya existentes o próximas de ser dictadas.

Otra taxonomía viene a dividir las normas en reguladoras de conducta y normas de producción jurídica, siendo las primeras

[54] Las normas incompletas sirven para determinar más específicamente el supuesto de hecho o uno de los elementos del supuesto, o la consecuencia jurídica de las normas completas. También se presenta para restringir una norma jurídica completa, con salvedad de aplicación en determinados casos, o para remitir la regulación del supuesto de hecho, o la consecuencia o de ambos elementos a la vez.

las que tienen como objeto la conducta humana; mientras que las segundas tienen por objeto otras normas. Las normas de producción se subdividen a la vez en normas de competencia (confieren a los sujetos u órganos el poder para producir normas dentro de ciertos parámetros) y de procedimiento (indican las vías que deben seguirse para ejercer una competencia atribuida).

CAPÍTULO VIII
EFECTOS DE LA NORMA JURÍDICA

1. Aplicación de la norma jurídica según los derechos y deberes. 2. Órganos de aplicación de la norma jurídica. 3. Elementos de aplicación de la norma jurídica. 4. Renuncia de beneficios otorgados por la norma jurídica. 5. Normas jurídicas en las que no se puede renunciar a los beneficios

1. Aplicación de la norma jurídica según los derechos y deberes

La aplicación de la norma jurídica escrita, se funda en los derechos y deberes. Tal caso se presenta, por ejemplo, cuando el legislador dicta y aprueba una ley con la previsión de situaciones objetivas, de donde surgen derechos y obligaciones. La norma no se aplica de manera automática, ni exige que el poder público deba forzosamente intervenir, sino que se verifica cuando los interesados por su propia voluntad simplemente la acatan. En caso de desacato, el Estado por medio de los órganos competentes la hace valer con su poder de imperio.

2. Órganos de aplicación de la norma jurídica

Cuando el Estado debe aplicar el ordenamiento jurídico, generalmente lo hace a través del ejercicio de sus potestades de imperio, sea en la dimensión administrativa o sea en la jurisdiccional, con dos principios medulares:

a) Corroborar que el caso en cuestión esté conforme a la norma invocada o bien se haga de oficio según cada ordenamiento jurídico; b) hacer que se cumpla el debido proceso y-o debido procedimiento administrativo fijado por lineamientos procedimentales que, en principio, quedan adscritos a los enunciados generales de los derechos humanos. Sin embargo, también existen mecanismos

procesales por actividades desplegadas por medios alternos de la función jurisdiccional, como sucede con los arbitrajes a niveles nacional e internacional; asimismo, en la dimensión de la rectoría de la justicia de naturaleza pública existen, como se indicó, los procedimientos administrativos que están subordinados y controlados por la actividad jurisdiccional donde pueden, por sentencia firme y definitiva, ser ratificados; anulados total o parcialmente, o simplemente aplicar correctivos de fondo y forma para su validez y eficacia jurídicas, sin perjuicio de las sanciones y cargas procesales por el incumplimiento y abusos en tales procedimientos.

3. Elementos de aplicación de la norma jurídica

Para que se dé la aplicación de la norma jurídica se requieren de dos elementos presentes en los procedimientos: a) la determinación objetiva y veraz de las condiciones espacio-temporales en las que puede y debe ser aplicada; b) la correcta interpretación del ordenamiento jurídico. Solamente si se toman estas consideraciones, se puede llegar a una adecuada aplicación de la norma jurídica que no excluye a la normativa no escrita en caso de suplencia por laguna del ordenamiento escrito o en función del esclarecimiento de la norma escrita.

4. Renuncia de beneficios otorgados por la norma jurídica

El beneficiario de una norma jurídica puede en principio renunciar a los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico, pero no puede renunciar a las obligaciones derivadas del mismo ordenamiento y, entre ellas, están en ocasiones los derechos que por imperativo legal (*ope legis*) son irrenunciables, como sucede, a manera de ejemplo en nuestro texto constitucional, con el artículo 74[55] en relación con los derechos

[55] "Artículo 74.- Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley;

y garantías sociales que, a decir de esta norma, *son irrenunciables*. También existen en el ámbito de la justicia comparada, algunos derechos irrenunciables pues su eventual renuncia implicaría el desentendimiento de otras obligaciones, ante la existencia de distintos intereses en juego. Esto sucede cuando se dan derechos a algún sujeto para que supla una necesidad social, o para acatar preceptos morales, es decir, existe un interés social que se antepone al interés individual. E incluso, cuando está de por medio el reconocimiento de derechos para proteger y satisfacer los derechos de otro u otros sujetos, como en el caso de enfermedades, discapacidades u otros desmejoramientos de la condición humana.

5. Normas jurídicas en las que no se puede renunciar a los beneficios

En principio no se puede renunciar a los beneficios creados por normas de orden público ni a los deberes según el principio de legalidad. Se pueden clasificar en:

a) Derecho público: Cuando el Estado y las administraciones públicas en su conjunto actúan conforme al ordenamiento jurídico (principio de legalidad) para satisfacer los intereses públicos, con prevalencia sobre el interés del Estado o Administración e intereses particulares, como elemento teleológico (fin) de su existencia, conducta y organización, se confirman entonces las esferas competenciales de sujeción objetiva para satisfacer tales intereses superiores o altruistas.

b) Régimen de las personas en relación con la familia: Las normas que atañen a las personas relacionadas con el bien jurídico y social de la familia están adscritas al orden público,

serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad

por la injerencia de las personas personas y familias en vida y estabilidad social. En efecto, los ciudadanos son el elemento esencial de la sociedad y la familia conforma el primer elemento de unidad organizacional dentro de la sociedad.[56]

c) Moral y buenas costumbres: Existen normas jurídicas que implican principios morales y establecen lineamientos necesarios para la adecuada marcha de la sociedad. De esta manera la moral y las costumbres forman parte del orden público. En efecto, en el ámbito excepcional de la intervención legislativa en el fuero del ejercicio del Derecho privado, dispone el artículo 28 (párrafo segundo) del texto constitucional, a saber: "(…) Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley (…)" A su vez, como se ha insistido, la costumbre en nuestro medio es fuente de Derecho no escrito.

d) Propiedad raíz: Dicha propiedad se determina por los derechos de territorio que tiene el Estado. Se considera que la propiedad raíz es de fundamental importancia en un país, pues dependiendo del grado de cultura de una sociedad, se obtendrá la organización del territorio, la cual es fundamental para poder alcanzar la paz pública y la independencia política.

e) Actos que requieren solemnidad especial: Actos como el matrimonio, los testamentos, las hipotecas y demás eventos donde se conjugan derechos patrimoniales y el ejercicio de la libertad decisional de los sujetos involucrados, suelen estar regulados en el Derecho comparado por leyes de orden público.

nacional."

[56] Dispone el artículo 51 de nuestro texto constitucional: "La familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."

CAPÍTULO IX

APLICACÍON DE LA NORMA JURÍDICA CON RELACIÓN AL TIEMPO

1. Límites normales de la aplicación normativa. 2. Ignorancia de la ley. 3. Fin de la vigencia de la ley.

1. Límites normales de la aplicación normativa.

Las leyes se aplican desde que se ponen en vigencia hasta que se derogan total o parcialmente por el órgano legislativo; por consulta popular en refrendos vinculantes o mediante la anulación por disposición del órgano (Tribunal) constitucional que así lo disponga en sentencia firme y definitiva. También existen las anulaciones de conductas administrativas y, entre éstas, los reglamentos que, en nuestro medio positivo, son actos administrativos generales de alcance normativo, es decir, actos administrativos que no se agotan con su ejecución puntual por su carácter de mayor permanencia y de aplicación abstracta que a la vez se incorporan al Derecho escrito. Los reglamentos entonces pueden ser anulados de oficio o a gestión de parte interesada; incluso la Administración Pública está en la obligación de anular toda conducta administrativa viciada de nulidad absoluta, con efectos retroactivos o *ex ante* (también llamada *ex tunc*) al momento mismo de su nacimiento a la vida real o material, no así a la vida jurídica por su invalidez y obligada ineficacia jurídica, pues no se pueden presumir como válidos los actos viciados con tal grado de nulidad, ni puede ordenarse su ejecución. De esta manera en nuestro medio jurídico, existe la situación excepcional que impide la aplicación de la presunción necesaria de los actos o conductas nulos radicalmente, que son actuaciones materiales o de hechos de la Administración Pública.

En ocasiones se dan leyes que establecen plazos para su entrada en vigencia o sean eficaces; caso contrario, ante la

falta de disposición expresa al respecto, entrarán a regir a los diez días posteriores de su publicación en el Diario oficial La Gaceta (artículo 129 de la Constitución Política)[57]. Por lo tanto, es indispensable conocer cuándo una ley entró en vigencia; sin perjuicio del conocimiento de los motivos históricos y fácticos que dieron fundamento a su existencia o acaso los motivos y hechos que dieron base para su derogación. Además, como principio general se sostiene que la ley no debe aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna[58]. Sin embargo, este principio no es considerado absoluto, debido a que en determinadas situaciones la norma aplica a hechos que se dan antes de su entrada en vigencia e incluso con posterioridad, como sucede en ocasiones en materia tributaria, cuando un determinado periodo fiscal concluyó para dar inicio a un nuevo periodo fiscal del mismo sujeto pasivo de la obligación impositiva, con aplicación de la nueva legislación que lo cubre en su totalidad. No obstante, el principio de la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio es totalmente improcedente en materia penal al tenor de las múltiples disposiciones contenidas en los tratados y convenios de protección de los derechos humanos; de manera contraria, en esta materia es imperativo categórico la aplicación retroactiva de la ley posterior y favorable. En todo caso, es principio aceptado en la legislación

[57] "Artículo 129.- Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni de- rogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución."

[58] Señala el artículo 34 de la Constitución Política: *"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolida- das.»*

comparada que se vede la aplicación retroactiva de las normas en perjuicio, a diferencia de la aplicación retroactiva de las normas favorables.

También existe el conflicto de las normas jurídicas en el tiempo en situaciones donde determinados sujetos ostentan derechos protegidos por la normativa anterior a la vigencia de la nueva normativa, ante lo cual deben respetarse los derechos adquiridos y previos, hasta su vencimiento por disposición temporal de la misma ley y-o disposición reglamentaria, o por situaciones sobrevenidas que confirman condicionamientos cumplidos para la eficacia jurídica de la normativa anterior.

2. Ignorancia de la ley

Se sostiene que una vez publicada la ley nadie puede alegar su ignorancia o desconocimiento (*nemo ius ignore censetur)*, pues se supone que al ser publicada debe ser conocida por quienes deben cumplirla. Así lo impone -se insiste- el párrafo segundo del artículo 129 de la Constitución Política de Costa Rica. No obstante, en sistemas jurídicos de contenido anglosajón la no publicación escrita de la norma, no da cabida a su desacato. Ahora bien, este conocimiento obligado y generalizado de la ley escrita, no se dispone tanto en función del ejercicio de la memoria privilegiada de cada ciudadano obligado a su cumplimiento, sobre todo con la inundación de leyes que se producen en nuestros medios de Derecho escrito, sino en virtud de la aplicación necesaria del principio de igualdad en su doble condición ya comentada: la igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales, que es igualdad al fin. El principio de igualdad sin discriminación de trato en la interpretación y ejecución de las leyes es un derecho humano claramente incorporado en el numeral 33 de la Constitución Política[59]. En todo caso no se excluyen situaciones muy especiales donde una persona discapacitada o

[59] "Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana."

sumamente alejada del acceso de la comunicación colectiva posibilite algún margen de aplicación atenuada en la ejecución de los ordenamientos jurídicos comparados, según cada caso y bajo el binomio aristotélico antes indicado que podría confirmar la aplicación desigual entre desiguales.

3. Fin de la vigencia de la ley

La vigencia de una ley se da bajo distintos supuestos, a saber: 1) cuando se da su vencimiento por expresa disposición de la ley misma (leyes temporales); b) cuando se da la derogación o anulación ya comentadas; c) cuando una ley posterior contradice el contenido y fin de la ley anterior, dándose la posibilidad de la derogación tácita o no expresa, lo que generalmente requiere de la interpretación jurídica que puede alcanzar el rango de la sentencia firme y definitiva, sin perjuicio de la existencia de la jurisprudencia en aras de la seguridad jurídica; d) en ocasiones en el Derecho comparado pueden subsistir leyes cuya formalidad textual permanece vigente, aunque su carácter coactivo desaparezca por otra ley que la vacía de este contenido sustancial; éste vacío consecuente y derivado se suele denominar abrogación legal, para no confundirla con la derogación y anulación.

CAPÍTULO X

PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. Causa del sistema de retroactividad. 2. El problema de la retroactividad. 3. Concepto de retroactividad. 4. Derechos adquiridos y expectativas. 5. Crítica de la Teoría de Merlin. 6. Derecho e interés. 7. Los hechos pasados y efectos futuros. 8. Situaciones abstractas y situaciones concretas. 9. Casos de aplicación del principio.

1. Causa del sistema de retroactividad.

Como se adelantó, si una ley es derogada o sustituida por otra, no se sigue de esto que mecánicamente desaparezcan las relaciones establecidas por aquélla, puesto que los efectos pueden sobrevivir aun cuando no esté en vigencia dicha norma. Ciertamente, es común encontrar situaciones en donde están vigentes facultades y deberes que nacen de una norma que ya ha desaparecido por los derechos subsistentes con la normativa derogada o sustituida. Debido a lo anterior, una nueva norma no puede desligarse totalmente del pasado, pues si lo hace se pueden lesionar situaciones jurídicas protegidas o derechos adquiridos por disposiciones normativas pretéritas. Así mismo, la nueva ley no debe cambiar arbitrariamente el estado jurídico ya establecido lo que sin duda tiene relación en reiteradas ocasiones con la protección de los derechos subjetivos de personas físicas y jurídicas.

De este modo, nace una limitación para la nueva norma, pues si su aplicación implica el desconocimiento total del pasado o la modificación radical de la situación jurídica anterior consolidada, deja de aplicarse o solo se aplicaría parcialmente.

2. El problema de la retroactividad

Cuando una ley es retroactiva o tiene tal efecto, se puede aplicar indebidamente, pues ésta no puede regir lo que debió ser exclusivamente materia que no estaba siendo normada o bajo el dominio de una norma anterior. Se insiste: la excepción a esta regla se presenta cuando se trata del reconocimiento de derechos subjetivos, es decir, se puede aplicar una norma jurídica retroactivamente en beneficio de la persona. En principio, las leyes surten efectos hacia el futuro, de modo que será a partir de su entrada en vigencia que tendrán efectos vinculantes en relación con la generalidad de las personas.

De ahí que es fácil constatar que la regla común sea que la eficacia de las leyes nazca a partir de la fecha que se indique o, en su perjuicio, a los 10 días posteriores a su publicación. Esto es una garantía ciudadana al conocerse de antemano los contenidos y efectos de las disposiciones legales en igualdad de condición. Ahora bien, aun cuando la regla sea la eficacia hacia futuro de las normas jurídicas, es preciso tomar en cuenta dos factores de naturaleza jurídica que también tienen lugar en lo que se refiere a la eficacia normativa, en la dimensión de la teoría del conflicto de las leyes en el tiempo, veamos: a) En algunas ocasiones -se insiste- la norma jurídica puede desplegar sus efectos en relación con hechos producidos antes de su entrada en vigencia, propio de la aplicación *retroactiva* de una norma jurídica. No obstante, la aplicación retroactiva de las normas jurídicas tiene un carácter de excepción a la regla comentada, en relación con su eficacia hacia futuro, razón por la cual, desde el Derecho de la Constitución, se garantiza que la eficacia retroactiva que pueda darse a una norma, bajo ninguna circunstancia podría ir en perjuicio de persona alguna, o bien, en detrimento de sus derechos patrimoniales adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas (artículo 34 de la Constitución Política)[60]. En otros supuestos, también puede

[60] "Artículo 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio

suceder que la norma jurídica sea derogada y a pesar de ello, continúe surtiendo efectos jurídicos en relación con ciertos hechos constituidos bajo su vigencia. Esto es lo que se conoce como la *ultra actividad* de las normas jurídicas o la supervivencia del Derecho abolido. Esta posibilidad de que la norma derogada continúe surtiendo efectos en relación con ciertos hechos, ha sido reconocido incluso desde antaño por nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando sin darse aún la existencia de la Sala Constitucional, como órgano de control del Derecho de la Constitución, tal Corte tuvo a su cargo este control y al efecto expresó en sentencia: " La derogatoria o reforma de una ley o de un reglamento no basta, por sí sola para cerrar la posibilidad de que se examine la validez de la correspondiente disposición pues las normas -leyes derogadas o reformadas- pueden seguirse aplicando, en su texto anterior, mientras existan relaciones jurídicas que nacieron bajo su vigencia y que deben definirse al tenor de lo preceptuado por ellas. La Ley nueva no tiene efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna o de sus derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas, y de ese principio, se deriva a su vez, lo que algunos expositores de Derecho denominan "superviviencia del derecho abolido*".* (1978, Corte Suprema de Justicia, Ses, Est. de 12 de enero).

En sendos supuestos, sea en la irretroactividad de las normas en perjuicio o en la supervivencia del Derecho abolido, la idea que subyace sustancialmente es exactamente la misma: el reconocimiento y protección de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas. Es abundante la jurisprudencia constitucional que adopta esta dinámica protectora de la seguridad jurídica: "(...), en relación con el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, donde *ley* debe entenderse en su sentido genérico, como

de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas."

normas o disposiciones jurídicas (véase sentencia 473-94 de las 13:03 horas del 21 de enero de 1994), la Sala ha dispuesto que resulta un principio formal y sustancial, de modo que se viola, no solo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una disposición anterior, sino cuando los efectos, la interpretación o aplicación de esa última produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho o situación consagrados." (Voto N.° 4618-2006 de las 10:02 horas del 31 de marzo de 2006).[61] En estos casos, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley -en el más amplio sentido del término- se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento jurídico no tendrá la consecuencia de sustraer, desconocer, violar o alterar negativamente el derecho adquirido y patrimonial de la persona, o bien, no se imposibilitaría que una vez acaecido el presupuesto dispuesto en la normativa, surja el efecto que el sujeto esperaba obtener por su protección en la norma jurídica. En un orden similar, la jurisdicción contencioso administrativa, se ha inclinado por reconocer la trascendencia y necesidad de tutelar las situaciones jurídicas derivadas de las normas jurídicas vigentes al momento en que se originaron; así, por medio del voto No. 096-2013 de las 14:20 horas del 24 de julio del 2013, la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, expresó lo siguiente: "Ya este Tribunal se ha pronunciado al respecto, señalando que "(...) cuando se habla de 'seguridad jurídica', se alude a la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las

[61] En forma coincidente, pueden verse también los votos No. 1119-90 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990, No. 1147-90 de las 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990, No. 1879-94 de las 17:30 horas del 20 de abril de 1994, No. 2765-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997, No. 6771-97 de las 12:15 horas del 17 de octubre de 1997 y No. 06134-98 de las 17:24 hrs del 26 de agosto de 1998, todas de la Sala Constitucional.

situaciones derivadas de la aplicación de las normas vigentes. Si bien no está explícitamente contemplado en la Constitución Política, se manifiesta fundamentalmente por medio de las garantías de irretroactividad de la ley e intangibilidad de los actos propios (*non venire contra factum propio*)*."*

De tal modo que el principio de seguridad jurídica otor- ga respaldo suficiente para tener por cubiertos en su tutela a los derechos adquiridos o situaciones jurídicas con- solidadas, derivados de alguna conducta administrativa, norma jurídica o relación contractual, aun cuando la ley bajo la cual se constituyó la situación digna de disfrute y defensa, hubiese sido modificada o derogada. Congruente con lo anterior, la Sala Constitucional ha manifestado: *"*La seguridad jurídica...es la situación del sujeto del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentales expectativas de que ellas se cumplan. Ese valor jurídico pretende dar certeza contra las modificaciones del Derecho, procura evitar la incertidumbre del Derecho vigente, es decir, las modifica- ciones jurídicas arbitrarias, realizadas sin previo estudio y consulta..." (Sentencia N° 8390-97 de las 16:21 horas del 9 de diciembre de 1997).

Con base en lo expuesto, la irretroactividad de las normas jurídicas junto a la eventual aplicación de la norma derogada a relaciones jurídicas constituidas y reconocidas bajo su espacio de vigencia, garantiza a las personas en igualdad de trato que sus expectativas derivadas de la aplicación de la norma jurídica vigente, al momento de suscribir sus contratos o relaciones comerciales, sean alcanzadas, efectivas y protegidas como resultado de la equidad, de la seguridad, estabilidad y certeza de sus relaciones contractuales.

3. Concepto de retroactividad

Ciertamente, se puede deducir que la retroactividad alude al hecho de actuar sobre lo ya acontecido. En el mundo jurídico, se entiende que la retroactividad se produce cuando se aplica una norma a hechos del pasado y que esta aplicación puede generar efectos negativos contra alguna persona, contra sus derechos y bienes, sin perjuicio de la aplicación retroactiva en beneficio. Por ejemplo, en materia penal los hechos punibles deben castigarse con la ley vigente, de manera tal que los hechos cometidos antes de la vigencia de la norma no pueden ser juzgados por dicha norma, excepto si la ley posterior resultare más beneficiosa al imputado e incluso condenado.

4. Derechos adquiridos y expectativas

El Derecho francés, junto al de otros países como Alemania, Italia, Portugal y España, se han visto influenciados considerablemente por la teoría clásica de la retroactividad de los derechos adquiridos. La teoría consiste básicamente en que la norma es retroactiva si la norma anterior afecta los derechos adquiridos. También, sostiene que la norma no es retroactiva, si dispone sobre lo que anteriormente era un derecho conforme a la norma derogada.

Según Merlin de Douai, a quien se le debe la teoría, los derechos adquiridos por una ley en el pasado no pueden ser desconocidos por otra ley en el presente. Según este autor, citado por Beatriz Verdera[62], los derechos adquiridos son aquellos derechos que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que nadie nos los puede arrebatar. Por ejemplo, si una ley de reforma agrícola otorga el derecho a un campesino sobre un terreno, otra nueva ley, que vaya en contra de esta reforma, no puede eliminar los derechos adquiridos que

[62] Verdera Izquierdo, Beatriz (2010) La irretroactividad: problemática general. Colección Monografías de Derecho Civil, Dikynson, Madrid, pág. 54.

obtuvo el campesino durante la ley anterior.

5. Crítica de la Teoría de Merlin

Se le critica a esta teoría el hecho de que no da un criterio que determine si se trata de un derecho adquirido o de una simple expectativa de derecho. Determinar esto no es materia fácil pues hay que remitirse a la normativa que otorgó los derechos adquiridos. En ocasiones, la complejidad es mayor, pues las consecuencias de los derechos adquiridos por leyes anteriores vienen a ser eliminadas por la nueva ley. De esta forma se ha visto la necesidad de establecer criterios que permitan resolver los casos específicos y sobrepasar las dificultades que en la práctica se presentan.

6. Derecho e interés

Francois Laurent y Théophile Huc, pretendieron superar estas dificultades: presentaron el derecho adquirido como un derecho y a la expectativa de derecho como un interés. De este modo la norma actual no debe sujetar los derechos que nacieron en la legislación anterior, pero si puede regir lo que bajo la ley anterior constituyó un interés. Sin embargo, el cambiar los términos no superó el problema principal, pues no se obtuvo el criterio preciso para distinguir el derecho del interés y lograr así una adecuada solución a los eventuales conflictos por la aplicación de leyes en el tiempo.

7. Los hechos pasados y efectos futuros

Laurent y Blondeau establecen una distinción entre los hechos del pasado y los efectos del futuro. Sobre esta distinción Planiol[63] fundó su teoría y sostiene que la nueva norma no debe atentar contra los efectos que otorgó el Derecho en el pasado, pero si puede afectar los efectos futuros de los

[63] Planiol (1928). Tratado Elemental de Derecho Civil. 11 edición, Paris.

hechos pasados, aunque estos se hubieran dado cuando estuvo en vigencia la pretérita ley. Esta teoría tiene también como antecedente el pensamiento de Varielles Sommières, quien admite esta misma distinción, pero no conduce su razonamiento al extremo al que lo lleva Planiol. En efecto, la teoría de Planiol parte de aquella distinción y llega a sustentar el argumento de que no hay derecho, que es una facultad abstracta que pueda tener consecuencias materiales con independencia de sus efectos que, cuando son futuros, quedan sometidos a la nueva legislación. Así este autor menciona que "las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva."

8. Situaciones abstractas y situaciones concretas

La teoría de la retroactividad que parte de la distinción entre este tipo de situaciones es obra de Bonnecasse. Este autor arguye que la ley tiene el fin de gestar situaciones de derecho, que es la manera en que cada uno se encuentra ante una norma o institución jurídica. Por tanto, si se está ante una situación eventual o de naturaleza teórica, el panorama jurídico es simplemente abstracto; de manera contraria, cuando se presenta un hecho real que hace que el sistema jurídico funcione, se da una situación concreta. Así la naturaleza de la ley es dual, pues cuando se crea la norma tiene un carácter abstracto y cuando se aplica es concreto. A manera de ejemplo, cuando se prevé en la ley la pena de prisión para quien cometa un asesinato, se está ante una situación abstracta, no obstante, si alguien comete un asesinato se le aplica la ley y se está ante un hecho concreto.

La ley retroactiva irrespeta las disposiciones y facultades que otorgó una ley anterior. La nueva ley por el contrario, puede

modificar efectivamente la situación abstracta que derivó de la ley anterior. La teoría de la retroactividad es aquella que permite definir de una manera sencilla y lógica cuándo una ley es o no es retroactiva.

9. Casos de aplicación del principio

a) Leyes que conciernen a la capacidad de las personas.

Las facultades que otorgó o reconoció una determinada legislación no deben ser abolidas con el cambio de la ley, por ejemplo, sería antijurídico que, a una persona adulta, a la que se le han otorgado determinados derechos en un sistema jurídico anterior -como el derecho a una pensión- se le eliminen estos beneficios por aplicación de una nueva norma. No obstante, la nueva ley puede eliminar estas facultades al aplicarse a hechos concretos futuros, sin la aplicación retroactiva en perjuicio de las facultades subjetivas y los derechos adquiridos.

b) Los actos jurídicos

La realización de algún acto jurídico amparado en una norma jurídica anterior, hace que el respectivo acto deba ser respetado por el nuevo ordenamiento. De este modo, el acto jurídico del pasado debe regirse tanto en lo interno como en lo formal según lo establecido por la ley en que se sustentó y la nueva norma no puede aplicarse a los actos del pasado, incluso con grado de consumación en el tiempo y espacio. Este criterio responde a la finalidad del derecho de la seguridad jurídica, según la cual el ordenamiento debe proteger las situaciones jurídicas reconocidas y consolidadas, como parte del dimensionamiento positivo de los derechos subjetivos y los intereses legítimos, o mejor aún, de las situaciones jurídicas protegidas, por encima de los cambios que el ordenamiento jurídico a futuro plasme positivamente y que, en caso de desconocimiento o de aplicación retroactiva en perjuicio, la seguridad jurídica y la buena fe quedarían al traste con daños

de imposible o de muy difícil reparación a niveles moral y patrimonial.

Ciertamente en razón del citado principio de seguridad jurídica, el Estado se encuentra obligado a proveer un marco normativo para que el ciudadano tenga certeza de conocimiento en sus relaciones con la Administración pública y los sujetos particulares, sean personas físicas o jurídicas. Al propio tiempo, el principio de seguridad jurídica tiende a garantizar la efectiva realización de las condiciones previstas por las normas jurídicas, escritas y no escritas como -se insiste- la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la costumbre; a la vez está llamado a proveer estabilidad a las relaciones contractuales debidamente amparadas en el ordenamiento jurídico, donde todo contrato tiene fuerza de ley entre las partes, es decir, constituye el marco causal, obligatorio y originario del conjunto de derechos y obligaciones compartidos. Así entonces, la seguridad jurídica, no requiere demarcar un determinado contenido, sino que bastará con la existencia de un conjunto de disposiciones que fijen consecuencias jurídicas frente a ciertos hechos, actos, conductas o contratos que, en virtud de haber sido realizados o concertados bajo el marco del ordenamiento jurídico, adquieren el respaldo y escudo necesarios para que las consecuencias jurídicas previstas sean efectivamente alcanzadas y eventualmente defendidas. De aquí la trascendencia del principio de irretroactividad de las normas, salvo que la ley posterior sea de mayor beneficio.

En los referidos términos del artículo 34 de nuestra Constitución Política, no solo se brinda garantía especial a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas sustanciales que tienen también protección especial y primaria, desde el artículo 49 íbid, sino también a cualquier situación jurídica sustancial que pudiere resultar perjudicada por el efecto retroactivo de una norma jurídica. En tal sentido, según el voto No. 267-2012 de las 15:34 horas del 11 de enero del 2012, la Sala Constitucional se refirió a este principio y dispuso lo

siguiente: “Reiteradamente la Sala ha indicado que la seguridad jurídica es un principio constitucional que en su sentido genérico consiste en la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la

sociedad, protección y reparación: es la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentales expectativas de que ellas se cumplan. Ese valor jurídico pretende dar certeza contra las modificaciones del Derecho, procura evitar la incertidumbre del Derecho vigente, es decir, las modificaciones jurídicas arbitrarias, realizadas sin previo estudio y consulta. Puede ser considerada tanto en sentido subjetivo y objetivo, pero ambos están indisolublemente vinculados; en su sentido subjetivo es la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social y en sentido objetivo se confunde con la existencia de un estado de organización social, de un orden social. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos existen normas que pretenden dar cumplimiento al valor de la seguridad jurídica; en el nuestro tenemos varias expresiones de ese principio tales como la presunción del conocimiento de la ley, el principio de la reserva o legalidad penal, el principio de irretroactividad de la ley, la cosa juzgada y la prescripción, entre otros…”

De esta forma para la Sala Constitucional, que es el órgano que interpreta y aplica el Derecho escrito y no escrito de la Constitución, el principio de seguridad jurídica determina aspectos de suma relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, como es el de dar certeza firme ante las modificaciones del Derecho, procurando con ello, en la medida de lo posible, eliminar la incertidumbre jurídica, las modificaciones normativas arbitrarias y no lesionar así los derechos adquiridos y las

situaciones jurídicas consolida- das, razón por la cual se prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes en perjuicio, lo que también supone la aplicación retroactiva de las leyes en beneficio, tanto por la aplicación horizontal de la justicia, como por la lógica, justicia y seguridad en un Estado de Derecho.

En igual sentido, el principio de seguridad jurídica garantiza que las expectativas legítimas de las personas, amparadas en las normas jurídicas y respecto de las cuales se conocen sus efectos, sean cumplidas y alcanzadas en forma integral, aun cuando con posterioridad surja una modificación del ordenamiento jurídico que apareje un cambio en las condiciones originariamente previstas. Así del contenido sustancial del indicado principio de seguridad, se desprende claramente la tutela de los derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas, como parte de la expectativa razonablemente fundada en el ordenamiento de que los efectos jurídicos previstos en la norma sean alcanzados y protegidos. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterada y ha enfatizado en el resguardo de las situaciones jurídicas; así en este orden de consideraciones, mediante el voto No. 2765-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997, la Sala Constitucional dispuso lo siguiente, a saber: “Los conceptos de “derecho adquirido” y “situación jurídica consolidada” aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa -material o inmaterial, trátese de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la “situación jurídica consolidada” representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando estos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos

todavía perduren o no, sino que -por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo "si..., entonces"; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la "situación jurídica consolidada" implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derecho adquirido o situación jurídica consolidada), el ordenamiento protege -tornándola intangible- la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y de certeza jurídica".

En el sentido y alcance expuesto por la Sala Constitucional, la protección que brinda el principio de seguridad jurídica, determina que existe resguardo jurídico suficiente y reforzado en dos vertientes: a) de un lado, se garantiza la ventaja o beneficio constatable, real y no hipotético, que haya incidido en la esfera patrimonial de las personas en la dimensión material e inmaterial (por ejemplo nombre comercial y derechos de autor, entre otros), pero previamente ajeno o inexistente, que por virtud del ordenamiento jurídico ha pasado a engrosar el ámbito patrimonial del individuo (derecho adquirido), lo que impone al confirmación de la certeza subjetiva y objetiva en su disfrute, como bien adscrito al patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

B) De manera complementaria se tutela a la vez el estado de cosas definido en sus características y efectos que, con sustento en una norma jurídica, haya dado nacimiento a una regla que determine precisamente la cristalización de estos efectos jurídicos, con base en un presupuesto fáctico que funge como elemento objetivo y condicionante para la eficacia jurídica (situación jurídica consolidada).

En consecuencia, la eficacia jurídica progresiva y ex-

pansiva que tiene el Derecho de la Constitución, como parte constitutiva de los derechos fundamentales -tal como lo ha reconocido expresamente la Sala Constitucional[64]- en relación con la situación jurídica que tal Derecho está llamado a proteger, determina sin duda que el efecto previsto en la ley sea también parte del ámbito del conocimiento previo y certero que todo ciudadano debe saber, para la materialización de actos y contratos donde queden involucrados sus derechos e intereses jurídicamente protegidos, tal como sucede -entre otros supuestos- con las relaciones comerciales para que éstas sean plenamente alcanzadas, sin verse afectadas o disminuidas por lo que se pueda disponer posteriormente, con alguna ley perjudicial a los situaciones jurídicas consolidadas y protegidas por el ordenamiento vigente al momento de su nacimiento, como normativa válida y eficaz. Esto también es parte de la defensa de la libertad de comercio, industria y agricultura conforme a los artículos 46[65] de nuestra Constitución Política; 45[66] en cuanto a

[64] La Sala Constitucional ha enfatizado en el carácter protector y progresivo de los derechos fundamentales, en virtud de los principios *pro homine*, *pro libertatis* y del carácter expansivo de los derechos fundamentales; puntualmente, a través del voto No. 7730-2000 de las 14:47 horas del 30 de agosto del 2000, la Sala manifestó que: "Lo correcto desde esta perspectiva, es que debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y a la persona humana…".

[65] "Artículo 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias."

la protección de la propiedad privada -material e inmaterial- y el principio de intangibilidad patrimonial; 33[67] en cuanto a la aplicación igualitaria y no discriminante del ordenamiento jurídico.

Hay más todavía, bajo la tesitura ya expuesta y a manera de insistencia, en materia de los derechos humanos los Estados firmantes que han aprobado, ratificado y ejecutado tratados, convenios y concordatos en esta materia, quedan siempre obligados a que su interpretación sea siempre extensiva y progresiva, nunca así restrictiva ni involutiva. De tal manera que nuevamente se confirma la no aplicación retroactiva de disposiciones normativas posteriores perjudiciales a situaciones jurídicas previamente consolidadas, como a la inversa, debe darse la aplicación retroactiva del ordenamiento válido y eficaz, en caso de beneficio posterior.

c) Los delitos

Los delitos que se han cometido cuando estuvo vigente una norma jurídica pretérita, no pueden sancionarse o aumentarse con la pena dispuesta en la nueva ley. En materia penal, en lo concerniente a los delitos, se podrá aplicar retroactivamente una pena o sanción, pero solo si es de beneficio para el afectado, El fundamento de este criterio deriva principalmente del cambio de valoración jurídica en sentido atenuante dispuesto en la nueva ley por ser justo y eventualmente legítimo, o valorativamente procedente respecto a hechos

[66] "Artículo 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social."

[67] "Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana."

anteriores, ante la existencia de una pena mayor y conforme al principio *pro reo* como derecho humano.

d) Los procedimientos

Lo anteriormente señalado también es aplicable cuando un hecho ocurre bajo una determinada ley y existía un procedimiento que estableció una serie de lineamientos para su ejecución; la nueva ley no puede cambiar el derecho a un proceso distinto según lo estipulado por la antigua ley.

En materia procesal, un cambio normativo no debería afectar las situaciones jurídicas protegidas de los ciudadanos, pues puede llevar a un estado de indefensión de cara a una reforma procesal posterior cuya normativa no existía al inicio de un determinado proceso. También en ocasiones se aplica la excepción cuando la normativa posterior es de mayor beneficio que la normativa anterior existente para el caso concreto, sobre todo cuando se reconocen derechos procesales que evitan o disminuyen la violación de los derechos humanos por la reforma legal posterior.

CAPÍTULO XI
LA APLICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA EN EL ESPACIO

1. Principio básico.2. Antecedentes históricos. 3. Los estatutos.

1. Principio básico

En principio las normas jurídicas se aplican en el territorio de un Estado como parte constitutiva de éste. También existe el propio tratamiento desde la perspectiva del Derecho internacional, sin que pueda sobrepasar la normativa interna de los Estados conforme a cada ordenamiento jurídico según el grado jerárquico que el mismo ordenamiento dispone, como parte de la autocreación y autoregulación normativa, en el ejercicio efectivo de cada soberanía estatal. De tal manera que es indispensable para el adecuado desarrollo de las relaciones entre los Estados, que exista su reconocimiento y aceptación por los Estados mismos que son las entidades necesarias para el ejercicio y existencia del Derecho internacional, que se basa en los principios de respeto a la igualdad, independencia y soberanía de los Estados en los distintos órdenes del concierto internacional. Esto no impide que el Derecho internacional

tenga su ordenamiento que regule la organización y actividad en la dimensión pluri-participativa de órganos adscritos y subordinados a su contenido y fines.

De tal manera que los tratados, convenios y concordatos que se adopten entre los Estados, pueden servir de inspiración para otros Estados e incluso para el desenvolvimiento del Derecho internacional en su conjunto, sin excluir su potencial internación en los diferentes textos constitucionales, como parte del alumbramiento de la estabilidad y progreso interestatal con base en el respeto, igualdad, colaboración, solidaridad y progreso compartidos.

2. Antecedentes históricos

La gestación y evolución de las relaciones entre las colectividades humanas no componen en sus principios un fenómeno aceptado sin obstáculos. Desde la antigüedad, hubo desconfianza, maltrato, esclavitud y exclusión hacia los conquistados y extranjeros en relación con determinadas comunidades u organizaciones políticas y civiles con sus costumbres, valores y aspiraciones; incluso entre los griegos y romanos se dieron claras políticas xenofóbicas. No obstante, las relaciones comerciales, el interés de conquista, la necesidad de defender las riquezas propias y otras causas han impulsado -más por temor de sobrevivencia que por solidaridad afectiva- las multiplicadas y variadas relaciones humanas de donde nacen los necesarios acuerdos para la fluidez de actividades con seguridad y desarrollo compartidos. Nació entre los distintos pueblos la imperiosa necesidad de solucionar los conflictos con efectos en la dimensión jurídica, como parte de las relaciones existentes no siempre pacíficas ni cordiales. No obstante, el maltrato a los conquistados y extranjeros por parte de los griegos y romanos, se vieron en la obligación de respetar el estado jurídico del extranjero y a someterlo a la particular jurisdicción a la que pertenecía; un ejemplo institucional fue el existente en Roma cuando se estableció la figura del *pretor peregrino*, el cual atendió los asuntos jurídicos de los extranjeros.

Ahora bien, con la caída del Imperio romano de Occidente en 456 d.C., se sustituyó la uniformidad del derecho romano, que había aceptado y reconocido el *jus gentium*, común a todas las naciones, por los diversos sistemas de leyes que se originaron por la invasión de los bárbaros donde se reconoció el derecho de los vencedores, es decir a los romanos, pero conservándose en alguna medida la vigencia del derecho de los vencidos, el cual principalmente fue de corte consuetudinario. De este modo en un mismo lugar, cada persona se regió por el derecho que le correspondía según su procedencia. Fue el

régimen de la personalidad de las leyes o estatuto personal. Durante la Edad Media, se presentó el régimen feudal, que se caracterizó por un número excesivo de entes políticos diversos y por la fuerza que vinculó al ser humano con el territorio; la legislación imperante en un determinado lugar, se aplicó con exclusión de todas las demás legislaciones y apareció el régimen de la territorialidad de las leyes, que se opuso al desarrollo de las relaciones entre los distintos pueblos y fue adverso a los intereses del extranjero. En esta época predominó el desplazamiento del poder del príncipe en favor de los señores feudales con un sistema autárquico y de autosuficiencia productiva y de defensa de cada territorio cercado en grandes y compactas construcciones, para evitar la invasión de los bárbaros o enemigos.

3. Los Estatutos

Conforme avanzó el medioevo hacia la modernidad, la proliferación de los entes políticos, unida al incremento de las relaciones por el desarrollo comercial y el reciente florecimiento de otras actividades sociales que caracteriza- ron a la Edad Media, se impuso la necesidad de modificar el principio de territorialidad de las leyes, que tanto perjudicó las relaciones dinámicas y cambiantes del comercio entre los distintos pueblos, e incluso la necesidad de imponer mayor seguridad en los caminos o senderos que poco a poco se transformaron en caminos públicos, bajo el resguardo del ejército que, a la vez, impuso la necesidad de mayores tributos en favor del fisco para dar resguardo al paso de los transeúntes y a la dinámica del intercambio de bienes y servicios. De esta manera, se optó por la teoría de los estatutos, que nació en Italia, a través de las ciudades que dependieron de las relaciones comerciales con otros pueblos y tuvieron la urgencia de respetar en amplia medida el Derecho extranjero. De esta manera, los estatutos dispusieron los casos cuando debía aplicarse el derecho de territorialidad o a la vez debía respetarse el derecho de los extranjeros. Este conflicto fue

resuelto por la tesis que llegó a admitir el respeto del estatuto extranjero. Esta teoría de los estatutos, fue elaborada en los siglos XIII y XIV y se debió, en gran medida, a la obra de Bartolo, la cual puede resumirse en los siguientes principios, a saber: los estatutos deben agruparse en dos categorías únicas: a la primer categoría, que es la de los estatutos reales, corresponde a los bienes que tuvieron por objeto el régimen jurídico de las cosas, sobre todo de naturaleza inmueble y que debía aplicarse en el territorio de origen del respectivo inmueble; la segunda categoría estuvo conformada por los estatutos personales, con fuerza en todos los lugares donde las personas estuvieran sometidas a la autoridad que los expidió.

Con base en lo anterior, podría criticarse esta teoría de los estatutos por ser demasiado rudimentaria o simplista, pues olvida que no todas las leyes se refieren exclusivamente a las cosas o a las personas, por lo que, ante el evento de la doble existencia de cosas y personas, fue harto difícil o imposible determinar con certeza si correspondían al estatuto real o al estatuto personal, dada la ausencia de un criterio firme y de claro deslinde para decidir sobre el caso en cuestión. En Francia, donde la teoría de los estatutos tuvo influencia vigorosa, sufrió a la vez modificaciones de importancia: por ejemplo, D`Argenté intentó limitar su alcance y resolver algunas de las dificultades que presentaron su aplicación; así sostuvo que la ley debía ser en principio territorial e ideó la teoría de las costumbres o estatutos mixtos, o sea aquellos que no tienen carácter marcado al ser preferentemente real o personal. Su obra tuvo resonancia en Holanda, donde en el siglo XVII, como una reacción contra la teoría de los estatutos, se llegó a aceptar la tesis de que el principio de la territorialidad de las leyes sólo debía abandonarse por excepciones de orden práctico, más que por consideraciones jurídicas.

Así parte del problema heredado y suscitado en el devenir del tiempo, se dio con la aplicación del Derecho internacional privado: de un lado los partidarios de la teoría del estatuto personal defendieron el domicilio de las personas; en cambio, el

Código napoleónico, apeló a la nacionalidad de éstas.

QUINTA PARTE
CLASIFICACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO XIII
CLASIFICACIÓN DEL DERECHO EN DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

1. Derecho público y Derecho privado. 2. Criterios de clasificación.

1. Derecho público y Derecho privado

En el Derecho romano pueden constatarse los antecedentes de esta división entre el Derecho público y el Derecho privado, aunque solo sea de manera incipiente. En efecto, en la época inicial de Roma, los etruscos sometieron políticamente a las tribus Ramnes, Tities y Luceres, con respeto del derecho consuetudinario, imponiéndose a la vez limitaciones a la autonomía de los grupos familiares y a las relaciones entre estos grupos, con el sometimiento a una autoridad mayor: la *civitas* o *urbis*. De este modo, se dio una división entre *utilitas publica* o *utilitas communis* (*ius publicum*) y *utilitas privatorum* (*ius privatum*). En esta

línea se comprendió que el primero de estos ámbitos reguló las relaciones de la república; el segundo, las relaciones de las personas. (Villoro, 1975, p. 910).

En efecto, Roma tuvo una época monárquica y luego la república. En la república, antes de la Ley de las XII Tablas, la interpretación y aplicación del Derecho recayó en los patricios, quienes a través de los colegios pontificales impusieron su voluntad al resto de la población. No es hasta el año 449 a.C. cuando los plebeyos lograron que la ley pudiera ser escrita en diez tablas y en el año 451 a.C., se sumaron dos tablas más. No obstante, a pesar de consignar la ley en Tablas y sus posteriores regulaciones jurídicas (por ejemplo: plebiscitos, edictos del pretor, constituciones imperiales, entre otros aspectos originados en el seno de la república y del posterior Imperio), fue necesario recurrir al criterio de los jurisconsultos, para llenar las lagunas o vacíos que presentó el ordenamiento

jurídico o el Derecho. Entre los jurisconsultos destacó Ulpiano, de quien proviene la famosa división del Derecho en público y privado, según consta en las Instituciones de Justiniano, particularmente en el Digesto. Aunque tal división ya fue mencionada antes que Ulpiano, es éste quien establece la separación con mayor precisión y certeza objetiva. Al respecto se indica en el Libro I de las Instituciones, que el Derecho público es aquel que contempla el estado de la república romana (*Publicum ius est quod ad statum rei romanae specta*) y el Derecho privado es el que atiende la utilidad de los particulares (*Privatum quod ad singula- rum utilitatem pertine*)[68]. No obstante, esta separación no pretendió dividir el orbe jurídico en dos formas contrarias de expresión jurídica, sino mostrar la dinámica del mismo Derecho en dos direcciones diferentes. Esta distinción del Derecho romano fue retomada por distintos Estados europeos, donde a lo largo del tiempo y según los cambios sociales, presentarán diversas formas de expresión.

En las monarquías absolutas predominó el poder público sobre el privado, lo que fue una realidad en el siglo XVII con fuerte tendencia al absolutismo, por medio del cual se llegó a un amplio desarrollo del *ius publicum*. De esta época proviene la idea de que la voluntad de los particulares debe ejercerse bajo los límites y control del poder público. De este modo, lo que fue materia de Derecho privado llegó a ser materia de Derecho público; de manera contraria a lo que en el siglo XIX se conocerá por Esta- do de Derecho, cuyo fin es la protección de los derechos subjetivos y las libertades individuales, donde el Derecho privado jugó un rol de importancia predominante, al menos en su inicio histórico. Ciertamente, el Derecho privado que fue adquiriendo mayor importancia en la modernidad, lo cual fue comprensible desde la anhelada protección comercial - que desde hacía ya varios siglos atrás buscó la naciente burguesía medieval- se llegó al punto de que el Derecho

[68] Digesto, 1, 1, 2, *de ius et de iure*.

público tuvo que ser abordado desde este ámbito privado, para poder tener efectividad política. Al respecto cabe recordar que ya en el *Contrato social* de Rousseau, se dio un gran aporte teórico en cuanto a la fundamentación de las instituciones de Derecho público en el Derecho privado, donde jugó un papel predominante su concepto -equívoco en todo caso- de la voluntad general, que se ha traducido o al menos identificado, parcial o totalmente, con los intereses generales o públicos.[69]

De forma contraria, en época posterior a la mencionada, se dio la peligrosa invasión de los ámbitos privados por parte del Estado, debido a necesidades históricas, que en algunos casos fueron llevadas más allá de lo mesurable y conveniente en detrimento de los derechos individuales. Parte de esta incidencia de lo público sobre lo privado, se dio en relación con la labor de los sindicatos y agrupaciones defensoras de los derechos y garantías de los trabajadores, al buscar y obtener la participación del Estado, en una relación que en principio se suponía era estrictamente de naturaleza privada, en virtud de la relación entre empleados y patrones[70]. A este fenómeno se le

[69] Posición contraria a la de Montesquieu, quien bajo la distinción de Derecho político y Derecho civil -en referencia a la incompatibilidad entre Derecho público y Derecho privado- sostuvo que los asuntos no se debían decidir por las reglas del Derecho civil si deben arreglarse según las reglas que son parte del Derecho político; incluso llegó a señalar: "ridícula pretensión la de querer decidir sobre derechos de los reinos, de las naciones y del universo, por las mismas reglas que deciden entre particulares acerca del derecho a un canal, para servirme de los términos de Cicerón -*De las leyes*, libro I- "(*Del Espíritu de las leyes*, libro XXVI, capítulo XVI).

[70] Esta misma corriente de pensamiento llevó a que en Gran Bretaña – cuna del liberalismo – aumentara el control estatal durante el siglo XIX por lo que, a buen decir de un distinguido autor: "No hubo día en el que los economistas dejasen de recomendar reducciones en el papel del gobierno en la vida económica y comenzasen a proponer su expansión. La limitación de las horas de trabajo de los niños fue bien defendida antes de que el ataque contra las Leyes de Granos alcanzase su clímax. Los estatutos liberalizadores de los negocios en propiedad, en la década de 1830, siguieron a cierta distancia a la

ha conocido como *socialización del Derecho*, con extensión del Derecho público sobre el Derecho privado y del poder público sobre la dimensión contractual, mercantil y privada de los actores económicos. Este fenómeno se ha considerado como efecto de la crisis del liberalismo en general y del capitalismo en particular, con la entrada en escena del Estado social, caracterizado por intervenir normativamente en la economía y realizar de forma directa actividades propias del mercado-producción y mediación de bienes y servicios- con afectación marcada sobre el desenvolvimiento y regulación del Derecho privado[71].

Sin embargo, actualmente el Estado social entró en crisis con la imposición de la llamada huida hacia el Derecho privado, en perjuicio del Derecho público, dándose nuevamente la primacía del Derecho privado sobre el Derecho público en múltiples actividades y sujetos de Derecho; no obstante los permanentes acomodos y vaivenes en la interpretación y aplicación ideológica, económica, jurídica e intelectual en el presente siglo y parte del siglo XX, con amplios márgenes de realismo político y adaptación práctica, más allá de posiciones dogmáticas o esquemas teóricos preconcebidos, según sean las necesidades colectivas, algunas de ellas totalmente sobrevenidas e inesperadas, aunque siempre

regulación de los buques de pasajeros, para proteger a los emigrantes" Stigler, George J. (1961). The Economics of Information. Journal of Political Economy, vol. 69, p. 38.

[71] A pesar de tal incidencia del mundo jurídico público sobre el privado, lo cierto es que la separación es necesaria y responde a serias reflexiones sobre la naturaleza del Derecho, que nacieron en las más clásicas y universales posiciones jurídicas y filosóficas. Tal fue el caso de juristas como Savigny, quien manifestó que el Derecho político (público) consiste en la manifestación orgánica del pueblo y considera a los individuos secundariamente al dar primacía al conjunto, o mejor aún a la nación, mientras que el Derecho privado se manifiesta en las relaciones jurídicas entre los particulares y sus distintas y amplias manifestaciones de operación en la dinámica social

requeridas de puntual solución. En este escenario de cambio es cuando de un lado el Estado como soberano impuso la autoridad sobre aquellos ubicados bajo su jurisdicción, presentando una relación o conducta que pertenece al ámbito del Derecho público[72]; mientras que, de otro lado, existen acciones que escapan a este ámbito de intervención estatal y se dan cuando las partes individuales o colectivas de la sociedad, buscan un interés particular, por lo que se valen del Derecho privado. A este tipo de Derecho le concierne regular la manera en que deben darse las relaciones jurídicas entre dos o más personas que han celebrado un contrato, o en las relaciones jurídicas que se dan en unidades familiares. De manera que el Estado no actúa como soberano, pero sí puede ser sujeto de Derecho privado, como sucede cuando adquiere bienes y servicios de otros sujetos de Derecho privado, sin afectación e intermediación del ejercicio de la potestad de imperio o de Derecho público, incluso bajo el esquema jurídico de la igualdad objetiva.

Esta realidad ha dado lugar a la confluencia entre el socialismo y el liberalismo, denominada economía social de mercado que permite y protege el crecimiento económico -libre competencia y prohibición de monopolios y oligopolios-, siempre y cuando se dé paralelamente el desarrollo social que proteja los intereses del trabajador y el consumidor, a la vez que se procura la protección ambiental sin perjuicio del desarrollo sostenible de los pueblos, a lo que en todo caso puede oponerse la triste realidad del subdesarrollo sostenido de los pueblos y estratos sociales marginados.

En todo caso, la dicotomía entre Derecho público y privado es históricamente variable y no presenta un solo criterio que permita determinar, con precisión absolutamente certera y científica, las delimitaciones inequívocas entre uno y otro

[72] Al Derecho público pertenecen las acciones que van desde la Asamblea Legislativa, cuando expide normas jurídicas, hasta cuando un tráfico impone a un conductor una multa por exceso de velocidad

ámbito jurídico, sobre todo cuando en ocasiones se mezclan ambas realidades jurídicas en un mismo órgano y sujeto de derecho. Por tal motivo se han tomado distintas valoraciones y posiciones sobre lo jurídico-público y lo jurídico-privado.

2. Criterios de clasificación del Derecho público y Derecho privado.

a) Criterio del ente regulador y la posición con el sujeto regulado.

Desde este punto de vista, el Derecho público regula las funciones y estructura del Estado, como ente público mayor, y de los demás entes públicos donde existe la posición predominante de las administraciones descentralizadas a niveles institucional y territorial; de modo que este Derecho regula las relaciones que se dan entre los entes públicos y las relaciones nacidas entre los entes y los particulares. A la vez, los entes públicos están conformados por órganos que son parte de su organigrama y actividad, como centros de imputación de potestades y adscritos a una persona jurídica pública determinada, en función complementaria de los órganos desconcentrados.

Por otro lado, el Derecho privado abarca lo que atañe a la persona en los vínculos establecidos con sus semejantes, en relación con su patrimonio material e inmaterial (derechos de autor, por ejemplo) y las familias; a la vez, considera al Estado, fuera de sus facultades de imperio, como ente particular en el marco de las relaciones en régimen de igualdad con las personas privadas. De este modo, en las relaciones de Derecho privado las partes involucradas no ostentan un carácter oficial, sino que son simplemente iguales en derechos y obligaciones; mientras en los vínculos de Derecho público, uno de los sujetos, activo o pasivo -o ambos a la vez- es el Estado, o cualquier otro ente u órgano público, con potestades

en la carretera.

de imperio y con plena capacidad de contraer derechos y obligaciones; con actuaciones unilaterales y superpuestas para satisfacer y proteger los intereses públicos, bajo el principio de legalidad en un Estado de derecho, claro está.

Sin embargo, esta posición es criticada por ser restrictiva, ante la existencia en el Derecho público de todo un universo amplio de normas reguladoras atinentes a los particulares, tal como sucede con los denominados derechos públicos subjetivos, que son, como se indicó, los derechos fundamentales de los ciudadanos oponibles al poder público; a la vez que en el Derecho privado existen normas de carácter público, las cuales no pueden ser omitidas por los particulares, tal es el caso de las normas imperativas o de *ius cogens*, que son inmodificables por quienes están relacionados con actos de Derecho privado.

b) Criterio de la potestad de imperio.

Según esta posición en el Derecho público lo que existe es la presencia predominante y la actuación del poder estatal o público, de donde se sigue necesariamente la subordinación ciudadana, destacándose así la desigualdad de los sujetos entre sí, pues el Estado a través de sus entes y órganos con potestad de imperio, impone su voluntad que debe ser seguida por los particulares o ciudadanos, sin perjuicio de otros entes y órganos públicos como parte del principio de legalidad. A la vez, en el Derecho privado se robustece el régimen jurídico de la igualdad de trato.

No obstante, la principal objeción a este planteamiento deriva de la realidad moderna de la Administración pública, en donde existen diversidad de entes o personas jurídicas que están adscritas a la dimensión positiva del Derecho público, como sucede con las corporaciones o colegios profesionales en su categoría de entes públicos no estatales, o como sucede con las empresas públicas que no necesariamente ostentan potestad de imperio, aunque no por eso dejan de ser entidades

regidas por el Derecho público (aunque también se dan las relaciones de tipo civil, mercantil y laboral, se insiste), con regulación y representación a nivel jurídico público, e incluso, tenemos la existencia de empresas mixtas, con la presencia intercalada del Derecho público y el Derecho común (laboral, civil, mercantil). Asimismo, no todas las relaciones de Derecho público implican subordinación, pues también existe la necesaria coordinación, como la que puede existir entre el Estado y las entidades y órganos públicos menores. Además, es iluso pensar que en el Derecho privado siempre está presente la igualdad jurídica, pues también en esta dimensión y tratamiento jurídico existen las relaciones de jerarquía, e incluso de subordinación como la existente en las relaciones entre padres e hijos en el ámbito familiar.

c) Criterio de los intereses en juego.

Para esta tesis, el Derecho es público si en la norma jurídica prevalece el interés general, pues el fin imperativo es atender y proteger los intereses públicos; en cambio en el Derecho privado lo que predomina es el interés y utilidad particular, pues regula los intereses privados. Este criterio se originó fundamentalmente en el Derecho romano -se reitera- lo cual queda claramente reflejado en la posición de Ulpiano[73].

Contra esta posición se ha sostenido que no existe una clara distinción entre el interés colectivo y el interés privado, pues existe una íntima unión entre ambas clasificaciones. Ahora bien, se debe ser claro al sostener que no existe la radical y nítida separación del interés público y el interés privado (no hay motivo para sostener posiciones maniqueas que den absolutos, en una ciencia social tan relativa y cambiante como es el Derecho), pues en abundancia existen ejemplos prácticos y normativos donde se confirma la coexistencia (aunque con

[73] Criterio todavía admitido al considerarse que en la norma de Derecho público prima el interés general; en la norma de Derecho privado prevalece el interés particular.

prevalencia del interés público sobre el particular) entre ambos Derechos, como sucede con el interés público que, en nuestro medio jurídico positivo, se entiende como la suma de los intereses coincidentes de los administrados ante la Administración Pública, en espacio y tiempo determinados; o la presencia de los sujetos privados -concesionarios y gestores interesados, por ejemplo- actuando dentro de la organización y actividad administrativas, y coadyuvando para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos, bajo el régimen jurídico preestablecido, en el que se incorpora el ordenamiento regulador de la contratación administrativa. Ahora bien, lo cierto del caso es que el Derecho privado afecta principalmente el interés particular de los individuos, cono parte medular de la autonomía de la voluntad privada que es base del acto o negocio jurídico, el cual vincula únicamente a los sujetos que participan en la celebración del acto o contrato; por ende, sólo estos han de aceptar sus consecuencias. Por otro lado, el Derecho público está ligado necesariamente al interés general pues sus disposiciones jurídicas quedan engarzadas en la organización y actividad de las administraciones públicas en particular y del Estado en general. No obstante, dos aspectos son de sumo relieve en la interconexión de ambos Derechos: de un lado, el interés público concebido según lo indicado; asimismo las Administraciones ostentan la doble capacidad jurídica pública y privada, no así la doble personalidad, pues la personalidad siempre es pública, única y estatal.

Sin embargo, el criterio de que el Derecho público se ocupa únicamente del interés general denominado también interés altruista, y que el interés privado posee como objeto exclusivo los intereses egoístas o individuales, apareja de por sí la absoluta tergiversación de la realidad jurídica. Caben aquí posiciones intermedias que desmienten tal aseveración.

Incluso, en el régimen de Derecho privado prevalece el principio de la libertad individual y decisional, y el legislador solo puede intervenir -en nuestro caso se insiste- de manera excepcional ante la amenaza o afectación al orden público, la

moral y a terceros. Lo que se basa en el principio invertido del principio de legalidad, originalmente establecido en el artículo 5 de la Declaración de los Dere-chos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789).

Así el régimen jurídico de corte privado tiene como límite los intereses y valores sociales, para lo cual el Estado-legislador puede y debe intervenir. Asimismo, fuera de estas excepciones normativas, la esfera individual y privada no puede ser intervenida por el Estado, al formar parte de los metros cuadrados de libertad ciudadana. No obstante, cuando se legisla en favor de la moral, se cae en un limbo de indeterminación que permea con facilidad la radical separación entre el Derecho público y Derecho privado; en ocasiones también el concepto de orden público puede prestarse y de hecho se ha prestado reiteradamente para confirmar conductas arbitrarias por parte del Estado y la Administración Pública. No menos está la intervención del legislador cuando se afecten a terceros, lo que no necesariamente debe traducirse en perjuicio del interés público, pues podría darse la posibilidad real de que los terceros sean sujetos de Derecho privado, donde sus voluntades e intereses no sean coincidentes sino contrapuestos; no obstante, su calidad de terceros frente al Estado o Administración. Asimismo, los sujetos particulares pueden adscribirse al ámbito competencial de las administraciones públicas, tal como sucede -se insiste- con los concesionarios de obras y servicios públicos, donde la Administración activa delega parte de sus competencias, con limitación y delimitación de sus funciones y en el tiempo, entre otros ejemplos.

También se critica la teoría del interés por su incongruencia con determinadas normas del Derecho privado, pues lo regulado en torno a la familia, la propiedad, y las obligaciones en materia de salud, educación y algunas otras manifestaciones del (mal) llamado Derecho social, se efectúa con miras al interés general; del igual forma muchas normas del

Derecho público procuraran la protección de intereses individuales, tales como las concernientes a la protección de la vida, integridad física, libertad de expresión y conciencia, libertad de movimiento, el honor de las personas, la protección del domicilio, entre otros ejemplos. A su vez cabe recordar que, aunque una norma proteja un interés individual, no deja de estar presente el equilibrio con los intereses generales, al no ser nunca la libertad individual un bien jurídico absoluto, dada la convivencia que impone el respeto de las libertades y derechos compartidos en sociedad.

En síntesis, la crítica de esta teoría sostiene que en el Derecho no existe una división tajante en cuanto a la protección del interés general y el interés particular, sino que el Derecho público regula fundamentalmente el interés público, y el Derecho privado procura prioritariamente la protección de los intereses particulares.

d) Criterio de la naturaleza de las cosas.

Se considera la existencia del Derecho público cuando la norma jurídica no puede ser derogada por la voluntad de los particulares en la realización de un negocio, entendiéndose que la voluntad particular queda sometida al mandato normativo. Caso distinto se presenta con el Derecho privado, al considerarse que la norma puede ser derogada o modificada por los particulares al efectuar un negocio[74]; incluso, como se indicó, los contratos son leyes entre las partes pactantes. Al respecto cabría entender el Derecho público como *ius cogens o ius necessarium*, de forma opuesta, el Derecho privado entendido como *ius voluntarium o ius dispositivum.*

En síntesis, según el criterio abordado, la aplicación o seguimiento del Derecho público es estrictamente necesario

[74] Papiniano *(Digesto,* lib. II, tít. XIV, 1.38) sentenció que el Derecho público no puede ser modificado por pactos de particulares *(iuspublicumprivatorum pactis mutan non potest).*

(*ius cogens*o o imperativo), cuyas normas deben acatarse rigurosamente, a lo que se incorpora el principio de legalidad para la satisfacción de los intereses públicos. En cambio, el Derecho privado se desprende de la autonomía individual y presenta normas jurídicas en las que actúa únicamente la voluntad y fines privados, sin descartar que en ocasiones sirva este Derecho de material interpretativo y supletorio respecto al Derecho público, en caso de laguna o vacío jurídico de éste. Así el Derecho privado presenta normas dispositivas y el Derecho público normas interpretativas.

Sin embargo, cabe recordar que en el Derecho privado existen también normas imperativas y en el ordenamiento público existen solturas de actuación interpretativa y aplicativa por parte de las administraciones activas, en el ejercicio -a manera de ejemplo- de la discrecionalidad administrativa, sin perjuicio de la aplicación de los principios del servicio público.

Ciertamente, mediante la discrecionalidad administrativa -en lo que ya se ha adelantado- las administraciones públicas pueden escoger entre varias alternativas que brinda el ordenamiento para satisfacer intereses públicos bajo los parámetros de los criterios unívocos de la ciencia y técnica, y a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 LGAP); o bien, aplicar supletoriamente el ordenamiento no escrito en caso de suplencia del escrito, con cumplimiento de los mismos principios; o en situaciones de emergencia donde prevalece la aplicación de los procedimientos excepcionales ante la situación real objetiva, también excepcional, dado que sería contrario al interés público, aplicar procedimientos normales en situaciones excepcionales y viceversa. O cuando el ordenamiento jurídico es equívoco para su interpretación y aplicación; o cuando la normativa lo disponga expresamente, aunque no señale opciones de cumplimiento por parte de la Administración, entre otros ejemplos de dimensionamiento práctico.

En todo caso, ha de entenderse el Derecho público como el conjunto de normas escritas y no escritas que regulan la

organización, actividad, relación y finalidad del Estado en general y de las administraciones públicas en particular, para la satisfacción de los intereses públicos conforme al principio de legalidad. De ahí que, contrariamente, al Derecho privado le corresponde el ordenamiento jurídico escrito y no escrito donde prevalece y protege el principio de la libertad y voluntad decisional de los sujetos particulares y mixtos, o de los entes públicos en el ejercicio de la capacidad de Derecho privado, en la relación entre partes con igualdad de trato o con otros entes de Derecho público, bajo el mismo principio contrario al ejercicio de la potestad de imperio, o según el ejercicio de la capacidad de Derecho privado. Ahora bien, semejante diferencia se puede también sostener a nivel interestatal y supraestatal, por lo que se puede presentar el Derecho internacional Público y un Derecho Internacional Privado.

CAPITULO XIV
DERECHO INTERNACIONAL

1. Introducción. 2. Derecho Internacional Público. 3. El Derecho internacional público en la *Constitución Europea*. 4. El Derecho canónico en el Derecho Internacional Público.
5. Derecho Internacional Privado.

1. Introducción

Cuando el Derecho se da en el interior de un Estado, se le denomina Derecho interno o nacional, lo que es parte del ejercicio legítimo de la soberanía de los Estados. Y aquí es importante destacar que la soberanía no puede dividirse -como lo hace parte de la doctrina- en soberanía interna y externa en relación con el Derecho internacional; simplemente por ser la soberanía un atributo necesario y constituido de los Estados a nivel intra o interno, sin que sea posible, en puridad conceptual, defender la tesis de la soberanía externa, pues la soberanía se constituye con el nacimiento de cada Estado y se traduce en su capacidad de dictar y ejecutar cada ordenamiento jurídico *ad intra* o a la interno de cada frontera nacional, sin que exista un po- der mayor que subordine o suplante su voluntad normativa y autoreguladora.

Ahora bien, si el Derecho se presenta entre los distintos Estados se está entonces en presencia del Derecho internacional, lo que no excluye su propio devenir regulador de manera formal y sustancialmente, a través de las distintas organizaciones y órganos que desempeñan las actividades conforme a este Derecho, como parte de su contenido y fin que confirma la existencia de lo que se conoce como la *burocracia del Derecho internacional.*

2. Derecho Internacional Público.

Este Derecho se da cuando dos o más Estados soberanos establecen relaciones entre sí, bajo el principio de la igualdad, aspecto que se rompe, claro está, con la superposición de voluntades de algunos Estados sobre otros, como sucede, a manera de ejemplo, con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que confirma la desigualdad estatal en el concierto internacional. En todo caso, el antecedente más claro del Derecho internacional, proviene sin duda del Derecho romano[75], pues en Roma se consideró la existencia de un *ius fetiale* que establecía el formalismo en las declaraciones de guerra y de un *ius gentium*, que fue el derecho universal válido para los romanos y no romanos.

Ahora bien, sobre el origen científico de la disciplina que estudia este Derecho no existe un único acuerdo, pues se considera tanto a Hugo Grocio (1583-1645) como a Francisco de Vitoria (1492/1493-1546) los fundadores de esta teorización; no obstante, el aporte de los estoicos entre los griegos antiguos, cuando enfatizaron en la razón universal ligada a cada razón humana en particular, en favor de la igualdad, se dejó sembrada la tesis de las organizaciones políticas y jurídicas a nivel cosmopolita. En todo caso, en cuanto a Grocio se sostiene que establece esta disciplina jurídica en su obra *De iure belli ac pacis* (1625); mientras que Vitoria lo hizo con anterioridad en sus reflexiones sobre la conquista y colonización de los indígenas por parte de los españoles, pensamiento condensado en sus *Reelecciones*, *De indis* y *De iure Belli.* Ciertamente, Vitoria consideró que el mundo es una especie de república capaz de dictar leyes justas, en donde el ser humano es quien organiza la sociedad y no el pacto o contrato entre las personas, de este modo es plausible la interdependencia entre los Estados con la finalidad de garantizar la justicia. A su vez llegó a defender el derecho de

[75] Sin que esto signifique su ausencia en otras culturas antiguas, como la Grecia Clásica en su política de alianzas en guerras contra pueblos similares (Esparta contra Atenas) o sumamente opuestos

los nativos a organizarse en comunidades independientes con plena posibilidad a decidir sobre sus vidas que es la base del principio de la autodeterminación de los pueblos. No obstante, uno de sus aportes más considerables fue el *ius comunicationes* consistente en el derecho a la libertad de los mares, de las comunicaciones, del comercio y la libre escogencia de los Estados por parte de las personas.

En todo caso, lo cierto es que, con independencia de la especificidad de su origen, la evolución de esta disciplina no fue lineal y uniforme, pues ha sido parte de los altibajos y clasificaciones a nivel histórico según el ámbito de aplicación de cada normativa y sus respectivas finalidades. En cuanto al ámbito de validez, se llegó a sostener la existencia de un Derecho internacional general, atinente a toda la comunidad internacional; y un Derecho internacional particular, que concierne solo a una parte de la comunidad internacional, lo que encuentra sentido práctico en el Derecho comunitario o regional.

En lo tocante al contenido del Derecho internacional, se acostumbró a dividirlo en Derecho político internacional, administrativo internacional, penal internacional, comercial internacional, procesal penal internacional y demás delimitaciones similares, en consonancia con la materia normativa. Dicha labor taxonómica fue resultado de múltiples indagaciones, contrapuestas muchas veces entre sí[76] y en concordancia con estudios filosóficos e históricos de la civilización.

(Colonias griegas contra el Imperio Persa).

[76] Al respecto, juristas distinguidos han problematizado esta materia con resultados disimiles. Cabe recordar a Arnold Rotger, quien en 1710 publicó una tesis denominada “Disertación tendiente a demostrar la no existencia del *Jus Gentium*”. A su vez, con posterioridad, Austin, Ihering y Lasson le negaron su carácter jurídico; e incluso Savigny lo consideró *un derecho imperfecto*. Sin embargo, este derecho ha sido abordado positivamente por teóricos como Hegel (Derecho político exterior) y Kant (Derecho Estatutario o de los Estados).

De esta manera y de principio, para un adecuado estudio de este Derecho se sostuvo un criterio -todavía válido- que enfatiza en cuatro grandes períodos con notables particularidades jurídicas, donde es posible apreciar con algún grado de certeza, el desarrollo del Derecho Internacional Público, a saber: a) el correspondiente a las antiguas civilizaciones, tales como Egipto y Grecia[77], pero en el cual generalmente primaba el aislamiento y anarquía internacional por la sobreposición de la fuerza bruta antes que del derecho; b) el de la era cristiana, nutrido del pensamiento romano -principalmente del nacido del estudio jurídico romano en relación con el estoicismo-, es decir, el período de la Europa medieval cristiana, de aquel régimen de cristiandad, con pretensiones internacionales, que es llevado a su apogeo con el nacimiento del Sacro Imperio romano franco germánico y que es reforzado con las Cruzadas; c) el de la paz Westfalia (1648), en donde se sostienen la igualdad de los Estados, luego del fracaso de la constitución de una monarquía universal; y d) el de la *Comunidad jurídica internacional*, establecida bajo el principio de la asociación de los Estados interdependientes en igualdad de derechos y obligaciones.

Así, partiendo de estos fundamentos, actualmente no cabe duda del carácter necesario de las relaciones interestatales, debido a que los Estados como miembros de una comunidad internacional deben establecer vínculos jurídicos a fin de lograr el desarrollo óptimo, integral y compartido.

Sin embargo, esto todavía es tema de discusión, pues no se sabe con certeza si es posible que existan normas jurídicas y eficaces sobre y entre los Estados. En efecto, se duda de la existencia de un único poder sobre los Estados, que indique cuáles son las normas claras y precisas; a la vez cuáles son las sanciones de naturaleza efectiva que deban imponerse en caso

[77] Destaca la anfictionía de *Delfos*, que llegó a agrupar hasta doce estados helenos.

de incumplimiento parcial o total.[78] Ambigüedad que no elimina el carácter y necesidad de las normas jurídicas en la dimensión interestatal, dado que todos los Estados son parte de la comunidad internacional[79].

Sea cual sea la crítica al respecto, debe admitirse que el Derecho Internacional Público existe, pero que aún debe ser purificado en su alcance, interpretación y ejecución, lo que sin duda dio inicio fundamentalmente a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Así, prueba de la existencia y desarrollo del Derecho Internacional Público se vislumbra en la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos (OEA) creada en 1948, la Corte Internacional de La Haya y la Corte Europea para la protección de los derechos humanos, de igual forma otros organismos

[78] Contra la existencia de este Derecho se ha sostenido la falta de una ley internacional, la ausencia de un legislador internacional, a la vez la inexistencia de un juez o tribunal internacional que pueda establecer sanciones efectivas contra los Estados. No obstante, estas objeciones pierden fuerza ante el carácter de ley que generalmente adquieren los Tratados, Convenios y Concordatos internacionales, al ser ratificados y aprobados por parte de los mismos Estados que los firmaron, ratificaron y aprobaron conforme a la legislación interna de cada Estado para la internación del ordenamiento jurídico internacional.

[79] Se ha insistido doctrinalmente en la necesidad de superar el término *internacional* por el de *orden global*. Una realidad internacional implica la existencia del orden estatal acompañado de lo nacional en cada Estado con posibilidad de pluralidad de nacionalidades dentro de un mismo Estado. En la dimensión del Derecho internacional los Estados siguen siendo la máxima expresión del poder público, en igualdad de condiciones entre sí en los foros internacionales; en tanto que, en la perspectiva global, los estados nacionales pierden fuerza como entidades soberanas e independientes en las relaciones con otros Estados, entes u órganos públicos, aun cuando en sentido estricto, incluso en la dimensión global, los Estados se incorporan al dimensionamiento supraestatal, por acto soberano de decisión unilateral e interna para aceptar la nueva modalidad de la supranacionalidad en su contenido y alcance.

internaciones que muestran avances en esta materia[80]. En efecto, el Derecho internacional público adquirió mayor importancia después de la Segunda Guerra Mundial, en donde se evidenció con sumo horror las consecuencias de los sistemas políticos totalitarios. De este modo, surgen nuevos elementos que se introducen en la civilización occidental, a saber:

d) La necesidad de proteger a la humanidad de los autoritarismos y totalitarismos políticos manifiestos en Japón, con el militarismo y la deidad del monarca; Alemania con el nazismo e Italia con el fascismo, sin excluir a otros regímenes de corte fascista como el de Franco en España y el de Salazar en Portugal, entre otros. Estas terribles experiencias, en donde las personas fueron sólo parte de un sistema corporativo de corte autoritario y totalitario, dio como resultado que las democracias liberales se opusieran -aunque tardíamente sin duda- a los postulados y tendencias fascistas y racistas.

b) El sentido de responsabilidad que se despertó en la comunidad internacional que dio origen a la fracasada Sociedad de Naciones, formada a consecuencia de la Primera Guerra Mundial, donde se entremezclaron los abusos de los Estados vencedores en contra de los Estados vencidos por medio del Tratado de Versalles, totalmente leonino, irrazonable y desproporcionado, y los abusos de los regímenes totalitarios de raíz fascista opuestos al orden internacional y a los Estados de Derecho.

[80] No obstante, existen aquellos teóricos apegados al pensamiento de Kelsen, que sostienen que “el Derecho Internacional no presupone, ni lógica ni prácticamente, la existencia del Estado, pues es éste el que no podría existir si no hubiese una comunidad internacional en la cual coexisten jurídicamente los Estados y se respetan mutuamente. En apoyo de esta tesis se alega que también hay Derecho Internacional entre otros grupos desprovistos del carácter estatal e incluso entre individuos al margen de los Estados” (Reale, Op. Cit., p.263).

c) La aceptación de valores universales del ser humano, debido la oleada de muerte y destrucción producida por la Segunda Gran Guerra que arrojó un número superior a los cincuenta y un millón de muertos donde quedaron sumados gran cantidad de civiles y perseguidos por criterios raciales y discriminatorios en general; ello dio base para que la humanidad fuera sujeto de Derecho, como ha sucedido con los crímenes *de lesa humanidad*.

En consecuencia, nació un nuevo Derecho internacional con presencia de protección efectiva de los derechos humanos, ante lo cual los Estados no podían permanecer en la indiferencia. De este modo se dio que, de manera gradual, los principios básicos de este nuevo Derecho comenzaron a incorporarse en los distintos ordenamientos jurídicos estatales. En algunos casos también se dio la adhesión de algunos Estados a convenciones y tratados para la protección de nuevos derechos. En otros casos, se dio la plena identificación del Derecho internacional con el Derecho del Estado.

Ciertamente -se insiste- la piedra angular de esta moderna estructura jurídica interestatal está conformada por los derechos humanos cuyos principios quedaron plasmados en la Carta de las Naciones Unidas, firmada en la ciudad de San Francisco, Estados Unidos de América del Norte, el 26 de junio de 1945. Los elementos básicos de esta Carta han sido ampliados por medio de sucesivos instrumentos jurídicos[81].

Otro elemento insoslayable del Derecho Internacional

[81] La Carta firmada en San Francisco constituyó la estructura y esquema a partir de los cuales se dio forma al nuevo Derecho internacional y el devenir jurídico bajo el cual se regularían las controversias al crear inclusive nuevas jurisdicciones como la Corte Internacional de Justicia. Así, con el ánimo de mantener la paz como principio rector entre los Estados, contiene disposiciones de organización y actividad como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Arreglo Pacífico de Controversias, Cooperación Económica y Social y la ya mencionada Corte Internacional de Justicia.

Público viene a ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerado el más importante de todos los instrumentos internacionales declarativos de tales derechos. Este texto, que contiene los derechos humanos básicos, fue adoptado el 10 de diciembre de 1948 en París, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A. Para la efectividad de los derechos consignados, hubo necesidad de convenios regionales y declaraciones universales junto a la voluntad de los distintos Estados, a fin de someterse a la tutela de ciertos tribunales internacionales que velarían por el cumplimiento de los derechos humanos. Tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De este modo, las décadas posteriores a la Declaración de los Derechos del Hombre, fueron decisivas para el establecimiento de los principios consignados en esta.

No obstante, no se puede ocultar que los derechos todavía no han sido del todo universalizados. Si bien es cierto que son aceptados en muchos ordenamientos jurídicos de las naciones desarrolladas y subdesarrolladas, la realidad indica que lamentablemente una gran cantidad de seres humanos no gozan de estas facultades, dentro y fuera de dichas naciones, pues existen regímenes opresivos, en los cuales el mismo sistema jurídico se opone al goce de los derechos fundamentales.

A pesar del panorama anterior, cabe destacar los grandes esfuerzos en dicha materia. No se pueden eludir los medios internacionales que representan por antonomasia la tercera generación de los derechos humanos, a decir:
a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCIP); b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y c) La Convención Americana de Derechos Humanos.

Los dos primeros (el PIDCIP y el PIDESC), denominados Pactos de Nueva York, son producto de la Resolución 2200 A del 16 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las

Naciones Unidas en Nueva York de 1966. Dichos pactos en unión a sus respectivos protocolos y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos conforman la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que también recibe el nombre de Pacto de San José de Costa Rica[82], consiste en un acuerdo que obliga a los Estados firmantes a tomar las medidas legislativas o de cualquier otra índole a fin de hacer valer los derechos y libertades garantizados en la Convención. Del mismo modo obliga a los Estados partes a procurar el desarrollo de los derechos tipificados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en materia económica, social y cultural.

Esta Convención establece "los medios de protección", es decir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mecanismos supranacionales competentes, cuyo fin es atender los asuntos relacionados con el debido cumplimiento de los compromisos que los Estados partes asumieron en dicho pacto. Asimismo, como expresión del desarrollo del Derecho Internacional Público de cara al siglo presente, está la Declaración del Milenio adoptada el 08 de septiembre 2000,[83] en la que se destacan un conjunto de valores y principios fundamentales para las relaciones internacionales, a saber*: a)* La libertad. Los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular. B) La igualdad. No debe negarse a ninguna persona ni a ninguna

[82] Recibe este nombre por haber sido suscripto en dicho lugar el 22 de noviembre de 1969.

[83] La Declaración del Milenio fue suscrita en la ciudad de Nueva York entre los Jefes de Estado y de Gobierno para reafirmar la fe en la ONU y su Carta constitutiva con la intención de lograr un mundo pacífico, solidario próspero y justo.

nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Debe garantizarse la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres. C) La solidaridad. Los problemas mundiales de-ben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios funda- mentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados. D) La tolerancia. Los seres humanos se deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. No se deben temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades ni entre éstas; antes bien, deben apreciarse como preciados bienes de la humanidad. Se debe promover activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones. E) El respeto de la naturaleza. Es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. Sólo así podremos conservar y transmitir a nuestros descendientes las inconmensurables riquezas que nos brinda la naturaleza. Es preciso modificar las actuales pautas insostenibles de producción y consumo en interés de nuestro bienestar futuro y en el de nuestros descendientes. F) Responsabilidad común. La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. Por ser una organización universal y representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central a ese respecto.

3. El Derecho público internacional en la *Constitución Europea*

Ahora bien, dentro del derecho Internacional Público se ha llegado a considerar también a la mal llamada Constitución Europea, la cual posee sus antecedentes en la época posterior

a la Segunda Guerra Mundial, es decir al período de la reconstrucción y reconciliación de Europa[84]. De esta manera, el 9 de mayo de 1950, el entonces ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, bajo la inspiración de Jean Monnet, sugirió la creación de una Alta Autoridad supranacional encargada de administrar las producciones francesas y alemanas de carbón y acero. Esto dio base para el nacimiento del Tratado de París, con fecha 8 de abril de 1951, el cual creó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, en el que participaron Alemania, Francia, Italia, los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo. De esa forma, por vez primera, se resaltó el interés de una eventual federación de algunos Estados europeos, para la cooperación conjunta. Este Tratado que entró en vigencia el 23 de julio de 1952, tuvo una duración de 50 años, lo que concluyó el 23 de julio del 2002[85].

Por impulso de tales países, a través de sus respectivos Ministros de Asuntos Exteriores, en junio de 1955 (ante el fracaso de no lograr la Comunidad Europea de Defensa en fecha 30 de agosto de 1954), se encargó a un Comité de delegados gubernamentales, presidido por el ex-Primer Ministro belga, Paul-Henri Spaak, para estudiar la posibilidad de crear un mercado común europeo. De esta manera, el 25 de marzo de 1957, en Roma, se firmó el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Mercado Común) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (conocido como Euratom).

El Tratado de la Comunidad Económica Europea, hizo posible a largo plazo la unión aduanera con eliminación de barreras para el movimiento de personas, capitales, servicios y mercancías. Así se constituyó el arancel aduanero común y la

[84] Etapa que se constituyó en uno de los factores primordiales de la civilización Occidental, claramente herida con los abusos y crímenes masivos ejecutados por los países vencidos, en especial por Alemania y Japón.

[85] En esta oportunidad se trazaron los lineamientos de la Europa económica y comunitaria.

definición de una política comercial común, con normas aplicables a terceros países. Ahora bien, por medio del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y ratificada por los parlamentos nacionales en 1986, con entrada en vigor el 1 de julio de 1987, se buscó la consolidación del mercado único, el cual no es más que las pretensiones del mercado común, propias del Tratado de Roma de 1957.

También por esta Acta Única se extendieron los poderes de ejecución de la Comisión Europea y se reforzó el desempeño del Parlamento Europeo. Asimismo, se consagró la existencia del Consejo Europeo, compuesto por los jefes de Estado y de gobierno de los países miembros y el presidente de la Comisión Europea.

Por su parte el Tratado de la Unión Europea, conocido también como Tratado de Maastricht, se firmó el 7 de noviembre de 1992 y entró en vigencia el 1 de noviembre de 1993, configurando así la Unión Europea entre los doce miembros, siendo de 15 miembros a partir del 1 de enero de 1995. Impulsó también la creación de la Unión Económica y Monetaria; creó la ciudadanía europea y reforzó la actividad intergubernamental sobre tres pilares básicos:
1) la lógica comunitaria, con prevalencia de los intereses "europeos", personificados por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea; 2) la cooperación en política exterior y seguridad común; y 3) la cooperación judicial y policial en materia penal.

Como efecto de lo dispuesto en el Tratado de Maastricht, en el que sostenía la necesidad de revisión de los Tratados a partir de 1996, nació el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997. Este Tratado incorpora toda una serie de nuevas competencias para la Comunidad europea en cuanto a políticas de visados, asilo, inmigración y en general sobre la libre circulación de personas. De este modo, los 15 países partes debían adoptar las medidas necesarias para garantizar la libre circulación de las personas entre los Estados miembros; a su vez debían de comprometerse con normas mínimas para

la protección de refugiados y disposiciones en materia de asilo, entre otras materias similares[86].

Por su parte el Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001, se destinó a la preparación de la Unión Europea para su ampliación a los países de la Europa Central y oriental, así como a Chipre y Malta. Sus expectativas fueron frustradas ante realidad práctica. Así, una vez que hubo conciencia de la necesidad de realizar un cambio decisivo de la Unión Europea, el Consejo Europeo, reunido en Laeken (Bélgica) los días 14 y 15 de diciembre de 2001, convocó a la Convención europea sobre el futuro de Europa, sobre tres temas esenciales: 1) el acercamiento del proyecto europeo a las instituciones y ciudadanos; 2) lograr una Unión ampliada desde el punto de vista de la estructura política y el espacio geográfico; y 3) hacer de la Unión un instrumento efectivo para la estabilización y la nueva organización mundial. Esta Declaración requirió la necesidad de adoptar una Constitución para la simplificación y ordenación de los Tratados existentes; siendo así que se aprobó inicialmente por la Convención, el proyecto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el cual, no obstante, a falta de acuerdo entre los Estados, fue rechazado por el Consejo Europeo de Bruselas, el 13 de diciembre de 2003. Sin embargo, las negociaciones continuaron y finalmente el Consejo Europeo aprobó el llamado "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", firmado en Roma el día 29 de octubre de 2004, bajo la dirección y liderazgo del ex presidente francés Valéry Giscard d' Estaing, quien fue nombrado presidente de la Convención por el Consejo Europeo de Laecken. En retrospectiva, entonces, han pasado 50 años desde que el Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero diera paso a la actual Constitución europea. Hubo, entonces, voluntad política, a pesar de la incompatibilidad del término con la realidad práctica.

[86] Vale destacar también la reagrupación familiar; lucha contra la inmigración clandestina; política de repatriación y residencias ilegales.

Al respecto, cabe indicar que, aunque se tienda hablar de Constitución Europea se está más bien ante un tratado internacional convenido por Estados independientes y soberanos. De manera que no se puede hablar de Constitución europea en sentido estricto, pues para empezar Europa no es un Estado ni una federación en donde los conflictos se resuelven por un Derecho interno, antes es una confederación en donde prima el Derecho internacional. A su vez, se está en ausencia de un proceso constituyente de participación y voluntad ciudadana, que diera legitimidad a dicha Constitución en el marco de una democracia activa; en lugar de ello se ha dado la firma de Tratados por parte de los Estados partes con obligados efectos a los ciudadanos, es decir, el texto elaborado por representantes de los distintos Estados y nombrados por los gobiernos, para que éstos se adhieran o no a sus contenidos[87]. En este sentido se está ante un elemento de Derecho Internacional Público con pretensiones constitucionales.

Ahora bien, tampoco se puede negar que el Tratado posee elementos propios de una Constitución, como la parte referida a los derechos y libertades fundamentales[88]. De esta forma, la Constitución europea es un Tratado con algunos contenidos propios de una Constitución, por tanto, no es una Constitución[89].

[87] La voluntad popular en cada Estado implica el rechazo o aprobación del texto en cuestión, lo cual puede llevarse a cabo vía referéndum consultivo -el cual no es obligatorio ni su resultado necesariamente vinculante-, o bien por vía legislativa, sin referéndum, como sucedió en Lituania.

[88] Sin embargo, también existen Tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos, que no son Constituciones Políticas, pero cuyo contenido debe ser parte esencial de las Constituciones de los Estados de Derecho.

[89] En cuanto al proyecto de la Constitución Política Europea cabe resaltar lo que significó el fracaso del intento de unificación de una Carta Magna para toda Europa. El paso a una Constitución Política continental debía reflejarse con la mayor legitimidad posible por lo que consecuentemente se convocó a referéndum en distintos países.

En este mismo sentido, aunque la Unión Europea posea personalidad jurídica, no llega a sustituir y absorber en su totalidad a todos y cada uno de los 27 Estados miembros actuales. De esta personalidad comprensible resulta la conjunción y separación entre la Unión Europea y los Estados que la conforman, pues existen principios que la hacen efectiva: a) el principio de atribución, según el cual los países pueden disponer el marco competencial donde la Unión puede o no intervenir[90] y que permite el ejercicio de las potestades discrecionales de los Estados miembros, tanto en materia legislativa[91] como no legislativa[92]; b) el principio de

Aunque en Estados como España se aprobó por una aplastante mayoría en otros como Holanda o Francia se rechazó la idea, por lo que el referéndum terminaría por reflejar la voluntad de los países en conservar sus Constituciones Políticas nacionales. Evidentemente, en Francia la batalla electoral en contra de la aprobación, fue liderada por el "Front National", guiado originalmente por Jean-Marie Le Pen, quien en su oportunidad expulsado del Partido y a cuya cabeza se encuentra su hija. El 29 de mayo de 2005–fecha en que se realizó el referéndum- el discurso de Le Pen, posterior a los resultados, fue considerado por sus seguidores como "le plus beau discours" de Jean- Marie Le Pen.

[90] Por ejemplo, en materia monetaria, los Estados que han dado atribución al Banco Central Europeo para dictar todo lo relativo al Euro, su emisión y control no puede ser sustituido por los respectivos bancos centrales nacionales, a diferencia de Dinamarca y Suecia que no forman parte de la zona euro, sin conceder a la Unión atribución sobre sus monedas. A esto se suma el hecho de que Inglaterra si bien estuvo excluida de la zona euro, en la actualidad, por medio del llamado *brexit* (neologismo de dos palabras abreviadas del idioma ingles: *Britain* y *exit)* ha dado un salto cualitativo con la separación de la Unión Europea, por virtud de un referéndum popular convocado al efecto.

[91] Si bien los Estados están obligados a ejecutar un acto legislativo desprendido de dicho órgano confederado, lo cierto es que cada Estado mantienen la potestad de escoger la forma y los medios para su implementación concreta.

[92] Por ejemplo, las decisiones adoptadas por el Banco Central Europeo en materia monetaria, vinculante a todos o solo algunos de los Estados miembros. Otro caso, pueden ser las recomendaciones y

subsidiariedad consistente en la ayuda otorgada por la Unión a los Estados miembros, con el fin de que cumplan con determinados cometidos dentro de la Unión; c) el principio de proporcionalidad, unido necesariamente con el de subsidiariedad, indica que la Unión sólo actuaría en aquellos ámbitos de competencia común, en plena colaboración con los Estados miembros para lograr los cometidos que dispone la Constitución Europea.

En síntesis, parcial, cada uno de los tres principios sirven para definir y deslindar las competencias de la Unión y de los Estados, razón por lo cual el de atribución sirve para la actuación legal de la Unión en nombre de los Estados miembros. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, son para el logro común de fines compartidos por la Unión, sin perjuicio de haber estado en la regulación del citado Proyecto fallido, en unidad con los Estados miembros; principios que, a la vez, son parte del Derecho Comunitario e Internacional Público aplicados a la Eurozona.

4. Derecho canónico en el Derecho Internacional Público

La Iglesia católica presenta su propio Derecho, denominado canónico, por el cual se sostiene la soberanía papal según cuestiones de fe como jurídicas; a la vez que incorpora la personaría jurídica internacional de esta entidad.

La Iglesia católica sostiene su Derecho en tres fuentes: el *ius humanum positivum,* derecho de los hombres; el *ius divinum naturale*, puesto divinamente en la creación; y el *ius divinum positivum*, desprendido de la revelación, la fe y la institucionalidad eclesial. El Derecho canónico también se divide en público y privado, siendo el primero concerniente a la constitución y derechos eclesiales; mientras el segundo, se relaciona con los derechos y obligaciones de los miembros de la Iglesia. Derecho que ha presentado recientes cambios

dictámenes no vinculantes, pero sí de importancia para el mantenimiento de la dicha unión.

dentro de su tradición.[93]

En el siglo XX, y con la llegada del nuevo milenio, la Iglesia presentó una tendencia dentro de su derecho a procurar el bienestar universal de las personas. Al respecto, hace eco de un considerable número de elementos bíblicos que aluden a la protección de los más desposeídos. Es común encontrar en las disposiciones antiguo-testamentarias y del Nuevo Testamento, que señalan deberes para auxiliar al extranjero, al jornalero, a la viuda, al enfermo y al huérfano. El Levítico, es un caso claro de esta tendencia, pues presenta normas de comportamiento en donde no se debe robar al prójimo o explotar al trabajador (Lev.19; 13)[94].

En este sentido, la Iglesia Católica se ha caracterizado por tener una activa participación en la restructuración de diversos ordenamientos y de varias costumbres que afectaban y sometían a los términos injustos a los menos protegidos de la

[93] El antiguo *Corpus iuris canonici* fue sustituido en 1917 por *el Codex iuris canonici*. En 1959, Juan XXIII dispuso preparar un nuevo Código, que fue finalmente promulgado por Juan Pablo II en 1983.

[94] Estos principios bíblicos sobre la cuestión social, a pesar de ciertas similitudes, son diferentes de aquellos que pregona el constitucionalismo social. Cabe recordar que el amor al prójimo, en el judeo-cristianismo, proviene de un marco teológico en donde la obediencia por el temor a Dios es lo fundamental. En los evangelios se apela a este principio con un carácter más que todo moral, que se inspira en el amor y la caridad. En cambio, el constitucionalismo social tiene como fundamento la solidaridad, el cual sustituye a la caridad. En este punto cabe recordar, que la caridad nace de un sentimiento, es decir, pertenece al fuero interno, por lo que no es susceptible de control legal. Caso diferente se presenta con la solidaridad, la cual si bien es cierto puede ser una manifestación espontánea y natural del hombre, es susceptible a ser impuesta por el poder público. No cabe duda que una ley no pueda obligar a una persona a amar a su prójimo, pero la ley puede coaccio- narla para que sea solidaria o también puede establecer mecanismos de protección solidaria para el menos favorecido. Esta distinción es de suma importancia, pues marca el límite entre el mundo del Derecho, esencialmente coercitivo, y la moral religiosa, que nace de la voluntad guiada por una teología.

sociedad capitalista. De este modo se constata por parte de la Iglesia una inclinación por proteger a las personas en su individualidad -el trabajador, el anciano, la madre, el niño, entre otros-o en las instituciones la familia, las asociaciones de trabajadores, entre otros grupos-.

El Papa León XIII, después de afirmar el derecho de propiedad, y que la ley natural manda y se conserva inviolable e intacta, manifestó en su Encíclica papal "*Quod Apostolici Muneris*" del 28 de diciembre de 1878, lo siguiente: "Sin embargo, no por eso olvida la Iglesia la causa de los pobres, y.… trata por todos los medios de socorrer sus necesidades..." En la misma línea, desde un sustrato teológico, manda con severidad a los ricos a que distribuyan lo superfluo entre los pobres, y los amenaza... si no socorren la necesidad de los indigentes".

Este mismo pontífice dictó el 15 de mayo de 1891 la famosa Encíclica *Rerum novarum*, la cual trata sobre la condición de los obreros en la que entre otros puntos alu- de a la propiedad privada que "no por ello... deja de servir a la utilidad común de todos...".

Más tarde, en 1931, el Papa Pío XI presentó la Encíclica *Quadragésimo anno*, escrita para conmemorar los cuarenta años de la *Rerum novarum.* De esta manera, Pío XI dio a luz lo que para muchos se considera como la "Carta Magna" de los obreros, que profundiza considerablemente en la cuestión social. Destaca la necesidad de que exista la cooperación entre capital y trabajo, apela a las pretensiones injustas del capital, a la salvación del proletariado, al principio fundamental de la justa distribución de la riqueza y el derecho a un salario justo, entre otras disposiciones. Según Prieto (1996), "cuando se escribe esta encíclica ya estaban organizadas las corporaciones fascistas en Italia y por eso el Papa tiene buen cuidado de señalar que el no defiende las corporaciones estatales sino las libremente creada por los trabajadores y empresarios, y que la intervención estatal tiene serios peligros para el funcionamiento

libre de las corporaciones, lo cual no fue obstáculo para que los fascistas leyeran los párrafos correspondientes como una confirmación de sus corporaciones." (p. 884).

5. Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado se presenta cuando existen conflictos de carácter privado en distintas partes del orbe. Es así como este derecho viene a ser aquella rama del Derecho privado cuyo objeto es el estudio y regulación de las relaciones jurídicas, en las que participan uno o más elementos ajenos a la soberanía legislativa local[95]. Por ejemplo: cuando un costarricense contrae matrimonio en Argentina[96], o bien cuando compra una casa en España para establecer su domicilio fijo y familiar. En este caso, cuando están presentes distintos ordenamientos con posibilidad de aplicación simultánea que regulan acciones del ámbito privado, está el Derecho Internacional Privado, que pretende establecer cuáles principios jurídicos deben aplicarse para resolver un eventual conflicto.

La naturaleza de este Derecho viene a ser problemática, pues dependiendo del criterio doctrinal se toma como un derecho internacional *per se* o como parte del Derecho

[95] Bustamante, autor del Código de Derecho Internacional Privado, sancionado en la VI Conferencia Panamericana reunida en La Habana, en 1928, definió este Derecho como el "conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a las relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una legislación".

[96] Josephus Jitta en su obra Método del Derecho Internacional Privado, muestra cómo el matrimonio puede originarse en unión regida por el derecho nacional, para luego transformarse en relativamente internacional, sin perjuicio de llegar a ser absolutamente internacional, según el grado de participación de elementos extranjeros en dicha relación. De esta manera explica cómo una relación jurídica privada, trasciende a los Estados y se convierte en un vínculo amparado por el Derecho Internacional Privado.

Internacional Público[97]. En todo caso, la doctrina más acorde con la realidad jurídica es tomarlo como Derecho privado. En efecto, un hecho jurídico privado no pierde el carácter de privado si, en primera instancia, sus caracteres son absolutamente nacionales y luego deviene relativa o absolutamente internacional.

Ahora bien, la comprensión de este Derecho viene en razón de su origen, en el que confluye un fenómeno social con uno político. En cuanto a lo social, debe de recordarse el intercambio de bienes a través de las fronteras, interrelación que crece en la Europa medieval, principalmente entre las "ciudades-estados" del Norte de Italia, hecho que provocó una necesaria remisión al Derecho romano, específicamente al "Sistema de personalidad de las leyes"[98].

En lo que respecta a lo político, debe considerarse la protección comercial que debieron dar los Estados italianos a los comerciantes en el siglo XIII. La venta de mercancías[99] obligó a los actores políticos del momento a reconocer la igualdad comercial, pues resultaba que si no se reconocían todas las facultades de la ciudad de origen al comerciante que se trasladaba a otra ciudad -con el fin de ejercer su profesión u oficio-, se perjudicaba tal capacidad y, por ende, dicho

[97] Existen autores que ubican su naturaleza en el campo del Derecho internacional, sin agregado alguno (Surville et Arthuys, Weis-Zeballos, Despagnet, Torres Campos); mientras otros optan por considerarlo parte del Derecho Internacional Público (contrario a la posición de Laurent en su obra Droit Civil Internacional).

[98] Sistema establecido luego de la caída del Imperio romano, producida por la invasión de los pueblos bárbaros, los cuales se gobernaron por sus propias leyes, pero admitieron la vigencia concurrente del Derecho romano en los pueblos dominados. No obstante, al darse un creciente desarrollo del comercio entre las ciudades y al existir el intercambio de personas sujetas a leyes personales diferentes, se produjo evidentemente el conflicto entre dichas leyes para determinar la aplcación de algunas de éstas al caso en cuestión.

[99] Tales como tapices, piedras preciosas, objetos artesanales y otros de valor en la época.

comerciante, fuera de su ciudad, perdía en ocasiones la capacidad de actuar. Esta modificación en su capacidad, le confería una gran dificultad en el desempeño comercial, que implicaba la diaria contratación y obligaciones propias del mercado bajo determinada ley reguladora. Por tal motivo, el comerciante vio reconocida su capacidad en Roma, Florencia, Bologna y Módena.

Anterior reconocimiento que se debió en parte a la Glo- sa de Accursio (1228), comentario de uno de los textos del Código de Justiniano bajo el título *De Suma Trinitate et fide Catolica*, que rezaba en la ley *Cunctos populos quos elementiae nostrae regit imperium*, y según el cual existía un sometimiento jurídico en razón de la confesión de la fe católica[100]. Al respecto el glosador Accursio sostuvo que "si un habitante de Bolonia se traslada a Módena no debe ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido, como lo demuestra la frase de la ley *Cunctos populus*: los que esté sometidos a nuestra benévola autoridad[101]" Esta glosa significó el reconocimiento del Derecho internacional, puesto que existía una aplicación del Derecho extraterritorial, lo que implicó el reconocimiento de diversas soberanías legislativas, fuentes de ese derecho internacional[102]; principio que se ha venido aplicando a lo largo del tiempo al Derecho Internacional Privado.

En síntesis, la existencia del Derecho Internacional Privado

[100] "Deseamos que todos los pueblos sometidos al imperio de Nuestra Clemencia profesen la religión que San Pedro Apóstol enseñó a los romanos, según declara hasta hoy la propia religión por el mismo practicada y mandamos que todos los que observen esta ley estén comprendidos bajo el nombre de cristianos católicos.

[101] *Quod si Boloniensis Mutinae conveniatur; non debet judicare secundum statuta Mutinae quibus non subest cum dicat: quos nostrae Clementiae regit imperium*.

[102] De este modo, indudablemente el Derecho Internacional Privado nació del conflicto de leyes, pues se trata de la contraposición de soberanías legislativas distintas, con primacía de aquella que es propia de la persona que se traslada a otro Estado.

consiste en el intercambio interpersonal de bienes y servicios, a través de territorios sometidos a distintas soberanías y disposiciones jurídicas. Por eso es que actualmente las fuentes del Derecho Internacional Privado, vienen a ser los tratados o pactos internacionales, la costumbre, las leyes nacionales, la jurisprudencia de los tribunales (nacionales e internacionales, al resolver sobre esta materia) y la doctrina. Todo ello con el fin de garantizar la protección jurídica de las partes en una relación de Derecho privado a nivel internacional.

A manera de ejemplo, podemos citar el artículo 3 del Código de Bustamante: Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen, aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.
II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.
III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

Finalmente se han llegado a erigir institutos enteramente dedicados al estudio del Derecho Internacional Privado, como es UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado) y dentro de sus principales actividades están las propuestas para la armonización de los principios del Derecho privado en el Derecho comparado.

CAPÍTULO XV

DERECHO PÚBLICO INTERNO[103]

1. Derecho Constitucional. 2. Derecho político. 3. Derecho administrativo. 4. Derecho penal. 5. Derecho procesal.

1. Derecho constitucional

Se considera la primera rama del Derecho público. Erróneamente es conocido también como Derecho político, nombre con el cual se aludía al Derecho que conformó a los Estados cuando todavía no se habían dado las Constituciones escritas[104]. En todo caso, el Derecho constitucional viene a tener por objeto aquellas normas que conciernen a la organización fundamental del Estado, la forma en que se determinan y organizan los órganos y entes públicos; y a la actividad e implementación de los Derechos fundamentales en la parte dogmática o apartado de las libertades, conocido como la Constitución de libertad.

De esta forma, el Derecho constitucional establece la función legislativa, administrativa y judicial del Estado, sin perjuicio de la regulación de órganos y entes menores, aun incluso de otros órganos con el mismo rango de ser fundamentales, como sucede en nuestro medio con el Tribunal Supremo de Elecciones, al que le compete de manera exclusiva, la materia electoral. Así el órgano legislativo elabora,

[103] El derecho interno puede ser privado o público. Este último se suele subdividir en cuatro áreas: Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho penal y Derecho procesal.

[104] Al respecto, cabe indicar que el Derecho constitucional se diferencia del político, en cuanto al primero trata lo concerniente a la Constitución, mientras el segundo implica la estructura de las instituciones estatales desde el plano jurídico-normativo. Sin embargo, actualmente dichas instituciones derivan directa o indirectamente de normas constitucionales de los Estados de derecho.

reforma, deroga y da interpretación auténtica a las leyes; el poder administrativo da los servicios bajo los principios que la ley indica, sin perjuicio del gran cosmos de órganos y entes para cumplir con los intereses públicos conforme al fin dispuesto por el ordenamiento jurídico y bajo sus parámetros rectores para el despliegue de sus múltiples conductas. Y el órgano judicial aplica las normas jurídicas, de fondo y procesales según los conflictos y pre- tensiones que se presenten. Por tanto, se ha sostenido que la disciplina del Derecho constitucional tiene por objeto el estudio, interpretación y los mecanismos de respeto y aplicación de la Constitución de un Estado[105].

Sin embargo, el Derecho constitucional no se agota en el texto constitucional, sino que también implica una serie de tratados internacionales de derechos humanos, prácticas, principios y valores constitucionales que dan sentido a las normas escritas de la Constitución[106], en tanto sea una Constitución escrita; aspecto que ha dado lugar para aceptar más el concepto Derecho de la Constitución que Derecho Constitucional a secas.

Por lo anterior, se presenta un Derecho constitucional escrito y no escrito, fenómeno jurídico que tiene sus antecedentes en la Edad Media[107], y que sigue nutriéndose en los

[105] En este caso, ha de entenderse que el concepto de Constitución no posee un sentido único, sino que puede significar una ordenación general, un complejo jurídico-normativo de carácter superior a las normas jurídicas ordinarias, un sistema ordenado y estable de instituciones políticas, o bien un orden fundamental y permanente.

[106] En el caso de Costa Rica los principios del Derecho constitucional están contenidos en la Constitución escrita de 1949. No obstante, estos principios no marcan un carácter invariable en dicho derecho, pues constantemente son base de interpretación de la Sala Constitucional para ser aplicados de acuerdo a casos específicos, cuyas resoluciones son vinculantes *erga omnes*.

[107] Curiosamente no es en Roma, con los jurisconsultos, ni en Grecia, con los filósofos, que se gestan los elementos teóricos y prácticos del constitucionalismo liberal, sino en las ideas de igualdad y libertad de la cristiandad medieval. Cabe indicar que los principios generales que

distintos movimientos de la modernidad[108], hasta llegar a la época actual denominada post modernidad, aun cuando sea verdaderamente una denominación algo equívoca y poco precisa. En este sentido, a fin de tener una noción clara de este Derecho, valga realizar un estudio del Derecho constitucional desde tres grandes fases del constitucionalismo: el clásico, el de las constituciones escritas y el social.

e) El constitucionalismo clásico

El constitucionalismo liberal o clásico inició en Inglaterra[109][110], pero este fenómeno, dentro y fuera de la

rigieron la cristiandad medieval estaban influidos por las ideas de igualdad y libertad de la persona, las cuales provenían de la tradición judeocristiana. Por ejemplo, el concepto del libre albedrio del judaísmo es un principio de esta realidad: el ser humano ante Dios puede escoger entre el bien y el mal. Del mismo modo el concepto universal de amar al prójimo, en el pensamiento cristiano, introduce el tema de la igualdad. De esta manera se afirma que el principio de libertad provenía más que todo de la tradición judía y el principio de igualdad, del cristianismo. Por lo anterior, se puede afirmar que el cristianismo católico desde el poder público contuvo los elementos de su destrucción, pues en la base poseía los elementos que fueron utilizados por los liberales laicos.

[108] La escuela del derecho natural fue la principal inspiración de los Estados liberales. El liberalismo tuvo como base una ideología racionalista. Esta ideología derivó en gran parte de los pensamientos de Montesquieu, Locke y Rousseau, teóricos que por medio de la razón establecieron los lineamientos por los que había de transitar el liberalismo y que en cierta medida fueron la causa mediante la cual se logra que el Derecho de los Estados modernos esté tan relacionado con las libertades individuales. En otras palabras, sus aportes pueden considerarse los rieles por donde iba a transitar el avasallador tren del Estado liberal.

[109] Aunque esto no niega la existencia previa de un Derecho constitucional en los pueblos antiguos, el cual fue más que todo consuetudinario.

[110] Cabe recordar que Inglaterra, ya en el siglo XVII, ostentó un Estado liberal fundamentado en los principios de libertad e igualdad, producto de un proceso histórico, pues con anterioridad, Inglaterra poseía una nueva fuerza social que alcanzó poder político y

Corona inglesa, no se dio de forma rápida o espontánea, sino que se originó de manera gradual y con variantes considerables[111]. Tampoco fue un proceso en donde estuvo siempre presente la paz, pues en algunos casos fue necesaria la guerra. Así los modernos Estados fueron bautizados en la sangre de aquellos que lucharon contra los rígidos es- quemas medievales, que sostenían el orden político desde premisas religiosas[112].

Acontecimientos de fuerte incidencia jurídica, en los cuales la nación inglesa vino a ser promotora del Derecho constitucional por su Carta Magna (1215)[113] y por el posterior desarrollo parlamentario que habría de permitir, entre otros aspectos, la protección de los derechos subjetivos de los

económico: la burguesía. Del mismo modo la actividad parlamentaria delimitó el poder del Estado y se estableció como el instrumento básico de participación política de sectores sociales, que con el tiempo fueron representando un mayor número de ciudadanos.

[111] Aunque en sentido general el constitucionalismo de los países europeos se desarrolló en gran medida por la decadencia del régimen de cristiandad, dándose así un papel protagónico de los Estados laicos que tendrán como base la corriente liberal, consagrada en sus constituciones. En este punto, cabe recordar que el capitalismo inició con el apoyo de los principios de igualdad y libertad de los individuos.

[112] Sin embargo, en la Edad Media existió por parte de los monarcas un reconocimiento de ciertos privilegios a los súbditos, con la doble finalidad de garantizar derechos a la vez que limitaban su propia autori- dad. En este contexto han de entenderse los fueros españoles (de León del año 1020; de Burgos de 1073; y de Nájera de 1076, de León o Pacto de Sobrarbe de 1080) y la Carta Magna inglesa de 1215, documento de suma importancia al ser un precedente para un futuro desarrollo de la *Petición de Derechos* de 1628, el *Acta de Habeas Corpus* de 1673, el *Bill de Derechos* de 1689 y el *Acta de Establecimiento* de 1701.

[113] A su vez cabe agregar que, con la llegada de la modernidad, gran parte del desarrollo sobre los derechos de libertad e igualdad se pro- dujo gracias a los aportes de autores ingleses, como Hobbes y Locke, quienes, a pesar de las diferencias de sus pensamientos, permitieron a sus sucesores una discusión muy amplia en torno al tema de los derechos subjetivos.

comerciantes[114]. Sin embargo, esta realidad jurídica es incompresible sin reminiscencia del feudalismo inglés[115] y sus antecedentes. Al respecto, cabe recordar que después de acaecida la invasión romana de Britania, a manos de Julio César, en los años que iniciaron el primer milenio, la ocupación de los romanos se mantuvo hasta aproxima damente el 417 d.C. Luego de la retirada romana, los celtas, fenicios, algunos romanos -que habían quedado en el territorio- y otros pueblos fueron invadidos por los anglos y sajones. Los invasores tuvieron la ley de la lealtad entre sus parientes y miembros de la tribu[116]. Así fue como la ley del hombre inglés se dio conforme a la tradición[117].

Con tal sentido del Derecho, en el siglo XIII Enrique de Bracton afirmó el principio de la ley inglesa del *common law*, conformada por un conjunto de costumbres y precedentes judiciales[118]. Sin embargo, en 1066 la invasión a manos de

[114] El parlamento de 1265 logró reunir a los nobles -denominados barones, pares o lores-, al clero – que era representado sólo por los arzobispos, obispos y abades principales- y a la gente común -que era representada por dos ciudadanos libres de cada burgo o ciudad – lo que prueba la creciente importancia que habían adquirido los comerciantes a mediados del siglo XIII- y dos caballeros de cada condado. Cabe advertir que por ese entonces ser “diputado”, no era un puesto muy deseado, pues constituía más bien una pesada e indeseable carga que el goce de un derecho o privilegio. Por esta razón, se establecieron multas para quienes no consintiesen en aceptar el nombramiento de “diputado”, con el fin de que participara el mayor número posible a pesar de las restricciones existentes.

[115] Feudalismo dado de una forma muy particular con respecto al resto de Europa, por la tardanza en relación con los demás Estados del continente europeo, debido a diversas condiciones históricas.

[116] Así como los romanos influyeron poco sobre estos grupos de guerreros, los cuales a diferencia de los primeros no tuvieron instituciones complejas para solucionar sus conflictos, sino que administraron la justicia según su idiosincrasia, su ley y su costumbre.

[117] De ahí la tendencia de que el rey adoptara las costumbres de los antepasados. Así, el soberano estaba por debajo de la “legalidad”.

[118] En esta ley reside la libertad personal, a excepción de los esclavos, el hombre libre tenía salvaguardados sus derechos por la

Guillermo el Conquistador, produjo el advenimiento del feudalismo inglés. Así fue como todo el territorio de Inglaterra llegó a pertenecer a un solo monarca mediante un nuevo sistema que introdujo el principio de la primacía real y la aristocracia militar, principio que luego permitió que Inglaterra fuese el Estado mejor administrado de la Edad Media, logrando así, en corto plazo, su unidad nacional. Contexto en el cual, al iniciarse el siglo XIII, se dio el antecedente más claro de las libertades públicas en la modernidad: *la Magna carta liberatum.*

Ahora bien, dicho arquetípico del constitucionalismo se origina específicamente por vicisitudes de la monarquía inglesa. En efecto, Ricardo I Corazón del León, sin hijos y próximo a su muerte, dejó como sucesor a su hermano Juan Plantagenet. El nuevo monarca pretendió nombrar en el 1205 al obispo de Canterbury, lo cual generó problemas con el Papa Inocencio III, lo que finalmente condujo a que el monarca inglés se apropiara de los derechos y propiedades eclesiales. Lo anterior acrecentó los problemas entre el papado y la monarquía inglesa, llevando a la excomunión del rey Juan, el cual finalmente cedió ante el Papa, pero continúo su política agresiva contra la Iglesia. Fue así como, en último término, los barones se rebelaron contra el rey y lo derrotaron en la Batalla de Bouvines[119], consecuentemente obligándolo a firmar la referida Carta Magna, documento que, a pesar de ser conservador, se caracteriza por las libertades y garantías reconocidas por el monarca inglés en favor de los barones. Su valor antes que efectivo fue simbólico.

Sin embargo, esta Carta Magna fue la primera de muchos otros avances en materia constitucional. En efecto, fue seguida por la Petición de Derechos de 1628, derivada de las competencias del Parlamento inglés en contra de los deseos

costumbre y la tradición.

[119] Esta especie de licencia para la rebelión fue consagrada por Locke, en 1680, pues consideró que el derecho por el que se lucha no es pecado ante los ojos de Dios.

monárquicos[120], órgano que a la vez se originó de las luchas contra el monarca[121] y que a la vez puede ser considerado parte del desarrollo constitucional inglés, al ser estudiado desde sus antecedentes jurídico-políticos antiguos[122] e

[120] El parlamento inglés se va formando de la misma manera en que el feudalismo va decayendo y las nuevas formas de organización de la producción lo sustituyen. Cabe recordar que esta tendencia se debe a los antecedentes de la administración del poder que se remontan a la época prefeudal de Inglaterra. No hay duda que el ascenso de la aristocracia real (la "gentry"), propietaria de tierras y con casi igual prestigio social que la burguesía comercial en las ciudades, produjo la extensión de las bases de participación en el manejo del poder que se encausó esencialmente a través del Parlamento. En Francia los avances en esta materia fueron muy pocos o nulos, hasta la época de Luis XVI -es decir hasta casi finales del siglo XVIII-, pues perduró una economía basa- da en el sistema feudal, que empezó a ser sustituida paulatinamente después de la Revolución, cuando la burguesía, no sin dificultades, empezó a tener control del poder político y económico. En Inglaterra, la historia fue distinta, pues la transformación se gestó gradualmente entre los siglos XIII y XVIII.

[121] Como ya se explicó, la primera Carta de libertades se debió a "Juan sin tierra" –autorizada a pesar de su disconformidad-. Del mismo modo cabe señalar que el primer Parlamento inglés -también con poca buena voluntad del monarca-, es debido a su hijo Enrique III. Juan vivió aproximadamente un año más luego de firmar la Carta Magna. Le sucedió su hijo Enrique, que tenía apenas nueve años de edad. El joven rey -como es obvio- carente de experiencia y sabiduría, una vez que llegó al poder, sin consejo alguno de regencia, activó un período de gran despilfarro financiero. Esta desproporción en los gastos públicos se debió a la tendencia de querer favorecer a parientes y amigos. Finalmente, la inconsciencia financiera del rey tuvo su fin a causa de una revuelta patriótica y reformista de los barones, que fue encabezada por el cuñado del monarca, Simón de Montfort. En 1264, una vez que el rey Enrique III fue derrotado en la batalla de Lewes, en Susex, debió ver cómo el vencedor, en su nombre, citó al año siguiente al primer Parlamento de Inglaterra.

[122] De hecho, las prácticas participativas del pueblo inglés remontan desde antiguas costumbres locales, en las que se manejaron, por medio de discusiones, los asuntos comunes. Esta práctica fue ejercida con anterioridad por el mismo monarca Enrique III, quien había reunido, antes de su derrota, en el año 1237, en Winchester, un Gran

inmediatos[123] y al verse como garantía limitadora del poder monárquico a favor de los ciudadanos[124].

Consejo, al que convocó a un número de miembros, que aún no ha sido determinado. Estos miembros fueron hombres libres, quienes en esa oportunidad votaron tributos en su propio nombre y en el de sus siervos. Del mismo modo, los viejos tribunales locales, del que formaron parte los hombres libres del pueblo, fueron también un claro ejemplo de representatividad popular. Era común que, en ciudades importantes como Londres, Bristol, Lincoln, Winchester y Norwich, se reuniera usualmente un consejo municipal integrado por los vecinos más representativos, con el fin de tomar decisiones sobre asuntos de interés común. Tampoco se puede eludir a los comerciantes, quienes socialmente tuvieron una jerarquía igual a la de los vecinos principales, que eran dueños de las tierras. Estos sujetos dedicados al comercio se agruparon en corporaciones mercantiles, cuyo fin fue resolver los problemas que iban surgiendo en torno a sus negocios. De la misma manera, muchas ciudades poseían fueros o privilegios, que les permitían gozar de ciertos derechos especiales otorgados por los reyes. Lo anterior, fue muy similar a la forma de proceder en España en la época anterior al siglo XIII. Estos documentos y derechos permitieron a los grupos comerciales tener el poder para regular el comercio y para escoger sus propios árbitros en materia comercial.

[123] Luego de la muerte de Enrique III, sucedió en el trono su hijo Eduardo. El nuevo monarca fue llamado el "Justiniano inglés", debido a que poseía una fuerte tendencia por adoptar las viejas leyes o costumbres antiguas. Él reinó a partir del año 1272 y dio un gran impulso a la institución parlamentaria. De Eduardo es el principio común que argumenta: "*Quod omnes tangit ab omnibus approbatur*" (lo que atañe a todos debe ser aprobado por todos). Si bien es cierto citó a varios parlamentos bajo su reinado, terminó formándolo de manera orgánica tal como está constituido en la actualidad. De este modo el Parlamento posee una representación de la Corona -actual Cámara de Lores o Cámara alta- y por otro, la del clero y hombres reconocidos socialmente como la "gentry" y los comerciantes (actual Cámara de Comunes).

[124] El Parlamento se convirtió paulatinamente en un instrumento que limitó el poder del rey, a tal punto que el mismo rey Eduardo, al intentar aplicar impuestos sobre la lana de exportación, los cuales no habían sido aprobados por el Parlamento, debió someterse en 1297 a la ley y, en un acto de gran público, pedir disculpas por haber actuado contra esta disposición. A este magnífico instrumento de restricción

La petición de Derechos de 1628 posee como antecedente el hecho de que, en 1625, Carlos I Estuardo llegó al poder inspirado en demasía por la idea de que la monarquía tenía un carácter divino; a la vez que estaba profunda- mente convencido de un absolutismo como el francés y el español. Por esta razón quiso imponer sus derechos reales al Parlamento; conducta que se tradujo en fuertes contiendas con este órgano[125]. En consecuencia, se produjo la incomodidad generalizada en el pueblo y se dio el aumento excesivo de los poderes del Parlamento, asegurado en la figura de Oliverio Cromwell[126]. Factores que en conjunto condujeron a la caída del monarca, con su respectivo juzgamiento como traidor de la patria y su muerte en el patíbulo, lo cual fue un hecho único entre todos los ingleses[127].

del poder real, se le sumaron particulares hechos, que merecen especial atención, porque contribuyeron al establecimiento de la democracia liberal inglesa. Por ejemplo: destaca como la "gentry" inglesa vivió con la población en general y común; caso contrario ocurría con las equivalencias sociales del resto de las naciones europeas, las cuales tenían una nobleza, cada vez más desvinculaba del resto de la sociedad para tener el disfrute exclusivo de sus riquezas. Lo anterior, no se dio en Inglaterra, más bien la aristocracia no nobiliaria, se unió a los comercian- tes, y fue conformando de manera temprana la burguesía, que después se convirtió en mayoría dentro del parlamento inglés.

[125] No obstante, a estos problemas políticos se les unió el conflicto derivado de las profundas separaciones religiosas, originadas más que todo por la presencia de los mismos protestantes que existían en el país.

[126] Hombre religioso, que llegó al Parlamento en 1628.

[127] Después de la muerte de Carlos Estuardo, Inglaterra pasó bajo el dominio dictatorial de Oliverio Cromwell, considerado Lord Protector - figura que incluso estuvo por encima del poder monárquico- Cromwell fue seguido por su hijo Ricardo, ambos mantenidos en el poder a causa del ejército, durante once años de República o "Commonwealth" desde 1649. En este mismo período la Cámara de los Lores fue revocada, porque se consideró "inútil y peligrosa"; de esta forma se mantuvo en el poder sólo la Cámara de los Comunes. Es decir, el Parlamento estuvo formado única y exclusivamente por

No obstante, Carlos I, antes de su caída, llevó a cabo la convocatoria de su tercer Parlamento, a fin de votar por los recursos necesarios para el equipamiento del ejército inglés. Pero el monarca topó con una serie de condiciones para poder llevar a feliz término su plan, pues como condición para aprobar estas medidas de abastecimiento del ejército, el Parlamento le exigió la aceptación de cuatro puntos medulares que son conocidos como la "Petición de Derechos", documento que por su importancia ha sido considerado como uno de los antecedentes más destacados del constitucionalismo liberal y actualmente forma parte del derecho constitucional escrito de Inglaterra.

La Petición consta de estos cuatro puntos básicos:

a) en un primer punto, se dispuso la no ejecución de impuestos sin la aprobación parlamentaria, lo que se conoce como reserva legal impositiva -principio que actualmente poseen las constituciones occidentales de corte liberal-; b) en segundo término, se prohibió el alojamiento de sol- dados y marinos en los domicilios particulares durante la ocupación de ciudades, lo que se ha tomado por muchos como una medida contra las requisiciones forzosas; c) como tercer punto se estableció el no sometimiento de los particulares a los tribunales militares, que vedó la aplicación de la ley marcial en tiempos de paz; y d) el cuarto punto perfeccionó la ya vigente institución del *habeas corpus*, prohibiendo de este modo las detenciones sin motivo.

Este último instrumento jurídico vino a ser considerado con el tiempo un elemento indispensable del Derecho de la Constitución[128]. En efecto, el *Habeas Corpus Act* vino a poner

hombres simples, comerciantes y clérigos, llevando a cumplimiento, de esta forma, la idea de la soberanía popular que sería la misma a la que apelarían más adelante los norteamericanos durante su lucha independentista.

[128] Luego del gobierno de Cromwell y debido a la situación caótica que existió en Inglaterra, Carlos II Estuardo, que había sido criado en Versalles en la Corte de Luis XIV, llegó al trono. En 1679, con la intervención de un Consejo dirigido por Shaftesbury, Sir William y los

fin al abuso del poder del Estado y colocó a Inglaterra en una considerable diferencia con los demás Estados europeas de la época.

La ley declaró como ilegal hacer prisionero a un súbdito del reino, habitante de Inglaterra, Gales o Berwik y en cualquier lugar fuera de esa jurisdicción o más allá de los mares. Lo anterior tenía un carácter coercitivo, pues si se infringía la norma se establecían indemnizaciones en beneficio del damnificado y del mismo modo se ordenaban severas penas para los funcionarios que ejecutaren dicho acto.

Ahora bien, otro instrumento medular del constitucionalismo inglés es el *Bill of Rights* de 1689. Al respecto cabe recordar la coronación de Guillermo y María de Orange como reyes de Inglaterra, en febrero de 1689, bajo los condicionamientos del Parlamento donde se exigió a los nuevos monarcas que garantizaran la protección de principios como la libertad, la prosperidad y la religión de los gobernados ante la arbitrariedad real[129].

Lores Russel y Halifax, puso en vigencia la célebre “Ley de Hábeas Corpus”, que fue aplicaba de forma indistinta a todos los habitantes, excepto a aquellos acusados de traición -felony-. En dicha disposición se prohibió el arresto arbitrario y se instituía un método específico para quien fuera detenido -por sí o por representante- pudiese apelar a un juez competente. De esta forma el juez daba la orden a los custodios del prisionero para su posterior traslado a juicio, dentro de un plazo mayor de veinte días.

[129] La revolución inglesa no fue como la francesa, en esta última los burgueses se enfrentaron contra la nobleza, en cambio en Inglaterra existían intereses políticos, religiosos y económicos. En efecto, en 1685 Jacobo II, hermano de Carlos II -muerto sin descendientes legítimos-, llegó el trono. No obstante, una vez en el trono manifestó un ferviente catolicismo, lo cual no fue bien visto en una nación en su mayoría pro- testante y casi en su totalidad antipapista. Este monarca se encontró con la oposición del Parlamento y con la de Guillermo de Orange, su yerno, quien fue jefe de la causa protestante de Europa. Esta fuerte oposición condujo a que el monarca huyera a Francia en 1688 y a que, consecuentemente, su hija María y su yerno Guillermo ocuparan en su lugar el trono.

Ese mismo año, el 16 de diciembre, se estableció la Ley del Parlamento que declaró los derechos y libertades de los ingleses e indicó el orden de sucesión de la Corona., conocida –se insiste- como "Bill of Rights" o Declaración de Derechos[130].

Con esta declaración finalizó la primera etapa del liberalismo clásico inglés. Luego siguió otra etapa íntimamente ligada a su historia institucional; No obstante, esta segunda etapa presentó sus efectos no tanto en Inglaterra, sino más bien un siglo más tarde en la corriente independentista de las colonias norteamericanas.

En efecto, hacia 1776, las trece colonias norteamericanas se independizaron de Inglaterra. Lo anterior debido principalmente a la corriente iusnaturalista, que había tenido acogida entre varios promotores de la revolución[131].

En esta línea, se desarrolla el pensamiento de Jacobo de Otis quien, en 1761, pronunció un famoso discurso, que marcó el

[130] Entre los aspectos relevantes de la mencionada ley, se destacan: a) se prohíbe que los reyes puedan atentar contra las leyes del reino; b) se le encarga al Parlamento los presupuestos anuales del Estado; c) la declaración de ilegalidad de toda suspensión de leyes o de ejecución de las mismas por parte del rey, sin consentimiento del Parlamento; d) el derecho de todos los ingleses de apelar ante rey sin que esto les acarre un juzgamiento; e) la prohibición de mantener o levantar ejércitos dentro del reino en tiempo de paz sin autorización parlamentaria; f) el derecho de los miembros del Parlamento para expresarse con libertad y la prohibición de cuestionar judicialmente sus declaraciones o procedimientos; y g) se establece el sometimiento del soberano a las leyes fundamentales del reino.

[131] Los llamados independentistas no poseían un sistema de pensamiento uniforme, pero compartían el principio de una razón que provenía de la praxis. Se cree que Thomas Jefferson fue influido por el pensamiento iusnaturalista y, de igual forma, los norteamericanos que habían seguido el antiguo movimiento calvinista -quienes cambiaron parcialmente su teología para establecer las convicciones en la razón- llegaron a admitir que los seres humanos tenían principios desde que nacían. Estas premisas luego se fueron asentando en toda la nación en los diversos documentos jurídicos que surgían en el marco de la independencia.

inicio de movimiento revolucionario en la dimensión política[132].

La tendencia anterior, se extiende hasta tales dimensiones que el pueblo de Virginia, el 12 de junio de 1776 se independizó mediante la declaración de *Virginia Bill of rights*, la cual expresa los principios de igualdad del hombre desde el nacimiento, en tal apego al iusnaturalismo que no presenta vestigios del *common law* inglés. Luego, el congreso de Filadelfia el 4 de julio de 1776 declaró la independencia para las trece colonias, partiendo de leyes naturales y premisas divinas, lo cual se condensa en los principios de igualdad, de los derechos otorgados por el Creador, de la vida, de la libertad, de la felicidad[133].

Otro de los elementos del constitucionalismo clásico es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con una clara inspiración iusnaturalista, principalmente derivada del pensamiento de Rousseau[134].

Los constituyentes apelaron a derechos naturales

[132] Según algunos, el iusnaturalismo pasó de la teoría a la práctica en las colonias norteamericanas, luego del pronunciamiento de Otis. Sin embargo, este pensador había recibido la influencia de los principios del Derecho constitucional, elaborados por el inglés Edward Coke, quien asignó al *common law* un carácter de perfección, basándose en una teoría similar al Derecho natural. Cabe recordar que ambas corrientes se fundamentaron en la razón para alcanzar esa idea de la perfección, pero diferían sobre el origen de esta razón. Los teóricos iusnaturalistas consideraban que provenía del orbe de la naturaleza, mientras que el pensamiento de Coke sostenía que derivaba de un orden cultural.

[133] Como se puede apreciar esta Declaración poseía elementos iusnaturalistas y contractualistas. Lo anterior, se cree que se debió a la influencia de Montesquieu y Rousseau quien había publicado en 1762 *El Contrato Social,* por lo que su aspecto contractualista pudo haber influido. No obstante, cabe destacar que el Congreso de Filadelfia, no tipificó el derecho a la propiedad privada, que sí había quedado consagrado en la Declaración de Virginia.

[134] En esta Declaración destacan cuatro elementos medulares: a) La unidad nacional.; b) La abolición del sistema feudal; c) El surgimiento

inalienables y sagrados del ser humano. Lo cual es compresible, debido a que esta Declaración proviene una particular situación jurídica, social y política, que se originó después de la Revolución francesa[135], similar a la que presentó Inglaterra en el siglo XVII, cuando fueron derrocados los Estuardo; con la diferencia de que los franceses no habían permitido el acceso de ciertos grupos populares al poder, lo cual si existió en el Parlamento inglés[136].

Con esta Declaración se proclama un nuevo poder, al proponerse otro marco universal de esperanza e igualdad de los seres humanos. Pero, algo de esto quedó en la teoría, pues el manejo de la revolución muchas veces estuvo en manos de demagogos y oportunistas, del mismo modo algunos de los derechos naturales consagrados en la Declaración fueron

de la burguesía; y d) El ingreso a la economía capitalista.

[135] Una de las causas de la revolución se debió a la fuerte crisis económica durante el reinado de Luis XVI, la cual fue de tal magnitud que un trozo de pan costaba en promedio el ochenta y cinco por ciento de los ingresos de un trabajador común, al mismo tiempo que el promedio de vida no fue para nada alentador, pues era de apenas 29 años. La situación de miseria y muerte produjo que se desatara una fuerte presión social, principalmente desde los sectores burgueses, que condujo, en mayo de 1789, a la convocatoria de los Estados Generales –nobleza, clero y llano-, que desembocó en la lucha frente a frente con la aristocracia que negó el voto por cabeza. Se produjo mucha inseguridad por el pillaje popular. Ese mismo año, el 14 de julio, como acto simbólico, se tomó la Bastilla. Cuando el Antiguo régimen fue derrocado a finales de julio, Paris fue un caos. El 5 de agosto, Luis XVI se le consideró restaurador de la paz, a pesar de ser un rey destronado; esta ilusión perduró hasta 1792. Como resultado de estas luchas, se quitaron los privilegios y las distinciones, el vasallaje, los servicios personales, el mayorazgo, las diferencias entre la tierra de los nobles y la de plebeyos, los cargos públicos hereditarios y el sistema feudal fue abolido por ley, aunque se mantuvo en la práctica.

[136] En Francia los únicos que poseían el poder fueron los militares, la alta administración y el obispado de la Iglesia, quienes optaron por estos puestos de administración del Estado, a fin de conservar el poder, porque las políticas de los reyes franceses se habían encargado de quitarles ciertos poderes.

restringidos con el fin de mantener el

bienestar general. La Declaración de libertad personal no quitó aspectos como la trata de esclavos de los negros en las plantaciones de azúcar.

b) El constitucionalismo de las Constituciones escritas

Los fenómenos jurídico-constitucionales ingleses, norteamericanos y franceses, fueron el antecedente del proceso constitucional del siglo XIX, considerado el siglo de las Constituciones escritas de corte liberal, también denominadas clásicas. Estas Constituciones personificaron no sólo la perdurabilidad jurídica de los derechos públicos subjetivos civiles y políticos en diversos ordenamientos jurídicos, sino también el establecimiento de un sistema social, político y económico que es llamado "liberal de democracia restringida"[137].

El Derecho permitió un ámbito de libertades o facultades para la burguesía, la cual se aseguró estos beneficios a raíz de la lucha constante contra la nobleza y la monarquía. Esto, sin embargo, no fue un proceso rápido, sino que en una primera fase presentó el problema de tener que buscar el beneplácito de algunos monarcas, lo cual finalmente condujo a una actitud de completa pasividad por parte del Estado, el cual permitió el dejar hacer, dejar pasar, a fin de no interferir en los derechos individuales de los burgueses. En síntesis, el poder público garantizó libertades contra los eventuales abusos del poder político. No obstante, este sistema tuvo considerables vicios: en primer lugar, debido a la pasividad del Estado, se produjo la desprotección de ciertos grupos muy vulnerables en la sociedad, verbigracia los grupos de obreros[138]; y, en segundo

[137] Así, en la modernidad se reflejan los siguientes fenómenos, especialmente en Europa: a) el progreso hegemónico de la burguesía; b) la restricción del sistema monárquico; y c) el respeto por la propiedad privada de los bienes de producción y de consumo.

[138] En efecto, el admitir que el Estado no debía interferir en las

lugar, el principio de igualdad que pueden gozar todas las personas, se limitó a la igualdad ante la ley y no implicó la superación de las brechas sociales desarrolladas por el comercio. Último hecho que, en determinados casos, impide el disfrute de las libertades públicas, defendidas por la burguesía.

Entre el siglo XVIII y el XIX, la burguesía adquirió una gran influencia en el poder, principalmente en el ámbito formal del Estado, pero las mayorías sociales son excluidas al carecer de esta influencia. Tal burguesía con poder formal se comenzó a relacionar con la antigua nobleza europea. En cambio, en América, el poder burgués empezó a asociarse, lentamente, con las recién formadas oligarquías de terratenientes.

Esta nueva fuerza, debido a su influencia en el aspecto formal del Estado, logró imponer su voluntad sobre el resto de la sociedad. De este modo, en los nuevos modelos estatales, el ideario burgués no sólo es plasmado en el poder económico, sino también en la cultura y la política. En este ambiente, la burguesía se convirtió en la única fuerza social que garantiza un modelo de Estado moderno. De hecho, las utopías de la modernidad, fundadas en el mito del orden y progreso infinito, tiene su nacimiento y desarrollo en el ámbito de la burguesía. Incluso, cabe destacar que los ideales de las mayorías populares son opacados, muchas veces, por esta nueva tendencia, y, en algunos casos, cuando adquieren relevancia, son tutelados bajo el poder burgués -o el de sus exponentes más notables-.

Por otro lado, no es fácil separar este hecho del ascenso de la burguesía al poder, sin tomar antes el contexto global de Occidente, principalmente en lo que se refiere a los avances tecnológicos y científicos, la mayoría de las veces ligados a la industrialización.

Por lo anterior, las personas cultas del siglo XIX, estaban inmersas en un pensamiento positivista y liberal, que se puede

libertades públicas, implicaba que no podía auxiliar a aquellos que tuvieran acceso a estas.

enmarcar en los siguientes postulados: a) la humanidad progresa de forma constante e infinita; b) los beneficios de la ciencia y la tecnología, paulatinamente, serán para todos los habitantes del mundo; y c) los di- rigentes del Estado deben ser personas ilustradas y con aptitudes orientadas a la buena administración, el resto de la población o las mayorías populares, deben limitarse a la producción y no interferir en demasía en la política.

No obstante lo anterior, no resulta extraño en la historia de la humanidad, puesto que esta separación se repite de manera constante, ya sea en Roma -con la división social entre plebeyos y patricios-, en Inglaterra -con la imposición de los barones de Juan sin Tierra sobre los otros ciudadanos libres menos adinerados-, en Francia -con la Revolución francesa en donde primó la burguesía sobre los campesinos y ciudadanos comunes, o en los países de corte socialista- en donde la burocracia estatal se impone abusivamente sobre los trabajadores que supuestamente representan el Estado. Por tanto, es comprensible que las Constituciones de la modernidad manifiesten en gran medida el pensamiento de los grupos de poder[139].

[139] En este sentido, las Constituciones de la época poseen las siguientes características: a) la pasividad del ciudadano promedio: la acción de éste se limita considerablemente en la política, porque, si bien es cierto se le permite la participación por medio del voto para escoger los representantes estatales, esto no es algo significativo en el ámbito político, pues los que acceden a estos lugares de representación popular son, en la mayoría de los casos, los propietarios con gran poder real; b) La fantasía del principio de igualdad: aunque se pregone que la igualdad jurídica está tipificada en estas constituciones, la verdad es que esta no se refleja en la igualdad política jurídica. Lo anterior se presentó claramente en gran parte de la modernidad hasta el siglo XX, cuando se le permitió el derecho al voto de las mujeres. Cabe recordar que las mujeres no podían participar libremente en la política, de forma menos discriminatoria, pero no sin ésta, la mayoría de los hombres elegían a los representantes, que posteriormente escogían a los altos jerarcas del Estado, es decir, existió un voto indirecto, en donde la élite

En cuanto a la época cabe señalar elementos jurídicos de radical importancia: a)La Constitución Unitaria de la Provincias Unidas de Sudamérica del 22 de abril de 1819, establecía en el art. 5 requisitos económicos a las personas que quisieran acceder a puestos públicos como el de diputado o de senador; b) La Constitución de los Estados Unidos de América del Norte -introducida en 1808- que excluía a los indios del ejercicio de los puestos de representación pública, pues se decía que estos no pagaban impuestos; y c) Constitución francesa de 1848, debe considerarse como un gran avance en materia de igualdad jurídica, puesto que aseguraba el sufragio directo, universal y secreto para todos los mayores de veintiún años y el acceso a los puestos de representación a los mayores de veinticinco años. No obstante, existían restricciones debido a la ley orgánica electoral.

En cuanto a la ideología, la corriente liberal se basó en el principio de la libertad, pero la idea de ésta va más allá de ser un principio, pues constituye el fundamento ineludible de la igualdad, de la que no se puede hablar si no hay libertad para todas las personas. Es sumamente difícil, por no decir imposible, considerar que las personas pueden reclamar igualdad alguna si desconocen su condición de personalidad jurídica. La Constitución estadounidense entró en contradicción con la realidad de una sociedad esclavista, pues ante este hecho difícilmente era posible sostener el principio de igualdad.

En todo caso -considerando también los Estados sin esclavitud-, entre los derechos fundamentales está el derecho de la igualdad, el cual es la facultad que exigir al poder

burguesa se reservaba el derecho de nombrar a quienes salvaguardaran sus intereses; y c) La construcción del ciudadano modelo: se tienden a proteger los derechos civiles de los ciudadanos, pero bajo el fin de garantizar el progreso productivo de la sociedad. En este contexto los liberales bus- can tener control sobre la educación del pueblo para tener ciudadanos obedientes y militarizados.

coercitivo del Estado un tratamiento equivalente en las mismas situaciones objetivas. De este modo al poder público debe demandársele acoger este principio como fundamento insoslayable en materia constitucional, a fin que alcanzar la igualdad de hecho, de donde el Estado deja de comportarse como un simple espectador de la injusticia producida por la desigualdad social y se compromete a garantizar a todos los sujetos las mismas opciones de acceso a los bienes públicos, económicos, sociales, culturales, entre otros beneficios que garantizan la realización de las personas. No obstante, para que esta realidad comenzara a plasmarse en la mayoría de las Constituciones de los países del mundo, será necesario esperar hasta que finalice la Segunda Guerra Mundial y se establezca la Constitución francesa de 1946.

Sin embargo, el principio que más se amoldó al pensamiento de esa época fue el de la legalidad. En Inglaterra desde el siglo XVII venía gestándose la idea de someter al soberano bajo el poder de la ley, lo cual se logró paulatinamente, pues con el tiempo los absolutismos monárquicos empezaron a ceder sus fuertes posiciones de poder en casi todo el continente europeo.

De este modo, se empezó a dar a todos los individuos ciertas seguridades en materia jurídica: a) tanto los gobernantes, monarcas, como los gobernados, los súbditos, permanecen sometidos a una misma ley, a un mismo principio de autoridad; b) al mismo tiempo los derechos primordiales que han sido otorgados a los seres humanos únicamente pueden ser limitados, restringidos o quitados por la acción de la ley, lo cual con el devenir del tiempo empezó a darse cada vez menos, en la medida en que los derechos individuales adquirían mayor importancia; c) del mismo modo ninguna persona se encontraba obligada a ejecutar alguna disposición que no estuviera expresamente dispuesta en la ley, ni privado de aquello que ella no prohíbe o restringe; d) también la ley empezó a establecer los límites para que las personas pudieran ejercer todos sus derechos. Por ejemplo, es común encontrar afirmaciones que giran en torno a esta idea: todos los

habitantes tienen derechos por virtud de las leyes y normas que regulan su ejecución.

No hay duda que si no hubiera existido esta fase de "elaboración del constitucionalismo", sería difícil encontrar en las actuales sociedades sistemas de protección de derechos individuales, tal como se conocen en un gran número de Estados del orbe.

c) El constitucionalismo social

Como antecedente de este constitucionalismo cabe indicar que una vez que el absolutismo monárquico fue desplazado por el Estado liberal, principalmente en los países que alcanzan la independencia de España, Inglaterra y otros Estados de corte monárquico; se da en la mayoría de las naciones de Occidente la consolidación de un tipo de Estado que busca asegurar, en el marco de la colectividad y en los distintos ordenamientos jurídicos, un sistema de libertades públicas bajo el principio de la igualdad, como parte de cada persona en el ámbito de cada comunidad nacional[140].

De esta manera, las libertades civiles básicas de índole más personal -que habían tenido el impulso hacia su universalización por la Revolución Francesa- se convierten en los "derechos humanos de la primera generación", denominados también "derechos subjetivos públicos"[141].

[140] Con esta ideología se pretendió eliminar toda intervención del Estado que eventualmente pudiese poner en riesgo las libertades de las personas, denominadas en muchos casos como "libertades negativas", pues se basan en el principio de que ninguna persona tiene la obligación de hacer algo que no está en la ley, ni le puede serle privado o restringido algo que la ley no tipifique. Del mismo modo se garantizan las libertades políticas o "libertades positivas", las cuales consisten en permitir la participación de todos los ciudadanos en el ámbito social, a fin de lograr los cambios que beneficien al mayor número.

[141] Así, durante el siglo XIX y principios del siglo XX, el sistema de libertades constitucionales se restringe a las relaciones jurídicas que desarrollan los individuos con el Estado, con el objetivo de logar

Sin embargo, el tema de las cuestiones sociales está casi ausente en las constituciones clásicas[142], porque existió una fuerte incidencia de la libertad individual, que se oponía en muchos casos, de forma rotunda, al aspecto social. Individualismo que es enfrentado por la Iglesia y por ciertos grupos sociales y políticos de corte socialista, que promueven un replanteamiento del movimiento liberal. Esta tendencia hacia lo social abrió una nueva etapa en el constitucionalismo, que llegó a denominarse "constitucionalismo social", el cual nació y se desarrolló desde el interior del liberalismo. Se presentó una ampliación y perfección de las premisas liberales, a la vez que la ideología liberal comenzó a mezclarse con otras ideologías -como la doctrina social de la Iglesia, algunas corrientes de socialismo, el sindicalismo, entre otras propuestas del pensamiento-[143].

De este modo, el constitucionalismo social se presentó claramente en México cuando el general y entonces presidente Venustiano Carranza[144] citó a una Convención Constituyente, la

algunos cuantos fines generales, los cuales son minoría si se compara con la gran cantidad de derechos individuales obtenidos. De este modo se ha llegado a sostener que este período está marcado por el individualismo con preeminencia de los intereses particulares sobre el interés de la colectividad. De hecho, el concepto de "derechos individuales" es común encontrarlo en muchas Constituciones, lo cual es reflejo del espíritu de ese tiempo.

[142] Los hechos sociopolíticos que se dieron en Occidente a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX revelaron la urgencia de replantear la concepción tradicional que existía en torno a los derechos sociales, la cual cambió desde esa época según las distintas formas sociales, que se hacían presentes.

[143] Del mismo modo en que las antiguas libertades de los ingleses, en un inicio, fueron exclusivas para ciertos grupos y que después, por el iusnaturalismo, fueron aplicadas a todos los habitantes, de igual forma el liberalismo luego de la segunda mitad del siglo XX, empezó a incorporar la protección de los derechos sociales.

[144] México abatido, por regímenes dictatoriales y por guerras civiles, logró finalmente, durante la administración del presidente Venustiano Carranza, la unión de los grupos sociales más activos del país, con el objetivo de materializar un proyecto nacional. Cabe señalar, que el

cual ejerció desde el 1º de diciembre de 1916 hasta el 31 de enero de 1917. Esta Convención finalmente dio con el primer texto del constitucionalismo social: la Constitución mexicana de 1917, que combinó principios de política liberal junto a los principios de democracia social; siendo así uno de los primeros textos que enarboló la combinada tesis del Estado de Derecho con el Estado Social, aún incluso antes de la Constitución de Weimar de 1919.

No obstante, los modernos postulados de la Constitución de 1917, se quedaría en su mayoría en el papel, pues la realidad política, económica y social de México, no cambió significativamente debido, en gran parte, a la enorme desigualdad social existente en este país. Del mismo modo las grandes diferencias en la política, impidieron el ideal de lograr una cohesión duradera entre los distintos movimientos políticos.

Otro claro ejemplo -como se adelantó- del constitucionalismo social, se constata en la referida Constitución alemana de 1919, conocida como "Constitución de Weimar". En efecto, destrozada moral y económicamente por los efectos de la Gran Guerra y abolida la monarquía y en medio de una encontrada lucha ideológica, este país aprobó el 11 de agosto de 1919, en la ciudad de Weimar, su nueva Constitución.

La burguesía liberal y la social democracia que tiempo atrás habían renunciado a las tesis marxistas, logran imponer esta Constitución que estableció restricciones a los egoísmos naturales del individuo[145]. Su aporte más relevante se

liberalismo en este caso mantuvo sus premisas, pero se nutrió de la ideología revolucionaria del campesinado, encarnado en figuras como Francisco Villa y Emiliano Zapata.

[145] El artículo 151 es claro en este sentido: "El orden de la vida económica debe responder a los principios de la justicia con el objetivo de garantizar a todos una existencia humanamente digna. En tales fronteras debe asegurarse la libertad económica del individuo. La coacción legal sólo es admisible para la realización de derechos

encuentra en el artículo 153, que garantiza el derecho de propiedad y prevé la expropiación por causa de utilidad pública. El artículo 155 íbid somete a la inspección del Estado el reparto y aprovechamiento del suelo, tendiente a proporcionar a todas las familias alemanas una cantidad suficiente de terreno para su hogar y explotación económica. Establece también el deber del propietario de tierras, de cultivar y explotar el suelo en bien de la colectividad y pone bajo control estatal, los tesoros del suelo y todas las fuerzas naturales económicamente utilizables. El artículo 156 íbid contempla la alternativa de estatizar empresas económicas privadas o someterlas a un régimen de administración autónoma, con participación de obreros y patronos, que impropiamente denomina "propiedad colectiva" o "economía colectiva". La Carta contiene numerosas disposiciones relativas al trabajo y al trabajador y, en el artículo 164, tutela en particular a la "clase media independiente".

De este modo, el Derecho constitucional ha mostrado tres fases de desarrollo, a lo largo de la historia occidental normal, en aras de procurar los derechos individuales y sociales, dentro del marco de un Estado de derecho. Característica que lo distingue considerablemente del Derecho político, rama también del Derecho público con el que se acostumbra confundirlo. En este punto cabe recordar que, a partir de las Constituciones escritas, el Derecho político adquirió el nombre de Derecho constitucional.

2. Derecho político[146]

En efecto, el adjetivo político proviene del griego *polis*, en alusión a las antiguas ciudades- estados griegas (Atenas,

amenazados o para satisfacer exigencias extraordinarias del bien común. Se garantiza la libertad de comercio e industria dentro de los límites establecidos por la ley".

[146] La comprensión de este derecho permite ver con claridad la naturaleza actual del Derecho constitucional.

Esparta, Tebas y otras)[147], y se refiere a todo lo relativo al Estado, a la "cosa pública", de donde también remite a los asuntos estatales propios de la antigua Roma; de ahí la expresión *res publica*, literalmente cosa pública.

Este Derecho se comenzó a estructurar claramente en la institucionalidad política ateniense, con la función legislativa de la asamblea (*ecclesia*)[148], con la función ejecutiva del Concejo de los Quinientos, y la función judicial de los grandes jurados populares; atribución paralela a la existencia de la magistratura de diez generales electos directamente, con función militar y política[149]. El pensamiento jurídico y político griego, fue también obra de los grandes filósofos. Al respecto Sócrates, a diferencia de los sofistas, confió en la naturaleza social humana, en la moral, la justicia, *la polis,* y la ley como expresión de la razón. En este mismo lineamiento destacó Platón con su obra La República, donde se considera un Estado ideal con el fin de la justicia bajo el reinado de los filósofos con su libro con su El Político, donde considera al político un tejedor de la armonía estatal en aras de lograr el bien común, bajo el principio de que el político y gobernante debe ser sumamente intelectual, moral y justo; en su obra Las Leyes, viendo la imperfección humana, propuso un sistema legal a través del cual debe regirse *la polis*. De forma un tanto distinta, Aristóteles escribióbLa Política, en donde trata el origen y naturaleza del Estado, de sus formas de organización y sus funciones, con la consideración de que el Estado es una forma perfecta y natural de convivencia política; en este mismo sentido formuló La ética a Nicómaco, donde distingue las clases sociales y diversas asociaciones (agricultores, artesanos y mercaderes); a la vez que establece

[147] Grecia es considerada la cuna del pensamiento político occidental y de la indagación de la esencia política humana.

[148] Con participación activa de varones atenienses mayores de veinte años.

[149] Dentro de estos magistrados destacó el general Pericles en el siglo V a.C., quien amplió la ciudadanía a todos los varones libres de la *polis*, hecho que indudablemente afirmó la democracia ateniense.

tres clases de magistratura, a saber: legislativa, ejecutiva y judicial; pensamiento seguido por los romanos con el derecho de gentes (*ius gentium*) y su política de alianzas.

Luego, en el Medioevo, y posteriormente con la llegada de la modernidad, al Derecho político le dedican especial atención en sus obras: Tomás de Aquino (*De regimene principum*), Francisco de Vitoria (Derecho natural y de gentes), Nicolás Maquiavelo (El príncipe), Hugo Grocio (El derecho de guerra y paz), Domingo de Soto (Tratado de la justicia y el derecho), Francisco Suarez (Tratado de las leyes y de Dios legislador), Thomas Hobbes (Leviatán), John Locke (Tratado del gobierno civil) y Benito Espinoza (Tratado político y Tratado teológico-político). En el siglo XVIII destacan al respecto en Francia: Montesquieu (El espíritu de las leyes), Rousseau (El contrato social) y Sieyès (¿Qué es el tercer Estado?).

3. Derecho administrativo

El Derecho administrativo es el área del Derecho público interno del Estado, que abarca las normas y conductas (activas y omisas) de las administraciones públicas en sentido formal, pues también materialmente otros órganos distintos a la Administración Pública, como son el Legislativo, Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones -en el caso de Costa Rica- ejercen excepcionalmente funciones y potestades adscritas al contenido material del Derecho administrativo. Y a la vez, este derecho incardinado en la organización y actividad del Estado, nace y se desarrolla para la protección y satisfacción de los intereses públicos, conforme al principio de legalidad que ordena del funcionario público cumplir lo que el ordenamiento jurídico escrito y no escrito, valido y eficaz, dispone para la satisfacción -en principio- de tales intereses altruistas o supra individuales. No obstante, el interés público ha de ser visto o interpretado como la suma de los intereses coincidentes de los administrados frente a la Administración activa o del órgano que material y excepcionalmente ejerce potestades o funciones

reguladas por el derecho Administrativo o de contenido administrativo. Y cuando se menciona el principio de legalidad no solo debe entenderse como la sujeción obligada del funcionario público a la ley formal y escrita, sino también al derecho no escrito de manera supletoria, sea para interpretar el derecho escrito y, en caso de laguna o vacío jurídico de la norma escrita, para ser elevado el derecho no escrito a rango de norma escrita, a fin de no dejar espacios abiertos y arbitrarios que impidan la protección y satisfacción de los intereses públicos; derecho no escrito que generalmente en el Derecho comparado incorpora a la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la costumbre. Esta, a la vez, tiene gran importancia práctica porque suele encontrarse complementariamente en las repetidas resoluciones administrativas que no tienen el rango ni la naturaleza de la jurisprudencia como efecto de

las sentencias con carácter de cosa juzgada material; es decir, que son firmes y definitivas y cuya sumatoria, por lo general dos o más sentencias con igualdad de causa y objeto, hacen jurisprudencia. En efecto, podemos pensar en las resoluciones de los Tribunales administrativos, como las del Tribunal ambiental, el Fiscal Administrativo o el Aduanero, entre otros supuestos, para dar paso confirmatorio a la costumbre administrativa, sin que sus resoluciones sean sentencias ni tengan el grado de cosa juzgada, pues al ser conductas administrativas quedan siempre sujetas al control jurisdiccional. De tal manera que el Derecho administrativo es, desde la perspectiva sustancial, aquella rama del Derecho interno que regula las conductas y organización de las administraciones públicas a niveles central y descentralizado, en la dimensión institucional, territorial y corporativa para satisfacer los intereses públicos conforme al ordenamiento jurídico escrito y no escrito, el cual otorga potestades para tal cometido altruista bajo el control judicial, sin demérito del control administrativo propio y externo. Por ello, tal rama del Derecho dispone también el conjunto normativo vinculante para el desarrollo y

control de los servicios públicos,[150] con independencia de si se acepta o no la tesis del servicio público como principio válido y eficaz, dada su situación crítica en Francia y en el Derecho comparado, sobre todo por el advenimiento de la activa y ascendente participación de los sectores privados en el cometido de satisfacción de los intereses públicos, con trascendencia del monopolio estatal o administrativo para su materialización pronta y cumplida.

Ahora bien, en nuestro Derecho positivo, tanto la Constitución como la Ley General de la Administración Pública (LGAP) incorporan los principios de servicio público al principio de legalidad, en el ejercicio de la función y potestad pública, en las actividades y organizaciones de todas las administraciones públicas, sea central, descentralizadas (territorial e institucional), empresas públicas, e incluso, también en ocasiones, entes públicos no estatales, sin excluir a los sujetos de Derecho privado -concesionario y gestor interesado, por ejemplo- que coparticipan en la gestión pública para satisfacer los intereses públicos por cada Administración, conforme al ordenamiento jurídico, bajo la tutela y sanción administrativas. Intereses públicos que, a la vez, deben entenderse -se insiste- como la suma de intereses coincidentes de los administrados que incluye, claro está, a los usuarios y clientes de tales servicios y que, en modo alguno, son parte del Derecho común, incluyéndose el Derecho laboral, dado que se rige de manera primigenia y causalmente por el Derecho público. Y solo en

[150] Los servicios públicos vienen a ser “los medios y procedimientos mediante los cuales la autoridad estatal procura satisfacer las aspiraciones comunes de convivencia” (Reale, Op. Cit., p.260). En nuestro medio positivo, los principios de servicio público deben aplicarse al conjunto de las administraciones públicas e incluso a órganos y entes que, si bien no son administraciones públicas en sentido estricto, no dejan de estar sometidos al principio de legalidad en cuyo contenido regulador están insertos estos mismos principios que, por demás, ostentan, en nuestro medio, rango constitucional, en función del encadenamiento de principios como partes constitutivas de una misma unidad reguladora.

caso de laguna jurídica a nivel escrito y no escrito -se aplicaría- el Derecho común o privado, “salvo norma expresa en contrario” (artículo 3,1 LGAP), lo que induce necesariamente a alguna reflexión pormenorizada que de seguido se expone.

Ciertamente, una vez que la Sala Constitucional a partir de la sentencia número 7532-2004, determinó y puntualizó que el servicio público tiene rango constitucional, con la incorporación de una serie de principios complementarios del servicio público, esta vez derivados del Derecho de la Constitución, como la transparencia, fiscalización, probidad, objetividad, rendición de cuentas, regularidad y eficacia (eficiencia al menor costo y al menor tiempo); en consecuencia, los principios contenidos en el artículo 4 de la LGAP (igualdad, adaptación a los cambios sobrevenidos de hecho y de derecho, eficiencia y continuidad) quedaron elevados al mismo rango constitucional, toda vez que el servicio pú- blico y sus principios rectores y constitutivos son parte de una misma cadena sustancial, cuyos eslabones no pue- den separarse de la naturaleza, organización, contenido y fin de estos servicios, como unidad institucional y orgánica que, a la vez, son parte de la actividad y organización de las administraciones públicas en general.

De tal manera que no es procedente rebajar el servicio público al nivel de la ley ordinaria (LGAP), sino más bien debe ser elevado a nivel constitucional, por lo cual, necesariamente, la ley que disponga lo contrario, para que no se apliquen estos principios en la dimensión unitaria y sustancial del servicio público, tendría que ser del mismo rango constitucional donde se consagra su reconocimiento y principios complementarios. Así entonces, no es dable contradecir, rechazar, desconocer o violar total o parcialmente estos mismos principios que no aceptan separación, disminución ni desconocimiento alguno, cuando de servicios públicos se trata. Lo que sí podría darse en la eventualidad práctica, es que los servicios públicos se transformen en servicios privados, por los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para la desafectación de bienes y servicios públicos; no así para desaplicar o

desconocer, mediante cualquier norma de rango legal ordinario o infra legal (reglamento, por ejemplo) su debida aplicación en los distintos servicios públicos para la satisfacción de los intereses públicos.

De consiguiente, no es simple el procedimiento de transformación o mutación de un servicio público en un servicio privado regido por el Derecho común, que impone a la vez la obligada aplicación de otros principios y disposiciones normativas ante la imposibilidad de que los bienes de la Administración y su régimen jurídico especial y reforzado, pase a manos de particulares, sin la desafectación necesaria y sin darse la transformación sustancial de su régimen jurídico de inembargabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y con impedimento de negociación en igualdad de condiciones, por el fin de satisfacer los intereses públicos. En otros términos, nunca los bienes demaniales para la prestación de los servicios públicos, pueden ser objeto de transmutación jurídica, sin cumplir con todos y cada uno de los requisitos normativos para que un servicio así, en su actividad y organización, se convierta en un servicio regulado por el Derecho privado, dada la inversión del principio de legalidad en favor del Derecho privado según el mencionado artículo 28 constitucional. Como tampoco puede aceptarse que los bienes regidos por el régimen jurídico privado, se conviertan en bienes y servicios públicos, sin cumplir con el trámite y la declaratoria de afectación a favor del régimen jurídico de Derecho público y, en su caso, con los trámites expropiatorios de rigor, conforme a la Constitución (artículo 45) y legislación ordinaria (Ley de Expropiaciones, entre otras).

No obstante lo anterior, siempre es importante ubicar con certeza la aplicación del Derecho administrativo para la satisfacción de los intereses públicos; lo que nos lleva -se reitera de manera insistente- a dos aspectos de suma importancia, a saber: la visión material de este Derecho, en función de la regulación jurídica y no así por virtud del sujeto u órgano que la aplica; por ejemplo, el Tribunal Supremo de

Elecciones que en sentido estricto no es parte de la Administración Pública, o el órgano legislativo que en ocasiones dicta y ejecuta conductas que, en contenido o materialmente, son parte del Derecho administrativo. B) La que se ubica en la tesis subjetiva que define y puntualiza a alguna Administración pública en razón del sujeto y no así de la materia regulada; lo que sin duda es una tesis sumamente restrictiva, superada e inoperante en la práctica, dado el gran dimensionamiento de la aplicación de este Derecho, más allá de la circunscripción subjetiva.

En efecto, es errático definir el Derecho administrativo solo en función de los sujetos u órganos adscritos a la Administración pública, pues, como se indicó, órganos distintos de la Administración pública, como el legislativo y el judicial entre otros, ejercen funciones o competencias que son parte del contenido regulador del Derecho administrativo. Y a la inversa, entes y órganos de la Administración pública que ejercen funciones y competencias que, aun bajo el principio de legalidad, aplican otras disposiciones normativas ajenas al Derecho administrativo, como sucede, entre distintos ejemplos posibles, en las empresas públicas, con la aplicación del Derecho civil, mercantil y laboral.

Los llamados actos administrativos, cuyo origen semántico no es preciso ni existe uniformidad en la doctrina para su determinación exacta, reúne tres características fundamentales: de un lado son actos dictados por los entes y órganos de la Administración pública y,materialmente, por otros entes u órganos distintos a ésta; en segundo lugar, implican un contenido activo o de actuación, no así de omisión y, en tercer lugar, son actos unilaterales dictados con el fin de satisfacer los intereses públicos bajo el principio de legalidad.

En todo caso, es más técnico y riguroso utilizar el término conducta administrativa, como lo hace el Código Procesal Contencioso Administrativo, dado que en el ejercicio de la actividad administrativa existen también conductas omisas que pueden ser objeto de control, sanción y ratificación

administrativa y jurisdiccional, como sucede con el silencio positivo, cuando la Administración no resuelve alguna solicitud de autorización, permiso, licencia o aprobación en el tiempo y materia dispuestos por el ordenamiento jurídico.

Históricamente el Derecho administrativo ha presenta- do dos fases, la primera en donde estuvo ligada a la "ciencia cameral" cuando se daban reglas al soberano sobre la Administración pública todavía en estado equívoco de ubicación y delimitación objetiva; la segunda, con la llegada del Estado liberal de Derecho. En esta segunda etapa el Derecho administrativo toma como fuentes vinculantes el bloque de la legalidad, o mejor aún, el ordenamiento jurídico escrito y no escrito, desde la fuente originaria y superior del Derecho de la Constitución en pirámide decreciente, hasta arribar en los actos administrativos simples, es decir, los que no son actos generales -Decretos- ni los actos generales de alcance normativo que, en nuestro medio positivo, son los reglamentos que ostentan un rango superior a tales actos. [151]

Con el desarrollo del Derecho administrativo no solo se dio la gran batalla contra las inmunidades del poder público, convirtiendo lo que antes eran puros actos políticos en actos administrativos sujetos al control judicial, sino también, la

[151] Es nuestra posición doctrinal, la misma que sostiene la escuela del profesor García de Enterría de ubicar a los reglamentos como actos de la Administración, pero no así como actos administrativos; ciertamente, aceptar que sean actos administrativos lleva consigo la necesidad de aceptar complementariamente el régimen de anulación plena, absoluta o radical, y el de la mera anulabilidad o nulidad relativa que no debe aceptarse en el procedimiento de elaboración en las disposiciones reglamentarias. Esto en razón de que los reglamentos coparticipan de la naturaleza de las leyes en cuanto a ser disposiciones abstractas y quedan incorporados al Derecho escrito, lo que debiera imponer, ante cualquier defecto, incluso procedimental en su elaboración, la plena nulidad o nulidad absoluta, como sucede con una ley en proceso de gestación, por la trascendencia de sus contenidos reguladores, aun cuando un reglamento sea inferior en grado a una ley conforme a la jerarquía

penetración de ámbitos que antes quedaban totalmente incorporados a la dimensión del Derecho privado, como sucede con la materia de contratación administrativa. Asimismo, se pueden realizar actos especiales, como los que se desarrollan con la concesión de obras y servicios públicos[152], con garantías que han de favorecer a los intereses públicos (caducidad, reversión, publicidad, sanciones y otras similares), sin perjuicio de la existencia de relaciones de sujeción especial como la que existe -a manera de ejemplo- en los centros penitenciarios.

También es objeto de este Derecho la organización de la Administración pública (estructura organizacional), en cuanto a jerarquías, descentralización, autonomía (política, institucional, normativa, patrimonial, e incluso, de organización o plena) y autarquía. En este sentido, le corresponde la regulación de los funcionarios y servicios públicos conforme al principio de legalidad para la satisfacción de los intereses públicos.

Al respecto, cabe indicar que la Administración puede ocasionar daños a particulares, ya sean personas jurídicas o físicas, cuando actúa dentro del Derecho público o privado; casos en los que, por el Derecho administrativo, se debe hacer frente a las consecuencias de sus conductas. En este sentido, el Derecho administrativo se ocupa de lo contencioso administrativo, consistente en un sistema jurisdiccional donde se conocen, resuelven y ejecutan las resoluciones y sentencias en la solución de conflictos sea por conductas administrativas, por las relaciones jurídico- administrativas, por actos políticos en su modalidad singular, por omisiones de efectos perjudiciales a las esferas de intereses y derechos de los administrados, o a las situaciones jurídicas protegidas. Se conocen y resuelven también los procesos contencioso administrativo de lesividad, que son aquellos procesos donde la Administración activa que

material de las fuentes del Derecho.

[152] También el suministro o abastecimiento; asimismo la función o empleo público.

dictó actos declaratorios de derechos subjetivos, pretende posteriormente anularlos, para lo cual se requiere en nuestro medio positivo -siguiéndose al sistema español- de la intervención y pronunciamiento de la autoridad judicial que así lo disponga conforme a lo señalado en la LGAP y en el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA); sin perjuicio de todas las demás atribuciones y competencias en el orden jurisdiccional, para garantizar la legalidad de la función administrativa, desde la base principal de la defensa de los intereses legítimos (subjetivos y objetivos) y los derechos subjetivos (artículo 49 de la Constitución Política).

4. Derecho Penal

El Derecho penal (*ius poenale*) es el conjunto de normas de naturaleza y fin penales, cuyo objeto son los delitos[153], estableciendo así las consecuencias de éstos mediante penas o medidas de seguridad[154]. Este Derecho también es conocido como Derecho criminal en los países anglosajones y en Francia donde también sigue la denominación de Derecho penal, la cual es propia de los países europeos de ámbito jurídico continental como Alemania, Italia y España. Este Derecho se presenta cuando ciertas conductas pueden causar daño a alguien o perjudicar su integridad o intereses; asimismo cuando se afectan bienes de trascendencia social o colectiva. Por esa razón el Estado, a fin de conservar el orden jurídico, prohíbe y

[153] Entiéndase el delito como aquella conducta antijurídica previamente dispuesta y sancionable bajo el principio de reserva de ley y según el contenido regulador del Derecho penal. En lo que respecta a la culpabilidad existen atenuantes y aspectos de sustitución de medidas, coercitivas como puede suceder, a manera de ejemplo, con la comisión delictiva por una persona en insania, donde cabría más bien una medida de seguridad, y no tanto la sanción por culpabilidad.

[154] También se suele añadir las consecuencias accesorias, según el tecnicismo de origen alemán, para referirse a las consecuencias jurídico-penales que, sin ser penas ni medidas de seguridad, se unen a una condena.

reprime estas conductas bajo el considerando de que en principio son delitos y sin perjuicio de la presunción de inocencia como derecho humano, por lo que establece sanciones o penas para quien incurriera en ellos, siendo así que el Estado actúa para penar (*ius punendi*), siempre bajo el principio de legalidad, con el fin de prevenir actos represivos arbitrarios e injustificados por parte de la autoridad pública[155]. De esta manera, el Derecho penal vendría a ser el conjunto de normas jurídicas de las que se vale el Estado, para prevenir y condenar conductas ilícitas y antisociales que se puedan gestar dentro de su jurisdicción, sin perjuicio de la jurisdicción supraestatal para perseguir y sancionar, sin prescripción, los delitos o crímenes de lesa humanidad, entre otros.

En síntesis, el Derecho penal instaura en las disposiciones jurídicas las prevenciones y sanciones o penas. Cabe señalar, que existe el criterio de considerar la pena simplemente como un castigo que reprime un delito, pero también está el criterio de encontrar en ésta un medio educativo o preventivo del cual hace uso el poder público. Sin duda este segundo criterio es más armónico con la visión científica y humanitaria, en relación con el principio jurídico de resocialización, sin ir en detrimento del principio de efectividad que es necesario para la prevención y cas- tigo de las conductas delictivas.

5. Derecho procesal

Puesto que el Derecho tiene un carácter coactivo y le corresponde al Estado imponer las normas y sanciones, se debe presentar una serie de acciones ordenadas y ordenadoras con el fin de aplicar las normas de fondo. En esto consiste el Derecho procesal, es decir, en aplicar las normas de acuerdo a un proceso visto en unidad conceptual o de actos

[155] Se ha de recordar en este punto el aforismo latino*: nullum crimen, nulla poena sine legem*. En respeto de este principio el Estado está inhibido de actuar fuera de aquellos límites dados por la ley.

procedimentales en singular que permiten la materialización efectiva del ordenamiento jurídico.

Cabe destacar que según la naturaleza del Derecho infringido se aplica un proceso distinto, de forma tal que, si se atenta contra la integridad de una persona, se da el Derecho procesal penal que suele incorporar también principios y contenidos sustanciales en armonía con el Derecho penal. Ahora bien, si se presentan problemas o conflictos de intereses y derechos privados, se da entonces el Derecho procesal civil, que incluye también a la materia mercantil. Es importante destacar además que no siempre la regulación procesal tiene al frente solo conflictos, pues bien puede suceder que existan los denominados actos de jurisdicción voluntaria -aunque en todo proceso está presente la voluntad decisoria de las partes- sin contención o pleito, como puede suceder con la restitución de títulos mercantiles, o actos relacionados con el Derecho sucesorio sin pleito u oposición, entre otros. A manera de ejemplo, también, tenemos que para la aplicación directa del Derecho de la Constitución, existe en nuestro medio la Ley de la Jurisdicción Constitucional, donde se regulan los procedimientos para la defensa de los derechos fundamentales ciudadanos, sea a través de las acciones de amparo, sea por medio del hábeas corpus en relación con la libertad física, y libertades de tránsito y movimiento; asimismo se dan regulaciones para resolver conflictos de competencia; distintas formas de consultas de constitucionalidad y los procedimientos para la interposición de las acciones de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO XVI
DERECHO PRIVADO INTERNO

1. Derecho civil. 2. Derecho comercial. 3. Derecho laboral. 4. Derecho agrario o rural. 5. Derecho ambiental. 6. Factores que han incidido en la clasificación del Derecho y que generan nuevas ramas jurídicas.

1. Derecho civil

La materia de Derecho privado está conformada por la familia, la propiedad privada, buena parte de los contratos y los sucesorios. Aunque la rama del Derecho de familia en muchos países ha tomado caracteres singulares, con soltura del Derecho civil; fenómeno que con anterioridad presentó el Derecho comercial en materia de contratos mercantiles. En todo caso, el Derecho civil es la parte más importante del Derecho privado, al regular múltiples rela- ciones humanas con independencia de las actividades o rango empírico, académico o social de las personas[156]. En el inicio de la modernidad llegó a identificarse el Derecho privado con el Derecho civil, lo que ha variado pues en la actualidad el Derecho civil solo regula parte de las relaciones de carácter privado. Esto se dio en razón de que el Derecho privado llegó a dividirse en Derecho civil y Dere- cho comercial o mercantil que cubrió a la vez buena parte del Derecho privado. Por lo anterior, cabe indicar que el Derecho civil no siempre fue entendido de la misma forma en que en la actualidad se hace; de hecho, el concepto se ha aplicado de manera diversa dependiendo de la época en que

[156] El Derecho civil es de carácter general, fundamental y común a todas las personas, es decir, no toma con prioridad las condiciones personales (edad, sexo, nacionalidad, profesión o situación económica); sino que las estima en sentido secundario. De este modo, enfoca al ser humano, ya sea individual o colectivamente, con necesidad de familia y patrimonio que eventualmente debe ser heredado con protección jurídica.

se desarrolló.

El término Derecho civil proviene del Derecho romano y fue denominado *ius civile* que, para los romanos, consistió en el Derecho que tuvo cada pueblo o país independiente, lo que equivaldría actualmente a todo el Derecho interno de un Estado. Contrario a este Derecho estuvo presente el *ius gentium*, o Derecho de las gentes, que fue aquel Derecho que tuvo toda persona. En sentido estricto, el *ius civile* fue el Derecho propio de Roma, es decir el *quiritario*.

Luego de que cayera el Imperio romano de occidente y diera inicio el periodo del Medioevo, la Iglesia equiparó el Derecho civil con el Derecho de los laicos que se opuso al Derecho canónico (*ius canonicum*) o Derecho de la Iglesia católica. De manera que en el siglo XIII en las universidades se estableció la diferencia entre el Derecho civil y el Derecho canónico. Paralelamente, en esta época inició el período de los glosadores, quienes, en principio, desde la Universidad de Bolonia, aplicaron al Derecho romano el método de la glosa (comentario o anotación); de estos glosadores los más reconocidos fueron Irnerio y Acurcio (Siglos XII y XIII)[157].

Cabe señalar que no es hasta finales de la Edad Media y el advenimiento de la Edad moderna que se equiparó el Derecho civil con el Derecho privado, esto por el auge marcado de las relaciones de carácter privado. De forma que se comenzó a sentir en España en el siglo XI[158] y en Alemania en el siglo XVI. Al respeto, no podría omitirse que fue en la Edad moderna cuando se presentó el Estatuto de Derecho civil de la Ordenanza Civil de Colbert (1677) y los ensayos de codificación de Baviera (Código de Maximiliano de 1756), de Austria (1767) y de Prusia (1794). A raíz de esto, con el tiempo tanto en Europa y América Latina se presentaron las grandes codificaciones civiles donde prima el Código

[157] Esta labor fue seguida por los post-glosadores quienes crearon un nuevo Derecho y entre los que destacó el jurista Bartolo (siglo XIV).
[158] Con fuerte influencia en las Partidas de Alfonso X, el Sabio, y en el Fuero Real.

Napoleón o Código Civil francés (1804)[159], seguido del Código Civil alemán (1900), el Código Civil suizo (1912) y el Código Civil italiano (1942); codificaciones que sirvieron de base a los Códigos Civiles de América Latina con particular importancia del Código Civil de Brasil (1917); Código Civil argentino y Código Civil de Andrés Bello, adoptado por Ecuador, Chile y Colombia. En la actualidad el Derecho civil dejó de ser un equivalente al Derecho privado, pues éste se divide -se insiste- en Derecho civil y Derecho mercantil. De esta forma el Derecho civil viene a estar conformado por el conjunto de normas jurídicas que establece cómo se deben dar las relaciones entre las personas físicas y jurídicas, sus deberes y derechos con múltiples formas e instrumentos jurídicos donde la voluntad y libertad de las personas tienen un rango primordial para su realización y ejecución en el tiempo y espacio. Así, esta rama del Derecho da los lineamientos en los cuales debe estar fundada jurídicamente la familia y la propiedad, y establece las disposiciones en materia de contratos, sucesorios y obligaciones; sin excluir en ocasiones, en el Derecho comparado, disposiciones en relación con bienes demaniales o de dominio público que, por lo general, están comprendidas exclusivamente en los ordenamientos de Derecho público.

De esta manera se disponen distintos lineamientos regidos por los principios fundamentales de la personalidad; la autonomía de la voluntad; la libertad de estipular negocios jurídicos; la propiedad individual; la intangibilidad familiar; la solidaridad social; la legitimidad de la herencia y el derecho de testar. Principios que, en la codificación, la doctrina y la jurisprudencia permiten en conjunto ejercer los derechos subjetivos (ya sean individuales o colectivos), familiares, reales (bienes de valor económico), de obligación (con la protección jurídica de lo referente a prestaciones patrimoniales en actos o negocios jurídicos), y de sucesión (con la regulación de la

[159] Al respeto aseguró Michelet: “El derecho francés gana en Europa, tan rápido como la lengua francesa”.

transferencia de bienes *mortis causa*), sin perjuicio del reconocimiento y ejercicio de los intereses legítimos.

2. Derecho comercial

Este tipo de Derecho rige las relaciones de índole comercial, es decir, se encarga de regular las relaciones jurídicas especiales derivadas de los actos comerciales y, en general, de todas aquellas actividades desarrolladas en materia mercantil[160]. Aunque también regula la actividad industrial de producción y distribución de bienes y servicios, sin demérito de la actividad intermediaria de circulación de bienes, la de transporte, la bancaria, la de seguros y demás actividades conexas a las anteriores. Por tal motivo, a este Derecho también se le denomina mercantil, de empresa o económico[161]. Así este tipo de derecho se relaciona de forma necesaria con la actividad del comerciante quien a la vez puede ser una persona física o jurídica que ejercita profesional o permanentemente la actividad del comercio, la cual se realiza por medio de la intermediación o ejecución de uno o más actos de naturaleza fundamentalmente mercantil. también se puede destacar la actividad del comerciante no solo por su naturaleza intermediadora y la actividad permanente, sino además por tener como objeto la obtención de beneficios en el devenir del libre mercado o por el intercambio de bienes y servicios; no obstante, a pesar de la finalidad señalada en pro de los beneficios, esto no invalida la posibilidad de que se realicen actos mercantiles sin finalidad de lucro.

Ahora bien, en el derecho comparado se ha llegado a una síntesis práctica: ante la gran proliferación de actos de

[160] Sin embargo, actualmente se sostiene que no es el acto comercial el objeto de este Derecho, sino que la actividad está encausada habitualmente a la circulación de la riqueza por medio de bienes y servicios, lo cual implica una estructura de naturaleza empresarial.

[161] Última expresión que suele ser de aplicación supra comercial, pues implica la regulación económica y los delitos contra el patrimonio

contenido y finalidad mercantiles, se ha tomado partido a favor de la identificación formal o jurídica del acto de comercio, según las regulaciones jurídicas positivas, escritas y no escritas que estén reguladas por los Códigos de Comercio y todas las demás leyes mercantiles.

Desde la perspectiva histórica, el Derecho mercantil ha sido muy cambiante, pues a lo largo de la historia del comercio se dieron considerables variantes jurídicas para su regulación. En la antigüedad existió un fuerte comercio gracias a la navegación marítima. Específicamente en Roma el comercio tuvo, entre otras regulaciones, la famosa "Ley Rhodia"[162]. En la Edad Media, específicamente en Italia, el comercio marítimo se rigió por las "Tablas Amalfitanas"; en Francia por el "Libro del Consulado del Mar"; en España por las "Ordenanzas de Burgos"; y los países nórdicos por los "Juicios de Olerón", las "Ordenanzas de Wisby" y las "Ordenanzas de Hansa Teutónica". Posteriormente, en la modernidad, se dictaron en Francia las "Ordenanzas de Comercio Terrestre" (1673) y las "Ordenanzas de Comercio Marítimo" (1681). España presentó las "Ordenanzas de Bilbao" (1737).

A lo anterior cabe añadir que, entre el período medieval y el moderno, el surgimiento del Derecho comercial devino en razón de un Derecho de clase (la de los comerciantes) inscritos en la *matricula mercatorum*, con el fin de proteger su posición privilegiada, en cuanto a la escogencia y elaboración de reglas para el comercio y la elección de sus jueces. Sin embargo, este Derecho empezó a dejar de ser un estatuto de clase para regular en general los actos de comercio, por medio del Código de comercio francés de 1807.

En todo caso, el Derecho comercial nació con el fin de eludir la lentitud en que se desarrollaban las actividades comerciales en el ámbito del Derecho privado. De ese modo fue

que da base para el denominado Derecho penal económico.

[162] Ley confirmada por varios emperadores, principalmente por Antoni- no.

que se comenzó a separar lentamente del Derecho civil, dándose una serie de normas jurídicas cuyo fin fue velar exclusivamente por los intereses del comercio y de los comerciantes. No obstante, actualmente existe la tendencia de querer unificar nuevamente todo el Derecho privado.

3. Derecho laboral

El Derecho laboral vinculado con el concepto de trabajo, no siempre ha sido visto de la misma forma a lo largo de la historia. Y en términos generales en el derecho comparado la legislación laboral regula el conjunto de derechos y obligaciones de los patronos y trabajadores por virtud de la actividad laboral conforme a los principios rectores que cada ordenamiento jurídico disponga según su derecho escrito y no escrito.

Ahora bien, antiguamente el trabajo fue valorado como una actividad extraña a la esencia del hombre, como algo irracional que no se deja asimilar por la inteligencia, como una necesidad inferior al ser humano. Así los verdaderos valores humanos para los griegos fueron la contemplación, el conocimiento libre y desinteresado. Jenofonte reconoció que “las llamadas artes mecánicas están desacreditadas y con razón los gobiernos hacen poco caso de ellas”. Agregó que “afeminan los cuerpos” y, por ende, hacen perder energía a las almas. Para Platón, él trabajador es inferior al guerrero y al filósofo. Según Aristóteles, el esclavo pertenece al dueño y únicamente puede tener la virtud de ser esclavo (Borne & Henry, 1944, pág. 23).

En la Edad Media, el trabajo fue valorado económica, moral y religiosamente, de modo que lo que se elaboraba traía un bien en beneficio de la sociedad cristiana que agradaba a la divinidad; contexto en el que no es extraño el lema de los monjes benedictinos: *ora et labora* (ora y trabaja). El pensamiento cristiano permitió la organización en corporaciones y gremios, a la vez que dio paso a la exclusión de otras personas del ámbito laboral, como ocurrió con los ju- díos, quienes ante la exclusión

o discriminación se dedicaron a ser prestamistas como mecanismo de sobrevivencia.

En la modernidad, la filosofía individualista se opuso a las organizaciones medievales[163]. Se produjo la primera revolución industrial gracias al maquinismo. Este desarrollo industrial aparejó que se formaran dos clases sociales bien delimitadas: la clase capitalista y la clase trabajadora. Esta última fue contratada por la primera a cambio de una remuneración monetaria llamada salario. No obstante, esta relación pecuniaria dio origen a otras relaciones entre estas mismas clases sociales, las que sobrevinieron debido a que los obreros quedaron sometidos a claros abusos, como fue las jornadas de 16 a 17 horas diarias o con el empleo de menores de 8 años de edad, lo cual fue permitido en Inglaterra. Por tal motivo, desde mediados del siglo XIX, empezaron a tener fuerza las doctrinas sociales, los movimientos políticos populares (gobiernos representativos), la acción de los obreros y en alguna medida, la de los campesinos (sindicatos, huelgas y demás acciones de reivindicación social y económica).

Por lo anterior, el Derecho fue tomando una serie de disposiciones referidas a la materia laboral, que han dado lugar a todo un conjunto de disposiciones jurídicas que han llegado a conformar el Derecho laboral.

En ocasiones se produce también un ámbito mixto del Derecho público y el privado, en donde el contrato de trabajo ha de pertenecer al Derecho privado y los derechos del trabajador han de ser tutelados por el Estado, lo que no excluye la participación del Derecho público. En este mismo sentido, se producen dos ramas del Derecho laboral: el Derecho laboral individual, que concierne a la materia relacionada con el contrato de trabajo, y el Derecho laboral colectivo, que atañe a negociaciones colectivas, sindicatos y demás derechos de los grupos de trabajadores.

Así mismo, se presentan esfuerzos a nivel internacional para garantizar los derechos de los trabajadores, tal es el caso

[163] Por ejemplo, el edicto de Turgot (1776) prohibió las corporaciones, que después de un breve cambio fueron suprimidas en Francia por la ley Le Chappelier (1791).

de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que depende de la Organización de las Naciones Unidas y cuya función consiste en velar por las condiciones favorables de los trabajadores a nivel mundial.

4. Derecho agrario o rural

Las relaciones entre el agro y el Estado han sido en muchos casos una materia fundamental para el desarrollo social, lo que ha dado lugar a que el Derecho tome medidas en cuanto a la regulación de los intereses que devienen en esta área jurídica. De este modo, se conoce como Derecho agrario al conjunto de disposiciones jurídicas que se dan en torno al agro. A esta área del Derecho también se le denomina Derecho rural; nombre que se ajusta a su naturaleza, pues el término rural, del latín *rus, ruris*, significa campo, y por ende evoca a un ámbito mayor de lo que es referido por agrario -del latín *ager, agri*-, que señala la labor con la tierra; al predio rústico.

El Derecho agrario comprende temas como la propiedad rural, la colonización de tierras (distribución de terrenos y modos de adquirir la propiedad), las formas de explotación de tierras, seguros agrícolas, ganadería y demás materia concerniente al campo y a la labor propiamente rural (incluyendo la comercialización e industrialización de los productos del campo) y, debido al gran avance de la industria y tecnología para el desarrollo de la actividad y explotación agrícola, se ha fortalecido imperativamente la presencia del derecho agrario con la finalidad de amoldar las regulaciones jurídicas del sector agrario que incluye la regulación para la distribución de aguas y tierras, donde el Estado desempeña un papel clave en su organización, actividad y fiscalización.

5. El Derecho ambiental

Los derechos de tercera generación[164] que atañen a la

[164] Cabe recordar que, según la cronología de reconocimiento de los derechos humanos, quedan divididos en derechos de primera, segunda y tercera generación. Los de la primera generación abarcan

solidaridad, al desarrollo, a la paz, al patrimonio común de la humanidad, también implican el derecho al medio ambiente que forma parte de los intereses difusos, que son aquellos intereses o bienes de sustancia universal que, por definición son expandibles y trascienden las fronteras convencionales de los propios Estados, al ser de incidencia colectiva en relación con bienes de interés, protección y trascendencia humana. El Derecho ambiental se deriva de la interrelación que existe entre los reinos animal, vegetal y mineral con pretensión de darse la armonía universal que permita la existencia y desarrollo humanos con sostenibilidad y protección universal permanente. En este sentido, la defensa del medio ambiente deviene como un deber de los poderes públicos y de toda la colectividad en su conjunto a niveles intra estatal y extra estatal. En efecto, una fuerte alteración en la biosfera, que vaya más allá de su capacidad de autodepuración o autoregulación, puede conducir a la desaparición de la especie humana o al surgimiento de nuevas especies como plagas, o enfermedades incurables como pestes o epidemias, debido a microorganismos o virus sumamente resistentes, capaces de acabar con los seres humanos sin perjuicio de las otras especies que conforman la amplia cadena ecológica, compuesta de sistemas y subsistemas de vida y sobrevivencia. De tal manera que lo primero que hay que pensar en el Derecho ambiental, son las normas jurídicas necesarias para la defensa de la unidad ecológica, al grado de formar parte esencial de la identificación y proyección de los Estados democráticos y sociales de

los derechos individuales, civiles y políticos, plasmados causalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Los de la segunda generación vienen a ser los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la seguridad ciudadana, a la educación, el derecho de huelga, derecho de la familia y a la seguridad social. También se ha categorizado una cuarta generación de derecho humano en materia urbanística, lo que no deja de estar incluido, aunque no agotado, en el Derecho ambiental, por la combinación de normas jurídicas donde se entre mezclan diversas expresiones de derechos humanos.

Derecho.

Por tanto, se hace necesario para el Derecho la conservación del medio ambiente para la existencia de todo ser viviente, con inclusión del ser humano pues es bastante claro que, sin un medio ambiente equilibrado, no es posible la existencia de la humanidad. Por tal razón, dentro de los ordenamientos jurídicos se han realizado importantes esfuerzos con el fin de tener instrumentos técnicos y sustanciales que procuren la protección de este bien primordial y primario para la vida y su entorno mediato e inmediato. A nivel internacional ha nacido la conciencia de que los Estados deben hacer lo necesario para conservar y proteger el medio ambiente[165], pero en ocasiones existe la tenaz, egoísta e irresponsable oposición por parte de los países industrializados y distintas cúpulas de poder, para acatar disposiciones jurídicas en la materia, las cuales, contradictoriamente, son exigidas a los países en vías de desarrollo; subdesarrollados y ultra subdesarrollados.

6. Factores que han incidido en la clasificación del Derecho y que generan nuevas ramas jurídicas.

Básicamente la "socialización" y las disciplinas auxiliares del Derecho han influido en la especialización y ampliación de los ordenamientos jurídicos, hecho que ha llevado a que se tenga que dividir el Derecho en diversas áreas para su estudio. A su vez, estos factores generan nuevas ramas como el Derecho económico, el Derecho informático, el Derecho de marcas, el

[165] La Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo 1972, establece el derecho del ser humano a "condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar"; como contrapartida se dispone el "deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras". A la vez el artículo 1 de la Charter of Environ- mental rights and obligations of Individual, Groups, and Organizations, adopted in Ginebra en 1991, dispone: "All the human beings have the fundamental right to an environment adequate for their health and tivell being and the responsability to protect the environment for the benefit of present and future generations".

Derecho de urbanismo, el Derecho espacial y otras especializaciones, conforme a la dinámica social que se constata por las disciplinas auxiliarles del Derecho y en movimientos sociales. Entre estos últimos cabe destacar el fenómeno de la socialización del Derecho que ha repercutido en su amplia clasificación.

a) La "socialización" del Derecho

Recientemente se ha dado una tendencia de fundamentar el Derecho en ideas socialistas o en favor del interés de determinadas colectividades, pero con el riesgo de caer en detrimento de los derechos y libertades individuales. Esto se deja ver cuando el Estado comienza a interferir en relaciones que antes correspondían al ámbito del Derecho privado, como cuando se defienden derechos que pueden ser abusivos en favor de la clase trabajadora contra los propietarios o sector capitalista, que también forman parte del sistema productivo en su conjunto. O cuando en nombre de la socialización se abusa en ocasiones de los derechos colectivos en perjuicio de los intereses públicos, dado los efectos negativos y radicales contra la estabilidad fiscal y presupuestaria de los Estados.

De este modo, el Derecho público comienza a tener injerencia sobre materias que eran exclusivas del Derecho privado, dando origen a lo que se conoce como "socialización" del Derecho, dejándose de lado el criterio indivi- dualista que debe ser sopesado con equilibrio necesario frente a los derechos sociales, en favor de la armonía dentro de los Estados y de los derechos humanos en coparticipación y equilibrio mutuo. Ciertamente, esta tendencia socializadora nació por virtud de los resultados que arrojaron algunas discusiones filosóficas y sociales, donde se sostiene que la colectividad debe reclamar los derechos que antes se le habían negado. Sin embargo, cuando el Derecho sigue esta tendencia no debe dejarse obnubilar por teorías socialistas radicales, pues éstas pueden con- ducir a una total supresión de los derechos individuales e incluso a posturas arbitrarias que pueden

desembocar en dictaduras o sistemas políticos contrarios a la democracia y al Estado de Derecho. Precisamente, la fórmula adoptada en mayoría por los Estados occidentales ha buscado y encontrado la integración compartida del Estado democrático, conjuntamente con el Estado de Derecho y el Estado social, lo cual es el producto de la síntesis histórica de sus diferentes manifestaciones y aspiraciones a nivel político, económico y jurídico. Así, pues, es necesario alcanzar el

mencionado equilibrio e interacción razonable y proporcionada, pues el Derecho debe velar ante todo por proteger tanto los intereses colectivos como los individuales, sin que la defensa y disfrute de unos implique la supresión o violación de los otros.

b) Otras disciplinas auxiliares del Derecho

Las disciplinas auxiliares del Derecho, como la historia, la sociología, la psicología, la teoría general del derecho y la filosofía, no son las únicas que inciden en la clasificación del Derecho. También existe, en ocasiones, un papel medular de la economía política y la estadística.

En lo que respecta a la importancia de la economía política, cabe indicar que la riqueza en ocasiones es el vértice de los fenómenos jurídicos, es decir, el Derecho -principalmente en el ámbito del Derecho económico- recurre a la economía política, que estudia cómo se produce y distribuye la riqueza.

En lo que se refiere a la estadística, cabe indicar que es una disciplina reveladora de cifras de los hechos que se han sometido a lo jurídico. Es absurdo que un legislador considere como delito hechos que no ocurren. De igual modo la estadística revela la incidencia de una persona en la comisión de algún delito, lo que permite contar con medios objetivos para la determinación de una pena.

En síntesis parcial, las disciplinas auxiliares del Derecho constituyen expresiones científicas que complementan, enriquecen y brindan alumbramiento para la comprensión, interpretación, aclaración y ejecución del ordenamiento jurídico,

a lo que se incorporan los distintos mecanismos de interpretación jurídica adentrados en las diversas formas de comprensión de los bienes y relaciones jurídicas, a niveles social e individual en su dimensionamiento actual o presente, con estudios y análisis del pasado y con proyección viviente hacia el futuro.

SEXTA PARTE

FUENTES DEL DERECHO

CAPÍTULO XVII
LAS FUENTES DEL DERECHO

1. Fuente. 2. Clasificación de las fuentes del Derecho.
3. Fuentes formales.

1. Fuente

La palabra fuente significa principio u origen de algo. Proviene del latín *fons, fontis*, que significa manantial de aguas que brota de la tierra. En el orden jurídico se utiliza con un sentido metafórico, de modo que las fuentes del Derecho están conformadas por todo aquello que es punto de partida y causa de sus manifestaciones, es decir, para aludir al principio, fundamento u origen de las normas constitutivas del ordenamiento jurídico vigente en una época determinada en alguna sociedad. En este sentido, en los sistemas adheridos al *common law* la fuente principal son los precedentes judiciales; mientras en los sistemas jurídicos codificados, proviene de la ley escrita.

2. Clasificación de las fuentes del Derecho

El Derecho positivo u ordenamiento jurídico vigente requiere para su seguimiento de la labor de delimitación normativa, a fin de que las normas puedan ser conocidas y obedecidas. Esta labor implica que se deba reconocer un signo exterior que permita señalar en qué consisten precisamente las normas jurídicas.

El Derecho, en una primera etapa, surgió en la conciencia de los individuos y después, en una segunda etapa, pasó a manifestarse de manera objetiva. En este último caso se condensa en las normas formales. Para que la norma sea formal es necesario que existan medios y procedimientos -que le den esta formalización- los cuales son conocidos como fuentes formales del Derecho. Es decir, la fuente formal es el

proceso de creación de las normas jurídicas.

También se dice que las normas no pueden verse sin un contenido, de este modo se apela a las fuentes reales, que son los factores que determinan su contenido[166]. Se alega que en el Derecho positivo la elaboración de la norma jurídica también se debe inspirar en la razón, la cual ha de buscar principios que exijan su respeto, tales como la justicia y la conveniencia. A este conjunto de principios fundados en la razón se les conoce como fuentes racionales del Derecho.

A su vez, no se puede olvidar, en la elaboración normativa, la importancia de la fuente histórica. Esta fuente está conformada por todo aquel material que llega del pasado (papiros, libros, inscripciones, tablas, entre otros documentos de la antigüedad) y que permite enseñar en el presente la manera en que se debe desarrollar una ley, toda vez que muestra la forma cómo se desarrolló en su época el Derecho. Un caso claro de fuente histórica es la Ley de las XII tablas, que desde Roma muestra cómo la lucha constante de los plebeyos dio origen a una ley escrita. Otros criterios de clasificación dividen las fuentes en vinculantes y no vinculantes (por ejemplo la doctrina y le- gislación no vigente), en fuentes constitucionales y fuentes legales, en fuentes directas (leyes, reglamentos y similares) y fuentes indirectas (moral, doctrina y otras semejantes), en fuentes principales y fuentes supletorias, fuentes escritas y fuentes no escritas[167],

[166] Bonnecase clasifica las fuentes en reales y formales, siendo las primeras la sustancia y compuestas por un elemento experimental (de origen inmediato de las reglas jurídicas) y por otro racional (constituido por la noción misma de lo jurídico). En cuanto a las fuentes formales sostiene que expresan el contenido e implican a la ley y la costumbre, pero excluye de estas a la jurisprudencia, a la doctrina y a la práctica extrajudicial (Bonnecase, Julien. (1944). Introducción al estudio del derecho: nociones elementales científicas, técnicas, pedagógicas y bibliográficas, págs. 131 y 132).

[167] Las fuentes escritas son las leyes, los decretos, los reglamentos y demás disposiciones que se incorporan al derecho escrito; mientras que las no escritas son la jurisprudencia, la costumbre, los principios

fuentes internacionales y nacionales, fuentes generales y especiales; fuentes legislativas (leyes), particulares (contratos) e individuales (sentencias); fuentes de conocimiento (documentos por los cuales se dan a conocer las leyes); fuentes reconocidas (reconocimiento estatal de la eficacia a normas de un ordenamiento jurídico distinto o de sujetos no estatales) y fuentes delegadas; fuentes estatales (asamblea constituyente, órganos (poderes) legislativo, ejecutivo, judicial y demás órganos estatales, de rango o no constitucional) y no estatales (de origen extra estatal, pero con reconocimiento del Estado).

En todo caso, el criterio de clasificación más aceptado por la doctrina divide a las fuentes en materiales y formales[168]. Las fuentes materiales son hechos con sentido propio que corresponden al ámbito humano y repercuten en valores jurídicos, a su vez estas fuentes presentan jerarquías, pues son grupos sociales diversos en extensión, fuerza política y económica que llegan con su actuar al mundo jurídico[169]. Las fuentes formales, por su parte, se manifiestan de diverso modo y merecen una exposición detallada[170].

generales del derecho y fuentes similares.

[168] A las fuentes materiales también se les ha denominado fuentes de producción y a las formales, fuentes de conocimiento.

[169] Se considera que la más alta jerarquía es el Estado, pero este se encuentra dentro del orden internacional. Seguidas del Estado están las organizaciones (públicas y privadas) y grupos que originan el derecho.

[170] Del Vecchio considera como fuentes formales a la costumbre y la ley (Vid. Del Vecchio, G (1953). Lecciones de Filosofía del Derecho. Sexta edición, Editorial Bosch, Barcelona); en sentido similar Gény, quien también reconoce a la autoridad (jurisprudencia y doctrina) como un instrumento de interpretación jurídica (Vid. Gény, F. (1907). Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo. Método positivo de la interpretación jurídica). Bonncase niega este carácter a la jurisprudencia (Vid. Bonnecase Julien, Introducción al estudio del derecho, Temis, Bogotá). En cambio, Cornil sostiene que la costumbre, la jurisprudencia y la ley son los tres componentes materiales de los órganos fundamentales de la expresión jurídica (Vid.

3. Fuentes formales

Según la opinión más generaliza las fuentes formales son básicamente la ley, la costumbre y la jurisprudencia, aunque, como ya hemos indicado, se han incorporado también los principios generales del Derecho. En algunas ocasiones la doctrina llega a formar parte de este listado, sin embargo, en nuestro medio no se acepta como fuente formal del Derecho, aunque suele estar presente en el contenido de las sentencias y en el tratamiento que se hace de los principios generales del Derecho, precisamente para darles mayor rigurosidad científica a sus fundamentos y finalidades, para la interpretación y aplicación jurídicas. No obstante, encontramos la presencia de la doctrina como fuente necesaria en la comprensión y eventual aplicación del Derecho Internacional Privado, como se ha indicado.

Asimismo, en ocasiones se añade a la jurisprudencia dentro de la costumbre, toda vez que la jurisprudencia implica, según cada ordenamiento jurídico, un número repetido de sentencias con contenidos análogos entre sí (causa y objeto) y carecen de recursos ordinarios y del recurso extraordinario de Casación, al ser ya sentencias firmes y definitivas; no obstante, en el Derecho comparado existe el reconocimiento del recurso extraordinario de revisión, que se aplica en casos restrictivos y expresamente seña- lados en su contenido y tiempos de procedencia, para el ejercicio del respectivo derecho de acción impugnatorio.

Así, cuando una sentencia deviene en firme y definitiva se conoce como cosa juzgada material, a diferencia de la cosa juzgada formal, que es cuando la sentencia aún no tiene el grado de firmeza ni aún es definitiva. Como se indicó, en relación con el Derecho comparado a nivel procesal, en nuestro Derecho positivo se acepta la existencia del recurso extraordinario de revisión con anclaje primigenio en el Derecho de la Constitución

Cornil, Jorge. (1928). El Derecho privado. Madrid).

(artículo 42[171]) para trascender y eventualmente revertir la firmeza de la cosa juzgada material. Dos ejemplos aclaran esta dimensión extraordinaria de revisión, que en nuestro medio no se agota en la dimensión penal en particular, ni en la jurisdiccional en general, así tenemos los artículos 353 y 354 de la LGAP[172] para los procedimientos administrativos ante actos administrativos firmes y definitivos y los artículos 619[173],

[171] "Artículo 42.- Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuan- do proceda el recurso de revisión."

[172] Las normas de cita, señalan lo siguiente: "Artículo 353.-1. Podrá interponerse recurso de revisión ante el jerarca de la respectiva Administración contra aquellos actos finales firmes en que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente; b) Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente; c) Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y d) Cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial. Artículo 354.-El recurso de revisión deberá interponerse: a) En el caso primero del artículo anterior, dentro del año siguiente a la notificación del acto impugnado; b) En el caso segundo, dentro de los tres meses contados desde el descubrimiento de los documentos o desde la posibilidad de aportarlos; y c) En los demás casos, dentro del año posterior al conocimiento de la sentencia firme que los funde."

[173] "Artículo 619.- Procedencia y causales. El recurso de revisión procederá solamente contra una sentencia firme con autoridad y eficacia de cosa juzgada material, en los siguientes casos: 1) Si la parte que la pide demostrare que por impedírselo fuerza mayor, o por obra de la contraria, no recusó al juez o no pudo presentar algún documento u otra clase de prueba, o comparecer al acto en que se evacuó alguna de la; de modo que en uno y otro caso haya habido indefensión y no haya sido posible en el curso del proceso pedir

siguientes y concordantes del Código Procesal Civil.

---

declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y d) Cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial. Artículo 354.-El recurso de revisión deberá interponerse: a) En el caso primero del artículo anterior, dentro del año siguiente a la notificación del acto impugnado; b) En el caso segundo, dentro de los tres meses contados desde el descubrimiento de los documentos o desde la posibilidad de aportarlos; y c) En los demás casos, dentro del año posterior al conocimiento de la sentencia firme

rectificación del vicio. 2) Si la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba el interesado haber sido declarados falsos, o cuya falsedad hubiere sido declarada después de la sentencia.
3) Si habiéndose dictado en virtud de prueba testimonial, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4) Si habiéndose dictado en virtud de dictámenes de peritos, éstos hubieran sido condenados penalmente por falso testimonio al producir dicha prueba. 5) Si la sentencia se hubiere ganado en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, lo cual hubiere sido declarado en sentencia penal. 6) En los procesos que carezcan del recurso de casación, haberse dictado la sentencia sin haber sido emplazado el recurrente, o sin haber sido notificado del emplazamiento, siempre que el vicio no se hubiera convalidado. 7) Haber existido indebida representación durante todo el proceso. 8) Ser la sentencia contradictoria con otra anterior que produzca cosa juzgada, cuando el recurrente no hubiere podido alegar esa excepción por haber sido ausente en el segundo proceso, y por habérsele nombrado curador procesal, ignorándose además la existencia de la primera sentencia. No habrá lugar a la revisión si la excepción se hubiere opuesto oportunamente y hubiere sido denegada. 9) En caso de procesos seguidos con un curador procesal, si el recurrente justificare haber estado ausente de la República desde el principio, de manera que no hubiere podido presentarse en tiempo hábil para rendir prueba.”

que los funde.”

Sin duda es a través de la jurisprudencia donde se muestra el criterio constante y uniforme de la aplicación del Derecho, sin ser una fuente directa e inmediata en la creación del mismo, ni tampoco es de obligado acatamiento por los tribunales de justicia que conocen y resuelven casos que, aun siendo análogos con el lineamiento jurisprudencial dominante, queda siempre impuesto el principio de la libertad de valoración y decisión de las autoridades judiciales que podrían dictar sentencias o resoluciones distintas en contenido y fin a las sentencias anteriores que han conformado alguna jurisprudencia y que, en principio, pudo haber sido de aplicación para el caso concreto. Sin embargo a pesar del respeto a la libertad en el ejercicio de la función judicial para conocer y resolver casos específicos, la existencia de la jurisprudencia brinda soporte sustancial para el conocimiento del Derecho y posibilita a la vez un mayor margen de seguridad jurídica, no solo para quienes dictan justicia sino para los justiciables al aplicarse el Derecho sobre la base de la jurisprudencia, que nunca debe ser vista como letra inmutable y escrita en piedra o simplemente petrificada en el tiempo. De ahí la importancia de rescatar la libertad valorativa y decisoria de los jueces para el enriquecimiento y actualización permanente del Derecho escrito y no escrito, sobre la base de los principios del debido proceso como derecho fundamental; lo que no impide que pueda darse prioridad a alguna jurisprudencia que, por su sabio y justo contenido, sirva de paradigma jurídico para otros casos semejantes sometidos al conocimiento y resolución judiciales.

En lo tocante a la costumbre, tenemos la repetición aceptada de conductas o comportamientos sociales que aparejan la aceptación común de valores, creencias y tradiciones compartidas. Así la costumbre no es jurisprudencia, tanto por no quedar circunscrita al ámbito de la ac- tividad judicial, como por estar especialmente engarzada

en la dimensión sociológica antes que, en la jurídica, aun cuando la dimensión jurídica le otorgue su posición privilegiada -junto a la jurisprudencia y a los principios generales del Derecho- al ser también fuente subsidiaria del Derecho escrito.

En todo caso, la costumbre como fuente del Derecho no escrito y en posición supletoria para integrar el Derecho escrito en caso de vacío normativo, nunca debe ser contraria al ordenamiento jurídico, toda vez que ninguna de sus fuentes puede violentar o desconocer el mismo cuerpo normativo al que queda integrado como norma no escrita o como norma escrita.

Sin duda entonces la costumbre es fuente mediata y subordinada de Derecho, sin ser identificada con las sentencias en el Derecho escrito, aun cuando tales sentencias puedan incorporar en sus valoraciones o determinaciones elementos constitutivos de la costumbre como fuente supletoria del ordenamiento jurídico escrito. De tal manera que podemos implicar a la costumbre en las sentencias que podrían llegar a ser jurisprudencia, pero la costumbre en sí misma no se confunde con la jurisprudencia, tampoco la absorbe ni la supera en sus efectos materiales.

Ahora bien, en el desarrollo del Derecho anglosajón de base no escrita, con fundamento en el *Case-law* que es la aplicación del Derecho para casos singulares ya resueltos por los tribunales superiores, como es la *House of Lords* o la *Court of Appeal*, la costumbre no solo se aplica ante el silencio de la ley, sino también para facilitar la interpretación ante la duda jurídica. En esta tesitura sustancial, si algún caso ya resuelto por un tribunal competente y distinto, es semejante en sus aspectos esenciales al que ahora se discute y conoce, el juez que vaya a decidir el nuevo caso debe resolverlo conforme al antecedente judicial. Sin embargo, no es cualquier sentencia la que sirve de antecedente entre casos semejantes en sus aspectos esenciales, pues se impone complementariamente que la anterior decisión judicial haya sido indispensable para resolver el caso singular; lo que elimina la obligatoriedad del

antecedente cuando la decisión judicial vaya más allá de lo estrictamente necesario para la respectiva resolución.

Debemos destacar seguidamente que la costumbre precedió a la ley como medio de formación del Derecho positivo y del Derecho escrito. Incluso si pensamos nuevamente en el ejemplo inglés, cuya trayectoria constitucional estuvo marcada por el Derecho escrito desde la Carta Magna de 1215 (c*harta magna libertatum*) terminó irónicamente favoreciendo el Derecho no escrito, incluso con una Constitución no escrita a la que se le incorporan todos los textos que sean parte de los antecedentes y sean expresión de su constitucionalismo histórico escrito. También hemos de destacar en este apartado de estudio al movimiento romántico en el siglo XIX, encabezado en el ámbito jurídico por Savigny al constituirse en defensor acérrimo del Derecho no escrito, a fin de resaltar -como luego veremos a profundidad y detalle- las costumbres de los pueblos o los espíritus vitales de cada pueblo o nación (*Volksgeist*) oponiéndose así a los movimientos codificadores contrarios a la plenitud expresiva de la costumbre y la jurisprudencia que son parte esencial del Derecho vital o viviente en adaptación y actualización permanente.

3.1 Distinción entre ley y costumbre

Se considera que el nacimiento de la ley es fácil de determinar. Del mismo modo se sostiene que la ley nace por disposición de los parlamentos regulados por normas complementarias en fondo y procedimiento para su validez y eficacia, y para el nacimiento de otras leyes, al menos en las realidades políticas democráticas, pues en las dictaduras la respuesta es obvia a falta de democracia con favorecimiento de la concentración de poder público.

En esta misma línea de pensamiento, los reglamentos parlamentarios se adentran en la categoría de reglamentos autónomos, de organización o servicio, sin ser actividad

desplegada por la Administración pública, con amplio margen de potestad reguladora para determinar la organización y actividad parlamentaria, trascendiendo así en contenido y fin a los típicos reglamentos autónomos de las administraciones públicas. Su engarce positivo suele encontrarse en los textos constitucionales, lo que encuentra fácil confirmación en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 121 inciso 22[174], otorgándosele un escudo de protección especial cuando se impone la mayoría calificada para su eventual reforma. Esta dinámica reglamentaria especial, tiene asidero en el desarrollo del Derecho parla- mentario, sobreviniendo en el devenir de la historia política y jurídica -sobre todo en Inglaterra- el principio, *interna corporis* o cuerpo interno normativo que ha tenido el aval reiterado de nuestra jurisprudencia constitucional.

Ciertamente a través del reglamento legislativo y su ámbito de aplicación jurídica, se dispone no solo la organización y funcionamiento del parlamento sino también disposiciones procedimentales para la aprobación de leyes, con lo cual tal reglamento incide en la validez, invalidez o inconstitucionalidad de las leyes. Tal autorregulación de los parlamentos en la democracia real es parte de la producción normativa parlamentaria, por lo cual dichos reglamentos a pesar de ostentar un grado inferior a la ley escrita en la jerarquía de las fuentes materiales del ordenamiento jurídico por su naturaleza reglamentaria, sus disposiciones inciden en sentido positivo o negativo en la formación de las leyes que, por lo general, estándose ante vicios de procedimiento se confirma la existencia de vicios sustanciales de nulidad absoluta o radical. De esta forma tendríamos un interesante panorama jurídico, a saber: el reglamento legislativo que determina el procedimiento de elaboración de las leyes, el cual, aun teniendo rango inferior a

[174] "Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (…) 22) Darse el Reglamento para su régimen interior, el cual, una vez adoptado, no se podrá modificar sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros."

éstas, su eventual violación daría al traste con la ley misma por vicios en el procedimiento de elaboración legislativa, sin ser vicios formales sino vicios sustanciales, bajo el imperante anclaje del Derecho de la Constitución Política.

En lo que respecta a la costumbre es difícil concretar con exactitud su origen por no estar ligada a algún órgano colegiado o parlamento destinado a su creación, modi- ficación o derogación, sino que surge en las incesantes, ambivalentes, múltiples y cambiantes prácticas sociales, aunque desde el punto de vista de su inserción en el desarrollo normativo, las resoluciones y dictámenes de algunos entes u órganos públicos dan soporte para la costumbre jurídica que forma parte integrante del ordenamiento en la vertiente no escrita y que, en la pirámide jurídica, una vez que exista la prevalencia del Derecho escrito sobre el no escrito, siempre ocupa éste un lugar de subordinación respecto al otro.

En todo caso, cuando la costumbre adquiere carácter coercitivo como la ley, se convierte en un tipo de Derecho distinto de aquel conformado por las leyes escritas. En sentido estricto, como ya lo adelantamos, este Derecho basado en las costumbres se denomina Derecho consuetudinario, en el que la costumbre y jurisprudencia son fuente primaria de los respectivos ordenamientos jurídicos no escritos, a diferencia de donde prevalece el Derecho escrito, donde ocupan un lugar de suplencia en ausencia de norma escrita, o acaso de fuente integrante del ordenamiento para la interpretación y delimitación del Derecho escrito.

Desde una perspectiva crítica para quienes abogan con mayor preferencia por el Derecho basado en la costumbre, se ha indicado que ésta nace conforme a las prácticas sociales y atañe solo a los particulares o a determinados grupos de personas. Por otro lado, se arguye que la ley tiene un carácter abstracto que conduce a la aplicación indiscriminada en plano de igualdad, siendo la ley más universal que la costumbre; sin embargo, desde la perspectiva de los regímenes políticos y jurídicos comparados, en aquellos sistemas donde prevalece la

costumbre y la jurisprudencia como fuentes fundamentales de Derecho, la organización y actividad de los Estados democráticos ha sido ejemplar, incluyéndose el aparato judicial y la defensa efectiva de los derechos humanos como sucede en Inglaterra y en los miembros de la "*Commonwealth británica*"
o *British Commonwealth of Nations*; donde cada Estado en comunidad organizada, mantiene su independencia y soberanía frente a los otros Estados.

Así para evitar confusiones, cabe aclarar que la "*Commonwealth británica*" surgió en el imperio británico como respuesta a los movimientos de descolonización de la Corona, y en la actualidad designada a los Estados asociados a Gran Bretaña por estrechos vínculos históricos y de cooperación económica y política, como si fuera una confederación de Estados, donde cada Estado tiene su propio ordenamiento jurídico, retiene su soberanía y es independiente en el concierto internacional de los Estados; a la vez coadyuvan activamente para el cumplimiento de fines comunes, sin dejar de lado que, cualquier conflicto entre los Estados, se regula por el Derecho internacional y no así por el Derecho interno, como sucede en la Federación de Estados.

Algunos ejemplos de confederación de Estados son los Estados Unidos de Norteamérica entre 1776 con la independencia y su Constitución federal de 1787; en Alemania entre 1815 y 1871 y en Suiza entre 1815 y 1848, sin que permanezca siendo una Confederación, aunque se denomine Confederación Helvética.

a) La Ley

Se considera que ley es la norma jurídica de carácter hipotético que emana del poder público y tiene fuerza coactiva para su pleno cumplimiento a partir de la eficacia jurídica. Es así el medio empleado para instaurar el Derecho del Estado en el Estado de Derecho, y hacerlo del conocimiento de todos los

ciudadanos sometidos a su soberanía dentro de sus fronteras, a fin de aplicar el principio constitucional de que nadie puede ignorar su contenido y obligación, no tanto por la tenencia imperativa de memorias privilegiadas, como por la aplicación de la igualdad de trato de la ley y, en su caso, cuando sea procedente, del ordenamiento en su conjunto. La ley, enunciada en términos específicos por medio del lenguaje escrito y gramatical con el uso de signos con coherencia expositiva y comprensiva -al menos en principio-, puede ser conocida con más facilidad que las simples resoluciones o pronunciamientos derivados de las costumbres jurídicas, o acaso que sean causa de creación de otras distintas; lo que en ocasiones conduce a la ambigüedad o a la contradicción en perjuicio de la seguridad jurídica.

Sin embargo, históricamente se sabe que la costumbre antecedió a la ley. Pero esta última ha ganado terreno en el ámbito social donde se tiene como fuente principal del Derecho a la ley escrita, para evitar los subjetivismos y arbitrariedades que suelen confirmarse en las posturas autocráticas en el ejercicio del poder público y privado. Con esto no se quiere decir que no existan tales posiciones antidemocráticas con el uso de la ley escrita, pero sin duda la evidencia del vicio adquiere mayor transparencia para el ojo crítico de la sociedad y de la historia institucional.

Se ha insistido que la ley escrita da a los problemas respuestas con mayor grado de claridad y certeza que la costumbre, pues los ordenamientos jurídicos se han complicado por su múltiple y creciente tratamiento regulador, exigiéndose así un manejo fácil de comprensión para su cumplimiento, lo que inclina la balanza por la fijación objetiva y escrita de enunciados jurídicos. Además, se ha sostenido que la ley escrita puede ser usada con mayor precisión y rapidez que la costumbre; aunque también es cierto que la costumbre supera a la ley escrita en su capacidad de adaptación a las situaciones sobrevenidas, que encuentren al frente la laguna o vacío jurídico sin tratamiento positivo alguno, para dar solución

total o parcial a las necesidades o intereses en conflicto. En este sentido es comprensible lo manifestado en el Código Civil (art. 1), "(...) La costumbre, los usos y los principios generales del Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico".

En todo caso, también se apuntan críticas a la ley escrita, pues por un lado se requiere del legislador para que cambie o se derogue una vez que el precepto legal ha dejado de ser efectivo; aspecto que, por lo general, no se da en la costumbre que presenta mayor elasticidad de adaptación; asimismo suele darse con la ley escrita una trágica y larga cadena de atrasos procedimentales para su aprobación, derogación o para su reforma, lo que hace sin duda más complejo o gravoso las soluciones a los problemas que requieren de la pronta y justa solución.

En fin, las leyes conforman lo que se denomina el Derecho escrito y pueden ser leyes ordinarias o supra ordinarias, que incluye la letra y contenido de los tratados, concordatos y convenios internacionales, con inclusión de los regionales, claro está, que sean parte del Derecho del Estado. Sin embargo, como hemos ya insistido, ante las lagunas jurídicas se incorpora el Derecho no escrito y entre éste a la costumbre; siendo aquí también necesario indicar, que la laguna jurídica o vacío en el ordenamiento escrito, no puede interpretarse como vacío en el vacío de la norma escrita, sino como carencia de regulación dentro del ordenamiento que plasma de una u otra manera, aunque sea de forma refleja o consecuentemente, la regulación que permite encontrar la necesaria y ajustada implementación del ordenamiento no escrito para su elevación a rango de ordenamiento escrito. En otros términos, a través de esta integración del ordenamiento no pueden crearse, anularse o reformarse las leyes que, aun con vacíos o lagunas, permanecen en su lugar de jerarquía preferente en las fuentes del ordenamiento jurídico.

Nunca en nuestro medio podría el Derecho no escrito

suplantar al Derecho escrito; ni regular vacíos totales del ordenamiento escrito, en sustitución de éste, cuando no exista regulación material ni escrita alguna, ni hacer las funciones de la actividad parlamentaria constitucionalmente dispuesta y protegida.

b) La jurisprudencia

Aunque hemos ya adelantado algunas de sus características, la jurisprudencia se considera un tipo de costumbre, pero con el particular de que está constituida por principios jurídicos sustentados en sentencias o decisiones judiciales que provienen de los tribunales competentes, que por lo general se conforma a partir de la cosa juzgada material, es decir, por sentencias de fondo, firmes y definitivas. La jurisprudencia existe cuando los tribunales resuelven conflictos sometidos a la aplicación y verificación del ordenamiento jurídico. Es, sin duda, doctrina judicial que ordena y unifica los criterios vertidos en repetidas sentencias desde la base de casos semejantes o análogos. Cada ordenamiento jurídico regula la cantidad repetida de sentencias para determinar la existencia o no de la juris- prudencia que sea fuente de Derecho no escrito, en los Estados donde prevalece el Derecho escrito.

En todo caso debemos partir de la realidad procesal de que la sentencia que dicta un juez o algún tribunal colegiado, sólo atañe a las partes interesadas e involucradas con el objeto de cada proceso específico; sin ser como la ley que concierne en general a toda la sociedad. Ciertamente en ocasiones no infrecuentes donde el texto legal sea oscuro o incierto, se busca aclarar el sentido del enunciado legal, por lo que se recurre a los fallos firmes y definitivos que han dictado otros jueces y cuya sumatoria genera la jurisprudencia.

Naturalmente para que la jurisprudencia o el Derecho consuetudinario sean posibles es necesario que el mismo ordenamiento jurídico disponga que los efectos de la costumbre judicial o de las sentencias con carácter de cosa

juzgada material, sean vinculantes para otros casos. En nuestra legislación encontramos disposiciones de gran importancia relacionadas con la jurisprudencia; entre otros ejemplos podríamos citar a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que permite la acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional contra la jurisprudencia dictada por los Tribunales de Casación o por las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, el Código Procesal Contencioso Administrativo posibilita la extensión de la jurisprudencia dictada por la Sala Primera de la referida Corte (agregándose, en caso de ponerse en operación judicial, la dictada por los Tribunales de Casación en la materia) a fin de remitir los fallos

ante la Administración pública activa, que conoce un determinado procedimiento administrativo, para que aplique tal jurisprudencia sin necesidad de dar inicio a un nuevo proceso contencioso administrativo, aun cuando la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia tendría la potestad directa y exclusiva de definir la situación planteada.

3.2 Los problemas en torno a la costumbre y la jurisprudencia

La costumbre y la jurisprudencia han estado a lo largo de la historia estrechamente relacionadas, de modo que existe una amplia discusión acerca de si la jurisprudencia es parte de la costumbre o si debe ser considerada por separado. Además, debido a esta problemática, se desarrollan discusiones sobre las relaciones que deben existir entre la costumbre y la ley.

En todo caso, parte de la doctrina presenta a la jurisprudencia como *usus fori*, es decir como la costumbre emanada de la reiteración de sentencias dictadas por los órganos judiciales competentes para crearla, sin perjuicio del criterio complementario que la concibe como parte de la elaboración científica y práctica de las normas jurídicas generales, en estrecho contacto con la realidad social.

Ahora bien, si se toma el ordenamiento jurídico como Derecho estatal en la plena identificación del Derecho y el Estado, como lo hace la Escuela positivista de Viena, no sería viable reconocer que paralelamente a la ley escrita existan otras normas jurídicas que emanen espontáneamente de las diversas relaciones sociales. Caso contrario, la tesis se ajustaría a la realidad pues el fenómeno jurídico da inicio a partir de la espontaneidad en el devenir social.

Por esta razón el ordenamiento jurídico como Derecho del Estado -público y privado ante- aquellos casos que escapan al dominio de la ley positiva y escrita, rescata la imperiosa necesidad de aceptación de que la sociedad sea considerada como órgano productor de Derecho, en estricta relación con la costumbre que conforma el Derecho consuetudinario.

De esta forma, en el medio jurídico positivo costarricense, se reconoce lo atinado de nuestra legislación por incorporar a la costumbre y a la jurisprudencia -como se ha indicado- como partes integrantes del ordenamiento jurídico no escrito, sin que por ello dejen de estar inmersos y reconocidos en el Derecho escrito, que a su vez posibilita
-se insiste- su integración con rango de Derecho escrito, en caso de silencio o vacío de este Derecho.

De tal manera que, como bien apunta Abelardo Torré (2003), el "Derecho consuetudinario se opone no al derecho escrito, sino -hablando con más claridad- al derecho legislado. Puede entonces estar consignado por escrito, como ocurre en la actualidad a efectos de precisar y fijar su contenido, de divulgarlo, etc., sin dejar por eso de ser derecho consuetudinario; como es obvio, si se sanciona una norma con su contenido, la costumbre deja de ser tal para convertirse en norma legislada (ley, decreto, ordenanza, etc.). Empleando entonces la terminología tradicional, podemos afirmar que el derecho no escrito, sigue siendo derecho no escrito a pesar de estar escrito" (p.354).

Por lo anterior, conviene aclarar los tipos de costumbre que se presentan en sus relaciones con la ley:

a) La costumbre fuera de la ley: es la costumbre que se encuentra fuera del ámbito de acción de la ley; también se conoce como costumbre *extra legem*

b) La costumbre según la ley: es la costumbre que coincide con la ley y refuerza su contenido regulador; se le conoce también como *secundum legem.*

c) La costumbre contra la ley: es el caso de la costumbre que esta contra la disposición normativa y queda excluida del ordenamiento jurídico; esta costumbre es denominada *contra legem*. Aquí la costumbre presenta la idea del desuso de la ley donde la sociedad se rebela contra el Derecho legislado.

Por su parte Hans Kelsen sostuvo que la costumbre ha sido un tema rezagado en la mesa de los juristas; sin embargo a pesar de su calificada opinión, no se puede eludir la importancia que tuvo la temática principalmente durante el siglo XIX, ante los aportes de la Escuela histórica del Derecho, la cual forma parte del amplio movimiento romántico que, como destacamos, hace prevalecer la tesis del Derecho basado en la costumbre; sin aceptar su codificación que es contrario a las tradiciones nacionales de cada pueblo y cultura.

3.3 El concepto de costumbre desde la dimensión de la norma jurídica

En ocasiones se interpreta a la costumbre con trascendencia jurídica como disposición normativa presentada de manera simple y desnuda. Partiendo de esta premisa, la costumbre es un conjunto de normas de alcance jurídico que han nacido por la comunidad social y por el uso reiterado de sus miembros. No obstante, este concepto no es nuevo, pues los romanos lo utilizaron al llamar a la costumbre como *ius non scripto*, es decir como Derecho no escrito. Así entonces la costumbre se manifiesta en el uso identificado con las relaciones sociales uniformes y repetidas en el tiempo y

espacio.

Estas conductas sociales reiteradas y uniformes llevan en sí un gran aporte para el ámbito jurídico. Actualmente son muchos los ordenamientos jurídicos en los que la costumbre adquiere importancia para el Derecho en la medida en que manifiesten elementos constitutivos de la idea o pretensión de justicia individual y colectiva. La costumbre que atañe al Derecho se caracteriza por ser tan válida como la norma jurídica, pero no toda costumbre tiene este carácter por lo cual las costumbres en esta dimensión serían simples y repetidas conductas a nivel social, sin quedar adscritas al ordenamiento jurídico con el contenido regulador, y de obligado y coactivo acatamiento.

3.4 Teoría de la costumbre

A nivel interno de los Estados, la costumbre se incorpora por lo general al ámbito del ordenamiento jurídico, como efecto de la reiterada aceptación de los miembros de las comunidades en mayor o menor proporción, pero que, en conjunto, dan forma y contenido a conductas con voluntad de materialización y aceptación comunes, más allá de cualquier satisfacción de intereses individuales y egoístas. Esta aceptación voluntaria y espontánea a nivel social, nos permite aceptar la costumbre como expresión de reglas que tienen trascendencia jurídica y a la vez ostentan plena legitimidad en tanto tienen aceptación expresa e implícita de los ciudadanos en su realización y desenvolvimiento.

En los ordenamientos en los que prevalece el Derecho consuetudinario, se da la superioridad de la producción normativa basada en la costumbre sobre la creación del Derecho por acto legislativo. Sin embargo, el Derecho consuetudinario se produce únicamente cuando el uso no sea contrario a las buenas prácticas sociales y al orden básico del Estado. La validez de esta regla en el ordenamiento jurídico positivo subyace en la medida en que se manifiesta en el uso

que debe ser prolongado e ininterrumpido. Asimismo, la regla debe ser usada en un colectivo humano más o menos amplio, nunca así a partir de un ámbito individual o restringido a un pequeño grupo que llegaría a adentrarse en el concepto corporativo de la defensa de intereses compartidos, pero a su vez restringidos a los fines del cuerpo colectivo, con intereses propios, los cuales pueden estar en amplia contradicción, oposición o exclusión con otros colectivos que buscan distintos fines o intereses.

Sin duda es por el uso donde se manifiesta por excelencia la costumbre, pero existen casos en los que se dan compilaciones de costumbres como suele suceder en el ámbito de las relaciones privadas en las que la dinámica de las contrataciones orales y escritas ocupan un lugar preferente. Ciertamente, ante la múltiple proliferación de relaciones contractuales en distintas modalidades, con sus antecedentes, contenidos y fines, los usos aceptados y reiterados en las relaciones fácticas y jurídicas hacen que las costumbres sean fuente vigorosa en esta dimensión privada sin que se afecte a terceros, al orden público ni a la moral por expresa prohibición constitucional (artículo 28[175]); tampoco a las normas prohibitivas (artículo 2 del Código Civil[176]).

Así desde la perspectiva del Derecho Civil son fuentes no escritas el uso, la costumbre y los principios generales del Derecho (artículo 1[177]). Incluso el Código de Comercio (artículo

[175] "Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas."

[176] "Artículo 2º- Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior."

[177] "Artículo 1º- Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los

2[178]) incorpora supletoriamente esta disposición del Código Civil en cuanto al uso, costumbre y principios generales del Derecho, con incorporación de una importante gradación aplicable a los usos y costumbres en cuanto prevalecen los que son locales sobre los nacionales, los nacionales sobre los internacionales y los especiales sobre los generales. También en esta dimensión del Derecho Mercantil se disponen dos elementos caracterizadores y sustanciales de la costumbre como fuente supletoria de la ley escrita, a saber: a) que ésta haya sido aceptada de manera general y por largo tiempo, según el criterio vinculante de los tribunales de justicia y, b) que la costumbre no se presume, sino que la parte que la invoca debe demostrar su existencia con total amplitud de prueba para su constatación objetiva (artículo 3 íbid).

Ahora bien, cuando en el ordenamiento jurídico se da alguna controversia ante un juez o tribunal competente, no se plantea tanto el problema de la existencia de la norma jurídica como la necesidad de su correcta aplicación al caso específico; lo cual en ocasiones se hace de oficio por el denominado *principio inquisitivo* en el ejercicio de la función jurisdiccional, sin que esto signifique que por tal principio sean sustituidas las partes en los procesos por la autoridad judicial, ni la posibilidad de ir más allá de lo pedido por las partes interesadas, salvo disposición legal expresa en contrario que así lo permita. A manera de ejemplo, en el Código Procesal Contencioso Administrativo los jueces en la materia están en la obligación de reconocer en sentencia la indexación del valor monetario

usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico."

[178] "Artículo 2º.- Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rija determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales."

ante una eventual condena pecuniaria contra la parte perdedora en juicio; es decir, de oficio se aplicaría la actualización del valor de la moneda desde que se contrajo la obligación patrimonial reclamada, hasta la ejecución material de la sentencia condenatoria. O cuando la Ley de la Jurisdicción Constitucional impone la condena en daños y perjuicios y en ambas costas procesales y profesionales a la parte perdedora en una acción de amparo, aunque la parte vencedora no lo haya solicitado. En ambos supuestos procede dictar la justicia de pleno derecho u *ope legis*. A esta realidad procesal se complementa otro principio de vital importancia en el desenvolvimiento jurisdiccional: el principio *iura novit curiae*, es decir, el Derecho lo conoce el juez; lo que hace fortalecer la aplicación del referido principio inquisitivo.

Ahora bien, para el caso del Derecho consuetudinario debe comprobarse la vigencia de la norma en la costumbre. En este contexto es necesario explicar las causas de la vigencia normativa y no sobreentender que la autoridad judicial debe saber de antemano tal realidad. Y la validez de la costumbre como norma de Derecho queda discutida fundamentalmente desde dos perspectivas, a saber: a) la teoría de la voluntad, y, b) la teoría de la convicción. La primera de estas teorías parte de la dualidad de la norma jurídica como expresión escrita y del ejercicio soberano del pueblo a través de los distintos mecanismos de producción normativa; como de la costumbre en calidad de Derecho no escrito que es manifestación plena de la vida social. Aquí el pueblo no sanciona el Derecho consuetudinario, sino que lo crea y perfila con el devenir social, haciéndolo brotar del seno de las relaciones sociales.

La segunda teoría que es la de la convicción allegada a la opinión de ley y de necesidad *(Opinio iuris et necessitatis)* parte del supuesto de que los destinatarios de las

normas jurídicas tienen pleno convencimiento de que son obligatorias y, como tales, sancionan su cumplimiento con la intervención del poder represivo del Estado.

3.5 La clasificación de las costumbres

Las costumbres pueden ser clasificadas de acuerdo a tres criterios:

3.5.1 Las costumbres internacionales en el concierto interestatal, quedan demostradas por la continuada práctica que, a fuerza de repetición, llegan a considerarse obligatorias en este Derecho internacional, el cual a su vez tiene por soporte los principios de igualdad e independencia de los Estados. Asimismo existen las sentencias o resoluciones de tribunales internacionales, como las dictadas por el Tribunal Penal Internacional de rango supra estatal, que van conformando costumbre jurisdiccional en este ámbito del Derecho que, a la vez, predominantemente, se interpreta y ejecuta por los tribunales de justicia nacionales cuyos respectivos Estados han aceptado la vinculación de las sentencias o resoluciones de los tribunales internacionales; o acaso de organismos interestatales como la ONU o la Organización de Estados Americanos (OEA), entre otros; o de órganos comunales o regionales de los Estados miembros que han dado forma a sus propias estructuras políticas y administrativas, como es el caso de la Unión Europea.

3.5.2 La costumbre de la comunidad, por la cual se destaca la existencia de la costumbre general de acuerdo a una determinada localidad, por lo que está limitada a algún conglomerado social y así a un determinado número de personas.

3.5.3 La costumbre de los órganos, que es la derivada de la conducta de las personas adscritas a un órgano o ente público, razón por la cual se les imputa a estos órganos o entes la costumbre y no así a los funcionarios que los conforman. En esta hipótesis estarían las conductas de la Administración pública y las del órgano judicial, entre otros ejemplos de actuación del Estado.

3.6 Importancia de la doctrina

Se conoce por doctrina al conjunto de principios que expresan el resultado obtenido por el estudio científico y especulativo de los ordenamientos jurídicos, con la finalidad de analizarlos, discutirlos e interpretarlos.

Las normas vigentes son discutidas e interpretadas por los interesados no siempre de acuerdo a una necesidad inmediata, como ocurre cuando se aplica el Derecho a casos específicos. La doctrina no suele ser obligatoria, por lo que tampoco es siempre fuente de Derecho, sin que por esto pierda importancia por su permanente utilización en los procesos (judiciales); procedimientos (administrativos) y procesos arbitrales, a fin de inducir a la autoridad competente para que aplique el ordenamiento jurídico con la sana y lúcida interpretación, bajo los principios rectores del debido proceso. En todo caso, los mismos jueces o autoridades administrativas suelen incluir en sus pronunciamientos parte de la doctrina relevante para la toma de decisiones con las motivaciones de rigor. Sin embargo, también debe tomarse en consideración -se insiste- que la doctrina suele estar inserta en el desarro- llo de los principios generales del Derecho, los cuales, con alto grado de aceptación en el Derecho comparado, son fuente integrante de los ordenamientos jurídicos. Y la razón es simple de comprender: si se adscribe a los principios generales de una disciplina determinada, primero debe circunscribirse con ángulo certero su ámbito de tratamiento y aplicación, por lo que es necesario el conocimiento técnico y sustancial para el desarrollo autónomo y científico.

En segundo lugar, los principios generales deben partir de bases que tengan connotación abstracta e impersonal, aun cuando los efectos sean individuales en personas físicas o jurídicas. Y para tener certeza jurídica de su valor trascendente, tales principios deben compartir elementos de justicia y valores que llegan a enriquecer a los ordenamientos jurídicos de los

Estados de Derecho.

De esta manera, si bien el Derecho internacional de los derechos humanos puede internarse en los ordenamientos de los Estados nacionales, los principios que hayan inspirado el elenco normativo de su regulación, no dejan de ser parte esencial de los principios generales del Derecho positivo en cada Estado. También desde la perspectiva procesal, entre muchos otros ejemplos, pueden encontrarse principios compartidos en los distintos ordenamientos jurídicos, lo que permite a las partes en conflicto y a la autoridad judicial encontrar suelo común, o al menos sólido, que dé soporte para la interpretación y aplicación del Derecho en su técnica formal y en su contenido sustancial. Por esto en el Código Procesal Contencioso Administrativo (artículo 220[179]) se dispone expresamente que los principios del Derecho procesal son fuente supletoria para su interpretación y aplicación y, como principios generales, no sólo trascienden la individualidad de los sujetos sino, incluso, la individualidad subjetiva y jurídica de los Estados. De igual forma en el Código Civil (art.4), los principios generales del Derecho aplican "en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

Cuando se implica en el ámbito jurídico el principio de generalidad, no sólo tiene relación con la necesaria supra individualidad sino incluso con la supra estatalidad. Así los principios generales del Derecho forman parte del fino hilo conductor que liga en sustancia a los distintos ordenamientos jurídicos proclives a la defensa de valores y fines compartidos, como suelen darse respecto a aquellas organizaciones políticas y jurídicas que sean realmente Estados de Derecho.

Asimismo, como dato complementario, pero indispen-

[179] "Artículo 220.- Para lo no previsto expresamente en este Código, se aplicarán los principios del Derecho público y procesal, en general."

sable, la doctrina queda muy ligada a la filosofía del Derecho y a la teoría general del Derecho; temas que, por demás, merecen un posterior estudio detallado, pues no siempre se logra hacer la distinción asertiva de cada una de estas disciplinas. Sin duda, entonces, los principios generales de Derecho forman parte del universo jurídico o mejor aún, de la globalización de los valores y de los valores universalizados para su seguimiento y materialización efectiva en las organizaciones y actividades de los Estados.

3.7 Teoría de la voluntad

Esta teoría sostiene que, así como el pueblo es el órgano productor de Derecho a través de los distintos medios de producción normativa, que tiene soporte democrático, del mismo modo deben tener valor aquellas normas jurídicas que están en la costumbre como manifestación plena de la vida social.

Zitelmann, menciona al respecto que "el pueblo, como poseedor del Poder Legislativo, puede declarar su voluntad de que sea Derecho un precepto ya expresamente (ley), ya tácitamente (Derecho consuetudinario)".

Esta tendencia dual nació en Roma, para lo cual es necesario traer a la memoria lo indicado por el jurisconsulto Paulo, quien sostuvo que del mismo modo como el pueblo manifiesta su voluntad en la ley, también lo hace a través de los hechos o las costumbres. De este modo el pueblo no sanciona el Derecho consuetudinario, sino que lo crea y perfila con el devenir social; haciéndolo brotar del seno de las relaciones sociales.

3.8 Teoría de la convicción (Opinión de ley y de necesidad, "Opinio iuris et necessitatis")

Esta segunda teoría parte del supuesto de que los usuarios de una determinada regla de Derecho, están plenamente convencidos de que es obligatoria, es decir, que posee un

carácter jurídico.

Los autores difieren sobre la interpretación de la convicción. Por ejemplo, Savigny, Puchta, Windscheid, Sociólogo y Ruggieno conforman un grupo coincidente de autores[180], donde se sostiene la tesis de que la norma jurídica se cumple por la convicción de estar vigente. Otro grupo compuesto por Brinz, Unger y Zoll, estima que la costumbre se da por la convicción de que la norma debería estar vigente.

[180] Savigny, F. K. (1951). En su obra Juristiche Methodenlehre 1802-1803. Nach der Ausaberbeitung des Jabob Grimm, editado por G. Wesenberg, Sttutgart, K.F. Köhler Verlarg., Bonn, Alemania.

SÉTIMA PARTE

EL DERECHO SUBJETIVO Y SU INCIDENCIA EN LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPITULO XVIII
EL DERECHO SUBJETIVO

1. Derecho objetivo y Derecho subjetivo. 2. Presupuestos esenciales para la identificación de los intereses legítimos y los derechos subjetivos en el Derecho comparado.
3. Los derechos subjetivos y los intereses legítimos como intereses de relevancia jurídica.

1. Derecho objetivo y Derecho subjetivo

El concepto de Derecho tiene un tratamiento especial en la terminología alemana que denomina al conjunto de normas jurídicas como *derecho objetivo,* y establece la diferencia cuando éste reconoce facultades al sujeto receptor de sus efectos. Así por el Derecho objetivo se produce la fuente múltiple de *derechos* que deben ser respetados por los demás para la convivencia social. De este modo arribamos necesaria y reflejamente en lo que se denomina *derecho subjetivo*. Esto a su vez genera que el Derecho

tenga un aspecto negativo y otro positivo; pues cuando se comporta de forma objetiva se aboca por la restricción, por lo que sería considerado como negativo; pero al restringir el ámbito de acción por un lado delimita a su vez las facultades del sujeto para su ejercicio activo con suficiente poder y resistencia para oponerlo a otros sujetos con algún o acaso total grado de exclusión ante terceros en su uso y disfrute; de este modo se tiene entonces una verdadera dimensión positiva.

Ciertamente, se ha llegado a considerar que el Derecho subjetivo va en aumento en la medida en que avanza la sociedad en el reconocimiento objetivo de los derechos, pues *los derechos* se incrementan conforme ella evoluciona con aumento de los conflictos en las relaciones sociales. Cabe recordar que las relaciones en sociedad necesitan de

regulaciones jurídicas para desarrollarse en armonía, pero al establecerse tales regulaciones también se otorgan facultades a los ciudadanos en su calidad de personas físicas o jurídicas, de manera individual o colectiva, con garantías suficientes para su disfrute y protección ante la violación o inmisión indebida por parte de otros sujetos de Derecho público o privado, o bien por parte de sujetos de Derecho mixto donde se entremezclan las disposiciones normativas de naturaleza pública y privada.

Lo anterior queda mejor desarrollado una vez que procedamos a hacer un exigido tratamiento de los derechos objetivos, de los intereses legítimos y los derechos subjetivos. En esta tesitura hemos de resaltar el artículo 49 de nuestra Constitución Política que exige del legislador proteger, al menos, los intereses legítimos y los derechos subjetivos. Tal disposición a su vez constituyó el fundamento básico para configurar en su técnica procesal y materialmente el vigente Código Procesal Contencioso Administrativo, para inclinarse de manera preeminente en favor del proceso contencioso administrativo subjetivo

para la defensa de las situaciones jurídicas protegidas y compuestas de intereses legítimos en su doble vertiente, tanto la subjetiva como la objetiva (acción popular y defensa de los intereses colectivos y difusos, por ejemplo) y de los derechos subjetivos. A su vez este tratamiento subjetivo no excluye, en modo alguno, la dimensión objetiva del proceso contencioso administrativo para la restitución del ordenamiento jurídico, ante actos o conductas administrativas viciadas de nulidad absoluta con grado o no de evidencia y notoriedad, o simplemente con nulidad relativa, o mejor denominada mera anulabilidad, es decir, sin nulidad absoluta; presentándose esta nulidad absoluta, a buen decir del artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública[181], cuando al acto administrativo -se in- siste-

[181] "Artículo 166.-Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente."

le falten uno o varios de sus elementos constitutivos real o jurídicamente, esto es, a niveles material o fáctico propio de las situaciones reales y objetivas que deben ser satisfechas para el interés público por parte de alguna Administración Pública, y-o los jurídicos, en la dimensión del ordenamiento escrito y no escrito, por virtud del principio de legalidad que obliga de los funcionarios públicos hacer o no hacer lo que le ordena o prohíbe tal ordenamiento de acatamiento imperativo.

2. Presupuestos esenciales para la identificación de los intereses legítimos y los derechos subjetivos en el Derecho comparado

A) Desarrollo del problema en la doctrina y la jurisprudencia francesas

Para poder concentrar la atención en el tratamiento positivo sobre este tema de gran trascendencia en el mundo jurídico, por ahora procedo a dar un somero vistazo desde la perspectiva del Derecho administrativo, a fin de afinar conceptos y precisa contenidos y efectos en las dimensiones subjetivas y objetivas ciudadanas. De esta manera entonces hemos de partir de la rica y profunda elaboración conceptual desarrollada en Francia, donde nació esta disciplina como efecto necesario de los acontecimientos de la revolución de 1789. En efecto, con la creación del Consejo de Estado (*Conseil d´Etat*) este país rindió culto extremo a la tesis de la división de poderes, donde juzgar a la Administración es Administrar ("*juger l´Administration c´est encore administrer*."); lo que, sin duda, no ha sido la tesis dominante en el Derecho comparado ni en la teoría política constitucional que han optado por la tesis de la "división orgánica de funciones", toda vez que, en sentido estricto -se insiste- no es correcta la tesis de la separación de los poderes del Estado, pues el poder del Estado es único aun cuando pueda diluirse en múltiples órganos y entidades desde la fuente misma del poder unitario. Por esto se ha insistido en la necesidad de avalar la tesis de la división entre los órganos fundamentales del Estado, ante lo cual se impone el término "división" que es más flexible que el clásicamente utilizado a

favor de la “separación”.

En la realidad positiva, sin duda se impone la división de los órganos fundamentales del Estado, ante la realidad jurídica y política que acepta, en los Estados democráticos de Derecho, la interrelación y fiscalización entre órganos y entes para la debida satisfacción de los intereses públicos. Así, pensemos, a manera de ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico, en la potestad que tiene el órgano legislativo para dictar su reglamento interno conforme al artículo 121 inciso 22 de la Constitución Política, aunque tal potestad reglamentaria sea materia fundamental del órgano Ejecutivo; o cuando el Consejo de Gobierno (artículo 90 del Código Penal) dicta indultos a favor de condenados judicialmente, sobreponiéndose a la condena firme y definitiva; potestad extensible a la Asamblea Legislativa, con votación calificada, respecto a los indultos por delitos políticos (artículo 121 inciso 21 de la Constitución Política[182]). O cuando el órgano legislativo llama a comparecer a algún ministro a fin de dar cuentas de sus labores o entuertos administrativos; lo que es injerencia de un órgano en otro para, eventualmente, dictar algún voto de censura en su contra. De tal manera que la tesis de la “separación de poderes” está superada aún en los sistemas democráticos en los que prevalece el control en el ejercicio del poder del Estado, para mantener el equilibrio entre los órganos y entes públicos, evitándose así la concentración del poder público, propio de las dictaduras.

En todo caso desde la perspectiva del Derecho administrativo francés, fue en el Consejo de Estado donde nació y se desarrolló vigorosamente esta disciplina jurídi- ca con sus pretorianas resoluciones en la lucha contra los actos que, en

[182] “Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (…)21) Otorgar por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, amnistía e indulto generales por delitos políticos, con excepción de los electorales, respecto de los cuales no cabe ninguna gracia.”

principio, como ya se indicó, fueron políticos y posteriormente en su mayoría se constituyeron en actos administrativos sujetos a la fiscalización judicial.

Por medio del mismo Consejo de Estado también surgió el denominado "recurso por exceso de poder" (*recour pour excés de pouvoir*), cuya finalidad es la anulación de los actos administrativos contrarios al régimen de legalidad, el cual es de suma importancia en este estudio, para delimitar el ámbito de la legalidad objetiva y la repercusión de las conductas administrativas en los intereses y derechos de los ciudadanos. Así el gran jurista Maurice Hauriou nos brinda una valiosa definición de este recurso: "(Es) una vía de nulidad que confiere al Consejo de Estado el poder de anular una decisión ejecutoria si ésta contiene un exceso de poder formal de la autoridad que ha tomado la decisión (incompetencia, violación de formas, desviación de poder, violación de la ley) y que, por ello, tiende a detener el procedimiento ejecutorio de la acción directa."[183] Este autor diseña el recurso por exceso de poder dentro de dos límites fundamentales, a saber: de una parte el control de la legalidad de la administración, de otro lado, el control de la moralidad o, mejor aún, el de la buena Administración.

Sin embargo, esta apreciación moral allegada al subjetivismo de la interpretación y al concepto jurídico indeterminado, no tuvo gran acogida en la doctrina comparada, toda vez que su misma imprecisión conceptual hizo de la moralidad un elemento de difícil demarcación respecto a la legalidad. Y todavía fue más crítica la situación cuando hubo confusión entre la aducida moralidad y la oportunidad del acto para la necesaria adaptación a las distintas realidades materiales o circunstancias sobrevenidas que, aun siendo éstas expresión de elementos extra jurídicos, son parte del contexto obligado de la legalidad para la satisfacción de los intereses

[183] Maurice Hauriou (1927). Principios de derecho público y constitucional, trad. de C. R. Del Castillo, Madrid, pág. 435.

públicos, sin que por esto se contrapongan como realidades antitéticas. En todo caso un fuerte sector de la doctrina se inclinó por la defensa de la teoría del control de la legalidad a secas, destacándose entre ésta a los autores Duguit, Michoud y Bonnard.

A su vez, esta tesis de la legalidad sin moralidad encuentra su posición contraria en las excelentes apreciaciones de Dubisson, quien acertadamente destaca el problema de la tesis estrictamente legalista ante la eventualidad de darse la ausencia de ley para satisfacer intereses públicos, siendo así que, ante el silencio o laguna de la norma jurídica, la autoridad judicial debe ejercitar la potestad creadora de Derecho en el marco de la oportunidad, sin perjuicio del debido cumplimiento de la legalidad. Esta dimensión amplia del ordenamiento jurídico que trasciende la legalidad positiva en sentido estricto, ya ha sido sobra- damente comentada en cuanto a la comprensión del or- denamiento jurídico en su doble dimensión escrita y no escrita. Al fin y al cabo, los intereses públicos constituyen el elemento teleológico (el fin) y ontológico (razón de ser) de las administraciones públicas para su existencia, organización y actividades, a lo que se suma el importante principio de la desobediencia debida de los funcionarios que no han de ejecutar conductas, órdenes o directrices contrarias a este interés superior, que incorpora la defensa efectiva de los derechos humanos desde el ejercicio de las postestades y atribuciones públicas, con algún grado complementario de moralidad o valor. También se ha insistido en una postura clásica en cuanto a que el referido recurso por exceso de poder es un recurso objetivo, es decir, un recurso al acto sin que por esto pueda interpretarse que sea un recurso entre “partes”. Esta insistencia sin embargo no es más que el resultado de la radical postura de la señalada tesis de la legalidad objetiva. Sobre esta línea insiste parte de la doctrina: “El recurso por exceso de poder no es un proceso hecho a una parte, es un proceso hecho a un acto... Sin duda para que el acto atacado pueda ser objeto de debate contradictorio es necesario que sea

defendido por alguien. Existirán, por tanto, uno o varios defensores del acto...Pero éstos no constituyen "partes" en el sentido jurídico de la expresión."[184]

Por ello la tradicional postura francesa consideró al recurso por exceso de poder como un contencioso objetivo de anulación, sin que el elemento subjetivo fuera un factor determinante y prevaleciente, toda vez que lo principal sería la apertura para el control de los actos administrativos a la legalidad. Sin embargo, frente a esta tesis tradicional objetiva de anulación al acto, se levantó en Francia la reforma de lo contencioso administrativo de 1953 que abrió nuevos surcos de interpretación sobre el comentado proceso por exceso de poder. Así la jurisprudencia y la doctrina francesas acentuaron la atención sobre la necesidad de la existencia de las "partes" en el proceso y de la afectación a las situaciones jurídicas subjetivas. De aquí sin duda se marcó el paso hacia lo que sería el futuro proceso contencioso administrativo subjetivo, sin demérito de la existencia del proceso objetivo de anulación al acto o conductas administrativas, es decir, la prevalencia de la debida protección de los intereses legítimos y los dere- chos subjetivos, o mejor aún de las situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento.

En todo caso, en el contexto de un proceso contradictorio, la doctrina insiste en la necesidad de superar la exclusiva apreciación objetiva. Se dice en doctrina que el recurrente tiene que probar la lesión de un interés personal; no existe interés lesionado cuando la Administración no ha afectado a la situación de un sujeto.

El recurso por exceso de poder exige entonces que el acto administrativo cause algún daño ("*grief*") a la situación jurídica protegida del ciudadano o justiciable. Por ello este recurso es posible con la previa afectación al ámbito moral (inmaterial) o

[184] Lo transcrito corresponde a Laferriére, citado por Prosper Well en el prólogo a la obra, La notion de partiee le recours por excés de pouvoir (Kornprobste, 1959, p.1.

material del interesado, siempre que el daño perjudique directamente su esfera de intereses. En este sentido se han expresado claramente dos distinguidos autores: “No es suficiente con que el acto recurrido sea, en sí mismo, de tal naturaleza que produzca “daño”.

Se requiere, semejantemente, que produzca efectivamente agravio al demandante y, desde este punto de vista la apreciación no puede verificarse más que en relación al justiciable. Este no podrá considerarse que esté en posesión de un interés más que si el acto produce, en lo que a él respecta, consecuencias constitutivas de daño.”[185]

Esa ha sido la interpretación seguida progresivamente por el Consejo de Estado francés que ha insistido en que el daño sea cierto de manera actual o potencialmente; siempre que se cause perjuicio al recurrente de forma directa y personal dentro de una categoría socialmente determinada. Esa es la condición exigida de la legitimación o, mejor todavía, en la terminología francesa, del interés para actuar en juicio o administrativamente (*intérêt pour agir*).

Ahora bien, debe quedar claro que en la jurisprudencia del Consejo de Estado se insiste en la diferencia matizada entre el daño (“*grief*”) y el interés (“*intérêt*”) ubicándose el primero en la esfera subjetiva, personal y directa y él segundo, en el contexto objetivo y de cierta coparticipación social, con límites y definición objetiva. Por esto si el daño es directo, el interés quedaría reflejamente repercutido.

Así pues, se mantiene un cierto enfoque objetivo razón por la cual el citado recurso por exceso de poder no deja de ser un recurso en defensa de la legalidad en la actuación administrativa, pero esto no excluye el otro elemento determinante para el ejercicio de la acción procedimental y procesal ante el daño subjetivo en alguna situación jurídica material. De tal forma que no podríamos encontrar en tal

[185] Aubry et Drago. (1962). Traite de Contentieux administratif. Paris, pág. 491.

proceso “objetivo” una acción popular indiscriminada, por el ligamen existente del interés con la apreciación subjetiva del daño. En tal perspectiva señala el profesor Odent, a saber: “Desde principios de siglo la jurisprudencia a evolucionado marcadamente; su configuración puede quedar resumida a grandes rasgos, diciéndose que toda persona física o jurídica lesionadas en sus intereses materiales o, en ocasiones, en sus intereses morales por una actividad de Derecho Público tiene interés suficiente.” [186]

Sobre el tema específico de los intereses como condicionantes para el ejercicio del proceso por exceso de poder, son dignas de mención las apreciaciones dadas por el jurista Rivero[187] con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En *Droit administratif* dice el distinguido autor: “Existe en la noción de interés, un elemento de dimensión subjetiva. La jurisprudencia en su conjunto, se ha
mostrado sumamente liberal en esta apreciación.

1) El interés aducido no sólo es material, sino que puede ser moral: el interés de los fieles en la celebración del culto respectivo (Sentencia 8 febrero de 1908, «*Abbé De- liar*», Rec.p.127...)

2) El interés, aunque ha de ser personal no necesariamente es exclusivo: la cualidad del usuario de un servicio público (Sentencia 21 de diciembre 1906, «*Syndicat du quartier Croix de Seguey - Tivole*» Gr.Ar.p.59...)

3) El interés no solamente puede ser privado, sino asimismo público: las colectividades descentralizadas sus órganos, por ejemplo: Alcalde, Consejo Municipal e incluso los miembros aislados del Consejo, tienen calidad para recurrir las resoluciones adoptadas por la autoridad de tutela cuando aquellas atentan al estatuto o a los intereses de la colectividad

[186] Odent, Raymond, (1954). Contentieux administratif, t. II, París, 503 y ss.
[187] Rivero, J. (1964). Droit administratif, 3e éd., coll. «Précis Dalloz»,

(Sentencia 7 de junio 1902, «*Maire des Néris-les-Bains*», Gr. Ar. p.37. La regla, sin embargo, no vale más que para las autoridades descentralizadas...).

4) Una sola reserva, de donde surge la capacidad de apreciación subjetiva que se señalaba arriba: el interés ha de ser lo suficientemente importante..." (p.127).

En síntesis, la lesión o el daño producido por la Administración Pública a la situación subjetiva de quien da inicio a una demanda, queda relacionado con las esferas de intereses de los ciudadanos. Y es tal daño el que precisamente brinda la posibilidad de entrada para el ataque en defensa de la legalidad por el denominado proceso de anulación ante el Consejo de Estado francés. De tal manera que si bien es cierta la necesidad de atacar las ile- galidades cometidas por la Administración, es requisito la afectación real o amenazante a las situaciones jurídicas de los ciudadanos para poder ejercer los derechos de im- pugnación procedimental y procesal.

Sin embargo, esta tesis subjetiva relacionada con la legalidad objetiva, ha sido rediseñada en nuestro medio positivo a través del Código Procesal Contencioso Administrativo que acepta, bajo reserva de ley, el instituto de la acción popular donde no se requiere de la existencia de un daño o afectación personal o subjetivo para interponer la respectiva demanda contencioso administrativa, por prevalecer el criterio objetivo de la afectación para la defensa de intereses supra personales. También lo reconoce implícitamente el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional a través de la acción directa de inconstitucionalidad para la defensa de los intereses colectivos y difusos, sin el requisito previo de que exista algún proceso o demanda o algún procedimiento administrativo vigente.

B) Tratamiento del tema en la doctrina italiana y la clásica

Paris, Dal-loz.

postura legal y jurisprudencial

En Italia, a diferencia del inicial planteamiento francés, ha predominado desde el principio la tesis subjetiva sobre la objetiva. No en vano en Italia se han levantado enormes tratamientos doctrinales sobre lo que son los intereses legítimos y los derechos subjetivos, toda vez que es requisito necesario saber si la afectación ha sido a la esfera de intereses o a la de los derechos subjetivos, pues esto determinaría dónde se recurre, si es ante el Consejo de Estado o ante los tribunales ordinarios, como pasaré a comentar.

Si damos la atención debida al sistema orgánico del efectivo control jurisdiccional, tenemos la doble configuración procesal y material para dilucidar cualquier controversia administrativa. Ciertamente de un lado está la jurisdicción ordinaria y, de otro lado, está la jurisdicción administrativa. Esta última queda a la vez constituida tanto por las Juntas provinciales administrativas como por las dos Secciones jurisdiccionales del Consejo de Estado ("*Consiglio di Stato*"). Y es aquí donde juega un primer relieve la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, toda vez que, sobre esa distinción queda determinada la jurisdicción competente para conocer y resolver los conflictos sobrevenidos.

Ciertamente a los Tribunales ordinarios (jurisdicción ordinaria), les corresponde resolver las controversias sobre la base de la violación de los derechos subjetivos de los recurrentes por la actividad desplegada por las administraciones públicas. En cambio, a la jurisdicción administrativa le corresponde el conocimiento y la resolución para la defensa de la legalidad, con previa afectación a los intereses legítimos. Sin embargo, esta distinción fronteriza no es tajante ni tiene la precisión exacta de una eventual fórmula matemática o aritmética.

En efecto dice el numeral 103 de la Constitución de Italia "El consejo de Estado y los restantes órganos de la justicia administrativa ejercen la jurisdicción para salvaguardar, frente a

la Administración Pública, los intereses

legítimos e, incluso, en materias fijadas por la ley, los derechos subjetivos". Por consiguiente, la ley puede determinar aquellas hipótesis aplicables de control jurisdiccional que en términos generales corresponderían a los Tribunales ordinarios. Uno de esos casos recae sobre la impugnación de los actos administrativos, no ya por la violación de la legalidad sino por motivos de conveniencia u oportunidad, es decir, no estaríamos ante una eventual anulación de lo actuado (por ilegalidad) sino ante la posible revocación por criterios de mérito, oportunidad o conveniencia. Este control de mérito u oportunidad del acto corresponde al Consejo de Estado y no así a los tribunales ordinarios. Otra de las excepciones es para aquellos supuestos en los que existan conflictos derivados de las relaciones jurídicas entre los funcionarios públicos y la respectiva Administración activa, con independencia de la existencia o no de algún derecho subjetivo; siendo así que los conflictos serían del conocimiento tanto de las Juntas provinciales como del Consejo de Estado.

En Italia entonces queda estructurado todo un sistema orgánico y activo a niveles administrativo y judicial ordinario, para dar cumplimiento al artículo 24.1 de la Constitución de cita: "Todos pueden obrar en juicio para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos". Este numeral sirvió de fundamento para el coincidente artículo de la Constitución española (24 inciso 1) que dispone: "Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los Tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión".

De esa manera el sujeto que exige la reparación individual o sectorial se constituye en parte esencial para el restablecimiento de la legalidad general a partir de la lesión sufrida en cada derecho subjetivo e interés legítimo. Sin embargo, desde la perspectiva realista de la situación, el interesado queda vinculado a la búsqueda y satisfacción

de la reparación sufrida en su esfera antes que buscar desinteresadamente el respeto objetivo de la legalidad como su fuera acción popular, es decir, una acción procesal a favor de todos los ciudadanos para la protección y disfrute de bienes jurídicos de contenido y efectos generales

En Italia se han planteado, como se ha indicado anteriormente, diversas salidas conceptuales sobre este tema de los derechos subjetivos y los intereses legítimos. Las distintas tesis doctrinarias en ocasiones son equívocas y contrarias entre sí. Demos entonces un breve recorrido sobre el tema para una mejor ubicación conceptual en el Derecho comparado.

Así el jurista Zanobini[188] hace la distinción de derecho subjetivo e interés legítimo sobre la base de que el referido derecho, aun cuando no deja de ser una especie de interés reconocido por el ordenamiento jurídico, queda protegido de forma directa e inmediata al ser un interés cualificado, propio y excluyente de quien lo ostenta o disfruta.

En cambio, el interés legítimo en su perspectiva es un interés individual pero necesariamente fusionado al interés público, por lo que encuentra protección del ordenamiento jurídico para la tutela de este interés general. Esta postura ha encontrado fundamento jurisprudencial y eco doctrinal por cuanto el interés se hace legítimo en tanto adquiera relevancia jurídica una vez violado, siendo su reparación la causa para que el sujeto titular de la afectación provoque la anulación de la conducta administrativa ilegítima. Esta importante tesis queda también sostenida por Garbagnati.[189] Asimismo en lineamiento semejante con el anterior está Ranelleti[190], quien propone que el derecho subjetivo no se fundamenta tanto en ser un valor

[188] Zanobini, G. (1958). Corso di Diritto Amministrativo. Vol. 1, octava edición, Giufré, Milano, pág. 187.
[189] Edoardo Garbagnati. (1950). La giurisdizione amministrativa: concetto ed oggetto. [i] ... Edoardo Garbagnati. Publisher: Milano: Giuffrè.
[190] Ranelletti (1934). Istituzioni di diritto pubblico IV° ed. Cedam 1934 in Libri e Riviste, Manuali, Corsi, Libri di testo, Diritto, págs. 159 y ss.

protegido de manera directa e inmediata sino por virtud del reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico para que los sujetos ejerzan la potestad del querer en la dimensión del acto voluntario en libertad. Así pues, tanto el Derecho subjetivo como el interés legítimo quedan garantizados por el Derecho objetivo, pero en el primero tal objetividad es tomada por el sujeto afectado para el ejercicio de la actividad voluntaria en libertad.

En un planteamiento acorde con el de Zanobini y Garbagnati sobre la trascendencia jurídica del interés una vez lesionado para arribar al ámbito del interés legítimo, está Piras[191] quien insiste, con aguda matización, en el nacimiento de una nueva titularidad por la lesión que sufra el interesado en su esfera protegida (p. 472). Así tal sujeto puede válidamente reaccionar contra tal perjuicio ilegítimo, sea éste directo o indirecto cometido por alguna conducta administrativa. En este encuadre sin duda estarían ubicados los denominados "derechos reaccionales" también expuestos por el profesor García de Enterría en la doctrina española.

También la doctrina ha insistido en el fundamento axiomático del derecho subjetivo como el elemento previo e integrante del interés legítimo. Así en esta perspectiva está Cannada Bartoli[192] para quien siempre en el fondo de todo interés legítimo o de su actividad para hacerlo valer, se encuentra una situación latente de derecho subjetivo como utilidad privada del sujeto interesado. El mismo autor nos brinda un ejemplo que aclara su posición doctrinal: "…la impugnación de una autorización para el ejercicio de la actividad comercial por el titular de un comercio en concurrencia a los límites en que es admisible, se justifica precisamente por el derecho subjetivo que es titular el recurrente como dueño de ese comercio. Así entonces que aun cuando lo único discutido sea

[191] Piras. (1972). Interesse legitimi e giudizio amministrativo. Milano.
[192] Cannada Bartoli. (1953). Diritto soggettivo como presuposto dell´ interesse leggitimo. Riv.Trim di Diritto Pubbl. pp.348 y ss.

la actividad administrativa en su sentido objetivo, tiene relieve la existencia del derecho subjetivo del sujeto que reclama, sin que, por supuesto, sea ese derecho el que se hace valer" (pp.348 y ss.).

Renato Alessi[193] de manera contraria a aquellas posiciones que insisten en la dinámica de fondo sustancial para el ejercicio de la defensa administrativa o judicial, subraya en que la represión a la ilegitimidad de un acto o de una conducta administrativa no requiere del derecho subjetivo. Sin embargo, en su criterio, tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos podrían encontrar eventualmente "…una satisfacción de hecho correlativa a la represión de la ilegitimidad" (p.151); es decir, podrían tener conexión en tanto tal represión objetiva se relacione con la dimensión subjetiva del afectado.

Por su parte el jurista Vitta[194] con una postura sumamente original, argumenta que los "derechos debilitados" (*diritti affievoliti*) tienen esta categoría por su condicionamiento a que sea compatible con el interés público y por esto se constituyen en derechos condicionados. Es decir, son aquellos derechos que en razón del acto administrativo que crea tales derechos, mantienen la existencia subordinada a la supervivencia del interés público. De tal manera que serían aquellos derechos subordinados a la cláusula implícita o expresa del acto administrativo que les dio nacimiento y soporte. El ejemplo típico de los derechos debilitados o condicionados son los derechos revocados (por inoportunos) del concesionario por parte de la Admi- nistración que originalmente otorgó dicha concesión.

En esta breve exposición doctrinal no puede quedar inadvertida la famosa tesis expuesta por Guiciardi, para quien existen las normas de acción y las normas de relación, a fin de explicar el binomio del interés legítimo y derecho subjetivo. Así las normas de acción han sido dictadas para garantizar la acción pública y las normas de relación son para garantizar el

[193] Alessi, Renato (1943). Diritto amministrativo, t. I y II, Milán.
[194] Vitta. (1965). Diritto Amministrativo. Turín, págs. 32 y ss.

disfrute y protección de las situaciones jurídicas individuales frente a la acción emprendida por la Administración (normas de acción). Sin embargo, podríamos agregar críticamente que no toda conducta administrativa presupone la existencia de alguna acción, pues bien podríamos estar ante conductas omisas cuyo efecto negativo incide en las normas de relación para que el afectado proceda con el correspondiente ataque. Por esto siempre he creído que sea preferible aceptar el término "conducta administrativa" antes que el de "acto administrativo", pues éste quedaría comprendido y no agotado en aquella conducta.

En síntesis, parcial: en la doctrina italiana se han dado muchas matizaciones para calificar o identificar tanto a los intereses legítimos como a los derechos subjetivos para determinar la competencia administrativa o judicial a fin de revertir y eventualmente anular lo actuado por la Administración Pública. En todo caso realicemos un sintético diagnóstico doctrinal con base en lo indicado:

a) Para algunos autores el interés legítimo no tiene protección directa e inmediata del ordenamiento jurídico, sino que su protección se da reflejamente por el interés general tutelado en tal ordenamiento. En cambio, el derecho subjetivo es un interés calificado y excluyente frente a otros sujetos que no ostentan iguales derechos; su desfrute y defensa es de aplicación directa e inmediata del mismo ordenamiento.

b) Sin contradecir la tesis anterior sino proclive a su agudización, algún sector de la doctrina insiste en que el interés tiene relevancia jurídica una vez que sea lesionado por el acto o disposición administrativa, por lo que el restablecimiento de tal interés es una situación jurídica subjetiva que se adentra en el derecho reaccional, o de reacción contra la situación alterada por actuaciones ilegítimas o inoportunas.

c) Otros fundamentan el interés legítimo en la raíz previa y determinante del derecho subjetivo que sirve de base para el disfrute y protección de tal interés.

d) También está la postura que prescinde de la referencia sustancial del interés legítimo y del derecho subjetivo, para concentrar la atención en la represión necesaria de la ilegalidad desplegada por la Administración, sin que esto impida la eventual concordancia de los intereses legítimos los derechos subjetivos con el ejercicio de tal represión.

e) Por último, está la tesis que describe una situación y no la explica por la simplificación lógica de un binomio de normas de acción de un lado y de relación del otro, lo que no agregan mayor fundamentación doctrinal sobre el tema.

C) La doctrina y la jurisprudencia alemanas sobre las denominadas "situaciones jurídicas protegibles"

Con sumo tino insistió el profesor Drake "en Alemania es evidente la "patrimonialización" del principio de legalidad a través de la introducción del "Derecho subjetivo a la legalidad."[195]

Sin duda la doctrina alemana desarrolló con marcado entusiasmo la separación del Estado y la Sociedad, lo que tuvo gran importancia para la interpretación jurídica y política del siglo XIX. Ahora bien, sobre este tema debemos hacer una salvedad de rigor, por cuanto las concepciones liberales tanto de G. Jellinek como de Otto Mayer no fueron predominantes en ese siglo XIX, por la realidad social alemana bajo el dominio de los Jünkers; los banqueros de Knopp y la milicia conservadora de inclinación autoritaria y prusiana; aspectos todos que confluyeron en el gobierno de Bismarck quien fue apodado "Mariscal de Hierro".

No en vano indica el profesor italiano M.S. Giannini[196]: "(…)

[195] Drake, E. (1981). El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal. Madrid: Civitas, pág. 153.
[196] Giannini. (1980). Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 58-59.

la característica de la doctrina alemana fue un tono netamente autoritario, ya que correspondía a la época histórica -en años dominados por la figura de Bismarck- y al modo mismo en que el Estado burgués había puesto pie en Alemania mediante una evolución lenta y pacífica. El origen del carácter autoritario del Derecho público alemán, es la construcción de la noción del Estado como persona y, por tanto, sujeto de Derecho y, fundamentalmente, titular de la soberanía. De aquí la construcción de los fenómenos jurídicos más diversos como propios del Estado ente o como derivados de él. Basta pensar en la teoría de los derechos públicos subjetivos como reflejo del derecho objetivo, o en la doctrina de la propiedad privada como propiedad individual del Estado ente."

Otro elemento de importancia en la Alemania del siglo XIX es la diferencia forjada entre el Derecho privado y el Derecho público; el primero regulando las relaciones dentro de la sociedad civil mientras que el derecho público lo hace respecto de la sociedad civil con el Estado. Ahora bien la atención doctrinal se concentró en la defensa efectiva de la libertad de los ciudadanos, sirviendo para su desarrollo las ideas del derecho material y el principio de reserva legal. De ahí entonces que la libertad y la propiedad quedan unidas a la legalidad material, válida y eficaz, todo lo cual fue incluido en lo que Jellinek denominó como "*status negativus*" que lo describe con suma lucidez así: "El dominio del Estado es un dominio delimitado objetivamente, ejercido en interés de la comunidad. Es un dominio sobre seres no enteramente sujetos, es decir libres. Por eso al miembro del Estado le corresponde un *status*, en el cual es señor, una esfera libre negadora del Estado y su *imperium*. Es la esfera de la libertad individual, del *status negativus*, del *status libertatis*, en el cual los fines necesariamente individuales tienen su satisfacción por la libertad de acción del propio individuo."[197]

[197] Jellinek, G. (2005). Teoría general del Estado, Trad. por Fernando de los Ríos. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda, págs. 73 y 151 y

De dicho *status negativus* surgen consolidadamente los derechos de propiedad y de los propietarios como efecto necesario del desarrollo económico en libertad. Pero al mismo tiempo se comenzó a dar forma y cuerpo a las de- nominadas *esferas de voluntad reconocidas por el Derecho*, que encuentra sustento sólido no solo en el derecho público sino también en el derecho privado. Así frente a la tesis del Derecho en su dimensión material como garantía de la libertad y la propiedad, están las leyes formales que en apariencia son normas jurídicas pero que están lejos de su efectiva materialización y resguardo en favor de los derechos ciudadanos en general y de la libertad y propiedad privada en particular. Y aquí debemos resaltar que tanto la doctrina alemana del siglo XIX como parte de la doctrina del siglo XX, se les dio el calificativo a las leyes formales de "no Derecho" por regular materias no obligatorias como sucede, a manera de ejemplo, con aquellas leyes que simplemente aconsejan. Es lo que con cierta agudización fue llamado por la doctrina y jurisprudencia comparadas como "leyes programáticas", que son aquellas que carecen de la obligada e inmediata ejecución material, constituyéndose así en simples enunciados formales. De aquí también surgió la exclusiva eficacia de los derechos humanos de la primera generación en relación con los derechos sociales que fueron ubicados como simples enunciados programáticos, sin el rigor de la ejecución obligada e inmediata de los derechos individuales. Sin embargo, a buen decir de la jurisprudencia constitucional comparada, tal división carece de sentido, por cuanto todos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, desde la base misma del Derecho de la Constitución, son normas de obligado e inmediato acatamiento, en tanto sea posible tal inmediatez o, acaso, por su contenido sean de eficacia mediata, sin ser nunca inejecutables por todas normas jurídicas de contenido obligatorio y coactivo.

En todo caso al concebirse la libertad como estado negativo

152.

(*status negativus*), la voluntad del ciudadano afectado juega un papel de suma importancia para la subjetivación de la norma abstracta. Si la ley es declaración de voluntad que el Estado con su potestad legislativa se auto dicta -como sostendría Jellinek- el ciudadano debe poner en marcha el mecanismo procesal o procedimental (administrativo) para proteger la libertad conforme a la ley. Así entonces el sujeto con voluntad y por disposición del ordenamiento jurídico, debe ejercitar las acciones jurídicas necesarias para la restauración de la legalidad que debe ser garantía para las libertades públicas. Por esto de la violación jurídica del Estado-Administración que incide negativamente en las esferas ciudadanas de libertad, se da paso para que de estas esferas se reivindique, aunque sea de forma refleja, el mismo ordenamiento que el Estado-Legislador creó.

A su vez es el Estado-Juez el que debe determinar el contenido y fin de toda ley. Si el interés público queda

entendido como la suma amplia y coincidente de los intereses ciudadanos compartidos incluyéndose a los intereses privados, en modo alguno habría contradicción con los intereses y valores insertos en el ordenamiento jurídico. De tal forma que el derecho subjetivo y el derecho objetivo llegan en ocasiones a coincidir, al ser ambos la expresión de un mismo valor jurídico para su disfrute y protección.

Empero el derecho subjetivo es la subjetivación de valores objetivamente dispuestos en el ordenamiento jurídico, por lo que su titular encarna el interés general de atacar la conducta que violentó la normativa vigente. En esta perspectiva de Jellinek, que ha servido de hilo conductor a muchas otras interpretaciones jurídicas, aparecen otras categorías de los llamados *status* que son los siguientes:

a) *Status pasivo* o *status subjectionis*; esto es que el sujeto particular sólo tiene deberes de obediencia al poder estatal, incluyéndose a la fidelidad, las prestaciones de servicios y las prestaciones pecuniarias: B) *Status civitis* o *status positivo* que

es aquel estado contrapuesto al *status negativus*. Ciertamente el ordenamiento jurídico dispone reconocimientos a favor del sujeto particular con capacidad suficiente para pretender del Estado la actuación a su favor. Pero aquí no queda agotada la dimensión de los referidos *status* toda vez que se integra el *status activo* o *status activae civitatis* por el cual se autoriza al particular el manejo de la cosa pública, como sucede con los con- cesionarios. Esta interpretación es propia del autor pues en su criterio la personalidad jurídica del Estado requiere de las personas físicas -también de las jurídicas- para actuar por cuenta del Estado y bajo su supervisión y acto de consentimiento.

La tesis de Jellinek ha sido criticada ya que su apreciación de los derechos siempre afecta la capacidad jurídica del sujeto (*status*), por lo que sería correcto pensar que todos los derechos comportan siempre algún *status*. Además el sujeto particular no siempre se encuentra en grado de subordinación frente al Estado, pues a éste se le pueden oponer, en un Estado de Derecho, los derechos subjetivos públicos, que son -se insiste- aquellos derechos fun- damentales oponibles al poder público, incluso, con grado de ser, en criterio reiterado de nuestra jurisprudencia constitucional, anteriores y superiores a la existencia de cualquier organización estatal. En igual sentido si pensamos, entre otros supuestos, en los derechos de los propietarios a quienes les asisten ciertos derechos de prestación por parte del Estado, sin que esto signifique la existencia del *status civitatis*.

En todo caso, parte de la doctrina alemana desarrolló la tesis del derecho subjetivo privado, para lo que se concluyó en que la acción procesal judicial o el derecho de poner en marcha el aparato judicial del Estado es parte del derecho subjetivo; en este sentido debemos destacar las tesis defendidas por Gerber y Gierke.

Así en semejante línea privatista del derecho subjetivo, encontramos la famosa tesis de Savigny para quien tal de- recho es un *señorío de la voluntad* o un *señorío del querer*

(*Willensherrschaft*) siendo una manifestación plena de la voluntad de la persona. Para este distinguido autor "…la relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido a la parte lesionada, se llama derecho de acción, que implica necesariamente dos condiciones, un derecho y la violación de este derecho"[198] Por consiguiente el derecho subjetivo existe antes de la violación, pero esto no es incompatible con el libre ejercicio del derecho nacido por virtud de esa misma violación.

Otra teoría clásica alemana es aquella construida por Ihering, para quien el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido distanciándose así de la tesis de Savigny en cuanto prescinde de la voluntad.[199] En este punto cabe resaltar la postura ecléctica mantenida por León Michoud quien, a pesar de estar ubicado en la doctrina francesa, no deja de tener relación con el apuntado tratamiento germánico. Ciertamente para este autor, con apoyo en lo señalado por Ihering, propone la necesaria existencia de la voluntad para dar forma y contenido al derecho subjetivo; combinando la voluntad con el interés. En efecto para Michoud el derecho subjetivo es el interés de un grupo o de un particular que están jurídicamente protegidos por el poder reconocido a las voluntades para su disfrute. Así la voluntad es indispensable para la protección del derecho subjetivo, de tal manera que la ley objetiva protege el interés que la voluntad ejecuta y defiende.

De todo lo dicho cabría destacar ciertas críticas tanto a la teoría de la voluntad de Savigny como a la teoría del interés de Ihering. En primer lugar, se ha criticado que no siempre en todo poder jurídico está presente un poder psíquico del querer (voluntad), por lo que existen derechos subjetivos nacidos aún sin la voluntad de sus titulares como sucede, a manera de

[198] Savigny, F.K. (1979). *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, pág. 13.
[199] Ihering, R, V. (1949). La Lucha por el Derecho. Buenos Aires:

ejemplo, con los incapaces o las personas físicas por nacer. En segundo lugar, no es válido prescindir de la voluntad para la defensa de los intereses legítimos con el fin de anular actos o conductas ilegítimas, siendo así que la protección del interés lo es tanto para favorecer el derecho subjetivo como a favor del interés legítimo.

En esta misma exposición sintética está la tesis esbozada por el profesor Otto Bachof (1969) quien sostiene que el derecho subjetivo tiene su nacimiento por reflejo del derecho objetivo. (p.63). Es decir, no podría existir derecho subjetivo alguno sino por incidencia refleja y determinante del ordenamiento jurídico, dejándose de lado cualquier postura proclive al derecho natural, como derecho innato, anterior y superior al Estado, sino que todo derecho subjetivo presupone la existencia y eficacia del ordenamiento objetivo creado por el Estado como normativa positiva.

Por su lado parte de la doctrina alemana ha insistido con Forsthoff[200] a la cabeza, en la importancia de la defensa integral de las esferas jurídicas ciudadanas ante la injerencia ilegítima del poder público, por lo cual es necesario trascender esta vieja dicotomía interés legítimo-derecho subjetivo a favor de la protección efectiva de estas situaciones jurídicas que facilitan, sin duda alguna, el acceso de los ciudadanos al aparato judicial.

El art 19.4 de la Constitución de Alemania Federal dispone: “Aquel cuyos derechos sean violados por el poder público, podrá acudir a la vía jurisdiccional. Si no hubiese otra jurisdicción competente, lo será la de los Tribunales ordinarios.” La doctrina y la jurisprudencia han avanzado en el sentido de destacar que los “derechos” referidos en la citada Constitución son tanto los derechos subjetivos públicos como los derechos simplemente subjetivos. Ciertamente el término “derechos” es

Editorial Tor, pág. 174.

[200] Forsthoff, E. (1959). Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, en Festschrift fur C.Schmitt. Berlín, pág. 270.

un sustantivo sin adjetivo especial que haga suponer la unilateralidad del tratamiento. Las diversas categorías de los derechos quedan así comprendidas por el sustantivo plural "derechos". Puede desprenderse también que los sujetos mantienen sus esferas de derechos sean estos públicos o privados, aún antes de su violación por el poder público.

De tal manera que los derechos ya existen aún antes de eventual violación, por lo cual una vez violados surge el otro derecho que consagra tal disposición constitucional en cuanto al derecho de "acudir a la vía jurisdiccional"; con clara delimitación objetiva de los deberes del poder público ante las esferas protegidas de los ciudadanos. Asimismo existe el deber de los tribunales ordinarios para que, en la eventualidad de no existir "otra jurisdicción competente", tengan suficiente competencia para conocer y resolver asuntos que reclamen la violación de los derechos ciudadanos. De esta forma queda en parte garantizado el principio de la efectiva defensa de los interesados, por lo que es de obligación primaria e inmediata la actuación de los órganos judiciales bajo el principio de justicia pronta y cumplida; en efecto "tal cláusula general de aplicación directa e inmediata pretende establecer un "*lückenlose Rechtsschutz*", una protección jurídica sin lagunas" [201]

A partir del citado artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Alemania, la doctrina y la jurisprudencia han equiparado a los "derechos" con las "situaciones jurídicas" que supera el clásico concepto de los derechos subjetivos, para lo que existe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En su sistema jurisdiccional administrativo el adminis- trado puede proteger las situaciones jurídicas de su ámbito de libertad, no sólo contra las actuaciones sino también contra las omisiones de las administraciones públicas. Y esto constituye un amplio margen de protección, tanto por la existencia de las

[201] García de Enterría. (1988). La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas, en La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid:

situaciones jurídicas como por el mecanismo de protección judicial ante cualquier conducta omisa o activa de la Administración Pública.

Es importante destacar en este apartado de estudio, la posición de Finkelnburg[202] al disponer una serie de derechos incluidos en las situaciones jurídicas de los sujetos con capacidad para el ejercicio de la tutela judicial. Tales derechos son aquellos absolutos de rango jurídico público; también están los derechos relativos de grado jurídico privado; están los derechos privados de un rango suficiente como para ser eventualmente afectados por alguna conducta administrativa y, por último, aquellos derechos de crédito contra la Administración.

De todo lo anterior podríamos resaltar que existe en Alemania un amplio sistema de protección efectivo de todos los derechos adheridos al contexto abstracto de las "situaciones jurídicas", para el disfrute y la tutela jurisdiccional para hacer frente a las conductas desplegadas por el poder público en general.

3. Los derechos subjetivos y los intereses legítimos como intereses de relevancia jurídica

A) Evolución y crisis del derecho subjetivo

Aun cuando ya hemos adelantado perfiles formales y sustanciales de los derechos subjetivos, no debemos dejar de lado cierta referencia a su desarrollo histórico que en modo alguno queda circunscrito al ámbito estrictamente jurídico. En efecto esta locución "derecho subjetivo" es una consecuencia facilitada por el pensamiento filosófico que se refiere a la conciencia y a la voluntad, quedando así identificado su fuente primigenia en el siglo XVII. Tam- bién el concepto *poder de la*

Civitas, pág. 40.

[202] Finkelnburg, K. (1973). Vorläu- figer Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, pág. 27.

voluntad procede fundamentalmente del filósofo Emmanuel Kant, quien se distinguió -entre otros aspectos- por el uso del racionalismo crítico; pensamiento que a su vez tuvo gran aceptación e impulso en las obras de otro filósofo alemán, Arturo Schopen- hauer; dándose paso a su vez y posteriormente desde una vertiente totalmente contraria a sus inicios conceptuales y sustanciales por el pensamiento de Federico Nietzsche,

quien propuso la *voluntad de poder*, muy distinta a la *voluntad de vida* de su antecesor.

Por su parte el jurista Savigny utilizó el término *derecho subjetivo* en una visión fundamentalmente jurídica; aunque los principios de su concepto quedan engarzados en el desarrollo del derecho romano cuando en éste se hace referencia a la *facultas agendi* en contraposición a la *norma agendi*. En todo caso, en lo que hay coincidencia en la doctrina, es que ya los romanos tenían pleno conocimiento de la "*actio*" vinculada al derecho, en cuanto se tiene derecho porque se tiene capacidad de acción para atacar lo violado. También es cierto que en el derecho ro- mano se incorporó el término "*potestas*" o "*facultas*" sin que por esto se haya construido en esa época alguna tesis científica que llegara a establecer la diferencia con el derecho objetivo. Por consiguiente, los romanos no conocieron, aunque sí pudieron intuir el concepto de derecho subjetivo.

Ahora bien, es en realidad con el devenir de la pan- dectística alemana cuando el concepto se agudizó y tomó fuerza y forma. Sin embargo, entre la concepción romana ajena al término y la pandectística que lo estructura, existen siglos de diferencia. Siglos de ejercicio racional que posibiló el desarrollo de los derechos innatos o naturales del ser humano desde la época de la Reforma luterana apoyada directamente en la razón individual que no requiere de intermediarios, como los sacerdotes, para llegar a Dios, hasta el Renacimiento con su exaltación de la creatividad e invención particulares; destacándose el renacer de la cultura greco-latina, con énfasis

en la individualidad y no así en la impersonalidad medieval. Sin duda entonces el ejercicio de la razón como expresión personal sirvió de suelo fértil para la formación teórica del concepto "derecho subjetivo".

Asimismo, en este brevísimo recorrido histórico debemos destacar a Guillermo de Ockham quien en el siglo XIV a través de su obra *Opus nonaginta dierum* determinó el derecho de los frailes franciscanos de vivir en la absoluta pobreza, con fundamento en el derecho civil y en el derecho eclesiástico, ante la inminente amenaza papal que los pudo acusar de herejes con las trágicas y conocidas secuelas de la hoguera y crueldad consumada. Y así este autor interrelaciona los conceptos de dominio, propiedad y potestad con la noción de Derecho o *ius* De esta forma encontró en la *potestad* o *poder de proteger y defender algo en un juicio humano (potestas vindicandi et defenden- di in humano iudicio*) la base del derecho que válidamente podemos calificar como "derecho subjetivo". También su concepto de "potestad" quedó ligado al de "dominio" entendido como derecho propio, íntimo y unido a la *libertas* o a la libertad, siendo así que los franciscanos tenían el derecho de vivir en la pobreza con licencia eclesiástica para ejercer el derecho a la no posesión de bienes materiales; lo que podría hacerse valer incluso por medio de algún reclamo o litigio judicial.

Destacado lo anterior, procedamos de seguido a abordar el tema de la crisis del instituto del derecho subjetivo. En efecto ya dos autores de prestigioso relieve apuntaron contra este término en plena armonía conceptual con sus respectivas escuelas; sean el sociologismo representado por León Duguit y el positivismo por Hans Kelsen.

El pensamiento de Duguit -influenciado por el positivismo sociológico de Augusto Comte interpreta el derecho subjetivo como manifestación del lenguaje metafísico, lejos de la realidad y verificación científica y material; sin efecto cierto y objetivo, ajeno a cualquier composición e implicación sociológicas. El concepto desarrollado por Duguit de *solidaridad social*, como factor de conciencia presente en la especie humana, lo vincula a las normas objetivas que son reglas de

ordenación social. Tales normas objetivas regulan las conductas humanas sobre la base de la coordinación interindividual; lo que da fundamento al grupo social.

Las normas a su vez son de naturaleza finalista e imponen conductas activas y omisas a los sujetos receptores de sus efectos, dejándose intocable la esencia del querer humano. Así -según Duguit (1921)- solamente existe el de- recho objetivo al constituir un conjunto de reglas positivas y generales para ser acatadas tanto por gobernados como por gobernantes. En su criterio el concepto derecho subjetivo es falso y arbitrario, un efecto necesario del lenguaje metafísico que encuentra fundamento en la dinámica espiritual, al ser la expresión de una voluntad con el poder suficiente para imponerse a otra voluntad con menor poder (p. 6 y 55). Duguit sustituye el concepto *derecho subjetivo* por el de *situación jurídica* -lo que no es muy innovador- por virtud de la ley y dentro de la ley, como prerrogativa de los sujetos particulares en las prestaciones recíprocas que son actos jurídicos subjetivos posibilitados por el ordena- miento jurídico objetivo en aras del orden social.

Este planteamiento del sociologismo se inclina por la concepción finalista–social, por lo cual ni el sujeto ni la colectividad tienen derechos, aunque todo individuo tenga en cada sociedad su respectiva función con base en la norma objetiva que es de rango general. El ser humano tiene así deberes conforme a la normativa de conducirse hacia la libertad que sea funcionalmente útil. Y la propiedad privada adquiere sentido solo en su implicación social y no como derecho individual, subjetivo o natural. De tal manera que este derecho forma parte de la libertad para la utilidad social, lejos de cualquier interpretación metafísica de derecho subjetivo.

Por su parte la escuela de Viena representada por Hans Kelsen tiene por fundamento una tesis radicalmente contraria a la expuesta por Duguit. En el encuadre de su concepto monista (Estado y Derecho son lo mismo) y normativista (la norma es válida si cumple con los proce- dimientos de aprobación), el derecho subjetivo es inexis- tente como categoría

independiente del derecho objetivo. De tal forma que el derecho subjetivo se reduce al alcance individual del contenido de una norma objetiva, válida y eficaz. En criterio de Kelsen el derecho subjetivo es deber jurídico cuando la disposición normativa impone al sujeto el cumplimento de algún deber de alcance jurídico. Según su concepto monista, no tiene trascendencia alguna el carácter social de la norma o la *solidaridad con los seme- jantes* -Duguit- pues tal dimensión sociológica forma parte del mundo meta jurídico, siendo la estructura normativa escalonada por un mecanismo de actividad permanente y de autocomposición normativa lo importante y real. Ciertamente la pirámide jurídica de Kelsen parte de la llamada norma hipotética fundamental para dar soporte sustancial al ordenamiento jurídico con grado de validez; primacía y subordinación jurídicas hacia un sistema autosuficiente de normas válidas y eficaces, Su positivismo jurídico pretende así eliminar cualquier elemento o vestigio que no forme parte de la normativa jurídica.

En esta misma dimensión crítica contra el derecho subjetivo, resulta acertada la apreciación del profesor Fernando Garrido Falla[203] que sintetiza los distintos enfoques de la siguiente manera: a) La derivada de su tratamiento ideológico individualista; b) como efecto de la revisión profunda de la técnica del Derecho público que realiza la escuela realista de Francia; c) como consecuencia de toda la revisión realizada por la doctrina moderna que penetra en la naturaleza de los derechos subjetivos.

Y sobre esta misma línea, parte de la doctrina italiana hace su aporte esencial al enfoque crítico de la institución del derecho subjetivo. Así el profesor Renato Alessi se opone a su tradicional concepto que busca en el interés la esencia de su naturaleza y en el poder conferido al sujeto receptor del

[203] Garrido Falla, Fernando. (1954). Las transformaciones del régimen administrativo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, págs. 176 a 218.

derecho, su expresión objetiva. Dice con rigurosidad: "…el derecho subjetivo es, pues, el producto del mandato contenido en la norma, no contendrá ningún poder, será diferente del interés protegido por la norma, en tanto, éste representa únicamente el instrumento final de la protección por parte del Derecho objetivo".[204] Esta interpretación de Alessi podría ser puntualizada de la siguiente manera: el derecho subjetivo no consiste en la protección del interés, toda vez que éste es anterior a tal derecho y no forma parte del derecho subjetivo, sino que constituye -el interés- un elemento extrínseco de carácter finalista. De la normativa nace entonces la obligación o el vínculo para la realización de un interés final conferido a algún sujeto. De esa forma la normativa asegura a este sujeto la utilidad en la satisfacción de dicho interés. Y esta utilidad se garantiza ya sea mediante una determinada prestación u obligación, o bien, por la abstención de los demás sujetos conforme al cumplimiento normativo.

De lo anterior podría destacarse que la interpretación tradicional del derecho subjetivo descansa sobre el concepto del interés jurídicamente protegido, siendo el poder concedido a su titular el elemento externo de ese derecho, lo cual no es procedente para un importante sector de la doctrina italiana, por cuanto encuentra en el interés el elemento preponderante para la satisfacción de fines jurídi- camente posibilitados y protegidos por parte de los sujetos que los materializan o ejecutan, sin necesidad de que se acepte la tesis del derecho subjetivo.

No obstante, desde la óptica del Derecho civil, el profesor De Castro[205], en la doctrina española, concibió el derecho subjetivo como un poder jurídicamente conferido a un miembro de la comunidad; es decir se constituye en una singularización

[204] Alessi*,* Renato *(1943).* Diritto amministrativo, t. I y II, Milán, págs. 310-312.
[205] De Castro y Bravo. (1972). El ejercicio de los derechos. En Temas de Derecho Civil, Madrid.

para el ejercicio de los derechos y obligaciones, en calidad de sujeto calificado en relación con la generalidad social. Su elemento sustancial y configurador queda representado por la doble dimensión valorativa de la titularidad del derecho subjetivo: de un lado se tiene el poder sobre la situación jurídica que es el poder de disposición y, del otro, se ostenta un ámbito jurídicamente válido para sus actos sobre la situación jurídica conferida. Ahora bien, esta percepción doctrinal queda incluida en la tesis tradicional del concepto de derecho subjetivo, aunque no por ello deja de tener gran relevancia para el Derecho comparado; sobre todo cuando se combina el poder de disposición con la libertad necesaria para la actualización de tal poder.

Desde el enfoque del Derecho procesal algunos autores han llegado a identificar el derecho de acción procesal con el derecho subjetivo. Así para el autor italiano Pekelis[206] el único derecho subjetivo que le asiste a algún sujeto interesado, radica en el derecho de acción procesal pura y simplemente. El derecho subjetivo sería el reflejo del ejercicio de la acción procesal como derecho actuante con el acto mismo de interposición de la demanda, los cual constituye la realidad material del derecho sustancial. En su criterio, el uso del término “derecho subjetivo” sólo refleja la carga de la tradición histórica. Sin embargo -agregamos- tal postura monista (derecho subjetivo como acción procesal) puede ser criticada desde la perspectiva dualista que interpreta a la acción procesal como un derecho independiente, aunque posiblemente esté relacio- nado con el derecho subjetivo que puede ser objeto de la discusión procesal para su determinación con el fondo debatido, sea en sentencia o en alguna resolución judicial. El derecho de acción sin duda, en nuestro concepto, es un derecho subjetivo público, es decir un

[206] Pekelis, Alejandro. (1937). «Azione», en Navissimo digesto italiano, Turín, Unione Ripo- grafico-Editrice Torinese, tomo II, págs. 98-99.

derecho fundamen- tal ciudadano y un deber del Estado de poner en marcha el aparato judicial para conocer y eventualmente resolver el conflicto existente y lo que las partes pretenden obtener en sentencia o su equivalente que incluye, claro está, los mecanismos procesales alternativos, como es la conciliación, la mediación o el arbitraje, entre otros ejemplos. Sin embargo, este derecho subjetivo público de la acción procesal (también extensible al procedimiento administrativo) no es igual al derecho que se reclama o pretende en alguna disputa judicial o acaso en un proceso judicial sin disputa, como podría ser la necesidad de convocatoria judicial de la junta de acreedores de una sociedad en crisis; o la declaratoria de los derechos de los herederos en un proceso sucesorio.

Complementariamente a lo anterior, también pueden existir acciones procesales donde lo reclamado no sean derechos subjetivos, sino simples intereses que no llegan a tener el grado de tales derechos subjetivos, como podría ser, en la perspectiva estrictamente procesal, la presencia de coadyuvantes que colaboren con alguna de las partes principales sin que puedan contradecir u oponerse a las pretensiones de la parte a la cual coadyuvan como colaboradores, sin que por esto dejen de ostentar derechos procesales y tengan intereses en el resultado final de la eventual sentencia, que bien podría incidir favorablemente en sus esferas jurídicas que proteja, confirme o declare los derechos subjetivos de la parte principal de la que fueron coadyuvantes durante un determinado proceso.

Por su parte el profesor Liebman[207] encuentra una doble faceta presente en toda actividad procesal: de una parte se tiene el derecho sustancial propio del objeto o pretensión de todo proceso; del otro está la acción procesal como mecanismo válido que el Estado pone en poder del interesado (afectado) para entrar en contacto directo con los órganos juridiciales del

[207] Liebman, Enrico Tullio, (1980). Manual de derecho procesal civil, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, págs. 23, 26 y 50.

mismo Estado.

Asimismo, en el devenir de los derechos subjetivos tenemos la presencia de los derechos subjetivos públicos, de los cuales en ocasiones y erradamente suelen confundirse -insisto por la importancia del tema- con los derechos públicos subjetivos, por la incorrecta tradición al castellano del término alemán “derecho subjetivo público”, con afectación de su correcta dimensión institucional y procesal. Ciertamente los derechos subjetivos públicos se desarrollan como parte del impulso del constitucionalismo y de los derechos humanos; son, en síntesis, derechos fundamentales incorporados por lo general a la parte dogmática de las constituciones escritas, donde se plasman los derechos y libertades ciudadanos. O acaso quedan reflejados con vigorosidad y actualidad jurídica en las distintas jurisprudencias de los países regulados por el Derecho anglosajón del *common law*, con prevalencia del Derecho no escrito

En todo caso, el sujeto particular tiene frente al Estado no solo obligaciones sino un amplio conjunto de derechos a su favor, ante posibles conductas que afecten los ámbitos de la libertad humana, lo cual forma parte de la gran dimensión sustancial y procesal de los derechos subjetivos públicos, oponibles al poder público como derechos fundamentales. De tal manera que no son solo derechos subjetivos, sino que ostentan de manera anexa la dimensión de ser públicos en doble perspectiva, a saber: por la trascendencia de su dimensionamiento como derechos fundamentales que no quedan estrictamente circunscritos a una esfera privada; sino que, también, son públicos en cuanto sean oponibles al Estado que los incorporó en sus sistemas de valores para la validez y eficacia de los ordenamientos jurídicos en la tesitura correcta de los Estados de Derecho, los cuales son Estados bajo ordenamientos jurídicos revestidos categórica e inequívocamente de principio a fin de valores adscritos a los derechos humanos. En cambio los derechos públicos subjetivos son los derechos-potestades del poder público

oponible a los de- rechos ciudadanos, incluyéndose a los derechos fundamentales ciudadanos, como sucede, a manera de ejemplo, cuando el Estado impone, aun con la fuerza y cuando jurídicamente sea procedente, la protección de la zona marítimo terrestre a los propietarios de inmuebles colin- dantes con ésta; o cuando se obliga al cumplimiento de los deberes tributarios o impositivos en general, en perjuicio de los derechos patrimoniales de los ciudadanos que están adscritos al ámbito de sus derechos subjetivos con inclusión del derecho de propiedad, constitucionalmente garantizados y protegidos.

En síntesis, parcial, los derechos subjetivos públicos son aquellos derechos derivados inmediatamente de la Constitución Política -escrita o no escrita- que, por la trascendencia de su contenido, es la inmediatez su nota distintiva. Para la mayoría de la doctrina, los derechos subjetivos públicos son, con otra denominación, los de- rechos fundamentales. Estos derechos son fundamento de otros derechos de rango inferior o derivado, es decir, son fundamento de valores y de normas sin ser por esto simplemente fundados. Son los derechos que pertenecen a la inherencia misma del ser humano en su dimensión espiritual y material, individual y social. Son derechos que tienden a la satisfacción de la plenitud ontológica de base racional. Tales derechos surgen así en el paso del acontecer histórico no sólo como resultado de factores materiales (medios económicos) que no piensan por sí mismos, sino por la evolución intelectual y emotiva de los pueblos e individuos que han aspirado, cualitativamente, a la digni- ficación de nuestra especie opuesta a las distintas formas de expresión de tiranía política e ideológica. En muchas oportunidades los derechos subjetivos públicos han sido rechazados por los enemigos del Estado de Derecho y por algunos despistados positivistas que encuentran en es- tos derechos la manifestación tediosa del iusnaturalismo. Cabe recordar que la ideología nacionalsocialista se opu- so con vehemencia -recuérdese las

posturas de Larenza la existencia y reconocimiento de los derechos subjetivos públicos como instrumento de opresión individual y colectiva. Por esto tales derechos subjetivos públicos no nacen por simple acto de creación legislativa, sino por virtud del reconocimiento que de estos derechos realice el legislador al estar presentes en la constitución humana, es decir, son derechos que forman parte esencial de la ontología humana (¡de la constitución humana a la constitución jurídica!) Y este reconocimiento se hace evidente en los Estados de Derecho por la plasmación positiva en cada ordenamiento jurídico en las partes dogmáticas de las constituciones escritas como en aquellas relativas a las organizaciones y distribuciones democráticas del poder de los Estados, sin excluirse a los Estados que, sin constituciones escritas, están adscritos a los contenidos y fines de los Estados de Derecho, como es el caso inglés, entre otros. Sin duda, el poder del Estado encuentra un alto muro y un sabio equilibrio ante los límites impuestos por los derechos fundamentales. En síntesis parcial: los derechos subjetivos públicos son aquellos derechos fundamentales oponibles al poder público, si dejarse de lado, claro está, su posible resistencia y defensa contra sujetos de Derecho privado que los viole o amenace con su violación. En cambio, los derechos públicos subjetivos, son los derechos-potestades del Estado o de las administraciones públicas contra los derechos de los ciudadanos conforme al principio de legalidad en los Estados de derecho.

De manera contraria, los derechos subjetivos privados se desarrollan en las relaciones entre sujetos particulares o aun incluso, entre sujetos privados y alguna administración pública en el ejercicio de su potestad privada por actos de gestión y no así de imperio, propio del Derecho público bajo el principio de legalidad En todo caso, la distinción entre el Derecho privado y Derecho público serviría en algo para diferenciar la correcta graduación de estos derechos. Sin embargo, en el práctico

planteamiento que hace el profesor Prosper Weil[208] su mensaje es claro y preciso para esta distinción que a veces se hace tenue y hasta transparente, sobre todo en el ejercicio de la actividad propia del poder público. Ciertamente se impone la simplificación teórica -entre tanta oscuridad y desviación doctrinal- para determinar si se está o no en la esfera del Derecho público o en el del Derecho privado, lo cual es de suma utilidad ante la tendencia actual de privatización de servicios que han sido parcial o totalmente servicios públicos. Para este distinguido autor lo importante y válido es la expresa voluntad de la ley, sin perjuicio de su interpretación histórica y genética (de origen), para determinar si algún sujeto u órgano se regula por uno u otro tipo de De- recho, o por ambos de manera simultánea. La diferencia entre Derecho público y Derecho privado estriba entonces en la disposición normativa de ser uno u otro Derecho; lo que impone del legislador la purificación del uso del lenguaje con certeza y precisión.

B) Los denominados "intereses legítimos" en el encuadre de los intereses en general

El tratamiento conceptual dado al término "interés" no queda limitado a una disciplina exclusiva. En el ámbito de la filosofía, por ejemplo, ha ocupado su lugar de tratamiento doctrinal al igual que sucede en el campo de la psicología. Y todos coinciden en un aspecto fundamental: el interés está ligado a la necesidad y la necesidad a la satisfacción de algún bien. Jurídicamente el término ha servido de causa para la amplia investigación en búsqueda de su posible significado.

El concepto *interés* implica un deseo de satisfacción de los diversos bienes de la vida por algún impulso que, no siempre racionalizado, se dirige mecánicamente hacia algo o pensadamente hacia un determinado fin. Tal interés no podría quedar limitado a la inquietud que genera la necesidad de una o de varias satisfacciones -materiales o inmateriales- sino que

[208] Weil, Prosper. (1980). Derecho Administrativo, Editorial Civitas S.A., Madrid.

se implica necesariamente la toma o aprehensión de ese bien que desea pero que no siempre se encuentra ni disfruta. A su vez el concepto *bien de la vida* (*lebengut*) hace pensar en todos aquellos bienes que son de alguna trascendencia para el sujeto que los necesita y en caso de aprehensión, son medios de goce o satisfacción material y espiritual.

El *interés legítimo* por su parte no deja de ser interés -es obvio- pero hemos de agregar la doble composición esencial, a saber: son bienes de la vida incluidos en el contexto jurídico, por lo que resultan ser bienes de fácil ubicación objetiva en el ordenamiento jurídico escrito y no escrito que los comprende y regula. Así pues, son bienes de relevancia jurídica que mantienen el carácter objetico e inmaterial, sin ser exclusivos para una sola persona por la proliferación de sujetos interesados en su disfrute o satisfacción.

Tenemos así, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico es portador de bienes de la vida de rango jurídico, los cuales mantienen su independencia respecto al sujeto que quiera su disfrute o aplicación. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico es fuente de bienes que, desde la perspectiva del Derecho privado, no se adentran necesariamente en la satisfacción de intereses generales o públicos, por la prevalencia de la relación privada e intersubjetiva a diferencia del Derecho público que sí lo hace por definición. Tales bienes de la vida son aplicados en la relación estrictamente privada; pero también sucede a través de las conductas administrativas o de las relaciones jurídico-administrativas, donde la relación entre administrados y Administración Pública está regulada por excelencia por el Derecho Administrativo, en armonía y subordinación al Derecho de la Constitución. O aun incluso podríamos suponer en esta misma relación jurídico-administrativa, las relaciones inter-administrativas, como podría suceder, a manera de ejemplo, con la relación entre distintas municipalidades o entre instituciones autónomas o de éstas con municipalidades o con la Administración central del Estado. En todo caso, la Administración pública es el instrumento indispensable para la aplicación de los bienes jurídicos para la satisfacción de los intereses públicos conforme al principio de legalidad, según lo

que se indicará seguidamente.

Ciertamente en esta dimensión de conductas administrativas y relaciones jurídico-administrativas, le corresponde a la Administración activa aplicar los bienes de la vida incluidos en el ordenamiento jurídico, sin la libertad de disposición de la esfera jurídico-privada bajo el reiterado precepto constitucional (artículo 28) de que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" O bien, como primigeniamente lo indicó el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: "La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena."

Así, entonces, en el Derecho público prevalece el principio de legalidad, como sujeción objetiva y obligada de los funcionarios públicos al ordenamiento jurídico; en cambio, en el Derecho privado predomina el principio de libertad de decisión y actuación, salvo las limitaciones excepcionales antes descritas. Consiguientemente el funcionario público solo puede hacer aquello que el ordenamiento jurídico autoriza, en cambio en el Derecho privado se puede hacer todo aquello que no esté jurídicamente prohibido.

De tal manera que están presentes todos y cada uno de los elementos que limitan las conductas administrativas por razón del bloque de legalidad; asimismo están las situaciones objetivas o materiales que facultan a la Administración proceder con la actualización y satisfacción de los bienes adscritos al interés público o, mejor aún, a los distintos intereses públicos que son la causa y fin de toda conducta de la Administración pública. Ciertamente, los bienes de la vida que ha de concretar la Administración, encuentran otro extremo jurídicamente conexo, recaído en la realidad circunstancial o situacional que justifica la toma de decisiones para la satisfacción de los intereses supraindividuales, a través de conductas

administrativas como instrumentos válidos y eficaces para el ejercicio de las potestades jurídicamente asignadas y delimitadas. De aquí entonces la importancia de la motivación de los actos administrativos en general que, como indica De Laubadére[209] obedece a que todo acto administrativo responde a determinados motivos.

En todo caso, de la aplicación concreta que haga la Administración se repercute reflejamente en las esferas existenciales de los sujetos que resultan beneficiados o perjudicados por cada conducta administrativa. También la motivación hace posible un mayor y mejor control de estas conductas; incluso en el ejercicio de la potestad discrecio- nal, donde la Administración tiene cierto margen de flexibilidad interpretativo, de valoración y de escogencia para el debido cumplimiento a favor de los intereses públicos. De ahí la importancia complementaria de que se actúe conforme a las reglas unívocas de la ciencia o técnica, a los principios elementales de la lógica, justicia y conveniencia (artículo 16,1 LGAP)[210], sin violentar los derechos particulares, salvo disposición legal en contrario, en armonía necesaria con la exigencia del artículo 19 íbid[211] que impone el principio de reserva legal para la regulación del régimen jurídico de los derechos constitucionales. En todo caso, al igual que sucede en cualquier esfera jurídica, si el sujeto público o alguno de sus órganos disponen aplicar la norma habilitante por algún acto

[209] Vid. De Laubadere. (1952). Reflexions sur la crise du Droit adminis- tratif français, DALLoZ.

[210] "Artículo 16.- 1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. 2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad."

[211] "Artículo 19.-1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia."

que incide negativamente en los intereses y derechos de los administrados, podrían éstos ejercer sus derechos impugnatorios.

También podrían los administrados participar en la elaboración de alguna disposición reglamentaria en el tanto su contenido en gestión formativa llegaría a afectar la esfera de intereses de los ciudadanos, por lo que su participación pasaría a ser de primer orden como colaborador en el proceso de elaboración del ordenamiento escrito, por la misma naturaleza del reglamento que, en nuestro medio, es un acto administrativo general de alcance normativo; participación que sin duda ha tenido eco en el Derecho comparado, sin limitarse la audiencia a los entes descentralizados y a las personas jurídicas representativas de intereses generales, gremiales o corporativos; excluyéndose a las personas físicas como sucede en nuestra legislación costarricense (artículo 361 LGAP[212]).

Así tanto en la hipótesis de la actuación unilateral administrativa, como en la de la actuación concurrente de los interesados, se mezclan ambos factores por los aspectos determinantes del actuar administrativo: de una parte, el ordenamiento jurídico y de otra la realidad circunstancial; la dimensión fáctica requerida de regulación, siempre vinculante.

El administrado en aras de la satisfacción de algún interés, puede quedar comprendido en el doble supuesto en la determinación de la legalidad del acto o de la disposición administrativa: sea en calidad de participante en la elaboración de las disposiciones reglamentarias o a través del mecanismo

[212] "Artículo 361.-1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto. 3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale.

de impugnación administrativo y judicial para la fiscalización y eventual anulación en lo actuado.

Sin duda alguna el interés es legítimo y queda representado por el bien jurídicamente tutelado con la participación ciudadana en el procedimiento donde la Administración está obligada al debido asesoramiento, científico y razonable de todos los grupos o personas incluidas en las actividades que la respectiva disposición administrativa llegue a incidir directa o indirectamente.

En efecto, el análisis queda mejor comprendido en la participación directa de los administrados conocedores de la realidad potencialmente regulada por las disposiciones reglamentarias. Es sin duda tal participación, una garantía en la seguridad ciudadana y un imperativo en la potestad reglamentaria de la Administración, en cuanto queda informada de los datos y criterios indispensables para la oportu- na regulación y aplicación eficaz. Así también los administrados ejercerían sus intereses legítimos o de relevancia jurídica, con conocimiento cierto en la ulterior impugnación por múltiples factores sujetos a posterior análisis.

Así pues, dicha concurrencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, deja más clara la posible violación del interés legítimo de participación ciudadano, siendo óptimo que fuera por parte de las personas físicas o jurídicas en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna, conforme al artículo 33 de la Constitución Política. En otras palabras, se impone la igualdad personal entre personas físicas y jurídicas, sin que debiera solo permitirse la participación de potenciales personas jurídicas bajo la tesis de la naturaleza del reglamento, toda vez que una persona física bien podría derivar algún perjuicio por su aplicación a través de algún acto singularizado, razón por la cual no se le podría obligar a formar parte de alguna persona jurídica para ejercitar el derecho de participación en la elaboración de alguna disposición reglamentaria, a pesar de

tener igual o mayor grado de interés que alguna persona jurídica, para la de- bida regulación de alguna disposición administrativa. Esta libertad de asociación está consagrada en el artículo 25 de

la Constitución Política[213], sin que a nadie se le pueda obligar a pertenecer a alguna asociación; sea de forma directa o indirectamente, como sería el caso de estar asociado para poder manifestarse a través de la persona jurídica en contra o a favor de la propuesta reglamentaria.

Subrayo que el planteamiento de la participación que- da también comprendido en la hipótesis de la impugnación que hagan los sujetos afectados reflejamente en sus esferas existenciales, por conductas administrativas en razón del derecho constitucional de la tutela efectiva. El ejercicio del interés legítimo siempre queda al descubierto por la reacción del sujeto que tenga afectación en su ámbito de bienes jurídicamente protegidos. Sin embargo, tal encuadre podría desdoblarse en el supuesto contrario: el sujeto que en virtud del acto o disposición administrativa aumenta su patrimonio de bienes sin que por esto deje de ostentar interés legítimo. En efecto debido a la amplia repercusión de los bienes de la vida de relevancia jurídica en las diversas esferas existenciales de los sujetos, el panorama podría tener una implicación negativa o positiva.

El interés legítimo nace en unidad a la concreción de la norma por la actividad administrativa y podría darse tanto la posibilidad impugnatoria como la defensa favorable de tal conducta. Y ello sucede debido a que los bienes de la vida, con vida propia dentro del ordenamiento jurídico, mantienen su dimensión abstracta para que la Administración los concretice en relación con los intereses generales y no así en función de

[213] "Artículo 25.- Los habitantes de la República, tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna."

los intereses subjetivos o exclusivos. También sucede en la relación estrictamente privada o contractual, cuando los sujetos participantes en los respectivos acuerdos de voluntades contraen derechos y obligaciones, los cuales no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, ni afectar, la moral, a terceros ni al orden público (artículo 28 de la Constitución[214]).

De tal forma que encontramos de una parte al bien con entidad propia desde y en el ordenamiento jurídico y, de otro lado, tenemos a los sujetos que los aprehenden para el disfrute y protección de tales bienes, sea en la dinámica del Derecho público para la satisfacción de los intereses supra individuales o sea por los sujetos privados para la satisfacción de los intereses y derechos negociados o acordados en plano de igualdad.

En este tratamiento de los intereses legítimos sobresale su relativismo en cuanto para unos los bienes de la vida insertos en el ordenamiento jurídico de efectos reflejos *ad extra* podrían dar paso a situaciones jurídicas favorables y en otros sujetos podría suceder lo contrario en su esfera existencial. En todo caso, los bienes de la vida que sean parte del ordenamiento jurídico no dejan de ser tales bienes por su dependencia con los efectos que éstos desplieguen en la vida de los ciudadanos, por cuanto los bienes jurídicos, en tanto sean válidos y eficaces, tienen vida propia como el ordenamiento que los mantiene vigentes como parte de su contenido regulador. Ahora bien, lo que no in- frecuentemente es necesario definir es si los bienes incor- porados al ordenamiento sean o no jurídicamente válidos, pues bien podríamos suponer con suma facilidad

[214] Se reitera de la Constitución: “Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.”

compro- bada, la presencia de la otra cara de Jano en cuanto a la posible ostentación de vicios de menor o mayor nulidad. De tal manera que ello podría confirmar la necesidad de pretender la anulación de los actos, conductas o disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico requeridos de anulación o adaptación por criterios de ilegalidad o de revocación por criterios de oportunidad.

Dicho lo anterior podríamos indicar que los intereses legítimos de los ciudadanos y no ya solo de los administrados quedan sujetos a la incidencia favorable o desfavorable por los efectos reflejos de los actos, conductas y disposiciones en sus esferas existenciales. Por consiguiente, se puede colegir que el interés legítimo queda referido al sujeto que derive una o varias ventajas de la concreción del ordenamiento jurídico, lo que sucede a la inversa en relación con quien derive perjuicios.

Pero se podría inquirir: ¿no tendría solamente interés legítimo el sujeto ventajoso por el efecto reflejo del contenido del acto o actuación que comporta algún bien de relevancia jurídica? Para dar debida respuesta se debe partirse de una realidad: el interés legítimo lo tienen tanto el sujeto beneficiado como el sujeto perjudicado, en cuanto para uno el bien de la vida de relevancia jurídica podría implicar alguna modificación favorable de su *status* anterior y, para el otro, el bien de la vida podría ser ilegítimo, en cuyo caso, para el devenir del Derecho Administrativo, se requiere de la comprobación de que el acto o conducta sea ilegítimo, ante el principio general de la presunción de legalidad de los actos administrativos en general conforme a lo dispuesto en la LGAP (artículo 169[215]). Así entonces ambos tienen interés legítimo: uno en que la situación objetiva se mantenga y el otro en que lo actuado o la conducta se modifique, revoque o anule.

Sin duda, esta misma dinámica del interés legítimo adquiere su propio perfil cuando se trata de intereses legítimos

[215] "Artículo 169.-No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución."

objetivos a través de bienes incluidos en el ordenamiento jurídico, a fin de que los ciudadanos en general puedan defenderlos sin requerirse de la afectación directa e individualizada, solamente de la voluntad de actuar en su beneficio abstracto o general. Esto no excluye, la posible participación de interesados donde confluyan ambas dimensiones, es decir la afectación individual y la participación ciudadana a nivel procesal o procedimental por medio de la acción popular donde cualquier nacional o extranjero, con capacidad jurídica, proceda con su defensa objetiva, tal como sucede en Costa Rica bajo el principio de reserva de ley, o en alguna disposición legal que así lo acepte y regule expresamente como sucede con el Código Procesal Contencioso Administrativo (artículo 10 inciso d[216]). En la acción popular puede coexistir la afectación y participación subjetiva conjuntamente con la participación ciudadana objetiva, en defensa da un bien jurídico abstracto y general; por ejemplo cuando se violan los derechos de propiedad de una reserva forestal protegida por el Estado En esta hipótesis el propietario puede aspirar a la defensa de su derecho de propiedad, con posibles condenas contra el invasor o violador del derecho ajeno; asimismo, puede aspirar a la condena objetiva por la afectación de un bien jurídico de protección estatal que incide en los intereses colectivos y difusos por su adscripción a los bienes ecológicos y de efectos generales o supra personales. Detengamos ahora la atención en otra de las características del interés legítimo: la inexistencia de exclusividad en su disfrute y defensa. Evidentemente como bien sostie- ne parte de la doctrina italiana, cuando la norma jurídica no ha sido dictada para la tutela exclusiva del interés de algún modo calificado, se está en presencia del interés legítimo. En efecto no existe exclusividad pues la norma

[216] “Artículo 10.- 1) Estarán legitimados para demandar: (…) d) Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley.”

existente es general y abstracta, sin que ello imposibilite que un número determinado de sujetos encuentren ventajas o perjuicios desde el ordenamiento jurídico con su respectiva materialización en la dinámica social.

C) Replanteamiento del tema: la protección de los intereses legítimos y los derechos subjetivos como elementos constitutivos de las esferas existenciales de libertad ciudadana.

Bien se ha indicado que el ser humano es un ser de proyección, es decir, que no está sólo en el "ahora" y en el "aquí" sino que su olfato se alarga hasta las fronteras con el infinito si se toma en cuenta, como debe ser, la capacidad de trascendencia mental y espiritual.

Esa proyección se da en un espacio y tiempo determinados, con una estructura jurídicamente concebida, nada ajena a la relatividad cultural del devenir histórico. Pero esa estructura, propia de la proyección, ha posibilitado cada esfera de libertad para el desenvolvimiento del "yo". Y es de esa cristalina cascada de donde fluyen las actuaciones y omisiones de la persona con voluntad y con múltiples intereses por actualizar de su parte, quien no solo es un ser social sino también un ser de libertad, aunque no esté en libertad.

Es de esa esfera existencial del sujeto de donde emana "el libre desarrollo de la personalidad" como lo dispone el artículo 10 de la Constitución española para fundamentar el orden político y la paz social. Tal concepción de la libertad que se remonta a la clásica definición dada por Tomás de Aquino -el Aquinante- como "*vis electiva medio- rum, servato ordine ad finem*", no deja de constituir un gran impulso por y para la dignidad de nuestra especie desde la base de cada individualidad con materia, razón y espíritu. (Summa Theologica, 1, q.83 a 4).

Al comentar la libertad y la esfera que la circunda en el sujeto titular, no podríamos olvidar la autonomía de la vo-

luntad en tanto reafirmación de la libertad individual, y con ella las grandes raíces del Derecho privado cuya fuente inagotable se encuentra en el Derecho romano que dará base al Derecho civil desde la base de las relaciones contractuales y comerciales; es decir, desde el fundamento de la negociación permanente en libertad dispositiva y según los parámetros de la recta razón para la aplicación de la justicia compartida con obligaciones y derechos reconocidos por las partes contratantes. Y en los acontecimientos históricos, con la Revolución francesa quedó plasmado -insisto- el manejo correcto del Derecho privado y su ámbito necesario de libertad; para lo cual dispone la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "1) Los hombres nacen y permanecen libres y con los mismos derechos...; 4) La libertad consiste en la facultad de hacer todo aquello que no ofenda a los demás... Estos límites sólo podrá determinarlos la Ley...; 5) (...) Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie ser forzado a hacer lo que ella ordena". El profesor García de Enterría hace una excelente apreciación al respecto: "El Derecho privado es normalmente expresión de un principio de justicia distributiva (*suum cuique tribuere*) de modo que la norma objetiva se descompone enteramente en una constelación de derechos subjetivos; por ello la aplicación forzosa del Derecho Administrativo queda confiada a los propios sujetos, los cuales, instando de los Tribunales la protección de sus derechos subjetivos, aseguran por sí solos todas las posibilidades de cumplimiento de la Ley".[217](p.28)

Pues bien, el mismo concepto de autonomía conduce sin duda al planteamiento abstracto del denominado círculo vital (*Lebenskreis*) que Forsthoff[218] llamó *espacio vital*. En efecto

[217] García de Enterría. (1988). La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas, en La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, pág. 47.

[218] Vid. Forsthoff, E. (1959). Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, en Festschrift fur C.Schmitt. Berlín.

dice el autor: “Distinguiré el espacio vital dominado por cada individuo, del espacio vital efectivo. Por el primero se significa aquel que está de tal manera colocado bajo el individuo de modo que éste pueda considerarse dueño de dicho espacio, sin que necesariamente sea el derecho de propiedad el que coloque y mantenga en dicha posición de dominio en ese espacio vital. Por el segundo se significa aquel espacio en que fácticamente se desarrolla la existencia de cada uno.”

Desde la perspectiva de los derechos y libertades de rango privado y de trascendencia pública, encontramos que los ciudadanos tienen su esfera de protección jurídica, la cual de forma reiterada he denominado “esfera existencial”. Esto por cuanto si bien es cierto que todo ser existente -en su comprensión humana y de unicidad- es portador de vida, no así todo ser vital es existente. La libertad y la existencia están irresolublemente unidas como la negación de la libertad al ser existente conduce a la negación del derecho de existir. El vitalismo representa una comprensión universalista de los diferentes grados de la vida biológica. Es menester llamar así, “esfera existencial” a todas las dimensiones de la vida humana e inteligente, protegidas por el ordenamiento jurídico; en fin, a todos los “metros cuadrados de libertad”, o espacios de libertad.

El sujeto como centro de imputación de deberes y derechos lleva consigo la esfera existencial o lo que los anglosajones denominan “*life chances*”. El sujeto como núcleo de su esfera de libertad no sólo tiene “libertad para” sino “libertad de”. La libertad para el uso efectivo requiere de la libertad frente a la intromisión ilegítima de otros sujetos u órganos. De esa forma la libertad para su disfrute estructura la libertad no ya solo como un legado actuante de derechos e intereses sino también como una esfera recubierta de protección. Esto nos lleva a pensar -lo cual es también parte del ejercicio de la libertad- en la proliferación de esferas existenciales, ya estén unas con otras en armonía, en indiferencia o contradicción total o parcial en el contexto dialéctico social. Hay, eso sí, un interés que es hilo de ligamen necesario ubicado en el respeto a la

dimensión de los derechos individuales y sociales. Incluso en nuestro medio, por virtud del artículo 74[219] de la Constitución, los derechos sociales son irrenunciables sin que puedan oponerse pactos en contrario ni leyes ordinarias con el rango de ser de "orden público".

El profesor García de Enterría en la perspectiva del Derecho Administrativo, siguiendo el esquema planteado en la doctrina alemana sobre todo a través de Rupp y Henke, para quienes el derecho subjetivo se caracteriza por ser un derecho de defensa o protección (*Abwhrrecht*); como también por el esquema ideado por la doctrina fran- cesa a través de Roubier sobre las denominadas "situaciones reaccionales", concluye con la propuesta de la tesis de los "derechos reaccionales". En efecto, el citado jurista García de Enterría[220] señala que: "cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio e ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y establezca la integridad de sus intereses. Este derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de la acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento legalmente. Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros, como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa, resulta accidental. La acción y, con-

[219] "Artículo 74.- Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional."

[220] Ibídem, págs. 31-32.

siguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la defensa de los propios intereses. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la Ley; la Administración también es parte procesal que la afecta y a la que se opone activamente: el recurso es, pues, subjetivo y no objetivo, lo que se hace valer en el proceso es pues, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés más o menos cualificado."

Como se había advertido, en su génesis conceptual los derechos reaccionales al menos en su lineamiento sustancial ya estaban incluidos, en cierta medida, en la doctrina italiana. La doctrina francesa por su parte a través de Roubier, dejó entrever la trascendencia material de las "situaciones jurídicas subjetivas", las que define este autor como "*un complexe de droits et de devoirs, de prérogati- ves et de chargers qui se creé autour d'un état, ou d'un acte*".[221]

A su vez Roubier enfatiza en el derecho de acción jurisdiccional con independencia de la posesión o no de algún derecho sustancial anterior. Este autor tiene sugestivas y frescas referencias sobre el efecto reflejo del derecho objetivo en las múltiples situaciones jurídicas ciudadanas. Mantiene la tesis de que la acción judicial no se acuerda tanto por la violación de algún derecho sino por la violación de un deber. Tal planteamiento toma gran vigorosidad en la actuación administrativa, toda vez que las administraciones tienen deberes asignados a los que se les debe dar cumplimiento efectivo.

Así en la hipótesis de violación del ordenamiento juridico, se produciría el efecto reflejo (*l´effect reflexe du droit objetive*) que incide en el ámbito de los potenciales derechos e intereses de los sujetos jurídicamente relacionados. Y como acertadamente indicó García de Enterría, no es correcto pensar en que la Administración generalmente esté interesada en la

[221] Roubier, P. (1963). Derechos subjetivos y situaciones jurídicas. París: Tomo 1, págs. 74-75.

violación de los derechos o intereses de los particulares ni que el administrado acciona judicialmente por el interés abstracto para que la Administración actúe conforme a Derecho. Sin embargo, las acciones judiciales o de control efectivo contra las conductas administrativas desplegadas por los ciudadanos afectados, incide sin duda alguna en el comportamiento administrativo en aras de la legalidad objetiva.

Así pues el efecto reflejo resulta ser doble a partir de la impugnación de los ciudadanos contra las conductas administrativas: tenemos de un lado la dimensión macro cósmica de la Administración respecto a la Ley que podría afectar a determinadas esferas existenciales y, de otro lado, que del panorama micro cósmico del administrado se llegue a influir de manera refleja en el ámbito de organización y actividad administrativos en beneficio de los intereses públicos por medio de la restitución jurídica del ordenamiento.

Ahora bien, en el propio espacio de los derechos reaccionales tenemos la presencia de dos derechos autónomos pero relacionados entre sí; de una parte, está la situación jurídica lesionada (derecho o interés o ambos) reflejamente por la conducta administrativa y de forma complementaria estaría el derecho a reaccionar por la acción pertinente en la sede competencial del caso, dentro de los plazos prefijados por el ordenamiento jurídico. En todo caso ya en la doctrina procesalista latinoamericana un distinguido autor -Devis Echandía- en diferente vertiente a la del profesor García de Enterría, encontró también en el derecho de reaccionar la dinámica intrínseca de la acción vinculada a la lesión de un derecho subjetivo material, dentro del encuadre de la teoría monista. Así para este procesalista la acción queda configurada como el "poder inherente al derecho de reaccionar contra la violación o el derecho mismo en su tendencia a la actuación".[222] Lo anteriormente indicado requiere la matización

[222] Devis Echandía, Hernando. (1966). Derecho Procesal Civil. Madrid.

de rigor porque a simple vista podrían mezclarse, sin posibilidad de distinción, el elemento procesal y el componente sustancial o material del derecho de acción, lo que nos aleja en alguna medida de la teoría monista del profesor Echandía.

Ciertamente con la separación antes referida, desde el punto de vista procesal tenemos en un primer plano el derecho subjetivo público a la acción que es el derecho a obtener del Estado la actividad y tutela jurisdiccional conforme al debido proceso que, en nuestra Constitución, lo tenemos consagrado especialmente en los artículos 39 y 41[223]. Empero, este derecho de acción, que es un derecho fundamental o subjetivo público, es independiente de la tenencia o no de algún derecho subjetivo o interés legítimo que se quiera hacer valer o se pretenda consolidar en un determinado proceso. Su tenencia o no tenencia para su disfrute, reconocimiento o protección en nada afecta el derecho de acción, por cuanto éste derecho surte efecto desde el mismo momento en que se pone en marcha con la presentación de la demanda o reclamo para que el Es- tado a su vez ejecute el devenir procesal del caso; siendo en sentencia de fondo o a través de alguna resolución equivalente donde se determinará el fondo debatido que tenga relación con los intereses legítimos o los derechos subjetivos alegados, defendidos o pretendidos. La acción es un derecho subjetivo público contra el Estado en razón de la actividad jurisdiccional de éste para eliminar la incertidumbre del derecho

[223] "Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores." Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

reclamado.

Por esto el derecho de acción es un derecho abstracto y de rango constitucional -por lo general- que excita la actividad jurisdiccional del Estado y, por esto, es un derecho que se ejercita contra el Estado de manera inmediata, aunque de forma mediata o reflejamente sea otra la parte demandada. Y a su vez es un deber inexcusable del Estado poner en marcha todo su aparato jurisdiccional; lo que se refuerza en un Estado de Derecho como imperativo ineludible del mismo Estado sea en su vertiente judicial o acaso administrativa.

Por lo indicado compartimos plenamente la tesis expuesta por algunos procesalistas en cuanto a que el derecho de accionar -o reaccionar- constituye un derecho de primera categoría al ser un derecho subjetivo público y así de aplicación directa e inmediata de la Constitución Política. En este punto también cabría indicar que Couture[224] ha catalogado el derecho de libre acceso a los Tribunales de Justicia como un "derecho constitucional de petición"; por su parte el profesor Almagro[225] (1970) basado en la tesis de Guasp, sostiene que el derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo público para reclamar la intervención del órgano jurisdiccional; lo que a su vez es una exigencia del derecho natural. También Fairen[226] concibe a la acción como un derecho que excita la actividad jurisdiccional del Estado, como efecto del ejercicio de un derecho cívico inherente a la personalidad.

Ahora bien, la acción como derecho subjetivo público y no ya como una dimensión simple del derecho subjetivo a secas, permite distinguir su figura en relación con la pretensión que es la acción afirmada -lo que se pretende en juicio- y el derecho

[224] Vid. Eduardo Couture. (1948). Estudio de Derecho Procesal Civil, s.l., s.e.

[225] Almagro Nosete, J., «El Derecho Procesal en la nueva Constitución», Revista Derecho Procesal, 1978, núm. 4

[226] Vid. Fairén Guillén, Víctor, "La acción, derecho procesal y derecho político", en Estudios de derecho procesal. Madrid, No. 83, mayo-agosto de 1995.

subjetivo o el interés legítimo que en apariencia se dice portador algún actor o recurrente. En efecto, la acción es siempre un derecho subjetivo público, a diferencia del derecho subjetivo o el interés legítimo que eventual o potencialmente se diga portador de un determinado sujeto, hasta su determinación o negativa en sentencia o en alguna resolución que ponga fin a la discordia judicial o administrativa. La pretensión material, el derecho subjetivo o el interés aparentemente violentados no son la acción, pero esto no significa que no puedan ser presupuestos de la acción misma. De tal forma que la acción ejercitada puede ser el efecto a manera de reacción contra la invasión ilegítima de algún sujeto que haya violado una esfera o varias esferas existenciales de libertad. En ese sentido se encuentra en el derecho de acción la realidad sustancial que presupone la violación o afectación para la reivindicación de los intereses o derechos conculcados antes que el derecho de acudir a los tribunales o ante alguna Administración.

En la óptica realista y práctica se puede comprobar que los sujetos ejercen el derecho de acción casi siempre como resultado de una reacción frente a un acto u omisión perjudiciales en las respectivas esferas existenciales. Pero tales motivos subjetivos no podrían determinar por sí la posibilidad efectiva para el ejercicio de un derecho subjetivo público de acción como un derecho a la jurisdicción de rango constitucional, lo que aún queda mejor evidenciado -insisto- por la *acción popular* donde se trasciende el criterio subjetivizante de la afectación previa.

Sin duda, el derecho de acción siempre es actual en cuanto se inicia en un proceso con la mera afirmación del recurrente de ser titular de un interés legítimo o un derecho subjetivo -o ambos a la vez- vulnerados por algún sujeto público o privado. Pero el derecho o el interés legítimo aducidos por el reclamante quedan siempre condicionados a la verificación posterior a nivel judicial o administra- tivo, por lo que la titularidad aducida es de rango potencial cuando con simultaneidad el derecho de acción es actual. Ahora bien, si aceptamos la postura doctrinal y

positiva en el derecho comparado de que los intereses legítimos y los derechos subjetivos quedan comprendidos en una misma esfera de derechos jurídicamente protegidos, tenemos resultados de mejor alcance y precisión para su defensa efectiva, conforme al debido proceso. Primero, porque ca- rece de sentido, en cuanto a los efectos previstos por el ordenamiento, de relacionar perjuicio -interés legítimo con la anulación del acto o de la disposición administrativa, y el perjuicio- derecho subjetivo con el restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Este absurdo binomio matemático fue superado por el Código Procesal Contencioso Administrativo (artículo 42 inciso d[227]), a diferencia de la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que así lo disponía, con imposición de restituirse judicialmente las situaciones jurídicas individualizadas, cuando solo se afectaran los derechos subjetivos nunca así cuando se diera la lesión a los intereses legítimos. Supongamos entonces en esta misma tesitura que un oferente participe en un procedimiento de precalificación en materia de contratación administrativa; siendo así que, en calidad de oferente, mantiene un interés legítimo pues aún no ha sido dictado el derecho subjetivo a favor del concursante vencedor. Tal oferente interesado queda excluido ilegítimamente en la primera etapa autónoma del procedimiento, sin poder participar así en la segunda etapa del concurso público sin que pueda aspirar a la posible adjudicación a su favor. Así como sujeto excluido y afectado en su esfera de intereses legítimos podría pretender la restitución de su situación individualizada, como oferente legitimado para participar en la eventual adjudicación con la declaratoria del derecho subjetivo a su favor en la res-

[227] "Artículo 42.-1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso. 2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar: (…) d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello."

pectiva licitación pública con precalificación.

Este binomio ha sido superado por la práctica que im- pone el criterio de lo lógico y la razón de ser, en el mundo jurídico. Bien podría suponerse la restitución de la situación jurídica individualizada con la afectación de un interés legítimo, como la anulación del acto, sin tal restitución, ante la violación de algún derecho subjetivo. Y segundo, porque se evidencia la titularidad de un derecho más o menos cualificado en el sujeto reclamante por el ejercicio del derecho de acción judicial, ya que la simple apariencia advertida da amplio margen de cabida para la demostración de su efectiva tenencia durante el proceso o durante el desarrollo del procedimiento administrativo.

En síntesis: el denominado derecho reaccional, desde la vertiente subjetivista, no es un simple derecho subjetivo pues constituye algo más al ser un derecho subjetivo público o fundamental, dada la diferencia establecida entre el derecho de accionar de rango constitucional y el derecho o interés legítimo reclamado en juicio o en algún procedimiento administrativo. El derecho reaccional es un derecho que permite resaltar la aparente titularidad de un derecho sustancial protegido por el ordenamiento jurídico como derecho perteneciente a una esfera existencial que podría ser objeto de violación ilegítima por parte de algún sujeto sea privado o público. Con lo expuesto hasta el momento, quedan determinados los conceptos de dere- chos objetivos, intereses legítimos, y derechos subjetivos.

4. Los sujetos de derecho y la personalidad jurídica

A) Conceptos generales

Las normas jurídicas están destinadas para ser aplicadas a sus destinatarios, sean personas físicas o jurídicas, privadas, mixtas o públicas, sin excluir la dimensión orgánica de las personas jurídicas públicas. A los destinatarios del ordenamiento jurídico en los Estados democráticos de Derecho

se les denomina ciudadanos y no ya simples súbditos y administrados; pues bien, todos los destinatarios de las normas jurídicas son sujetos y órganos de Derecho. El ser humano -la persona individual- es titular de una gran cantidad de derechos y deberes jurídicos. No obstante, estas facultades y deberes también pueden ser los distintos grupos sociales y entes colectivos, con o sin personalidad jurídica. Esto indica que, en la relación jurídica, dos o más personas quedan ligadas entre sí por el vínculo proporcional y objetivo que les atribuye simultáneamente derechos y obligaciones. De tal manera que, sujetos de Derecho, son los titulares de los derechos y obligaciones, como también son los entes y órganos públicos con competencias y funciones para la manifestación de las conductas unilaterales de voluntad para fines de interés público o acaso para las relaciones jurídico administrativas, incluyéndose a las personas jurídicas mixtas con preeminencia de la participación privada sobre la pública.

De acuerdo a Torré[228], en general, los conceptos de persona, sujetos de derecho y titulares de derecho, suelen ser considerados en términos sinónimos, pero en la práctica, son empleados de manera distinta. En efecto, se utiliza el término persona, para referirse al ser humano o a las personas jurídicas, considerados en sí mismos, con personalidad propia; en cambio, se habla de sujetos de Derecho, al referirse a la persona actuando en la relación jurídica; o mediante conductas sujetas al Derecho como sucede con el principio de legalidad e incluso -se insiste- a través de sus órganos que en ocasiones son sujetos de Derecho aun cuando estén adscritos a una Administración pública en la dimensión personal o de entidad constituida. Por ejemplo, en nuestro medio, la Contraloría General de la República es un órgano adscrito a la Asamblea Legis- lativa que a la vez es un órgano constitucional del Esta- do que a su vez es -en principio- una persona jurídica y política fundamental, permanente y estable. En general, la relación

[228] Torré, A. (2003). Introducción al Derecho. Óp. Cit.

jurídica sólo puede establecerse entre dos o más personas, por lo cual se produce una distinción entre sujeto activo o pretensor (titular de la facultad jurídica) y el sujeto pasivo u obligado (titular del deber), es decir, al que incumbe la obligación de cumplir o respetar el derecho o potestad del sujeto activo. Esta dimensión de potestad, se enrumba en la dinámica del Derecho público, donde la Administración activa -entre otros ejemplos- dicta las conductas en calidad de sujeto u órgano con capacidad de im- perio sobre el administrado, como sucede con la relación jurídico tributaria o impositiva, donde el sujeto activo de la relación es el Estado o la respectiva Administración con capacidad de imperio tributaria, bajo el principio de reserva de ley; con el hecho generador que constituye la condición cumplida o ejecutada para su confirmación objetiva, con la finalidad de proceder con el correspondiente cobro contra el sujeto pasivo u obligado al pago, por su ligamen directo o indirecto son el respectivo hecho generador. También las relaciones jurídico administrativas son las que se dan entre alguna Administración pública y los administrados o ciudadanos subordinados a sus conductas, conforme al principio de legalidad; esto no impide constatar la existencia de estas relaciones entre las distintas administraciones públicas; entre éstas y sus órganos u órganos de otra Administración; o de los órganos entre sí dentro de una misma Administración persona (ente), o entre órganos de distintas administraciones públicas.

B) Personas jurídicas de Derecho público interno

Las personas jurídicas de Derecho público interno son aquellas entidades públicas con plena capacidad para contraer derechos y obligaciones, con la potencia y resistencia necesarias para su cometido de satisfacer los intereses públicos conforme al principio de legalidad que incluye, en nuestro medio positivo, los principios rectores del servicio público. No obstante, lo anterior, en el ejercicio de su doble capacidad pública y privada, con prevalencia de la primera,

pueden contraer derechos y obligaciones en el ámbito del Derecho privado, sin la presencia materializada, unilateral y de imperio propias del ejercicio del poder público, al menos de principio, dado que excepcionalmente podría ejercitarse la capacidad de derecho público ante la necesidad sobrevenida para el resguardo y satisfacción de los intereses públicos conforme al principio de legalidad, mediante actuaciones unilaterales y de imperio, sin perjuicio del ejercicio del *ius variandi* en los términos y condiciones de los contratos, convenios o conductas regidos originariamente por el Derecho privado.

C) Personas jurídicas de Derecho Privado

Las personas jurídicas de Derecho privado son las entidades privadas -no así las personas físicas- con plena capacidad de contraer derechos y obligaciones en plano de igualdad negocial, sin potestades de imperio y sin principio de legalidad, al primar los intereses particulares sobre los intereses públicos y el ejercicio autónomo de la libertad de disposición, con buena fe y voluntad manifiesta de manera oral o por escrito, sin vicios ni dolos que la mancillen o contradigan. Así en forma sucinta podríamos indicar que estas personas jurídicas tienden a favorecer a las personas físicas o jurídicas que las integran. Ejemplos de estas personas jurídicas son las empresas y corporaciones privadas, entre otras.

D) Conclusión parcial

Tanto los sujetos de Derecho como las personas jurídicas tienen la característica de efectuar determinadas conductas o actos incluidos y valorados por el ordenamiento jurídico. A estos actos se les denomina actos jurídicos, de los cuales se hará una sucinta referencia, sin perjuicio de otros institutos y realidades de efectos jurídicos.

CAPÍTULO XIX
HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

1. Conceptos generales

Los hechos son percibidos por las personas a través de los sentidos, dada su existencia objetiva y eventualmente verificable técnica y científicamente. En óptica estricta, pertenecen al mundo del ser, pero pueden también formar parte del mundo jurídico si se enmarcan en el ámbito de la cultura. De esta manera se puede hacer una diferencia entre los hechos naturales que son externos a la cultura y los hechos humanos que se dan dentro de la cultura y conforman cultura o el cultivo del conocimiento humano.

Sin embargo, en lo que respecta específicamente a los hechos humanos, pueden ser involuntarios o voluntarios.

2. Hechos involuntarios y voluntarios

Hechos involuntarios: Se dice que un hecho es involuntario si la persona lo realiza sin discernimiento, pues en ocasiones los actos pueden ser ejecutados por personas que padecen demencia o que no tienen la edad suficiente para tener conciencia de si sus actos son lícitos o ilícitos. También se menciona que un acto puede ser involuntario si es ejecutado sin intención; del mismo modo, si el acto es

cometido por obligación o imposición de una fuerza externa, esto es, sin libertad.

Hechos voluntarios: Por su parte, los hechos voluntarios son aquellos que son ejecutados con i) discernimiento, es decir, la persona sabe a ciencia cierta lo que va a realizar; ii) intención, lo que significa que el acto se ejecuta con plena voluntad para realizar el acto y iii) libertad, lo que acarrea que sea posible determinar el acto de voluntad sin la intervención de una fuerza extraña, o en otras palabras, que el acto no haya

sido impuesto ni obligado por un tercero.

3. Los actos jurídicos

El acto jurídico es todo hecho voluntario que realiza una persona física y jurídica con el propósito fundamental de establecer efectos jurídicos a través de relaciones también de naturaleza jurídica. El acto jurídico será siempre un hecho voluntario, que tiene como fin inmediato el establecer relaciones de carácter jurídico, esto es, crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

Por ende, existe una diferencia fundamental entre los hechos y los actos jurídicos, la cual consiste en que en los primeros puede o no intervenir la voluntad humana, mientras que en los segundos siempre intervendrá la voluntad de la persona. De ahí que, en los actos jurídicos, estará presente siempre la deliberada intención de crear relaciones jurídicas.

4. Clasificación de los actos jurídicos

Los actos jurídicos pueden ser objeto de clasificación, así:

i. Actos jurídicos positivos y negativos: Son positivos aquellos actos o conductas necesarios para el nacimiento de algún derecho como para su modificación, transferencia y extinción. Contrariamente, si no debe darse el acto o conducta para que nazcan, modifiquen, transfieran o extingan derechos, se estaría ante actos o conductas jurídicas negativas.

ii. Unilaterales y bilaterales: Los actos jurídicos son bilaterales cuando se requieran dos voluntades para que tengan validez; asimismo son unilaterales si se requiere de una sola voluntad, como sucede con el testamento y la donación, entre otros ejemplos.

iii. Actos entre vivos y de última voluntad: Los primeros se dan si los actos tienen eficacia cuando las personas están vivas, en el segundo caso tienen vigor sólo *post mortem* y son

conocidos como actos de última voluntad por obvias razones de ser actos previos a la muerte.

5. Limitaciones de los efectos del acto jurídico

Cuando los actos jurídicos producen efectos sin ciertas restricciones, se trata de actos puros y simples. Estos actos se caracterizan porque la voluntad se muestra de manera ordinaria, y la fuerza de estos no depende de hechos o circunstancias que restrinjan sus efectos. Es decir, los actos puros y simples son los que no presentan limitación alguna. Sin embargo, cuando el acto está sometido a una modalidad se fija una limitación, pues surgirían circunstancias o hechos que modifican las consecuencias normales de los actos jurídicos. En efecto, existen ocasiones en las que el individuo o las partes, con el fin de subordinar la eficiencia de la voluntad, realizan ciertas acciones que pueden afectar los efectos del acto. Dicha limitación podría entorpecer de que puedan darse efectos beneficiosos. Por medio de una imposición, que limite estos beneficios, se obtiene la modalidad o el modo. Y el modo es parte de los elementos excepcionales de los actos jurídicos que están sujetos a la voluntad de los interesados, por lo cual, no es parte constitutiva de los elementos esenciales de tales actos.

6. Las modalidades

La modalidad constituye un elemento accidental que se presenta en los actos jurídicos, cuya particularidad es que se trata de una circunstancia que varía o modifica alguna de las consecuencias ordinarias de los actos jurídicos. Las modalidades se pueden clasificar en principio, en tres tipos: por el término o plazo, por el cargo y por la condición, que pasaremos seguidamente a detallar.

Sin embargo, también se pueden catalogar de suspensivas, en caso de retardar los efectos del acto (eficacia), o de extintivas o resolutivas, si los finalizan. A pesar de lo anterior,

existen casos en que las normas jurídicas no admiten algún tipo de modalidad o simplemente no admite modalidad alguna. Por ejemplo, en los actos jurídicos como el matrimonio y el reconocimiento de los hijos, no se admite ningún tipo de modalidad, pues si se admitiera iría en contra de la naturaleza de tales actos.

7. El término o plazo

El término o plazo se da cuando los efectos del acto jurídico dependen del tiempo y se indica la existencia de un hecho futuro cierto, en donde dichos efectos se darán plenamente o se extinguirán. Por ejemplo, se le concede el pago de tres meses a una persona para cancelar una deuda. El plazo puede indicar la extinción de un derecho o el fin de una obligación. A su vez, el término puede ser extintivo o suspensivo. Es extintivo cuando, una vez finalizado, se eliminan los efectos del acto jurídico; es suspensivo cuando retarda la realización de los efectos del acto jurídico. A la vez, los términos pueden ser ciertos o inciertos. Son ciertos los términos que establecen un tiempo determinado para su cumplimiento y son inciertos cuando no existe un tiempo preciso para que se cumplan, como en el caso de la muerte de una persona.

8. El cargo

Es una cláusula donde se impone una obligación excepcional al que adquiere un derecho; por lo cual no es tan necesario como el plazo. Ejemplo del cargo para quien adquiere un derecho queda ubicado claramente en el acto de donación, donde debe respetarse a cabalidad la voluntad del donante.

9. La condición

La condición marca un posterior acontecimiento, de cuya realización incierta se hace depender el comienzo o la eliminación de una obligación o un derecho. El término condición tiene otras acepciones, por lo que se aplica en

ocasiones a las cláusulas de un contrato, a las exigencias de hecho para la aplicación de una norma y a los requisitos exigidos por el ordenamiento para el acto jurídico.

Ahora bien, debemos establecer las diferencias de la condición con el término, para no confundirlos, a saber: a) como se ha indicado, la condición es un acontecimiento de realización incierta, en cambio, el término es necesario; b) La condición genera efectos retroactivos, pero el término sólo genera efectos cuando vence.

10. Especies de condiciones

a) Condiciones suspensivas y resolutorias: La condición suspensiva retrasa el nacimiento de una obligación hasta que la condición se realiza. En cambio, la condición resolu- toria permite este nacimiento desde que el acto jurídico se realiza; no obstante, deja sujeta la obligación a su posible

eliminación cuando la propia condición llegue a realizarse. En este sentido, la condición suspensiva realizada, da vida a la obligación; en cambio la condición resolutoria la aniquila al realizarse. Es importante destacar, además, que la determinación del carácter suspensivo o resolutorio de la condición, depende de la voluntad del interesado.

b) Condiciones imposibles o ilícitas y condiciones posibles o lícitas. Las condiciones podrían ser imposibles ante la situación de que no exista manera alguna de que se realicen, por ser contrarias a las leyes naturales (cuando se admita jurídicamente) o a las normas positivas al estar prohibidas por el ordenamiento jurídico según cada disposición normativa. De esta manera las condiciones ilícitas son imposibles, pues estriban en hechos no permitidos jurídicamente. En cambio, las condiciones posibles tienen que ser posibles materialmente y a la vez no deben ser contrarias a Derecho.

c) Condiciones potestativas, casuales o mixtas. Las potestativas o voluntarias son aquellas condiciones que

dependen únicamente de la voluntad de una de las partes del acto jurídico; en cambio son condiciones casuales las que dependen de hechos ajenos a las partes, ya sea por un acontecimiento natural o por algún acontecimiento dependiente de la voluntad de un tercero ajeno al acto; a la vez, las condiciones mixtas dependen al mismo tiempo de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes y a la voluntad de alguna de éstas.

La condición potestativa se da cuando dependa de la voluntad manifiesta de algún sujeto, incluyendo al acreedor de alguna deuda; no obstante, nunca podría depender de la voluntad del obligado, porque equivaldría a que el cumplimiento de la obligación queda sujeto al arbitrio exclusivo de éste, lo que sería irrazonable, desproporcionado, injusto y por ello inadmisible en Derecho.

d) Condiciones positivas y negativas: Las condiciones positivas consisten en algún hecho o acto que cambie el estado actual de las cosas; de manera contraria, las condiciones negativas implican que no se realice algún hecho o conducta para que no cambie el estado actual de las cosas.

e) Condiciones combinadas con término: En ocasiones la condición debe realizar sus efectos en relación con algún término temporal.

11. Efectos de la condición

Para estudiar los efectos de la condición conviene considerar los siguientes aspectos: a) el tiempo requerido para que la condición se realice; b) el momento en que se realiza o en que se sabe que no se llevará a cabo.

a) Condición pendiente

Este tipo de condición es suspensiva, e implica que el derecho de la obligación que deriva del acto jurídico esté sujeto a tal condición; por esto aun cuando el acto jurídico haya sido celebrado, el derecho de la obligación aún no ha nacido

precisamente por estar pendiente la materialización o ejecución de la condición.

En consecuencia, mientras la condición suspensiva no se realiza, el acreedor no tiene derecho a reclamar, ni el deudor puede ser constreñido a cumplir con la respectiva obligación. De tal manera que, al no existir la obligación en sentido estricto, el deudor no está obligado al pago, por lo cual, en caso de dar cumplimiento con la obligación sujeta a condición, tendría derecho a exigir la devolución de lo pagado, por obvias razones de haber cancelado lo que no debía. En síntesis, mientras la condición no se realiza, no hay deudor ni acreedor en la acepción propia y rigurosa de estos términos.

Es ésta sin duda una importante diferencia entre el término y la condición, que emana de la circunstancia de que el término constituye un derecho, en el entendido de que será un acontecimiento que necesariamente se realizará -al menos en principio-, y la condición constituye una posibilidad de realización o incierta; no puede existir obligación ni derecho antes de que se realice la condición suspensiva, que no se sabe siquiera si llegará a materializarse. Así pues, la condición suspensiva no crea, mientras está pendiente, un estado de eficacia jurídica: las partes han celebrado un acto jurídico que tiene existencia desde su celebración y puede ser la causa de que nazcan derechos y obligaciones si la condición estipulada se realiza. Existen por tanto un acreedor y un deudor potenciales que pueden en algún momento quedar ligados por obligaciones o derechos previstos al celebrar el acto, por la simple circunstancia de que se materializa algún determinado acontecimiento que haga eficaz la voluntad de las partes, previamente expresada. El acreedor, en este caso, tiene una perspectiva de eventualidad de realización, ante la posibilidad de adquirir en el futuro algún derecho sujeto a la realización de la condición dispuesta, es decir, se estaría frente a un derecho cuya existencia depende sólo de la condición establecida. Su potencial derecho, una vez que sea eficaz, aumentaría en principio el patrimonio del acreedor, con la libertad de

disposición para su disfrute, conservación y protección; la ley también autoriza al acreedor condicional a transmitir a sus herederos su derecho y a tomar las medidas de protección y conservación que este derecho requiera.

Del mismo modo, la obligación condicional grava desde un principio el patrimonio del deudor, que no podrá impedir que se realice en su oportunidad la condición y cuyos herederos contraen la misma obligación, para el caso de que deba cumplirse.

La condición resolutoria pendiente, deja nacer la obligación o el derecho condicional y éstos tienen exigencia jurídica mientras dicha condición no se cumple. Así, la condición resolutoria es aquella en las que las partes del acto jurídico subordinan la resolución o extinción del derecho, al acaecimiento de un hecho incierto y futuro. Por tanto, esta obligación y este derecho forman parte del patrimonio de los interesados y tienen existencia plena, aunque amenazada por la posibilidad de la realización o no realización de la condición, donde podrían presentarse situaciones excepcionales por caso fortuito o fuerza mayor en realidades previsibles e inevitables, o imprevisibles e inevitables.

b) Condición realizada

Cuando la condición suspensiva se realiza, nacen en definitiva los derechos y las obligaciones a ella supeditados. La realización de la condición resolutoria extingue tales derechos y obligaciones. En tal forma, el cumplimiento de la condición suspensiva da eficacia plena al acto jurídico condicional, y el de la condición resolutoria se la quita. Constituyen parte importante de la teoría de la condición sobre su cumplimiento, que determinan cuándo debe darse por cumplida o tenerse en definitiva por no realizada.

La condición puede consistir en un hecho positivo o negativo; en el primer caso, se trata de una condición positiva si sobreviene la imposibilidad absoluta de realizar el hecho en

que consiste la condición, y ésta debe tenerse por no cumplida; si la condición consiste en hacer algo y sea imposible que se haga. A la vez, se tendrá por cumplida, cuando la realización de la condición se haga imposible por conducta imputable al obligado, pues lo contrario significaría dejar a merced del mismo obligado, el cumplimiento de la obligación.

El cumplimiento de una condición suspensiva tiene efectos retroactivos, esto es, a que los efectos del acto jurídico condicional se tengan por producidos desde que se celebró; ahora bien, si es condición resolutoria los efectos se tendrán por extinguidos desde la celebración del acto, considerándose como no celebrado.

A la vez el acto sujeto a condición suspensiva adquiere su eficacia sin que permanezcan con vida los efectos que se produjeron mientras la condición no se realizó; esta última circunstancia, da su nombre a la condición resolutoria, que resuelve o rescinde el acto jurídico.

12. Modo

El modo es una declaración accesible de la voluntad, por la que se impone una carga al agraciado con la liberalidad, que puede consistir en alguna carga impuesta de usar la cosa objeto del acto con sujeción al modo de manera determinada; también puede consistir en alguna prestación por parte del beneficiado o de un tercero.

Aunque el modo puede tener alguna semejanza con la condición, no se confunde con ella; pues el modo no suspende el nacimiento de la obligación o del derecho; éstos nacen desde que se celebra el acto jurídico; pero al nacer también surge la obligación de la carga que constituye el modo; obligación que es cosa distinta de una simple condición.

En realidad, el modo tiene una fisonomía jurídica propia que no permite asimilarlo por su naturaleza ni por sus efectos, a la simple condición.

13. Instrumentos públicos y privados

En términos generales puede decirse que *prueba es la averiguación que hace un juicio sobre una cosa dudosa o realidad dudosa o litigiosa;* es demostrar racionalmente, sin perjuicio de las técnicas aceptadas en Derecho, la verdad de una aseveración, para llevar al ánimo del juez el real concepto y alcance de lo que está en discusión.

Los actos jurídicos se prueban de distintas maneras, verbigracia; instrumentos públicos y privados, confesión, testigos, peritos, presunciones, entre otros. El valor probatorio de cada uno de estos medios de prueba varía según las disposiciones de los diversos Códigos o legislaciones que regulan los procesos.

El valor probatorio de los instrumentos públicos es amplísimo; prueban por sí mismos entre las partes y con respecto a terceros; tienen fecha cierta y hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto; es indispensable en tanto hayan sido otorgados por la autoridad pública o por profesionales con fe pública como sucede en nuestro medio positivo, con los notarios públicos y los contadores públicos en el ejercicio de las respectivas competencias profesionales y dentro de las facultades jurídicamente conferidas.

Los instrumentos privados son aquellos que las partes otorgan por sí mismas, sin intervención de ningún fedatario público o de alguna autoridad pública en favor de la constitución de instrumentos públicos.

14. Noción sobre los vicios de los actos jurídicos

Los vicios son las diversas causas patológicas que disminuyen o privan de protección jurídica a los actos jurídicos. Los actos viciados pueden anularse cuando se comprueba el error, dolo, violencia, acoso, intimidación o simulación; en Derecho administrativo cuando al acto administrativo -se insiste- le faltan los elementos constitutivos real y

jurídicos, es decir, cuando no tengan relación con las situaciones y necesidades reales y materiales adscritas al respectivo interés público y cuando sean contrarios al ordenamiento jurídico; siendo indispensable que todo acto administrativo tenga la motivación de rigor, que es la manifestación por escrito del motivo (o los motivos) por el cual nació el correspondiente acto administrativo.

En el Derecho privado la nulidad o modificación del acto también puede darse en caso de que una parte se aproveche de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte, para obtener alguna ventaja negocial, de manera desproporcionada y sin justificación. Incluso en el Derecho comparado se presupone, salvo prueba en contrario, que existe tal maltrato causante de nulidad, en caso de constatarse alguna notable desproporción de las prestaciones u obligaciones.

15. Ignorancia y error

Se entiende por ignorancia, la falta de noción sobre las cosas en general, y por error, la falsa noción que se tiene sobre una cosa determinada. Si la ignorancia y el error no son idénticos, sus efectos son semejantes.

16. El error puede ser de hecho y de derecho

El error de hecho, al cual ya nos hemos referido, puede ser esencial o accidental. El error esencial se da cuando el error provoca la realización del acto o que, sin error, el acto jurídico no se hubiera realizado. El error es accidental, cuando se refiere a una circunstancia accesoria que, en caso de no existir, el acto igualmente se hubiera realizado. En lo relativo al error de derecho, consiste en el falso concepto que se tenga sobre una regla jurídica, el cual no puede ser invocado por ninguna de las partes a fin de solicitar la nulidad de los actos. Lo anterior surge bajo la consideración de que la ley es conocida por todos, una vez que se publica.

Lo indicado nos lleva a otro apartado de gran importan-

cia en los actos jurídicos: la intención.

17. Dolo

El dolo existe cuando para la ejecución de un acto las personas se valen de cualquier artificio, astucia o maquinación a fin de lograrlo.

Para que exista dolo es necesario:

1) Que sea grave.
2) Que haya sido la causa determinante del acto.
3) Que haya ocasionado daños importantes.
4) Que haya habido intención dolosa por cualquiera de las partes relacionadas en el acto.

18. Fuerza o intimidación

La fuerza consiste en una coerción física sobre alguna persona, con el objeto de obligarla a la realización de un acto. La intimidación se da cuando existe una coerción moral contra una persona para obligarla a realizar o no un acto determinado.

Tanto en la fuerza como en la intimidación se requiere que exista una amenaza injusta, que exista la posibilidad para que la amenaza se realice, que el peligro sea inminente y grave y que se limite el ejercicio de un derecho. En estos casos el acto deberá ser anulado.

19. Simulación

La simulación se da cuando una o varias personas se ponen de acuerdo para dar a una cosa la apariencia de otra. En el marco jurídico, se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro cuando contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas; cuando se transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad constituyen o transmiten. En cualquiera de los casos anteriores, la simulación consiste en

ocultar o disimular la verdad e intención real de las partes.

De este modo, la simulación puede ser de distintos tipos:

i. Absoluta, cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de verdad.

ii. Relativa, cuando el acto jurídico aparenta lo real.

iii. Lícita, cuando a nadie perjudica y tiene un fin lícito.

iv. Ilícita, cuando tiene un fin ilícito, contrario a las leyes y buenas costumbres. Si la simulación es ilícita y no perjudica a terceros, generalmente no es objeto de reprobación en el Derecho comparado. Si la simulación es ilícita, y hay perjuicios para terceros, puede ser atacada por la vía judicial en cuyo caso la pretensión principal podría ser dejar sin efecto al acto aparente y hacer renacer la antigua y verdadera situación, en caso de que existiera. Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar el ordenamiento jurídico o perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción procesal alguna sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes simuladoras no puedan obtener ningún beneficio de la anulación.

20. Fraude

Consiste en eludir o dejar sin efecto alguna disposición normativa. También existe lo que en Derecho comparado se denomina fraude de ley, cuando más correcto es hablar de fraude del ordenamiento jurídico. El fraude envuelve la intención de engañar; no debemos confundirlo con el dolo, pues éste es el conjunto de maniobras que gravitan sobre el espíritu de la víctima, con el objeto de producir error; en cambio, el fraude se realiza independientemente de lo que piensa o realiza la víctima; esto reside en la interioridad de su autor, que trata de eludir por ese medio las consecuencias de un acto anterior.

El ordenamiento no puede tolerar las maniobras fraudulentas, por lo cual otorga a los acreedores la acción pauliana

o de revocatoria de los actos ejecutados por el deudor, en fraude de los derechos del acreedor y así todo acreedor con fecha anterior al acto reputado fraudulento que resulte perjudicado por tal acto, puede demandar su anulación y obtener el reintegro patrimonial por la afec- tación realizada por medio del patrimonio del deudor, sin perjuicio de que los diversos acreedores también lo hagan conforme al ordenamiento jurídico.

Para ejecutar esta acción es necesario:

a) Que el deudor se encuentre en estado de solvencia, lo que se presume desde que está fallido.

b) Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto o actos del deudor, o antes de que estuviera insolvente.

c) Que el crédito, en virtud del cual se intenta la acción pauliana, sea de una fecha anterior al acto del deudor.

No obstante, este principio, tiene la excepción. En efecto, las enajenaciones (traspaso de bienes a otro u otros) hechas por el que ha cometido un delito, aunque consumadas antes de su comisión, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad patrimonial del acto fraudulento, pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados patrimonialmente por los daños y perjuicios que les irrogue la conducta delictiva, a través de la acción civil resarcitoria, o acción civil dentro del proceso penal.

La revocatoria de los actos del deudor, será sólo declarada en interés de los acreedores que la hayan expresamente pedido.

CAPÍTULO XX
EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO, SU DETERMINACIÓN

1. Efectos generales

El acto jurídico genera, modifica o extingue los derechos y las obligaciones. En esto consiste su fin esencial, que se efectúa por la voluntad de los interesados.

De aquí que para determinar completamente los efectos de todo acto jurídico son necesarias las siguientes características:

a) Interpretar la voluntad.
b) Fijar a qué personas afecta.

En otras palabras, el acto jurídico posee un contenido, o para cuyo conocimiento de los interesados es necesario investigar cuál fue la voluntad de los interesados y quiénes quedaron vinculados o afectados por las consecuencias emanadas de dicha voluntad.

2. Interpretación de la voluntad

Interpretar la voluntad, tratándose de un acto jurídico, es investigar el significado que debe darse a la manifestación de ella; o bien determinar su alcance, es también suplir las deficiencias ante alguna incompleta o equívoca expresión de la voluntad, en relación con el objeto y su incidencia en el mundo de la realidad objetiva.

Como se aprecia, la interpretación de la voluntad impone el tratamiento sigiloso de definir los alcances y fines de su contenido, en relación con su manifestación e incidencia positiva o negativa en las relaciones y actos contractuales.

La voluntad, según ha quedado dicho, debe manifes- tarse externamente para ser eficaz. El intérprete investiga su significado valiéndose de la expresión o manifestación material, positiva o negativa, que se haya empleado en cada caso.

Empero, la interpretación es un medio para llegar a conocer dicha voluntad, de donde se ha inferido que no siempre tiene la fuerza definitiva para precisar con absoluta certeza lo que se quiso expresar, dada la misma naturaleza de la función interpretativa que no excluye elementos de apreciación subjetiva del intérprete o investigador. De aquí la teoría que afirma la preponderancia de los efectos materiales y objetivos y su ligamen con cada voluntad.

De aquí que algunos autores -Raymond Saleilles entre otros- se opongan a la intención de los interesados de ejercer influencia en la interpretación de la voluntad; la interpretación de ésta solo debe darse a través de factores objetivos de la intención manifiesta.

Así pues, se ha sostenido que la interpretación de la voluntad solo debe darse teniendo en cuenta su expresión natural u objetiva y no la intención de sus actores; debe, de acuerdo con este criterio, considerarse exclusivamente el instrumento que haya servido para exteriorizar la voluntad, ya sea la palabra hablada o escrita, o cualquier otro medio o signo objetivo de expresión, y no así la voluntad que se intentó expresar.

En realidad, si la voluntad es la que da nacimiento a los vínculos aparecidos después de la celebración de algún

acto o contrato jurídico, se debe tratar siempre de llegar a conocerla, en lo que juega un papel de gran importancia la expresión manifiesta de cada voluntad y la presencia de eventuales valores, sin que la interpretación se agote en la intención de quien celebró el acto jurídico en aras de la protección de la seguridad jurídica y el transparente despliegue de sus efectos en las situaciones jurídicas de los terceros involucrados con los respectivos actos o contratos, lo que en principio no viola o contradice el ordenamiento jurídico.

3. Personas afectadas por el acto jurídico

En la realización del acto jurídico pueden intervenir una o

más personas. Cuando el acto es unilateral, es realizado por una sola persona, la cual se designa con la palabra autor. En este sentido se comprende la mención de el "autor de testamento". Cuando en el acto participen dos o más personas, sin que teóricamente exista la limitación en su número, salvo disposición jurídica en contrario. Se les llama partes.

En síntesis, el autor y las partes son las personas de quienes emana el acto, por construir éste una manifestación de su voluntad. En este sentido, cabe dejar en claro, que no son autores ni partes quienes intervienen en la realización del acto por simple exigencia de forma, como los jueces, los notarios o los testigos.

Cuando en un acto intervienen una o más personas en representación de otras, aquellas son autores o partes en sentido material. Sin embargo, desde el punto de vista de los efectos regulares del acto, el carácter del autor o parte, únicamente, corresponde al representado.

Paralelamente se llaman terceros a quienes no son los autores ni partes del acto o contrato, aunque pueden mantener posiciones distintas a ellos; incluso pueden contradecir sus actuaciones o pretensiones, como sucede con

los terceros de mejor derecho frente a alguna de las partes o a una sola en un proceso. Sin embargo, en principio a los terceros no le afecta los actos o contratos ajenos a su formación, por lo cual solo pueden tener efectos directos en relación con quienes voluntariamente los han consentido y no así respecto a quienes no han tenido voluntad en éstos. En esta misma línea se puede suponer que A lleva a cabo un contrato con B, por el cual se compromete a darle una determinada cantidad de dinero a B. En este sentido, es indudable que B sólo podrá exigir, generalmente, el cumplimiento a A de la obligación contraída; sin embargo, no podrá demandar el pago a C, que no fue parte en el contrato. Del mismo modo, si A es condenado judicialmente a cumplir con determinada obligación a favor de B, éste no podrá, valiéndose de la sentencia dictada, exigir el cumplimiento a C, pues es una parte extraña

al proce- so seguido contra A. Por esta razón, se sostiene que los
efectos de los actos jurídicos son relativos.

En el caso de los actos unilaterales, puede presentarse una situación particular, en donde nacen derechos u obligaciones a favor de personas que no hayan intervenido en tales actos. En este último caso, estas personas, para ejercer los derechos y estar ligadas en los deberes, deben consentirlo y llegar a ser, de este modo, partes del acto o contrato jurídico.

4. Extensión del concepto de autor y de parte

Cuando en términos estrictamente materiales son autores o partes en un acto jurídico las personas de quienes emana el acto, se equiparan a los autores o partes aquellos representados que actuaron a través de representantes y los causahabientes

Tomando el señalado dimensionamiento de la inter- pretación jurídica en los actos o contratos, se desprende fácilmente la causa por la que alguna persona que ha sido representada en un acto, debe considerarse como parte en él.

5. Causahabiente

El causahabiente o derecho habiente, es aquel sujeto que sustituye al autor o causante en algún acto, quedando ligado al acto mismo como si hubiera participado en su gestación. De este modo, el causahabiente adquiere o tiene el derecho de adquirir algún derecho u obligación del causante, por lo cual existe un sujeto que manifiesta su voluntad de dar el derecho o la obligación y, otro sujeto, el causahabiente, que los adquiere. Esta realidad es de fácil constatación objetiva en materia sucesoria, donde quien hereda es el causante y quien recibe la herencia es el causahabiente.

La transmisión de facultades o deberes implica la existencia de un hecho posterior, por el cual el autor o causante cede su posición o logro al causahabiente. Cabe señalar que un

causahabiente puede serlo a título particular o a título universal. Cuando todo el patrimonio del causante o una parte alícuota o proporcional de él pasa al causahabiente, el acto sería a título universal.

En cambio, cuando la transmisión se refiere sólo a objetos o derechos determinados en forma específica, el que los adquiere es causahabiente a título particular. Este es más común que el causahabiente a título universal, porque su carácter no depende generalmente de la muerte del causante, sino que puede provenir de actos inter vivos, como un contrato. De esta manera, el que adquiere un objeto a nombre de otro en virtud de una compraventa, es causahabiente del vendedor a título particular.

El causahabiente a título universal puede tener todos los derechos y contraer la totalidad de las obligaciones del patrimonio de su causante. En este sentido, el causa habiente tiene a su cargo una transmisión completa de obligaciones o derechos que no se da cuando se trata de causahabientes a título particular.

Lo anterior, se debe a que el causahabiente a título particular sólo substituye a su causante con respecto a determinados bienes o derechos, porque lo remplaza, exclusivamente, para que se realicen en él actos relativos a los bienes o derechos que adquirió. No obstante, en este caso no está obligado a pagar las deudas del causante, ni éstas pueden transmitírsele como propiedad de otros bienes u otros derechos.

En caso de que el causahabiente haya adquirido un derecho, podrá hacerlo valer sólo de acuerdo con el acto que le haya dado nacimiento o con el que lo haya modificado posteriormente.

No obstante, si el ejercicio de ese derecho está sujeto a término, por ejemplo, deberá esperar el vencimiento de éste para exigir el cumplimiento de la obligación correlativa. De este modo, si adquiere una cosa, ésta pasará a su dominio con los gravámenes establecidos por el causante por actos anteriores a

la transmisión. En este mismo sentido, si el bien estuviere gravado por hipoteca, el causahabiente deberá reconocer el gravamen, aunque no esté obligado a asumir directamente las obligaciones personales del causante.

La posibilidad de transmitir a terceros los derechos y, en ciertos casos, las obligaciones, facilita en gran medida la realización del Derecho. Sería muy difícil la vida jurídica, si los derechos no pudieran cambiar de titular ni las obligaciones transmitirse. En este sentido, cuando se dan casos de imposibilidad legal absoluta de enajenar los bienes, las sociedades mercantiles no podrían sobrevivir y el Derecho se inmovilizaría. Basta la consideración de que un gran sector del Derecho, se ocupa fundamentalmente de regular e interpretar el modo de transmisión de los derechos y las obligaciónes.

CAPÍTULO XXI

PAPEL DE LA VOLUNTAD

1. Papel de la voluntad

La voluntad es el elemento esencial del acto jurídico, sin el cual éste no tiene existencia. Incluso se ha definido el acto como una manifestación de la voluntad, cuyo fin es producir efectos de Derecho. Cabe aclarar que, si el acto no se ejecutara con intención de que tuviera esos efectos, no sería acto jurídico, por carecer de la condición que se exige. Más bien, en dicho caso se hablaría de un hecho antes que de un acto. La voluntad de una persona constituye la esencia misma del acto jurídico, puesto que cuando ella no está presente, automáticamente el acto no llega a ser tal o no nace al mundo jurídico; la manifestación de voluntad debe dar contenido a la verdadera o real voluntad interna del sujeto, sin embargo, como se indicó, se presentan casos en que la voluntad jurídica no llega a formarse, ya sea por la ausencia del discernimiento, de la intención o la libertad. De esa manera, puede entenderse que la voluntad generadora del acto jurídico, es precisamente a lo que llamamos voluntad.

En un acto jurídico se expresa la voluntad de una sola persona, o concurren las de dos o más. Cuando en el acto está la voluntad de un solo sujeto, se dice que el acto es unilateral. En el caso que existan dos o más voluntades el acto es bilateral o sinalagmático. Ejemplos de actos unilaterales, pueden ser el testamento, la herencia y el ofrecimiento que una persona hace a otra de celebrar con ésta un contrato. En el caso de los actos bilaterales se pueden mencionar un convenio, un matrimonio, una compraventa o un contrato.

Se ha afirmado que la unidad de voluntad no es sino aparente en los actos unilaterales, porque para que produzca efectos de Derecho, es necesario que, a la primera voluntad, se una a la otra, como en el caso del testamento, que sólo tiene sus efectos

plenos cuando la herencia es aceptada. Si esta aseveración es cierta en algunos casos, no lo es en todos; el que renuncia a un derecho, por ejemplo, da lugar a efectos jurídicos por su simple renuncia, sin que sea necesaria la concurrencia de una voluntad distinta de la suya.

2. Elementos de la Voluntad

Las condiciones requeridas a fin de que la voluntad tenga plena fuerza para obligar, son dos, a saber:

a) Que sea expresada por quien pueda obligarse jurídicamente.

b) Que reúna los requisitos necesarios para responder a la intención de quien la exprese.

La inexistencia de estas condiciones motiva la ausencia total de la voluntad, lo que acontece en dos casos genéricos:

a) El de la falta de razón en la persona

b) El de error que constituye impedimento para que la voluntad llegue a existir realmente.

Cabe aclarar que cuando la persona carece de razón no está en estado de expresar su voluntad, pues no tiene el goce de sus facultades mentales que le permitan actuar conscientemente.

La ausencia de estas facultades se puede deber a factores fisiológicos, como en el niño de muy corta edad; patológicos, como en el caso de un demente, o debido a causas simplemente accidentales y transitorias por la naturaleza.

En este mismo sentido, se sostiene que tampoco la persona puede expresar en términos hábiles su voluntad, si se encuentra sujeta a un error que le impide o limita resolverse jurídicamente, por imposibilidad de conocimiento del contenido del acto que se ha intentado realizar, o de su identidad.

En fin, cualquiera que sea la causa de la ausencia de voluntad, se considera que tal ausencia es radical obstáculo para el nacimiento del acto jurídico, aunque éste se haya realizado en apariencia, no tiene existencia jurídica y así es

inexistente.

3. La capacidad

La persona que lleva a término un acto jurídico debe estar capacitada en su voluntad. Es decir, la persona debe estar en aptitud de obligarse por su propia voluntad. Sin embargo, en el ámbito jurídico, no basta con que la persona pueda obligarse eficazmente y que tenga voluntad; es necesario, además, que la norma jurídica conceda a la voluntad la fuerza suficiente para ligar al sujeto. En otras palabras, que actúe conforme a Derecho.

En este sentido, cuando la voluntad existe, pero no va acompañada del discernimiento suficiente en la persona para obligarla jurídicamente, o está sujeta a la prohibición que le impida producir sus efectos normales, el sujeto de esa voluntad es incapaz y no puede obligarse ni celebrar válidamente ningún acto jurídico.

4. Vicios de la voluntad

Para que la voluntad sea eficaz, no basta la capacidad, es menester también que al determinarse jurídicamente la persona, no se encuentre sujeta a factores que vicien tal voluntad y le quiten su fuerza normal. Cuando estos factores se presentan, la declaración de voluntad no corresponde a la intención interna y verdadera de la persona. Es decir, la persona se ha visto obligada para realizar el acto, solamente por encontrarse violentada o engañada, debido a circunstancias accidentales e involuntarias en su perjuicio.

Se considera que son dos las causas de la voluntad viciada, o vicios de la voluntad: el miedo o temor y el error. Sin embargo, usualmente, a las anteriores se suele agregar el dolo, el cual no es, en estricto rigor, un vicio de la voluntad distinto de los anteriores, pues constituye sólo una específica causa externa del error.

Cabe mencionar que la voluntad viciada tiene existencia,

pues los vicios de ésta no la destruyen -excepto si se trata de un error radical, el cual impide a la persona determinarse jurídicamente-. Sin embargo, aun existiendo la voluntad, no se producen los efectos regulares del acto jurídico y no se obliga jurídicamente. Lo anterior se debe a que la persona no tiene ante sí el vicio que la indujo a obligarse. Es importante tener en cuenta esta consideración, porque permite afirmar que en ocasiones la voluntad viciada obliga y el obligado está en aptitud de acatar la obligación nacida de la misma voluntad, prevaliendo el vicio que la hizo imperfecta.

a) Miedo o Temor

El miedo es producido por la violencia, que es la fuerza material o moral que se hace sobre una persona, para inducirla a que exprese su voluntad en determinado sentido. La violencia que tiene por objeto que la persona acepte ilícitamente lo que otra desea, es diversa de la que se ejerce para que se haga alguna cosa al influjo directo de la coacción física y movido materialmente por ésta; así la fuerza origina un vicio de la voluntad, porque tiene por resultado que la persona se obligue bajo la influencia del acto violento; la segunda, da lugar sólo a un hecho material y no a un acto jurídico, ya que prescinde en lo absoluto de dicha voluntad y se convierte en una fuerza que mueve sólo físicamente a la persona.

Cuando se pone a alguien una pistola bajo la amenaza de muerte si no firma un documento que obligue, o cuando con el mismo fin se le amenaza con que causará un mal grave a alguno de sus parientes más cercanos y queridos, el amenazado tiene en principio la posibilidad de escoger entre el mal con que se amenaza y la sumisión a las exigencias de quien ejerce la violencia. Si se somete a ésta y consiente en obligarse, ha hecho un acto de voluntad y el acto jurídico en alguna manera existe, aunque imperfecto; así lo admitieron ya los glosadores del Derecho romano en la frase: *coacta voluntas est voluntas.* En cambio, cuando a una persona se le obliga, tomándole la mano y llevándosela sobre el papel, a que firme el

reconocimiento de una obligación en su contra, o cuando se le fuerza, tomándola en brazos, a que asista a determinado lugar, no se puede decir que consintió en algo, ni que haya celebrado acto jurídico de especie alguna. De lo que se ha dicho resulta que, en la realidad, la violencia, tal como se ha definido, es la causa externa del vicio de la voluntad constituida por el temor, y que, si determina a la persona a obrar bajo su influencia, no le induce ineludiblemente a ello, porque en principio existe siempre la facultad de optar entre la sumisión a la coacción o su resistencia, aun exponiéndose a las consecuencias.

b) El Error

El error es el falso concepto de la realidad. Constituye el vicio del que el Derecho toma en cuenta para la protección del que se ha obligado debido por él, porque la persona interesada no habría contraído la obligación o la habría contraído en otras condiciones si hubiera conocido el error en que se encontraba.

Sin embargo, no todo error constituye un vicio suficiente para incumplir válidamente con la obligación, bien porque puede ser de escasa importancia, o porque la ley tenga presente los efectos negativos que tal error tendría en los terceros de buena fe que reciban sus efectos.

c) Dolo

El dolo implica la actuación malintencionada de una de las partes del acto jurídico para afectar la voluntad de la otra parte. En otras palabras, es la sugestión o artificio empleado para inducir a error o mantener en el error a la persona que celebra algún acto jurídico. La simple simulación del error por parte de quien sabe que existe, para conservar en él a la persona que obra bajo la influencia del mismo, es lo que se conoce como mala fe.

En el fondo, ambas son semejantes, pues indican que la persona obra dolosamente o de mala fe, cuando lo hace para aprovecharse del error en que alguien se halla; la única

diferencia es que el dolo consiste en hechos positivos y la mala fe en una simple actitud pasiva.

En los negocios jurídicos se tiende hablar de *dolus malus* y de *dolus bonus.* El primero alude al comportamiento mal intencionado y contrario a Derecho de una persona, con el fin de que la otra lleve a término algún negocio, que en otras condiciones difícilmente hubiera aceptado. En el segundo caso se utiliza para designar los artificios utilizados por una persona para llevar a otra persona a la conclusión de un negocio. En este último caso se puede señalar a un vendedor muy hablador, quien tiende a exagerar los beneficios del producto que vende.

CAPÍTULO XXII
RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LA VOLUNTAD

1. Principio General

El Derecho privado sostiene como uno de sus más importantes principios, que la persona es libre para obligarse por su voluntad, en la forma y términos que le convenga, sin más limitaciones que las excepcionales jurídicamente dispuestas, en favor de la autonomía de la voluntad.

Este principio es la manifestación de otro de alcance más amplio, relativo a las actividades de la persona privada, que es el de la libertad de acción en cuanto a que puede hacer todo lo que la ley no prohíbe. En cambio –se insiste- en Derecho público y dentro de un régimen consti- tucional, el Estado y sus órganos sólo pueden hacer lo que el ordenamiento dispone, para garantía de la libertad personal en equilibrio con las actividades del poder público.

Sin embargo, el principio de la autonomía de la voluntad no es actualmente tan general como lo consideraron las corrientes individualistas del Derecho.

Las escuelas de tendencias socialistas han multiplicado las restricciones al ejercicio de la voluntad individual, sea por motivo de directo interés público, sea por movimientos de protección para determinadas personas o categorías de éstas, a quienes se ha considerado jurídicamente desamparadas frente a otras personas o clases sociales. Incluso en algunas ramas del Derecho se ha llegado a revertir el principio, al negar que la persona pueda renunciar a los derechos y prerrogativas otorgados por la ley, y llegar así al sistema de que debe obrar necesariamente de acuerdo con todo principio legal que le conceda algún Derecho. Esta disposición es común encontrarla en las leyes que protegen a los trabajadores ante los patronos.

2. Clasificación de las restricciones

Las restricciones que, como limitaciones al principio de la libertad del ejercicio de la voluntad, son de dos órdenes:

1. Unas, limitan los naturales efectos de la voluntad e impiden que obligue a la persona, no obstante que dicha voluntad pueda haberse manifestado de modo sustancialmente perfecto. Son llamadas restricciones materiales.

2. Otras, limitan sólo el ejercicio de la voluntad en cuanto a la forma de declarar, por exigir particulares condiciones en la declaración. Son las restricciones formales.

3. Restricciones Materiales

Su fundamento: las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, tiene su capital fundamento en la razón misma del Derecho. Las actividades del hombre se desarrollan simultáneamente con las de sus semejantes, y sus intereses existen también al lado del de los demás. El aseguramiento del equilibrio social exige igualdad en las relaciones entre las actividades y esos intereses; la justa proporción de Aristóteles. Esta armonización de actividades e intereses requiere que la libertad individual no sea ilimitada: debe cesar ahí donde la actividad del individuo lesiona intereses ajenos o restringe la libertad de los terceros, considerados aislada o colectivamente.

Estas ideas han llegado a justificar la reprobación del abuso del derecho, que es, con seguimiento parcial de lo indicado por Saleilles, el ejercicio anormal del derecho y contrario al destino económico y social del derecho subjetivo; reprobándose a la vez por la conciencia pública y sobrepasándose el contenido del Derecho.

4. Enumeración

Las restricciones de la voluntad en los actos jurídicos, restricciones a la libertad individual según lo dicho, están señalados por la ley:

a) Esa voluntad no puede infringir las leyes de orden o interés público. El legislador es libre, naturalmente, para determinar qué leyes deben considerarse de esta especie.

b) Tampoco pueden manifestarse en forma contraria a la moral.

Existen leyes que son de orden público y no se puede infringir por la voluntad de los particulares. Pero, además, tampoco puede ésta manifestarse en contra de los principios morales, aun cuando no estén casuísticamente dispuestos en un texto legal.

5. Restricciones Formales

Forma de expresión de la voluntad: La voluntad, en sí, no es suficiente para obligar. Su simple existencia, cuando no pasa de ser una interna manifestación psicológica, no liga jurídicamente. Es preciso que se formule en forma objetiva o que se exteriorice por su declaración.

Teóricamente, la declaración de la voluntad puede hacerse por medio de una expresión verbal o escrita, y ser expresa, o producirse por actos o abstenciones de las personas, que acusen su intención de obligarse, y ser tácita.

En general, basta que haya una declaración de voluntad para que el interesado esté obligado. Excepcionalmente, esta declaración debe ser acompañada de requisitos especiales, para producir sus efectos jurídicos; estos requisitos que en casos particulares deben acompañar o revestir la declaración de voluntad, constituyen la forma o solemnidad en los actos jurídicos, es decir lo que se ha llamado restricciones formales de la expresión de la voluntad.

Los actos que no requieren de alguna forma especial se llaman consensuales; los que sí la necesitan, se denominan solemnes o formales.

En ocasiones, los interesados dan a un acto jurídico alguna forma especial, sin que la ley lo exija; tal acto será no obstante consensual, pues no le quita su carácter contingente al dársele

simplemente alguna forma por simple voluntad de quienes lo celebraron.

6. Objetos de la forma

Son dos los principales objetos que se persiguen por la forma; uno es que las partes se provean de alguna prueba de la celebración del acto *(ad probationem tantum).* El segundo es satisfacer una exigencia sustancial para la validez del acto *(ad solemnitatem o ad substantiam);* en este caso la prueba se exige para proteger intereses que no sólo son los de los interesados directamente, sea garantizando la libre expresión de la voluntad de las personas o permitiendo la constitución de la prueba, no sólo en provecho de las partes, sino de los terceros y de la colectividad. Se exige así que ciertos actos jurídicos como el matrimonio, se celebren ante funcionarios especialmente capaci- tados bajo las modalidades jurídicas y para recibir las declaraciones de los interesados y cerciorarse de que éstos obran libremente, sin sometimiento a influencias indebidas. Se previene del mismo modo que otros actos, como los del estado civil, se hagan constar en libros o registros especiales que podrán ser consultados o conocidos por cualquier interesado.

Debe considerarse, que en algunos casos la falta de forma apareja la sanción extrema de que la prueba del acto no sea admitida, lo que indudablemente responde a una más enérgica exigencia de la forma; así sucede, por ejemplo, con la alteración o inexistencia de los actos o documentos contentivos de las especificaciones civiles de las personas, como sus calidades, número de cédula de identidad y pasaporte (que en ocasiones coinciden); también hacen inexistentes actos requeridos de forma, como los matrimonios no realizados ante funcionario competente o sujeto investido del apoderamiento necesario para la validación jurídica del caso.

7. **Utilidad de la forma**

La utilidad de la forma ha sido defendida por autores de la talla de Von Ihering. En los pueblos primitivos, el formalismo se impuso porque ha sido la mejor manera de suplir las deficiencias de los medios de prueba disponibles. A falta de instrumentos escritos, o frente a la dificultad de utilizarlos, se recurrió a las formas solemnes con expresión simbólica y ante testigos.

Las solemnidades de los actos jurídicos se han multiplicado en la historia del Derecho más de lo que la necesidad exigía; pero esto se ha debido a factores sociológicos o de otro orden que no destruyen radicalmente las razones de necesidad de tales solemnidades. En realidad, la exageración ha ido desapareciendo paulatinamente; si en el Derecho romano se notó este hecho, más se observa en el Derecho actual, en el que, por principio, los actos son consensuales con la excepción de los casos que disponga el ordenamiento jurídico.

No obstante, la forma no está llamada, por lo menos durante largo tiempo, a desaparecer. Los propósitos que ha perseguido quedan justificados en múltiples ocasiones; la ley se ve precisada a exigirla, bien para garantizar la libertad de los interesados, bien para proteger los intereses de terceros, hoy más que nunca amenazados por la multiplicación de las actividades modernas, la complicación de los negocios y el creciente espíritu de fraude sostenido por el materialismo imperante. Ni qué decir de la multiplicación de los registros públicos, de funcionarios encargados de dar autenticidad a ciertos actos, entre otros problemas burocráticos.

Se ha afirmado con certeza, que el ritualismo excesivo dificulta la vida del Derecho y causa serios e inmotivados perjuicios a las personas y a las colectividades. Por esto puede decirse que las formas no son innecesarias cuando persiguen un objeto de utilidad; la forma es con frecuencia el único medio de evitar fraudes, proteger intereses de incapaces y dar

oportunidad al poder público para impedir que se cometan actos contarios al interés general y a las diversas colectividades en sociedad. Si la vida primitiva reclamó las formas jurídicas, la cultura moderna no puede prescindir de éstas, aunque sea por razones diversas.

Cabe señalar, que actualmente el formalismo se impone con frecuencia, para la protección de los múltiples intereses y bienes implicados en el permanente y cambiante devenir de las sociedades modernas, para imprimir un sello importante de estabilidad y seguridad o certeza en las relaciones jurídicas.

CAPÍTULO XXIII
LA INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO

1. Conceptos Generales

Los efectos de los actos jurídicos también deben ser acordes con el ordenamiento jurídico. La voluntad huma- na, que es la protagonista de estos efectos, no basta para movilizar plenamente a tal ordenamiento, sino que la voluntad misma debe estar en armonía con el Derecho escrito y el Derecho no escrito que constituyen la dimensión sustancial del citado ordenamiento. Si esto no se da, el acto que se ejecuta es imperfecto, de modo que el mismo ordenamiento puede impedir que se den los efectos de un acto contrario a Derecho y en caso que se den los efectos, los puede suprimir radicalmente con la aplicación de responsabilidades y cargas del caso. De tal manera que, si el acto no es conforme a Derecho, es inválido o queda afectado de invalidez.

La ineficacia de un acto inválido se da porque hubo un impedimento que no permitió el nacimiento de los efectos o porque sus efectos, en caso de darse, pueden ser eliminados con posterioridad. En el segundo caso los efectos quedan eliminados en forma retroactiva. Sin embargo, no debe existir confusión entre el concepto de invalidez y el de ineficacia, aunque dichos conceptos pueden estar eventualmente en una estrecha relación, lo cierto es que son bastante distintos.

Aclarando lo anterior podríamos decir que el acto inválido puede llegar a ser ineficaz, pero no todo acto ineficaz carece de validez, pues existen actos válidos que pueden ser ineficaces. Los actos válidos e ineficaces no pueden producir efectos por alguna causa ajena a la validez, verbigracia, el sujeto que se encuentra ante una condición suspensiva, deviene en ineficaz su ejecución mientras la condición no se realice, o el que está supeditado a una determinada resolución, que pierde su condición cuando ésta se da. Así mismo, es ineficaz en parte, el acto que por el momento no reúne los

requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico; no obstante, una vez ajustado el acto o la conducta a Derecho, se producen sus efectos.

En un sentido estricto, la invalidez del acto estriba en que no reúne ninguno de los requisitos que el ordenamiento jurídico impone. Sin embargo, ampliando el concepto, se ha tendido a agrupar entre los actos inválidos aquellos que no tienen contenido material, es decir, aquellos a los que el Derecho no puede reconocer efectos porque no tienen materialidad. Este tipo de acto se le conoce como inexistente, y entra en la categoría de los actos inválidos conforme a la doctrina francesa.

Considerando lo que hasta aquí se ha dicho en torno a la invalidez, se sostiene que el acto es invalidado por el ordenamiento jurídico, el cual utiliza la sanción para anu- larlo. Es decir, la sanción se aplica cuando el acto no se realiza conforme a las disposiciones ni se ajusta a Derecho, o cuando la voluntad que dio origen al acto no está conforme a su contenido y fin, sin que por ello tenga la suficiente fuerza para producir efectos; el carácter de la invalidez estriba en la sanción que priva al acto de sus efectos, ya sea de modo transitorio o definitivo.

Es menester indicar que la invalidez jurídica no ha sido objeto de una teoría precisa, pues las conclusiones en torno al tema son generalmente, de un lado vacilantes y confusas o, por el contrario, tienen un exceso de precisión teórica que no se ajustan a la realidad. Debido a lo anterior, se ha generado una amplia proliferación de conceptos, por lo cual se ha pasado de admitir la simple nulidad planteada por los romanos -cuando se negó en forma absoluta los efectos del acto-, a la admisión de diversos tipos de actos inválidos.

2. Antecedentes históricos de la Teoría de la invalidez

El Derecho pretoriano de Roma, que estableció la dualidad en materia de los actos inválidos, consideró de una parte la

nulidad civil; de otra parte, la nulidad pretoriana. Esta interpretación romana influyó posteriormente en la doctrina francesa, la cual vino a complementar las disposiciones del Código napoleónico. No obstante, los lineamientos de los autores franceses son muchas veces vagos e imprecisos, ya que los principios del Derecho romano en materia de invalidez, fueron señalados con ambigüedad. En efecto existen dos teorías que pretenden explicar este problema, una argumenta que los principios eran confusos, incluso para los romanos; la otra que las fuentes históricas que llegan del pasado vinieron incompletas.

En cualquier caso, el Código napoleónico retomó de los romanos el sistema de las dos nulidades: la de pleno derecho y la relativa. Se consideró que la nulidad de pleno derecho generaba sus efectos sin necesidad de deducir una acción judicial, la cual sí se requería cuando existía nulidad relativa. No obstante, esta diferencia sufrió asedios, pues hubo teóricos que sostenían que para ambos casos era necesario la acción judicial.

Sin embargo, no bastó admitir en el Código los dos tipos de nulidades, pues se agregó un tercer concepto. Se creó un procedimiento específico de actos inválidos en materia de matrimonio, que consistía básicamente en que no podía haber un matrimonio inválido, sino existía un precepto manifiesto que sostuviera la invalidez del acto. Lo anterior trajo conflictos en los comentaristas, quienes no pudieron conciliar el procedimiento con la necesidad de eliminar los efectos jurídicos de ciertos matrimonios, los cuales, por no haber sido objeto de un precepto jurídico, debían de tenerse por válidos. De este modo se originó la teoría de los actos inexistentes, la cual se fun- damentó en ciertas partes del referido Código y en las disposiciones del Primer Cónsul. Estas ideas causaron que se admitiera un nuevo tipo de actos nulos, que tuvo un carácter general. Así, con la teoría de los actos inexistentes, nació el sistema clásico o tripartito de los actos inválidos.

3. Actos nulos de pleno Derecho

Se considera que un acto es nulo de pleno derecho cuando va en contra de alguna norma jurídica que expresamente lo prohíbe. Sin embargo, existe el criterio de considerar este acto como aquel que carece de los elementos esenciales, que exige la naturaleza o voluntad de la norma o de las partes. En este segundo caso, se fusiona la idea de la inexistencia del acto jurídico. En general, los actos viciados de nulidad absoluta o de plena nulidad, desde la óptica del Derecho administrativo positivo, sucede cuando al acto. que es simple actuación material de la Administración Pública, le faltan los elementos constitutivos reales y-o jurídicos, es decir, cuando no existen los elementos fácticos o materiales para su dictado y eventual ejecución para satisfacer los intereses públicos, sin perjuicio de la violación o carencia de los elementos jurídicos que teniéndolos harían del acto o conducta administrativa disposiciones válidas y eficaces. Cuando un acto o conducta deviene en plena nulidad o nulidad absoluta, es porque se deriva imperativamente del ordenamiento jurídico que a la vez dispone las condiciones objetivas para su verificación, declaración y ejecución. En el Derecho comparado los actos viciados de plena nulidad no pueden sanearse por otros actos, ni convalidarse por actos posteriores; aun incluso, no hay posibilidad de convertirlo en otro u otros actos, dada la causalidad y ligamen necesario con el acto o conducta original viciados radicalmente cuya extirpación fáctica y jurídica debe darse *ab initio,* desde el inicio o *in radice*, de raíz, y, por ello, con efectos *ex tunc* o *ex ante*, por la imperativa retroactividad al momento del nacimiento, por acción u omisión, de la patología radical que debe impide el despliegue jurídico por tratarse de alguna actuación material o de hecho, sin ser nunca conducta ajustada a Derecho.

De tal manera que la sanción objetiva y radical que invalida el acto viciado de plena nulidad, tiene como finalidad negar

todos sus efectos por su invalidez radical, dado que la indicada nulidad despoja al acto de todos sus efectos *ipso jure*.

Sin embargo, la violación de una norma jurídica de índole público, no apareja, necesariamente, a la nulidad absoluta del acto, es decir, del hecho de la infracción no se sigue siempre la nulidad de pleno derecho. Sin embargo, no todas las violaciones de una norma jurídica, dan cabida a este tipo de nulidad. La nulidad absoluta se da de acuerdo a la gravedad del hecho, que puede ser prevista por el legislador. Del mismo modo, el legislador puede prever una nulidad relativa, de acuerdo al tipo de infracción de la norma jurídica del ordenamiento.

4. Deficiencias del sistema clásico de las nulidades

Históricamente el sistema clásico ha sido objeto de gran cantidad de críticas, porque ha tendido a distanciarse de lo real, principalmente al tender hacia la categorización de todos los casos de invalidez desde determinados caracteres, que no consideran la sanción de invalidez desde la óptica normativa. Esto último trae una gran inconsistencia, puesto que la magnitud de nulidades se determina según la norma jurídica infringida.

Desde una posición objetiva, se puede apreciar que la teoría clásica tripartita presenta gran rigidez conceptual, que no se ajusta siempre a la experiencia jurídica. Es decir, es una teoría en la que se ha pretendido verter una diversidad de fenómenos jurídicos que, objetivamente, no pueden calzar dentro del marco de dicha teoría.

Lo anterior ha conducido a que tenga que aceptarse el criterio de considerar la nulidad de acuerdo al grado de la infracción, en lugar de optar por el criterio de la teoría clásica. Es decir, se ha escogido un sistema más flexible, que toma en consideración la norma infringida en vez de uno rígido e invariable. De este modo, se han reducido los eventuales perjuicios que se originan por la invalidez del acto, en casos en

los que corresponde la nulidad absoluta y la nulidad relativa o simple anulabilidad, dado que el término de nulidad relativa puede llevar a confusión, cuando un acto puede ser *parcialmente* nulo de nulidad absoluta
-no así en su totalidad- y por lo tanto sería relativamente nulo, sin estar en la hipótesis de la simple anulabilidad.

Justamente, por lo anterior, no puede sostenerse, que todo acto infractor de una norma jurídica válida y eficaz sea nulo absolutamente. En cambio, si puede decirse, que el acto es meramente anulable en ciertas circunstancias y es de pleno derecho u *ope legis*, por imperativo del orde- namiento jurídico.

5. Efectos de la nulidad

La finalidad de la nulidad absoluta, debe hacerse según su propósito de restablecimiento del ordenamiento jurídico, por lo que consiste básicamente en sancionar radicalmente las violaciones más graves del Derecho. De este modo, se evita el nacimiento de los efectos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual ante su verificación, procede la aplicación *ex ante* o retroactiva al momento de su gestación de hecho o material, a fin de evitar y prohibir su despliegue jurídico, pues no son actos válidos y eficaces. En Derecho administrativo, la nulidad absoluta impone la reversión necesaria de los efectos nugatorios conta la conducta violatoria del ordenamiento jurídico y la simple anulabilidad mantiene la eficacia jurídica con efectos *ex post* o *ex nunc*, sea hacia el futuro sin la retroactividad anulatoria exigida para los actos viciados de plena nulidad o nulidad absoluta. Es más, la Administración está en la obligación de dictar de oficio la nulidad absoluta, pues es una nulidad tanto radical, como objetiva, que no depende de la voluntad de nadie, sino que contraviene radicalmente el ordenamiento con despliegue y efecto propios; al ser un vicio de raíz o *in radice.* Algunas veces de manera clara y notoria, otras veces con algún grado de equivocidad que requiere del proceso del análisis y determinación rigurosos,

técnicos y objetivos, lo que suele suceder frente al ejercicio de las potestades discrecionales administrativas. Así, cuando se da la nulidad absoluta del acto o de la conducta administrativa, lo que también sucede con los actos en la dimensión del Derecho privado, los actos no devienen en actos jurídicos, pues simplemente son actuaciones o actos de hecho o materiales, nunca así *de iure* sino *de facto*.

Así como en el Derecho público la nulidad radical persiste en la protección efectiva de los intereses públicos, en el Derecho privado no sólo se busca la protección de los interesados e intereses involucrados con el respectivo acto, sino que también protege la gran gama de intereses y derechos que, si bien no participaron en la formación y determinación del acto nulo, pueden ser víctimas de su ejecución como si se tratara de un acto válido y eficaz. Y en ambos casos, sea en la dimensión pública y privada, desde la perspectiva del Estado de Derecho, cualquier actuación o acto contrario a Derecho, implica una peligrosa y desgastante afrenta a los valores y fines del ordenamiento jurídico que, a la vez, es parte constitutiva de su organiza- ción y actividad estatal.

Al tratarse la nulidad de pleno derecho de una realidad objetiva, cuyo vicio radical existe y en ocasiones persiste en los actos o conductas, el ordenamiento jurídico dispone un conjunto de medidas para evitar el despliegue de sus efectos de hecho en el ámbito social, donde pueden resultar afectados sujetos de buena fe en sus esferas protegidas de intereses y derechos, que podría dar como resultado la responsabilidad objetiva y patrimonial de la Administración Pública o del Estado, ante la invasión en las esferas patrimoniales privadas de los ciudadanos afectados, sin excluir los demás extremos procesales de una eventual sentencia condenatoria. Así, en el Derecho administrativo, la declaratoria de nulidad absoluta debe hacer- la la propia Administración que dictó la conducta viciada, como las administraciones, entes u órganos encargados de las potestades de fiscalización o tutela, para la rever- sión obligatoria del caso, sin perjuicio del control efectivo

a nivel judicial. De ahí que el principio sea que la anulación por actos viciados de plena nulidad, devenga de oficio por parte de la Administración pública o del ente u órgano relacioando con tal acto o conducta; no obstante, esto no impide la presencia de los afectados e interesados para impugnar en sede administrativa y judicial, tales actos o conductas.

Sin embargo, en casos determinados se requiere de la anulación vinculante por parte de la autoridad judicial en la esfera del Derecho público y del Derecho privado. Tal intervención judicial suele ser de gran trascendencia práctica aun cuando la nulidad del acto o conducta sea manifiesta y notoria, a fin de dar solución necesaria e incluso forzosa, si fuera del caso, en determinadas situaciones donde difícilmente puede obtenerse la solución por las partes involucradas en la esfera estrictamente privada, e incluso en la esfera pública, con una Administración con funcionarios corruptos o negligentes en el cumplimiento de sus deberes conforme al principio de legalidad.

En general, los efectos de la nulidad pueden variar según el motivo que la produjo:

1) Se sostiene que la nulidad se origina *ipso jure*, simplemente porque se comete un hecho que implica la violación del ordenamiento jurídico. Así en principio el acto o conducta sometidos a nulidad, no deben llegar a ser objeto de ejecución, ni presumirse su validez. De este modo no puede darse una situación jurídica válida, que tenga como base un acto nulo de pleno derecho, ni siquiera con anterioridad al reconocimiento manifiesto de su existencia.

2) La nulidad de un acto puede ser solicitada por las partes afectadas por su nacimiento y despliegue de efectos, como debe ser declarada de oficio cuando se trata de la aplicación obligada conforme a las disposiciones de Derecho público. Incluso podemos pensar en ambos casos que, aun cuando las partes afectadas no lo pidan en la dimensión judicial, ni la Administración pública haya dictado de oficio la nulidad

respectiva, la autoridad judicial puede y debe anular de oficio los actos o conductas viciadas de plena nulidad, simplemente por ser vicios radicales y objetivos, que toda autoridad pública está en la obligación de eliminar de raíz, conforme al principio de legalidad que no excluye a las autoridades judiciales.

3) En la gradación de importancia en la defensa de los intereses y derechos, cuando exista la violación radical del ordenamiento jurídico desde la esfera del Derecho público, frente a las eventuales nulidades de incidencia directa e indirecta en las situaciones jurídicas particulares, prevalece el interés público sobre el interés de la Administración y los intereses privados.

4) Los derechos obtenidos por la nulidad no prescriben, al estar atados con el nacimiento y despliegue de las nulidades radicales de los actos o conductas, sin que, en sentido estricto, surjan o nazcan derechos derivados de un acto o conducta contrarios a Derecho. No obstante, cuando existan sujetos involucrados de buena fe, que recibieron los efectos de su existencia de hecho, pueden reclamar daños y perjuicios, o acaso pueden oponer el proceso contencioso administrativo por responsabilidad patrimonial del Estado incluso por actos lícitos si se cumple complementariamente con los siguientes principios, a saber; a) que exista una relación de causalidad entre el acto o conducta con la afectación patrimonial reclamada;
b) que no exista culpa de la víctima en su favor, es decir, que, por medio de la intervención del afectado, se pretenda sacar provecho de su propia actuación que, a la vez, rompe el nexo de causalidad antes señalado; c) que el daño sea cierto y no hipotético o potencial; d) que el acto o conducta sea de efecto individualizado y, e) que el daño sea económicamente evaluable.

6. Actos anulables

Los actos anulables son aquellos que a pesar de contener los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico, presentan algunos vicios menores o inconsistencias que

podrían acarrear perjuicios al interés público y a determinados intereses y derechos particulares. En estos casos, el Derecho ha considerado necesario proteger estos intereses, con reconocimiento de que los afectados puedan ejercer el derecho de acción procesal e incluso el procedimental en fase administrativa, cuando se trate de actos o conductas administrativas. Es decir, a pesar de los efectos jurídicos típicos, generados por el acto jurídico, éste puede ser anulado a petición de los interesados, quienes pueden invocar vicios de forma para poder llegar a una situación anterior a la realización del acto.

En el Derecho privado este tipo de actos son afectados por la llamada nulidad relativa, que tiene como fin la defensa de los intereses de aquellas personas que injustamente se han visto afectadas por la realización del acto. En esto último radica la diferencia con respecto a los actos de nulidad absoluta, pues en los actos anulables se protegen los intereses particulares; lo que no deja de estar presente en esta dimensión privatista, respecto a los actos de plena nulidad; no obstante, acá también se involucra el interés público que, por definición causal y necesaria, es patente de corso en el Derecho público.

7. Efectos de la nulidad relativa

Los efectos de este tipo de nulidad se establecen de acuerdo al objeto. De este modo, los efectos pueden presentar determinadas características:

a) En el ámbito del Derecho privado se requiere de la intervención judicial para su declaratoria, lo que en Derecho público puede darse desde la Administración activa o desde los entes y órganos encargados del ejercicio de fiscalización o

tutela administrativa. Los actos meramente anulables pueden tener a su favor la presunción de legitimidad y ordenarse su ejecución, por lo cual pueden producir sus efectos, siempre y cuando no se declare la nulidad radical; incluso el acto meramente anulable puede convertirse eventualmente en un acto válido y eficaz, o a la inversa, por intermediación judicial puede declarase la nulidad radical de un acto que en principio se creyó ser simplemente anulable.

b) La diferencia entre el acto anulable y el válido, consiste en que el primero no podría tener efectos, si se da una declaración de nulidad absoluta. Incluso, dicho acto pudo haber generado efectos que podrán ser eliminados si se declara tal nulidad a la cual se incorpora el peso que impone el ordenamiento contra tales actos viciados radicalmente. En esta perspectiva, los actos meramente anulables pueden ser convalidados por otros actos; pueden ser saneados por otros actos y convertidos por otros actos que ostenten, en principio, la necesaria y plena validez jurídica. A diferencia de los actos nulos de plena nulidad, donde no puede darse ningunos de estos supuestos de acomodo o adaptación propia o ajena.

c) En Derecho privado el vicio que anula el acto sólo puede ser aprovechado por las personas que han sido protegidas por el ordenamiento jurídico, dado que la nulidad es relativa, no absoluta. De este modo, no basta con querer que se declare la anulación del acto, sino que debe existir el derecho para solicitarla, lo que nos lleva a la vinculación con algún objeto en un proceso determinado, por la relación directa e indirecta con la pretensión anulatoria del acto o actos con vicios de mera anulabilidad. Sin embargo, también puede pretenderse judicialmente, en lugar de su anulación, la ratificación de algún acto de conversión, saneamiento o convalidación por actos distintos pero indispensables para la supervivencia de su contenido regulador y que pueden ser objeto de oposición o rechazo.

d) La acción de nulidad desparece por la prescripción, es decir, si los interesados no hacen valer la pretensión de anulación en tiempo y forma, precisa y fundamentalmente por la existencia de los principios de saneamiento y convalidación, que no hace que la mera anulabilidad sea irreparable o de imposible ejecución como si fuera nulidad radical.

8. Naturaleza de la acción de nulidad relativa

El fin de esta acción es modificar la situación jurídica que originó el acto anulable. Pero esta nulidad sólo puede darse si se declara su anulabilidad, pues no se trata de nulidad de pleno derecho. Los antecedentes de este principio se pueden rastrear hasta la antigua Roma, en la institución de la *in integrum restituto.*

9. Actos Inexistentes

El acto inexistente es aquel que carece de los elementos indispensables para su nacimiento al mundo jurídico; de tal manera que pueden ser actos o actuaciones existentes desde la óptica fáctica o material, pero no así en la dimensión jurídica. En la teoría del Derecho administrativo existen posturas que defienden su existencia -valga el equívoco- para distinguirlo de los actos viciados de plena nulidad. No obstante, como se adelantó, los actos o actuaciones inexistentes se refieren al ámbito jurídico, lo que no impide que existan actos o actuaciones materialmente existentes, aun cuando sean plenamente contrarios al ordenamiento jurídico, y rebasan toda lógica o razonabilidad en su contenido y efectos, es por decirlo de alguna manera, actos nulos radicalmente, con grado manifiesto y notorio, como cuando se dicta una disposición reglamentaria para que los ciudadanos salgan a la calle necesariamente con paraguas, sujetos a sanción en caso contrario; o cuando en materia expropiatoria, se ejecutan las obras en terreno de vivienda, sin que el afectado haya sido objeto de notificación previa. Nadie dudaría pues, que los actos

son existentes, pero a la vez la nulidad radical es a todas luces evidente y manifiestamente comprobada. Sin embargo, a pesar de lo absurdo y arbitrario, existen ciertos factores presentes sin los cuales del todo no serían existentes a nivel de realidad material o, de hecho, y así de una u otra forma existió la voluntad de dictarlo y eventualmente ejecutarlo, a pesar de la grosera y radical nulidad absoluta.

CAPÍTULO XXIV

LA REPRESENTACIÓN

1. Concepto

La representación, en el más amplio sentido, envuelve la actuación en nombre de otro. Hay representación en el acto jurídico cuando es realizado por el representante en nombre del interesado. Cuando se realiza la representación por la acción del representante en nombre y lugar del representado, el acto jurídico deviene en válido y eficaz, al menos en principio. Ahora bien, los efectos jurídicos que se generen por el acto, son a favor o a cargo del repre- sentado, sin que esto vincule al representante, al menos en principio, salvo que se constate objetivamente que ha actuado con dolo o culpa grave en perjuicio del representado.

Cuando la representación existe, se manifiesta la voluntad del representado y no la del representante, y es aquélla la que liga a éste. El nacimiento de la obligación nace con la manifestación del representante bajo el principio de que el acto de representación sea válido y eficaz, y haya cumplido por ende con los requisitos norma- tivos para el despliegue de sus efectos jurídicos, dentro de las limitaciones o señalamientos que el representado haya dispuesto en el acto mismo de otorgamiento del acto de representación, que puede ir desde un poder especial para un acto determinado; poder especial judicial y-o administrativo, para la atención y seguimiento de procesos (judiciales) y procedimientos administrativos; hasta los po- deres general y generalísimo, entre éstos con limitación o sin limitación de suma. Incluso pueden darse los poderes mancomunados donde se requiere de la coparticipación de dos o más representantes para llevar a cabo los actos y negocios jurídicos de interés compartido.

La representación forma parte del dinamismo acelerado de las relaciones humanas en sus distintas clases de expresión

singular, que van desde la actividad comercial, industrial y agrícola, pasando por actos de interés personalísimo como los actos de matrimonio, sin perjuicio de los actos de representación a niveles judicial y administrativo -cómo se indicó-; así están presentes una gran amplia gama de actos de representación que facilitan sin duda, el despliegue y defensa de los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas.

2. Utilidad de la representación

La representación implica un concepto algo confuso en principio, dado el entremezclamiento de voluntades presentes, y las responsabilidades que puedan gestarse a partir de los actos mismos. de representación. En este sentido, la representación equivale a estimar ajeno el acto que el representante lleva a cabo; no obstante, su obligación de ejecutarlo conforme a la voluntad del representado, sin que éste haya tomado parte activa y directa en su materialización. Esta figura fue extraña al Derecho primitivo y al Derecho romano en sus primeros tiempos.

Ciertamente, como se indicó, la representación se debe a una idea de necesidad jurídica, social y económica. En el caso del Derecho romano, se dio precisamente para satisfacer estas necesidades, de este modo se establecieron las primeras bases de la construcción jurídica de la representación, contribuyendo eficazmente con su nacimiento y desarrollo. Los jurisconsultos romanos fueron los primeros en suplir las deficiencias causadas a los actos y posturas contrarios a la representación, llegándose a su aceptación consolidada en perjuicio de las otrora posiciones adversas.

3. Extensión del principio de representación

Según ha quedado indicado, la representación constituye un mecanismo jurídico regular y es principio general que puede estar presente en todos los actos jurídicos del Derecho privado, salvo casos excepcionales. Así, no cabe, la representación para

actos donde solo se requiere del ejercicio o destreza exclusiva de un sujeto determinado, como sucede, a manera de ejemplo, por la capacidad genial y alta pericia de algún técnico o científico, o por la destreza artística y creativa de un autor, compositor o creador de arte en actividades que son parte de la expresión exquisita y singular del espíritu humano.

4. Clases de representación

Existen dos clases de representación:

1º La representación voluntaria consiste, básicamente, en que una persona representa a otra, en atención a un acto contractual, tal es el caso del mandato.

Al mandato se le ha equiparado con la gestión de negocios, por la que una persona se arroga la representación de otra, sin estar necesariamente autorizada expresamente. No obstante, la gestión de negocios, que envuelve una representación indudablemente, trasciende en ocasiones lo estrictamente convencional, dada la amplitud de actuación del mandatario que no se agota a lo dispuesto expresamente por el mandante.

2º La representación legal consiste en que una persona asume la representación, en atención de una disposición jurídica, que confiere facultad para representar a alguien, sin la necesaria aprobación del representado. En este sentido, posee representación legal el padre -con la patria potestad-, el tutor, el síndico de una quiebra o con- curso; el ejecutor de testamento, entre otros.

CAPÍTULO XXV
LOS CONTRATOS

1. Conceptos Generales

Los contratos son un tema de suma importancia para el desarrollo y actualidad del Derecho, de manera que su estudio introductorio no se puede pasar por alto. Así entonces para la incorporación en el universo de los contratos, los aportes de Aquino (1976) constituyen una sólida base para desarrollar el tema.

Se puede decir que actualmente un gran número de los actos jurídicos son contratos; en efecto, es común toparse con una gran variedad de contratos sin que se agoten en la dimensión escrita de su formulación, dado que también existen -se insiste- los contratos orales. No obstante, los contratos presentan dificultades según los intereses involucrados, por lo cual el Derecho interviene a fin de regular las relaciones contractuales en aras de la armonía jurídica y psicológica.

2. El contrato y la convención

Se dice que hay un contrato cuando dos o más personas acuerdan realizar un determinado acto con el que pueden crear, modificar o extinguir algún derecho. Por otro lado, se habla de convención cuando dos personas se ponen de acuerdo en hacer uso de sus consejos para lograr un fin científico o artístico.

Como se puede apreciar, la diferencia fundamental entre el contrato y la convención es que el primero tiene que ver con los derechos y la convención no produce obligaciones.

Los contratos tienen que contener elementos esenciales, naturales o accidentales. Veamos:

a. Elementos esenciales: Se consideran que hay condiciones necesarias y peculiares para que el contracto exista. De este modo no puede haber contratos fuera de la capacidad,

el consentimiento, el objeto y la causa.

b. Elementos naturales: La ley estipula que no existe posibilidad de suprimir o modificar los contratos según la voluntad de los partes. Por ejemplo: la gratuidad en el mandato o la garantía de evicción en la venta.

c. Elementos accidentales: Estos tienen que ver con el principio de libertad, pues se pueden realizar contratos siempre y cuando no entren en conflicto con el ordenamiento jurídico.

3. Clasificación de los contratos

Los contratos se pueden clasificar según las obligaciones en: a) unilaterales: en estos contratos sólo queda obligada una de las partes; b) bilaterales: donde las ambas partes que conforman el contrato quedan obligadas entre sí, con derechos y obligaciones recíprocos; c) multilaterales: cuando existen más de dos partes en los contratos y por ello se da la pluralidad de derechos y obligaciones.

No obstante, también puede existir la clasificación de los contratos según las ventajas, a saber:

a. De título oneroso: esto quiere decir que el contrato establece que las ventajas para una u otra parte son compensadas por la otra parte. Es decir, en el contrato una de las partes adquiere una ventaja patrimonial, que lleva consigo, paralelamente, una disminución del propio patrimonio. Ejemplos de este tipo de contratos, son la compraven- ta y todos aquellos negocios que impliquen intercambio de prestaciones.

b. Según la gratuidad: este contrato se caracteriza por el hecho de que una de las partes recibe una ventaja o beneficio, sin compensación para la otra parte. Es decir, es el contrato en donde la adquisición, por una de las partes del acto efectuado, se realiza sin ninguna pérdida patrimonial. Un ejemplo de este tipo de contrato es la donación.

c. Consensuales: son aquellos contratos que quedan concluidos para los contratantes por el mutuo consentimiento. A esta clase pertenecen la compraventa, la localización, la sociedad y el mandato, entre otros.

d. Reales: los que necesitan que una de las partes haya hecho tradición o entrega a la otra de la cosa o bien objeto del contrato, como sucede con la prenda.

También los contratos pueden ser clasificados en nominados e innominados, a saber: a. Los contratos nominados tienen una denominación con el fin de que se distingan de otros. Por ejemplo, la donación, la compraventa, entre otros; b. Los contratos innominados, son aquellos que carecen de nombre, y en esta categoría entran todos aquellos que son producto del progreso de la civilización, como los que tienen que ver con materia de publicación y de tecnología de software.

4. Capacidad

a) En el Derecho comparado tienen incapacidad general para contratar aquellas personas por nacer, los menores impúberes, dementes declarados judicialmente y los sordomudos que no saben darse a entender. A la vez tienen incapacidad relativa para contratar, los menores adultos que, en principio, son capaces de todos los actos de la vida civil, menos en aquellos casos que expresamente no se autoriza según el ordenamiento jurídico.

b) Incapacidades especiales o de Derecho. No pueden adquirir por sí, o por intermedio de otra persona los padres en relación con los bienes de sus hijos que están bajo la patria potestad; los tutores respecto de los bienes de las personas que están a su cargo; las autoridades judiciales en relación con los bienes que estuvieren en litigio es sus respectivos despachos judiciales.

c) Incapacidades anómalas. Se refieren a personas que en realidad más que incapacidad tienen imposibilidad de

contratar. Así en primer término están los religiosos profesos, a quienes generalmente sólo se les permite contratar en nombre de la comunidad en calidad de agentes y no, así como mandatarios. También están los comerciantes fallidos, que están incapacitados parar contratar sobre bienes que corresponden a la masa del concurso.

5. Consentimiento

El núcleo de toda relación contractual es el acuerdo de voluntades; debe, pues, mediar la conformidad entre los interesados sobre el punto o puntos que forman el objeto del acto o contrario, y además exteriorizarse, por alguno de los medios que la ley autoriza. El consentimiento es, entonces, la manifestación expresa o tácita de ofertas o propuestas, que una de las partes hace y la otra acepta para concluir el contrato. Es necesario para el desarrollo del consentimiento, lo siguiente, a saber:

a. La coincidencia de voluntades en el orden interno, o identidad en las respectivas voliciones o deseos, con relación al objeto y la causa. Esta coincidencia de voluntades debe producirse en forma simultánea o sucesiva, pero es menester que ambas se encuentren en un momento dado. A la vez las voluntades que concurran a la formación del acto o contrario, deben ser exteriorizadas, pues un proceso puramente interno escaparía del control de la ley. En efecto, la simple coexistencia de las voluntades, exteriorizadas y revestidas de todas las condiciones legales, no da origen al contrato mientras no medie el conocimiento recíproco. También es necesario que haya conformidades sobre todos y cada uno de los puntos que constituyen el contrato a efectuarse.

b. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; y es tácito, cuando resulta de hechos o de

actos que los presupongan, o que autoricen a presumirlo: salvo los casos en que la ley ordene una manifestación expresa de la voluntad. Ciertamente, el consentimiento tácito surge de la inducción que hace el legislador, o la autoridad judicial respecto de la actitud que asuma una de las partes frente a la otra, cuando no haya ninguna declaración expresa, siempre que la ley no la exija en esa forma, o cuando las partes no hayan fijado determinado modo para que la declaración se tenga por realizada.

6. Contrato entre presentes

Lo que caracteriza el contrato entre presentes es, precisamente, que la respuesta pueda producirse inmediatamente; aun cuando los interesados no se encuentren en el mismo lugar. Así, un contrato concertado por internet o por teléfono entre un industrial o comerciante que se encuentra en San José y otro en Madrid y dado que la aceptación se produce de manera inmediata, el contrato queda perfecto, siempre sujeto a la ratificación consecuente.

7. Contratos entre ausentes

La cuestión básica es determinar el momento en que las voluntades quedan vinculadas; pues a partir de entonces es que no se puede retirar la oferta ni la aceptación sin asumir las responsabilidades del caso. Existen al efecto distintas teorías que determinan el momento de la perfección del contrato entre ausentes: a) Teoría de la declaración o la información: el contrato se perfecciona desde el momento en que el aceptante lo declara al proponente; b) Teoría del conocimiento: el contrato queda concluido desde el momento en que las partes están conformes con su contenido, con conocimiento de la aceptación contractual. Así para la teoría de la declaración, el contrato llega a perfeccionarse de la siguiente manera: Juan, con domicilio en San José, envía a Marco, con domicilio en San Juan, Puerto Rico, una comunicación ofreciendo una determinada operación; si Marco está de acuerdo, el contrato

está terminado. En cambio, para la teoría de la información, el contrato queda perfecto desde el instante en que Juan tiene conocimiento de la aceptación de Marco.

8. Objeto de los contratos

El objeto de los contratos, como lo relativo a la capacidad, no es sino una parte de lo que se estudia al tratar los actos jurídicos. El objeto debe referirse a cosas que estén en el comercio y que no se trate de hechos imposibles, contarios a las buenas costumbres, al orden público, ni que viole el ordenamiento ni se afecte el libre ejercicio de la voluntad y conciencia.

Además, el objeto de un contrato debe ser determinado o determinable. Pueden ser objeto del contrato: las cosas litigiosas o sometidas a gravamen, siempre y cuando al contratar se establezca claramente el estado en que se encuentran. Y no puede ser objeto de un contrato la herencia, aun cuando se celebre con el aval de la persona de cuya sucesión se trate, ni los derechos hereditarios sobre determinados bienes.

A la vez son nulos los contratos que tengan por objeto la entrega de cosas tenidas por existentes, siendo inexistentes o que dejaron de existir. Sin embargo, puede contratarse sobre cosas futuras, subordinadas al principio de que lleguen a existir, a manera de una cláusula condición a futuro. También los bienes ajenos pueden ser objeto de contratación, quedando siempre obligado quien promete su entrega, y en caso de no hacerlo, en principio asumiría las pérdidas y los daños y perjuicios, salvo que se logre demostrar en juicio y excepcionalmente algún atenuante o eximitoria de responsabilidad. Asimismo, quien contrae bienes hipotecados, embargados o inhibidos, y dispone de éstos como si estuviesen libres, sería responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados.

9. Forma y prueba de los contratos

La forma de los contratos presenta las siguientes características: a) se requiere mostrar la voluntad de los contratantes, haciéndola clara y evidente; b) constituye un elemento objetivo de prueba para demostrar la existencia del acto o contrario; c) permite el ejercicio de la seguridad jurídica, preferiblemente por escrito, a fin de que cualquiera conozca su contenido y alcance.

En ocasiones, la forma conforma un requisito esencial, sin el cual no es posible que exista el contrato. No obstante, existen casos, que son los más numerosos, donde la forma no es más que un simple elemento de prueba, el cual puede ser más o menos útil para corroborar la existencia y las cláusulas del acto jurídico, aun cuando no siempre sea necesario para que se den los efectos del contrato. No obstante, se da la exigencia de cumplir con la formalidad de los contratos en casos determinados, como sucede con la compra venta de bienes inmuebles, mediante escritura pública debidamente inscrita a nivel registral; sin excluir la inscripción de bienes muebles como constatación veraz de la propiedad frente a terceros.

En otras ocasiones, el ordenamiento jurídico dispone de la existencia formal del documento o escritura pública, como medio de prueba, tal como sucede con el ejemplo de la compraventa de bienes inmuebles. Sin embargo, el hecho de que sean realizados en un medio privado, no apareja necesariamente su nulidad, sino que genera la obligación de quien la suscribió, de otorgar la respectiva escritura pública. Empero, si existe una donación de inmuebles y no hay escritura pública para determinar el traspaso, puede pedirse su nulidad. Existen entonces actos o contratos que por imperativo de ley deben realizarse en instrumentos públicos bajo pena de nulidad. Ciertamente, los contratos se prueban por medio de instrumentos públicos, instrumentos privados, por confesión de parte o extrajudiciales, por presunciones legales o judiciales, por testigos, entre testigos.

OCTAVA PARTE

LA TÉCNICA JURÍDICA, INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO XXVI
LA TÉCNICA JURÍDICA

1. Conceptos generales. 2. Noción de técnica jurídica.
3. Especies de técnicas jurídicas.

1. Conceptos generales.

El uso de la expresión técnica jurídica es encontrado en Savigny e Ihering, en donde el primero la considera como la "elaboración científica por parte de los juristas por oposición a la creación espontánea del pueblo."[229] Mientras que Ihering[230] la estima desde un sentido formal que consiste en determinar cómo debe establecerse y organizarse el Derecho; abstracción que se hace de su contenido, para que su mecanismo facilite y asegure la mejor aplicación de las reglas jurídicas.

La manifestación de Savigny debe enmarcarse dentro de los principios de la Escuela histórica del Derecho, que considera el espíritu del pueblo (*Volksgeist*) que debe ser constatado por el jurista. En este sentido, la actividad voluntaria del jurista, de conformidad con la realidad, comprende la técnica jurídica[231].

[229] Gény, F. (1921). Science et Technique en Droit Privé Positf. Tomo III. París: Librarie de la Societé du Recueil Sirey, pág. 7.
[230] Vid. Ihering, R. v. (1962). El Espíritu del Derecho romano. Tomo III. Madrid: Revista de Occidente.
[231] "Para el Derecho no hay un solo instante de reposo... El Derecho progresa como el pueblo ha perdido su carácter. Pero este interior progreso, existente también en los tiempos de mayor cultura, es en ellos muy difícil de estudiar. A la verdad, según hemos declarado antes, el Derecho vive en el común conocimiento del pueblo; y a considéralo, por ejemplo, en el Derecho romano, es esto cierto respecto de sus rasgos fundamentales, así en lo tocante a la índole general del matrimonio, de la propiedad, etc, etc.; pero luego se ve que no se puede decir lo mismo en cuanto a la infinita suma de detalles que v.gr. nos presentan las Pandectas. Esta dificultad nos lleva a una nueva manera de ver el desarrollo del Derecho. De hecho, se puede observar cómo en una civilización creciente, las varias actividades del pueblo se van constantemente separando, y como,

Por otro lado, las ideas de Ihering, con respecto a la técnica jurídica, recaen en el patrimonio del jurista individualmente, con el aprendizaje de la materia jurídica mediante la construcción jurídica. Para tal fin Ihering propone una simplificación cuantitativa y una cualitativa. La primera de estas simplificaciones implica el análisis de la materia (reducción de los elementos más simples), la concentración lógica, el orden sistemático de las materias, la terminología jurídica y el arte de emplear hábilmente aquello que existe. Asimismo, la simplificación cualitativa implica la construcción jurídica, es decir las leyes, construidas doctrinalmente, de manera que la construcción doctrinal se debe ajustar exactamente al Derecho positivo. A su vez, esta forma de construcción jurídica debe tener belleza jurídica (un estilo sencillo, claro y transparente) y no presentar contradicción (unidad sistémica).

cuanto en un principio en un mismo conjunto se divide en múltiples ramas distintas: ahora bien, una de esas ramas toca a los juristas. En esta condición el derecho se perfecciona de lado del lenguaje y toma un aire científico, y, lo que antes vivía en la conciencia popular, conviértese en adelante en materia de la competencia de los juristas, que en tal concepto vienen a representar al pueblo. La existencia del derecho, a partir de aquí, se hace cada vez más artificiosa y complicada, porque, sin dejar de vivir de la vida del pueblo, se produce al par otra vida, como obra especial de la ciencia en manos de los juristas. El influjo simultáneo de este doble principio de vitalidad, explica todas las manifestaciones ulteriores, comprendiéndose también como aquella gran masa de detalles particulares puede nacer espontáneamente de las costumbres, sin arbitrio ni designio preconcebido. En gracia a la brevedad, designaremos con la expresión elemento político del Derecho, la dependencia en que está respecto de la vida social del pueblo, designando además su vida sepa- rada y científica como elementos técnico...El Derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador" (Savigny, Sistema de Derecho romano actual. Tomo I, 1878, pág. 47) (Savigny, De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho, pág. 26 y ss).

2. Noción de técnica jurídica.

La palabra técnica proviene del griego *techné*, término utilizado para aludir al acervo de reglas, principios, recur- sos, procedimientos o habilidades prácticas usadas por el ser humano para realizar una obra determinada, ya sea científica, artística, jurídica o de cualquier otra índole. En este sentido, toda acción humana es susceptible de alguna consideración técnica, de modo que cuando la acción es específicamente jurídica se trata de técnica jurídica, es decir, en un medio con alguna finalidad afincada en el Derecho. En tal sentido, estas actividades técnicas han de ser desarrolladas por los legisladores y los jueces, dando así paso a la técnica jurídica legislativa y a la técnica jurisdiccional, entre otras.

3. Especies de técnicas jurídicas.

a. La técnica legislativa.

La técnica legislativa es la formuladora de normas generales y alude a la labor de los legisladores como creadores de leyes; a lo que se agrega la función exclusiva de darles interpretación auténtica. Esta tarea implica operaciones internas y externas, siendo que las primeras están referidas a la concepción de la norma jurídica en atención a las fuentes materiales del Derecho; las segundas en relación con la expresión y sanción jurídico-normativa.

Esta técnica presenta problemas relacionados con las ventajas y desventajas de la codificación[232]; con las materias comprendidas en los códigos y su distribución; con la preparación y sanción de las leyes; y con la adecuada formulación de la norma jurídica (lenguaje, claridad, estilo, etc.).

[232] La codificación presenta la ventaja de permitir de previo el conocimiento del Derecho y da cierta certeza ante eventuales dudas sobrevenidas con la aplicación normativa. Sin embargo, tiene el inconveniente de presentar estancamiento o rigidez.

b. Técnica jurisprudencial.

Esta técnica surge generalmente del quehacer de los magistrados, en cuanto aplican normas generales a casos concretos. La aplicación de esta técnica no solo exige observar el lenguaje jurídico, sino también discurrir sobre otras técnicas específicas, como los problemas planteados por la interpretación legal (técnica exegética), necesaria para juzgar todos los casos bajo la exigencia de resolverlos según las normas jurídicas, aunque sean casos que difícilmente encuadren en el Derecho.

Otros problemas concernientes a esta técnica se refieren a las formas de sentencias, a la actividad de los abogados, peritos y demás operadores del Derecho. Por tanto, se ha llegado a sostener que esta actividad se reduce a una técnica que se vincula a la especial habilidad y práctica en los actos de procedimiento o procesales, antes que a principios y estudios teóricos[233].

[233] Según Chamberlain, no podemos discurrir sobre jurisprudencia si no se dispone de un gran caudal de conocimientos jurídico-técnicos. Atribuye esta particularidad a que la jurisprudencia o artificio, es como la técnica del herrero (Chamberlain, 1894, págs. VII-IX).

CAPÍTULO XXVII

LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

1. Concepto general. 2. Interpretación del Derecho. 3. La actividad de la interpretación del Derecho en general. 4. De la interpretación a la aplicación del Derecho. 5. Los medios de interpretación constitucional. 6. Razonamiento jurídico, interpretación jurídica y argumentación judicial. 7. Otra valoración de interpretación. 8. Interpretación general de las normas jurídicas. 9. Interpretación a falta de ley. 10. Excepciones en materia penal. 11. Principio fundamental de interpretación. 12. Interpretación auténtica e interpretación usual.

1. Concepto general

En el ámbito de los juristas es común encontrar el tema de la "Interpretación del Derecho", como operación inteligible y reflexiva básica. De este modo el tema pretende ser un medio para la ubicación del concepto, teoría general, su dogmática, cánones y su relación con la aplicación normativa y discrecionalidad. Finalmente se muestra el lugar que ocupa la interpretación jurídica en el Derecho, específicamente en el razonamiento y valoración jurídica.

2. Interpretación del Derecho

En un sentido amplio, interpretar es una acción humana que consiste en establecer el significado de algo. Se ha indicado que la locución latina *interprete*s es el equivalente del griego *meta fraxtes,* que alude a la persona que está entre dos sujetos que hablan y que se encarga de dar a conocer a cada uno de estos lo que el otro ha dicho o está diciendo. De este modo, interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. No obstante, en el caso del Derecho, cuando se habla de

interpretación se hace en un sentido bastante particular.

3. La actividad de la interpretación del Derecho en general

Si se parte de la interpretación en general, ésta se destaca como actividad humana, recaída en la esfera del intelecto. Sin embargo, la interpretación por sí misma conduce a un problema que llega a formar un círculo vicioso: en cuanto actividad humana es limitada y siempre sujeta a la interpretación, aunque ésta se derive de otra interpretación. Por consiguiente, se podría llegar a la paradójica conclusión de que toda interpretación, por ser tal, no cesa como actividad interpretadora, por interpretadores distintos, por lo que se impone la existencia de ciertos parámetros que limiten y hagan posible, con efecto de seguridad, la interpretación misma.

El resultado de la interpretación jurídica se relaciona con el objeto interpretado, toda vez que pretende ser un discurso actualizado, es decir, el objeto colocado en el ahora y en el aquí, en cuanto dimensionamiento histórico-temporal. El método está fuera de la inteligencia y es ésta la que lo utiliza o los utiliza para el uso de la interpretación. Ciertamente, la interpretación sin método acerca el conocimiento, en principio, a la simple perspectiva común de las cosas, por lo que el método constituye una cierta reglamentación para la investigación hacia un resultado ordenado bajo el enfoque y fundamento científico. Así la interpretación se vale del método o de varios métodos para hacer interpretación científica del objeto, a diferencia de la interpretación diaria y común, que es parte del simple perspectivismo de las cosas.

La acción de interpretar hace siempre que el objeto en cierta medida sufra el proceso de subjetivación por estar unido con la inteligencia que lo interpreta, pero a la vez constituye, tal objeto, una realidad distinta, incluso, con su propia inteligencia y devenir. Por ello, interpretar es dar sentido inteligente al objeto interpretado, que de por sí tiene su inteligencia y entorno, por lo

que han de encontrarse en algún punto la inteligencia subjetiva de quien interpreta, con la inteligencia objetiva del objeto interpretado, en la relación armónica e inteligible, que posibilite al objeto tener la certera aplicación al caso jurídico, y no ya simplemente al hecho requerido de solución. Lo que tiene el científico frente a sí, es más un caso que un hecho, incluso para la disciplina jurídica. Por esto, la interconexión entre el sujeto y el objeto, debe hacer posible que el objeto subjetivizado se vitalice y actualice, sin perder la propia dimensión de ser a la vez un objeto objetivizado, con su estructura particular de valores.

Ciertamente, la interpretación *ad infinitum* en modo alguno posibilita la certeza jurídica que impone el esquema científico, por lo que siempre debe prevalecer la actitud objetiva, honesta y rigurosa del científico del Derecho que permita la formulación de conclusiones lejos de actitudes caprichosas o voluntaristas, carentes de seriedad y de acción o discurso ejemplares.

No cabe duda que son varios los elementos que surgen en la interacción de la actividad interpretativa: en primer término, está el objeto de la interpretación; en segundo término, está el sujeto que realiza la interpretación; en tercer lugar, estaría el sujeto o los sujetos que dieron nacimiento al objeto de la interpretación en tanto normativa o disposición jurídica, cuya inteligencia, distinta a la objetiva de la norma, no deja de ser un importante factor de interpretación, lo que se hace más evidente en el ámbito de la contratación, incluso, en la que se deriva del Derecho internacional mediante los tratados entre otros. En cuarto orden, estaría la relación entre el objeto y el sujeto para resultados objetivos, con lo cual también podría darse un acercamiento entre el sujeto interpretador con el sujeto o los sujetos que lo crearon, como ayuda para su interpretación.

Pero en la relación del objeto y el sujeto y de éste con otros, en la búsqueda de ciertos sentidos contenidos en el objeto mismo, están, en quinto lugar, los principios y medios de interpretación, como instrumentos para el conocimiento y

aplicación del Derecho a situaciones que imponen la actividad relacional del objeto y del sujeto para satisfacer el Derecho, en tanto unidad jurídica escrita y no escrita en la dinámica social. Con acierto indica Reichel, en el encuadre jurisdiccional, que la "ley sólo es medio para el fin, pero su fin es el orden jurídico. Así pues, el juez solo es, por eso, el servidor de la ley, porque por el servicio que presta a este medio debe servir al fin del mismo, esto es, al Derecho."[234]

Todo este desenvolvimiento de la interpretación jurídica, que es -se insiste- hermenéutica jurídica, asegura a esta ciencia social la flexibilidad de tratamiento ante los objetos y situaciones existentes, cuyo grado de permanente transformación se manifiesta en el ejercicio de la actividad jurisprudencial, o lo que algunos denominan "doctrina "doctrina de los tribunales".

Ciertamente, donde más queda en claro el ejercicio de la ciencia jurídica, es en la función judicial, cuando se relaciona el caso con la normativa escrita y no escrita, donde entran toda una serie de elementos fácticos y axiológicos. También están los medios interpretativos y probatorios, con el uso de la técnica por métodos de interpretación que, en ocasiones, el legislador los incluye con rango decreciente de preferencia o, incluso, con rango de exclusión aplicativo como sucede, por ejemplo, con el método analógico en materias penal y tributaria (art. 2 Código Penal[235] y art. 6 Código de Normas y Procedimientos Tributarios[236]). Y el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional que- da referido al caso concreto, con o sin

[234] Reichel, H. (1921). La Ley y la Sentencia. Madrid, España: Editorial Reus, pág. 146.

[235] "Prohibición de analogía. Artículo 2º.-No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal."

[236] "Artículo 6º.- Interpretación de las normas tributarias. Las normas tributarias se deben interpretar con arreglo a todos los métodos admitidos por el Derecho Común. La analogía es procedimiento admisible para "llenar los vacíos legales" pero en virtud de ella no pueden crearse tributos ni exenciones.

dialéctica procesal (v.gr. procesos no contenciosos, arts. 819 ss. y concordantes del Código Procesal Civil.) que impone la justa y oportuna conclusión motivada, sea mediante sentencia o por resolución fundada, tal cual sucede, por ejemplo, con la acogida de las excepciones previas cuya actividad judicial no entra a conocer el fondo del asunto debatido.

Ciertamente, el juez parte de dos realidades en planos distintos de ubicación, a saber: las realidades de la normativa escrita y no escrita, y el cuadro fáctico requerido de solución ajustada a Derecho, concepto que, como se dijo, es más amplio que el de Ley. Su papel intermediario entre ambas dimensiones hace posible la combinación inductiva y deductiva, o del hecho a la norma y de la norma al hecho, para concluir en un discurso ideal que ha de ser ejecutado en la objetividad material y sin cuya concreción queda insatisfecho el debido proceso.

Por último, y para dar lugar al siguiente tratamiento, en cuanto apartado de estudio, se han de formular cuatro preguntas fundamentales: ¿qué se interpreta?; ¿quién interpreta?; ¿cómo se interpreta?; ¿para qué se interpreta?

4. De la interpretación a la aplicación del Derecho

El Derecho existe para ser aplicado, es decir, para ser obedecido. Generalmente se dice que éste es aplicado por todos los individuos y grupos que se valen de lo dispuesto legalmente para efectuar relaciones jurídicas. Pero, técnicamente, se aplica por deber de oficio de las autoridades judicial, legislativa y administrativa entre otros. En este caso, para que se dé su aplicación es necesario que haya antes una interpretación. Esta última se encuentra condicionada por la selección del intérprete. En este sentido, la interpretación es de naturaleza axiológica. Por lo anterior, toda norma jurídica antes de ser aplicada debe ser interpretada, aún si hubiera claridad en el texto. De igual forma, para decidir que una norma no se aplica, es necesario interpretarla con anterioridad.

No obstante, a pesar de la estrecha relación que existe entre la aplicación y la interpretación se dan al menos tres criterios que permiten distinguirlas:

a. Los verbos que aluden al ejercicio de estos aspectos son bastante diferentes. El verbo "interpretar" concierne a cualquier sujeto (debido a que cualquiera con capacidad de razonar puede interpretar) y el verbo "aplicar" atañe únicamente a los sujetos que se desempeñan en órganos de aplicación del Derecho, es decir, por excelencia, a los jueces y funcionarios administrativos. Así, un jurista o ciudadano "interpreta" el Derecho, pero no sería apropiado decir que lo "aplica".

b. La interpretación y la aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes. La interpretación tiene como objeto el Derecho escrito y no escrito; la aplicación se encarga de la concreción de las normas en sentido estricto (entendidas como el contenido preciso de las normas jurídicas). Por tanto, la aplicación y la interpretación no coinciden, pues esta última es parte constitutiva de la primera.

c. El término "aplicación", referido a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen junto con la interpretación propiamente dicha, ya sea la calificación de un presupuesto de hecho concreto (un determinado sujeto cometió delito), ya sea la decisión de una específica controversia (un determinado sujeto debe ser castigado con alguna pena).

En síntesis, la "aplicación" se desarrolla siempre en casos concretos, para dictaminar, para confirmar o rechazar pretensiones o para decidir. La "interpretación" es siempre investigación y búsqueda del Derecho, cualquiera sea su contenido o finalidad. Así, puede existir la interpretación sin su aplicación.

En cuanto a la interpretación y la aplicación existen diversas escuelas del Derecho que pretenden dar una

explicación satisfactoria a esta realidad. No obstante, antes de abordar en las distintas escuelas relacionadas con la interpretación y aplicación del Derecho, se ha de repasar una importante implicación práctica: la función creadora del Derecho no sólo es actividad legislativa. También se manifiesta en la actividad administrativa, cuando se dictan reglamentos que, a nuestro decir positivo -se insiste- son decretos de alcance normativo o actos generales que se incorporan al derecho escrito. Los propios actos administrativos, en su vertiente simple, no dejan de ser fuentes aplicativas del Derecho, o aún incluso mediante órdenes y directrices funcionariales, según sean de efectos individuales o generales.

No cabe duda, en este encuadre, que el Juez por su parte, y de forma excelsa, como se ha insistido, marca la pauta normal y de mayor rigurosidad en la interpretación y aplicación del Derecho, tanto por su investidura como por la trascendencia del resultado de su actividad que, en un Estado de Derecho, la supremacía de la función jurisdiccional está por encima de la actividad administrativa, siempre sujeta a revisión y control, con las garantías, derechos y deberes procesales para las partes en conflicto y coadyuvantes, o para los actores sin ser propiamente partes ante la carencia de contención o pleito.

El juez, también, es creador de Derecho, si el acto de creación lo entendemos como actualización integral del Ordenamiento jurídico, con el soporte de la inteligencia vivificadora del mismo, aun en plano de integración si, en ocasiones, la normativa no está lo suficientemente robustecida en sí misma y requiere de aquella intervención para la aplicación complementaria de la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho. Y en ocasiones de la doctrina si no llega a estar contenida o identificada en tales principios.

No menos estarían los particulares cuando crean Derecho y lo aplican en virtud de las cláusulas de compromiso, mediante actos de trascendencia jurídica, lo cual se hace evidente en el

ejercicio de la contratación privada, que da nacimiento, en principio, a una ley entre las partes; lo que no menos sucede, a su manera, y en plano distinto, en la función interestatal mediante el acuerdo y la ratificación de Tratados, convenios y concordatos con el principio *pacta sunt servanda.*

En lo relativo a la función legislativa, que en todo caso se define por la creación del Derecho, antes que, por su aplicación, no deja de existir reflejamente al momento del ejercicio de la creación normativa, dada la aplicación del Derecho preexistente, si el resultado de la regulación ha de quedar plasmado en la realidad armónica y coordinada con el conjunto del ordenamiento jurídico. Por ello, la creación legal también lleva consigo la aplicación de preceptos normativos que bien pudieran estar imponiendo su letra e inteligencia en la creación subordinada del Derecho, tal cual sucede, por ejemplo, con la norma ordinaria respecto a la Constitución Política o respecto a los Tratados internacionales aprobados y ratificados por Costa Rica. Cosa distinta sucedería, cuando el legislador en el ejercicio de la actividad constituyente, como acto originario, hace creación del Derecho sin más límites que los propiamente establecidos por el mismo Poder Constituyente, destacándose los límites de procedimiento. En cambio, en el ejercicio de la actividad constituyente derivada, la subordinación del legislador es evidente por la vigencia del texto Constitucional que nutre y dinamiza el conjunto del ordenamiento jurídico estatal. Y así se encuentra en el encuadre del Derecho Constitucional comparado. Así en la Constitución de Alemania Federal, por ejemplo, se declaran inmodificables o intocables las materias comprendidas en su artículo 79,3 que al texto dispone: "Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Länder o al principio de la cooperación de los Lander en la legislación o a los principios consignados en el artículo 1 y 20."

Visto lo anterior, es menester detener la atención en los distintos tratamientos doctrinales respecto a la interpretación y aplicación del Derecho, y sus diferentes tratamientos

metodológicos como parte esencial de este tema en especial y del texto en general.

a) La teoría objetiva de la interpretación de la Ley

La teoría objetiva de la interpretación o la *mens legis*, hace irrelevante, en principio, la interpretación misma, por su estricto apego a la letra de la ley que por sí muestra su inteligencia, con lo que no es difícil ubicarla en pensadores que, de una u otra forma, desconfían de la función judicial como fuente creadora y esclarecedora de derecho. De una manera o de otra, la resonancia objetiva de la ley se hizo patente con la famosa y recordada frase de Montesquieu: el juez es la boca de la ley (*bouche de la loi*), y para quien, además, el gobierno republicano se afianza cuando los jueces siguen lo literal de la ley.

No en vano, tal perspectiva de aplicación legal, ha encontrado eco en la defensa del absolutismo monárquico, siendo Thomas Hobbes uno de sus máximos teóricos de compacta estructura lógica. Al respecto dice en su obra el *Leviatán*: "(…) la Ley civil…es para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley." Y agrega:" Ciertamente no es en la letra sino en la significación, es decir en la interpretación auténtica de la ley… donde radica la naturaleza de la ley…" [237]

Y ya con anterioridad a Hobbes, está Justiniano, en el Derecho Romano, con su gran obra de codificación legal ayudado por Triboniano, tratando aquél de reconstruir el Imperio romano de Oriente. Para el día 30 de diciembre del año 533 entró en vigor su excelsa labor: el Digesto o Pandectas

[237] Hobbes, T. (1978). Leviatán o la materia, forma y poder de una República Eclesíastica y Civil. Puerto Rico: Editorial Universitaria, pp. 223-230 y 231.

conjuntamente con la constitución de Tana. Y al respecto, dispuso Justiniano: "Y ni en juicio ni en otra contienda en que son necesarias las leyes, intente nadie recitar o mostrar algo, como no sea de las mismas Instituciones, de nuestro Digesto…" Y agregó: "(…) que nadie de los que en la actualidad posean el conocimiento del Derecho, ni de los que en lo sucesivo lo adquieran, se atrevan a agregar comentarios a estas leyes…".[238] Y si se da un salto en la historia y es posible ubicarse en pleno proceso revolucionario en Francia, Robespierre, con su típica desconfianza en el antiguo régimen, dice: "En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley, así, hay siempre identidad de jurisprudencia."[239] También la obra codificadora de Napoleón prohibirá cualquier interpretación, dándose inicio, entonces, a la denominada escuela exegética aferrada a la letra de la ley en su dimensionamiento objetivo.

En tal tesitura se encuentra Radbruch cuando expresa: "La interpretación jurídica busca el sentido objetivo del De- recho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación. Esto es lo que distingue a la interpretación jurídica de la interpretación filológica."[240]

Un problema fundamental tiene ante sí esta postura teórica de interpretación: si se está frente a disposiciones normativas: ¿cuáles serían sus exactos significados objetivos y bajo cuáles parámetros podría juzgarse la efectiva transparencia de tal objetividad?

b) La teoría subjetiva de la interpretación de la ley

[238] Camus, E.F. (1939). Historia y Fuentes del Derecho Romano. Cuba: Universidad de la Habana, pp. 223-224.
[239] Geny, F. (1925). Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Positivo. Madrid, España: Editorial Reus, pág. 78.
[240] Radbruch, G. (2005). Introducción a la filosofía del derecho. México D.F.: Fondo de cultura económica, pág. 9.

Esta postura es contraria a la anterior y parte de la voluntad del legislador que diera creación a la normativa objeto de interpretación para dar paso al principio "*mens legislatoris*".

De acuerdo con Radbruch el principio rector de esta posición radica, sin duda alguna, en el lenguaje teológico donde se impone la autoridad de la creencia sobrenatural, tanto en un *Código de Hamurabi* como en textos bíblicos. En esta misma línea de pensamiento, en su decir, están las interpretaciones psicológicas dadas por Aristóteles en su Ética a Nicómaco (V, 10) quien indica: "Cuando la ley habla de forma universal y ocurre algo fuera de aquel género universal, es menester -en lo que el legislador omi- tió o en lo que pecó por haber hablado de modo absoluto- corregir lo que falte, como lo habría hecho el mismo legislador, de haber estado presente, o como lo hubiera mandado, de haberlo previsto."

Así, pues, a partir de esta configuración en favor de la mente del legislador, sin dejar de encontrar en el Derecho una manifestación histórica y racional, es que Bernhard Windscheid desarrolla esta teoría de la interpretación. Así, el intérprete ha de "pensarse dentro del alma del legislador, teniendo en cuenta todas las posibles circunstancias; en tanto consiga esto del modo más completo, con tanta mayor seguridad estará en situación de determinar el sen- tido de las palabras del legislador"[241]

Esta búsqueda de la intención del legislador, tiene un problema que salta a la vista: ¿cómo determinar tal voluntad o mente genética de la norma cuando haya participado en su creación más número de personas, incluso con posibilidades de abstracción numérica?

A esto se agrega otra verdad práctica: ¿cómo encontrar la intención del legislador en la profunda separación temporal habida entre el nacimiento de la norma y su necesaria aplicación?

[241] Martín Oviedo, J. (1972). Formación y Aplicación del Derecho, aspectos actuales, pág. 80.

En la generalidad del entorno jurídico comparado se encuentra la combinación subjetiva y objetiva, es decir, tanto la búsqueda de la mente del legislador como la inteligencia objetiva y autónoma de la ley. Sin embargo, también existen ciertas coincidencias que podrían ser descartadas cuando el soporte ideológico para la tesis objetiva está en la reserva de no alterar el *status quo* jurídico, cuya garantía queda en la propia inmovilidad de la norma apegada a su letra que pueda -sin que lo haga- trascender el devenir histórico, hacia el arribo de un grave conservadurismo social y político. Y en cierta medida esta posición descansa en un principio de autoridad, en amplia dimensión, por quien o quienes hayan dictado la norma objeto de interpretación.

Asimismo, para la teoría subjetivista, siempre está presente un importante personaje en el devenir de la creación normativa: sea uno o varios dioses, sea un personaje mítico o humanamente alcanzable o simplemente un legislador que, en el fondo, queda ubicado en importancia sobre al juez, siempre vinculado -se dice- ocultamente con el poder destronado. No es difícil concluir, entonces, en la compenetración ideológica de ambas posturas teóricas y de efectos prácticos en la hermenéutica jurídica.

c) La jurisprudencia de conceptos, la escuela histórica del Derecho y la escuela sociológica del Derecho

Fue Savigny quien desarrolló lo que se denominará la jurisprudencia de conceptos, así denominada, con análisis crítico, por Phillipp Heck. Ciertamente, Savigny impulsó la dogmática jurídica en búsqueda de la reconstrucción del pensamiento contenido en la Ley, por lo que su pensa- miento y tratamiento metodológico no deja de ser una manifestación de la exegética jurídica. Aún más, para este autor, el "contenido del sistema es la legislación, es decir los principios del derecho. Necesitamos un medio lógico de la forma, esto es, de la condición lógica del conocimiento de todo el contenido de la

legislación para conocer esos principios, en parte particularmente, en parte en su conexión…Esto es lo que se denomina habitualmente verdadero sistema"[242] Y en ese medio lógico Savigny, entre otros principios rectores, destaca el desarrollo de los conceptos, los cuales deben tener la siguiente característica: a) todos los conceptos del sistema jurídico deben quedar referidos a un principio de derecho, en la dimensión unitaria de su tratamiento; b) los conceptos determinan al sistema, por lo que el uso de conceptos falsos lleva a interpretaciones y conclusiones falsas. Por esto se impone en la interpretación jurídica el uso de la etimología, es decir, el estudio del origen, forma y significado de las palabras.

Savigny, sin duda, presta a la metodología del Derecho sus aportes fundamentales: de una parte, en tanto desarrolla y refuerza la dogmática jurídica como instrumento para la actividad científica y, de la otra, estructura y ordena los distintos medios de interpretación jurídica en un contexto unitario.

No en vano, a decir de Parelmal (1979), la trascendencia de la jurisprudencia de conceptos está en "fijar de una vez por todas el sentido de los términos jurídicos de modo que se hiciera posible, a partir de los textos legales, un razonamiento tan estricto como el que se lleva a cabo en un sistema matemático."[243]

Sin embargo, también podría aducirse, como bien lo hace Heck, que el defecto central de la jurisprudencia de conceptos radica en haber convertido los conceptos-ordenadores (*Ordnungsbegriffe*) en conceptos-preceptos (*Gebotesbegriffe*).

En efecto, al concepto científico se le puede dar el rango de una función expositiva y ordenadora, pero no así pasaría a ser fuente de decisión jurídica.

Otro de los aportes sustanciales dados por Savigny al

[242] Savigny, F.K. (1979). Metodología Jurídica. Buenos Aires: Depalma, págs. 37 y ss.
[243] Parelman, G. (1979). La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid, España, págs. 73-74.

mundo de la interpretación jurídica, queda adentrado en la formulación del romanticismo jurídico a través de la escuela histórica del Derecho, la cual tiene entrada a inicios del siglo XIX y es, sin duda, la antesala de lo que llegara a ser la escuela sociológica del Derecho.

Ciertamente, la escuela histórica -se insiste- parte de una simple realidad: los pueblos y las naciones tienen su propia configuración histórica, su espíritu popular (*Volk- sgeist*) en la dimensión del Derecho espontáneo que forma parte del vitalismo jurídico. El Derecho no debe ser objeto de codificación, ni ser encerrado en la norma escrita, toda vez que ello contradice el espíritu y la costumbre de los pueblos que tienen su íntimo devenir vital. No en vano hemos de recordar la famosa discusión entre Savigny y Thibaut, para quien el derecho alemán debía ser objeto de codificación al modelo francés.

El legislador, por su parte, tiene un papel secundario y subsidiario frente al Derecho que se crea por sí mismo en el devenir de la costumbre e historia populares. El juez dicta la justicia basada en la costumbre, ya contenida en el mismo Derecho espontáneo. La función del juez no es tanto de creación como de estricta interpretación de la realidad vital que tiene su propio fundamento histórico. De tal forma que, para esta escuela, lo importante es el dimensionamiento social del Derecho, imbuido de un extraño misticismo espiritual que sienta las bases para justificar un derecho espontáneo, mediante el cual es difícil concebir una ordenación social y política racionalmente estructurada.

Las implicaciones intelectuales y prácticas en los me- dios de interpretación y aplicación jurídicas, como se dijo, quedan reflejadas, en parte, en la denominada escuela sociológica del Derecho. Y en ella se destaca el ya referido autor Durkheim con su concepto de “hecho social” dentro del cual ubica al Derecho, para ser tratado como una cosa que pueda ser investigada objetiva y científicamente. La presión social por su parte, es la fuente determinante de todo comportamiento y

fenómeno humano, sea en cualquiera de las actividades sociales (lenguaje, arte, religión, etc.) entre ellas la jurídica. Y todo fenómeno humano que sea o tenga pensamiento es reflejo de una conciencia colectiva.

También, con ciertos rasgos en común a la corriente sociológica del Derecho, hay dos grandes pensadores dig- nos dé sucinta mención, sin perjuicio de lo que ya se ha adelantado: Léon Duguit y Maurice Hauriou. Ciertamente, ambos autores dan sus aportes en la perspectiva de la relación del Derecho con la dinámica social, sin dejar de lado el elemento moral y sin continuar con la tesitura de Durkheim del "hecho social".

Duguit, influenciado por Comte, encuentra en la pers- pectiva finalista y social un argumento de suma utilidad para la interpretación jurídica, sin que el sujeto, a la vez, sea persona física o jurídica, tenga derechos subjetivos, los cuales forman parte -a su decir- de la retórica metafísica cargada de conceptos falsos y arbitrarios. Así, pues, para este autor el derecho de propiedad como derecho subjetivo resulta ilusorio e irrelevante, y será útil en tanto tenga implicación social.

De manera opuesta al derecho subjetivo, está el principio de "solidaridad social", el cual queda presente en la conciencia individual para plasmarlo en las relaciones intersubjetivas, en el encuadre de la norma objetiva que es la regla de la ordenación social. De esa forma, para Duguit, sólo existe el derecho objetivo que es el conjunto de normas generales y positivas para su cumplimiento por parte de los gobernados y los gobernantes. Ello le conduce a rechazar toda postura voluntarista, por lo que cualquier supremacía de una voluntad sobre otra, sin criterio objetivo alguno, incluyéndose la del gobernante respecto a los gobernados, es una simple quimera metafísica, cuya base estaría en una escala jerárquica de valores y de personas. Sin embargo, no por ello se puede invalidar la voluntad general, en tanto se manifieste de acuerdo con el derecho objetivo y la moral política.

El Estado por su parte se reduce a un aparato de gestión

de los servicios públicos para satisfacer el principio de solidaridad social. No cabe duda, entonces, de esta somera exposición, que Duguit siempre sustentó la necesidad de respetar el Derecho objetivo, como garantía para el ejercicio de la libertad, en el marco del finalismo normativo social. Nunca dejó de lado el sentimiento de justicia como fuente de Derecho, lo que lo aleja de su pretendido positivismo sociológico, para desembocar en un lenguaje de implicaciones filosóficas o, en todo caso, si se quiere, metafísicas, al mismo o parecido nivel que la "voluntad" o el "derecho subjetivo". (Jiménez Meza, 1990).

Hauriou, por su lado, en la obra *Les principes de droit public* desarrolla su tesis de la "institución" que la interpreta como un producto de la historia de duración indefinida, que trasciende la temporalidad de los hombres, para convertirse en una idea digna de adhesión, con implicaciones prácticas para generaciones pasadas, presentes y futuras. De esa forma, para este pensador, la institución es una realidad social, en la cual juega un papel de sumo valor el subjetivismo social y jurídico, a diferencia del radical objetivismo propuesto por Duguit, en tanto la vida del hombre es una permanente realización de ideas que en sí mismas son principios de acción.

Distingue Hauriou, las instituciones -cosas de las instituciones- personas. Las primeras son aquellas que no se realizan en la idea subjetivamente considerada, sino que forman parte del mundo objetivo o externo a la idea. Así, por ejemplo, a su decir, la estructuración del predio catastrado, asegura la idea de propiedad. La ley por su parte es una institución que vive y se desenvuelve en el medio social, pero no genera por sí misma una comunidad propia ni un principio de acción. La ley, entonces, es una institución, pero sin la fuerza autónoma suficiente para generar por sí misma un efecto social.

En cambio, la institución-persona es un cuerpo social vivo, que adquiere autonomía y persigue por sí misma los fines propuestos en cumplimiento de sus cometidos. Esta forma de

institución se conoce como institución corporativa. Y a ella le acompañan tres principios rectores: a) la idea directriz del cuerpo social o empresa, que puede ser de cualquier naturaleza (mercantil; familiar; fundaciones; asociaciones, o de cualquier otra índole), para todo tipo de actividad compartido; b) se requiere de un poder organizado para la realización de la idea, lo cual debe hacerse en el encuadre constitucional, democrático y limitado, siendo la dictadura no la realización de una idea socialmente compartida, sino la manifestación unilateral del dictador; c) debe darse la necesaria adhesión a la idea y al procedimiento de su realización por parte del grupo, lo que une a las generaciones pasadas con las presentes y de proyección con las del futuro.

En este sucinto -por obligado- recorrido teórico, hemos de mencionar a uno de los más fervientes defensores de la escuela sociológica en el siglo XX: Georges Gurvitch. Su posición teórica respecto al Derecho, retoma la postura clásica de interpretarlo como una manifestación social espontánea por excelencia. La función del Estado se reduce a un simple tecnicismo de comprobación del Derecho, lo cual no agota en modo alguno su dimensión social, toda vez que tal comprobación técnica es una parte de la amplia proliferación del fenómeno jurídico en las distintas ex- presiones de los comportamientos sociales.

Sin embargo, su crítica y conocido concepto de “hecho normativo” que pretende sustituir al concepto de Durkheim “hecho social”, deviene en una evidente contradicción: el hecho y la norma jurídica son cosas distintas. Dice el autor con cierto grado de complejidad conceptual: “Los datos más inmediatos de la experiencia jurídica son los hechos normativos y la justicia que los gobierna. Estos dos datos están estrechamente unidos y representan dos aspectos abstractos del mismo dato. La experiencia jurí- dica inmediata como acto de reconocimiento es esencial- mente intermedia entre la experiencia emocional - volitiva de los valores y una experiencia intelectual de las ideas lógicas…Un hecho normativo sólo puede ser reconocido en

tanto que represente una reconciliación de valores, por lo menos preliminar e inestable, y esta reconciliación es realizada por la justicia como por un protector más lógico, cuantificado y generalizado que permite a otros valores ser equilibrados y realizados."[244]

No dejan de surgir inquietudes en torno al concepto de "hecho normativo" que se acompaña de elementos axiológicos y lógicos, cuando se consume a la norma jurídica en el hecho puro y simple, siendo así que surge la duda del porqué la norma obliga, si no se distingue del hecho mismo. El hecho no obliga, lo haría la norma jurídica, por lo que si el hecho obliga ya no será hecho, al igual que la norma que no obliga ya no será norma sino hecho. ¿Dónde estarían los límites entre el hecho y la norma como realidades distintas? Se impone el silencio absoluto y comprometido del autor.

Quiso Gurvicht, además, fomentar la teoría múltiple o pluralista de las fuentes del Derecho, siempre con el planteamiento sociológico, para concluir en que cualquier organización social, bajo ciertos parámetros, podría crear Derecho. Esto recuerda, en cierta medida, la postura asumida por Hauriou con su teoría de la institución.

No hay duda que la influencia de la escuela sociológica del Derecho queda marcada a través del desarrollo de la costumbre como fuente del Derecho, pero a la vez con esto se demuestra una cierta fragilidad: el concepto del derecho espontáneo y la primacía de la costumbre no han ocupado el puesto de privilegio ni mayoritario en la evolución teórica y práctica de la ciencia jurídica comparada. Al respecto, resulta importante destacar en esta disertación de la escuela sociológica, la diferencia habida entre la sociología del Derecho y la jurisprudencia sociológica, tal y como ya lo hizo notar, con excelsa rigurosidad Treves (1974) al mencionar que mientras la sociología del Dere- cho " es la rama de la Sociología que se

[244] Durkheim. (1935) Legitimation, experience juridique et la philosophie pluraliste du Droi. Paris, pág. 59.

ocupa de los problemas relativos al Derecho…la jurisprudencia sociológica…es la dirección de la ciencia jurídica que demuestra sensibilidad y apertura hacia los problemas sociales." [245]

d) La jurisprudencia de intereses

La jurisprudencia de intereses claramente impulsada y defendida por Heck y caracterizada por la Escuela de Tubinga, está en plena oposición a la jurisprudencia de conceptos y al legalismo exegético.

Tratándose de hacer una apretada síntesis, esta jurisprudencia de intereses otorga al juzgador un destacado papel decisorio y hasta creativo para la satisfacción de los intereses en conflicto, cuando la ley sea omisa o insuficiente, siendo así un auxiliar del legislador, sin que lo sustituya, bajo el predominio del Derecho positivo y su criterio de valoración.

Un distinguido jurista nacional[246] mediante una excelente monografía, destaca los fundamentos de la metodología de esta jurisprudencia y los refiere a tres grandes apartados: en primer lugar, está el problema del origen de las reglas jurídicas, que encuentra su respuesta en la imperativa existencia de intereses incluidos en la mente del legislador, lo cual constituye la fuente de la producción normativa. Esta postura, sin embargo, le ha valido la crítica de la doctrina, en tanto se subsume al legislador en un fenómeno psicológico que deja abandonado su fuero interno de libertad volitiva y decisional, para reducirlo a un simple reflejo de intereses objetivos. En segundo lugar, estaría el problema de la actividad judicial, para lo cual el juez podría formular nuevas reglas por el análisis de los intereses en conflicto, ante la falta de solución normativa, sin que por ello se diga que la ley carezca de

[245] Treves, R. (1974). El Juez y la Sociedad. Madrid, España: Edicusa, pág. 225.
[246] Vid. Pérez. Víctor. (1981) *in totum.* La jurisprudencia de intereses, San José, UNIED.

contenido sustancial de intereses, siendo así necesaria su búsqueda con fines prácticos. Y en tercer orden está el problema de la función de la Ciencia Jurídica, la cual debe colaborar en la realización del Derecho.

Para la jurisprudencia de intereses, el antecedente judicial, en aplicación de la analogía, es un conducto de suma utilidad para encontrar salida práctica a la solución de conflictos de intereses ante el silencio o por la insuficiencia normativa.

Y aún para aclarar más la distancia habida entre esta jurisprudencia y la jurisprudencia de conceptos, en un plano práctico, se impone el ejemplo dado por Engisch[247] de adquisición de un dominio: A presta un libro a B y B se lo vende a C. Si nos atenemos al concepto de la *traditio romana* el juzgador se inclinaría por desconocer el derecho de propiedad a C, toda vez que en esta perspectiva el adquirente llega a ser propietario en tanto quien lo traspasó haya sido propietario a su vez. En cambio, con la aplicación de la jurisprudencia de intereses, el panorama cambiaría radicalmente: Existe un evidente conflicto de intereses entre A que quiere la restitución del objeto, B que lo vendió sin mediar autorización para ello y C que no quiere hacer la devolución del libro, siendo un comprador de buena fe. ¿Cómo resolverlo?

Ciertamente A transmitió de forma libre y voluntaria la posesión del libro a B, con lo cual éste se lo apropia y se crea "la apariencia jurídica" de ser el propietario frente a terceros. Por ello B tiene no sólo la posesión sino la apariencia de ser el propietario, todo posibilitado por el acto de A (cosa contraria sería si intermedió el hurto o el acto violento o la simple pérdida), siendo así que C actúo de buena fe y tuvo como propietario legítimo a B. De esa forma, debe mantenerse en la posesión y en la propiedad a C, sin demérito de la acción que pueda ejercitar A contra B. De este simple ejemplo podríamos extraer ciertas conclusiones: de una parte, se destaca la fácil

[247] Vid. Engisch, K. (1967). Introducción al Pensamiento Jurídico. Madrid, España: Guadarrama, pág. 229-232.

ubicación práctica de la jurisprudencia de intereses en el marco del derecho privado; de otra parte, la importancia que reviste los valores como realidades objetivas siendo el ordenamiento jurídico un sistema de intereses. Asimismo, se deja en claro que el Derecho positivo no puede agotar todos los supuestos valorativos para la aplicación de soluciones, siendo necesaria la intervención judicial en la proyección objetiva de los valores sociales vigentes. Se presenta, a nuestro modo de ver, una interesante trilogía de contenidos en permanente interrelación: de una parte, está la norma con su valor y su reflejo de intereses; de otra parte están los intereses específicos y en conflicto que requieren solución; y, por último, estarían los intereses sociales objetivamente considerados que pudieran no estar incluidos en la normativa vigente.

e) El movimiento o escuela del Derecho libre

Este movimiento fue fundado por Francois Gény (1861-1959), a finales del siglo XIX; con un principio básico consiste en desligar al juez de la camisa de fuerza del positivismo jurídico, por el cual no tendría libertad de valoración y de actuación para la aplicación de la justicia según los parámetros del valor objetivo de la sociedad o comunidad implicadas. Desarrolla un pensamiento muy cercano al Derecho libre, en sus obras Méthode et sources en droit privé positif (1899) y Science et technique en droit privé positif (1914)[248]. El planteamiento de Geny partió de la consideración de que el derecho positivo era insuficiente como fuente formal del Derecho, debido a que la ley escrita difícilmente podía dar solución a toda la amplia gama de situaciones jurídicas, por esta razón promueve ir al hecho en concreto y juzgarlo según

[248] Gény creció dentro de los lineamientos del formalismo jurídico gestado en la “Escuela de la exégesis”, el equivalente francés del positivismo jurídico nacido después del Código napoleónico (1804 a.C.)

su naturaleza.

A su vez, propone que el Derecho positivo es una técnica, no una ciencia. La ciencia jurídica abarca más aspectos debido a que incluye un proceso racional como principio de las reglas jurídicas y normas de conducta, las cuales derivan de realidades concretas. De este plano concreto, la ciencia del derecho deberá tomar las normas jurídicas y de conducta social para conformar un derecho positivo. De esta forma, se presenta un Derecho común (general), derivado de la vida jurídica inmediata, capaz de suplir las deficiencias del Derecho positivo (lagunas del Derecho).

Este Derecho general, en la terminología de Gény, es aludido como Derecho natural, el cual está conformado por principios "dados" según la naturaleza de los hechos. No obstante, tales principios no resultan ser algo inmutable, pues al contrario son dinámicos, contingentes, de modo que guían a Derecho de forma eficaz y eficiente de acuerdo a los hechos presentados; a la vez que son capaces de lograr una sólida base para la organización jurídica.

Gény sostuvo que la ley es una manifestación de la voluntad, antes que una expresión de un principio lógico. Por tanto, la interpretación jurídica debe ir encaminada a esclarecer la voluntad del legislador, lo que permite sostener que ante la falta o por vacío en su contenido regulador, debe aplicarse la costumbre, la autoridad y la tradición (jurisprudencia, doctrina y libre investigación científica[249]). Lo anterior debido a las lagunas jurídicas, que conducen al jurista a realizar la libre investigación del Derecho, con el fin de descubrir la norma jurídica apropiada para el caso en concreto, por medio de la observación de los hechos sociales, pues en el Derecho existen dos elementos: lo dado y lo construido.[250] Es decir,

[249] La libre investigación científica se fundamenta en: a) el principio de la autonomía de la voluntad; b) el orden y el interés públicos; y c) el equilibrio o armonización de los interese privados opuestos.

[250] Lo dado viene a estar constituido por los datos de la experiencia social y de la naturaleza, principios racionales y datos ideales;

Gény propone un Derecho natural no clásico como fuente del Derecho, de modo que se le quita la primacía al Derecho escrito. Su influencia fue considerable en los Estados Unidos y en algunos países de Europa.

Ahora bien, la posición del movimiento del Derecho libre se distingue de la jurisprudencia de intereses, pues en ésta la actividad del juez debe quedar sujeta o subordinada a la letra de la ley y al contenido de sus valores e intereses o, en todo caso, al contexto axiológico del ordenamiento jurídico para el ejercicio de la actividad interpretativa, esclarecedora y creadora del Derecho. En cambio, para el movimiento de Gény, la función del juez es por excelencia de creatividad jurídica, si para el caso concreto no existe ley o jurisprudencia aplicables, por lo que el juez debe recurrir a una fuente distinta, con base en los valores morales o de justicia existentes en la comunidad o en un Estado. Ello nos lleva a la lógica conclusión de que el juez, ante esta hipótesis, recurre a una fuente del Derecho no escrito inserto en el movimiento social, distinto del Derecho inmutable y eterno, siendo así que la función científica del juez consiste, en caso de actividad creadora, en aplicar el Derecho natural cambiante en la sociedad y como la sociedad. De ahí que se imponga la libertad ante la flexibilidad del Derecho no positivo, el cual brinda fórmulas de solución a los casos debatidos y no comprendidos en tal dimensión positiva del Derecho. El juez, entonces y, ante todo, debe ser un instrumento de justicia, tanto por su investigación de los sentimientos morales dominantes como por la apreciación objetiva y equilibrada de las situaciones sociales y económicas en la relatividad temporal y circunstancial de los acontecimientos y relaciones humanas.

Se identifican ambas escuelas, por su dimensionamiento y preocupación social, por la búsqueda de valores objetivos y por la necesaria aplicación, cuando sea necesario hacerlo, de la analogía como método válido de interpretación y aplicación jurídicas, por lo que el antecedente jurisprudencial forma parte

mientras que lo construido es la obra legislativa, condicionada a lo dado y consistente en una construcción lógica y artística que subordina los hechos a un orden de fines. Al respecto, Vid. Gény, F. (1932), Science et téchnique en droit privé positif (1914-1942), en Méthode d'interprettion et sources en droit privé positif. París.

necesaria del dictado de la justicia al caso específico. Esto hace pues tanto en la jurisprudencia de intereses, como en el movimiento del Derecho libre, quedando ambos encontrados en un punto coincidente que rechaza como dogma el legalismo objetivo y la pretensión de que el sistema jurídico agota y prevé todos los supuestos que puedan ser objeto de discusión, conflicto y solución. También coinciden por el rechazo tanto a la jurisprudencia de conceptos y su riguroso formalismo positivista, como a la función del juez como simple actividad de subsunción jurídica, por el extremo logicismo y formalismo del Derecho, sin valoración crítica de su contenido. De esa manera la función del juez es libre en tanto no queda sometida al enunciado del Derecho positivo, y es actividad científica en tanto tiene el Derecho relación directa con la realidad objetiva.

Esta tesis también fue desarrollada en Alemania a inicios del siglo XX por Hermann Kantorowicz (con el seudónimo de *Gnaeus Flavius*) y Ernst Fuchs, para dar forma a la escuela del Derecho libre, de claras implicaciones prácticas en este mismo siglo.

Los aspectos más relevantes de su interpretación están en el énfasis que le dio al Derecho libre como expresión del Derecho surgido de los grupos sociales en lugares y tiempos determinados, con su propia variabilidad y flexibilidad en el devenir de la historia. Este Derecho es superior al Derecho estatal, sin que necesariamente esté comprendido en éste, aunque el Derecho estatal no puede prescindir del Derecho libre, que encuentra su soporte y validez en la voluntad y aceptación populares. En otros términos, en un enfoque más moderno, podríamos decir que el Derecho Libre tiene su apoyo en la fuerza de la legitimidad y no ya solo en la legalidad positiva. De esta manera entonces, el Derecho Libre no dejaría de ser la expresión del Derecho vigente, aunque esté incorporado en el cuerpo jurídico de la legalidad positiva. Y para esta escuela la libertad del Derecho (libre) queda tan evidenciada, por la presencia de lagunas o vacíos en su componente sustancial, por lo que se impone la necesaria

intervención del juez quien, mediante acto de voluntad, debe dar las directrices y premisas de lo justo en la aplicación y determinación del Derecho libre. De esta manera, el juez en la fijación jurisprudencial no debe basarse en la lógica o en el estricto racionalismo, sino en la libertad de su voluntad determinativa, con sincero y fiel apego a los sentimientos y valores de la colectividad. Sin duda alguna, la función jurisdiccional es estatal, aunque irónicamente, en la corriente del Derecho libre, el Derecho estatal lo sea solo parcialmente por la incorporación necesaria del referido derecho no escrito allegado a la legitimidad antes que a la legalidad positiva. Por ello bien se puede confirmar, que de la aplicación de la ley positiva se llegue a satisfacer el sentimiento de cada comunidad, en tanto no contradiga a la esencia misma del Derecho libre, que es reflejo vivo de ese sentimiento. Lo importante de la actividad del juez entonces es satisfacer el principio de justicia, sea mediante la aplicación del método restrictivo, sea por el método extensivo, según el fuero discrecional y volitivo de la autoridad judicial, en la búsqueda y satisfacción de ese principio de justicia que, a la vez, es un fin en la convivencia humana. Por ello la libertad asegura la justicia en detrimento del legalismo y logicismo.

En términos amplios, críticos y comparados, podríamos agregar que, a pesar de las bondades jurisdiccionales y doctrinales que buscan tanto el movimiento de Gény, como esta escuela o también movimiento, coincidentes en los puntos de acuerdo y desacuerdo con la jurisprudencia de intereses, no deja de haber una alta peligrosidad de contenido. Lo anterior por la importancia otorgada a los valores morales y sociales prevalentes en una época y lugar determinados, para la creación del Derecho por parte del juez. En efecto, lo justificamos así: primero, por cuanto es difícil la determinación objetiva y rigurosa de tan etéreo material diluido en amplias abstracciones humanas. Se- gundo, toda vez que tales determinaciones bien podrían

ser instrumento de propaganda masiva, mediante el uso y las técnicas del totalitarismo político moderno. O, en todo caso, también, que lo entendido como valores dominantes sea la interpretación y derivación de lo dictado e impuesto por la minoría en el poder. Y la actividad judicial, al quedar supeditada o doblegada al poder político y a su estructura ideológica dominante, lo que hace que el juez no sea ya sólo la boca por donde habla la ley sino la boca por donde habla el tirano en las realidades antidemocráticas.

f) La jurisprudencia sociológica

Como ya lo habíamos adelantado, la jurisprudencia sociológica -distinta de la sociología del Derecho- es aque- lla que se preocupa por la justicia en su dimensión social para la interpretación y aplicación del Derecho. Ya Oliver Wendel Holmes a finales del siglo XIX, en su calidad de magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, dejó sentadas las bases para el ulterior desarrollo de esta jurisprudencia, debido a su gran expe- riencia e inteligencia crítica y analítica de los problemas micro y macro jurisdiccionales. Su gran aporte está en ba- jar a la jurisprudencia de los umbrales de la teoría para ponerla de pies con la experiencia diaria y el razonamiento valorativo y vital desplegado por el juzgador en armonía con las necesidades sociales y circunstanciales.

Para comprender y sintetizar el mensaje de esta jurisprudencia sociológica, se han de tomar ciertas ideas rectoras de dos grandes jurisconsultos norteamericanos: Benjamín Cardozo y Roscoe Pound. El primero reconocido por sus obras: The paradoxes of de Legal Science y The Nature of the Judicial Porcess; mientras el segundo, por sus obras: Interpretations of Legal History, The Spirit of the Common Law, Law and Morals, Law and State: Jurisprudence and Politics y An Introduction to the Philosophy of Law.

Ciertamente, para la jurisprudencia sociológica, el legislador

antes de proceder a la creación de la normativa jurídica, debe hacer con la ayuda de la sociología, una valoración objetiva y certera de los hechos y necesidades sociales. El juzgador por su parte, en modo alguno, debe reducir su potestad a la aplicación de un logicismo legalista y deductivo ajeno a las necesidades concretas y específicas del caso al que debe dar respuesta satisfactoria. Tampoco ha de encerrarse en la concepción del historicismo romántico que vuelca la mirada al pasado en perjuicio de la actividad renovadora y actualizada del juez para dar solución práctica a las sobrevenidas necesidades sociales. Por ello la función del juzgador no se reduce al simple automatismo conceptual ni legalista, por la incorporación necesaria de su actividad valorativa o mediante la estimativa jurídica y axiológica, tanto para la escogencia de los métodos a utilizar como por la incesante búsqueda de la justicia y del bienestar social. No es que el juez suplante a la ley, sino que ésta debe estar acorde con las exigencias sociales para encontrar un equilibrado parámetro de aplicación. En todo caso, a falta de ley o de contenido de ésta aun existiendo, siempre están la costumbre y las convicciones sociales vigentes como fuentes de interpretación y concreción en la actividad jurisdiccional. El fin del Derecho es la solución de conflictos que demandan protección jurídica, los cuales se presentan entre quienes quieren mantener el orden social imperante y aquellos que quieren crear un nuevo orden o bien modificarlo. El juez así, debe esforzarse por satisfacer los fines del Derecho en medio de una actividad cargada de función valorativa.

g) La teoría normativista del Derecho

Ya se ha adelantado criterio en torno al pensamiento del positivismo jurídico de Kelsen que, sin lugar a dudas, retoma con altos vuelos de implementación, los aportes dados por la escuela formalista del Derecho.

Dándose en gran parte por conocido el tratamiento científico de la Teoría pura del Derecho, repasemos some-

ramente sus fundamentales principios rectores. En efecto, como primer elemento está la identificación formal entre el Derecho y el Estado, sin que esto nos lleve a un estatismo prepotente sinó, en principio teórico, a la concepción liberal del Estado. En segundo orden, la soberanía del Estado está identificada con el orden jurídico supremo cuya vigencia no queda derivada de otro orden superior. De esta manera, el orden jurídico, se identifica con la permanente y renovada acción del Estado. De tal forma que el contexto normativo es igualmente dinámico sin posibilidad de ser estático, por su identificación con el poder soberano. Y ese dinamismo, en tercer lugar, se identifica con la función creadora de Derecho, toda vez que la función del Estado es función del Derecho. En cuarto lugar, tal dinamismo jurídico y estatal se realiza en un contexto de armonía lógica en el sistema normativo, en función de la relación escalonada a manera de un proceso deductivo, sea de lo general a los particular, o, mejor aún, la fuente normativa es llevada de un grado de generalidad y abstracción hasta llegar a la dimensión concreta e individualizada a través de una relación decreciente y escalonada a manera de pirámide, cerrada en sí misma, cuyos extremos son una cúspide y una base común.. En la cúspide estaría la norma funda- mental y en la base los actos de ejecución Por esto, en quinto lugar, la función del juez antes de interpretación es de aplicación o ejecución normativa en estricta relación con las normas que anteceden y determinan a la ejecución misma, en esa relación escalonada del Derecho. O en todo caso, con la función interpretativa debe darse la correcta ejecución de la norma, por lo que su interpretación es interpretación de la ley, y no ya un proceso de interpretación contra la ley o sin ley. En sexto lugar, todo acto de producción normativa, implica a su vez, un acto de aplicación normativa, en función de las relaciones decrecientes entre las propias normas que encuentran su validez y eficacia en las normas de mayor grado jerárquico. Siendo la norma hipotética fundamental, aquel

principio axiomático que permite la existencia de la norma fundamental como manifestación máxima de su construcción positivista. De tal manera que, en séptimo orden, el orden jurídico está científicamente interrelacionado y contenido de normas positivas en permanente proceso de dinamismo jurídico, a través de la creación y aplicación normativas, como sistema autosuficiente en la identidad del Derecho y el Estado. No está de menos decir, y en cierto modo insistir, sobre la gran influencia del positivismo jurídico en distintas concepciones de la aplicación e interpretación del Derecho. Incluso, por acto de negación u oposición a su formalismo deductivo, luego de la Segunda Guerra Mundial, han revivido las proclamas iusnaturalistas en búsqueda de contenidos *dikelógicos* de las normas que aseguren la vivencia y permanencia del Estado liberal de Derecho, como del Estado social democrático de Derecho, aspecto que, por la estrangulación práctica de un confiado positivismo jurídico, los enemigos de la democracia atentaron mortalmente contra sus valores.

De manera seguida, no es mucho lo que se puede agregar con fondo crítico a la postura doctrinaria que ubica a la actividad del juez en la subsunción lógica y formalista del Derecho, como autómata de la ciencia jurídica para satisfacer la estructura del silogismo jurídico, mediante la formulación de premisas, tanto mayor como menor, con su respectiva conclusión. Criterio que no convence cuando se comprende, como aquí se hace, a la actividad jurisdiccional como aquella revestida de valoración y, en ocasiones, de creación jurídicas, lo que fácilmente da como resultado sentencias y resoluciones que en modo alguno son la derivación necesaria de premisas previas, fallidamente deducidas.

En lo que se refiere a los métodos dialéctico y teleológico, tan claramente esbozados por Marx-Engels y por Ihering, respectivamente, ya hemos adelantado algo para su comprensión y ubicación; no obstante, el complemento por

desarrollar en esta misma obra.

Lo anterior, claro está, sin demérito de otros importantes métodos de interpretación y aplicación en la ciencia del Derecho, que suelen ser objeto de la pluralidad combinada con claros fines prácticos de utilidad instrumental, en beneficio de la labor reflexiva, científica, aguda y crítica de los operadores del Derecho.

5. De los medios de interpretación general a la interpretación constitucional

a) La función auxiliar de los métodos de interpretación jurídicos

Ciertamente, los métodos de interpretación jurídicos son mecanismos de auxilio para la interpretación y aplicación de la justicia constitucional. Ya Savigny, mediante su sistematización metodológica, enfatizó en la combinación instrumental, lo cual ha encontrado seguimiento por parte de la legislación comparada. En efecto, si repasamos someramente los distintos cuerpos normativos en nuestro medio, podríamos encontrar diferentes perspectivas aplicativas. Así, por ejemplo, como se ha insistido hasta la saciedad, en la Ley General de la Administración Pública, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la costumbre son parte del ordenamiento jurídico administrativo, tanto para la interpretación como para la integración y delimitación jurídicas, siendo así que, en caso de silencio normativo, tales contenidos tendrán rango de ley para su integración ordinamental para satisfacer el interés público, sin que pueda ningún funcionario público abstenerse del ejercicio de su obligación jurídica, en el marco de la legalidad constituido por el Derecho escrito y no escrito. De esa forma, prevalece el principio sistemático del ordenamiento jurídico como unidad coherente y jerárquicamente preestablecido. Por su parte el Código de

Trabajo (art.17)[251] no sólo incorpora el principio ï*ndubio pro-operario,* sino que se hace evidente la presencia de la jurisprudencia sociológica y de los movimientos sociologistas de la interpretación jurídica, en tanto prevalece el principio de la "conveniencia social". El Código Civil hace una combinación interesante de métodos para la interpretación jurídica, destacándose una cierta influencia del devenir administrativo. Sin embargo, va más allá en su tratamiento, cuando no sólo incorpora a la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la costumbre, sino además a la doctrina que pueda dictar las distintas salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena (art.9[252]). También quedan incluidos la interpretación gramatical, la interpretación histórica y la realidad social prevaleciente en un tiempo determinado en seguimiento al principio teleológico de la norma vigente, por lo que se agrega este método de interpretación (art.10[253]). La equidad en la aplicación normativa y bajo su expresa autorización entrará a formar parte de la actividad jurisdiccional (art.11[254]) dándose paso a la interpretación analógica para casos semejantes con

[251] "Artículo 17.-Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta, fundamental- mente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social."

[252] "Artículo 9º- La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho."

[253] "Artículo 10.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas."

[254] "Artículo 11.- La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán des- cansar de manera exclusiva en ellas cuando la ley expresamente lo permita."

identidad -no ya semejanza- de razón (art. 12[255]). El Código de Comercio, por su parte, da prevalencia a los usos, costumbres y principios generales del derecho mercantiles, destacándose una interesante graduación de aplicación de los usos y costumbres, privando los locales sobre los nacionales, los nacionales sobre los internacionales y los especiales sobre los generales (art. 2[256]). La costumbre, por su parte, podría suplir el silencio de la Ley y sirve de mecanismo esclarecedor para el sentido de las palabras y términos usados en los actos y contratos mercantiles (art.4[257]). El Código Procesal Civil enfatiza en la interpretación teleológica de la norma procesal no ya como norma de forma sino como norma sustancial y, en caso de duda, se admite la aplicación supletoria de los principios generales del Derecho (art.3[258]). El Código de Familia, sin que se adhiera a algún método de interpretación de forma expresa, lo hace implícitamente a favor de la interpretación teleológica de su normativa, para asegurar los principios de la unidad familiar, el interés de los hijos, los menores y la igualdad de los derechos y deberes de los

[255] "Artículo 12.- Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación."

[256] "Artículo 2º.- Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rija determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales."

[257] Artículo 4º.- Las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles."

[258] Artículo 3.- Interpretación. Al interpretar la norma procesal, el juez deberá tomar en cuenta que la finalidad de aquélla es dar aplicación a las normas de fondo. En caso de duda, podrá acudir a los principios generales del Derecho Procesal."

cónyuges (art.2[259]). La Ley Orgánica del Poder Judicial (art.5[260]) posibilita a los principios generales del Derecho y a la jurisprudencia ser medios para la interpretación, delimitación y aplicación del Derecho escrito, pudiendo todos tener rango de ley escrita ante la ausencia y no por la insuficiencia de ésta. Por su lado, tanto los usos como la costumbre tienen rango de supletoriedad para el Derecho escrito. El Código Procesal Penal incorpora la interpretación restrictiva (art.2[261]); y la Ley de Contratación Administrativa lo hace en favor de la interpretación extensiva en los procedimientos de contratación, con prevalencia del contenido sobre la forma, para satisfacer

[259] "Artículo 2º.- La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código."

[260] "Artículo 5.- Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable. Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito."

[261] "Artículo 2.- Regla de interpretación Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento."

los intereses públicos (art.4[262]). El Código de Normas y Procedimientos Tributarios admite los medios de interpretación del Derecho común, vedándose la aplicación de la analogía para la creación o exención de tributos. Y el Código Penal (art.1[263]) establece la aplicación causalista de su normativa con expresa prohibición de la analogía (art.2[264]). Encontramos, también, en los tratados internacionales de derechos humanos, disposiciones que garantizan la interpretación que deben hacer los Estados parte en favor de los derechos fundamentales y las libertades públicas, tanto frente a la normativa vigente en cada Estado como a la prohibición de éste, o de alguna persona o grupo, para su supresión o limitación más allá de lo prescrito por el propio tratado (arts.5,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[265] y art. 29 de la Convención

[262] "Artículo 4º— Principios de eficacia y eficiencia. Todos los ac- tos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior. En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no des- calificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación. Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores."

[263] "Artículo 1º.- Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente."

[264] "Artículo 2º.- No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal."

[265] "Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado,

Americana sobre Derechos Humanos[266]).

Visto lo anterior, se han de resaltar los distintos métodos de interpretación jurídica, sin demérito de otros, para ser ubicados en la función de la interpretación y aplicación de la justicia constitucional.

La interpretación gramatical o literal es aquella que concentra la atención en el sentido literal de las palabras de la norma interpretada, lo que supone la inaplicabilidad cuando el Derecho no es escrito, por obvias razones de deducción lógica. En esta perspectiva, no cabe duda de la importancia que reviste la literalidad de la norma, en tanto es la primera impresión recibida por el intérprete, por lo que, a falta de problemas para desentrañar el contenido de la norma, han de favorecerse los "argumentos literales". Contrariamente, o complementariamente, la interpretación lógica centra la atención en el contenido conceptual de las palabras, es decir, se busca el sentido del texto, sin aferrarse a su literalidad, por lo que forma parte preferente del uso de la interpretación técnica o

grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."

[266] "Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inher*entes* al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

profesional.

La interpretación teleológica, como su nombre lo indica, busca descubrir la finalidad determinante de la norma y sus principios de valor, por lo que concentra la atención tanto en la *ratio legis* como en su *telos*, teniendo a cuestas un problema: la escogencia del método a seguir para llegar al fin mismo. Por ello, esta forma de interpretación se vale, en principio, del conjunto de métodos para abordar a tal valor y fin de la norma. Uno de sus grandes impulsores fue Ihering quien, incluso, tituló a una de sus obras *El fin en el Derecho* (*Der Zweck im Recht*), en la que distingue el mundo de la física regulado por la ley de la causalidad del mundo humano regido por la ley de la finalidad. Dice este autor: "El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca."[267]

La interpretación histórica busca la historicidad de la norma, sus fundamentos históricos circunstanciales. La norma tiene su historia, su origen de nacimiento en algún tiempo y en relación con determinadas circunstancias objetivas, pero también la norma se trasmite y aplica en la dimensión histórica sobrevenida. Así la norma se hace en la historia y se refleja fundamentalmente con su historia. Por ello la norma nace y se subsume en la historia con un valor que permanece arraigado a su fuero de inicio sin que por ello pueda asumirse que tenga un valor absoluto en la transitoriedad de la historia misma. De este método nace también el método histórico-crítico, tan puesto en boga para el análisis del Derecho romano. Ciertamente, en el análisis del Derecho romano, como de cualquier manifestación del Derecho pasado, con sus inconvenientes de fidelidad documental y objetiva en su tratamiento y análisis, se impone la historicidad como Derecho surgido en la historia y sumido en el

[267] Ihering, R. v. (1962). El Espíritu del Derecho romano. Tomo III. Madrid: Revista de Occidente, pág. 45.

pasado. Y su criticidad está en la actitud científica para lograr al máximo la trasparencia de su contenido sin alteraciones, falsedades o imprecisiones realizadas por los distintos tratadistas o comentaristas en el desarrollo de su evolución histórica.[268]

La interpretación genética -de génesis- muy cercana a la interpretación histórica, estudia todos los materiales legislativos relacionados con los actos y documentos previos a la vigencia de la ley, incluyéndose el proceso de discusión legislativo al igual que todos los proyectos y trabajos previos relacionados con la normativa objeto de interpretación.

La interpretación sistemática investiga la disposición normativa o el instituto jurídico a partir del sistema del Ordenamiento jurídico que los contenga, razón por la cual debe establecerse la relación de ubicación de la ley o del instituto en el grado o apartado dentro del mismo sistema jurídico, entendido éste como unidad coherente y armónica -en principio- del todo con sus partes constitutivas.

La interpretación comparativa establece la relación entre la normativa que se investiga e interpreta con la normativa de otros ordenamientos jurídicos extranjeros en el encuadre del Derecho comparado como fuente de información y enriquecimiento valorativo y doctrinario.

La interpretación dialéctica que pudiera ser o no marxista, es un método que parte del principio contradictorio que mantiene la ley respecto a los intereses requeridos de solución. La ley tiene en sí su estructura y contenido contradictorios para ser aplicada en una realidad no menos contradictoria. De la contradicción debe partirse para buscar la solución. El marxismo, por su parte, en cuanto método de análisis parte de la interpretación crítica del sistema capitalista, siendo los ordenamientos jurídicos simples reflejos de la infraestructura (energía de trabajo - instrumento - material a disposición) para

[268] Torrent, A. (1991). Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes. Zaragoza: Editores MIRA S.A, págs. 46-47.

formar parte de la superestructura que no es más que una apariencia que sustenta y protege el sistema de explotación económica; aspecto que retomaremos adelante.

Por su lado, la interpretación extensiva es aquella que sobrepasa la literalidad normativa en búsqueda de principios complementarios que puedan deducirse del contexto legal para satisfacer valores o fines adheridos a aquél, siendo así la interpretación restrictiva lo contrario, es decir, la aplicación causalista de la norma sin mayor espacio de interpretación discrecional.

Por último, en este análisis, la interpretación analógica acude al antecedente jurisprudencial para encontrar situaciones y hechos resueltos de contenido semejante, no idéntico, a aquel que se interpreta ante el vacío o insuficiencia normativa. Con la analogía, se propone la expansión lógica y axiológica de la *ratio legis*.

b) Los aportes metodológicos de la doctrina y jurisprudencia comparadas en la aplicación de la justicia constitucional.

No cabe duda que, el problema de la interpretación constitucional es un problema mayor y, quizás, como bien lo indica Stern, en la doctrina alemana, tal problemática "se ha convertido en el problema cardinal de la interpretación de la ciencia del Derecho"[269] ·Y ello es cierto, se puede agregar, desde varios ángulos de apreciación: de una parte, por la trascendencia política y jurídica de la interpretación a la norma fundamental de un Estado, de incidencia generalizada para la vida y unidad del sistema jurídico en su conjunto. Es una interpretación suprema, en cuanto queda ubicada por encima de cualquier interpretación jurídica ordinaria. También lo es, por la dificultad práctica de la interpretación constitucional, toda vez que la Constitución tiene a su haber todo un conjunto de disposiciones de lenguaje abstracto e indeterminado, con

[269] Stern, K. (1977). Das staatsrecht der. Munich, pág. 102.

manejo de conceptos que, en ocasiones, son de alta complejidad para la tarea de la interpretación. Asimismo, porque la Constitución contiene una amplia gama de valores insertos en su normativa y, a ello se agrega, en mayor o menor medida, la valoración e influencia ideológica del interpretador de sus normas. Ciertamente, el problema de la valoración del intérprete y del contenido valorativo de la Constitución, es un problema que rebasa los límites de la apreciación simplista del fenómeno. De tal manera que existen dos ámbitos de valores en el ejercicio de la interpretación, por lo que en ocasiones resulta difícil saber si predomina el valor objetivo de la norma y de su contexto, o el valor subjetivo de quien asigna un significado a la norma misma en su función interpretadora. Por ello, en modo alguno podemos eliminar el alcance de la valoración, incluso impregnada de elementos ideológicos que inciden, de una u otra manera, en el ejercicio de la interpretación constitucional. Hay más todavía: los principios de la supremacía normativa y de la supremacía ideológica de la Constitución, requieren de su permanente actualización práctica en la dimensión social a través del proceso de adaptación constitucional, y en ocasiones mediante prácticas de mutación que no dejan de ser adaptaciones sustanciales sin modificaciones o alteraciones formales. En todo esto la función del intér- prete puede de una u otra manera, sin variar la letra de la norma, dosificar, aumentar o disminuir los efectos de la supremacía ideológica que en sí misma es manifestación de valor. Y aquí se impone, por necesidad contralora, la existencia de sentencias o fallos ampliamente motivados, con la incorporación de técnicas de interpretación que no dejen, en el limbo de la duda, la presencia del capricho o del mero voluntarismo decisional o permitan el escudo necesario contra prejuicios que encontraron, en la técnica misma, la fórmula necesaria para darles validez y eficacia jurídicas. Ciertamente, el control popular o social en el ejercicio de la función interpretadora, requiere que el “discurso” jurídico tenga y mantenga los elementos necesarios para su objetiva

ponderación, tanto en razón de la norma como de su contenido de valor.

Y en esta problemática que enciende la presencia de valores en la interpretación jurídica, es posible encontrarse con distintas hipótesis: a) cuando el juez constitucional en la fijación de pautas se encuentra con el vacío jurídico para dar solución práctica al caso específico; b) cuando existan normas que, de forma nebulosa o poco clara, posibiliten un acercamiento práctico con la situación dada;

c) cuando la norma deba ser adaptada o vitalizada para la situación objetiva, en tanto lo permita su flexibilidad de contenido; d) cuando la norma disponga algo distinto a la exigencia y necesidad sociales; e) cuando existan varias normas que deban ser objeto de unidad interpretativa en aras de la unidad sistemática y de la seguridad jurídica; f) cuando la norma esté agotada en su contenido sin que, con ella, se logre satisfacer el contenido ideológico de la misma Constitución, lo que impone la necesaria intervención interpretadora en la variación del fin o contenido. Es difícil, entonces, sino imposible, adherirnos al sector de la doctrina que defiende la tesis de los "valores adjetivos", por la cual los valores de inspiración de la jurisprudencia constitucional no debieran ser de contenido sino de procedimiento, para asegurar los valores fundamentales y objetivos de una sociedad: su dimensión abierta en favor de la libertad y el progreso, la representación alternativa, la defensa de las minorías, el aumento de acceso a los puestos de representación, entre otros.

Por otra parte, la complejidad de la interpretación constitucional no queda agotada en modo alguno por la aplicación de uno o varios de los métodos tradicionales en la ciencia jurídica, toda vez que se impone la propia característica de la función interpretadora a nivel constitucional, sin que por ello invalidemos o ignoremos la auxiliar colaboración que puedan dar tales métodos tradicionales. El rechazo de

aceptación de tales métodos para esta función especializada, proviene de un cierto sector de la doctrina alemana, de influencia en otros medios, siendo Smend[270] uno de sus máximos abanderados. Su postura se fundamenta en varios principios: de una parte, la interpretación constitucional se relaciona con la naturaleza política del derecho constitucional, la cual ya no es sólo jurídica, por lo que se requiere de una nueva metodología aplicativa con preponderancia de los criterios políticos y no así de los jurídicos. En segundo lugar, la interpretación constitucional debe ser de amplia flexibilidad para la adaptación de la norma a las circunstancias sociales y políticas dominantes en un tiempo y espacio específicos, para la confirmación práctica de mutaciones constitucionales. En tercer orden, por cuanto las normas constitucionales no sólo mantienen un sistema de valores, sino que tales valores ostentan una relación gradual e interconexa, en grado de mayor o menor importancia.

De esta forma, Smend bautiza a su modo de interpretación con el nombre de "científico-espiritual", lo cual hace recordar el tratamiento dado por Dilthey a las ciencias sociales y, sobre todo, al estudio e investigación científi- cos de los acontecimientos históricos. También su crítica metodológica tiene raíces en la interpretación sociológica y hasta en la jurisprudencia sociológica, sin olvidar la influencia de Schmitt con su decisionismo jurídico. En efecto, para este autor -en oposición a la Teoría pura del Derecho- el Estado no es ya la manifestación de la unidad del orden normativo sino la realidad social que se expresa en infinidad de actos de decisión política sin estar sujetos a ninguna limitación normativa. Incluso para Schmitt la concreción de las disposiciones constitucionales que son formales y de contenido amplio, no puede realizarse a través de procedimientos de interpretación jurídica, sino que esta función de concreción implica la toma de decisiones políticas

[270] Smend, R. (1985). Constitución y Derecho *Constitucional.* Madrid, pág. 191 y ss.

innovadoras y, como tal, debe ser realizada por la actividad legislativa no así por la judicial.

Ciertamente, la denominación que diera Smend a su método de interpretación ("científico-espiritual") no aporta mayor innovación al tratamiento de la metodología jurídica. Sin embargo, su apreciación de que el interpretador constitucional no puede olvidar ciertos parámetros de vital importancia para la justicia constitucional, es sin duda, un planteamiento riguroso y de enorme relevancia en la ciencia jurídica. En tal perspectiva, el interpretador no puede olvidar las siguientes realidades: a) que las normas constitucionales contienen la organización y la sustancia fundamental tanto de la comunidad como del Estado en cuanto unidad jurídica y política; b) la relevancia de la jurisprudencia constitucional respecto al orden jurídico infraconstitucional; c) las normas constitucionales son, por lo general, de contenido amplio e indeterminado; d) la interpretación de las normas constitucionales queda confiada a órganos o tribunales especializados en la materia; e) las normas constitucionales determinan la expresión de los acontecimientos políticos, es decir, regula la actividad de la formación de la voluntad política y del orden político, por lo que es inevitable la influencia decisiva de lo político sobre la interpretación, toda vez que ésta versará sobre el contenido de lo político en la normativa constitucional.

Este rompimiento de Smend respecto a las técnicas clásicas de interpretación jurídica, dio como resultado la postura crítica asumida por Forsthoff[271], quien considera la posición de Smend como otra expresión del decisionismo jurídico, esta vez realizado por el juez, cuyo voluntarismo ejercido en favor de valores objetivos e incomprensibles genera incertidumbre jurídica, con suplantación de la voluntad popular por la voluntad unilateral que podría ser arbitraria.

Por su parte Hesse, quien ostenta una posición ecléctica

[271] Vid. Forsthoff, E. (1959). Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, en Fest- schrift fur C.Schmitt. Berlín.

entre las tesis de Smend y Forsthoff, hace una especie de tipología caracterizadora de la interpretación constitucional. En efecto, antes de resaltar los elementos caracterizadores de esta función interpretativa, se ha de indicar que la interpretación en sí misma genera la "concretización" (*Konkretisierung*) de la norma, es decir, la interpretación vinculada a los problemas concretos. De esa manera el interpretador completa el contenido normativo constitucional con su actividad de esclarecimiento y actualización de la norma, pero siempre en vinculación objetiva con tal norma.

Visto lo cual, es conveniente proceder a dar seguimiento a los elementos fundamentales de la interpretación constitucional: En primer término, se resalta el principio de la unidad constitucional. En este sentido -se ha de agregar- el Tribunal Constitucional de Alemania ha manifestado: "El principio más importante de interpretación es la unidad de la Constitución en cuanto unidad de un conjunto teleológico-lógico, ya que la esencia de la Constitución consiste en ser un orden unitario de la vida política y social de la comunidad estatal." [Vid., al respecto Bverge -decisión del Tribunal Constitucional Federal, Recopilación oficial- 19,206 (220)]. Este principio de unidad, en modo alguno invalida o desconoce la presencia de posibles contradicciones en el texto constitucional, sino que, en virtud de tal, es que se impone la necesaria y adecuada interpretación que asegure la unidad de contenido y forma en un adecuado equilibrio decisional. De esta manera queda incorporada la técnica de la interpretación sistemática, como unidad del ordenamiento jurídico cuyas partes deben estar interrelacionadas en función del conjunto unitariamente concebido.

En segundo término, está el principio de concordancia práctica, lo que denomina el profesor Santamaría Pastor, de manera complementaria, principio de la armonización. Ciertamente, los bienes protegidos en la Constitución tienen su entidad propia de valor, sin que unos sean sacrificados por otros o que mantengan entre sí grados distintos de relevancia jurídica,

como si fuesen bienes de mayor o menor importancia, salvo disposición en contrario. Todos los bienes deben ser armonizados, lo que permite, también, la confirmación del otro principio de la unidad sistemática de la Constitución. Sin embargo, para ello, se requiere del establecimiento de límites entre las mismas normas para el adecuado equilibrio de los bienes interrelacionados, en unión a la realidad concreta vinculante para la decisión jurisdiccional. En efecto, supongamos el encuentro entre dos bienes como son la libertad y la seguridad, en el encuadre democrático. Esto rescata la importancia de la interpretación proporcional y razonable (principios tan reiterados por la jurisprudencia patria) sin que un bien vaya en demérito del otro, sino que ambos son realidades de valor que han de coexistir equilibradamente en una realidad política donde la seguridad garantice la libertad y viceversa.

En tercer término, está el principio de la corrección funcional mediante el cual se garantiza la distribución orgánica de funciones y el respeto de las esferas de competencia de todos los órganos del Estado, que de una u otra forma queda protegido por el texto constitucional, sea de forma expresa o implícitamente. De esa manera la estructura y el organigrama estatal, constitucionalmente asignado, no debe ser modificado por el juez constitucional, sin demérito de la posible solución de conflictos competenciales entre los distintos órganos públicos, tengan o no rango constitucional, tal cual sucede, por ejemplo, en la disposición contenida en el numeral 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De esa manera, la función de la Sala Constitucional en Costa Rica, para resolver los conflictos de competencia, es en función de garantizar la esfera competencial objetiva, no para sustituirla, modificarla o destruirla. En cuarto lugar, está el principio de eficacia integradora, el cual se deriva de una realidad constitucional: si su texto crea y mantiene la unidad del sistema político, la interpretación constitucional en cada caso concreto

debe favorecer los puntos de vista que refuercen este principio de unidad.

En quinto lugar, está el principio de la fuerza normativa de la Constitución, que se relaciona con la eficacia de las normas constitucionales, debiéndose dar preferencia a los puntos de vista que permitan la máxima eficacia jurídica que a la vez posibiliten la inmediata aplicación constitucional.

Por último, debemos mencionar el principio de la interpretación conforme a la Constitución. Este principio es importante para la interpretación de la ley en congruencia con el texto constitucional, por lo que no deben anularse

leyes que puedan ser interpretadas en tal dimensión no oponible. Y aquí entrarían dos elementos de sumo relieve: el principio de la presunción de las leyes conforme a la Constitución y, asimismo, en caso de duda para esa presunción, prevalece el principio de interpretación conforme a la Constitución. Ciertamente, este principio es aplicado cuando la norma no requiere de mayor interpretación por su sentido unívoco que evidentemente contradiga el texto y contextos constitucionales, como por la fácil y certera disposición de bondadosa congruencia. También resulta necesario distinguir la presunción de la ley en congruencia con la Constitución, respecto a la imposibilidad de anular una ley que no sea conforme a la Constitución. Una ley que puede ser congruente se interpreta de conformidad, como no puede serlo cuando la congruencia no exista y requiera de la anulación normativa. Una cosa es la presunción que pueda invalidarse por la demostración en contrario, y otra es la imperativa subsistencia de la norma a pesar de su inconformidad, violación o contradicción con las disposiciones constitucionales. Se interpreta la norma en función de la Constitución, no la Constitución en función de la norma ordinaria.

Hess, por su parte, distingue la interpretación conforme a la Constitución de la interpretación orientada a la Constitución. La diferencia radica en que la segunda, puede -y debe- ser

ejercida por los distintos órganos que dictan justicia, no adentrados en la típica función especializada de la jurisdicción constitucional. En el medio costarricense, en cierta medida, tal orientación de concreción queda plasmada en el artículo 8[272] de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin demérito de la debida observancia constitucional en virtud de la aplicación del principio de legalidad (art.11[273]) para toda actuación u omisión administrativas, con inclusión, claro está y de forma determinante, para el ejercicio de la potestad sancionatoria[274].

[272] "Artículo 8.- Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional. 2.- Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones contrarias a cualquier otra norma de rango superior. 3.- Expresar y aun insinuar privadamente su opinión respecto de los asuntos que están llamados a fallar o conocer. Aparte de la sanción disciplinaria que se impondrá al funcionario, el hecho deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Público. 4.- Comprometer u ofrecer su voto, o insinuar que acogerán esta o aquella otra designación al realizar nombramientos administrativos o judiciales. Se sancionará con suspensión a quien se compruebe ha violado esta prohibición. Las prohibiciones establecidas en los incisos 3) y 4) son aplicables a todos los servidores judiciales, en el ejercicio de sus funciones."

[273] "Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

[274] Para un estudio más a fondo de los métodos de interpretación jurídico-constitucional, puede verse también en Jiménez Meza

6. Razonamiento jurídico, interpretación jurídica y argumentación judicial

La aplicación de la norma jurídica demanda, determinar si el caso en concreto está dentro del ámbito de ésta. Dicha indagación se logra gracias a la lógica, en donde el precepto normativo constituye la premisa mayor del silogismo, la menor viene a ser la manifestación del caso. De este modo, la afirmación del caso está sujeta al precepto, es decir, la conclusión.

La operación hace necesario precisar el sentido de la disposición legal para saber si el caso de aplicación está tipificado en ella. La interpretación consiste exactamente en puntualizar el sentido, es decir en delimitar la idea que la regla legal indica. La regla jurídica en general, ley o costumbre, se expresa por medio de la palabra, que se constituye en el elemento material que lleva en sí la idea que desean manifestar los hombres. De este modo se hace necesario, precisar con claridad esta idea, lo cual sólo se logra si se da una adecuada labor de interpretación, a través de la investigación del sentido de las palabras o expresión utilizada. Todo mandato jurídico necesita ser interpretado, pues siempre se expresa, en el marco del Derecho vigente, por medio del instrumento convencional que constituye el lenguaje. Del mismo modo, todo elemento del lenguaje, que no es la idea misma, sino sólo su representación, requiere ser interpretado a fin de conocer su propia inteligencia. Generalmente la interpretación es fácil de realizar y se hace de una forma automática, pues la regla jurídica se supone ha sido formulada por medio de palabras claras que permiten expresar con transparencia el pensamiento del legislador. No obstante, también se dan dos casos particulares, uno en los que parece completa- mente

(Manrique). La Pluralidad Científica y los métodos de interpretación Jurídico-Constitucional. Editorial Juritexto, segunda edición, San José, 2012.

superflua la interpretación, pues el sentido es muy evidente; y otro caso en donde la norma es sumamente oscura.

De este modo, la evolución del razonamiento jurídico o argumentación jurídica ha permitido constatar que la sola interpretación de la norma, resulta evidentemente insuficiente. Siguiendo a Squella[275] (2000), cabe aclarar la relación y distinción entre razonar y argumentar jurídicamente. "Razonar" alude a los procesos interiores que tienen lugar cuando se piensa jurídicamente, en tanto que la que el verbo "argumentar" se refiere a la exteriorización, verbal o escrita, de aquel que ha razonado con anterioridad. Sin embargo, no puede descartarse que los razonamientos jurídicos de alguien no coincidan con sus argumentaciones jurídicas compartidas por otros miembros de la comunidad jurídica. Por este último motivo, cuando se hable de argumentación jurídica se entenderá como manifestación de un razonamiento jurídico.

En este sentido, la argumentación jurídica es más am- plia que la argumentación interpretativa -en el sentido estricto, derivada directamente de la interpretación jurídica-. Del mismo modo esta última es más amplia que la argumentación judicial. Es decir, la argumentación jurídica no se agota ni en la interpretativa ni en la judicial.

La argumentación judicial es más restringida que la argumentación interpretativa, puesto que la primera tiene lugar sólo en un determinado hecho social que debe ser resuelto por órganos jurisdiccionales. Sin embargo, la argumentación judicial no se reduce a la argumentación interpretativa, puesto que los jueces no sólo argumentan sobre normas o sobre su sentido, sino también sobre hechos y valores que tienen que ver con el caso.

Por otro lado, la argumentación jurídica es aquella que se produce en los contextos jurídicos, ya sea que estos se refieran a la producción de normas jurídicas (legislador), a la

[275] Squella, A. (2000). Introducción al Derecho, Op. Cit., págs. 291-295.

interpretación de las normas con fines de conocimiento, difusión y facilitación de la solución de casos (juristas) o la interpretación y aplicación de las normas con miras a dar solución a casos reales de la vida social (jueces). En otras palabras, el razonamiento jurídico se presenta en los legisladores, los juristas y los jueces cuando ejercen sus respectivas funciones.

7. Otra valoración de interpretación

La interpretación en el Derecho no se restringe siempre a puntualizar el sentido de la regla jurídica que se va ejecutar. En ocasiones se va más allá de su función cotidiana y simple, pues se debe formular la regla para aplicarla luego. El juez está en la obligación de aplicar el Derecho, aunque exista conflicto o controversia. No obstante, las funciones del juez no presuponen que siempre deba haber una disposición aplicable, pues pueden existir conflictos o controversias, que no están previstos por la regla jurídica y que escapan del alcance de ésta.

La función del juez no puede detenerse en estos casos; el interés social exige que todos los conflictos desarrollados en el seno de la sociedad deban ser resueltos por el poder público, para evitar los males que la injusticia privada o dominio de la fuerza y las situaciones jurídicas no resueltas, causan forzosamente a la comunidad. De este modo se recurre a la interpretación jurídica.

Como ya se ha indicado, el concepto “interpretación”, tiene un significado muy particular en Derecho, más que el habla cotidiana. El ejercicio de interpretación jurídica no sólo consiste en precisar el sentido de las palabras y de las frases; sino que también implica hacer un riguroso trabajo de investigación para definir las reglas que deban aplicarse para dar solución a los conflictos. Sin embargo, las reglas de interpretación no siempre se derivan directamente de los preceptos del Derecho positivo, ni derivan simplemente del significado gramatical de las normas. La interpretación jurídica funciona como complemento de la ley, en este sentido la labor llena los vacíos de ésta. Los

distintos órganos de Derecho positivo no se han ocupado, por lo general, de precisar las reglas de interpretación a que debe sujetarse. No obstante, en algunos países se ha definido el hecho en términos abstractos y generales, como ocurre con el Código civil suizo, en donde el 1º artículo dice: "a falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve según el derecho consuetudinario, a falta de costumbre, según las reglas que daría si tuviera que hacer acto de legislador, se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia".

Por otro lado, la doctrina ha gestado en forma extensa una reglamentación de la interpretación jurídica, y, debido a los antecedentes históricos del derecho, es importante la obra realizada a este respecto por la escuela francesa de los comentadores del Código napoleónico, que dan origen al método lógico de interpretación.

8. Interpretación general de las normas jurídicas

La interpretación de la norma jurídica implica necesariamente la determinación del significado de las palabras que la conforman. No obstante, en ocasiones el significado estricto del enunciado no alude a la verdadera idea del precepto, pues ocurre que su autor pudo expresarse con palabras equivocadas u oscuras, de modo que no dice lo que intentó manifestar. De aquí que surjan diversos casos en los cuales la misión del intérprete necesita sujetarse a determinadas reglas especiales según distintas hipótesis, a saber:

a) El sentido del precepto legal, tal como se desprende de su texto, es diverso de la idea que se intentó expresar

En este caso, el intérprete deberá atenerse a esta idea, teniendo el cuidado de comprobar satisfactoriamente que la interpretación admitida, contraria al texto literal, sea la correcta.

Cabe advertir que tales casos de interpretación son poco comunes, y que sólo con muchas reservas debe admitirse que la ley no dice lo que su texto indica. Este

cuidado debe tomarse en cuanta, pues se entiende, por regla general, que la ley debe aplicarse según lo que sus palabras manifiestan, y no es lícito pretender desvirtuar su sentido so pretexto de que el legislador se equivocó al formular por medio de la palabra el pensamiento legislativo, salvo que la equivocación sea evidente o manifiesta.

b) El texto legal contiene preceptos contradictorios

Si los preceptos no pertenecen a leyes diferentes y de distintas fechas, que indiquen una derogación tácita del precepto más viejo, el intérprete está obligado ante todo a buscar un sentido de las disposiciones aparentemente contradictorias, que haga desaparecer la contradicción. Sólo en el caso de que no haya conciliación posible entre los mandatos legales contrarios, se admitiría la existencia de la contradicción y la probable imposibilidad de aplicar la ley.

c) ¿Qué sucede cuando el texto es oscuro?

En caso de oscuridad, el intérprete debe buscar el verdadero significado de la ley, para este fin debe recurrir al estudio de la ley en su conjunto para conocer cuál fue el sistema adoptado por el legislador y determinar así el sentido con el que se gestó la disposición o grupo de disposiciones normativas oscuras dentro de aquel sistema. No obstante, en ocasiones no basta con determinar el sentido según el hecho inmediato en el que fue dictada la norma, sino que el intérprete debe buscar en los antecedentes de la ley, la materia necesaria que le permita aclarar el precepto estudiado y de este modo determinar lo que verdaderamente se quiso decir. Entre mencionados antecedentes pueden estar la discusión de la ley, su exposición de motivos, las leyes extranjeras o nacionales que tomó por modelo el legislador en su obra, o las doctrinas y principios que lo inspiraron.

9. Interpretación a falta de ley

Cuando no hay una disposición legal aplicable al caso controvertido, se trata, sin embargo, de un caso de aplicación del Derecho.

Existe mucha discusión en torno al tema de los principios generales del Derecho cuando suplen -como en nuestro medio positivo- las deficiencias de la ley. Estos principios derivan en primer lugar de determinas normas de interpretación y de las soluciones dadas por preceptos dictados para casos similares al que sea materia de conflicto (aplicación de la norma jurídica escrita al caso no previsto expresamente por ella, por analogía o por razón mayoritaria), de las normas derivadas de prácticas consuetudinarias, entre otros. En segundo término, estos principios o normas emanadas de la doctrina, de la tradición y de la jurisprudencia, constituyen las normas inspiradoras del sistema jurídico vigente.

10. Excepciones en materia penal

No obstante, la legislación penal requiere también ser interpretada para su aplicación, dado que se exige la determinación rigurosa y previa del sentido del precepto. En cambio, a falta de ley expresa, no se puede en materia penal aplicar el Derecho acudiendo a la libre interpretación jurídica en el sentido más amplio de la expresión, ni a la función supletoria del Derecho no escrito.

Esta prohibición protege a los individuos de la posible arbitrariedad judicial y resalta el sentido restrictivo y tipificador de la ley escrita. En ocasiones la ley penal, podría ser interpretada y usarse para atentar de forma injustificada contra la propiedad privada, la libertad e incluso la vida humana. De modo que a falta de disposición expresa de la ley y por intermediación judicial, el acusado debe ser absuelto, y ante la duda se favorece la presunción de inocencia.

11. Principio fundamental de interpretación

Es menester destacar que en la aplicación del Derecho debe haber en principio la labor de deducción lógica. Sin embargo, contra lo que han afirmado algunos jurisconsultos, la interpretación jurídica no se reduce simplemente al ejercicio de la lógica pura y formal, pues en materia de Derecho no solo basta este ejercicio lógico, sino que debe estarse ante una realidad objetiva: la ley y la realidad fáctica o, de hecho, que constituyen el objeto o base de la interpretación misma. Si no se hace esta labor lógica en relación con los hechos y la ley, quedaría en el vacío el ejercicio correcto de la interpretación y aplicación jurídica, como puede con facilidad desprenderse de la teoría tradicional de la escuela francesa de la exégesis. Al mismo tiempo, si la aplicación del Derecho fuera sólo la de la regla tomada lógicamente de los preceptos existentes, se requeriría, para resolver los diversos conflictos, con independencia de los tiempos y lugares, que el legislador haya previsto todos los casos y condiciones por suceder en calidad de adivino allegado a las oscuras fuentes del esoterismo jurídico. Esto último llevaría a un absurdo, pues la vida es cambio por esencia y la ley no se hace con previsión perfecta y total de las transformaciones futuras, por más ejercicio lógico realizado. De hecho, la ley se elabora con una visión delimitada y especial de las condiciones jurídicas, en tiempo y espacio, con adaptación y variación posterior, y en ocasiones antes de la transformación del texto. Por tanto, la ley debe aplicarse, en condiciones no previstas siempre por el legislador, y el Derecho puede regular situaciones no consideradas por aquélla. La verdadera misión del intérprete no se limita invariablemente a aplicar el texto legal ateniéndose solo a su sentido literal o a la intención del legislador, que no siempre lo da a conocer
la ley.

El intérprete está obligado con frecuencia a desprender del Derecho la regla que más conforme con el respectivo sistema

jurídico, tomando en consideración además cada situación concreta. Necesita, en otros términos, aplicar el Derecho; pero aplicarlo, no con la rigidez absoluta que le da atribuir a la regla jurídica un sentido unívoco en el tiempo y espacio, sino con el criterio que admite adaptaciones razonables al sentido aparente o equívoco de la ley, cuando han variado las condiciones que el legislador previó.

Asimismo, el intérprete no debe aplicar la ley con un criterio lógico y formalista cerrado, cual función matemática, pues debe buscar no solo los motivos sino los fines de ella en relación con las situaciones y pretensiones en conflicto, que requieren de la correcta y transparente interpretación y aplicación jurídicas en conciliación con los derechos fundamentales en sustancia y formalidad procesal, que incluye la aplicación del debido proceso en régimen de igualdad entre las partes principales y accesoria en los respectivos procesos, pues la función correcta y última de todo sistema jurídico, con inclusión del jurisdiccional y administrativo, es la certera aplicación del valor justicia en los Estados de Derecho, bajo el principio elemental de tener ordenamientos jurídicos revestidos de valores en favor de la persona humana y su entorno vivencial y convivencial.

De esta manera no se avala, ni siquiera de manera tangencial o refleja, la arbitrariedad judicial ni administrativa, tampoco en el ejercicio de la función arbitral, cuando exista, ni el libérrimo discurrir de la autoridad competente para inventar, crear o modificar a la libre lo que la ley no dice o disponga, o en perjuicio de lo que el ordenamiento jurídico en su conjunto plasme, aun incluso en el derecho no escrito, pues su respeto permanente y obligado hace vigoroso su contenido y fin. Y es esto sin duda el óptimo mecanismo para evitar la sustitución de la ley por el criterio

libre de las indicadas autoridades, en plena y escandalo- sa negación del Derecho. Por ello ante el sentido claro y expreso de la ley, no debe admitirse el arbitrio judicial, que sólo tiene misión complementaria en la formación del Derecho.

12. Interpretación auténtica e interpretación usual

Se ha considerado tradicionalmente que hay dos clases de interpretación del Derecho, que emanan de la autoridad; una -se insiste- es la que realiza el legislador, y se llama interpretación legislativa o auténtica, la otra, proviene del juez, y es la interpretación judicial, como actividad usual de su competencia.

La interpretación auténtica o emanada del legislador, no es en realidad en sentido estricto una interpretación jurídica. El legislador debe imponer un sentido determinado de la ley por medio de una disposición legal posterior; pero al hacerlo expide una nueva ley, la complementa, aclara o reforma, en relación con la ley "interpretada", con el mismo efecto y características de las leyes, sin ser nunca una función análoga o igual a la actividad de la interpretación y aplicación judicial para los casos concretos requeridos de solución. O al menos es una actividad de interpretación diametralmente distinta.

Tenemos así las siguientes diferencias entre ambas funciones legislativa y judicial, a saber: a) la actividad legislativa se hace en términos generales, permanentes y abstractos para todos los casos; la judicial queda referida a la resolución y solución de uno o más casos concretos, sin perjuicio de la jurisprudencia; b) la interpretativa legislativa es arbitraria, ya que el legislador es libre para reformular una ley anterior y puede aún, so pretexto de interpretar una ley, modificarla a través de otra ley posterior. De manera contraria, en la interpretación judicial,

su finalidad es -o debe ser- acatar y hacer cumplir el ordenamiento jurídico escrito y no escrito; c) la ley dictada a través de la interpretación de ley o leyes anteriores, no hace posible la aplicación retroactiva de la interpretación en las leyes anteriores, ni siquiera bajo la alegación de tener carácter interpretativo, pues el legislador no puede dictar leyes, o reformarlas, con este carácter. De manera contraria, la

interpretación judicial se aplica a casos posteriores a la presentación de los procesos con determinados conflictos, aun incluso, sin la retroactividad legal en sus fallos; no obstante, puede anular retroactivamente conductas administrativas viciadas radicalmente, sin perjuicio también de hacerlo la Administración Pública; o aplicar retroactivamente la ley posterior más favorable, frente a la ley anterior desfavorable, o interpretarla en beneficio, por principios aplicativos en caso de duda.

NOVENA PARTE

LOS FINES DEL DERECHO Y VALORES JURÍDICOS

CAPÍTULO XXVIII
LOS FINES DEL DERECHO

1. Introducción a los fines y valores del Derecho. 2. La seguridad jurídica. 3. El bien común. 4. El orden y la paz. 5. La justicia.

1. Introducción a los fines y valores del Derecho

El Derecho orienta la conducta humana hacia lo que debe ser, en este sentido las normas jurídicas se caracterizan por tender hacia la realización de un conjunto de valores o de fines[276], que han sido reconocidos y aceptados por la conciencia histórica en las distintas épocas y culturas. De ahí la importancia para las disciplinas jurídicas la investigación de los fines del Derecho, tales son el orden, la paz, la justicia, la seguridad y el bien común, entre otros. Al respecto el iusfilósofo Delos ha sostenido que el estudio de esos fines tiene el sentido de una verdadera revolución intelectual[277]

Los fines jurídicos pueden ser principios de elaboración jurídico-normativa, caso en el que serían inmanentes o internos a los ordenamientos jurídicos; pero también pueden ser ideales que se han de buscar con el Derecho, por ende, son trascedentes o externos. Razón por la cual se tiende a separar

[276] "Todo arte, toda investigación científica, lo mismo que toda acción y elección parecen tener algún bien; y por ello definieron con pulcritud el bien los que dijeron ser aquello que todas las cosas aspiran". "Cierta diferencia, con todo, es patente en los fines de las artes y ciencias, que algunos consisten en simples acciones, en tanto que otras veces, además de la acción queda el producto. Y en las artes cuyo fin es ulterior a la acción, el producto es naturalmente más valiosos que la acción. Aristóteles. Ética Nicomaquea Libro I, 1-2.: "Πᾶσα τέχνε καὶ πᾶσα μέτοδος, ὁμοίως δὲ πρᾶξις τε καὶ προαίρεσις, ἀγαθοῦ τινὸς ἐφίεσθαι δοκεῖ· διὸ καλῶς ἀπεφήναντο τἀγαθὸν, οὗ πάντ'ἐφίεται. Διαφορὰ δὲ τις φαίνεται τῶν τελῶν· τὰ μὲν γὰρ εἰσιν ἐνέργειαι, τὰ δὲ παρ'αὐτὰς ἔργα τινά. ὧν δ'εἰσὶ τέλη τινα παρὰ τὰς πράξεις, ἐν τούτοις βελτίω πέφυκε τῶν ἐνεργειῶν τὰἔργα."

[277] En tal sentido, Le Fur, Delos, Radbruch, & Carlyle, 1981, pág. 31.

estos fines en valores, *in sensu strictu*, como la justicia; y en fines propiamente dichos, en cuanto realizables, como el bien común y la seguridad. Ahora bien, no por el hecho de ser estos realizables se ha de omitir la pretensión de alcanzar la justicia, sino que ésta siempre debe ser la directriz fundamental de ambos fines, pues caso en contrario, se tendría una vez más los lamentables hechos históricos, en los cuales determinadas ideologías en nombre del bien común o la seguridad jurídica han sacrificado la justicia. Por ejemplo, en un sistema totalitario, como el que se dio bajo la tiranía bolchevique en la ex Unión Soviética o en el nazismo, el orden y la seguridad son objetivos que se logran mediante una organización policial que impera por medio de la violencia y el terror; por su parte, el orden judicial se logra con el asesinato o encarcelamiento de quienes pertenecen a otras clase sociales, raza distinta a la privilegiada o por ideologías diversas; en sentido opuesto, el mal común se ha considerado en un estado de permanente esclavitud colectiva[278]. Caso distinto, se presenta en una Estado de Derecho, que protege las libertades individuales, pues el orden, la paz y la seguridad se conciben como fines que es posible alcanzar mediante la voluntaria cooperación de los ciudadanos, unida a una acción discreta y casi inmanente del poder coercitivo del Estado; en sentido similar la justicia se da como una situación de igualdad y respeto en la atribución de los derechos de cada persona; y el bien común deviene como resultado de la suma de los derechos y deberes individuales con derechos humanos.

A su vez, cabe señalar, que algunos de estos fines, en sentido amplio, son susceptibles de considerarse bajo un doble aspecto: subjetivo y objetivo. Por ejemplo, la justicia puede ser

[278] En este sentido, cabe recordar como la humanidad en ocasiones busca la realización de las personas desde ciertas pasiones, orquestadas en el seno de tendencias políticas, sociológicas y económicas, y que inhiben la precisa, verdadera e imparcial elevación de unos valores insoslayables al Derecho con el fin de lograr una adecuada vida social e individual.

examinada como una virtud personal, es decir, subjetivamente; y como un ideal al que debe aspirar la sociedad, objetivamente. En sentido similar, la seguridad jurídica puede ser estudiada como un estado interno de las personas o como una finalidad que se pretende alcanzar socialmente. Sin embargo, los fines procurados por el derecho sólo pueden ser considerados en su consistencia objetiva, pues se trata no de una cuestión del fuero interno sino del ámbito social.

Señalado lo anterior, es menester indicar con precisión en breves y objetivas fórmulas los conceptos de los principales valores o fines del Derecho.

2. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica ha sido entendida como pertinente al Derecho y como seguridad por medio del Derecho. En todo caso, lo cierto es que la seguridad jurídica es la garantía dada por la sociedad al ciudadano, para salvaguardar su persona, sus bienes y sus derechos, evitando así sean objeto de ataques violentos y que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas, por la sociedad, protección y reparación, es bien, la garantía jurídica que tienen los sujetos al Derecho respecto a la conservación y protección de sus derechos, y que, en caso de ser violentados, deben ser restablecidos o reparados. En otros términos, se garantiza la seguridad del ciudadano en el Estado y en la jurisdicción internacional; también la del Estado en la comunidad internacional, bajo los procedimientos previa y normativamente dispuestos en la tesitura del debido proceso. En este sentido, la seguridad es un principio del Estado constitucional de Derecho, pues en éste es que se imponen límites al poder público y a la sociedad en general para la protección de los derechos en coparticipación activa.

3. El Bien común

Otro de los fines del Derecho es el Bien común, presente en toda sociedad, pues cualquiera que sea su naturaleza se

organiza para realizar un fin, con el cual vincula a todos sus integrantes, pero este hecho está muy por encima de la simple y llana suma de los bienes individuales, antes bien es una colectividad solidaria y en dinámica de interrelación[279].

Este fin social es procurado debido a que satisface los deseos colectivos, toda vez que es un bien para la comunidad. Dichos deseos no están encaminados hacia un fin constituido por la yuxtaposición o suma de los bienes buscados de forma aislada por cada individuo, ni siquiera a un bien general que pueda ser dividido entre las distintas partes, de manera que corresponde a cada una las personas[280]. Su naturaleza es diferente, forma un patrimonio social, un bien que pertenece a toda la sociedad y que no puede ser poseído por particulares, pero con la peculiaridad de que también es de estos[281]. En este sentido, de forma secundaria pertenece a la sociedad, en cuanto pueden los ciudadanos ejercer las acciones necesarias para evitar conflictos actuales y potenciales. O para buscar justicia en caso de consumación.

4. El orden y la paz

El orden que procura el Derecho es de ordenación de la vida social, pero no en función de un orden cualquiera, sino que debe ser justo. En este sentido, consiste en una realidad

[279] Esta misma realidad desde mirada desde el individuo, es coherente con la manifestación de Delos, al mencionar que es "el conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual", integrada de forma jerárquica a la ciudad como la parte al todo (Le Fur, Delos, Radbruch, & Carlyle, 1981).

[280] Ambas ideas son completamente erróneas. En el fondo coinciden, ya que son sólo aspectos distintos de un mismo criterio; del criterio mecanicista y materialista de la sociedad. Guzmán Valdivia, I. (1947). Para una Metafísica Social. México: Jus S.A., pág. 135.

[281] Al respeto afirma Delos que este fin consiste en "el conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual" (Le Fur, Delos, Radbruch, & Carlyle, 1981).

del Derecho donde los individuos, los entes y órganos ocupen el lugar necesario con las competencias o funciones conforme a un principio superior de organización social y con ideales de justicia aplicada[282]; es decir, en la tesitura formal y sustancial e los derechos humanos. Por tanto, el disvalor vendría a ser la desorganización social, el caos, que implica que el individuo se aparte de los valores jurídicos o de los medios para obtenerlos; en consecuencia, sin este valor es imposible la paz, la justicia y la seguridad. La paz, por su lado, proviene del latín *pax*, término que estuvo ligado a la idea de pacto y que presenta diversas variantes a lo largo de la historia, de conformidad con cada cultura[283]. Sin embargo, el sentido general que admite el

[282] Evans-Pritchard afirma que "es evidente que deben existir uniformidades y regularidades en la vida social, que la sociedad ha de disponer de algún tipo de orden, pues de lo contrario sus miembros no podrían convivir. Solo porque las personas conocen la clase de comportamiento que de ellas se espera, así como la que por su parte pueden esperar de sus semejantes en los diferentes contextos reales, y solo porque son capaces de coordinar sus actividades con arreglo a determinadas normas y bajo la guía de ciertos valores, pueden todas y cada una de ellas desarrollar su actividad. Si son capaces de hacer predicciones, anticipar acontecimientos y conducir sus vidas en armonía con las de sus semejantes, ello se debe a que toda sociedad dispone de una estructura o patrón que permite aludir a ella como un sistema dentro del cual, y de acuerdo con el cual, desarrollan su existencia quienes lo integran." Hayek, F. A. (1982). Derecho, legislación y libertad, vol. III. Traducción de Luis Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial S.A., pág. 242.

[283] "Veamos algo sobre palabras de uso en la vida internacional actual. En latín, la palabra *pax*, tiene relación con la voz *pactum,* pacto, convenio entre beligerantes. El mismo sentido tiene en español; aunque no en la frase *descanse en paz* o en la expresión evangélica *la paz sea con vosotros,* donde nos referimos a un estado interior espiritual de ausencia de pasiones, angustias o dolores. Paz como quietud en la paz del campo en el amanecer. *Friede* significa paz en alemán, y esta palabra está asociada a 'freude', alegría, y a 'freund', amigo, y proviene de una raíz que significa "amar". Por tanto, la comunicación lingüística alemana concibe la palabra paz como resultado de un estado de armonía íntima, contento y amistad. En ruso, la palabra *mir*, paz, tiene como raíz el sánscrito 'mitrás', amigo,

Derecho implica un estado de pública armonía y tranquilidad de los ciudadanos y de los valores y principios de cada nacionalidad en los Estados, tanto en el ámbito interno como en sus relaciones exteriores (con otros Estados, regiones vecinas, etcétera), que se funda en la observancia de una idea necesaria y superior de solidaridad, respeto, cooperación y coordinación entre los ciudadanos.

5. La justicia

Fue conocida por los egipcios como *Maat,* que aludía a una rectitud creada y heredada, y en Grecia estuvo ligada -como se adelantó- a la divinidad *Dike*, hija de Júpiter y *Themis*, quien además era su consejera. *Dike* tuvo la función de resolver los litigios humanos. Sin embrago, no existió sólo este sentido de la justicia en Grecia. Por ejemplo, en el poema homérico de la Odisea, el tema de la justicia sale a relucir cuando Telémaco manda a interrogar a Néstor, el mejor conocedor de la justicia (Homero, Odisea III), y cuando alude a la falta de civilización de los Cíclopes, quienes carecían de leyes (Homero, Odisea IX). También en este poeta se recoge el antiguo concepto de *themis*, que era la ley que poseían los griegos: una especie de decreto sagrado que provenía de los dioses y que era transmitido a los reyes, por medio de sueños y oráculos, y de estos a sus descendientes. De este modo las leyes provenían de una voluntad superior a la humana, la cual se hacía cumplir en la sociedad a través de la fuerza de una clase aristocrática y poderosa. No es sino hasta el siglo VII a.C., cuando en la obra *Teogonía* de Hesíodo, se muestra a *Dike*, hija de Zeus, como la encargada de velar por la convivencia pacífica entre los seres

pero también significa, en visión más amplia, la comunidad o fraternidad humana, el orden del ser en que realiza su existencia. El núcleo significativo de la idea rusa adscrita a la palabra paz, mir, es pues, el anhelo de un orden armonioso para la comunidad humana. La palabra *pravda* significa 'verdad' en ruso, pero también justicia. En cambio, en inglés *truth* verdad, significa 'fiel a un compromiso'". Azofeifa, I. F. (1975). Ensayistas costarricenses. San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, pág. 127.

humanos, fin que alcanza al denunciar ante Zeus las injusticias come- tidas entre las personas. En este sentido, Zeus es el juez de la humanidad[284].

Luego la justicia es concebida por Heráclito como coincidente con la necesidad cósmica del orden y regulación universal. En Parménides, en cambio, la justicia equivale al saber o ciencia sobre el sentido secreto de las realidades. Criterios que fueron utilizados por los pitagóricos, para quienes la justicia es tanto ciencia como armonía.

Seguidos de los pitagóricos, los sofistas plantearon la justicia fuera de la naturaleza y la ubicaron en el plano de lo humano, en la ley, que equivale a opinión o convención, confundiendo así legalidad y justicia. Posición que fue contrarrestada por Sócrates, para quien la justicia presenta las acepciones de ser equivalente el sometimiento a las leyes y de consistir en el respeto de la ley no escrita, eterna e inmutable.

También en Grecia, a Platón se debe uno de las disertaciones más ricas sobre la justicia, en su obra *La República*, en donde señala que consiste en "dar a cada cual lo que le corresponde, según sus actos y su naturaleza", de modo que llega a presentarla como una virtud superior y ordenadora de las demás virtudes (templanza, fortaleza y sabiduría). Para tal efecto, utiliza la metáfora de un gran hombre (macro ánthropos) para referirse al Estado, de tal modo que como hombre posee inteligencia, voluntad y sentidos, para los cuales son necesarias las virtudes de la sabiduría, la fortaleza y la

[284] La principal diferencia de Hesíodo con Homero radica en que se puede constatar el cambio de una sociedad patriarcal, pastoral y guerrera, hacia una sociedad más pacífica y principalmente agrícola (v.gr. *Los trabajos y los días* de Hesíodo). Lo anterior, se puede comprobar por la sustitución del concepto *themis* por *diké*, en donde el primero designaba una voluntad superior al ser humano (tendiente a la aristocrática) y el segundo una idea racional de igualdad (tendiente a la democracia), derivada de la razón y experiencia humana. Sin embargo, ambos poetas coinciden en gran medida con el tema de la condena y castigo de quienes imponen su voluntad, es decir, de aquellos que cometen *hýbris.*

templanza, respectivamente[285].

En este gran hombre, la inteligencia está representada por los filósofos, la voluntad por los guerreros y los sentidos por los artesanos; de forma que si se interfiere en las funciones propias de cada uno de estos grupos se produce injusticia[286].

Concepto de justicia que evoluciona considerablemente en

[285] "A mi entender -dije yo-, lo que faltaba por considerar en la ciudad, después de haber tratado de la templanza, del valor y de la prudencia, era eso que da a estas cualidades la fuerza que necesitan para subsistir. Si permanece en ellas no hay duda de que las conserva. Decíamos en verdad que, si encontrábamos las tres cualidades citadas, la cuarta sería sin duda la justicia-. Y por fuerza qué así ha de ser, observó-. Pero si hubiera necesidad de discriminar, proseguí, qué cualidad hará a nuestra ciudad mejor, estimo que sería difícil de determinar si la igualdad de opiniones de los gobernantes y de los gobernadores, o el hecho de que se mantenga en los soldados la idea legítima e inquebrantable sobre lo que es temible o no, o la inteligencia y la vigilancia en los gobernantes, o, en fin, eso mismo que sobre todo hace buena a la ciudad y que des cansa en la ocupación propia y limitada del niño, de la mujer, del esclavo, del hombre libre y del artesano, del gobernante y del gobernado, a sus actividades características.- Desde luego, sería difícil, dijo.- ¿Cómo no?- Por consiguiente, y al parecer, esa virtud de que cada cual haga en la ciudad las cosas que le corresponden, rivaliza con la prudencia, la templanza y el valor.-Indudablemente afirmó- Entonces al menos mantendrás a la justicia como rival de aquéllos para la perfección de la ciudad.- En efecto. Considera ahora lo que sigue y dime si te parece lo mismo: ¿corresponderá a los gobernantes en la ciudad el administrar justicia?- Y ¿por qué no?- Bien, y cuando eso hagan: ¿qué otro fin tendrán sino el de ocuparse de que nadie posea lo que no es suyo ni se vea privado de lo que le pertenece'.)-- Ningún otro que el que tú dices.- ¿Pero con el pensamiento de que eso es lo justo? Si. Con ello, la posesión y la práctica de lo que a cada cual compete se reconoce como la justicia. - Eso es." *Platón,* La República. Lib. IV, 433.

[286] El concepto de justicia platónico contrasta con la multitud de justicias alegadas actualmente por los distintos grupos, en una oposición constante, ya sea desde aquella dictada por un órgano jurisdiccional que se contrapone con la de las partes, hasta aquella del padre que se contrapone con la del hijo, de modo que la realidad se presenta señalando que la Justicia es Todo y Nada, a la vez.

Aristóteles, quien en sus obras *La Política* y *La Ética*, la trata desde un aspecto general y uno específico. Desde lo general, sostiene que la justicia es el punto de equilibrio entre los extremos de los excesos y los defectos, es decir, en el justo medio. En ese sentido la justicia general es la virtud perfecta, la mejor de las virtudes, que se ubica entre la injusticia que se padece y la injusticia que se comete[287]. Desde lo particular, Aristóteles utiliza el concepto de alteralidad[288], según el cual la justica se presenta en el vínculo con el semejante, en donde debe predominar la igualdad, es decir, lo justo es lo igual y lo injusto, lo desigual. Esta justicia en sentido particular presenta dos variantes:

Una variante es la justicia distributiva, que determina la debida proporción que debe observar la autoridad en el reparto de beneficios y cargas entre los miembros de la sociedad, según los méritos de cada uno. Con este argumento, se coordina la justicia particular con la justicia general, pues son injustos los extremos de tratar igual a los desiguales y desiguales a los iguales, de modo que la justica general viene a ser la igualdad entre iguales.

Otra variante es la justicia *diorética* o sinalagmática, consistente en una justicia correctiva que atañe a los bienes y cargas a fin de equiparar las prestaciones, pero que no tiene por objeto a las personas. Esta especie de justicia presenta dos

[287] "Llamamos justo a lo que protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Porque la ley prescribe justamente hacer los actos del valiente, tales como no abandonar las filas, ni huir ni arrojar las armas: y los del varón manso, como no herir ni hablar mal de nadie, y lo mismo en las otras virtudes y fechorías, ordenando unas cosas y pro hibiendo otras, rectamente, la ley rectamente establecida, menos bien la improvisada a la ligera. La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro. Y por eso la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes: y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son maravillosos" Ética Nicomaquea, lib. V.I.

[288] Aunque la alteralidad (del latín *alter*, "otro") es una característica común entre la justicia general y la específica.

variantes: a) la justicia conmutativa que asegura el respeto a la equivalencia de las prestaciones entre dos personas, garantizando a cada una lo que le corresponde, es decir, establece la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe; b) la justicia judicial, que es la que asume la autoridad judicial e imparcial y considera a los litigantes en igualdad de condiciones.

El pensamiento griego influyó en los romanos, principalmente a través del estoicismo, razón por la cual Ulpiano llega a definir la jurisprudencia como la ciencia de "lo justo y de lo injusto". Los *iuris precepta* derivan del concepto de justicia y se expresan como: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*); no dañar al otro (*neminem laedere*) y vivir honestamente (*honeste vivere*).

Este sentido general de la justicia es retomado por el cristianismo, de modo que San Ambrosio la denomina "la madre de las demás virtudes" y en general en la patrística se utiliza en ese sentido para los mandatos y obligaciones. Posición que también se ve nutrida por el platonismo de Agustín de Hipona, para quien la justicia provenía de Dios, que la expresa mediante los mandatos de la ley eterna.

Siglo después, desde una visión más aristotélica, Tomás de Aquino toma la definición de Ulpiano y define la justica como el "hábito por el cual, con perpetua y constante voluntad es dado a cada cual su derecho" (Sum. Teol. q, 58. 1). Este hábito es una disposición permanente de la voluntad, una virtud moral y no intelectual; a su vez es perfecta (se vincula estrechamente el propósito justo y el objeto) y constante (se persevera en dar a otro lo suyo). La justicia, la templanza, la prudencia y la fortaleza son virtudes fundamentales, con la diferencia de que ordena la justicia ordena las relaciones con los demás y las demás buscan la perfección humana. Para Tomás de Aquino, la justicia perfecta es solo de Dios, pero el ser humano, al ser creado a su imagen y semejanza, debe procurar alcanzarla, lo cual lo lleva al perfeccionamiento. En este sentido, la justicia es la "madre de todas las virtudes" y se une a estas, como ocurre

con la misericordia (el dar al otro lo propio).

La justicia, según el Aquinate, viene a ser una virtud social, pues al dar a cada uno lo suyo se establece la proporcionalidad, determinada por la naturaleza de las cosas, pues a entre más sea lo poseído, mayor es la responsabilidad y obligación de participar a los demás de ello. Sin embrago, se comete injusticia al quitar a cada uno lo suyo. La justicia iguala a los seres humanos y reivindica su dignidad como seres creados por Dios.

Esta consideración de la justicia como virtud general se mantiene en Leibniz, para quien es lo que participa en igual medida de la sabiduría y de la bondad.

Luego, desde otro ángulo, el historicismo y el positivismo, corrientes opuestas al iusnaturalismo, identifican la justicia con el Derecho, con la diferencia de que el historicismo lo considera emanado del Espíritu del pueblo (*Volksgeist*), mientras que el positivismo niega la justicia trascendente al sostener que no hay sino aquella establecida legalmente.

Distinto es el punto del idealismo hegeliano que identifica la justicia con el Derecho mediante la divinización de la realidad por medio del Espíritu objetivo, como parte del Espíritu Absoluto en proceso de objetivación. Criterio diferente, al que luego habría de tomar Stammler, como neokantiano, al sostener la existencia de una idea absoluta de justicia y de una idea relativa de la justicia. Para Stammler, la justicia absoluta es irrealizable y la relativa se ajusta a la cambiante realidad humana, marco en donde la justicia absoluta regula el derecho positivo sin integrarlo, es decir, el derecho se orienta a hacia la justicia absoluta, pero sin pretender tomarla como propia. Esta idea de la justicia de Stammler es llevada al punto de considerar el ordenamiento de la materia jurídica, en armonía absoluta, en la “comunidad pura”, en donde se enlazan los fines; de modo que no se presenta como un criterio meramente subjetivo de validez.

Para Radbruch[289] la idea de la justica es la misma que la del

[289] Radbruch, G. (2005). Introducción a la filosofía del derecho. Óp.

Derecho y puede ser entendida como obediencia a la ley o como ideal del derecho, cuya esencia es una idea formal de la igualdad, al no precisar los iguales y los desiguales y, por ende, debe ser complementada con adecuación al fin y con la seguridad dada por el poder coercitivo del Derecho.

Kelsen, por su lado, considera extra lógico el intento de aprender la idea de justica, debido a que el contenido de la justicia no puede ser determinado por los datos empíricos, en razón de ser una cosa en sí, que escapa del ámbito fenomenal. En este sentido, resulta negativa la posición de Kelsen frente a la consideración de la justicia como valor absoluto. Al respecto, considera que "ante la presencia de un orden social absolutamente bueno, la actividad del legislador estatal sería la insensata tentativa de una iluminación artificial a la luz solar"[290].

Por otro lado, Del Vecchio, considera que la justicia puede ser abordada por dos puntos de vista, uno lógico y uno deontológico; siendo el primero una categoría formal que abarca todos los posibles casos de la experiencia jurídica, quedando, sin embargo, una e inmutable (*adiáfona*) frente a su múltiple y mudable contenido; mientras que, deontológicamente, la justicia "quiere que cada sujeto sea reconocido y considerado por los demás como principio absoluto de sus propios actos"[291], los cuales deben ser atribuidos a sus determinaciones suprasensibles y a todas las consecuencias que de ello se deriven en el orden de los fenómenos. El tema de la justicia empieza a sepultarse con la muerte o cambios en las ideologías. En efecto, después de la Segunda Guerra Mundial, se dio este fenómeno de manera combinada, marco en donde sobresalen los autores Bryan Magee y Ronald Dworking. Estas teorizaciones se presentan en las universidades europeas y

Cit.

[290] Kelsen, H. (1982). Teoría pura del Derecho. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Kirchmann. (1929). Was will die Freirerechtschule?. Berlin.

[291] Del Vecchio, G (1953). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Sexta edición, editorial Bosch, Barcelona, pág. 101.

norteamericanas. Ello se constata en el escaso desarrollo de la filosofía política en las dos décadas posteriores a tal guerra mundial[292].

Sin embargo, en la década de 1960 a 1970, se empezó a formar una reacción conservadora, tanto en la izquierda como en la derecha, contra movimientos de jóvenes gestados en un medio social sin ninguna disciplina. Los conservadores de tendencia de derecha calificaron a dichos movimientos como legitimadores del exceso de libertad individual, mientras que los de izquierda los consideraban poco serios, en cuanto a propuestas sociales concretas, específicamente en lo atinente a la distribución de la riqueza.

Los hechos anteriores condujeron a una discusión sobre la validez de las instituciones democrático-liberales, que implicaban el tema de la justicia, de donde se dieron defensas de la democracia liberal, principalmente en los Estados Unidos (USA). En este movimiento destacan las obras A Teoría Of Justice[293] (1972), de John Rawls, profesor de la Universidad de Harvard; Anarchy, State and Utopía[294] (1974) de Robert Nozick; y Talking Rights Seriously[295] (1977) de Ronald Dworking, profesor de las universidades de Yale y Oxford.

Los antecedentes de este pensamiento se constatan en la economía y en el Derecho, pues en los economistas existió una serie de discusiones sobre "la economía del bienestar" (Kenneth J. Arrow, Kaldol y Hicks entre otros) y en las escuelas de Derecho se cuestionó sobre los principios constitucionales, con los cuales la Corte Suprema de Justicia resolvía sus casos.

[292] Según dicen una de las pocas obras de Filosofía Política que se circuló durante la Segunda Guerra Mundial, y que no fue secundada sino hasta en décadas posteriores, fue La Sociedad abierta y sus enemigos, de Karl Popper.
[293] *Teoría de la Justicia*; texto que en realidad fue una defensa de la idea total de utilizar la filosofía para apoyar determinadas posiciones políticas.
[294] *Anarquías, Estado y Utopía*.
[295] *Tomando en serio los Derechos*.

En este sentido, el tema de la justicia necesitó el desarrollo de una filosofía política, la cual no hubiese sido posible sin avances en materia económica y jurídica. A su vez, la justicia se vio nutrida por la tendencia a dar una importancia medular a los derechos individuales en contraposición a la sociedad, posición considerada en los Estados Unidos como la *tradición dieciochesca*[296].

En este sentido, la teoría actual de la justicia presenta la influencia norteamericana, fundada en el individualismo. Esta corriente se ha impuesto mundialmente y ha desplazado a tareas filosóficas como la británica, que proponía, en lo respectivo a la política, esclarecer los conceptos filosóficos característicos del pensamiento filosófico.

Al respecto, la *Teoría de la justicia* de John Rawls influyó por su método y sus conclusiones. En cuanto al método señala que, para dilucidar las cuestiones básicas de la Justicia, es necesario descubrir las reglas de una sociedad justa a forma de "cuento de hadas"[297]. En lo que respecta a las conclusiones

[296] Distinta fue la situación en Europa por un interés más bien hacia el bienestar social o general, aunque en Inglaterra se dio cierto interés por el individualismo. En Inglaterra en años anteriores se presentaron im- portantes trabajos realizados por Isaiah Berlin, Stuart Hampshire, John Plamenatz, Michael Oakeshott y Herbert Hart.

[297] "-Debemos imaginar un congreso de hombre y mujeres que aún no pertenezcan a una sociedad particular. -Que se hayan reunido en una especie de convención constitucional, para escoger las reglas fundamentales para una sociedad en formación. -Esas personas son comunes, del pueblo, tienen identidades específicas, debilidades específicas, fuerzas específicas e intereses específicos. -Sufren un tipo de amnesia de las más graves, no sabe quiénes son, no saben si son viejos o jóvenes, hombres o mujeres, blancos o negros, talentosos o tontos. Es más, en particular cada uno de los hombres no cono- cen sus propias creencias acerca de qué es más valioso en la vida, realmente cada uno tiene una concepción de ¿Cómo quiere que sea su vida, cuáles son sus preferencias acerca de la moralidad sexual, y demás?, pero nadie sabe, de hecho cuáles son sus tesis acerca de esas cuestiones; (cualquier parecido a nuestra realidad sería pura coincidencia).Deberíamos preguntarnos ¿A qué acuerdos llegarían personas en esa situación, acerca de una Constitución?,

llega a “los dos principios de la justicia”, donde el primero se refiere a las libertades liberales convencionales y el segundo a que no se toleren diferencias en riquezas (a menos que la riqueza redunde en beneficio del grupo que está en peor situación en una determinada sociedad)[298]. Estos dos principios se relacionan a través del “principio de prioridad”, sobreponiéndose el primero (libertades liberales) sobre el segundo. Rawls sostendrá que detrás de la posición original está la imparcialidad de la idea de justicia.

Por otro, en lo que se refiere a la teoría de Nozick, en su obra *Anarquía, Estado y Utopía* se sostiene que los individuos poseen derechos que consisten básicamente en que no se dañen a las personas y que no les sean quitadas sus libertades ni sus propiedades. De este modo la persona y la propiedad son derechos absolutos y no deben ser vulnerados, en especial por el Estado, incluso cuando dicta impuestos, pues violenta el derecho de la propiedad. Por tanto, considera necesario la existencia de un “Estado mínimo” o “Estado Velador”, protector de la propiedad y la persona, de forma tal que los únicos impuestos deberían ser para la policía o servicios similares.

Nozick elabora así una teoría de la distribución de la riqueza (teoría histórica), según la cual la justa distribución de la riqueza depende del cómo cada persona llegó a adquirir sus pertenencias. Por tanto, la justicia deviene en una cuestión histórica.

Por otro lado, Ronald Dworking, en su obra *Tomando en serio los derechos* sostiene que la igualdad económi- ca y los derechos individuales familiares nacen de la misma concepción de igualdad como independencia. En este sentido, la defensa del liberalismo es la de la igualdad y viceversa. Finalmente argumenta que la filosofía política, la filosofía del derecho y de

serán tal vez principios de Justicia” Quispe Salazar, R. (2009). Introducción al Derecho, óp. Cit, págs. 232-233.

[298] Si existiese en cambio en la estructura económica que produzca que el rico sea más rico y el de clase media más pobre, deberá hacerse el cambio, por más pequeño que sea el grupo afectado.

la justicia deben estar en co- nexión con la filosofía general.

Por tanto, el tema de la justicia es presentado por Rawls desde dos principios: la libertad y la igualdad; en Nozick, se da inclinación más por la libertad y se apela a la igualdad, en cuanto justa repartición de las riquezas, únicamente cuando resulte derivada de la historia. En cambio, Dworking, vincula el liberalismo con la igualdad.

En todo caso, en sentido general, la Justicia representa la existencia comunitaria en condiciones que aseguren que cada uno pueda tener, dar y recibir lo que le corresponde, tanto considerado el individuo en sí mismo como en su dinámica interrelacional, en grupos o instituciones y con la comunidad entera.

Los valores desde la justicia y en general más que una conjugación armónica de los mismos, implican exigencias contrarias o contradictorias. En efecto, es posible que dentro de la sociedad, en atención a sus imperfecciones, se den antinomias como las que pueden existir entre la justicia y el bien común o la seguridad jurídica.

Caso similar se presenta en el Estado de Derecho al darse la aplicación de la ley en aras del bien común, pues la dureza en la aplicación normativa puede provocar injusticia en el plano del individuo. Por ejemplo, el juzgamiento de un individuo al perder un litigio en el que ha demostrado tener la razón pero que no se ajusta a los lineamientos del ordenamiento jurídico y, por ende, el juez resuelve de conformidad con el Derecho.

En sentido similar, la aplicación de la seguridad jurídica puede aparejar un detrimento de la justicia como en las detenciones preventivas, las cuales pueden conducir a la detención de individuos sospechosos pero que en realidad son inocentes[299]. Sin embargo, tales conflictos no pueden estar presentes en un plano ideal, de modo que es posible integrar el orden, la justicia, la paz y la seguridad jurídica dentro del fin del

[299] A favor de esta posición, cabe recordar la famosa frase de Goethe: “Prefiero la injusticia al desorden”.

bien común; síntesis suprema de todos los valores de la vida en sociedad.

De esta forma se llega a las normas jurídicas, las cuales han de regir la conducta humana dentro del marco del bien común.

DÉCIMA PARTE

TEORÍAS SOBRE EL SER DEL DERECHO

CAPÍTULO XXIX
EL DERECHO NATURAL

1. El iusnaturalismo greco-romano. 2. Antecedentes del Derecho natural en la Hélade. 3. Las culturas milenarias de Oriente. 4. La mítica griega. 5. Mito, logos y nomos.
6. Los sofistas y el derecho natural. 7. El iusnaturalismo en el drama griego. 8. El Derecho natural en el estoicismo. 9. El Derecho natural en Roma. 10. El iusnaturalismo cristiano.11. La Escuela clásica del Derecho natural. 12. Kant y el Derecho natural. 13. Valoración del iusnaturalismo. 14. El iusnaturalismo racionalista y la tendencia unificadora. 15. Derecho natural y constitucionalismo. 16. Críticas al Derecho natural.

1. El iusnaturalismo greco-romano.

El Derecho natural ha tenido y tiene una gran importancia en Occidente, por esto es recomendable detenerse y ahondar en su significado. En efecto, aquí se propone hacer una indagación, a fin de reconocer qué significado tuvo, a lo largo de la historia, y qué significado tiene en la actualidad, este tipo de Derecho.

Se ha tendido a mencionar a Heráclito como primer exponente del Derecho natural, debido a la distinción que realizara entre el *nomos* y *physis*, en donde el *nomos*, la ley -costumbre-, debía ser guiado por la *physis*, la naturaleza, que estaba regida por el Derecho divino y natural. Este filósofo atribuye al *logos* la inspiración de las leyes humanas[300]. En el plano antropológico, específicamente en lo jurídico, Heráclito se

[300] Heráclito menciona que "si se quiere hablar con entendimiento es necesario confiar en lo que es común a todos, así como la ciudad descansa en su ley, y aún más fuertemente; pues todas las leyes humanas son nutridas por una única ley, la divina, cuyo poder se extiende según su deseo, basta para todo y a todos sobrepasa." LLanos, A. (1969). Los presocráticos y sus fragmentos. Buenos Aires, Argentina: Juárez S.A, pág 177.

refirió a la ley humana como aquella nutrida de una única ley divina, la cual identificó como el *lógos* (Razón universal y sustancia primordial de todas las cosas), colocando de este modo una base absoluta para la ley positiva y, por ende, estableciendo un fuerte antecedente iusnaturalista. No obstante, esta idea de la legalidad también fue trasladada al universo entero.

Sin embargo, también se ha mencionado que esta teoría que escinde lo justo humano de lo natural, tuvo sus antecedentes en los sofistas. Estos pensadores sostenían que no hay principios inmutables y eternos sobre los cuales consolidar la justicia.

Sea cual sea la postura en cuanto a quien o quienes se deba está distinción, resulta insoslayable entender las ideas en torno a lo jurídico, suscitadas antes de Heráclito y de los sofistas. Es imposible entender esta distinción si se desconocen los antecedentes de esta delimitación.

2. Antecedentes del Derecho natural en la Hélade

La organización jurídica de la antigua Grecia, antes de Heráclito y de los sofistas, tuvo como antecedentes las antiguas civilizaciones de Oriente y la mítica de los pueblos griegos. En estas dos corrientes no existían, propiamente, una separación entre el Derecho natural y el positivo, pero sí ofrecieron el sustrato para su posterior separación.

3. Las culturas milenarias de Oriente

El desarrollo filosófico y jurídico de la Antigua Grecia se debió en gran medida a los aportes de estas milenarias culturas, las cuales ya poseían profundas estructuras de pensamiento en el plano de religioso y fuera de éste. Según Corts[301], dentro de este pensamiento se pueden diferenciar diversos núcleos: Egipto, Asiria-Babilonia, India, China, Israel y

[301] Vid. Corts, J. (1968). Historia de la Filosofía del Derecho. Tomo I

Persia.

a) Egipto: Bajo el absolutismo teocrático, la religión gobierna el desarrollo del pensamiento y la política, aunque luego esta situación en parte se mitiga por las reclamaciones de algunos poderosos y ocasionalmente del pueblo. La moral se desprende de las ideas de supervivencia, juicio y castigos de ultratumba (v.gr. *Libro de los muertos*). En Egipto el Faraón era el soberano y participe de la divinidad y en cambio el súbdito pasaba a ser abrumado por la comunidad. Esta desigualdad no permitió un desenvolvimiento adecuado de una conciencia ético-jurídica.

b) Asiria-Babilonia: En esta civilización destaca el Código de Hammurabí, que plasma en gran medida las nociones de Derecho, paz, justicia y felicidad para los súbditos. No obstante, aún permanecía fuertemente el tema de la desigualdad. En este Código, la desigualdad de los seres humanos fue llevada hasta los menores detalles.

c) India: Esta civilización se ve marcada por dos etapas: una principalmente por la doctrina védica y otra por el budismo. La primera etapa (la védica) se caracteriza por sostener las ideas de la divinidad, la providencia, la unión accidental del alma y el cuerpo, la desigualdad natural entre los seres humanos y el destino. La segunda etapa, que inicia en el siglo VI a.C., está marcada por la personalidad de Budha, el "despierto", el "iluminado". En el budismo se apela a la vida interior y por la exaltación de la conciencia como fundamento de toda Moral y Derecho.

d) China: En el siglo VI, el taoísmo y confucionismo se constituyen en las fuentes más relevantes del pensamiento jurídico. El taoísmo presenta un rechazo al antropocentrismo y a la coactividad externa al ser humano. Según esta doctrina el deber no es lo medular, sino la compenetración con el *Tao*, con

(2da Ed.). Madrid, España: Editora Nacional.

el cual el ser humano alcanza la felicidad. Por su parte el confucionismo apela a las costumbres antes que a la ley y a la moral coactiva.

e) Persia: Según el pensamiento iranio desde el inicio del mundo hasta su fin, y también a lo largo de toda la vida del ser humano, existe una lucha constante entre el espíritu del mal, *Ahriman*, y el espíritu del bien, *Ormuz*, del cual derivan todas las cosas y del cual también se afirma su victoria al final de los tiempos. No obstante, el dualismo no evitó que se empezara a formar la idea de un principio supremo. También en Persia destaca la figura de Zoroastro (660-583 a.C.), quien refirma este dualismo y rechaza el antropocentrismo y la idolatría. Según su pensamiento el ser humano debe luchar para que pueda sobreponerse el bien, lo cual desemboca en una profunda doctrina moral.

f) Israel: En esta civilización el aspecto ético-jurídico y la política permanecen encarnados a la justicia divina. Este vínculo con la divinidad se debe en gran parte al anhelo de este pueblo por el Reino de Dios, idea que se plasma en el profetismo y posteriormente en la literatura apocalíptica. En cuanto al concepto de verdad, el hebreo considera que consiste en confiar, "emunah", y, debido a una concepción temporal-lineal y no óntica-espacial, existe a la largo de su historia un juicio del presente con relación al futuro, labor que es llevada a cabo por el profeta, "nabí".

4. La mítica griega

También, la civilización prehelénica proporcionó una base mítica para la posterior reflexión filosófica en torno a las ideas del Derecho. Esta reflexión se prolongó hasta el desarrollo de la civilización helénica y se caracterizó por el antropocentrismo y las teogonías.

En esta labor mítica sobresale Homero (siglo X a.C.), el cual manifiesta en sus poemas, principalmente en la Ilíada y la

Odisea, que el origen del universo deriva de fuerzas divinas (v.gr. el océano como primer progenitor), las cuales también le sirven para explicar los problemas del mundo, tanto aquellos suscitados entre la naturaleza y la humanidad como aquellos suscitados entre humanos (v.gr. la guerra de Troya).

En la *Ilíada* se expresa claramente como Zeus desata su ira cuando los seres humanos elaboran leyes injustas o no observan la justicia (Homero, Ilíada XVI), de manera que Zeus está a la cabeza de los dioses y de los humanos, pero con la peculiaridad de que los dioses están también sometidos al destino, por ende, el universo no es gobernado por causalidad alguna sino por la ley del destino.

En la *Odisea* el tema de la justicia sale a relucir mediante el interrogatorio realizado a Néstor por encargo de Telémaco, el mejor conocedor de la justicia (Homero, Odisea III). De igual suerte al aludir a la falta de civilización de los Cíclopes, quienes carecían de leyes (Homero, Odisea IX).

El Derecho es mágico-religioso, de modo que la vida es regulada por tradición y costumbres que encarnan tabúes. Este poeta recoge el antiguo concepto de *themis*, que era la ley concebida por los griegos: una especie de decreto sagrado que provenía de los dioses y que era transmitido a los reyes, por medio de sueños y oráculos, y de estos a sus descendientes. De este modo las leyes provenían de una voluntad superior a la humana, la cual se hacía cumplir en la sociedad a través de la fuerza de una clase aristocrática y poderosa. En efecto, el rey reci- bía las revelaciones de Zeus (*themistes*) y hace de ellas el fundamento de sus decisiones (*diké*).

En esta misma línea, ya en el siglo VII a.C., se presenta la figura de Hesíodo, el cual elabora una cosmogonía, la *Teogonía*, en donde coloca al caos como principio de todas las cosas. Luego de ello, se dan generaciones de dioses hasta llegar a Zeus, quién todo lo ve y no se le escapa el tipo de justicia que encierra una ciudad en sus muros.

La diferencia diametralmente opuesta radica en los tiempos vividos por Homero, aquella era una sociedad patriarcal,

pastoral y guerrera. La de Hesíodo, una sociedad más pacífica y principalmente agrícola (v.gr. su texto *Los trabajos y los días*). Lo anterior, se puede comprobar por la sustitución del concepto de *themis* por el de *diké*, en donde el primero designaba una voluntad superior al ser humano (tendente a la aristocrática) y el segundo una idea racional de igualdad (tendente a la democracia), derivada de la razón y experiencia humana.

Sin embargo, ambos poetas coinciden en gran medida con el tema de la condena y castigo de quienes imponen su voluntad, es decir de aquellos que cometen *hýbris.*[302]

Muchas veces la reflexión mítica de estos poetas desembocó en un radical pesimismo ante el tema de la justicia, visto también en siglo VI a.C. en Teognis y en Solón (considerado uno de los "Siete Sabios").

En el siglo VII a.C. hacen su aparición las teorías cosmogónicas del *o*rfismo (que tomaba su nombre del poeta Orfeo), las cuales sostenían que el origen de las cosas se daba en la Noche o en Cronos (el tiempo) y que existía una repetición cíclica entre éstas en el ámbito espiritual (metempsícosis o transmigración de las almas). Estas representaciones órficas tenían su culminación en los misterios de Eleusis y respondieron a un proceso de espiritualización frente a corrientes naturalistas. No obstante, también el *o*rfismo repercutió en el orden social, puesto que determinó la formación y el desarrollo de comunidades muy unidas por creencias y por un común estilo de vida.

En síntesis, la tendencia mítica de estos siglos, posteriormente muy latente en poetas como Esquilo y Píndaro, sirvió como antecedente para la posterior reflexión jurídica de Heráclito, seguido de otros filósofos y para el desarrollo del tema jurídico en los sofistas.

En esta línea, destaca a su vez, el pensamiento de Pitágoras (580-500 a.C.), quien ve al universo como un todo

[302] Corts, J. (1968). Historia de la Filosofía del Derecho. Tomo I (2da Ed.). Madrid, España: Editora Nacional, pág. 20.

ordenado y regido por leyes de justicia cósmica, en donde la justicia se presenta como una relación aritmética, de forma ecuacional o con carácter de igualdad. La justicia se presenta como aquello que cada quien sufre por algo, por lo que se aplica dicho concepto a la pena, a la prestación y a la contraprestación.

En sentido algo distinto al de Heráclito, está Parménides (504-450 a.C.), quien atribuye a la justicia el sentido de ley universal que garantiza la inmutabilidad del ser.

Sin embargo, la filosofía se cultivó en círculos cerrados y fue necesaria la llegada de los sofistas para que se trasladara a la vida pública. Los sofistas, provenientes de la periferia de la Hélade, pusieron en "jaque" el sistema de valores que sostenía la vida griega y establecieron la separación entre lo justo según la naturaleza (physis) y lo justo según la ley (*nomos*).

No obstante, antes de comprender esta reflexión jurídica, es necesario comprender la manera en que se dio el cambio del "mito" al "logos", y cómo el "logos" comenzó a vincularse con el "nomos", al que provisionalmente se llegará a identificar con el concepto "ley".

5. Mito, *logos* y *nomos*

El pensamiento griego se desplazó del mito al logos. Tradicionalmente se afirma que, de los poetas, Homero y Hesíodo, se pasó a la era de los grandes sabios, siendo Tales de Mileto (el primero de los "Siete Sabios de Grecia") quien abre esta nueva etapa, al iniciar la interpretación monística y dinamista del ser, en donde todas las leyes humanas de lo Uno divino es el *logos* o el *cosmos*. No obstante, junto con el logos se acuña también el concepto de *nomos*.

Nomos es la participación humana en el orden objetivo, en la justicia, allende el sentimiento y el resentimiento individuales, respondiendo a la conexión ineludible entre normas y verdad. "Es, asimismo, expresión práctica de la convivencia en unas verdades cuya plena normatividad se la ofrecerá al griego la

polis"[303] (Corts, 1968: p.48)

El *logos* por su parte nace como principio superior a lo que es simple y llanamente biológico, y marca la preeminencia del ser humano sobre el universo. No obstante, también establece una dimensión social, debido a que el saber se comienza a comunicar en el seno de la comunidad. Por esta razón, el logos se relaciona con el *nomos*, pues el primero consiste en el fundamento de la vivencia humana en el orden social establecido por el *nomos*.

De acuerdo con los razonamientos anteriores, es comprensible que el logos se constituyera en el elemento básico de la convivencia humana y el *nomos* en su regulador, permitiendo así el desarrollo de la polis-terreno fértil para el desarrollo de la Filosofía griega que pasaría a ser la cuna vital de Occidente engendrado en los siglos posteriores.

6. Los sofistas y el Derecho natural

La delimitación del derecho positivo y el natural, como se vio en el punto anterior, tuvo un fuerte precedente en Heráclito, pero es en la doctrina de los sofistas que propiamente se elabora esta distinción.

Un importante antecedente de la sofística puede rastrearse en Siracusa, en las primeras décadas del siglo V a.C. Por ese tiempo dos tiranos, Gelón y su sucesor Gerón I, efectuaron grandes expropiaciones para repartir las tierras a soldados mercenarios. Finalmente, la dictadura fue derrotada, lo cual trajo como consecuencia el reclamo de los terrenos, anteriormente arrebatados, por medio de argumentaciones y enfrentamientos judiciales. En esta nueva tarea jugaron un papel fundamental Córax y su discípulo Tisias, considerados los fundadores de la retórica. Posteriormente esta tendencia fue acogida en Atenas, principalmente por los sofistas.

La palabra "sofista" se utilizaba para designar al "sabio". No

[303] Corts, J. (1968). Historia de la Filosofía del Derecho. Tomo I (2da Ed.). Madrid, España: Editora Nacional.

obstante, desde las filosofías de Platón y Aristóteles llegó a tener el término una connotación peyorativa. Ambos filósofos acusan a los sofistas de tratar temas propios de la filosofía, pero sin alcanzar el saber.

En el siglo V, el éxito de la sofística se debió a la actividad ambulante de sus partidarios, quienes comerciaban con su saber, es decir cobraban por enseñar. En este siglo, de acuerdo a Bodenheimer[304], los sofistas más renombrados de Atenas sentaron las bases de esta división entre el derecho natural y el positivo.

a) Trasímaco, por ejemplo, enseñaba que las leyes eran creadas por los hombres o grupos que estaban en el poder, con el objeto de fomentar sus pro- pios intereses. Este personaje, en la República de Platón -en una confrontación con Sócrates-, afirmó que la justicia no es sino lo que conviene al más fuerte.

b) Por otra parte, Caliclés sostuvo la opinión contraria, decía que las leyes eran hechas por los débiles y la multitud, porque eran siempre la mayoría, de este modo contrastaba el "derecho natural del hombre fuerte" con las leyes y convenciones de la grey. Opinión semejante sostuvo, aproximadamente doscientos años después, Carneades (214-129 a.C.), quien afirmó que todos los seres vivos son llevados, por instinto natural, a buscar su ventaja personal. La justicia -para él- podría considerarse una mera locura, porque implicaría el sacrificio de una ventaja personal en aras de un ideal imaginario

c) El sofista Protágoras (481-411 a.C.) sostuvo como las leyes hechas por los hombres eran obligatorias y válidas independientemente del contenido moral. Doscientos años después, Timón (326-235 a.C.) negó la existencia de una "justicia natural".

[304] Bodenheimer, E. (1974). Teoría del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica.

Estos sofistas en el ámbito ético-jurídico mantuvieron un fuerte escepticismo, también derivado del religioso. Por este motivo en cuanto a los conceptos de ley y la justicia propugnaron el derecho del más fuerte (Calicles[305] y Trasímaco[306], utilitariamente). Por su parte Protágoras y Critias parecen identificar sendos conceptos. En esta misma línea los sofistas consideraban que tanto la verdad como el bien están condicionados al ser humano en su individualidad. Esta última concepción ayuda a dilucidar con claridad la célebre sentencia de Protágoras (481-511 a.C.) - "el hombre es la medida, de todas las cosas"-, según la cual cada individuo tiene una propia visión de la realidad, el pensamiento deviene en incapaz para alcanzar única infalible y el cosmos no es traslúcido, sino que viene en relación al fenómeno que piensa y siente el sujeto. De este modo, la justicia no es absoluta sino relativa.

Debido a estas posiciones, los filósofos griegos y algunos sofistas tomaron perspectivas contrarias a las desarrolladas por aquellos sofistas. Argumentaron que el ser humano tenía cualidades esenciales de carácter universal, sobre las cuales se podía desarrollar un Derecho universal. Tales facultades las ubicaron en el campo de la física, *physis*, y las opusieron al *nomos*, que era la norma obtenida por la convención dentro de la polis.

En todo caso, los griegos entendieron el *nomos* como la norma que el ser humano debía observar en su vida social. Se ha sostenido que el *nomos* no era exactamente una ley, sino una costumbre, por lo que se ha afirmado que los griegos tenían un Derecho consuetudinario, antes que un Derecho escrito. No obstante, contra esta tesis se ha recordado la importancia de la "Constitución de Atenas", entre los griegos.

[305] Concibió el Derecho positivo como una cortapisa artificial de libertad natural, donde propugna el derecho natural del más fuerte.
[306] Sostuvo que lo justo "es aquello que place al más poderoso".

7. El iusnaturalismo en el drama griego

El teatro tuvo especial auge en el siglo de Pericles y parece ser que fue entonces uno de los instrumentos de discusión política. En el caso de Esquilo, en medio del lenguaje mitológico de sus tragedias, es posible encontrar máximas fundamentales de conducta y una insistente apelación a la autenticidad. Por otra parte, Sófocles y Eurípides mostraron los problemas fundamentales entre las leyes humanas y las divinas y así, enmarcando, con suma claridad, la inquietud del ser humano por el destino.

En el caso de Sófocles, es posible constatar en su obra *Antígona* el contraste entre una legislación superior -divina, eterna e inmutable- y la humana, la cual puede ser usada caprichosamente aún en contra de la voluntad divina. Al respeto se apela a los decretos no escritos de los dioses (ágrapta nómina), los cuales deben prevalecer aún contra lo dispuesto por el monarca (Fassò, 1982: 26). De acuerdo con esta perspectiva, existían leyes que estaban por encima del poder de los gobernantes. En este drama, el rey Creonte, por razones políticas, había prohibido terminantemente el entierro de uno de los hermanos de Antígona, Polinices, pero ella en apelación a los principios inmutables y divinos procede a darle los ritos funerarios, desobedeciendo las disposiciones reales, aún bajo el ries- go de la pena de muerte. Por esta razón, se ha llegado a decir que en este trágico griego existe una apelación al Derecho natural contrapuesto al Derecho positivo.

El caso de *Antígona*, es el reflejo dramático de la historia del Derecho natural, puesto que muchos de los que han ostentado el poder no han visto con agrado este tipo de Derecho. Este estigma del Derecho natural nace en consideración a un vestigio social primitivo, que consiste en una actitud paternal del soberano, derivada de una concepción familiar del grupo humano. En efecto, dentro del paternalismo que desarrollan los gobernantes ante sus subordinados, es difícil aceptar para un soberano que un subalterno desobedezca una imposición

dictada por él. Sin embargo, aún es peor "la ofensa", si no obedece la ordenanza ba- sándose en leyes o normas inmutables y universales, que

no constan dentro del grupo de disposiciones del gobernante.

Ahora bien, este problema ofensivo sólo lo muestran los gobernantes al regirse con injusticia dentro de la sociedad, no lo poseen así aquellos direccionados por la justicia en un colectivo humano. Se desprende de lo anterior que los Derechos naturales están relacionados con el tema de la justicia, como ideal supremo y natural del ser humano, que reluce al configurarse la inequidad. De este modo, a lo largo de la historia, el Derecho natural se muestra generalmente en la oposición a la tiranía.

Entre los precursores de este movimiento se encuentra Heráclito -mencionado anteriormente-, seguido por el sofista Hipias, quien distinguió entre el Derecho escrito, dado por los dioses y universal, y el Derecho no escrito, que era el conjunto de leyes casuales sometidas al cambio. Dichos pensadores fueron seguidos por Platón y Aristóteles, en donde el primero sostenía una idea eterna de la justicia, que se producía por la armonía de una república en la que cada individuo estaba destinado a ocupar el lugar que le estaba destinado; el segundo de ellos establecía una dis- tinción entre la justicia natural y la convencional

En este punto cabe llamar la atención en la posición de Aristóteles con respecto al Derecho natural. En efecto, el Estagirita afirma en su Ética Nicomaquea, que la justicia política es en parte natural y en parte legal, a saber: "De lo justo político, una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituida las leyes deja de ser indiferente (Ética Nicomaquea, V, VII).

Para Aristóteles la justicia política tiene características

convencionales, que son particulares, y otras obligatorias, que son universales, por lo que no varían. Es decir, estable

una división entre el Derecho natural, que posee una misma forma, validez, universal y el derecho positivo, variado y convencional.

No obstante, el desarrollo del Derecho natural tuvo que esperar hasta que la Escuela de la Stoa, diera un sustrato en el cual pudiera construir el edificio del humanismo universal. La corriente del estoicismo será por muchos siglos referencia insoslayable cuando se trate el tema del Derecho natural.

8. El Derecho natural en el estoicismo

Zenón, fundador del pensamiento estoico, sostuvo que el universo se componía de una sustancia que se denominaba razón. El ser humano al ser esencialmente racional podía conducirse de acuerdo a las leyes del cosmos. De este modo, la propuesta estoica va enfocada a librar al sujeto humano de las ataduras propias del mundo de las pasiones y emociones a fin de remontarse a la búsqueda de la razón divina, que está naturalmente en todos los hombres. Debido a esto se comprende cómo los filósofos estoicos desarrollaron una filosofía cosmopolita, en donde se creía que todos los seres humanos eran iguales en cuanto eran personas.

9. El Derecho natural en Roma

Sin embargo, para algunos, formalmente, fue en la antigua Roma donde inició esta tendencia de la búsqueda del Derecho natural, que era conocido por los romanos como *ius naturale*, en donde el adjetivo *naturale* indicaba que el Derecho -*ius* en este caso-, debía ser coherente con la naturaleza, es decir apelaba a una relación armónica entre la parte emocional -sentimientos- y la intelectual -ra-zón-. Pero, ¿en qué se basaban los romanos para llegar a este razonamiento? Pues bien, fue precisamente con los jurisconsultos romanos, que habían sido fuertemente influenciados por el estoicismo, que se

pretendió dar una coexistencia entre las máximas, de contenido invariable y universal, y las cambiantes normas humanas. Así el Dere- cho natural apareció ligado al *ius gentium*, al derecho de todos los pueblos, que era diferente del *ius civile*, que es el derecho de los ciudadanos romanos o derecho quiritario.

El *ius naturale* tuvo su auge debido a la expansión de Roma y su tendencia hacia la universalidad en los diferentes campos de la vida social y política de nuevos territorios conquistados.

Ante esta realidad expansionista del Imperio, los jurisconsultos romanos sintieron la necesidad de tener una base universal, en la cual establecer el Derecho. Dicha insuficiencia fue suplida por el humanismo procedente del estoicismo, el cual ofreció los medios idóneos para que este fin se lograra.

Entre los jurisconsultos, partidarios de esta filosofía, destacan aquellos que estaban en el círculo de Escipión el joven (principios de siglo II); cabe mencionar entre estos a Publio Mucio, Bruto y Manilio. Del mismo modo el reconocido orador Cicerón, el jurista romano Trebacio y el poeta Horacio, que también fue jurista, quienes tuvieron fuerte influencia de este movimiento.

No obstante, es importante destacar como se entendía el estoicismo en Roma, pues presentaba ligeras diferencias con el estoicismo original. Para los jurisconsultos, era una corriente filosófica, derivada de una física que estudiaba el cosmos, al que se ligaba con la idea de un Dios. De esta física estoica se obtenían los principios para una lógica formal -que iba de acuerdo al devenir del universo-, la cual según los jurisconsultos debía regir el comporta- miento humano, para que éste fuera coherente con la ar- monía del universo. De este modo los jurisconsultos partían de premisas universales que eran aplicadas a hechos concretos, es decir, sentaron las bases del i*us naturale*, el Derecho natural.

Sin embargo, no hubo en Roma una terminología precisa en lo que respecta al *ius naturale*, tanto así que se encuentran distintas nociones en torno al término, que varían según sea el

jurista que se estudie. No obstante, en el fondo, todos los juristas romanos tienen el común denominador del pensamiento estoico. Por ejemplo, en el caso de Ulpiano[307], se aprecia que este autor establece tres instituciones del Derecho natural: a) la unión entre el hombre y la mujer; b) la procreación; c) la educación de los hijos. En cambio, Cicerón decía que el *ius naturale* hacía referencia al mundo de los sentimientos, la religión, la *pietas* -en lo que se refiere a los asuntos de la patria y la familia-, la gratitud, la venganza -en caso que una agresión inicua-, la verdad y el respecto. En ambos casos, se aprecia una falta de uniformidad de criterio, pero se puede constatar una tendencia hacia la universalización, que era propia del humanismo estoico.

Al respecto cabe indicar que según Cicerón la fuente de la ley natural es la razón misma, la cual es común a todos los seres humanos y a todas las épocas, por ende, es denominada también ley eterna. En este sentido, la ley natural es válida, aunque no haya sido promulgada por el legislador y más bien da legitimidad a la ley positiva, al ser una *ratio summa*¸ la cual se encuentra *in natura; non scripta, sed nata lex; vera lex, recta ratio, naturae congruens.* El *ius naturale* se presenta como un derecho universal de- rivado de la naturaleza racional y social humana. La razón deviene en la ley y en la ley justa del Derecho[308].

[307] Ulpiano extendió el concepto de *ius naturale* de los hombres a los animales y demás seres vivientes, *ius naturale est quod natura homnis animalia docuit.* A su vez encuentra el fundamento de este derecho en la naturaleza física del ser humano, que le inspira, como a todos los seres vivientes, el principio de conservación.

[308] Lo justo reside en la verdad, la cual consiste en la naturaleza perfeccionada de la razón. La razón, el Derecho y la ley vienen a ser supra estatales. El Derecho es instituido por la naturaleza universal. "...es necesario obrar de tal manera de no contrariar en absoluto a la naturaleza universal, y, sin embargo, aun respetándola, seguir la nuestra, por la cual, aunque haya otra de mayor peso y mejor, podemos, sin embargo, medir nuestros esfuerzos con la regla de nuestra naturaleza, pues es necesario no contrariar a la naturaleza ni

Cabe señalar, que incluso las políticas imperiales fueron afectadas por el *ius naturale* de corte estoico, no es permitido dejar en el olvido a figuras como Antonino Pío y Marco Aurelio, emperadores que ejercieron su mandado tomando en consideración la idea de un humanismo universal. Antonino Pío estableció que los esclavos que hubiesen sido maltratados por sus amos podían quejarse ante los magistrados y dispuso que los amos, que agredieran gravemente a sus esclavos, estuvieran obligados a venderlos. De la mima manera emperadores como Claudio, Adriano, Marco Aurelio y el senador Séneca, siguieron los principios del estoicismo y llegaron también a tomar políticas favorables hacia los esclavos[309]. Claudio, por ejemplo, decretó la libertad a favor del esclavo en caso de ser abandonado por su amo, o por vejez y enfermedad; por su parte Adriano prohibió a los amos dar muerte a los esclavos, sin sentencia de un Magistrado. Y entre los esclavos, en relación con el estoicismo, debemos resaltar la figura de Epicteto quien, con dominio de su razón, trascendió el dolor físico ante torturas en su contra.

Finalmente, no se puede dejar pasar por alto que el derecho natural tuvo su auge en los jurisconsultos romanos en la época de mayor producción de la jurisprudencia, a partir del emperador Adriano, en donde destacan autores como Javoleno Prisco, Juvencio Celso, Salvio Juliano, Sexto Pomponio, Sexto Cecilio Africano, Gayo[310], Heren- nius Modestinus, Ulpio

perseguir ningún fin que sea inalcanzable... el derecho no se ha instituido por convención, sino por naturaleza". (Cicerón, De los oficios, I; y De las leyes, I).

[309] Séneca condenó la esclavitud al sostener que "el hombre es sagrado para el hombre" (*hommo sacra res homminis*). La naturaleza, en su criterio, ha dado en igualdad a los seres humanos un amor recíproco para la fraternidad, a su vez, ha puesto en cada uno de estos los ideales de la justicia y la equidad. Cabe indicar que la filosofía y la justicia en Roma no hubieran sido las mismas sin pensadores estoicos como Séneca, quién arguyó más humanidad a favor de los esclavos.

[310] Autor de las Institutas, base de las de Justiniano, llegó a identificar

Marcelo, Emilio Papiniano, Paulo[311] y Domitius Ulpianus.

10. El iusnaturalismo cristiano

Más adelante en la Historia, durante la Edad Media -época influida considerablemente por la religión y filosofía cristiana-, se consideró que el Derecho natural estaba conformado por leyes divinas y que eran diferentes de las humanas, las cuales debían adecuarse a los preceptos de Dios. La base de esta tendencia se debe a que existía un concepto del universo más o menos uniforme, que se basaba en la Biblia, principalmente en el Nuevo Testamento, y en la doctrina patrística. Como se puede confirmar, la idea del Derecho natural era distinta de aquella que provenía de la antigüedad[312]. Pronto, muchas disposiciones bíblicas, los dogmas- principalmente el trinitario- y los concilios ecuménicos llegaron a ser considerados fuentes del Derecho, de modo que el *jus naturale* consistía en las normas religiosas, que provenían de la revelación. No es de extrañar, en esta época, la existencia del extracto de la Collatio legum Mosaica -rum et Romanarum o Lex Dei quam praecipit Dominus ad *Moysen*, en el que se comparan las disposiciones de las leyes de Moisés con las del Derecho romano. Es decir, la labor de los jurisconsultos romanos, que consistía en la interpretación de los hechos desde máximas invariables, fue sustituida rápidamente por máximas escritas, revestidas de sacralidad de acuerdo al dogma cristiano.

Por este motivo, los autores de esta época son principalmente teólogos antes que juristas. Lo anterior se sustenta en la figura de San Isidoro de Sevilla, eclesiástico del siglo VII, quien sostuvo que "Todas las leyes son divinas o humanas", en donde las primeras se fundamentan en la naturaleza y las

el *ius naturale* con el *ius gentium*. Este derecho tenía su fundamento en el consentimiento de todos.

311 Trató de darle al Derecho natural una base metafísica e ideal.

312 Sin embargo, la filosofía cristiana se inspira considerablemente en la filosofía griega y en la jurisprudencia romana para formar un derecho natural teológico.

segundas en las costumbres.

Sin embargo, con anterioridad, San Agustín (354-430 d.C.) sostuvo que el universo estaba gobernado por una ley eterna, derivada de la razón suprema y voluntad divina, que implica respeto al orden natural y prohíbe su perturbación. Esta ley, necesidad ciega para la naturaleza inanimada, permanece escrita en la conciencia del ser humano, por lo que viene a ser el modelo de la ley humana temporal. En esta ley eterna, una parte viene a ser la ley natural, que permite al ser humano desde su conciencia distinguir entre lo bueno y lo malo e implica no hacer a nadie lo que no se desea para sí mismo. En este sentido, el legislador debe tomarla en cuenta, aunque en relación con las variaciones dadas por las circunstancias. Por tanto, la ley humana o positiva ha de poseer la finalidad de volver a las personas, que se han apartado de la ley natural, hacia la voluntad y razón divinas. De este modo, moral y jurídicamente, la ley natural es la medida y fuente de toda ley humana. Este pensamiento tuvo como fundamento la doctrina paulina[313].

Otro ejemplo, que se considera un ícono insoslayable para quien se jacte de estudiar el Derecho natural, es Santo Tomás de Aquino[314](1225-1274 d.C.), quien distinguió, en su "Tratado de las Leyes", cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina y positiva humana. La ley eterna está constituida por leyes físicas

[313] De la mano con el apóstol Pablo, "cuando los paganos, que no tienen ley, cumplen naturalmente lo que manda la ley, están escribiendo ellos mismos esa ley que no tienen, y así demuestran que las exigencias de la ley están grabadas en sus corazones. Serán juzgados por su propia conciencia, y los acusará o los aprobará su propia razón el día en que Dios juzgue lo más íntimo de sus personas por medio de Jesucristo. Es lo que dice mi evangelio". (Ro. 2; 14-16).

[314] Monje dominico que estudió bajo la dirección de San Alberto Magno. Su doctrina se inspira en Aristóteles. Su obra cumbre es la Summa theologica, en la que trata problema teológicos, morales y metafísicos. A parte de su aportación, se nutre considerablemente del pensamiento jurídico romano, de las aportaciones agustinianas y de los preceptos aristotélicos.

y morales por las cuales la divinidad gobierna al mundo[315], por ende, regula los movimientos de las cosas y de los seres irracionales, para los cuales tiene un carácter necesario e impone inevitablemente sus reglas. Sin embargo, esta ley atañe también a los seres racionales, pero es denominada ley natural, por la cual el ser humano participa por medio de la ley eterna, con la particularidad de no ser de carácter necesario sino contingente, dependiendo de la voluntad humana. La ley natural es conocida de forma innata y los seres humanos por su naturaleza tienden a conocer la verdad y los principios morales conducentes al bien, hecho que los distingue de los animales, los cuales son movidos por instintos y por los impulsos.

Tomás de Aquino considera, en razón de la ley natural, que el derecho tiene por objeto la virtud de la justicia, la cual clasifica en legal, conmutativa y distributiva; siguiendo la clasificación aristotélica. De forma general, considera que "Lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta. Vulgarmente se dice que las cosas que se igualan se ajustan. Ahora bien: la igualdad se establece en relación a otro" (Sum. Teol. II-IIae q. 57 a.1)[316].

En este sentido, la ley humana o positiva debe fundamentarse en la ley natural para ser acorde con la divinidad, por lo cual la ley injusta no obliga en conciencia, pues *"ya no será ley, sino corrupción de la ley"*[317]. La ley humana posee el fin del

[315] "La razón es la divina sabiduría, en cuanto es directiva de todos los actos y las emociones".

[316] Tomás de Aquino sigue el criterio de Ulpiano al sostener que la justicia consiste en *suum cuique tribuendi* [dar a cada uno lo suyo] (Sum. Teol. II-II q, 58. 1.).

[317] "Como dice San Agustín, "la ley que no es justa no parece que sea ley [*non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*]". Por tanto, la fuerza de la ley depende del nivel de su justicia. [...] Por consiguiente, toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza. Y si se aparta en un punto de la ley natural, ya

bien común y ha de prohibir actos que pongan en peligro el orden y la paz general. Aquella disposición legal que sobrepase lo justo según la ley natural puede ser desacatada e incluso puede resistirse la autoridad injusta, es decir, es lícito que el pueblo se resista ante el usurpador o invasor que se apodera por la violencia del gobierno e impone brutalmente la voluntad a los ciudadanos (*quando alquis dominium sibi per violetiam surripit: nolenti bus subditis vel etiam at consensum coactis*).

El pensamiento tomista fue adoptado por la Iglesia Católica y desde el siglo XIII se difundió por toda Europa e influye el pensamiento jurídico español de los siglos XVI y XVII, donde sobresale Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Fernando Vásquez de Menchaca, Luis de Molina[318] y Francisco Suárez. Francisco de Vitoria (1492-1569) aplicó el derecho natural a los problemas internacionales derivados de la conquista de América por España y llega a sostener que la finalidad del derecho de gentes (*ius gentium*) es la paz y la concordia entre las personas. El Derecho de gentes constituye un tránsito entre el Derecho natural y el Derecho positivo que depende de la voluntad humana.

Domingo de Soto (1495-1569), por su parte, se ocupa del problema de los indios en el Concilio de Trento y en las Juntas de Valladolid. Fernando Vásquez de Men- chaca[319] (1512-1569) también interviene en el Concilio de Trento y aboga por los derechos de los españoles de conquistar el continente americano. Francisco Suárez (1548- 1617), siguiendo la doctrina tomista, distingue entre ley eterna, natural y humana.

Suárez considera que la ley natural reside en la conciencia humana y se compone de los preceptos impuestos por Dios, los cuales son universales e inmutables cuando se

no será ley, sino corrupción de la ley [*si in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*]" (*Sum. Teol.* I-II, q. 95, a. 2).

[318] Luis de Molina (1535-1600), jesuita, que desarrolla un importante tratado sobre la justicia y el derecho (De iustitia et iure).

[319] Expuso también la teoría de la libertad de los mares.

refieren a la naturaleza o esencia moral del hombre (prohibición de matar, respeto a los padres, entre otros), pero son contingentes cuando dependen de determinadas situaciones sociales (como las normas relativas a los contratos y al respeto de la propiedad privada). En este sentido, divide al Derecho natural en receptivo y dominativo, siendo el primero aquel cuyo contenido es independiente a la determinación humana y al segundo aquel que nace de la decisión del ser humano. Sin embargo, el Derecho natural en sí es inmutable, hecho que no impide que determinados preceptos suyos presenten modificaciones en sus contenidos, pues no devienen por variación de los principios racionales, sino por transformación de la materia social a los que se aplica. Por su parte, el Derecho positivo[320] puede optar por cualquiera de los dos sentidos del Derecho natural (preceptivo o dominativo). A su vez, el Derecho positivo es dividido, de acuerdo con la doctrina romana, en civil y de gentes, ambos sostenidos en los principios del derecho natural, en donde el civil es propio de un estado o reino y el de gentes, de todos los pueblos, conformado por la naturaleza y el uso.

11. La Escuela clásica del Derecho natural

Luego, gracias a la filosofía racionalista de los siglos XVII y XVIII, que tenía la inusitada inspiración del humanismo y racionalismo, se desarrolla el Derecho natural, pero considerado desde la naturaleza humana. Con esta tendencia surge la escuela del Derecho natural, clara representación de pensamiento jurídico ilustrado[321], aunque en atención a la

[320] No existe en sentido estricto el dualismo entre el Derecho natural y el positivo, sino su complementación donde la raíz proviene del Derecho natural y en las determinaciones más concretas se efectúa la obra humana que no es ajena a los principios iusnaturalistas.

[321] La época en que la Ilustración, llegada a su madurez, domina el mundo europeo, es propiamente la que va de las guerras de secesión a la Revolución francesa. Pero se extiende diversamente hasta abarcar todo el siglo XVIII, que no sin razón se le ha llamado el "siglo

Reforma protestante. Variables que dan paso a tres fases de esta escuela: la primera concerniente al mercantilismo, al absolutismo político y la reforma protestante (Grocio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf y otros); la segunda en atención al liberalismo político y filosófico, con el protagonismo Locke y Montesquieu[322]; y la tercera que sostenía la protección del Derecho natural desde el pueblo (Rousseau).

Sin embargo, en sentido general esta escuela sostiene que las leyes humanas son equiparadas a las naturales, que están sobre el ser humano. Es decir, la naturaleza crea las leyes y no es el ser humano quien las hace, sino que éste debe acatarlas y reconocerlas. Los partidarios de esta escuela vieron en el Derecho positivo un sistema jurídico, que era el instrumento de un determinado tirano o de simples convenciones sociales, por esta razón proponen al hombre como animal racional, de modo que por su naturaleza podía gozar de los derechos otorgados por la misma. Sentimiento que es remitido por Voltaire[323].

de las lu- ces". Con esta denominación se quiere indicar una mentalidad particular del todo confiada en el poder de la razón humana, capaz de iluminar lo que antes se creyó ser noche de la ignorancia y de la superstición, ocasionada por el imperio de la tradición y la autoridad. He aquí las dos líneas de desarrollo del Iluminismo: por una parte, destrucción de cuanto se fundamenta en autoridad y tradición; por otra, reconstrucción de todo lo susceptible de saber y de toda la vida sobre la base exclusiva de la razón abstracta. Amerio, F. C. (1965). Historia de la filosofía. t. II. Madrid-México: Rialp, pág. 102

[322] Monstesquieu en su obra El espíritu de las leyes sostiene – se insiste- la división de poderes, con vigilancia recíproca entre estos, con el fin de salvaguardar el derecho natural de la libertad (El Espíritu de las leyes, t. II, 1, XI, Cap.VI).

[323] En este punto cabe recordar a Voltaire, quien, aunque no puede ser clasificado entre los que continuaron la escuela del Derecho natural, sí arroja al menos condenaciones al Derecho positivo, que dan pie a la justificación del Derecho natural. En efecto, cuando Voltaire trata "lo injusto y lo justo", condena el carácter artificial del Derecho positivo, de manera que, luego de referir una serie de sarcásticas aventuras, exclama: "Estas pequeñas aventuras me llevaron a hacerme bellas y profundas reflexiones sobre las leyes, y

La primera fase de la Escuela clásica del derecho natural inicia con el filósofo del derecho y jurista holandés, Huig Van Groot o Hugo Grocio [equivalente castellano de aquel nombre] (1583-1645). El tema del Derecho natural lo trata en su reconocida obra "*De iure belli ac pacis*" [So- bre el derecho de guerra y paz] (1620-1626), en donde revalora los conceptos del iusnaturalismo hasta ese entonces vigentes. En efecto, este teórico con el uso de otra semántica rediseña el concepto de Derecho natural desde un carácter profano, pues sostiene que el Derecho Natural existiría aún si Dios no existiese ("*etsi deus non daretur*") o aunque no tuviera cuidado por la humanidad. El derecho no podría ser considerado al estilo medieval, como man- dato de Dios, lo cual implica expresar la afirmación revo- lucionaria de que el derecho y la religión son dos campos diferentes, aun cuando podrían ser complementarios, esto con el fin de que no haya ataduras del uno al otro. Dios, por su parte, no se opondría a los dictados de la ley natu- ral, lo que significaría que aún sin Dios las leyes naturales siempre existirán y serían lo que necesariamente son.

Pero aún, afirmándose la existencia de Dios, en su omnipotencia y como Creador de la naturaleza, no habría de

comprendí que sucedía con ellas como con nuestros vestidos… Un ciudadano de Londres me decía una vez: la necesidad es la que crea las leyes y la fuerza las que las hace cumplir". Además, en su artículo "Las Leyes", condena como el Derecho positivo puede representar el capricho de los déspotas, por ejemplo, cuando se refiere a Tamerlán, dice Voltaire: "Si Tamerlán llega y subyuga la India, entonces no habrá sino leyes arbitrarias. Una ley destruirá una provincia para enriquecer a un privado de Tamerlán… otra despojará de la mitad de su cosecha al agricultor, y le discutirá el resto; y habrá, en fin, leyes en virtud de las cuales un funcionario tártaro vendrá a quitaros vuestros hijos en la misma cuna, hará del más robusto un soldado y del más débil un eunuco, y dejará al padre y la madre sin recursos y sin consuelo. Por eso ¿qué vale más?: ¿ser el perro o el súbdito de Tamerlán? Resulta claro que la condición de su perro es infinitamente mejor". Bustamante y Montoro, A. (1953). Teoría General del Derecho. Cuba: Cultural S.A., pág. 56.

modificar el Derecho natural, porque ello sería símbolo de debilidad y prueba contundente de la contradicción e imperfección. En efecto, aunque parezca contradictorio a la potestad divina, Dios no puede impedir que dos proposiciones contradictorias no lo sean, ni hacer que aquello malo por naturaleza deje de serlo.

Este teórico desempolva la tendencia romana del uso de la razón para interpretar el Derecho y empieza a enterrar la argumentación teológica, que tanto cargaba la interpretación jurídica de máximas procedentes de la revelación[324]. De esta manera, Grocio propone que la razón sea la regla que determine si una acción es justa o injusta. En efecto, Grocio define al derecho natural como "un decre- to a la recta razón indicando que un acto en virtud de su conveniencia o inconveniencia con la naturaleza racional y social, está afectado moralmente de necesidad o de ignorancia, y que, como consecuencia tal acto está prescrito o proscrito por Dios, autor de esa naturaleza."[325]

Es decir, toda ley natural es la que es, sin posterior modificación, en total afirmación. En síntesis, en el Estado existe algo "dado" por la propia naturaleza, por su apetito, inclinación, impulso o tendencia social, pero a su vez existe lo "constituido", o sea, el acto libre, racional y voluntario que mediante un pacto deciden los seres humanos materializar en la realidad para la organización del estado. Así, el contrato es la manifestación actual de un impulso natural de vivir en sociedad. En Grocio, se dan dos tipos diferentes y complementario de pactos: a) el de la unión que representa un

[324] Su criterio para el conocimiento del Derecho natural fue distinto a lo que se venía suscitando, al sostener que este Derecho es cognoscible de dos formas: *a priori*, al advertir que algo es conforme a la naturaleza racional y social del hombre; y *a posteriori*, al saberse que algo es considerado por todos los pueblos del orbe como justo, o al menos por los que encarnan las mejores costumbres.

[325] Touchard, J. (1975). Historia de las ideas políticas. Madrid: Editorial Tecnos, pág. 256.

primer pacto que los hombres han de darse entre sí, y, b) un pacto de sujeción, éste es el llevado a cabo por los gobernados con el gobernante.[326] La inviolabilidad de estos pactos es la expresión de la sociabilidad humana (*apetitus societatis*).

No obstante, la labor de este jurista no se limitó a este aspecto del Derecho, sino que también se desempeñó en Derecho internacional. Por mucho tiempo erróneamente se le consideró como el padre del Derecho Internacional (distinción que atañe al español Francisco de Vitoria), pero aun así, es innegable su gran labor en este campo y ade- más actualmente no falta un generalizado criterio en considerarlo como el fundador del iusracionalismo[327].

Su labor en el Derecho internacional fue muy criticada, posteriormente, por la escuela positivista, debido a que los positivistas sostenían que no era posible hablar de Derecho, cuando se carecía de una institución coercitiva por encima de todos los Estados.

Finalmente, cabe mencionar de Grocio, que no es de extrañar que su pensamiento se deba a un proceso de separación religiosa y política, que existió a causa de los problemas cismáticos presentes en la cristiandad por el proceso de la Reforma protestante. De igual manera, no se puede negar que ya en este autor se visualiza la diferencia entre el Derecho natural medieval y el Derecho natural que considera a la persona como punto de partida. Al respecto Prieto (1996) menciona que "lo nuevo en Grocio es el acento y el espíritu: reflejan su platonismo -el derecho no se apoya en ninguna existencia, ni en la de Dios- y su formación humanista- la creencia de que el hombre es capaz de captar la justicia."[328]

[326] Al respecto, Vid., Jiménez Meza, Manrique. (2001). Derecho Público. San José, Costa Rica: EJC.

[327] También cabe recordar que no fue el primero en defender la libertad de los mares (*Mare liberum, 1690*), pues esta labor había sido desarrollada con anterioridad por Vásquez de Menchaca.

[328] Prieto, F. (1996) Manual de Historia de las Teorías Políticas. España: Unión Editorial, pág. 360.

El filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679) es otro pensador, que se estima de medular importancia para comprender el Derecho natural desde la visión antropológicamente negativa; además cabe señalar que no fue un jurista. En efecto, Hobbes es uno de los más coherentes entre los expositores del poder político. Dicho teórico, en medio de la caótica situación que imperaba en Inglaterra, no ve otra alternativa que la imposición del poder público ilimitado, que puede llevar al extremo de sacrificar los derechos individuales. Pero, ¿cómo llega Hobbes a esta afirmación?; ¿en qué se basó para considerar la eventual necesidad de suprimir los derechos individuales?

Como se dijo, en 1651 Hobbes publicó su excelsa obra: Leviatán. De acuerdo con premisas bíblicas, el "*Le- viathan*", es "el hombre artificial", la República, la *Civitas*, el Estado o Dios mortal, una forma de imitación de la naturaleza. En esta obra se afirma que el ser humano es por naturaleza egoísta y antisocial, y donde las palabras del comediógrafo latino Plauto adquieren su máximo sentido, en cuanto el hombre se constituye en depredador del mismo hombre, *homo homini lupus*. Según Hobbes, antes de que el ser humano viviera civilizadamente en sociedad, estaba regido por imposiciones naturales, es decir se encontraba sin ley o costumbre positiva alguna. En esta situación pre-civilizada el hombre poseía todos derechos, pero al mismo tiempo la negación de estos, porque otros hombres también apelaban a los mismos derechos. De modo que se producía una fuerte contradicción a fin de imponer sus propios derechos o no dejarse imponer los derechos ajenos, que conducirían a la negación de los propios. Es decir, los seres humanos estaban en un estado de constante guerra: la lucha permanente de todos contra todos -*bellum erga omnes*-, el hombre es egoísta y malvado y no es un ser sociable por naturaleza. Este estado de guerra termina con un pacto social, en el que los asociados renuncian a todos sus derechos para convertirse en súbditos y así dar origen a una autoridad con poderes absolutos (el soberano), capaz de imponer la paz y la

seguridad en el Estado. El soberano es el único sujeto completamente libre, que no ha renunciado al estado natural de imposición del derecho personal, de manera que él puede hacer lo que le plazca, es decir, no está sometido a ningún control, es simplemente irresponsable. Paralelamente, se desarrolla un tipo de gobierno en donde el súbdito lo único que conserva
es su vida[329].

Hobbes, parte de la consideración de este derecho primitivo, que consistía en la libertad que tiene cualquier sujeto para usar su fuerza y, en consecuencia, para hacer todo lo que estime conducente a este fin. De este modo, vuelve la mirada a los principios de la humanidad, al estado natural donde no hay justicia ni injusticia, en donde la fuerza es lo determinante. Viendo al hombre tal cual es y la necesidad de paz, Hobbes propone un poder público ilimitado. Es decir, para este teórico el Derecho tiene su principio en la búsqueda de la paz, aún por encima de los derechos individuales.

Es decir, para Hobbes más que un Derecho natural lo que existía en tal estado pre-civil fue un desorden natural. El hombre no es libre por naturaleza, pero tampoco debe serlo por el Estado. El ser humano busca desesperadamente la paz y el orden a cualquier precio, por ello la justificación de un poder absoluto. Así Hobbes teme a la libertad y su gemelo es el miedo, pero sobre todo el miedo a la muerte violenta. De tal manera que no se debe establecer ningún límite al poder soberano o a la máxima autoridad pública, pues contrariamente implicaría aceptar la posible existencia de discrepancias respecto a ese límite y esto traería consigo nuevos síntomas de temor e inseguridad; conflictos y anarquía. Por la creación de un poder o de una fuerza pública coercitiva, ésta debe imponerse para el dominio de todas las voluntades individuales

[329] En síntesis, la ley natural deviene para el soberano en una simple norma legal, en cambio para los súbditos las leyes positivas dictadas por el soberano (persona o asamblea), adquieren valor jurídico.

sometidas a un cuerpo legal común, enérgico y represivo, que anule cualquier fuerza o discrepancia individuales. La justicia no podría ser más que lo que la ley exprese, y la ley sería la expresión del más fuerte sin derecho de reclamo contra ella y con deber de imposición inexcusable. Es solamente de esa manera que los seres humanos malos y egoístas, pero sobre todo cobardes, llegarán a ser con la formación del Estado un dios del hombre: "*homo homini deus*", y no ya una bestia feroz del mismo.

El filósofo inglés marcó el paso del Derecho natural al Derecho positivo, con el argumento del contrato social. Esta tesis de Hobbes es considerada por muchos como el posible fundamento de un positivismo jurídico, de las mismas dimensiones de aquel que existió en la Alemania nazi, durante el siglo XX, en donde el sistema jurídico actuó con independencia del contenido ético.

No obstante, Hobbes sostiene que el ser humano no ha dejado de lado al Derecho natural, sino que voluntariamente se ha limitado para lograr la paz. En el *Leviathán* concibe el Derecho Natural como una ordenación de la "recta razón". El ser humano en estado natural no deja de ser racional y se rige por tres principios: a) La búsqueda de la paz por todos los medios; b) el principio de no hacer a los demás lo que no se desea para sí mismo, idea que incluso conduce a la renuncia de ciertas libertades y facultades; c) el cumplimiento de los pactos concertados[330].

[330] Las leyes naturales y de los contratos de Hobbes son: Primera ley fundamental de la naturaleza: "cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra". *Se- gunda ley de la naturaleza*: "que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo". *Tercera ley de la naturaleza* (justicia): "que los hombres cumplan los pactos que han celebrado". *Cuarta ley de la naturaleza*

Parece insostenible que en una tesis de estas dimensiones se hablara del principio de injusticia, pues ésta era vista en contraposición a la justicia, que tenía su fundamento en el Derecho natural -el cual ha sido negado por la propuesta del contrato social-. Lo cierto es que Hobbes considera que es injusto que el hombre no renuncie al Derecho natural, considera más bien que si el sujeto apela a este tipo de Derecho se revela y rompe el contrato de convivencia, en consecuencia, se pierde la paz social.

No es de extrañar que si se compara esta tesis -en donde el paternalismo del soberano está en todos sus extremos sustentado por el contrato de convivencia-, con el drama de Sófocles sobre Antígona, puede ser que se tenga el enfurecimiento del soberano de la misma manera que se dio en Creonte, al ver a esta mujer -al igual que cualquier otro sujeto-

(gratitud): "que quien reciba un beneficio de otro por mera gracia, se esfuerce en lograr que quien lo hizo no tenga motivo razón para arrepentirse voluntariamente de ello". *Quinta ley de la naturaleza* (complacencia): "que cada uno se esfuerce acomodarse a los demás". *Sexta ley de la naturaleza* (el perdón): "que, dando garantía del tiempo futuro deben ser perdonadas las ofensas pasadas de quienes, arrepintiéndose, deseen ser perdonados". *Séptima ley de la naturaleza* (devolución de mal por mal): "que en las venganzas los hombres no consideren la magnitud del mal pasado, sino la grandeza del bien venidero". *Octava ley de la naturaleza*: "ningún hombre, por medio de actos, palabras, continente o gesto manifieste odio o desprecio a otro". El quebrantamiento de ley se denomina *contumelia*. *Novena ley de la naturaleza* (contra el orgullo): "que cada uno reconozca a los demás como iguales suyos por naturaleza". *Décima* (contra la arrogancia): "que, al iniciarse condiciones de paz, nadie exija reservarse algún derecho que él mismo no se avendría a ver reservado por cualquier otro". *Undécima* (equidad): "si a un hombre se le encomienda juzgar entre otros dos, que proceda con equidad entre ellos". *Duodécima* (uso igual de cosas comunes): "que aquellas cosas que no pueden ser divididas se disfruten en común, si pueden serlo; y si la cantidad de la cosa lo permite, sin límites; en otro caso, proporcionalmente al número de quienes tiene derecho a ello" Hobbes, T. (1994). Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. trad. de Manuel Sánchez Sarto. México:

apelando por el Derecho natural.

Contrario a la teoría hobbesiana, John Locke (1632- 1704) insistió en la necesidad de los derechos naturales del ciudadano frente al poder estatal[331]. Este teórico se basa en el "estado de naturaleza" de los hombres para sostener que las relaciones de índole económica están por encima de lo político. Este estado de naturaleza es presentado como una abstracción mental que viene a ser la base y razón del ser del estado social surgido de un contrato. De este modo la sociedad perfecta es la sociedad económica, de ahí la apelación por la libertad, por la igualdad y por la defensa de la propiedad privada. Esta sociedad de índole económica es prepolítica o anterior al poder de la sociedad civil. Como se puede ver las competencias del monarca quedan reducidas, pues ya no sólo tendría que respetar la vida del súbdito, sino también su propiedad.

Como desarrollo del punto anterior, cabe mencionar que Locke no concibió al "estado de naturaleza" como anárquico, sino todo lo contrario, el ser humano desde tal estado tuvo derechos naturales y dentro de éstos algunos derechos que son fundamentales como la propiedad privada, la libertad y la vida. El pacto o contrato descansa en la debida protección de estos derechos inalienables; por lo que este autor fundamenta la teoría del contrato social en la existencia de derechos supremos anteriores a la formación del Estado. Por esto si el poder del soberano -que en modo alguno debe ser absoluto y

Fondo de Cultura Económica.

[331] Con el pensamiento de una segunda etapa de la Escuela clásica del derecho natural (etapa también en la que suele ubicarse a Montes quieu), Locke se inclina por el liberalismo y el capitalismo, tanto en lo político como en lo filosófico. Entre sus obras destacaron el Tratado sobre el gobierno civil (1689), Ensayo sobre el gobierno civil (1660-1662) y Ensayo sobre el entendimiento humano (1690). Dentro del plano filosófico, rechaza la tesis innatista y sostiene que la mente humana es *tamquam tabula rasa in qua nihil est scriptum* (como una tabla rasa en la cual no hay nada escrito), por lo que todo conocimiento deriva de la experiencia y en la sensación auxiliada por la razón.

mucho menos arbitrario viola los derechos previos a la formación del contrato, habría contradicción con la intención de quienes lo quieren en perjuicio de sus derechos inalienables y de los principios de la convivencia social. La ley en todo caso existía en el estado de naturaleza, pero ésta resultaba ser insuficiente por tres razones: a) quien resultara perjudicado no queda- ría satisfecho con el restablecimiento de sus derechos; b) si la ley es confusa habría múltiples interpretaciones con peligro de la incertidumbre jurídica y la contradicción, y, c) en caso de conflicto de intereses no se podrá contar con un tercero digno de confianza para resolverlo

Así, pues, Locke justifica la celebración del contrato social para el establecimiento de un gobierno cuyo poder superior debe descansar en el Parlamento y el de éste en el pueblo. A su vez el Parlamento tiene varios límites: a) la ley no debe ser represiva ni arbitraria o ambas a la vez;
b) el Parlamento no debe ceder sus funciones a nadie, por lo cual sus potestades son indelegables; c) la ley debe ser igual para todos, sin distinción alguna; d) la creación de impuestos debe tener el consentimiento popular. Existe además el derecho de rebelión contra quien detenta el poder si éste se éste se convierte en déspota o viola el contrato social.[332]

Ahora bien, el pensador que presenta todas las ideas del Derecho Natural de su tiempo es Samuel Puffendorf, laico y protestante, quien entre la tensión existente entre los pensamientos de Hobbes y de Grocio, concibe que la base del Derecho Natural es la naturaleza humana, que está caracterizada por el instinto de conservación, *se ipssum conservare*, y por una condición de debilidad e indefensión, la *imbecillitas*, que posee el hombre cuando carece de cultura. A este teórico se le debe la división entre el Derecho y la ética, ubicando el primero en el ámbito externo del sujeto y la segunda, en la interioridad de las personas.

[332] Al respecto, Vid., Jiménez Meza, Manrique. (2001). Derecho Público. San José, Costa Rica: EJC, págs. 207-208.

Puffendorf publicó su tratado De iure naturae et gentium (1672), en donde analiza el estado natural de los seres humanos, previo a la celebración del contrato social, en donde existía un Derecho natural distinto del Derecho positivo que surgió de la comunidad organizada. A su vez, sostiene que el ser humano no es un animal social sino sociable, el cual gozaba de libertad e igualdad con sus semejantes, pero que debió fundar un Estado y estar bajo el poder de un soberano para garantizarse la vida en común. Sin embargo, dicho soberano debe cumplir el Derecho natural, desde una valoración jurídica y no simplemente moral. Dentro de esta tesis también argumenta que existen derechos innatos al ser humano y otros que son adquiridos en la vida social.

Puffendorf establece una importante sistematización del pensamiento de Grocio, señalando los límites entre el Derecho natural y el mundo de la religión[333]; basando el fundamento de la formación de toda sociedad civil en la recta razón[334]. Señala además que los seres humanos en el estado de naturaleza fueron libres e iguales, pero también carecieron de las garantías necesarias para la protección de sus derechos. Para este autor el derecho natural es inmutable y necesario "…deducido por la razón de la naturaleza de las cosas. Toda ley según él, consiste en el mandato de una autoridad superior, sea la de Dios, o la de un hombre."[335] Así el Derecho positivo es esencialmente racional en relación necesaria con el Derecho natural.

Dentro de esta escuela también destacaron Christian Thomasius (1635-1728) y Christian Wolff (1679-1774). Thomasius en su libro Fundamenta iuris naturae et gentium (1705) divide las normas en tres tipos de conformidad a sus ciencias: a) la ética, que atañe a la conciencia y que tiene por

[333] Sobre la religión sostiene que la teología tiene por objeto la salvación de las almas y no la vida terrena.

[334] La recta razón ordena el Derecho natural, que es siempre justo y firme; distinto del Derecho positivo que puede ser variable o arbitrario.

[335] Touchard, J. (1975). Historia de las ideas políticas. Madrid: Editorial Tecnos, pág. 256.

objeto la honestidad; b) la política que tiene por objeto el decoro; y c) la jurisprudencia (Derecho), que tiene por principio la justicia y regula las relaciones que se dan entre la persona y sus semejantes[336]. Por su parte, Wolff, autor de Ius naturae methodo scientifica pertractatum, con inclinación hacia la imperante tendencia racionalista, utilizó razonamientos lógicos para demostrar los principios jurídicos fundamentales, sus aplicaciones concretas y los conocimientos que pueden ser adquiridos por la experiencia jurídica.

También, cabe indicar que Thomasius consideró que la "felicidad humana" es la fuente del Derecho natural y que únicamente es alcanzable con una vida de carácter honesto, digno y justo (*honestum, decorum, iustum*).

Tampoco se puede hablar del Derecho natural si se olvida la obra del ginebrino, Juan Jacobo Rousseau, quien influyó considerablemente en la Revolución francesa y abre la tercera fase en la escuela del Derecho natural, consistente en la importancia de la voluntad popular para la salvaguarda del Derecho natural[337]. Para ello inicia con el punto de que el ser humano es amoral, es decir no es ni bueno ni malo por naturaleza, pero que se corrompe cuando se desarrolla en el colectivo humano. De manera que para este autor la evolución de los hombres en sociedad sólo obedece a su degradación.

En 1750, Rousseau expone su *Discours sur les sciences et les arts* ("Discurso sobre las ciencias y el arte") y en 1755 su *Discours sur l'origine, et les fondemens de*l'inégalité parmi les hommes ("Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad de los hombres"). En el primero de estos discursos declara como la causa de la corrupción en la humanidad se debe a la obra del ser humano y argumenta que la corrupción

[336] Los deberes jurídicos son propios de los actos externos de los seres humanos con el fin de asegurar la paz social; mientras que los deberes morales corresponden al fuero interno humano y tiene por objeto la paz espiritual.

[337] Cabe recordar que la segunda etapa de esta escuela presentó como principales exponentes a Locke y Montesquieu.

nada ha aportado a la felicidad humana.

En el *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad de los hombres,* aboga por la necesidad de distin- guir lo natural de lo artificial en el ser humano actual, para así saber con certeza lo que más le conviene a éste. Además, de forma contraria a Hobbes, sostiene que el hombre natural está inclinado a la piedad e incluso no requiere de la violencia para satisfacer sus pasiones. También en esta misma obra, menciona como los obstáculos que el ser humano presentó en su desarrollo lo llevaron a agruparse, así como a usar la fuerza, las armas y los utensilios.

También en discurso anterior sostiene que la propiedad es fundamento de la sociedad. Según Rousseau, "el primero, a quien, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y encontró gentes lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil, ¿Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores hubiera ahorrado al género humano aquel que, arrancando las estacas o rellanando la zanja, hubiera gritado a sus semejantes: «Guardaos de escuchar a este impostor; estás perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie!»"[338]

Por la razón anterior, se presentó la desigualdad y el desorden consecuente acarreado por los vicios que la conforman: la avaricia, la ambición, la maldad e incluso la guerra (síntesis de los vicios enunciados y de no pocos otros peores). Sin embargo, esta desigualdad se manifestó en el plano ético y político, no así en el natural. Al respecto Rousseau aclara esta diferencia:

"Concibo en la especie humana dos clases de desigualdad: una, que llamo natural o física, porque se halla establecida por la naturaleza, y que consiste en la diferencia de

[338] Rousseau, J. J. (1985). Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad de los hombres. Segunda parte. Barcelona, España: Alhambra, pág. 119.

edad, de salud, de fuerzas corporales, y de las cualidades del ánimo o las del alma; otra, que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una suerte de convención, y que es establecida, o al menos autorizada, por el consentimiento de los hombres. Consiste ésta en los diferentes privilegios de que unos disfrutan en perjuicio de otros, como el de ser más ricos, más distinguidos, más poderosos que otro, o incluso el de hacerse obedecer."[339]

Luego de estos discursos, escribe sus obras La nouvelle Héloïse ("La nueva Eloísa") (1761) y Émile ("Emilio") (1762). En esta obra destaca como el ser humano nace libre, pero luego se encuentra encadenado. Posteriormente el autor publicó su obra trascendental en el entorno revolucionario francés: Du contract social, ou pincipes de droit polítique (traducida simplemente como: "El contrato social"). En esta obra apela a una forma de asociación defensora y protectora de toda fuerza común a la persona y de cada uno de sus bienes y en la cual cada uno en unidad con los demás tenga que obedecer a sí mismo y adquiera la libertad anteriormente disfrutada.

Para Rousseau la libertad es un fin en sí misma y permanece en el reino de la naturaleza. En este sentido no es objetiva ni mecanicista, sino que es puro instinto y espontaneidad de conciencia individual. En el contrato social se pretende recuperar no sólo este valor del estado natural, sino que en la sociedad el ser humano debe pasar de un animal limitado y torpe a un ser humano pleno y amparado en los derechos civiles concedidos por el Estado[340].

[339] Ibidem, pág. 65.

[340] Para Rousseau el retorno a dicho estado de la naturaleza es imposible, pero con la restitución de los derechos naturales de libertad e igualdad se logra la felicidad que el ser humano necesita. Estos derechos se logran con la sumisión al pacto social, consistente en que "cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporalmente a cada miembro como parte indivisible del todo" Rousseau, J.J. (1957). El contrato social, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós. México-Buenos Aires: Editorial Cajica, pág. 66.

El Estado -ésta es la tesis central del Contrato Social- para tener legitimidad debe nacer de un contrato por el que todo individuo se enajene a sí mismo y a sus propios derechos a favor de la comunidad, pero de modo tal que, enajenándose, se dé a sí mismo, al verdadero sí mismo, y por consiguiente no se enajene en realidad: "cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporalmente a cada miembro como parte indivisible del todo".[341] Es decir, de las libertades naturales se pasa a las libertades civiles concedidas por el Estado, al cual se obedece bajo el supuesto de que significa la obediencia a todos en general y a ninguno en particular, por ende, nadie es súbdito de nadie, pero todos se someten a la voluntad general.

Por lo anterior, estrechamente vinculado al concepto de "Contrato social", Rousseau desarrolla la noción de "*volunté génerale*" (voluntad general). Sin ésta no hay contrato social. En su perspectiva de la economía política, compara el cuerpo social con la persona moral, la cual se rige por la "voluntad", pero por ser producto de la armonía y confluencia de intereses es "general". Como producto de esta síntesis se obtiene un pacto por el que se otorgó toda libertad y derechos a los demás; no obstante, de manera simultánea se reciben las facultades y libertades de los pactantes. En esto consiste el pueblo soberano, cuya delegación en favor del Estado es para que defienda y resguarde los derechos naturales. Por ello, la vida y la libertad de las personas privadas son independientes de la persona pública estatal.

La legitimidad de esta sociedad estriba en que cada uno de los constituyentes de la sociedad, al unirse con sus semejantes, permanece en estado de libertad como la disfrutó en el estado de naturaleza. Así en su visión sostiene que la libertad individual se salva cuando el sujeto la entrega a la voluntad general. Según esta lógica, cuando un individuo cede

[341] Ibidem, pág. 66.

sus derechos y libertades recibe el equi- valente de lo entregado.

Este último razonamiento es la causa de la democracia liberal-socialista, a través del sufragio universal y la libertad de expresión, por medio de la garantía del gobernante de que los súbditos disfruten de tales bienes, de igual manera que Dios lo hace con éstos y con el gobernante.

Sin embargo, no deja de ser sumamente optimista la posición de Rousseau con respecto al ser humano. En caso de sostenerse la idea del "buen salvaje" y de la sociedad perversa constituye sin duda una dicotomía invariable. Esta especie de maniqueísmo degenera en un elogio excesivo del ser humano natural quien, desde los estados más primitivos, no es un ser carente de ambiciones y pasiones opuestas a la paz y sana convivencia. Además, tal dualidad nunca ha existido, de modo que las premisas son falsas. También cabe recordar la insuficiencia de basarse en un mito en donde exista una libertad e igualdad sin parangón. El capricho de las mayorías debe ser regulado por los principios de equidad, verdad, justicia y los aspectos fundamentales del iusnaturalismo, el cual sostiene facultades para quienes les son negadas muchas veces por la mayoría.

A los puntos anteriores, no está de más agregar el riesgo de caer en las manos un déspota amparado en una convención de la ciudadanía, de modo que puede colocarse por encima de sus semejantes sin ningún deber y gozar de un poder que restringa las libertades de los gobernados.

En conclusión, Rousseau propone un contrato social que permita la total socialización del ser humano con el fin de alcanzar una sociedad ética, pues el vértice de tal pacto es la voluntad general que obliga a los particulares. Por esta razón el pueblo asume el consentimiento de las leyes en general y de las demás disposiciones jurídicas en particular, como efecto de aquéllas. Al respecto, el mismo Rousseau trae a la memoria como los decenviros nunca se arrogaron la potestad de que las

leyes emanasen de ellos, pues según decían “nada de lo que nos proponemos -decían al pueblo-, puede ser ley sin vuestro consentimiento. Romanos: sed vosotros mismos los autores de las leyes que deben hacernos felices”[342]

12. Kant y el Derecho natural

Immanuel Kant (1724-1804), nació, vivió y murió en Königsberg (Prusia Oriental), entonces, y en la actualidad, provincia rusa. Kant fue sin duda una de las figuras más representativas e influyentes de era actual[343] .En su obra *Crítica de la razón pura*, que ha sido comparada con el giro que ocasionó Copérnico en la astronomía, elabora una investigación profunda de la razón humana. Al respecto inicia con una separación de los juicios analíticos y sintéticos, donde los primeros aluden a aquellos juicios cuyo predicado está contenido en el concepto del sujeto, es decir, son aquellos juicios en donde el predicado descompone o analiza el conjunto de los elementos que integran el sujeto; a la vez que los segundos aluden a los que presentan un predicado que no

[342] Ibidem, pág. 97.

[343] Su obra comprende los períodos filosóficos de este autor, uno precrítico y otro crítico. Del período crítico, sobresalen sus obras *Principiorum primorum cognitionis metaphysicae nova delucidatium* (1755); *Metafisicae cum geometría iunctae usu in philosophia naturali, cuius specimen I continet manadologiam physicam* (1756); El único argumento posible para la demostración de la existencia de Dios (1753) ¸ Los sueños de un visionario ilustrados con los sueños de la metafísica (1766); *Di mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis* (1770). En esta última obra, establece claramente la distinción entre el conocimiento sensible y el inteligible, de esta forma el conocimiento no se reduce a la experiencia e indica la existencia de un conocimiento metafísico que debe ser justificado. De este modo, empieza para Kant el período crítico de su filosofía. Del período crítico de este filósofo son las obras Crítica de la razón pura (1781), Prolegómenos a toda metafísica futura que quiera presentarse como ciencia (1783), Fundamentación de la metafísica de las costumbres (1785), Crítica a la razón práctica (1788), Crítica del juicio (1790), Antropología (1800) y Lecciones de lógica (1800).

está contenido en el concepto del sujeto, pero que se le añaden, es decir aquellos en donde se afirma o niega del sujeto lo posible, pero no necesario. Como ejemplo de juicio analítico, se puede indicar que "los cuerpos son extensos", lo cual es estricta- mente necesario; en cambio, un juicio analítico podría ser aquel que indique que "todos los cuerpos son pesados", lo cual no sucede necesariamente, debido a que el predicado no es una característica ineludible del cuerpo.

Paralelamente a la distinción anterior, Kant desarrolla los juicios *a priori* y *a posteriori*, en donde los primeros, son independientes de la experiencia y menciona que todos los juicios analíticos son *a priori*, pero no todos los sintéticos son *a posteriori*, debido a que hay juicios sintéticos que son *a priori*.

De los juicios *a priori*, menciona dos niveles en donde el primer nivel, comprende el conocimiento sensible conformado por el espacio y el tiempo (intuiciones); mientras que el segundo nivel comprende las formas *a priori* del entendimiento, denominadas "categorías".

Con el sistema expuesto, Kant argumenta que no es posible el conocimiento de la cosa en sí[344], sino el del fenómeno

[344] La *cosa en sí* es un concepto oscuro del criticismo que Kant no aclaró. Reinhold, con respecto a la oscilación kantiana entre *cosa en sí* y *noumeno,* dice que la primera es el objeto, en cuanto se le quiere considerar independiente de la facultad representativa (la conciencia); el *noumeno* remite, en cambio, a la "razón práctica", o sea, a la idea del deber, a la exigencia de la moralidad en nuestras acciones. Schulze afirma que la *cosa en sí* es del todo desconocida; toda gira sobre el apotegma: "Debes, luego puedes" (imperativo kantiano), pero esto supone que es posible el cumplimiento de tal mandato, porque a lo imposible nadie está obligado; la posibilidad de tal cumplimiento, no simplemente en la idea, sino en la realidad, no se demuestra. Mainon, negando el dualismo kantiano de sentido y entendimiento, hace de la *cosa en sí* el límite negativo de la conciencia, allí donde la sensación se esfuma en el dato, que luego se define como "incognoscible". Herbart dice que la metafísica como "ciencia de las cosas en sí" (Kant) es la base de toda ciencia en general. Los conceptos de la metafísica son de uso común, pero impensables en la realidad. ¿Cómo, v. gr., puede una cosa tener muchas propiedades, diversas

(aparición). En este sentido, explica que las ciencias físico-matemáticas son las encargadas de los fenómenos, pues son experimentales. Al mismo tiempo, sostiene que el ser humano no se limita al ámbito experimental, sino que busca un conocimiento pleno del ser, de modo que elabora una metafísica, cuyos objetos de estudio son el alma, el mundo y Dios.

De lo anterior parte Kant para indicar una diferencia sustancial entre el orbe natural y el humano (las costumbres); así el orbe natural presenta leyes que tienen que suceder y el segundo, directivas que pueden suceder, pues, contempla el ámbito de la libertad humana. Esta distinción será fundamento en el siglo XX de la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen.

En su obra *Principios metafísicos del Derecho,* toma la idea de la libertad como noción fundamental. Al respeto menciona acerca del Derecho natural: "Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitro pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad. También sostiene que el principio universal del derecho consiste en que "es justa toda acción que, por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales. Si, pues, mi acción, o en general mi estado, puede subsistir con la libertad de los demás, según una ley general, me hace una injusticia en el que me

unas de otras? La cosa es lo que es, una sola, mientras que la adherencia de muchas cualidades y propiedades hace de ella algo múltiple. ¿Cómo se concilia esta contradicción? Se concilia reflexionando que la cosa ha sido considerada en *relaciones diversas,* por la multiplicidad de puntos de vista propia de la experiencia fenoménica. Lo mismo pasa con el concepto de *causalidad y* de *mutación,* los cuales hacen prevalecer la multiplicidad sobre la unidad e identidad de la *cosa en sí,* que es de por sí simple e inmutable. Lo mismo ocurre con la relación de las cosas entre sí; que son siempre innesenciales, accidentales*,* aunque la ciencia pueda, en algunos casos, prever su acaecimiento, que queda de todos modos, circunscrito al mundo fenoménico, de la apariencia, no del ser en sí de las cosas (Amerio, 1965, pág. 189 y s.).

perturba en este estado, porque el impedimento (la oposición) que me suscita no puede subsistir con la libertad de todos según leyes generales"; razón por la que define al derecho como "el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio (la voluntad) de cada uno puede coexistir con el de los demás, según una ley universal de libertad"[345]

El Derecho, la moral y la política son abordados por Kant en sus obras sobre filosofía práctica (Crítica a la razón práctica, Crítica del juicio y Fundamentación de la me- tafísica de las costumbres).

13. Valoración del *iusnaturalismo*

Finalmente, cabe mencionar que esta tendencia del Derecho natural recientemente ha sido sostenida por importantes pensadores como Boistel y Cathrein. Sin embargo, en la actualidad, de forma opuesta a la concepción tradicional del Derecho natural, se ha desarrollado el concepto de Derecho natural variable, que sostiene que el ideal jurídico varía de acuerdo a cada tiempo y lugar, de manera que el Derecho natural depende de las circunstancias histórico-culturales. Esto se basa en el argumento de que fuera del Derecho positivo no es posible que exista un ordenamiento jurídico inmutable, ni que se dé un ideal inmutable que inspire al actual. Más bien, se arguye que el ideal debe ser variable y descubierto por los medios que ofrecen la ciencia jurídica y la sociología, los cuales apun- tan a las tendencias habidas en los distintos grupos sociales en momentos y espacios determinados. Tales tendencias anteceden a la elaboración del Derecho positivo, pues de ellas se obtienen los principios que dan base para la existencia de los ideales variables.

En síntesis, se puede decir que el Derecho natural moderno nace a raíz de principios derivados de tendencias variables, que son el objeto de estudio de la ciencia jurídica y la

[345] Kant, I. (1943). Principios metafísicos del derecho. Buenos Aires, Argentina: Americalee, pág. 47.

sociología. No obstante, este ideal está conformado por principios que no son las normas que componen el Derecho positivo, ni podrán ser nunca éstas, sino que señalan las tendencias de justicia y equidad, que cambian según cada lugar y tiempo. Se considera que estos principios deben de motivar y delimitar el actuar del legislador, antes de que éste elabore, derogue o modifique alguna disposición normativa. De manera que cuando se dice que el legislador tiene que anteponer el interés público, como suma de los intereses coincidentes de los ciudadanos, se da énfasis en la prevalencia del interés superior sobre el particular en la actividad legislativa. Sin embargo, de lo anterior no se sigue que el legislador tenga que abarcar, en la respectiva disposición legal, dicha norma, toda la dimensión variable, ambigua y ordinaria de los intereses de los ciudadanos particularmente considerados, por ser imposible y contrario a los principios de estabilidad, permanencia, abstracción y generalidad que deben acompañar a toda disposición legal, sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias y de los actos administrativos generales no escritos, en derivación vinculada con la ley misma.

14. El *iusnaturalismo* racionalista y la tendencia codificadora

No cabe duda de que en el siglo XVII el iusnaturalismo racionalista influyó considerablemente en el universo jurídico gracias al impulso que en esa época tenía el racionalismo filosófico. Esta corriente, fundamento de la Revolución francesa e inicio -en algunos casos- de la ruptura con los antiguos regímenes monárquicos europeos, tiene su eco en las codificaciones jurídicas modernas, de las cuales, el *Código de Napoléon* -Código Civil francés de 1804- se constituye en el arquetipo. En efecto, es inevitable pasar por alto la repercusión revolucionaria de este texto, puesto que gran parte de los códigos de Occidente han tenido su influencia, principalmente en Europa y en América Latina. Sin embargo, cabe aclarar que

este Código es solamente la manifestación de una tendencia codificadora en el De- recho, que algunos señalan tiene sus antecedentes en la tradición jurídica romana, fundamentada en el *Corpus Iuris Civilis*. Así, las características de este movimiento pueden sintetizarse en cinco puntos:

a) La difundida idea *de la necesaria noción unitaria del Derecho:* Se rechazó la falta de unidad legislativa que se presentó en el Antiguo Régimen aristocrático. Por esta razón, los revolucionarios sostuvieron que la única manera para que se diera un nuevo modelo de Estado -acorde con el pensamiento moderno y con los principios de libertad, igualdad y fraternidad- fue apelándose a la necesidad de una regulación social única, que incorpore los elementos jurídicos aplicables a todos los ciudadanos, con lenguaje claro y preciso.

b) El pensamiento de que *la ley debía ser la verdadera fuente del Derecho*: Con esta idea el Derecho consuetudinario pierde terreno frente al Derecho escrito. Se consideró que lo único que merecía la pena ser conservado debía estar presente en el Código civil y que la costumbre solamente podría auxiliar la ley, si el mismo Código así lo permitía.

c) *Esperanza en una postura ahistórica*: Siguiendo la línea de la racionalidad jurídica, los codificadores pregonan la necesidad de que el Derecho sea estático. En este sentido, un código ideal es aquel que logra congelar los principios iusnaturalistas; razonamiento que algunos consideran como una clara positivización del Derecho natural. De este modo, no es extraño que el punto de partida sea el principio de la recta razón, el cual, con eco estoico y aristotélico, nutre el ideal de la inmutabilidad del contenido normativo de un determinado código legal.

d) *La seguridad jurídica*: los codificadores pretendieron formalizar la protección de los intereses particulares, la cual se imponía con urgencia ante los cambios sociales, donde la emergente clase burguesa buscó salvaguardar y extender sus

aspiraciones, intereses y propuestas. En esta línea, se pretendía que el ordenamiento jurídico debía ser lógico, pues debía prever las relaciones jurídicas que habían de desarrollarse entre los distintos actores sociales.

e) *Repudio por los vacíos legales*: El sistema jurídico debía ser cerrado, pues tenía que garantizar al juez la solución de cualquier problema jurídico, es decir, el código debía prever toda posible situación de forma coherente y racional. En este sentido el juez debía enfocarse única- mente en el texto legal, por lo que no tenía que recaer en una casuística que no estuviera justificada en la ley ni en interpretaciones que usurparen el trono exclusivo de la ley, la cual emanaba del poder legislativo como herramienta incuestionable.

Estos puntos fueron los que marcaron la línea por la que habría de transitar la "escuela de la exégesis francesa", la cual partió desde Código Napoleónico sobre el mundo jurídico de una gran parte los Estados a lo largo del siglo XIX. Un claro ejemplo, de la asimilación de estas ideas francesas en las instituciones jurídicas de otros Estados, lo constituye Alemania, principalmente debido a la ocupación francesa de este territorio.

Es fácil comprender el porqué de esta tendencia codificadora de los juristas en Alemania, pues este país, en principio, era un conglomerado de diversos Estados, en los cuales estaba presente el Derecho romano de Pandectas -salvaguardando el caso de Prusia-, el cual implicó un esfuerzo ingente por parte de los tribunales de justicia para uniformar su aplicación, sin que se lograra. Lo anterior, condujo a contradicciones legales y a un gran desorden en el sistema jurídico, lo cual se presentaba como una gran piedra en el camino aún para los más ilustres juristas. Ante tal clima de caos, se presentó la imperiosa necesidad de una legislación unificadora, que permitiera a los juristas germanos un manejo preciso y ordenado del sistema jurídico. En este sentido se apoyó la corriente codificadora, la cual repercute en juristas

como Thibaut, quién en 1814 publicó un tratado denominado "Sobre la necesidad de un Código civil para Alemania", en el cual plasma la desconfianza en el hecho de que el Derecho romano continuara siendo el andamio del Derecho alemán. Sustentando esta tesis y en detrimento de la manera en que se manejó el Derecho germánico, Thibaut no escatimó calificativos positivos para un Código alemán.

15. Derecho natural y constitucionalismo

No puede omitirse el gran aporte de la escuela clásica del Derecho natural, pues estableció las bases para la existencia de un orden jurídico moderno y maduro, en el que confluye el Derecho con las libertades individuales, en el marco del Estado. Su influencia fue puede considerarse como la principal arma que poseyeron los distintos sectores sociales de la modernidad contra el despotismo y las arbitrariedades del poder. En síntesis, el Derecho natural da la base filosófica y política para garantizar una fuerte resistencia contra el Estado opresor.

Como resultado de este tipo de Estado se obtiene un sistema individualista amparado en un ordenamiento jurídico. Lo anterior se manifiesta principalmente en las constituciones de la mayoría de los países del siglo XIX.

Pero no debe creerse que el fin del Derecho natural se limitó a la construcción del Derecho constitucional. La construcción del sistema jurídico fue producto de la confluencia de este pensamiento con el contractualista. Resulta desacertado decir que los principios del iusnaturalismo en su totalidad fueron abarcados por el derecho constitucional. Un sistema de pensamiento como éste sin duda sirve en demasía para dar inicio a una etapa fundamental en la gestación de un derecho más justo, en este caso apelando al contenido ético, pero también se puede prescindir de éste, como posteriormente lo hicieron los pensadores positivistas del Derecho.

Los más destacados teóricos del iusnaturalismo dieron gran parte de los instrumentos conceptuales usados en la

modernidad, a fin de que el individuo pudiera librarse de las ataduras medievales del feudalismo. De esta forma, fue común en estos pensadores el hablar sobre temas como la abolición de la esclavitud -a pesar de los intereses imperiales de las naciones europeas-, la eliminación de las corporaciones y el vasallaje, se apeló, en cambio, a la libre elección profesional y religiosa. No poco faltó en el pensamiento de ellos el tema de la eliminación de aquellos procedimientos inhumanos en el Derecho penal y principio de la igualdad ante la ley. No obstante, las contribuciones de estos pensadores no se limitaron al accionar del Estado, sino que también apelaron a los grandes principios del Derecho internacional, como por ejemplo lo hizo Grocio.

Los iusnaturalistas tenían la convicción de que el ser humano alcanzaría el ideal de un sistema jurídico perfecto con el uso de la razón. Por ello se enfocaron en la legislación, con el fin de tener la objetivización positiva de todos principios y normas derivados del Derecho natural. Esta fuerte tendencia afectó el pensamiento jurídico al inicio de la modernidad, tanto que se manifiesta en el Código prusiano de 1794, el austriaco de 1811 y el napoleónico de 1804.

Retomando lo que se ha dicho en torno al Derecho natural y de acuerdo al fenómeno del constitucionalismo moderno, a manera de síntesis se puede decir que el iusnaturalismo desarrollado entre los siglos XVII y XVIII, presentó al menos cuatro versiones o modelos:

a) En Hobbes se encuentran los fundamentos del Estado autoritario, en donde se justifica la supresión de las libertades del sujeto en aras del bien público y la paz general.

b) En Locke la justificación del estado liberal, en donde se respeten los intereses individuales, principalmente la propiedad privada y la libertad individual, la cual, a su vez, es inexistente sin aquélla.

c) En Rousseau la tesis del Estado democrático, con el fin de alcanzar una sociedad ética y equilibrada donde el Estado

debe resguardar los derechos naturalmente adquiridos, con la implementación de la representación electoral y la creación de la ley, que es el efecto concreto de la voluntad general, como voluntad de la mayoría sobre la voluntad minoritaria.

d) En Kant, los principios para la elaboración del Estado liberal de Derecho; pensamiento que luego influirá en el desarrollo del Derecho positivo con la separación entre naturaleza y cultura.

Todos estos teóricos citados tienen en común elementos particulares que no podemos pasar inadvertido. En efecto, en primer lugar, sus sistemas de pensamiento son producto de una época en la que hay abundantes cambios culturales y científicos; de este modo encarnan en parte el método de la ciencia moderna. En segundo lugar, presuponen que sus teorías se elaboran de la misma forma en que proceden las ciencias empíricas en relación con el objeto de estudio y análisis; no obstante, se mantienen a la vez en un plano metafísico con el ejercicio del puro racionalismo, como sucede, a manera de ejemplo, con los estados de naturaleza propuestos, sin perjuicio de la existencia de contratos sociales que no tienen asidero en la comprobación de la realidad objetiva como objeto del análisis científico.

Estas teorías tienen también en común, el rechazo de la sociabilidad natural y permanente del ser humano, sin la existencia de un Estado o poder público coactivo, lo cual hace pensar en la inexistencia del disfrute de las libertades y derechos naturales sin la existencia del Estado, al mejor estilo del anarquismo o de los movimientos libertarios, siendo el Estado una expresión consecuente del consentimiento compartido de los individuos en el estado pre-civil. De esta manera el ser humano no alcanza el estado social por alguna característica natural, sino que se realiza por medio de la voluntad individual con el fin de someterse a un poder ajeno.

Del mismo modo estas teorías son dualistas, similares a los

modelos no naturalistas propuestos por Platón y Aristóteles o a los precedentes de Santo Tomás de Aquino y Hugo Grocio. Este dualismo tiene su explicación en el siguiente razonamiento: no existe un sistema normativo destinado a regular todas las relaciones entre las personas, pues la ley positiva es insuficiente. En cambio, sí exis- te una "ley previa", la natural, que llega a suplir la deficiencia del sistema normativo.

Muchos han sustentado que el razonamiento anterior presupone que las tesis iusnaturalistas tienen un doble ordenamiento. De este modo, el Derecho natural se llega a contraponer a Derecho positivo, dado que éste al incorporar elementos del primero, produce una especie de "desnaturalización", convirtiéndose así en una ideología social. En la modernidad autores como Kelsen y muchos otros positivistas, rechazan completamente el Derecho natural, incluso entre estos pensadores se ha llegado al extremo de afirmar que tal Derecho no es Derecho ni es natural, pues el carácter coactivo de la norma es lo que hace al Derecho y que sin una norma de este tipo el Derecho simplemente es inexistente. De este modo, únicamente la ley positiva es la que ostenta el elemento de obligatoriedad, caso contrario, se estaría en el estado natural de la guerra entre seres humanos -en este punto no puede dejarse de lado la tesis hobbesiana-, lo cual acarrearía la negación de todo ordenamiento jurídico.

Finalmente, no puede olvidarse la gran importancia del pensamiento platónico–aristotélico, derivado principalmente de textos como *La República* y *Las Leyes*, en el caso de Platón; Ética Nicomaquea y *La Política,* en el de Aristóteles. El pensamiento de estos filósofos coincidió por la afirmación de que la esencia del hombre, su ser, está en su racionalidad. Es decir, un ser humano es más hombre en la medida en que sea más racional. Este argumento constituye un principio más objetivado, una "razón objetiva". No obstante, en la Edad Media se dio un giro en los planteamientos que vienen desde Grecia y se produce una modificación medular en el concepto: se introdujo la idea de "Dios" en la razón objetiva, pero no varían

los fundamentos del pensamiento platónico-aristotélico. De esta manera, rápidamente se llega a la confusión de aquella idea difundida entre los helenos, que sostuvo que los dioses vivían con el ser de la *polis* -que los hacía iguales-, en relación con la idea del judeocristianismo en favor de un dios absoluto, omnipotente y omnipresente. Lo anterior, llegó al punto de afectar la teología, pues si a Dios se le equiparó con la "razón objetiva", perdía así sus atributos esenciales, debido a que toda racionalidad implica límites, sobre todo cuando la razón es producto a la vez del ejercicio racional, según cada perspectiva e inteligencia particular.

16. Críticas al Derecho natural

Una de las críticas más famosas contra el Derecho natural fue realizada por Johan Jakob Bachofen (1815- 1887), profesor de Derecho romano de la Universidad de Basilea, nombrado en 1841, quien en su lección inaugural arremetió contra el Derecho natural y a favor del Derecho histórico. Consideró que los ideales iusnaturalistas son simplemente fantasías de grandes mentalidades, que causan serios errores y cuyas creaciones, al apelar al juez de la razón, desprecian todo lo que ha sido creado en y por la historia; a la vez sostiene que los defensores del Derecho natural tratan de extraer para este Derecho perfecto ideas puestas por Dios en ellos, argumentando así lo que debe ser válido para todas las personas, épocas y lugares. Dichos defensores suelen mirar en la filosofía con elementos teologizantes como centro del mundo y desprecian al mundo real, tales son los casos de Kant con su desprecio por los empiristas reducidos a los casos concretos relacionados con el Derecho y las creaciones utópicas de Moro y Platón, quienes en el lejano escenario de la utopía se separan de la realidad como estrellas que dan poca luz al estar demasiado alejadas del mundo.[346]

[346] Al respecto pregunta: "¿qué prueba poseéis vosotros, los defensores de esa primitiva perfección, de que el hombre, al entrar en el

En síntesis, Bachofen defiende la tesis de que la experiencia histórica es el principio sobre el que descansa el verdadero conocimiento, es decir, la historia viene a con- sistir en una base mucho más sólida que el juicio más elevado de las instituciones humanas, incluso por encima de los sistemas fabricados por la más perfecta inteligencia individual (Bachofen, 1978).

Otro destacado crítico del iusnaturalismo fue Hans Kelsen (1881-1973), quien en su ensayo *La idea del Derecho natural*, sostiene que la idea de justicia absoluta defendida por el Derecho natural es imposible de alcanzar, pues "la justificación racional de un postulado que se basa en un juicio subjetivo de valor, esto es, en un deseo, en el que todos los hombres sean libres, por ejemplo, o en el de que sean tratados igualmente, es un autoengaño o, lo que equivale a lo mismo, una ideología".[347] El Derecho natural (de validez material) procede de la razón o de Dios y al regular una relación vital no necesita de la coacción, mientras que el Derecho positivo (de validez formal) es esencialmente coactivo, debido a que sus normas son originadas en el arbitrio de la autoridad humana. En este sentido, lo bueno y lo justo son criterios propios del Derecho natural, mientras que el Derecho positivo está ligado a estos criterios de manera hipotética-relativa.

También entre la crítica a este Derecho sobresale Alf Ross, quien, en su obra Sobre el derecho y la justicia, lo ataca desde cuatro puntos de vista: epistemológico, sicológico, político y desde la teoría jurídica. En lo que respecta a la epistemología sostiene que "las aserciones metafísicas no admiten ser

Estado, se despoja de la parte mejor de su ser anterior, sacrificando por sí mismo su libertad al orden de las formas políticas y jurídicas? Yo creo, al contrario, que cuanto más atrás se deja uno llevar por la historia hasta los primeros tiempos de la humanidad, tanto más íntima es la unión que se echa de ver entre Estado e individuo" Bachofen, J. J. (1978). El derecho natural y el derecho histórico, trad. de Felipe González V. Madrid: Civitas.

[347] Kelsen, H. (1946). La idea del derecho natural y otros ensayos,

refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico"[348] .Desde una perspectiva sociológica, argumenta que "si hay una ley, independiente de nuestras elecciones y arbitrio, que nos ha sido dada como verdad eterna basada en la voluntad de Dios, o mediante una captación *a priori* de la razón, y que nos dicta el curso de acción «correcto», entonces, al obedecer esta ley universal, no somos más que dóciles piezas de un orden cósmico y quedamos liberados de toda responsabilidad". Desde un punto de vista político, sostiene que "el Derecho natural puede ser conservador, evolucionista o revolucionario. Por supuesto, su orientación política no puede ser invocada como un argumento en favor o en contra de la plausibilidad «teorética» de la doctrina del Derecho natural, pero las opiniones políticas de una persona determinarán su simpatía o su oposición respecto de la doctrina. Aunque se dan los tres tipos, en el curso de la historia el Derecho natural ha cumplido en forma primordial la función conservadora de dar poder existente un halo de validez"[349]. Desde una perspectiva de la teoría

trad. de Francisco Ayala. Buenos Aires: Losada, págs. 15-52.

[348] "¿Ha probado alguien que no es Zeus o las diosas del destino quienes guían el curso del Sol? Todo lo que podemos decir es que la astronomía moderna se las arregló sin esta presunción. Así mismo, el modo más efectivo de derrotar la metafísica del Derecho es simplemente crear una teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización" Ross, A. (1958). Sobre el derecho y la justicia. trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba.

[349] "El Derecho natural es primera y principalmente una ideología creada por quienes se encuentran en el poder -los estadistas, los juristas, el clero- para legitimar y robustecer su autoridad. Un Derecho natural que en su origen fue revolucionario se transforma regularmente en conservador una vez que han prevalecido las clases sociales cuyos intereses sostiene" Ross, A. (1958). Sobre el derecho y la justicia, op. cit.

jurídica, argumenta que “el racionalismo duplicó el sistema jurídico, porque concibió al Derecho natural como un conjunto de derechos naturales por encima o por detrás de los derechos subjetivos positivos. A diferencia de las meras especulaciones de la filosofía moral, esta duplicación del sistema jurídico se tradujo en una confusión de conceptos, y en el deterior definitivo del análisis jurídico y del tratamiento de los problemas político-jurídicos”.[350]

[350] Ross, A. (1958). Sobre el derecho y la justicia. trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, págs. 251 y ss.

CAPÍTULO XXX

LA ESCUELA HISTÓRICA, SOCIALISMO E IRRACIONALISMO

1. La Escuela histórica del Derecho. 2. Savigny y su obra. 3. Puchta. 4. Valoración y crítica del historicismo. 5. El historicismo y el iusnaturalismo. 6. El pensamiento jurídico socialista. 7. El marxismo y el Derecho. 8. Críticas al marxismo. 9. El socialismo en la ex Unión Soviética. 10. El fascismo como una expresión totalitaria del romanticismo. 11. El nacionalsocialismo alemán.

1. La Escuela histórica del Derecho

Esta escuela aparece como reacción contraria al racionalismo de Kant y a la inclinación de los teóricos franceses quienes poseyeron como punto de partida la Revolución Francesa y posteriormente el Código Napoleónico (los codificadores). Se conforma así un producto romántico y a la vez positivista. Tuvo entre sus precursores al italiano Juan Bautista Vico (1668-1744), Montesquieu, Burke, y, sobre todo, Gustavo Hugo, quien negó los principios naturales de valor universal, a fines del siglo XVIII. Su fundador, como se ha insistido, fue el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny.

No obstante, sería incompresible esta tendencia si antes no existiera un estudio del iusnaturalismo racionalista del siglo XVII, y la corriente codificadora que generó una fuerte disputa académica entre los juristas germanos, de la cual se pueden observar grandes indicios en el texto de Savigny: *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia*. En dicho texto, Savigny presenta una postura muy contraria a la propuesta de Thibaut. De esta manera se desata la ya mencionada polémica entre Thibaut y Savigny, que

marca el inicio del historicismo jurídico. Por una parte, se inclinó por un Código Civil y, por otro lado, Savigny se opuso a esta iniciativa arguyendo que las instituciones jurídicas evolucionan natural y espontáneamente. Por estos motivos, la obra de Savigny merece una indagación más profunda, pues mostró con lucidez la posición de diversos historicistas germanos en contra del movimiento codificador, tan en boga en este tiempo.

2. Savigny y su obra

El jurista alemán Friedrich Karl von Savigny nació en Fráncfort del Meno y murió en Berlín. Fue profesor en Marburgo (1803-1808) y Landshut (1808-1810). También destaca el hecho de que fue el primer catedrático de De- recho romano en la Universidad de Berlín, donde enseñó hasta 1842. Se considera a Savigny el miembro más sobresaliente de la Escuela Histórica alemana, pero a la vez este jurista presenta dos aspectos aparentemente excluyentes, debido a que, si bien es cierto, hizo frente al liberalismo de los codificadores, quienes tuvieron una fuerte inclinación por el Derecho positivo; a la vez su obra, junto con la de Puchta, representa el antecedente de la corriente positivista de la ciencia jurídica alemana.

a) La historia y el Derecho. El «Volksgeist», "El espíritu del pueblo"

Cabe destacar que Savigny, al igual que Thibaut, fue consciente del mal de la multiplicidad que aquejó al Derecho germánico, pero la solución de Savigny fue más allá del análisis crítico de la simple codificación. En efecto, Savigny propuso un estudio previo, profundo y sistemático de la Jurisprudencia, en donde la ciencia jurídica con su metodología podría renovar el Derecho civil alemán, finalizando, de una vez por todas, con el incompresible corpus jurídico, que debía su falta de claridad no a la deficiencia de los textos jurídicos romanos, sino a la total incomprensión de las instituciones romanas, las cuales habían sido sepultadas por el polvo de fútiles y triviales interpretacio-

nes a lo largo de cientos de años.

De este modo, se trazó un camino en la interpretación jurídica: la historia, como elemento constitutivo y determinante de esta interpretación. Ésta fue la metodología a seguir, de manera que no fue una ciencia auxiliar del Derecho, sino más bien se constituyó en la esencia misma del conocimiento jurídico. En este sentido, un verdadero y profundo conocimiento jurídico debía ser histórico, en caso contrario, no lo sería.

Como se puede observar, la postura de Savigny fue completamente contraria a la de los codificadores, quienes defendieron a ultranza el pensamiento ahistórico. Se encontró Savigny, de este modo, con la idea romántica del pueblo como sujeto de la historia, el cual, de manera semejante a un organismo viviente, ostenta una voluntad distinta a las voluntades particulares que la componen.

La nación se presenta aún sin la existencia de un Estado y es la forma por excelencia de cada pueblo. En este sentido se presenta la dicotomía de la nación como ente natural y el Estado como ente artificial, aspecto fundamental del nacionalismo romántico, el cual hizo frente a la realidad de una nación dividida entre distintos Estados, como ocurrió en Alemania hasta el siglo XIX; cuya unificación fue posible bajo el mando militar de la casta prusiana.

Cabe destacar que esta característica no fue acorde con el racionalismo de las ideas ilustradas, puesto que la idea romántica de nación, de la que Savigny fue en gran medida un defensor, no aceptó el concepto ilustrado de que la sociedad y el poder fueran generados en la convención o pacto-acuerdo entre distintos sujetos con el fin de dar perdurabilidad a ciertas prácticas sociales-; lo que fue defendido -se insiste- por distintos autores a lo largo de los siglos XVI y XVIII.

Sin duda el concepto de convención era ahistórico y contrario a los más básicos y determinantes postulados del historicismo Ante esta apología del contrato, los historicistas sostuvieron que la sociedad fue más bien el producto de fuerzas oscuras que llegaban a articularse en el interior de los

grupos humanos. En este sentido, comprender estas fuerzas, fue la llave maestra para conocer el verdadero ser de una nación.

Por esta razón, la historia de una nación no tiene nada de improcedente o impenetrable, pues todo hecho acaeci- do toma sentido cuando se le ubica, como una pieza, en el engranaje de toda la realidad de un pueblo, según sus tradiciones y aspiraciones, su devenir, historia y proyección, las cuales integran y transcienden al hecho mismo. Con este horizonte marcado, el protagonismo de la razón quedó fuertemente delimitado, pues es superado por la comprensión de la historia donde transita lo necesario nunca así lo superfluo o simplemente pasajero.

Este pensamiento en torno a la historia, condujo a que los románticos acuñaran el concepto *Volksgeist* o "espíritu del pueblo", que se contrapuso al individualismo de la Ilustración. El *Volksgeist* fue la conciencia colectiva, creadora y soporte del Derecho, que se manifiesta en los usos y costumbres. Este espíritu popular fue la única fuente de producción normativa, no así el racionalismo de los legis- ladores. El *Volksgeist* constituyó una fuerza viva al interior de un sujeto colectivo, que evolucionó a través de tres etapas: a) por las simples relaciones sociales; b) por medio de normas jurídicas básicas; c) a través de complejas instituciones jurídicas incluidas y organizadas en cada ordenamiento.

Por tanto, el jurista, con la interpretación histórica, debe buscar el elemento que organiza y dinamiza las instituciones jurídicas. Solamente de esta manera podrá comprender el funcionamiento y el sentido que da origen al ordenamiento jurídico de cada pueblo. Como se puede apreciar, el jurista con esta comprensión de lo jurídico se opuso a la concepción ahistórica para el entendimiento de las instituciones jurídicas.

De esta manera, la Jurisprudencia (o ciencia del Derecho), al mismo tiempo, histórica y comprendida en su dinámica particular, se constituyó en la realización del ideal de Savigny, quien sostuvo la necesidad de cambiar la desordenada

legislación no por un código sustentado en la razón humana (como lo proponían los codificadores), sino por la sistematización de los elementos jurídicos que nacían a lo largo del tiempo en el seno de una nación.

No obstante, Savigny marcó una diferencia entre el Derecho del pueblo (explicado con anterioridad) y el Derecho de los juristas que consiste en el deber que tiene todo jurista de observar ampliamente la dinámica del sistema jurídico en su conjunto. Pero, esta distinción no es cualitativa, puesto que el papel del jurista se restringe a conformar el Derecho consuetudinario, es decir a darlo a conocer y a comprenderlo en su respectivo sistema. En este sentido, no introduce algo ajeno al proceso dinámico e histórico del Derecho, sino que éste adquiere un sentido científico, cuando el Derecho, antes albergado en el interior del pueblo, recae ahora en la conciencia del jurista que llega a representar y a ser la voz de cada pueblo o nación. La ciencia jurídica, en estrecha relación con el *Volksgeist*, únicamente nace del Derecho de los juristas. Esta ciencia, así ejercida, es capaz de eliminar lo que no está vigente y de mostrar la legislación viva y eficaz; aspecto que, en proyección futura y evolucionada, pondrá en duda la vinculación entre pueblo y Derecho.

El Derecho no nace de la razón natural, ni del trabajo de los legisladores, sino de la evolución social y de la historia que viven los pueblos. De este modo, así como una nación posee una idiosincrasia propia (lenguaje, arte, folklore, entre otros aspectos), la cual evoluciona paulatina e instintivamente, del mismo modo también se comporta el Derecho, el cual nace de forma viva, no racional y conforme a las necesidades, instintos y pasiones presentes en la comunidad. Por lo anterior, se obtiene una contradicción entre el historicismo y el movimiento de los codificadores, la cual puede exponerse en los siguientes términos, a saber: a) el pueblo se manifiesta en la nación, incluso a nivel político, y es el genuino sujeto histórico sin que lo sea el individuo que se expresa políticamente en el Estado; b) el *Volksgeist*, como fuerza presente y misteriosa se opone a

lo estático de la razón práctica y universal; c) el conservadurismo, que emana de la historia y que sostiene la ineludible necesidad de mantener la continuidad con el pasado – un deber ser nacido como una deuda con los antecesores-; llegó a enfrentarse con el espíritu liberal, el cual se ampara en el mito del progreso lineal y constante; d) el Derecho consuetudinario se consideró como la auténtica fuente del Derecho, no así los códigos elaborados por los legisladores; e) se propuso indagar en la historia para encontrar el sentido de las instituciones jurídicas, en vez de imbuirse en la rigurosa e inmovilista exégesis de los textos legales.

Por las razones anteriores, para Savigny la costumbre, lo espontáneo, lo instintivo, e incluso lo inconsciente colectivamente, constituyen la primera y fundamental fuente jurídica; las leyes positivas, en cambio, son la fuente secundaria. Esta percepción del Derecho contrasta entonces con aquella que da a la costumbre valor únicamente en cuanto remite a la ley. En este sentido, el derecho consuetudinario, por ser la voluntad manifiesta del "*Volksgeis*t", adquiere más fuerza que la ley.

b) La derivación del historicismo hacia los métodos dogmáticos

El método de Savigny es fundamentalmente el histórico-sociológico, semejante al de Vico. No obstante, si se examinan con detenimiento algunas obras de Savigny como *Historia del derecho romano en la Edad Media* y *Sistema del derecho romano actual*, no se logró dar con este método. Más bien se presentó una amplia investigación sobre las instituciones del Derecho romano, pero se hizo en relación con el sistema de los conceptos jurídicos, no así con vinculación en la historia y dinámica social. De esta manera, la ciencia jurídica, desde la historia, se transformó en pura lógica-sistemática, es decir, se enfocó más en lo conceptual del Derecho y su organización, que en la realidad histórica de la sociedad romana. Se dio

entonces un divorcio entre el Derecho del pueblo y el Derecho de los juristas. Esto puede verse, por ejemplo, en el tratamiento que hizo el autor de la institución de *manus*, pues al defi- nirla como la potestad que tuvo el *pater familias* de otorgar a la mujer la posición jurídica de una hija del marido, no la calificó como una institución natural en el contexto de la historia y las costumbres particulares, incluso con exclusión del método histórico-sociológico; en su lugar optó por explicarla abstractamente, como una institución artificial, derivada de los conceptos jurídicos del matrimonio y la patria potestad. De modo que su análisis se basó especialmente en una ciencia recluida en lo *jurídico-conceptual*, donde el Derecho vigente se redujo a conceptos solamente. Por lo anterior, podría pensarse que la explicación del Derecho romano, a partir del devenir social y sus tradiciones, fue omitida por Savigny. Sin embargo, también debe señalarse que, al acercarse al Derecho romano, enfrentó el problema de no encontrar un procedimiento mejor que aquel basado en el sistema lógico de los conceptos jurídicos. Así procedió a recurrir a conceptos abstractos cuando definió a otras instituciones del Derecho romano, como fueron la posesión y la relación jurídica, las cuales se desvincularon de su dimensión orgánica, para la elaboración de nuevos y distintos conceptos técnico-jurídicos, que a la vez permitieron la creación de otras normas jurídicas.

Por lo anterior, no se debe afirmar que Savigny traicionó la posición favorable a que la ciencia jurídica tenga que fundarse en la historia. Ahora bien, lo que sí es evidente en su obra, es el alto grado de dificultad que implica elaborar una ciencia del Derecho completamente histórica, lo que se acrecienta cuando se parte de conceptos tan vagos como *orgánico y espíritu,* entre otros conceptos que generan serios problemas de interpretación y ubicación objetiva, para quien se acerca a la obra de Savigny. Sin embargo, en la historia del Derecho alemán no hay duda de la influencia anti codificadora de Savigny; incluso fue de tal dimensión, que no hubo un Código civil alemán sino hasta el año 1900, esto es, noventa y

seis años después del Código de Napoleón. Asimismo, la corriente histórica partió de Savigny y fue seguida por Puchta, quien tomó el tema del Derecho no de forma tan orgánica como lo hizo Savigny, sino sirviéndose de la estructura piramidal y con cierto abandono del romanticismo.

3. Puchta.

A través de la extensa obra *El Derecho consuetuninario (Das Gewohnheitsrecht)* Georg Friedrich Puchta (1797- 1846), logró comprender y sistematizar los lineamientos fundamentales de la Escuela histórica. Sus teorías y aportes sobre el Derecho romano también influyeron de manera notable en las doctrinas romanistas posteriores, principalmente por dejar atrás los anticuados métodos no científicos, con los cuales se acostumbró a enseñar el Derecho romano. A pesar de la clara incidencia del historicismo en su formación, Puchta abandonó el ideal romántico de entender el Derecho romano en un marco empírico-sociológico, inclinándose más bien por el método lógico-conceptual con la finalidad de poder elaborar una teoría general del Derecho.

Se ha llegado a decir que en Savigny la visión del Derecho apareció como una esfera, dada su concepción orgánica, y que en Puchta se muestra de forma piramidal, debido a su análisis lógico-formal donde se jerarquizan las normas jurídicas y se pueden deducir los conceptos a partir de un concepto supremo, verbigracia, el concepto de derecho subjetivo, que es deducido del concepto de derecho real. Su método, con ciertos matices historicistas, pretende arribar a las conexiones básicas de las proposiciones jurídicas en el sistema de Derecho, para obtener una especie de genealogía de los conceptos jurídicos elementales, constituyéndose la jurisprudencia o ciencia jurídica en la genuina fuente del ordenamiento jurídico. Sin embargo, tanto en Savigny como en Puchta, no quedó clara la relación sustancial del espíritu del pueblo con cada individuo y de éste con aquél, ni sus derechos y deberes como ciudadano activo en alguna organización

política y civil, ni su relación con cada nación (concepto sociológico); Estado (concepto político-jurídico) y aun incluso con la dimensión supra estatal, desde la fuente primigenia, extraña, esotérica y equívoca de tal entidad espiritual.

4. Valoración y crítica del historicismo

Por lo anterior, en la escuela histórica se dio una especie de positivismo distinto del que se criticó en un principio, cuando esta corriente arremetió contra el movimiento de los codificadores. Ciertamente, al enfatizar en la historia basada en los hechos reales y concretos, se deslizó sin duda en un claro positivismo histórico que, a la vez, cons- tituyó el eje principal de su legado jurídico, dado que es en la historia donde debe residir su explicación, motivo y fuerza motriz. De esta manera las normas jurídicas deben tener por soporte la historia positiva, es decir, la que es y no la que debe ser.

Asimismo, este movimiento historicista, que se inició criticando un tipo de positivismo, terminó dando lugar a otro positivismo: la jurisprudencia de conceptos. Por haberse nutrido de la metodología desarrollada en torno al Derecho romano, los apologetas de la jurisprudencia de conceptos fueron llamados *pandectistas*.

Tanto en las obras de Puchta y Savigny se encuentra con claridad el método que estudia el Derecho positivo como dogma, donde el jurista se limita a obtener conceptos abstractos y fundamentales para la creación de nuevas normas jurídicas. Por esta causa, el estudio del Derecho romano trajo consigo el culto a los conceptos jurídicos considerados como trascendentales, con olvido de la realidad social; así se llegó a la contradicción de actuar de manera opuesta al genio práctico de los romanos, quienes resolvían los problemas en armonía con las necesidades reales y los anhelos de la colectividad, sin anteponer posiciones dogmáticas, con olvido o trascendencia de la realidad requerida de solución.

También a este movimiento romántico se le critica la falta de

claridad y precisión del concepto y la naturaleza del *Volksgeist.* Asimismo cabe destacar que una excesiva inclinación por la costumbre puede conducir irremediablemente a la negación de la técnica jurídica, al confundir en ocasiones lo que la costumbre puede significar a nivel social, sin que por esto tenga el mismo rigor conceptual y práctico en el ámbito jurídico, pues no toda costumbre se transforma o es norma jurídica, ni tampoco toda costumbre está siempre ajustada al Derecho, si la costumbre contradice principios elementales de justicia con inclusión de los derechos humanos que, por demás, en la concepción nacionalista a ultranza del movimiento histórico, fueron rebajados al grado del absurdo conceptual e inoperancia reguladora. Asimismo, una norma jurídica puede cambiar y sancionar alguna costumbre injusta o contraria a estos derechos; valga, por delante, el ejemplo de una condena contra un Estado por una Corte internacional o regional ante la hipótesis de interpretar y aplicar la norma jurídica interna, con base en la costumbre contraria a los derechos humanos y a su interpretación extensiva y progresiva. En todo caso, en ocasiones la costumbre es fuente del Derecho no escrito, cuando el derecho escrito sea el prevaleciente; también a la inversa, cuando el Derecho escrito está subordinado al derecho no escrito de la costumbre en aquellos Estados regidos por el *common law.* No obstante, lo anterior, en el ordenamiento escrito la costumbre no puede contradecir el bloque de legalidad con laguna o silencio de éste; tampoco la costumbre como fuente primigenia del orden normativo, puede contradecir o ignorar el Derecho de la Constitución escrita (por ejemplo, en Estados Unidos) o los textos escritos que sean parte del Derecho constitucional no escrito (Inglaterra).

Asimismo, este movimiento romántico fue deficiente por no haber aportado un concepto claro de lo jurídico, ni

ideales superiores que llegaran a inspirar el progreso, ni algún ideal de justicia que pudiera servir de guía para el legislador. Sumado a lo anterior, el concepto *espíritu del pueblo*

desembocó en el ámbito etéreo de la confusión y abstracción, más allegado a la dimensión metafísica que a la historia positiva de los pueblos. De tal manera que un ordenamiento jurídico basado en esta dimensión nebulosa y confusa, no solo apareja desde el principio un alto riesgo de incertidumbre para el análisis, interpretación y aplicación normativa, sino que, además, podría constituirse en un útil instrumento para los enemigos de la democracia, por quienes se digan portavoces y representantes oficiales del espíritu del pueblo, tanto en el orden jurisdiccional, como en el político. También el espíritu del pueblo ligado al concepto de *nación*, permite dejar abierta una senda peligrosa para que un conjunto de seres humanos identificados por la costumbre, la historia y demás elementos compartidos como comunidad, se pueden arrogar la encarnación del espíritu, no ya circunscrito a un solo pueblo sino extensivo a otros pueblos bajo la misma proclama e interpretación de la abstracción espiritual que permite, sin duda, trascender los límites fronterizos de los estados o de cualquier espacio territorial convencional y jurídicamente delimitado y aceptado.

Ahora bien, no se debe descartar un legado positivo e importante de este movimiento, cuando enfatiza en que la historia y la sociedad han de servir de útil instrumento para el análisis e interpretación de cada ordenamiento, como parte constitutiva de la ciencia jurídica. Sin duda, constitu- ye un aporte importante para el desarrollo complementario de la interpretación histórica y genética jurídica, sin perjuicio de la interpretación sociológica, axiológica e ideológica del Derecho.

5. El historicismo y el iusnaturalismo

Entre los estudiosos no existe consenso sobre si es posible compaginar el “historicismo” o algunos de sus métodos con el “iusnaturalismo”. Por un lado, se encuentran quienes ven a la Escuela histórica como una reacción con- servadora contra el ideal liberal y revolucionario encarnado en el Derecho natural. Por otra parte, están quienes ven en el inicio de la esta Escuela

un sustrato iusnaturalista, debido a que se visualiza y prevalece un método idealista y no sociológico.

El primer grupo, defiende su postura remitiéndose al afán de esta Escuela por el Derecho romano, en sentido estricto positivo, al haberse encontrado en vigencia en forma escrita en distintos Estados alemanes. Al mismo tiempo, se dio el repudio hacia aquel tipo de "Derecho" sustentado en principios inalterables. De hecho, el mismo Savigny, combatió la idea consistente en extraer de la razón universal elementos claves para las instituciones jurídicas, pues advierte el riesgo de tomar algo propio de una época y lugar para universalizarlo en perjuicio de cada nación.

El segundo grupo, afirma que no existía en el Dere- cho una diferencia entre el mundo del "ser" y el del "deber ser", de modo que resultaba ser una especie de "iusnaturalismo de fundamento variable". Además, la inclinación al "Derecho romano" ha sido vista no sólo como positivismo sino como una búsqueda de un "Derecho natural" en la razón escrita.

Finalmente, no se puede obviar que de las propias ase- veraciones de Savigny, se puede concluir que el "Derecho consuetudinario" puede ser considerado como expresión del "Derecho natural".

6. El pensamiento jurídico socialista

Ha existido algún consenso en que el término socialismo - no así su práctica- fue acuñado en 1832 por Pierre Leroux. En cuanto a la forma de pensamiento, el socialismo es producto de los cambios sociales, económicos, políticos y jurídicos desatados por el desarrollo industrial del siglo XIX, comparte de la Revolución industrial, cuyo auge provocó la aparición del proletariado y la lucha por sus derechos ante los grupos de poder económico, dominantes en el mercado de la libre oferta y demanda. Esta lucha fue emprendida fundamentalmente desde el ámbito intelectual, principalmente a partir de ópticas críticas en la economía, la política y el derecho. No obstante, también

existe la tendencia a ubicar sus orígenes en el pensamien- to antiguo de Occidente (v. gr. Demócrito) y en los postulados de la Revolución francesa, sobre todo a través de la igualdad y la fraternidad, o mejor aún, por medio de la libertad con igualdad y solidaridad humanas.

A pesar de que existen varias corrientes dentro del socialismo, el común denominador de este pensamiento es la crítica de la sociedad reinante en el siglo XIX y en parte del siglo XX; sin perjuicio de permanecer en entornos y Estados pobres, subdesarrollados y ultra subdesarrollados; dada la prevalencia de la desigualdad y explotación social y económica; con un Estado copartícipe y defensor incluso con la intervención militar y policiaca, de la situación objetiva, bajo el alero sustancial de proteger el *status quo* de la división y lucha de clases, con predominio de la clase capitalista y explotadora, en medio de un sistema da capitalismo salvaje, sin que el Estado intervenga en beneficio de derechos laborales inexistentes o existentes solo parcial y tímidamente.

7. El marxismo y el Derecho

El marxismo debe ubicarse en el siglo XIX, sin perjuicio de sus efectos posteriores en el desarrollo de los acontecimientos sociales, económicos y políticos. Consti- tuye un método y análisis crítico del sistema capitalista a partir de las reflexiones, interpretaciones y propuestas de Karl Marx (1818-1883) y Federico Engels (1830-1895), quienes, en algunas oportunidades, escribieron obras conjuntas y otras de manera independiente, dando así lugar al llamado *socialismo científico*, en clara y expresa oposición al denominado despectivamente *socialismo utópico*, para ubicar al primero en la dimensión del pensamiento y método científicos, tan en boga en el siglo XIX, como expresión del pensamiento y disciplina racional, seria, rigurosa y contrastable.

Así el principal fundador del marxismo desde lo filosófico, económico y político fue Karl Marx, nacido en Tréveris en una

respetable familia judía. de clase media[351], en el territorio del Rhin que estuvo anexionado a Francia por catorce años (1801-1815), el cual pasó luego a formar parte del dominio prusiano (1815) por expresa disposición del Tratado de Viena, lo que explica la presencia de amplios sectores simpatizantes con los ideales de la Revolución francesa, en medio del radical conservadurismo prusiano. A la vez, tuvo Marx que emigrar forzosamente a París; luego marchó a Bruselas, de donde fue expulsado por las autoridades locales, y se dirigió a distintas ciudades ale- manas; por último, se estableció en Londres con la ayuda permanente e incondicional de su amigo Federico Engels (1830-1895). Durante su estancia en Alemania, justo an- tes de establecerse en Londres, dirigió la *Nueva Gaceta Renana* (*Neue Rheinische Zeitung*), donde manifestó opiniones contrarias al sistema socio-económico, lo cual le acarreó un proceso del que fue absuelto. Y marcó sin duda, parte del activismo proselitista en favor de la lucha de clases y la caída del sistema capitalista, con el consecuente triunfo de la clase obrera o trabajadora, con su liberación y redención, que incluirá a la de la humanidad en su conjunto, según esta visión mesiánica.

Marx estudió Derecho y Filosofía en las universidades de Bonn y Berlín; en 1841 se doctoró en filosofía por la Universidad de Jena con la tesis intitulada: Diferencia en- tre la Filosofía Natural de Epicuro y la de Demócrito (Differenz der demokritischen und epicureischen Naturphilo- *sophie),* donde ya, el autor, denota una clara tendencia en favor del materialismo, sin renunciar todavía del todo al idealismo

[351] Entre las obras de Marx están: Manuscritos de París (tratan temas de filosofía y política), Miseria de la filosofía (Misere de la philosophie), Tesis sobre Feuerbach (Thesen über Feuerbach) y El Capital (Das Kapital); el tomo tercero lo redactó Engels con base en los manuscritos de Marx. Con Engels redactó “La ideología alemana (Die deutsche Ideologie), La sagrada familia (Die heilige Familie) y Manifiesto del Partido Comunista (Manifest der Kommunistischen Partej). Engles escribió, entre otros, Antdühring, obra de gran

hegeliano; materialismo que ya entonces el joven Marx puso de relieve en medio de un ámbito académico dominado por el idealismo hegeliano, con la simpatía oficial del gobierno prusiano.

Asimismo, esta tesis doctoral evidenció la preferida postura del autor por el materialismo de Epicuro sobre el materialismo de Demócrito, pues en el primero está ya un principio enérgico cuya fuerza permite encontrar el dinamismo y desenvolvimiento permanente de la materia por sí misma; como acto supremo de autosuficiencia creadora y movimiento. También en esta tesis doctoral, se destaca el desprecio de Marx a la religión, cuando en el frontis de la obra colocó la frase de Prometeo de Esquilo: "En una pala- bra, odio a todos los dioses"; aspecto que estará presente en toda la obra marxista, para concluir en la famosa regla de que la religión es el opio de los pueblos. Es decir, una droga adormecedora y manipuladora de la conciencia proletaria, que debe despertar y luchar por su reivindicación para la consecución y plasmación del comunismo. También sus primeros escritos (*Rheinische Zeitung*) muestran la actitud y reflexión crítica al sistema burgués y gran parte de su vida se centró en la creación de la Asociación Internacional de Trabajadores.

a) Antecedentes

En su obra Las fuentes del marxismo, Lenin (Vladimir Ilich Ulyanov;1870-1924), expone claramente las premisas fundamentales del pensamiento marxista. Considera entonces que confluye tanto parte de la filosofía alemana, como de la economía política inglesa y el socialismo francés de corte revolucionario, presentes todos en el siglo XIX que fue también en el que Marx nació y desenvolvió.

Ciertamente, a manera de síntesis, la filosofía kantia- na fue el punto de partida del idealismo alemán. Así Kant planteó intuiciones anteriores a la experiencia (espacio y tiempo), con

importancia para la comprensión del materialismo dialéctico.

lo cual puso un límite al conocimiento humano, pues nunca podrá acceder a la cosa en sí o *noumeno*. Este planteamiento disgustó a los idealistas posteriores, quienes intentaron identificar el *noumeno* con el espíritu.

Como ya se ha visto, el primero de estos idealistas posteriores a Kant fue Fichte, quien agregó a las dos entidades kantianas (el espíritu y el mundo exterior) el "yo absoluto", traducido como el espíritu individual que crea el mundo por medio de cada pensamiento. Luego sobresale Schelling, quien eliminó el "yo absoluto"; tornándose objetivo y trascendentalista, al admitir la razón divina, creadora del mundo y del espíritu. Con la creación del mundo se da la materia (tesis), consecuentemente la forma (antítesis) y luego la materia organizada (síntesis); al mismo tiempo, con la creación del espíritu, se genera la sensación, la per- cepción y la razón.[352]

Al hacer aparición el idealismo filosófico de Federico Hegel, se retoma parte del idealismo de Schelling y el panteísmo de Spinoza para comprobarlos en relación con el sentir de su época. De esta conjunción de corrientes obtiene Hegel, entre otros principios filosóficos, el método dialéctico, consistente en la tesis (el ser), la antítesis (el no ser) y la síntesis (el ser pensado desde el no ser). Este fue el método filosófico al que llegó a Marx y se constituyó en la base filosófica del pensamiento marxista, con inversión de sus postulados idealistas para favorecer el materialismo, que no busca ni

[352] Indagó las filosofías de Platón, Espinosa, Kant y Fichte. Las principales obras de este autor fueron: Sobre la posibilidad de la filosofía (1795) y Del yo como principio de la filosofía sobre lo absoluto de la ciencia humana (1795), en donde en ambas establece el "yo" como principio fundamental de la actitud' filosófica. Luego destacan sus Cartas filosóficas sobre el dogmatismo y el criticismo (1796), Ideas para una filosofía de la naturaleza (1797) -obra en la que empieza a mostrar su propio pensamiento-, Primer esbozo de un sistema de filosofía natural (1797), Sistema del idealismo trascendental (1800), Exposición de mi sistema (1800-1801) y Filosofía de la religión.

encuentra en una entidad superior y distinta a su composición y devenir, su fuerza y progreso cuantitativo y cualitativo.

De tal manera que Marx sostuvo, en la visión dialéctica de corte hegeliano con ascendencia necesaria por medio de la afirmación (tesis), la negación (antítesis) y la negación de la negación (síntesis), que la economía de la esclavitud originó el feudalismo, el cual a su vez se encargó de destruirla; también la economía del feudalismo originó la burguesía que, a la vez, lleva consigo su negación por medio del proletariado nacido por el sistema de producción capitalista que, a la vez, será negado y superado por el sistema socialista, que será negado y superado por la etapa del comunismo: Y acá, según el marxismo, se dará la superación permanente a través del ejercicio consciente, científico y analítico de quienes están inmersos en tal realidad de felicidad, solidaridad y abundancia compartidas. Y así se sacará provecho en favor del desenvolvimiento objetivo e histórico de la dialéctica existente, para favore- cer el desarrollo del comunismo en el propio comunismo, evitándose así su negación y destrucción por la evolución a través del conocimiento y dominio científico de la dialéctica en beneficio de la humanidad.

Como se expresó, otro de los antecedentes del marxismo fue la economía política inglesa, cuyo fundador fue Adam Smith. Este autor mostró a la sociedad regida por dos principios: un orden natural insuperable; otro, que es el orden natural, que se origina del deseo humano de mejorar su condición. Ante esta dicotomía, Malthus y David Ricardo, seguidores de Smith, propusieron aceptar la miseria de los trabajadores como parte del desarrollo del devenir natural, sin perjuicio de la intención de mejorar sus condiciones.

En efecto, por influencia de David Ricardo, quien se inspiró como punto de partida en el concepto de valor económico de Smith, desarrolló Marx la teoría de la plusvalía. En su criterio, el crecimiento del valor original del dinero puesto a circulación en el mercado, permite el nacimiento de la plusvalía que no proviene de la circulación de mercancías, que sólo conoce el

intercambio de equivalentes; sino de la explotación del trabajador, pues lo que hace el capitalista es encontrar en el libre mercado una singular mercancía -que en realidad es fuerza o energía humana- cuyo valor de uso es a la fuente de valor. Así, la fuerza de trabajo es la que crea el valor y el explotador la compra en el mercado como una mercancía más. Una vez comprada la fuerza de trabajo, el explotador tiene la potestad de imponer al trabajador, el tiempo que laboralmente sea útil en el proceso productivo; tiempo que a la vez tiene ligamen con la aceptación social. Así, lo que el capitalista tiene a favor, es la suma de las mercancías del valor-trabajo que paga con salarios reducidos, sin ser el que verdaderamente le corresponde cancelar, dejándose entonces a su favor un *plusproducto,* o la diferencia del salario no pagado. Esto es lo que da paso, según Marx, a la plusvalía de donde nace el enriquecimiento y acumulación de capital, a costa de la explotación laboral. En esta tesis solo el capitalista le conviene este valor diferenciado como causa de apropiación y enriquecimiento. Así, pues, la plusvalía surge como efecto de la relación del salario sub pagado y el valor real por la actividad desplegada en el libre mercado.

Por su lado, Malthus planteó la ley de la población que tiene por postulado que ésta crece en proporción geométrica y la capacidad de subsistencia en proporción aritmética; David Ricardo estableció la diferencia entre valor de uso y valor de cambio, de donde se desprende que el trabajo es origen de todo valor. De la crítica de estos planteamientos, Marx obtendrá la base de su doctrina económica. Como tercer antecedente se encuentra el socialismo francés. En efecto, Saint-Simon y Charles Fourier iniciaron el socialismo utópico. En el caso del primero, su tesis de la política como ciencia de la producción, que paulatinamente está inmersa en la economía, constituye una antesala de la tesis marxista de los medios de producción, que reflejan y garantizan la estructura económica, social y política. En cuanto a Fourier, su división de la historia en cuatro fases, donde existe en cada una un proceso

ascendente y otro descendente, como efecto de la lucha de clases, constituye un importante antecedente de la tesis marxista de encontrar en ésta, el motor dinámico de la historia. Como puede verse, la corriente conocida como marxismo, tiene claros y ubicados antecedentes a niveles filosófico,
económico y político.

b) La infraestructura, el Estado y el Derecho

Con retomo de la influencia de Hegel, el espíritu absoluto, que fue en su óptica el motor causante, determinante y pensante de lo existente, fue sustituido por la naturaleza material en movimiento dialéctico y en proceso permanente de progreso, a través de la acumulación cuantitativa, que da paso a los cambios y saltos cualitativos con la aparición de nuevos bienes, fenómenos y especies naturales. De esta manera el marxismo parte del supuesto de que la materia es auto dinámica y evoluciona, como lo hace la dialéctica hegeliana con el proceso de la cantidad a la calidad y viceversa, por la ley de la negación de la negación. Así el materialismo dialéctico explica los fenómenos existentes y por venir en el universo físico. A la vez, estas mismas fuerzas de la naturaleza determinan al ser humano en su dimensión social e histórica. De ahí, entonces, que el traslado del materialismo dialéctico en el devenir de la historia, se conozca entonces por materialismo histórico, es decir, constituye la dialéctica natural colocada en los acontecimientos históricos por medio de la lucha de clases que, a la vez, forma parte de la ley de contrarios presente en la naturaleza.

Así la lucha de clases constituye la sal de la dialéctica, a decir de Lenin, y es el motor necesario para el movimiento de las sociedades en proceso y progreso dialécticos, donde la llamada *infraestructura*, está compuesta por la fuerza de trabajo como bien y valor humano, no, así como mercancía; también está el material a disposición del trabajador, y los instrumentos para su transformación. Y es la infraestructura, según el

marxismo, la que determina en última instancia lo que se conoce por *superestructura*, que a la vez se compone por el amplio mundo ideológico o de las ideas que se manifiestan en los diferentes órdenes del pensamiento y expresión artístico, religioso, político, jurídico,

moral, estatal, etcétera. Así, los medios de producción determinan a las respectivas superestructuras culturales e ideológicas. En cada forma de producción existen las clases dominante y explotada, las cuales, como acontece en la naturaleza, se encuentran en contradicción y lucha permanente, a lo que debe sumarse el desconocimiento del ser humano sobre las leyes de su comportamiento como realidad objetiva, desconocida e incontrolada.

De esta manera el pensamiento hegeliano de la dialéctica ideal, se cambió por la concepción materialista y autosuficiente de la materia, primando así la dimensión material sobre la interpretación idealista de la realidad, con miras a la transformación del mundo sin la contemplación escolástica -así la llamó Marx despectivamente- sino por la *praxis* revolucionaria con la unión del pensamiento y la acción. Es precisamente a través de la acción objetiva y material, donde se puede constatar lo correcto o incorrecto del pensamiento; por lo cual, el proceso revolucionario desde la lucha de clases, ha de tener por soporte la interpretación correcta de la realidad en favor del análisis científico de la realidad como condición madura para la implementación revolucionaria, donde la idea y la realidad objetiva, se encuentran en el punto de éxtasis para la transformación radical. Así pues, el revolucionario debe estar consciente de esta unidad entrelazada, para ser un científico del análisis de las condiciones objetivas necesarias a fin de poner en práctica, la lucha e ideas revolucionarias, proclives al éxito de su ejecución.

En esta misma dimensión revolucionaria, la ética como parte de la superestructura *ideática* o ideológica, se relativiza y circunscribe a la dimensión bidimensional de lo bueno y malo,

según cada acción favorezca o no favorezca el advenimiento de la revolución proletaria, siendo bueno todo aquello que contribuya a este fin de cambio cualitativo, y malo sería lo contrario. De esta manera entonces, el concepto de ética con el criterio de utilidad a nivel revolucionario, hace que el fin justifique los medios utilizados con las conductas necesarias para la consecución del ideal revolucionario, como parámetro rector de lo que sea bueno o malo en el comportamiento e intención humanos.

También tomó Marx de Hegel el concepto de alienación o enajenación, el cual originalmente significa la salida que el Espíritu absoluto hace de sí para la objetivación, es decir, saliéndose de sí para su expresión objetivada en la dimensión natural, social e histórica. Este mismo concepto lo coloca Marx en la relación del trabajo bajo el sistema capitalista, donde el producto o bien ejecutado por el trabajador, no llega a pertenecerle, sino que es parte de las mercancías en el libre mercado, a pesar de ser un valor-fuerza de cada trabajador. De esta forma, lo que produce no le pertenece, sino que le pertenece a otro u otros sujetos en el mercado de la oferta y demanda. El obrero es un instrumento más en el proceso productivo de intercambio y distribución de bienes y servicios. En todo caso, en el sistema capitalista, según Marx, existe la relación humana alienada por las simples operaciones de mercado, sin que el trabajo sea un bien gozoso para la humanidad, ni el trabajador sienta que la actividad que realiza le pertenezca, ni sea dueño de los bienes por él producidos.

Se insiste: en la perspectiva marxista, la infraestructura es la que determina en última instancia todo lo que se conoce por superestructura, sea la inmensa parte del mundo ideológico, de valores, creencias, normas sociales y legales, organizaciones políticas, arte, religiones, filosofías, etcétera. De esta manera, entonces, el Derecho no es más que el reflejo necesario del sistema productivo; de la realidad económica de cada sociedad, y así como existe la norma “No robarás”, ello es presupuesto de existencia de la propiedad privada de los medios de producción.

Las leyes de contenido patrimonial privado, en la realidad liberal y capitalista, son un claro reflejo de esta perspectiva crítica. Así, según el marxismo, con el advenimiento del socialismo primero y del comunismo después, las normas de la sociedad, jurídicas y no jurídicas, estarán determinadas por contenidos distintos a la protección de la clase dominante en perjuicio de la clase explotada, propio del sistema capitalista, donde el Estado, como parte de la misma superestructura, es un instrumento de represión para el mantenimiento del sistema productivo de explotación humana. El Derecho socialista entonces no defenderá la propiedad privada ni el libre mercado, ni será omiso en la intervención necesaria para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores; antes, bien por el contrario, en su perspectiva, el Derecho será instrumento y reflejo de quienes fueron dominados en beneficio de su liberación personal, productiva y espiritual. Incluso en el comunismo, como etapa superior del devenir de la historia universal, y como efecto consecuente de la caída de la dictadura del proletariado, el Derecho ya no formará parte de la opresión y castigo normativos, sino un medio eficaz en favor del desarrollo de la dialéctica en beneficio de la paz y hermandad humanas; sin clases sociales ni explotación. El Estado por su lado, es en el marxismo la institución creadora del Derecho y permanece supeditado a los intereses y privilegios de la clase dominante. En consecuencia, cuando desaparezcan las clases sociales, el Estado deberá correr la misma suerte en forma paulatina hacia el comunismo o comunización de bienes.

Así, pues, el Derecho y el Estado son instrumentos utilizados a favor de la clase social dominante para asegurar, incluso bajo la fuerza, el dominio de la clase explotadora. Tanto el Estado como el Derecho no serán necesarios con el advenimiento de la sociedad comunista; no así en la etapa del socialismo, donde sigue siendo indispensable para eliminar cualquier vestigio del antiguo régimen capitalista y burgués, con favorecimiento de la propiedad común o social, sin propiedad privada ni mercado de libre oferta y demanda. Un

Estado que sea activo en el proceso productivo industrial, comercial y agrícola, que evite y castigue cualquier signo de explotación o intención regresiva del sistema capitalista. De tal manera que durante el socialismo el Estado estará más presente que nunca, con el poder efectivo necesario que proteja a los trabajadores sin explotación ni lucha de clases.

8. Críticas al marxismo

La tesis del materialismo dialéctico ha sido muy criticada desde distintas aristas que van del repudio a su ateísmo, hasta el que sus postulados no se ajustan a la realidad conforme a la óptica científica. Dos críticas resaltan de todo el arsenal existente contrario al marxismo: la imposibilidad de que la materia por sí misma, sin una inteligencia extrínseca e (o) intrínseca, dirija los acontecimientos históricos, mediante el proceso ascendente dialéctico en la dimensión natural e histórica, aun cuando la intervención humana siempre sea necesaria como parte del desarrollo de la dialéctica misma. Sin una mente rectora, no puede concebirse el movimiento direccionado en la materia ni en la historia; sobre todo cuando la inteligencia humana es producto del cerebro que, a la vez, es parte de la evolución de la materia en proceso dialéctico.

Otra de las críticas radica en el rechazo al planteamiento del determinismo económico, cuando, de manera contraria, incluso a nivel científico, la realidad debe estar abierta al pensamiento, voluntad y a la enorme gama de posibilidades y expresiones que no se circunscriben y determinan según las manifestaciones y composiciones de la infraestructura económica. De esta manera, en la perspectiva del materialismo histórico, es imposible explicar cómo es que se mantienen creencias religiosas, concepciones y escuelas artísticas y demás elementos constitutivos de la superestructura ideológica, a pesar de los cambios sustanciales en los medios de producción en el entorno de las actividades humanas. Ciertamente, tanto la mecánica cuántica y el principio de

incertidumbre de Heisenberg, fomentan sin duda el rechazo a cualquier dogma o intransigencia de cualquier determinismo social, dada la amplia variedad de componentes donde la libertad, pluralidad y voluntad juegan un papel de gran importancia en la búsqueda y ejecución de los distintos medios y fines. Además, resulta incompatible la alta complejidad de la superestructura de la sociedad, con la simpleza de la infraestructura económica. No parece verosímil que las grandes obras del espíritu humano sean simplemente el producto de relaciones de producción; no hay leyes objetivas que expliquen este proceso de evolución. No obstante, de manera contraria, sí existen en cambio motivos suficientes para sostener que la actividad espiritual, infinitamente creadora, actúa sobre las formas de producción. La exclusividad del elemento económico es insostenible ante la naturaleza humana que tiene en abundancia elementos espirituales y morales, muchas veces, sobrepuestos a la estructura económica.

Asimismo, con el determinismo pierde sentido el llamado a luchar en favor de la libertad -a la que tanto apelan los marxistas- dado que siempre ocurrirá, tarde o temprano, el fin de la historia, o al menos, el fin de la contradicción de la dialéctica en beneficio del comunismo como etapa superior del socialismo, por medio de la intervención humana con ciudadanos superdotados e incansables mentalmente para su manejo en favor de la continuidad y superación del propio comunismo, lo que contradice en esencia sus postulados básicos desde la base de la dialéctica materialista. La visión de mundo del marxismo responde a la Inglaterra del siglo XIX, la cual no se ajusta a la realidad actual, donde no existe en todo el orbe dos clases en pugna, puesto que en no pocos Estados prevalece una fuerte clase media y en muchos lugares distintas formas de organización social que escapan a este esquema dicotómico. En esta misma línea, la generalizada y exclusiva de las civilizaciones a través de la lucha de clases, olvida otros elementos que están presentes en distintas culturas con trascendencia de la lucha de clases, incluso a través de los linajes o acaso en la dimensión ético religiosa, con las jerarquías a nivel social. Incluso en la actualidad asistimos a las luchas sin clases, cuando sucede con los enfrentamientos de

sectores involucrados en la mafia o el narcotráfico en franca y violenta actividad contra sujetos o sectores, con independencia de las clases sociales a las que pertenezcan. O, a la inversa, con clases sociales desposeídas sin capacidad ni conciencia de lucha proclives a la sociedad sin clases, la dictadura del proletariado y el comunismo.

Otro aspecto crítico es la teoría económica de la plusvalía, que olvida una serie de elementos indispensables para que los bienes puestos en el libre mercado capitalista, tengan efectos positivos para el empresario, e incluso, para los trabajadores que lleguen a recibir beneficios adicionales a los salarios, por el éxito en la competencia. El capitalista enemigo de los proletarios, en la visión marxista, también asume altos riesgos cuando invierte en actividades y empresas, con estudios previos de factibilidad, estrategias, publicidad etcétera, para la aceptación de los bienes o productos en el libre mercado. Acá, entran en juego también importantes factores de credibilidad empresarial; el correcto manejo de la publicidad; la implementación de tecnología óptima; la planificación empresarial; la eficiente división del trabajo según la especialización de los trabajadores o colaboradores de las empresas; entre muchos otros elementos presentes en el proceso productivo, distribución y venta.

Asimismo, pensar que el capitalista se enriquece del valor del trabajo no pagado en los salarios en las distintas labores productivas, concluye en una realidad imposible de ser aceptada: si así fuera, los empresarios o capitalistas aumentarían necesariamente el caudal de la mano de obra directa de los trabajadores con el fin de que exista un mayor plus no pagado. Y esto es contradicho en los mercados actuales, donde más bien la mano de obra directa suele sustituirse por la implementación de la alta tecnología y tecnología de punta; incluso, por la presencia de trabajadores altamente calificados que sean parte de la excelente división del trabajo con resultados óptimos en la eficiencia y eficacia productiva, sin necesidad de aumento de personal, para la obtención de

altísimos rendimientos económicos en favor de los empresarios e incluso de los trabajadores.

Finalmente, decir que el Estado y el Derecho son simples superestructuras que favorecen y protegen la represión de la clase dominada, carece de soporte científico e histórico, pues un mismo instituto de la esclavitud dio como resultado, diferentes y hasta contrapuestas estructuras políticas en Grecia y Roma, para citar solo dos ejemplos.

9. El socialismo en la ex Unión Soviética

En Rusia, el socialismo de Estado se dio en medio de la decadencia de la monarquía zarista, sin pasar previamente por el sistema burgués. En efecto, la revolución marxista-leninista se desarrolló en medio de una crisis generalizada, con un amplio atraso en el sistema productivo fundamentalmente de naturaleza agrícola y latifundista, donde la idea de la lucha contra la propiedad privada fue caldo de cultivo en medio de la amplia masa ciudadana en extremo empobrecida. Al mismo tiempo, el pueblo ruso encontró en la revolución un elemento y medio de paz; sobre todo por el desgastante proceso de la Primera Guerra Mundial. Asimismo, el bolchevismo culpó al régimen zarista de la crisis nacional y de las repercusiones sociopolíticas derivadas de los fracasos bélicos durante esta guerra mundial.

Otro de los aspectos que permitió el triunfo de la revolución bolchevique, fue el aspecto geográfico, debido a que permitió la comunicación terrestre interna, pues en mayoría el territorio es llano; también por el aislamiento del exterior de las comunicaciones fluviales, dado que el invierno las hizo intermitentes. A la vez, cabe recordar las deficiencias que presentaron los ferrocarriles zaristas que fue un verdadero Talón de Aquiles en favor de los revolucionarios.

Cabe también indicar la incidencia de ciertos aspectos políticos y sociales. En el año 1898, se celebró el primer Congreso del Partido Obrero Social Demócrata (PSOR); en el

año 1901 adquirió gran importancia el movimiento huelguístico. En esta coyuntura, Lenin introdujo la *praxis* marxista en Rusia; agregándose la deficiente economía rusa como efecto del capitalismo colonial que creó situaciones de empobrecimiento radical de los trabajadores industriales con salarios muy bajos y condiciones denigrantes que no excluyó a una eleva mortalidad infantil. Lo anterior, motivó el movimiento huelguístico de San Petersburgo (1905), el cual, fue atacado violentamente por el Zar. No obstante, el partido bolchevique permaneció latente de forma clandestina. En el año 1917, una huelga general logró la dimisión del Zar, dando lugar a un débil gobierno presidido inicialmente por el príncipe Lúov y luego por Kerensky. Esta situación fue aprovechada por el partido bolchevique para dar un golpe de Estado y hacerse del poder, teniendo como antecedente a grandes intelectuales que inspiraron los ideales revolucionarios Entre éstos está Alexander Herzen (1812-1870), quien elogió las prácticas campesinas rusas y criticó los vicios de la civilización occidental. En su reconocida obra *El pueblo ruso y el socialismo* (1855), cuestionó la tendencia rusa de imitar el camino seguido por los países occidentales en favor del capitalismo e industrialización; propuso en su lugar un colectivismo popular, campesino y democrático llamado *el mir*. También está el pensamiento Nicolás Chernichevsky (1828-1889), quien tradujo los Principios de economía política de Stuart Mill; obra marcada por la fuerte tendencia utilitarista. Criticó además a Herzen por decir que el *mir* era una institución exclusiva de los eslavos, argumentándose que fue ésta el común denominador de las sociedades primitivas; no obstante, coincidió con éste y resaltó la necesidad de alcanzar la sociedad moderna sin pasar por el modelo occidental de industrialismo capitalista y llegar así a la deseada modernidad en un sistema de aldeas campesinas.

Otro teórico no menos importante, fue Giorgi Plejanov (1856-1918), considerado el padre del marxismo ruso. Fue desterrado en 1880, por lo que en 1883 en Ginebra fundó un grupo de rusos denominado *Emancipación del trabajo*. A

diferencia de los anteriores teóricos, se apegó a la doctrina marxista consistente en ubicar primero una revolución burguesa, como anticipo de la revolución proletaria.

No obstante, quien trajo la revolución de la teoría a la *praxis* fue Vladimir Ilich Ulyanov, conocido por Lenin (en relación con el río Lena) a partir de 1901; quien nació en Simbirsk en 1870, en una familia de modesta nobleza. En el año 1887 fue muerto su hermano mayor, acusado de ser conspirador contra el Zar Alejandro III; muerte que influyó en su odio contra el régimen zarista. Este mismo año, Lenin inició los estudios en Derecho en la universidad de Kazán, pero fue expulsado y enviado a un campo de trabajo forzado, acusado de activista y subversivo. Luego se trasladó a San Petersburgo y continuó con la carrera de Derecho (1893). Después entró en contacto con el marxismo y conoció a Nadiezda Konstantinovna Krupskaia (1869-1939), con quien contrajo matrimonio. También viajó por Occidente y conoció en Ginebra a Plejanov; llevó los ideales marxistas a Rusia, pero fue detenido y enviado a Siberia, en donde escribió El desarrollo del capitalismo en Rusia. En 1900, quedó libre, pero se le impidió residir en San Petersburgo. En 1901, tomó el nombre de lucha, Lenin, y un año después publicó el ensayo *¿Qué hacer?,* que fue el fundamento del partido bolchevique. Desde entonces la posición de Lenin fue seguir el ideario marxista antes que la ortodoxia pregonada por Plejanov.

En 1903 se celebró en Londres el II Congreso del Partido Socialista, en donde se discutió la dictadura del proletariado y la organización revolucionaria rusa. Lo anterior causó la división entre los partidarios de Lenin (bolcheviques) y los de Martov (mencheviques); los primeros propusieron seguir con el modelo revolucionario ruso; los otros el modelo socialista europeo, principalmente de corte alemán. Luego de la fallida revolución de 1905, Lenin publicó El materialismo y el empiriocriticismo (1908), donde criticó a ésta de ser una filosofía reaccionaria. En 1912, los mencheviques fueron expulsados por los bolcheviques en la conferencia de Praga. En

este punto, cabe también recordar a León Davidovic Bronstein (1879-1940), conocido como Trotski (1902), nombre con el que consiguió huir de su destierro en Siberia. Fue mediador entre bolcheviques y mencheviques. Al mismo tiempo, participó activamente en los procesos revolucionarios de 1905; y fue en realidad el organizador del ejército bolchevique. En 1906, escribió el texto *Balance y perspectivas,* en el que propuso la posibilidad de una revolución socialista em Rusia aun sin haber pasado previamente por el sistema capitalista

La revolución socialista de octubre de 1917, estableció la dictadura del proletariado y creó el Estado soviético, también se destruyó el régimen agrario semifeudal de la época zarista. Ciertamente, por el decreto sobre la tierra del II Congreso de los Soviets de toda Rusia, de fecha 26 de octubre de 1917, se eliminó la propiedad agraria privada en favor del patrimonio común de todo el pueblo, con usufructo para los trabajadores y con políticas de nacionalización de las aguas y demás riquezas naturales. Además se federaron las repúblicas soviéticas en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y se preparó el terreno para el advenimiento del paraíso perdido del comunismo, sin renuncia a la previa y férrea dictadura, lo que siempre fue objeto de crítica del movimiento ideológico anarquista, como parte de la sustancial fractura que sufrió el marxismo en la Primera Internacional comunista; dictadura que el propio Trotsky llamó la dictadura *sobre el proletariado*; lo que aumentó el odio de Stalin en su contra hasta terminar con su asesinato en México -lugar de su destierro- por orden directa suya. La otrora Constitución soviética de 1918, dispuso que el Estado soviético quedaba en manos de los obreros y campesinos; en cambio, la futura Constitución de 1977 dispuso que la URSS fuera un Estado socialista de todo el pueblo y no ya solo de los obreros y campesinos, pues se debió sumar a los intelectuales, a los diferentes trabajadores de todas las naciones y etnias constitutivas del ex imperio soviético. También fueron dictadas las Constituciones de 1924 y 1936.

En lo relativo a la organización y sistematización del

Derecho soviético, se siguió en esencia el sistema romano-germánico; lo que fue implementado luego de la Segunda Guerra Mundial en países satélites dominados por tal imperio: Alemania Oriental, Albania, Hungría, Polonia, Rumania, Bulgaria, Checoslovaquia y las Repúblicas Po- pulares asiáticas. Todos estos Estados estuvieron dominados por la férrea y militar dirección política y social de la dictadura encabezada por Stalin, quien impuso el proceso de industrialización a costa de la muerte de más de trece millones de campesinos; dictadura que a la vez sirvió para un sistema de terror y crimen organizado desde el Estado y la policía secreta, tanto en la URSS como en los demás países de la indicada órbita imperial.

La muerte de Stalin en marzo de 1953, puso fin a un largo gobierno que, por demás, dispuso y consagró el culto a la personalidad del dictador y fue, sin duda, parte del engranaje de los sistemas políticos totalitarios del siglo XX junto al fascismo y al nacionalsocialismo, a través de dogmas y mentiras oficiales impuestos por medio de la sofisticada y permanente manipulación de las conciencias individuales, lo que fue posible también por el desarrollo de la tecnología y los medios -que pasan a ser fines- de comunicación masiva.

Sin perjuicio de lo anterior, el Estado soviético organizó y dirigió la sociedad con inclusión de la actividad económica y productiva. Su órgano legislativo fue ejercido por el Soviet Supremo, el cual, como órgano máximo, veló por la uniformidad de la legislación en todo el territorio soviético. En las Repúblicas federadas y autónomas, la potestad legislativa residió en los respectivos Soviets Supremos, buscándose la armonía entre la Unión federal y las distintas Repúblicas federadas.

En síntesis: bajo la ideología marxista, el Estado y la sociedad socialista deben atravesar por dos etapas sucesivas para la llegada del paraíso comunista: la primera correspondiente al tránsito del sistema capitalista hacia el socialista, donde el proletariado y el campesinado, a través de

sus representantes, asumen la dirección del Estado por la dictadura del proletariado, con el fin de consolidar el sistema socialista y eliminando los vestigios del anterior sistema de explotación; b) la segunda, que sería el paso del socialismo al comunismo, cuando el Estado previamente se marchite (al decir de Lenin y así en presente, pues aún existen regímenes marxistas). En esta segunda etapa deben crearse las condiciones técnicas, intelectuales y materiales del comunismo, con la transformación de las relaciones socialistas por las relaciones comunistas; elevándose la actividad material y cultural de los respectivos pueblos para la paz y el progreso compartidos de los trabajadores primero y de la humanidad en conjunto después; por la revolución mundial. No obstante, en sentido estricto, no podemos hablar de comunismo, pues tal etapa no se ha materializado en los acontecimientos históricos, económicos y políticos, antes bien, por el contrario, el socialismo de Estado no ha dejado de ser -se insiste- otra forma de dictadura que por definición contradice los principios, organización y fines del Estado de Derecho.

10. El fascismo como una expresión totalitaria del romanticismo

El término proviene del italiano *fascismo* que a la vez se deriva de la palabra latina *fasces*, que se refiere a un haz de varillas amarradas alrededor de un hacha. Asimismo, estos fasces fueron llevadas por unos funcionarios que se llamaron *pretores* que simbolizaron el poder público en la Roma antigua. Así, de esta manera, los magistrados investidos de este poder iban siempre acompañados de los pretores con sus *fasces*, cuyo número varió según la importancia de cada cargo.

El movimiento fascista, no fue al principio un movimiento de estructura marcadamente ideológica, todo lo contrario, se declaró en contra de cualquier postura doctrinaria simplemente para desembocar en una sola finalidad: la grandeza de Italia y del Estado, ambos entremezclados y representados por el

partido fascista. Sin duda, como parte del desarrollo de la ideología del Partido, fue de gran influencia las ideas del filósofo Giovanni Gentile sobre Benito Mussolini (1883-1945), quien fue asesinado por las fuerzas anti fascistas.

Mussolini inició la carrera política en el movimiento socialista italiano, de donde maduró su pensamiento y aprendió estrategias para derrocar a la democracia, hasta fundar en 1921, el Partido Nacional Fascista y fue nombrado jefe de Gobierno por el entonces rey Víctor Manuel III.

No obstante, el fascismo no hubiera logrado alcanzar el poder, sino no fuera por factores complementarios a niveles social, político y económico. En este punto cabe destacar el liberalismo obtuso de la política italiana pre fascista, mostrada claramente en los lineamientos políticos de Francesco Nitti, ex-ministro italiano, quien permitió un liberalismo económico sin ninguna intervención estatal; hecho que causó una fuerte crisis económica. Paralelamente cabe recordar las considerables pérdidas sufridas por Italia durante la Primera Guerra Mundial, lo cual produjo gran afectación entre los soldados sobrevivientes, quienes una vez de vuelta a su país, encontraron un Estado en desgracia. De este modo, tanto el liberalismo practicado en Italia, como la política bélica, con su consecuente resentimiento social, permitieron un suelo fértil al movimiento fascista. Al mismo tiempo, cabe añadir la poca efectividad y la inexistente coherencia de los demás partidos políticos italianos, los cuales no tomaron una actitud unida, coordinada, planificada y fuerte contra el fascismo, sino que se mostraron neutros e incluso débiles y cobardes.

En todo caso, el fascismo ya sea por méritos a Mussolini o por las circunstancias históricas, o por ambos a la vez, se caracterizó por un rechazo a los ideales ilustrados, así como a la democracia, a los principios liberales y la representatividad ciudadana. A la vez, se propuso y ejecutó un Estado totalitario, desde donde se entiende al individuo sumergido en la masa impersonal y uniforme, bajo el ideal supremo del Estado

radicalmente nacionalista Ante el principio de igualdad pregonado por el individualismo liberal, el fascismo propuso el principio de jerarquía y absorción del individuo por el Estado, ubicándose en la cúspide de éste y de la sociedad el *Duce*[353]. Fue sin duda un movimiento de corte romántico, con exaltación de las pasiones, el vitalismo, nacionalismo e irracionalismo; tam- bién estuvo en favor de la remilitarización y de volver a ciertas conquistas territoriales, con ímpetu colonialista al estilo de la Roma imperial, que el fascismo quiso absurdamente revivir en toda su grandeza y esplendor, sin excluir a algunos signos externos, incluyéndose el saludo con el brazo en alto.

Ahora bien, desde el punto de vista económico, el fascismo no se opuso a la libre empresa ni al principio rector de la propiedad privada, sin embargo, no descartó la intervención del Estado en el proceso productivo, sea cuando la empresa privada no lograra cumplir con las metas propuestas, incluso a nivel oficial, o cuando el interés público así lo impusiera.

En lo relativo a las relaciones de trabajo, el fascismo autorizó tanto los sindicatos de los trabajadores como de los patronos, delegándose en los contratos colectivos la regulación del trabajo: Agrupó así a los distintos sindicatos de uno u otro bando, en una instancia superior llamada Corporación, donde el Estado también estuvo presente; de aquí el nombre de Estado Corporativo fascista.

Estas corporaciones que agruparon las distintas fuerzas productivas, controlaron a las diversas ramas de la actividad económica; también, sirvieron de conciliadores en los posibles conflictos entre los sindicatos de trabajadores y los sindicatos de patronos; en caso de no prosperar el arreglo o la conciliación respectiva, el asunto quedaba elevado a las “Magistraturas del Lavoro”. No obstante, en la estructura totalitaria del Estado

353 La totalidad del Estado es en las propias palabras de Mus- solini: “todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado” Prieto, F. (1996). *Manual de Historia de las Teorías Políticas*. España: Unión Editorial, pág. 873

fascista, las corporaciones fueron unidades dependientes del Ministerio de las corporaciones y, de esta manera, del jefe de Gobierno quien, a la vez, tuvo la asistencia del Consejo Nacional de las Corporaciones en asuntos laborales y sociales.

11. El nacionalsocialismo alemán

Este movimiento se identifica claramente con Adolf Hitler (1889-1945), de origen austriaco y aficionado a la pintura; terminó en el ejército alemán como cabo durante la Primera Guerra Mundial, y condecorado por su valor en el campo de batalla. Luego de ésta, Hitler continuó trabajando para el ejército como espía militar y en Münich fue designado como espía policial. A raíz de ejercer el cargo de espía, se infiltró en el Partido Obrero Alemán (*Deustche Arbeiterpartei*, DAP), al cual se unió como miembro activo, donde pronto se encargó de culpar a los marxistas y a los judíos por la derrota de Alemania en la citada guerra, a la vez que desaprobó contundentemente el Tratado de Versalles. En 1921 el Partido Obrero Alemán se convirtió, con la unión de otros movimentos políticos, en el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (*Nationalsozialistiche Deustche Arbeiterpartei*, NSDAP), del que Hitler se convirtió en líder o guía (Führer). En 1923, el partido se sublevó contra el régimen republicano con un fallido golpe de Estado, conocido como Putsch de Münich. Este hecho condujo a Hitler a la cárcel de Landsberg, en donde escribió parte de su texto fundamental de política, *Mi lucha (Mein Kampf),* que para muchos es un panfleto cargado de mentiras e imprecisiones históricas, sin mayor orden expositivo; está, no obstante, claramente incorporado en alta medida su plan de acción en caso de llegar al poder de Alemania. Luego Hitler fue liberado en diciembre de 1924 y se dedicó a reorganizar el parti do[354].

[354] La ideología del partido fue claramente antidemocrática, pero se querían utilizar los medios democráticos para acceder al poder, actitud que claramente manifestó Joseph Goebbels, uno de los

En 1930, la crisis inicialmente bursátil de 1929 se hizo sentir radicalmente en Alemania, coyuntura que permitió a dicho partido ser el segundo del Reichstag. Luego en 1932, se constituyó en el primer partido. Finalmente, el presidente Hindenburg nombró canciller a Hitler en 1933; ese mismo año fue quemado el Reichstag, hecho por el cual los nazis acusaron a los comunistas. Ante este clima político, con crecimiento del Partido Comunista y la miseria creciente de los alemanes, el 20 de marzo de 1933 el Parlamento confirió plenos poderes a Hitler por un período de cuatro años. Luego de acceder a este poder, Hitler disolvió el Parlamento o Reichstag; inició la persecución oficial contra los judíos y se suprimen los sindicatos. Cuando murió Hindenburg, el 2 de agosto de 1934, Hitler convocó a un plebiscito y adquirió el poder absoluto como Presidente y Canciller a la vez. Después de ello, se desarrolló la Segunda Guerra Mundial, iniciada por la invasión a Polonia -en la que participó activamente la entonces Unión Soviética- y finalizada con el suicidio de Hitler en Berlín el 30 de abril de 1945 -al menos en Occidente-, salvo que una hipótesis científicamente comprobada demuestre lo contrario en medio de múltiples especulaciones.

Ahora bien, debemos retomar el tema de la dirección ideológica de este movimiento político, que se expresó puntualmente en los famosos 25 puntos del programa de gobierno, redactado por varios militantes y en especial por el

principales dirigentes del partido: "¿Qué venimos a hacer al *Reichtag*? Somos un partido antiparlamentario. Tenemos excelentes razones para rechazar la Constitución de Weimar y las instituciones republicanas que ella implica. Somos los adversarios de una democracia desnaturalizada, que pone en la misma bolsa al inteligente y al idiota, al trabajador y al perezoso [...]. Pero entramos al *Reichstag* para procurarnos, en el arsenal de la democracia, sus propias armas. ¡Nos sentaremos en el *Reichstag* para paralizar la ideología weimariana con su propio apoyo! Para nosotros, todo medio es bueno, con tal de que se revolucione el estado actual de las cosas." `Publicado en *Der Angriff*, órgano de prensa del Nacionalsocialismo, el 30 de abril de 1928 (agosto, 2008, p.17)

primer ideólogo que fue el ingeniero en obras públicas Gottfried Feder, quien plasmó las grandes directrices de la ideología económica y, por supuesto, con la intervención activa de Hitler. Destaquemos seguidamente estos 25 puntos para tener claro el ideario del partido nacionalsocialista, sin perjuicio de la indicada obra autobiográfica de Hitel, donde en conjunto pudo encontrarse con facilidad las intenciones del referido movimiento político, sin llamar a engaños o a discursos encubiertos, equívocos, nada o poco explícitos. Así los primeros 10 enunciados son la base de las convicciones políticas que dieron forma al movimiento en medio de una Alemania vencida y humillada. Se puntualizan en estos primeros 10 puntos los dos mayores obstáculos para el desarrollo de la Alemania de la postguerra, entre los que se destacan tanto los tratados de paz que decidieron el destino de los imperios de Alemania y Austria-Hungría, con sanciones distintas, como la com- posición racial de Alemania.

Asimismo, se impuso la necesidad de erradicar estos dos males en beneficio de la nación alemana, como unidad política, racial y de sangre, sin perjuicio de ejecutar la voluntad de conquista de territorios según el crecimiento demográfico alemán y con aplicación de la igualdad de trato entre las distintas potencias del orbe con colonias a su favor. También en el punto 10 del programa puede resaltarse la omnipresencia del Estado, encargado de organizar las actividades de los ciudadanos en una sola dirección de interés común, con la obligación complementaria de su sometimiento en favor de los intereses y valores superiores de la nación alemana. De esta manera se destacan desde el principio los enunciados de una ideología basada en la concepción racista y excluyente de la sociedad; con una organización estatal centralizada y jerarquizada en beneficio del Estado totalitario y expansionista.

Así, pues a partir del enunciado 11, que realmente es la segunda parte de un mismo programa de acción, se destacan propuestas sumamente prácticas y menos teóricas, en beneficio del poder centralizado y totalitario. Todo los

planteado, sin duda, gira en favor de una estructura política que ejerza el control de la totalidad del Reich; incluso con leyes de unificación en perjuicio de la descentralización administrativa y política y con el énfasis en la dimensión totalitaria del Estado que debe excluir a los enemigos opuestos a estos principios y, por definición, a la alteridad judía. De esta forma en los restantes 15 puntos se enumeran las propuestas económicas sociales y políticas. Veamos:

"1) Exigimos la reunificación de todos los alemanes sobre la base del derecho de autodeterminación de los pueblos en una Gran Alemania. 2) Exigimos la igualdad de los derechos del pueblo alemán con aquellos de los que gozan las demás naciones, el abandono del tratado de Versalles y de Saint Germain [este tratado concernía a Austria].
3) Exigimos países y tierras (*Land und Boden*) [colonias] para alimentar a nuestro pueblo y permitir el establecimiento de nuestro excedente de población. 4) Solo puede ser ciudadano un *Volksgenosse* (camarada del pueblo) [esta palabra definía a un alemán puro desde el punto de M'ista racial]. Un *Volksgenosse* solo puede ser alguien de sangre alemana, sin discriminación de confesión religiosa. Por ese motivo, ningún judío puede ser un *Volksgenosse.*
5) Quien no es ciudadano, sólo puede vivir en Alemania como un "invitado" y debe someterse a la legislación para los extranjeros. 6) El derecho a la dirección y al establecimiento de las leyes del Estado, solo puede adjudicarse al ciudadano. Por eso, exigimos que toda función oficial, de cualquier naturaleza, tanto al nivel del Reich como de la comuna, sea ejercida por un ciudadano. Nos oponemos al funcionamiento parlamentario corrupto según el cual el desempeño de las funciones depende solo de los puntos de vista partidarios, sin tomar en cuenta los caracteres y las capacidades. 7) Exigimos que el Estado se ocupe, en primer lugar, de las posibilidades de vida y de trabajo de los ciudadanos. Si resulta imposible alimentar a la totalidad de la población del Estado, los miembros de las naciones

extranjeras (que no son ciudadanos) deben ser excluidos.
8) Debe prohibirse toda inmigración de no alemanes. Exigimos que todos los no alemanes que se hayan instalado a partir del 2 de agosto de 1914 en Alemania, sean obligados a abandonar de inmediato el Reich. 9) Todos los ciudadanos deben gozar de los mismos derechos y los mismos deberes. 10) El primer deber de cada ciudadano debe ser actuar en el aspecto intelectual y físico. La actividad del individuo no debe ir en contra de los intereses de la comunidad, sino que, por el contrario, se debe ejercer en su marco general, y de acuerdo con sus necesidades. 11) La abolición de los ingresos obtenidos sin trabajo y sin esfuerzo (esto significaba romper la esclavitud de los intereses del dinero, la gran extravagancia de Gottfried Peder, que no tuvo éxito).12) La confiscación de todas las ganancias obtenidas por la guerra. Una medida justificada porque dadas las enormes pérdidas en bienes y en sangre que exigen las guerras del pueblo, cualquier enriquecimiento personal gracias a la guerra debe considerarse un crimen contra el pueblo. 13) La estatización de todas las empresas ya socializadas. 14) La participación en las ganancias de las grandes empresas. 15) Un importante desarrollo de la asistencia social a la vejez. 16) La creación y la consolidación de una clase media sana, la colectivización inmediata de las grandes empresas de distribución y su alquiler a bajo precio a pequeñas empresas, la más estricta atención a todas las empresas artesanales en sus suministros al Estado, a los *Lander* a las comunas. 17) Una reforma agraria adaptada a las necesidades nacionales, la promulgación de una ley para confiscar tierras sin indemnización, por el interés general. La creación de un impuesto a los bienes raíces y la prohibición de toda especulación con la tierra. 18) Una lucha sin cuartel contra aquellos que, por su actividad, perjudiquen el interés común. La pena de muerte para los criminales comunes contra el pueblo, los usureros y los traficantes, sin distinción de la religión ni de raza.19) El

reemplazo del derecho romano, que tiene una visión del mundo materialista, por un derecho germánico.

20) Para permitir que cada alemán capaz y consciente tenga la mejor formación y, de ese modo, la posibilidad de ejercer funciones de dirección, el Estado debe encargarse de la infraestructura escolar de toda la educación popular. Los programas educativos de todos los establecimientos de formación deben adaptarse a la vida práctica. La comprensión de las ideas del Estado debe ser el objetivo de la escuela desde el comienzo del aprendizaje (educación cívica). Exigimos la educación gratuita y obligatoria, especialmente para los niños dotados pertenecientes a medios pobres, sin considerar su ambiente ni su profesión. 21) El Estado debe encargarse de mejorar el nivel de la salud de la población, garantizando la protección de la madre y del niño, prohibiendo el trabajo infantil e introduciendo medios adaptados al desarrollo físico, mediante la obliga- ción legal de la educación deportiva y física, con el mayor apoyo a todas las asociaciones que se ocupan de la condición física de la juventud. 22) La abolición de las tropas mercenarias y la formación de un ejército popular. 23) La lucha legislativa contra las mentiras políticas deliberadas y contra su difusión a través de la prensa. Para fomentar la creación de una prensa alemana, exigimos que:

- La totalidad de los jefes de redacción y los colaboradores de los periódicos que aparecen en idioma alemán, sean *Volksgenossen;*
- Los periódicos no alemanes obtengan un permiso especial del Estado para su publicación. No deben imprimirse en idioma alemán;
- Toda participación financiera en los periódicos alemanes o que pretenda influir sobre ellos les sea legalmente prohibida a los no alemanes y que se castigue cualquier violación a la ley con el cierre de esas empresas periodísticas y con la inmediata expulsión del territorio del Reich de los no alemanes responsables de esos actos.

Los periódicos que atenten contra el bien general deben ser prohibidos. Exigimos que la ley combata toda tendencia literaria y artística que ejerza una influencia nociva sobre la vida de nuestro pueblo, y la clausura de los establecimientos que se opongan a las exigencias aquí mencionadas. 24) Exigimos la libertad de todas las confesiones religiosas en el Estado, mientras no pongan en peligro su existencia y no se opongan a los sentimientos morales ni a las costumbres de la raza germánica. El partido en sí representa el punto de vista de un cristianismo positivo, sin estar vinculado a una tendencia confesional particular. Combate el espíritu judeo-materialista dentro y fuera de nosotros y está convencido de que la curación de- finitiva de nuestro pueblo solo puede provenir de nuestros propios esfuerzos, sobre la base del siguiente principio: la necesidad de la comunidad está por encima de la necesidad personal. 25) Para poder poner en marcha todo esto, exigimos:

- La creación de un poder central fuerte al nivel del Reich;
- La autoridad incondicional del Parlamento central político sobre la totalidad del Reich y de sus organizaciones en general; -la creación de cámaras de oficios y corporaciones para hacer aplicar en los diferentes estados federales las leyes marco decretadas por el Reich;
- Que los jefes del partido juren, si fuera necesario, sacrificando su propia vida, actuar sin reservas para cumplir los puntos mencionados."

En lo que respecta al Estado racial, como parte de la ideología nazi, debemos destacar algunos elementos de gran importancia en su perspectiva y propuestas específicas. En efecto, Hitler pretende justificar que los judíos son inferiores a la raza aria, pues los primeros carecen de lo que tienen los segundos. Menciona a favor de los arios el espíritu de sacrificio para arriesgar el trabajo personal e incluso la propia vida en favor de los demás. Los judíos en su criterio, solo tienen el instinto básico de conservación del individuo y carecen de cultura y arte propios, razón por la cual no pudo construir un Estado territorialmente delimitado (lo que es contradicho por los

acontecimientos históricos). Tampoco el judío, en su óptica, ha tenido un concepto de trabajo definido, lo cual lo ha convertido en parásitos entre distintos pueblos del orbe. Históricamente el judío se destacó en las actividades mercantiles hasta que participó en la producción industrial comprando acciones y haciendo especulación de éstas, lo que ha permitido su gran influencia en las fuerzas nacionales de producción, sin perjuicio del dominio social a través de la prensa y la francmasonería. Sin embargo, también los nazis en el poder hicieron del dominio de la prensa y los medios de comunicación instrumentos indispensables para favorecer la propaganda oficial, donde el entonces ministro Goebbels fue un gran precursor de las mentiras repetidas en la conciencia colectiva por las falsas verdades. También se dice que el judío es racista cuando mantiene su exclusividad a través de la descendencia masculina, lo que sin duda constituye una contradicción del nazismo, cuando fundamenta parte de su doctrina racial y superioridad aria por medio de la no contaminación racial, lo que se dice fue conseguido por los judíos según la acusada exclusividad racial.

En lo que respecta a la unidad entre judaísmo y marxismo, al ser Marx judío (no así Engels que fue inglés y son ambos, parte del mismo ideario marxista, en perjuicio de esta tesis), Hitler señala que se trata de una maniobra de engaño para ocultar la necesaria unidad entre ambos. Señala que, a pesar de haber implementado los métodos capitalistas de explotación, los judios se ganan la confianza de los obreros cuando llegan a fingir el dolor compartido por su miseria y pobreza. No obstante, despiertan en los trabajadores la necesidad de mejorar sus condiciones a través del odio de clase; lo que impediría que los judios fueran parte del proceso productivo sin lucha de clases, de lo contrario también estarían afectados. Y una de las críticas del nazismo, es que aumentan su poder efectivo como propietarios de los medios de producción en el sistema capitalista. Así, entonces, en la visión nazi, los judíos buscan consolidar la conquista mundial a

niveles económico y político, por lo cual la doctrina marxista se constituye en el necesario impulsor para tal fin a través de los movimientos sindicalistas y políticos, alentándose la crisis y resquebrajamiento de las sociedades capitalistas, como se hizo también en las sociedades aristocráticas, por medio de la Revolución francesa dominada por el pensamiento y acción de la fracmasonería mundial. Así, según Hitler, con el triunfo de la confianza de los trabajadores en los judíos, quienes se muestran amigos incondicionales de su dolor y lucha reivindicatoria, se convierten en una fuerza destructiva en perjuicio de la independencia de la nación alemana y de cualquier otra nación -más que Estado- invadida por la plaga económica judía con pretensiones de dominio mundial. Sin embargo, esta misma postura olvida dos factores constatados históricamente: de un lado, el dominio mundial formó parte de la política del nazismo con invasiones de territorios y Estados ajenos, incluyéndose el robo descarado de las respectivas riquezas y reservas bancarias de los Estados invadidos; en segundo término, se da también la amnesia histórica ante la necesidad que tuvo el régimen nazi de pedir a los bancos extranjeros y capital internacional, los medios necesarios para mante- ner y ampliar su régimen totalitario.

En síntesis, en materia racial, Hitler y su movimiento político proponen políticas de necesaria implementación práctica, a saber: 1) El Estado debe velar por el mante- nimiento de la raza de la que depende cada cultura, por lo cual es la raza el elemento primordial, aun sobre toda organización política, la que posibilita la conformación de una sociedad superior. 2) Es la raza aria y nórdica la única que puede cumplir con este cometido, pues la naturaleza la dotó de las posibilidades de creación de belleza y dignidad según sus obras e ideas que son parte de la cultura superior. 3) En esta misma perspectiva de imposición de la raza superior, con un Estado que sea instrumento a su servicio, por medio de la estructura y organización política racialmente ordenada, se impone también la figura del *Führer* en función activa de su defensa y como

intérprete de la voluntad colectiva quien, apoyado por el partido nacionalsocialista, se vuelve instrumento de ejecución y representación de los ideales de nobleza y moralidad de la raza superior que debe dominar sobre cualquier raza inferior, como son los judíos y los eslavos, en criterio de Hitler. 4) Esta dimensión de Estado y raza, impone la necesaria política eugenésica, o de buenos nacimientos a través de la intervención del Estado en favor de la sana procreación entre los arios, evitándose a toda costa la contaminación de los arios con las razas inferiores o subhumanas, o acaso con personas que tengan enfermedades hereditarias y-o congénitas. 5) Toda esta política de odio y exclusiónracial llevó al extremo de la eliminación física de seres humanos, por múltiples prácticas utilizadas para alimentar una tesis oficial absolutamente contraria a los principios y fines de los derechos humanos, y a los criterios científicos que, en modo alguno, avalan la superioridad racial a partir de un tronco común y básico de nuestra especie, con diferentes ramificaciones genéticas, y según medios y condiciones objetivas variables, sin que una raza sea superior a otra, pues es la raza humana la que prevalece como unidad de la especie en su conjunto, con todas las variables culturales, ambientales, sociales, económicas y demás elementos que influyen en el comportamiento, sobrevivencia y desarrollo de las distintas expresiones de la raza humana. Esta ideología de exclusión y desprecio llevó a la exterminación de grandes cantidades de seres humanos, bajo el absurdo alero de la inferioridad racial, olvidándose que uno de los aliados del Eje alemán-italiano fue Japón cuyos ciudadanos, en la visión de Hitler, en modo alguno podrían ser calificados como parte de la raza aria; incluso, el mismo régimen nazi firmó en el año 1939, un Pacto de no agresión con Stalin en representación de los eslavos y subhumanos que, a la vez, participaron en la invasión de Polonia -se insiste- para dar así inicio a la Segunda Guerra Mundial, con la ironía histórica de la reversión favorable a la ex Unión Soviética.

CAPÍTULO XXXI

EL POSITIVISMO Y EL POST-POSITIVISMO

1. El positivismo. 2. Positivismo sociológico y positivismo jurídico. 3. La jurisprudencia analítica. 4. La jurisprudencia de conceptos. 5. El movimiento del derecho libre. 6. De la jurisprudencia pragmática al pluralismo jurídico y a la jurisprudencia de intereses. 7. La jurisprudencia de intere- ses. 8. M. Hauriou y su oposición al positivismo jurídico. 9. Jurisprudencia sociológica norteamericana. 10. Realismo escandinavo. 11. La teoría pura del derecho. 12. Teoría egológica del derecho. 13. Escuela del método comparativo.

1. El positivismo.

Sin perjuicio de lo que ya se ha indicado en relación con los métodos de interpretación jurídica, no podemos dejar de lado la necesidad de volver a incorporar en el presente estudio, la referencia obligada y reiterativa de distintos autores y escuelas que, por la trascendencia de sus aportes, suelen ubicarse en las distintas modalidades de expresión de la ciencia jurídica.

Señalado lo anterior, el positivismo tiene como principal antecedente al referido pensador Claude-Henri de Rouvroy, conde de Saint-Simon (1760-1825), filósofo, historiador y político francés, considerado uno de los fundadores de la sociología moderna[355]. Su pensamiento influyó

[355] Entre sus principales obras están Ensayo sobre la organización social (1804), en donde argumenta que los progresos científicos cambiarán la organización social; La reorganización de la sociedad europea (1814), en la que propone un plan de unión europea, realidad que no pudo presenciar, pues hasta finales del siglo XX y principios del presen- te siglo es que comenzó a materializarse algo similar a su propuesta, es decir la unificación de los distintos Estados europeos en

considerablemente en el positivismo de Comte y en el socialismo francés, como se indicó.

De este modo, el siglo XIX fue marcado por el positivismo, cuyos fundamentos claramente fueron planteados por el filósofo y matemático francés, Auguste Comte (1798- 1857), quien fue colaborador de Saint Simón en distintos proyectos y actividades; por su parte escribió también obras de política y planes de labores científicas necesarios para la reorganización de la sociedad. Fue profesor particular de matemáticas y luego docente en la Escuela Politécnica de París. Comte a la vez se jactó siempre de no haber leído casi nada y siguió religiosamente los lineamientos mesiánicos de su maestro, incluso llegó a procla- marse pontífice máximo de una religión basada en una ciencia «nueva» y «sagrada»: la sociología.

Su pensamiento puede resumirse en tres principios básicos.

1. El único conocimiento válido es el empírico, fundado en los hechos y las leyes desprendidas de éstos;
2. Sólo se conocen las apariencias de las cosas, es decir, el saber se limita a los fenómenos;
3. Los únicos y verdaderos métodos para conocer la realidad son aquellos poseídos por las ciencias experimentales;
4. La metafísica conforma una etapa del saber humano

la Unión Euro- pea. Al respecto debemos resaltar otras dos obras de gran importancia: El sistema industrial (1821) y Catecismo de los Industriales (1823-24). No obstante, también cabe recordar que dirigió la revista *La industria*, en la que participó activamente el joven Comte, y el periódico *El organizador*, instrumento que le costó persecución por sus polémicas ideas. En síntesis, su obra se enmarca en el tránsito entre la ilustración y el positivismo; a la vez que se muestra como uno de los fundadores del socialismo utópico. Finalmente, se le considera a Saint-Simon como creador del movimiento llamado saint-simonismo, pero a la vez este movimiento después su muerte, se tornó con matices religiosos, dando origen incluso a una iglesia saint-simoniana.

que debe superarse.

Estos puntos se sustentan en la conocida división de la historia humana en tres estados: estado teológico, estado metafísico y estado positivista.

a) Estado teológico

En este período la humanidad estuvo iniciando su vida como colectividad organizada, lo cual corresponde a las sociedades primitivas. El ser humano explicaba los fenómenos como se les presentaban desde los mitos y sostenía que todo fue originado por intervención de dioses o espíritus[356].

b) Estado metafísico

En este período se desarrolla el pensamiento lógico. El ser humano recurre a principios e ideas que explican

la realidad. La capacidad de abstracción sustituye a las fuerzas sobrenaturales[357].

c) Estado positivo

Es el último estado de la humanidad, en donde el ser

[356] "En el estado teológico, el espíritu humano, al dirigir esencialmente sus investigaciones hacia la naturaleza íntima de los seres, hacia las causas primeras y finales de todos los efectos que le asombran, en una palabra, hacia los conocimientos absolutos, se representa los fenó- menos como producidos por la acción directa y continuada de agentes sobrenaturales más o menos numerosos, cuya arbitraria intervención explica todas las anomalías aparentes del universo" Sanguineti, J.J., *Au- gusto Comte:* Curso de Filosofía positiva, Emesa, Madrid 1977.

[357] "En el estado metafísico, que en el fondo no es más que una simple modificación del primero, los agentes sobrenaturales son reemplazados por fuerzas abstractas, verdaderas entidades (abstracciones personificadas), inherentes a los diversos seres del mundo, y concebidas como capaces de engendrar por sí mismas todos los fenómenos observados, cuya explicación consiste, así, en asignar a cada uno su entidad correspondiente" Ibidem, pág. 35.

humano tiene la capacidad de investigar utilizando la percepción y la razón. En este período la humanidad rechaza las construcciones hipotéticas que no están conformes a los hechos[358].

No obstante, esta teoría de los tres estados a pesar de no estar exenta de críticas fue vista por muchos con agrado, pues implicó la ruptura con la teología y el Derecho influido por ésta en la Edad Media.

Entre las principales críticas a esta filosofía positivista se destaca la "hostilidad radical a toda construcción", "al sistema" y por ende a la "reducción de la filosofía a puros resultados de la ciencia". La filosofía queda así reducida al ámbito de las ciencias, sin el sustrato necesario para dar cuenta a los grandes interrogantes del ser humano. En este sentido se ha indicado que el positivismo no podía subsistir mucho tiempo[359].

Sin embargo, ya a mediados del siglo XIX algunos teóricos del Derecho comienzan a tornarse despectivos con las tendencias apriorísticas y metafísicas y en su lugar buscan lo real desde la confluencia de la experiencia y la razón. Se cree

[358] "Por fin, en el estado positivo, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para dedicarse únicamente a descubrir, con el uso bien combinado del razonamiento y de la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y similitud. La explicación de los hechos, reducida a sus términos reales, no será en adelante otra cosa que la coordinación establecida entre los diversos fenómenos particulares y algunos hechos generales, que las diversas ciencias han de limitar al menor número posible". Ibídem, pág. 36.

[359] De este modo apunta García Morente, al decir que el positivismo es: "el suicidio de la filosofía"; es la prohibición de tocar aquellos problemas que inextinguiblemente acosan el corazón y la mente humana. No podía durar mucho tiempo esta prohibición de entrar en ese cuarto, cuando el hombre, desde que es hombre, no tiene más afán que el de entrar en ese cuarto. Por consiguiente, había de haber muy pronto una reacción contra el positivismo y una renovación de la filosofía." García, M. (2007). Lecciones Preliminares de Filosofía. México: Porrúa, págs. 246-247.

que esta tendencia se debe al apogeo de las ciencias naturales, que existió en esta época, de donde surge la tentación de utilizar el método científico no sólo en las ciencias exactas, sino también en el campo de las ciencias sociales.

En todo caso existe una difundida opinión que argumenta que el Derecho desde el Renacimiento hasta el siglo XIX no se inclinó por el positivismo, antes optó por la metafísica,a la manera de cada autor, lo cual consta en teóricos como Savigny, Hegel y Marx, quienes elaboraron cada filosofía de la historia del Derecho desde fuertes principios metafísicos. Es común encontrar conceptos que van más allá de lo que aparentan las cosas como la "razón eterna" de los estoicos, de San Agustín y Santo Tomás; en relación con las "fuerzas que operan silenciosamente" (Savigny), el "espíritu universal" (Hegel) y la "desaparición del Estado" (Marx). Pero no faltan quienes sostengan lo contrario, al argüir una insoslayable incidencia del positivismo en algunas corrientes iniciadas por estos pensadores, tal como ocurre con el positivismo histórico, en la Escuela histórica; y en la base económica del pensamiento marxista.

2. Positivismo sociológico y positivismo jurídico

La influencia del positivismo llegó a afectar gran parte de las corrientes filosófico-jurídicas del siglo XIX (positivismo biológico de Claude Bernard, la ética positivista de Stuart Mill y el positivismo evolucionista de Herbert Spencer) e incluso algunas del siglo XX. De estas corrientes sobresale el positivismo sociológico, el cual se debe a la aportación directa de Comte al considerar que el positivismo puede ser aplicado a la realidad social humana, puesto que ella puede ser conocida científica- mente. A la ciencia que estudia esta realidad como sín- tesis de todos los conocimientos humanos llamó Comte «sociología».

En todo caso, el positivismo sociológico derivó en los siglos XVIII y XIX del auge de las ciencias exactas, por este motivo se

pretendió trasladar al ámbito de las ciencias del espíritu el método fundamental de aquellas ciencias empíricas. En efecto, la metodología empleada por el positivismo sociológico fue consistente en obtener el conocimiento de los fenómenos objetivos. Es decir, así como se pueden conocer fenómenos físicos mediante la observación, también se propone conocer los fenómenos del comportamiento humano como punto de partida para elogiar el método científico y desprestigiar la metafísica tradicional. No obstante, esta corriente, tratando de dar con el conocimiento absoluto desde los hechos simples y concretos, terminó en el vicio taxonómico de separar el saber en distintas áreas del pensamiento.

En esta misma línea, específicamente en el campo del Derecho, el jurista húngaro Julius Moor, define el positivismo como "una concepción con arreglo a la cual el Derecho es producido, en un proceso histórico, por el poder go- bernante en la sociedad. En esta concepción es Derecho aquello que ha mandado el poder gobernante y todo lo que éste mande es Derecho por virtud del hecho mismo que lo manda".[360]

En este punto cabe establecer la diferencia entre el positivismo sociológico y el jurídico. El primero de estos es una proyección del pensamiento positivista en el campo del Derecho, en donde existe la previa renuncia a la metafísica; mientras que, en el segundo, "dentro de infinitud de matices, figuran los juristas que buscan una explicación unitaria del Derecho sobre bases inductivas, al margen de consideraciones propiamente filosóficas: más que los principios universales, las nociones generales del orden jurídico; más que una filosofía, son una introducción al Derecho[361]."[362]

[360] Bodenheimer, E. (1974). Teoría del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, pág. 307.

[361] Russo sostiene que en el positivismo jurídico se pueden distinguir dos sentidos: a) el positivismo científico, regido por un método de investigación rigoroso, sistemático y verificable, sin dogmas ni apelaciones sobrenaturales, de forma tal que Holmes y Kelsen vienen a ser positivistas; y b) el positivismo jurídico, en palabras de Bobbio,

El positivismo jurídico encuentra entre sus principales exponentes a Herbert Spencer (1820-1904) en Inglaterra y a Emile Durkheim (1858-1917) y a Lucien Lévy-Bruhl (1857-1939) en Francia. Esta corriente aborda el Derecho desde una perspectiva sociológica, con la cual elimina el universo jurídico, pues no toma en cuenta los elementos subjetivos e ideales que subyacen en algún grupo social.

Así, Herbert Spencer fue uno de los más influyentes sociólogos ingleses durante el siglo XIX; su primera obra con aparente influencia del positivismo de Comte, *Estática social* (1850), aborda la sociedad desde una concepción orgánica. Después de ello, Spencer publicó *Primeros principios (*1862*)*, en donde explica al ser humano y a la sociedad desde postulados evolucionistas, pero curiosamente con independencia del pensamiento darwiniano. Después este pensamiento evolucionista lo trató de plasmar en otros campos del saber cómo la psicología, la biología, la sociología y la moral.

Spencer desde la evolución concibe a la sociedad desde tres fases: "a) la infraorgánica; b) la orgánica (biología y psicología individual, la animal y la humana); c) la supraorgánica (sociedad). Sus factores determinantes los clasifica en dos grupos básicos: a) factores extrínsecos: clima, suelo, flora, fauna, etc.; b) factores intrínsecos: complexión anatómica, fisiología, sensibilidad, temperamento, etc. Ulteriormente, un sin fin de factores complejos: cultivos, industrias, formas políticas y culturales, modas, creencias, prácticas religiosas, etc."[363]

Este evolucionismo lo aplica a sus ideas políticas, las

comprendido como "aquella concepción particular del Derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado", sentido por el cual es considerado solo positivista el trabajo de Kelsen, no así el de los realistas (Russo, 1995, pág. 70).

[362] Corts, J. (1968). Historia de la Filosofía del Derecho. Tomo I (2da Ed.). Madrid, España: Editora Nacional, pág. 107.

[363] Ibídem, pág. 117.

cuales fueron enfocadas a defender un liberalismo individualista anti-estatista. Este planteamiento permanece plasmado en su difundida obra *El hombre contra el Estado* (1884).

Paralelamente en Francia, destacó Émile Durkheim, (1858-1917), quien en 1896 fundó la revista «*L´Année Sociologique*», que contribuye a la difusión de la sociología. Desarrolló los postulados de August Comte y de Saint Si- mon, con resultado proclive a favor de la sociedad mostra- da como fenómeno normativo. Su tesis de doctorado, De la división del trabajo social (1893), estudia las relaciones que vinculan al individuo con la sociedad que la presenta como un *hecho social*[364] caracterizado por la exterioridad y la coacción. Por tanto, considera la importancia del Derecho y la moral para evitar la anomía y, por ende, el caos social. Particularmente en el caso del Derecho sostiene que debe ser represivo, como el contenido del Derecho penal, y que implique el dolor "o por lo menos en una disminución impuesta al agente, tiene el objeto de afectarlo en su fortuna o en su honor, o en su vida, o en su libertad, de privarlo de algo que disfruta", o puede ser restitutivo como el Derecho civil, comercial, procesal, administrativo y constitucional, al consistir e "la colocación de las cosas en estado, en el restablecimiento de las relaciones perturbadas en

[364] Hecho social es toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; o bien: que es general en el conjunto de una sociedad, conservando una existencia, inde pendiente de sus manifestaciones individuales. En cuanto a la obra de Durkheim *Las reglas del método sociológico* (1895), estudia el hecho social desde tres principios fundamentales: 1) exterioridad e independencia, 2) coerción y 3) generalidad. En *El suicidio* (1897), estudia el fenómeno del suicidio como un hecho social y no como un hecho psicológico. En *Las formas elementales de la vida religiosa* (1912), muestra que la religión es un producto de la sociedad. Finalmente, en El socialismo (1928), obra póstuma, considera que el socialismo sindical es un medio para alcanzar la autonomía e interdependencia individual, la cual se desarrolla entre la presión grupal y la estatal.

su forma normal."

También en Francia destacó el papel del filósofo, etnólogo y sociólogo, Lucien Lévy-Bruhl (1857-1939). En su obra *La moral y la ciencia de las costumbres* (1903), defendió el relativismo cultural y moral; a la vez que argumentó que no existía una naturaleza humana universal. Por ello, estableció una distinción jerárquica entre las costumbres primitivas y las modernas. A lo anterior propone el estudio positivista de las costumbres.

No obstante, su pensamiento en torno a la mentalidad primitiva y al rechazo de una razón universal e inmutable, se condensó en sus obras *Las funciones mentales de las sociedades inferiores* (1910), y en *La mentalidad primitiva* (1922). Además, afirmó que el pensamiento primitivo no es inferior al racionalista, toda vez que la diferencia subyace en la lógica y no en lo racional. El pensamiento primitivo se fundamenta en el principio de participación (presagios, alucinaciones, creencias mágicas, sueños y adivinación), propio de los grupos humanos ágrafos; en cambio el pensamiento moderno y racional, en el principio de no contradicción, derivado de la lógica basada en la escritura.

Dentro de este movimiento es posible ubicar a León Duguit quien, como ya se indicó en relación con el apartado de estudio sobre el derecho subjetivo, que niega radicalmente, reduce a la vez el Derecho a una simple norma social, originada por la solidaridad e interdependencia. Con su negación de los derechos subjetivos se inclina por el normativismo positivo, en donde se le da prioridad a la sociedad sobre el sujeto particularmente considerado. Evidentemente, su doctrina pone en vilo a los derechos fundamentales, pues lo único que existe es el Derecho positivo y objetivo, lo que deriva en que los particulares no tienen derechos subjetivos sino obligaciones, es decir, existen únicamente "situaciones jurídicas objetivas" lo que excluye a los derechos subjetivos públicos o fundamentales.

Duguit arremetió contra la jurisprudencia de conceptos del positivismo jurídico, agregando que esa corriente pasa inmersa en una metafísica distante de los hechos. Su positivismo

filosófico, parte de considerar a la ciencia del Derecho como aquel saber jurídico construido de razonamientos derivados directamente de los hechos. En esta misma postura crítica el derecho subjetivo como principio metafísico del individualismo, consistente en mostrar al ser humano como centro del Derecho. Ante este principio propone, con un alto grado de equivocidad, el principio de *situación jurídica subjetiva* que indica aquellas funciones realizadas por el sujeto individual inmerso en la comunidad.

Para Duguit sólo queda pues el Derecho positivo que es entendido como norma expresada por la comunidad, no como el Derecho estatal. Este derecho positivo se basa en la solidaridad hacia los demás miembros de la sociedad con coincidencia de aspiraciones individuales y colectivas. Por lo anterior, la ley positiva es la constatación del Derecho, en el cual existe previamente el colectivo humano, es decir preexiste al Estado y a su Derecho.

Al mismo tiempo, dentro de esta línea, cabría ubicar al inglés Jeremy Bentham (1748-1832), quien con base en el utilitarismo llegó a elaborar una concepción del Derecho dentro de los marcos más estrictos del positivismo jurídico, en donde la ley proviene del soberano y no existe el Derecho natural.

Esta filosofía se caracteriza por favorecer el utilitarismo individualista, en donde la naturaleza coloca a la humanidad bajo el gobierno del dolor y el placer; de este modo, como fórmula casi matemática, el bien se mide de acuerdo al nivel de placer y el mal según el nivel de dolor. En cuanto al placer, determina criterios de medición como la intensidad, la extensión, la certeza, la proximidad y la pureza entre otros. Esta tendencia hedonista es plasmada en el estudio del Derecho, incluso va a constituir el contenido de éste[365].

[365] En esta perspectiva Bentham relaciona el dolor y el placer con el principio de utilidad. Al respecto, menciona: “La naturaleza ha colocado al hombre bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer: sólo ellos pueden indicar lo que debemos hacer y determinar lo que vamos a hacer. A su trono están ligados tanto el

En efecto define que la felicidad del pueblo debe ser la aspiración suprema del legislador. De este modo deriva su razonamiento en lo siguiente: “La medida de lo justo y de lo injusto es la mayor felicidad del mayor número”. El legislador que desee asegurar la felicidad de la comunidad debe luchar por conseguir la subsistencia, la abundancia, la igualdad y la seguridad de los ciudadanos. De este modo para Bentham el Derecho debe promover la subsistencia; aspirar a la abundancia; fomentar la igualdad y mantener la seguridad. De estos cuatro principios, Bentham consideró que el último es el más importante, puesto que implica la protección de la personalidad, el honor, la propiedad y el status. En segundo lugar, está la igualdad, entendida como igualdad de oportunidad.

A grandes rasgos el positivismo jurídico consiste en el estudio del Derecho desde una posición empirista, la cual ve a la sociedad como un objeto de una ciencia positiva que es la sociología. Esta tendencia responde a la inclinación de la época de ver las ciencias sociales como una ciencia exacta, y así elabora un análisis histórico-comparativo de las distintas instituciones jurídicas de la historia humana y del ámbito jurídico. Al respecto, toma la norma jurídica tal cual es y no indaga en el aspecto axiológico de la norma, pues esto puede llevar a consideraciones metafísicas. Por lo anterior, se opone abiertamente al Derecho natural.

criterio de lo justo y lo injusto como la cadena de las causas y los efectos. Nos gobiernan en todo lo que decimos, hacemos y pensamos... El principio de utilidad reconoce esa sujeción y la asume para fundar el sistema cuyo objeto es crear la felicidad mediante la razón y el derecho [...] El principio de utilidad es aquel que aprueba o desaprueba una acción según la tendencia que parezca tener para aumentar o disminuir la felicidad del sujeto de que se trate; o, en otras palabras, según promueva dicha felicidad o se oponga a ella. Digo de cualquier acción y, por tanto, no sólo de una acción privada sino también de cualquier medida de gobierno.” Prieto,
F. (1996), Manual de Historia de las Teorías Políticas. España: Unión Editorial, pág. 618.

Como análisis de este movimiento cabría indicar la utilidad de las investigaciones sociológicas, a fin de esclarecer las circunstancias en las cuales nacen las normas jurídicas. Si bien es cierto que el Derecho positivo debe interpretarse dentro de un sistema cultural y por ello cambiante y vitalista; no por eso debe caerse en el error de universalizar lo histórico y variante, llegando a establecer esta dimensión como fundamento de los principios jurídicos. Es decir, el método sociológico permite llegar del fenómeno a la conclusión general, pero no al concepto universal.

Ahora bien, dentro del positivismo jurídico se destaca el formalismo jurídico, el cual se presentó como *Teoría general del Derecho* a fin de superar la filosofía jurídica[366]. Por ese motivo se propuso iniciar el estudio del Derecho a través de esa disciplina, pues, según se argumentaba, solo desde esta teoría se podían introducir los conceptos jurídicos fundamentales (sujeto de derecho, acto jurídico, derecho subjetivo, entre otros).

No obstante, tal inclinación no fue exclusiva del positivismo, pues los partidarios del Derecho natural ya habían sistematizado los conceptos jurídicos generales, principalmente en los siglos XVI y XVII. De este modo, los iusnaturalistas y los positivistas persiguieron catalogar al derecho en un sistema lógico formal, la diferencia consistió en que los primeros partieron de la filosofía, mientras los segun- dos utilizaron el método deductivo tan característico de las ciencias

[366] La Teoría general del Derecho, presenta entre sus principales exponentes a Adolfo Merkel (1836-1896), se continúa en B. Windscheid, Karl Friedrich Wilhelm Gerber (1823-1891), Georg Jellinek (1851-1911), Otto Mayer (1845-1924), Ernest Zitelmann (1825-1923) y Rudolf von Ihering (1818-1892), en su primera etapa. Este movimiento buscó analizar teóricamente las distintas ramas del Derecho positivo. No obstante, tal tendencia no se limitó al ámbito germánico, sino que repercutió en otras latitudes como en el inglés John Austin (1790-1859), fundador de la escuela analítica del Derecho, quien con su obra Analytical jurisprudence, elabora una teoría general del Derecho.

naturales. Como ejemplo puede citarse a Bernardo Windscheid (1817-1892), pandectista alemán, quien dentro del positivismo intentó sistematizar lógicamente el Derecho.

De la corriente mencionada surgió el catalogar los conceptos jurídicos generales, naciendo así la llamada Jurisprudencia de conceptos. De este modo se definen conceptos claves como el negocio jurídico, la responsabilidad extra contractual, la imperatividad y la buena fe, entre otros conceptos.

3. La jurisprudencia analítica

El fundador de esta escuela es John Austin (1790- 1859), nacido en Inglaterra, ingresó muy joven al ejército (1806-1812) y luego estudió Derecho (1818), pero dejó la abogacía en 1825. Luego impartió lecciones (1823), pero debió renunciar a su cátedra (1833), por motivos de presupuesto. Sin embargo, ese mismo año fue nombrado como miembro de la *Royal Commission on the Criminal Law and Procedure*; después de ello dio lecciones de principios de *Jurisprudence* (1834), estudió reformas legislativas y constitucionales fuera de Inglaterra a donde regresa después de algunos años (1838), viajó a París (1844) en donde permanece hasta que fue sorprendido por la Revo- lución y decidió regresar a Inglaterra (1848), donde finalmente murió en 1895.

Este jurista, al igual que Bentham (de quien fue vecino), apela a una filosofía utilitarista, pero se diferencia al separar la incidencia de la ética del ámbito del Derecho. Establece un muro conceptual entre el Derecho y la ética con divorcio de las dos disciplinas; lo que no hizo Ihering y Bentham. Con esto preparó sin duda el camino para que el Derecho comenzara a desprenderse de su contenido, lo cual se plasmó efectivamente en el siglo XX. Así la ciencia jurídica debe atenerse sólo al Derecho positivo que es el único Derecho válido. Esta separación realizada por Austin es la característica esencial de la jurisprudencia analítica. Y a la vez el Derecho positivo es un

mandato del soberano.

Austin también coincidió con Ihering en el punto de que no todos los mandatos o normas son leyes. Del mismo modo niega el carácter jurídico del Derecho internacional; de esta forma no concibe que pueda haber Derecho sin ordenamiento jurídico creado y ejecutado por el Estado que es soberano e implementa el poder coercitivo para su debido acatamiento, por lo cual es imposible concebir el Derecho por encima de los Estados.

Lo anterior se siguió sustentando en las tesis de los juristas analíticos, quienes consideraron siempre y primordialmente que el Derecho constituye un mandato del Estado.

En todo caso, los procesos de índole histórico y sociológico, logran sin duda ejercer una determinante influencia en la formación de la voluntad de los legisladores como detentadores del poder para la creación, modificación y derogación legal. Es por ello que la ley tiene antecedentes materiales, que afectan e inciden en la voluntad de los legisladores que tienen el poder para el ejercicio de las competencias señaladas.

Así entonces, para la jurisprudencia analítica existe el necesario punto de partida del ordenamiento positivo, que radica fundamentalmente en las leyes escritas que, a la vez, por la actividad y voluntad de los legisladores, están relacionadas íntimamente con un orden social e histórico preestablecido al ejercicio competencial de la actividad parlamentaria. Los legisladores se dedican básicamente a la tarea de examinar tal orden con el interés de lograr la claridad, consistencia lógica y sistemática del ordenamiento jurídico, el cual no es solo manifestación de la acti- vidad legislativa, por existir también el Derecho no escrito, donde el juez desempeña un papel de suma importancia. En todo caso, la actividad del legislador, como parte del ejercicio soberano del Estrado, se enmarca en la relación con el indicado ordenamiento como unidad jurídica positiva, sin perjuicio de la existencia y análisis de los distintos institutos particulares que conforman el ordenamiento jurídico positivo.

Según Bondenheimer (1974), la jurisprudencia analí- tica se distingue por las siguientes características: a) en primer lugar, llega a definir conceptos como derecho subjetivo, deber, obligación, daño, lesión, reparación, entre otros; b) en segundo lugar, establece las distinciones entre varias clases de derechos, deberes, obligaciones, daños y lesiones; marca también la diferencia entre el Derecho escrito y no escrito, entre el legislativo y el creado por el juez, entre otros conceptos jurídicos.

Los juristas de esta escuela tienen una fuerte tendencia a la taxonomía. El método de comparación es altamente empírico entre los distintos ordenamientos jurídicos y según el contenido preciso de los distintos institutos que componen cada ordenamiento positivo. La utilización de la lógica es fundamental en la escuela analítica; de ahí la importancia que se le da al silogismo. Los juristas de esta corriente no conciben lagunas en el Derecho, ni la posibilidad de que exista la libre interpretación jurídica, sino que todo está determinado por el ordenamiento jurídico dispuesto fundamentalmente por el legislador, sin perjuicio de la actividad del juez en la dimensión del Derecho no escrito por medio de la jurisprudencia, sin que existan espacios en blanco para los vacíos e inaplicaciones del Derecho positivo. Sin duda esta forma de utilizar la ciencia positiva en el ámbito del Derecho, permitió dar inicio a la utilización del concepto de ciencia jurídica.

Dentro de esta corriente, Herbert Hart contraría a Austin, al calificarlo de pretender reducir las normas jurídicas a mandatos (*commands*) emanados del soberano por una amenaza; adicionándole a la teoría del mandato tres puntos fundamentales: 1) que el mandato sea general; 2) que debe tener cierta permanencia, y 3) que el órgano estatal que lo dicta sea supremo e independiente. A su vez, sostiene que sólo puede existir un sistema jurídico si sus normas son válidas, al ser generalmente obedecidas.[367]

[367] La norma, sea jurídica, moral o de cualquier tipo, debe presentar

4. Jurisprudencia de conceptos

La jurisprudencia de conceptos es la culminación de la dogmática jurídica y sostiene que las normas son los conceptos expresados en sus palabras, razón por la cual los juristas e intérpretes deben estudiar sus significados, lo que implica que la ciencia jurídica debe ser lógica y sistemática, allegada a la actividad de la interpretación de las normas vigentes o positivas. Varios aspectos resaltan de este movimiento formalista: como lógica debe estudiarse el proceso racional y objetivo de las normas válidas dentro de un sistema jurídico, en su relación unitaria como sistema ordenado y coherente, compuesto a la vez de distintos institutos jurídicos que deben tener el mismo principio de autocreación y autosuficiencia normativa, sin la incorporación de elementos extrajurídicos tan resaltados por el Derecho natural o por perspectivas de contenido similar. De esta manera, la dogmática jurídica, parte de un dogma básico: la existencia exclusiva de la norma jurídica, como elemento objetivo y certero para la interpretación y aplicación del ordenamiento; destacándose entre sus institutos el "negocio jurídico".

Ahora bien, como parte de la actividad y desarrollo de la jurisprudencia de conceptos, debemos también resaltar dos factores de incidencia necesaria en su contenido y desarrollo: la actividad de los jueces en la interpretación normativa; y los conceptos de las normas donde no solo se requiere del ejercicio de la lógica jurídica, sino también, la identificación precisa de los conceptos como parte de la expresión jurídica.

De tal manera que la dogmática jurídica se basa en las siguientes suposiciones:[368] a) el objeto de investigación debe

dos elementos: un comportamiento regular y la aceptación de dicho comportamiento. Al respecto, Vid. Hart, H. (1962). Derecho y moral. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

[368] En tal sentido, Aarnio, A. (1986). Sobre el paradigma de la dogmática jurídica. Problema de progreso científico en la investigación jurídica. En A. A. Comparado, Anuario de filosofía jurídica y social (págs. 169- 170). Buenos Aires, Argentina: Perrot.

ser el conjunto de las normas jurídicas que sean válidas en determinada época. La dogmática jurídica es la investigación sobre normas jurídicas positivas; b) la tarea de la dogmática es sistematizar el conjunto normativo para formar un determinado sistema jurídico e interpretar así las normas válidas para esclarecer y precisar su contenido; c) el acto de interpretación se llama *argumentación,* la cual está constituida sobre dos elementos: por una parte, el intérprete tiene cierto material sobre el cual basa sus deducciones como fuentes de Derecho; por otra parte, el intérprete puede usar ciertas reglas de inferencia aceptadas en la comunidad jurídica; d) los valores y las valoraciones quedan insertas en el ejercicio de la interpretación jurídica.

5. El movimiento del Derecho libre

Sin perjuicio de lo que ya se ha indicado -se insiste- a finales del siglo XIX e iniciando el siglo XX, se presentó en Europa un rechazo al tradicionalismo, lo cual sucedió en el mundo del Derecho en plena oposición con su visión estática y formalista. De ahí entonces, la necesidad del Derecho libre. A lo anterior pudo contribuir la filosofía irracionalista, principalmente de Nietzsche y Bergson, por la inconformidad filosófica con el excesivo racionalismo con que se miró la existencia humana y la vida en general. Así, este movimiento del Derecho libre englobará al menos a tres escuelas anti dogmáticas y anti formalistas bien reconocidas: a) la escuela científica francesa; b) la escuela del Derecho libre, con auge histórico fundamentalmente en Alemania; y c) la escuela sociológica norteamericana.

En este lineamiento sobresalió también Oscar Bülow (1837-1907), quien en su obra *Ley y oficio del Juez* (1885), sostuvo que el Derecho es creado por el juez en las sentencias y que el legislador es solo un simple preparador

jurídico y no el creador del ordenamiento jurídico[369]. Lo anterior, lleva a la consideración de que un intérprete del Derecho puede salirse del marco normativo y de los conceptos jurídicos escritos.

Otro teórico fue el ya comentado François Gény y el movimiento del Derecho Libre que fue un fenómeno jurídico fundamentalmente alemán, no tuvo mayores consecuencias prácticas en este país ni en el resto del continente europeo, si nos regimos por las disposiciones normativas válidas y eficaces; no obstante la importancia que de alguna manera pudo ejercer en el ejercicio de la judicatura en países regidos, sobre todo, el por el *common law,* dada la importancia práctica de los pronunciamientos o resoluciones judiciales incluso con función creadora del ordenamiento jurídico, pero nunca así en función sustitutiva de la actividad parlamentaria.

Sin embargo, a manera de ejemplo en el Derecho escrito, en Suiza existió un proyecto de ley que no entró a regir y recogió parte de los principios rectores de este movimiento, específicamente en el artículo 1 del Código Civil del año 1901 (artículo 1) que dispuso: "(…) en los casos no previstos en la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de ésta, según las reglas que él adopte como legislador. Él se atenderá a la doctrina y a la jurisprudencia más autorizadas."

Así, no obstante, la persistencia en los ordenamientos escritos y comparados -en lo que hemos insistido- en cuanto a que el Derecho no escrito puede elevarse a rango de norma escrita en caso de laguna de ésta; lo cierto es que no existe seguimiento compartido que faculte a la autoridad judicial de ejercer competencias casuísticas de legislador, bajo el fuero de la propia conciencia y razonamiento judicial autónomo; antes, bien por el contrario, también los jueces quedan sometidos a la ley y al bloque de legalidad en su conjunto como garantía del

[369] Fue el primero en afirmar "que la ley no puede crear Derecho, mientras que la sentencia judicial implica una acción jurídicamente creadora".

debido proceso, el cual, a la vez, forma parte constitutiva del elenco de los derechos humanos.

Así como parte de las críticas que hace Gény a la interpretación jurídica en la perspectiva del formalismo y conceptualismo positivista, pretende con ello enfatizar en lo que de manera parcial ha sido acogido en el Derecho comparado en relación con la función integradora y subsidiaria del Derecho no escrito, en relación con el escrito, con la salvedad sustitutiva del legislador por el juez, en caso de existencia o propuesta normativa. Ahora bien, hemos de agregar otro elementos crítico al planteamiento de esta escuela o movimiento al buscar por la intermediación judicial, ante el silencio de la ley, la naturaleza de las cosas, pues el ordenamiento jurídico puede ser de la más arbitraria, subjetiva y ocurrente función interpretativa e integradora del Derecho, lo que sin duda no ha dejado de ser práctica consumada en los regímenes totalitarios, en función de principios y elementos que se dicen estar escondidos en aparentes valores y fines del ordenamiento jurídico positivo, siempre en forma contraria a los derechos humanos y a favor de los intereses del partido o grupo dominante. Obviamente, esta no fue la intención de este movimiento, todo lo contrario, sin embargo, la buena fe suele nublarse cuando el ejercicio de la interpretación jurídica desemboca en el absoluto subjetivismo, so pretexto del ejercicio racional de la búsqueda del valor, contenido y fin de la norma escrita, que el legislador no logró compactar en la previsión y sanción legal.

De esta manera, también, sabemos ya de los abusos reiterados en materia represiva e impositiva, cuando el juez suplanta al legislador en casos de laguna jurídica en contra del principio de reserva de ley opuesto al necesario causalismo restrictivo, expreso y amarrado para el correcto ejercicio de la interpretación y aplicación normativa. No es de extrañar entonces, que un país como Alemania, donde tuvo inicialmente una importante acogida teórica este movimiento en favor -diríamos- del principio *a la libre en el Derecho por la actividad*

judicial, no tenga mayor efecto práctico, sobre todo por la mala experiencia de jueces que estuvieron casados y comprometidos con determinadas ideologías, una racial y la otra marxista, tanto en lo que fue la Alemania nazi como en Alemania Oriental, donde el subjetivismo en el ejercicio de la interpretación jurídica nunca fue proclive a la democracia, ni a los derechos humanos, en caso de laguna del Derecho escrito.

6. De la jurisprudencia pragmática al pluralismo jurídico y a la jurisprudencia de intereses.

A finales del siglo XIX inició un retorno al formalismo jurídico, debido en gran parte al monopolio estatal en la producción del Derecho, a la burocracia social y a la tendencia previsora del Derecho. De este modo inicia una revuelta contra el formalismo, debido a las críticas de Ihering y de Gierke.

Otto von Gierke (1841-1921) marca una tendencia contra el formalismo de la jurisprudencia conceptual[370]. Su obra El derecho alemán de las corporaciones (1868-1881), fue un importante estudio, desde las raíces sociopolíticas, de la estructura corporativa alemana. Su indagación parte de la época medieval en donde las organizaciones sociales fueron clasistas y conservadoras en favor de una conciencia jurídica propia.

De este modo concluye que toda comunidad posee determinadas normas jurídicas o costumbres socialmente aceptadas que tienen una profunda base en el pueblo. Este derecho es prioritario y sobrepasa en importancia a cualquier Derecho positivo, por lo cual bien podríamos hablar de una clara socialización del Derecho, no tanto en cuanto a que el Derecho sea un producto social, que sin duda lo es, sino por la importancia que cada sociedad, valores y elementos constitutivos como nación, llegan a influir en la creación e

[370] Gierke abrió el camino al pluralismo jurídico, al sostener que el Derecho es un fenómeno social, antes que un producto nacido de la voluntad estatal.

interpretación jurídicas. De manera que el Derecho es por excelencia una expresión de la vida social, una especie de fuerza exterior sociológica, que va más allá, incluso, del Estado y el Derecho. Este Derecho, para Gierke, es el verdadero, por eso se opone a la consideración del Derecho proveniente de la soberanía estatal (principio del positivismo jurídico). De este modo, el Derecho no se reduce al Derecho estatal.

Este Derecho, ultra e intra estatal, es manifestación plena de la vivencia comunitaria del Derecho. Su metodología es fundamentalmente histórica y sociológica, a fin de desentrañar la esencia y los más profundos ideales de justicia presentes en la dinámica de la comunidad y lograr de este modo conformar las normas positivas. Así entonces, el método de conocimiento del Derecho debe ser histórico al captar la forma y la sustancia interna de las nociones jurídicas. Los conceptos jurídicos no son eternos ni inmutables, sino relativos[371].

La vivencia del Derecho es propia de las comunidades y conforma el Derecho natural, de manera que se le da primacía al tiempo y al espacio en relación con el Derecho positivo que se sustenta en la soberanía estatal. No obstante, Gierke no niega este aspecto del Derecho, pero sí ofrece una base desprendida de la vivencia genuina de la comunidad.

Finalmente cabe indicar que la posición de este teórico del Derecho germánico se opuso a los planteamientos de la escuela del Derecho libre, básicamente por una explicación histórica y sociológica del Derecho.

Rudolf von Ihering es considerado uno de los principales teóricos de la jurisprudencia de conceptos, pero opta posteriormente por la jurisprudencia de intereses. Este distinguido jurista no concibió el Derecho como efecto del devenir histórico, de manera contraria a como lo concibió Savigny, sino más bien, desde una perspectiva más práctica y

[371] Esta posición antiformalista no pertenece exclusivamente al movimiento del Derecho libre, pero si muestra claramente una desvinculación con los postulados dogmático-formales.

realista, como el producto manifiesto de una determinada sociedad para resolver los posibles conflictos surgidos entre sus integrantes; también rechaza el espíritu del pueblo y resalta la actividad consciente y voluntaria de los ciudadanos en la formación del Derecho, sin ser simplemente seres inertes de este espíritu colectivo.

En una primera fase, se muestra dogmático al desarrollar sus obras El espíritu del derecho romano (1852-1865) y Nuestro propósito (1857), que tuvo como antecedente la publicación del periódico-folleto, junto a Gerber (1857) llamado: *Anales para la dogmática del actual derecho romano privado y alemán* (*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*), que llegó a constituirse el medio más importante de la doctrina alemana de Derecho privado. En esta primera etapa tiende a utilizar el método lógico deductivo en la elaboración de los conceptos jurídicos, los cuales se constituyen en el objeto fundamental de la ciencia jurídica. Los conceptos y principios obtenidos deben servir de soporte a los orde- namientos a fin de crear y formar las leyes. Así estos conceptos, en grupo y en estrecha vinculación, originan una ciencia jurídica utilizada como teoría general que a la vez constituye el fundamento de las normas positivas.

No obstante, Ihering posteriormente se percató de que la ciencia positivista presenta, como defecto en su método, el hecho de suponer a las instituciones y conceptos de Derecho como materia primaria de la lógica jurídica, inclinación metodológica que atenta contra la realidad sociológica del Derecho cuya finalidad está en la *praxis* y cuyo sustrato se encuentra en la ética. Esta evolución del formalismo a un método marcado de historicismo sociológico, fue la razón primordial de su cambio de posición de la jurisprudencia de conceptos, hacia la jurisprudencia de intereses. De este cambio profundo de perspectiva e interpretación jurídica es su obra *El fin del Derecho* (1877- 1883), en la cual indica que el Derecho tiene siempre una finalidad y también cada norma que

compone su contenido positivo. El fin surge a partir de la necesidad de encontrar la solución práctica a los conflictos que surgen en el devenir de las sociedades, en cada tiempo y espacio. Por esta razón, el Derecho debe regular, proteger y aplicar los valores de la colectividad; labor llevada a cabo por el Estado de forma coactiva, al ser el Estado la suprema institución con capacidad de fuerza y poder para someter y castigar en caso de violación a la ley en particular y al ordenamiento en general. El fin del Derecho es, entonces, prestar atención a los objetivos que las conductas humanas persiguen en el entorno social, y a la vez dar solución a los conflictos o necesidades de las conductas sujetas a regulación, interpretación y solución jurídicas, por lo cual indica que *la finalidad es el elemento configurador de los institutos jurídicos.* De este período también sobresalen las obras *Jurisprudencia en broma y en serio* (1884); *La voluntad en la posesión* (1889) y *La lucha por el derecho* (1872), la cual manifiesta la diferencia entre lo justo y lo injusto socialmente y de este modo la necesidad de desarrollar el Derecho de acuerdo a los ideales de la justicia y la ética. De ahí que, para este autor, el Derecho que no luche por la justicia es suicida; incluso el derecho subjetivo, constituye una realidad jurídica adquirida por la lucha ciudadana, antes que ser propiamente un instituto de Derecho, por lo cual afirma *Der Kampf ums Recht;* todo Derecho fue adquirido por la lucha. Así el ser humano adquirió derechos por su previa lucha por ellos.

En criterio de Ihering, la ética se constituye en un medio efectivo e indispensable de protección de los valores insertos en el ordenamiento jurídico, más allá del materialismo y utilitarismo, lo que es parte de la lucha activa y comprometida por el Derecho. De esta manera el Derecho es dialéctico: de un lado sirve de instrumento para la solución jurídica de los conflictos y la ordenación social; de otro lado, es un instrumento necesario para evitar, prohibir y sancionar la injusticia. Por lo anterior, de un lado el Derecho busca la paz social y, a la vez, lucha contra todo aquello que la amenace,

socave o pervierta. Ergo: la lucha por los derechos primero, es un deber ético de los ciudadanos, antes que estar plasmados a nivel del Derecho positivo, con lo cual se establece la relación necesaria entre el campo de la norma moral y el ámbito de la norma jurídica; así la lucha por los valores morales es el motivo y base de la ley positiva, o al menos debe primar el valor moral para su plasmación en la norma positiva. El ciudadano tiene que responder por las conductas personales ante sí mismo y en protección de los demás; velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico a nivel personal y colectivo, como parte del deber moral de todo ciudadano en sociedad.

El Derecho entonces presenta retos para mantener la formulación lógica y positiva con ligamen en el disfrute y protección de la seguridad y justicia. Esta lógica debe ser conforme a los anhelos y necesidades de la colectividad, y a los valores éticos que dieron base a su nacimiento por la previa lucha de los ciudadanos en favor de su disfrute y protección jurídica. De esta manera la violación del ordenamiento jurídico implica la de los valores insertos en su regulación, sin que se permitan las injusticias cometidas a nombre del Derecho[372].

Ihering concordó con Bentham en cuanto al rechazo del Derecho natural, pues para él la política de la fuerza era del Derecho[373]. Según Ihering, no era posible concebir un Derecho

[372] Vid. Ihering, en: El espíritu del Derecho romano (Geist des romischen Rechts) III, §60, p. 339; señala:“ (…) dos elementos son los que constituyen el concepto de derecho: uno sustancial, en el que reside el fin practico del mismo –esto es, la utilidad, el provecho, la ganancia –, que debe ser garantizado por medio del Derecho; y uno formal, que únicamente funciona como instrumento para lograr dicho fin –esto es, la protección jurídica, la accion procesal–. El primero de estos elementos es el nucleo, mientras que el segundo es la cáscara protectora del derecho (…). El concepto de derecho se fundamenta en la seguridad jurídica de su disfrute: los derechos son intereses jurídicamente protegidos.”

[373] Bentham e Ihering coinciden en que el Derecho por naturaleza es un mandato del Estado, lo que se convirtió en punto de partida de la Es- cuela Analítica. Ambos teóricos estaban separados de la jurisprudencia analítica, puesto que no concebían un divorcio entre el

sin fuerza, pues la fuerza estatal constituye un elemento fundamental de las normas jurídicas. El Estado es el portador de la fuerza coactiva, organizada y disciplinada. Para este pensador el Estado y el Derecho están íntimamente conexos, pues sólo es posible denominar normas jurídicas a las que tienen la coacción estatal. Del mismo modo las normas internacionales en las que no hay un elemento coactivo carecen de validez.

Sin embargo, Ihering sostiene que no todos los imperativos estatales son normas jurídicas. Distingue entre imperativos abstractos y concretos, en donde los primeros son las normas jurídicas y los segundos los mandatos particulares. Empero, cabe destacar que Ihering no llegó a tener una posición extrema como sucedió con algunos positivistas posteriores que no hicieron la distinción entre imperativos abstractos y concretos. Sostiene que el elemento de coacción es lo esencial de la norma jurídica -se insiste- no obstante, también apela a su contenido, que subyace en el fin de la norma positiva.

Derecho y la ética. Los dos buscaron un principio superior: en el caso de Bentham ese principio se relaciona con lo individual, pero Ihering lo plasmó en la dimensión social. El principio individual de Bentham, como ya se vio, subyace en el placer. El sistema jurídico, debe procurar el bienestar del individuo, entendiendo como bienestar que es la preeminencia del placer en contraposición al dolor. Pero, este placer debe ser procurado al mayor número de personas, en eso radica la eficiencia del ordenamiento jurídico. Para Ihering la sociedad no era simplemente un grupo de individuos, sino que las personas en interrelación buscan un fin cultural común. De este modo un individuo actúa tanto para sí como para los demás. Es decir, las acciones humanas se desarrollan dentro de una colectividad y la afectan, de modo que el Derecho no puede eludir este principio pues regula coercitivamente las conductas humanas. Se desprende de su argumentación una especie de equilibrio que debe pre- valecer entre el individuo y la sociedad. Así, como se puede apreciar, ambos teóricos difieren en sus teorías, pero no se separan de la ética, pues apelan a principios supremos, Bentham en relación con el bien individual y Ihering en relación del equilibrio del individuo y la sociedad.

7. La Jurisprudencia de intereses

La jurisprudencia de intereses, cuya elaboración se le debe principalmente a Philipp Heck (1858-1943), es una corriente de pensamiento jurídico, que se propagó por Alemania, como contrapartida de la jurisprudencia de conceptos formalistas. Cabe aclarar, que rápidamente las críticas al formalismo positivista empezaron a sobresalir, principalmente por la falta de practicidad. En efecto, los juristas en su afán de remitirse a las fuentes romanas del Derecho empezaron a aplicarlo, con olvido de la dimensión sociológica del Derecho. De este modo ocurre un llamado al universo práctico, hecho que será llevado a cabo por Heck, No obstante, en dicha labor también sobresalió Max von Rümelin (1861-1931). Ambos se constituyeron en íconos del naciente antiformalismo.

Heck propuso que el Derecho debía adaptarse a la realidad, es decir, ajustarse a las necesidades de la sociedad, principalmente económicas. Su inclinación evidentemente llevó a una ruptura con la corriente positivista del Derecho, pues las normas considerables incontrovertibles ahora eran cambiantes de acuerdo a los valores y prácticas sociales. De este modo, el jurista y el juez debían analizar la realidad social que se les presentaba, toda vez que el Derecho emanaba de las aspiraciones populares y eran éstas las que le otorgaban legitimidad al Derecho. Es decir, el Derecho en su interpretación y aplicación debía ser primeramente sociológico y por ende histórico, pues deriva de los intereses sociales cambiantes en el tiempo, los cuales debían estar protegidos jurídicamente. La diferencia fundamental entre la jurisprudencia de interés y la de conceptos, consistió en que la primera parte del empirismo propio de la historia y sociología modernas, mientras que la segunda se limita a los conceptos y normas.

El Derecho escrito entonces, debe ser visto como medio de expresión jurídica del legislador, quien conoce de antemano los intereses sociales. Lo anterior adquiere importancia y se refleja claramente en la aplicación del Derecho ante la ausencia de

normas jurídicas, es decir en las denominadas lagunas del Derecho, las cuales no contempló la jurisprudencia de conceptos, en razón de suplir la deficiencia específica de la norma escrita con otra norma no escrita. En cambio, Heck remonta la búsqueda del Derecho hasta los motivos que tuvo el legislador para dictar la norma, desde los factores axiológicos y las circunstancias sociales e históricas, a fin de conocer de primera mano los elementos de juicio que antecedieron a la creación de la ley. Es decir, propuso una búsqueda y aplicación según el espíritu de la ley que es el pensamiento de la ley. En cierto modo se remonta a los orígenes de la ley o a la dimensión genética de la norma, como realidad causal y determinante de su sentido y proyección en el tiempo y espacio.

8. Maurice Hauriou y su oposición al positivismo jurídico

El ya analizado pensamiento del jurista francés Maurice Hauriou, se opuso también a las tesis formalistas del positivismo jurídico, sin ser parte de la escuela del Derecho libre. Su doctrina toma como base a la sociología con la idea de institución; concepto desarrollado posteriormente por los franceses e italianos. Para Hauriou la institución es una organización social que, como idea práctica o materializada, constituye un programa ejecutado y positivizado en la realidad social, con una particular estructura y organización en la que está presente la voluntad, conciencia y gestión humanas. A la vez, la idea de la obra o empresa se interioriza en las conciencias de los individuos que la conforman como parte activa del grupo organizado, por lo que cada desempeño individual, con la interiorización de la idea de la institución, hace que su función particular desempeñada sea en favor del interés colectivo antes que el individual o egoísta.[374] Cuando esta realidad se materializa en la práctica, la institución

[374] En sentido análogo, vid. Ricasens, L. (1973*).* Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México: Porrúa, págs. 275 y ss.

adquiere personalidad, o sentido de unidad personal, sin que se confunda con la personalidad jurídica reconocida por el Estado. Así, entonces, la institución toma personalidad social independientemente del reconocimiento estatal y logra tener por sí un poder autónomo, al ser parte del ejercicio del Derecho constitucional de asociación y de la autonomía privada. Por lo anterior, la institución personifica un colectivo de personas que tienen un fin común, conscientemente compartido. Dentro de la institución se presenta en principio la dicotomía de autonomía y libertad, así como los intereses individuales y colectivos.

Por lo anterior las instituciones crean el Derecho, tal como lo hace el Estado; incluso al crear cada Derecho u organización y actividad jurídica interna dentro de la institución, más que autonomía ejercitan los sujetos de la organización misma, actos de soberanía jurídica, lo que contradice en esencia el postulado básico de los Esta- dos contemporáneos cuyas soberanías son un elemento constitutivo del Estado, en la manifestación de su poder público, que a la vez es único e intransferible. Aceptar la soberanía de las instituciones dentro de los Estados, implicaría aceptar la atomización de la soberanía del Estado en múltiples soberanías distintas; lo que lleva al absurdo de una lógica revertida contraria a su unidad sin que en principio exista algún mayor a nivel poder interno y externo. Y peor aún: cuando el efecto de la atomización de la soberanía jurídica recae en sujetos de Derecho privado, en favor de la anarquía o proclive a ésta, aun cuando exista conciencia compartida y responsable de la función que los individuos deben desempeñar en favor del interés colectivo como unidad personal, social y jurídica.

9. Jurisprudencia sociológica norteamericana

A comienzos del siglo XX, los norteamericanos distinguen entre *Law in actio* (con el que se verifica la realidad) y *Law in the books* (con el que se aprenden conceptos). Esta escuela es conocida como realismo conductista. Entre sus principales exponentes se encuentran Holmes, Pound, Cardozo y

Llewellyn.[375]

Oliver Holmes (1841-1935), fue un gran juez y jurista que se opuso al formalismo jurisprudencial y dio cabida a la jurisprudencia sociológica (*sociological jurisprudence*) o realismo jurídico. Consideró que lo que se experimenta y vive es distinto al estilo tradicionalista de aprender conceptos abstractos y difíciles de entender e incluso de interpretar, como son, entre otros: facultades, poder, obligación; conceptos abstractos, que no resuelven los casos concretos, sino que es la función del juez, en relación con cada caso, donde se aplica e interpreta el Derecho en función de la justicia específica. Así el Derecho es parte de la vida cotidiana; es un hecho social y así se adentra en la visión fundamentalmente sociológica, sin ser de corte normativista, conceptualista o formalista, dado que la norma positiva es la que es, por virtud de lo que disponga la autoridad judicial al caso.

Roscoe Pound (1870-1964) autor de The spirit of the common law (1921), Introduction to the philosophy of law (1922) e Interpretations of legal history (1923), presentó la jurisprudencia sociológica como una ingeniería social, al mencionar que no es una ciencia sino una técnica, pues el jurista debe valerse de las investigaciones sociológicas por la marcada influencia de la sociedad en el ordenamiento jurídico. Pound estableció los fundamentos de la moderna sociología del Derecho (*Philosophy of law*), con adaptación de la estructura legal a las distintas realidades y acomodos sociales. Asimismo, definió el Derecho como norma y como estilo, por el cual se maneja a través de los abogados que incluye a los jueces; de esta forma incorporó a la noción de Derecho las habilidades (*skills*) de los operadores jurídicos, en especial de los abogados. La importancia de la actividad jurídica radica en poder determinar los efectos en la sociedad de las normas e instituciones jurídicas -valga la redundancia- con el consumado

[375] Considerado el padre del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (Uniform Commercial *Code*).

realismo en tal interacción activa, entre dos realidades que son parte de una misma sociedad.

Benjamín Cardozo (1870-1938), quien fue juez y filósofo, dio importancia al entrenamiento lógico que deben tener los jueces, como parte constitutiva y necesaria de la profesión de abogado, la cual no siempre ha dado efectos justos en la sociedad, por lo que debe tener límites en su ejercicio. Por tanto, propuso cuatro métodos para dictar sentencias: a) el método de la progresión o deducción lógica; b) el de buscar inspiración en la línea del desenvolvimiento histórico de alguna institución jurídica.; c) el de atenerse a los datos objetivos de las costumbres y de las convicciones sociales vigentes; y d) el de inspirarse en la justica y el bienestar social. Entre sus obras están: The Nature of Judicial Process (1921) y The Paradoxes of Legal Science (1928).

Por su parte Karl Llellewyn, quien a partir de 1930 se distanció de la posición de Pound con un agrio debate (duró aproximadamente un año) que comenzó con un fuerte artículo de aquél denominado A Realistic Jurisprudence -The Next Step, puso en evidencia que, a pesar de existir un movimiento llamado realismo jurídico, no dejan de dar- se posturas distintas y hasta contrarias en la interpretación y aplicación del Derecho. Se le debe a Llellewyn haber realizado -entre otros méritos- una importante síntesis de los aspectos trascendentales del realismo jurídico, que podrían resumirse así: a) el estudio de las consecuencias sociales de las instituciones e interpretaciones jurídicas. B) Estudio sociológico preparatorio de la legislación positiva.

C) Estudio de los medios para conseguir que las normas sean efectivas en su aplicación. D) Estudio del método jurídico para la aplicación realista de la justicia. E) Estudiar la historia jurídica sociológica, con base en los antecedentes históricos y los efectos de las normas, doctrinas, interpretaciones e institutos jurídicos. F) Aceptación de la importancia de la aplicación individualizada del Derecho.

Lo anterior debe complementarse con lo que también son los rasgos fundamentales del movimiento realista: a) la concepción del Derecho como realidad en movimiento permanente y su relación con la creación judicial. B) La concepción del Derecho como un medio para un fin, sin ser un fin en sí mismo. C). La concepción de la sociedad como cambio dinámico, de mayor rapidez que el devenir del Derecho. D) Establecer para el estudio del Derecho, la separación temporal entre el ser y el deber ser. E) Escepticismo en relación con las normas y conceptos jurídicos tradicionales para determinar con certeza lo que hacen los tribunales y ciudadanos. F) Desconfianza en la postura de que las normas coercitivas son el factor primordial en la toma de decisiones judiciales. G) La importancia de englobar con mayor grado de síntesis y precisión, los casos y situaciones jurídicas, en relación con el pasado que no lo hizo o lo hizo en menor medida. H) La necesidad de evaluar cualquier manifestación del Derecho según sus efectos. I) Insistencia en el ataque sostenido y programático de los problemas jurídicos, conforme a lo anteriormente indicado.

10. Realismo escandinavo

Denominado también sociologismo escandinavo, nació en la Universidad de Upsala (Suecia). Su fundador fue Axel Hägerstörm[376], quien consideró que el Derecho consiste en un

[376] Sostuvo que el Derecho se inscribiría dentro del pensamiento mágico: "a partir de que somos conducidos inevitablemente a la concepción de que la noción de deber jurídico no puede ser definida con referencia a ningún hecho, sino que tiene una base mística, tal como ocurre con la del derecho subjetivo". Expresa que el Derecho como realidad em- pírica no puede ser definido ni como una protección garantizada por el Estado, puesto que la garantía se materializa recién cuando el derecho es violado, ni como un mandato dispuesto por la autoridad, dado que la obligatoriedad de la norma no depende del conocimiento que tenga el súbdito, por lo que "esta insuperable dificultad para determinar los hechos que corresponden a nuestra idea de estos derechos nos llevan a suponer que no hay tales

complejo de fenómenos sicológicos, razón por la cual también se le denomina a esta escuela como “realismo sicológico”.

Otro de los representantes de esta escuela fue Karl Olivercona, quien estimó el Derecho como un misticismo emparentado con el pensamiento mágico. Este teórico del Derecho indica que el poder del soberano radica en la norma jurídica, de manera que no es posible concebir la soberanía estatal sin antes tener el Derecho. De este modo, el Derecho posibilita la soberanía del Estado y no así el Estado en sí mismo, sin que se identifiquen lo cual contradice al positivismo jurídico[377].

Un Estado moderno difiere de toda otra organización, pues implica un monopolio real de la fuerza dentro de ciertos límites territoriales. Las normas jurídicas regulan esta organización política y el uso que ella hace de la fuerza. Este intento de disolver el normativismo y la mística que en alguna medida implica transformar a la ciencia jurídica, en la organización monopolizada de la fuerza. La fuerza -dice Olivecrona- es semejante al fuego: en libertad es un elemento destructivo para el ser humano; en sujeción es necesario para la vida. Todo el Derecho se resuelve así, en la canalización de la fuerza por el aparato del Estado; y es la fuerza y ninguna otra base mística o metafísica, lo que da validez al Derecho y sentido a las expresiones de deberes y derechos.

La norma jurídica se presenta como producto de un curso de actos que se apegan al Derecho de la Constitución y son el resultado de múltiples influencias. De esta manera se contradice el hecho de que exista una autori- dad de la cual emanen las normas. De forma semejante procede con el concepto de voluntad estatal, o voluntad popular, que son en

hechos y que las ideas de las que hablamos no tienen nada que ver con la realidad.” Hägerstörm, A. (1953), Inquines into the Nature of Law and Moral.CVB Upsala.

[377] “En la misma forma en que se sitúa a Dios tras las normas morales, se sitúa al Estados tras las normas jurídicas”. Olivercrona, K. (1980), El Derecho como hecho. Barcelona, España: Labor.

su criterio simples ficciones.

Como alternativa a la problemática anterior, Olivecrona aduce que el origen de las normas se pierde en la oscuridad histórica, y que las normas recientes van hacia "el fundo jurídico común" por distintas vías. Al respecto indica que las normas se fundamentan en el respeto que es la fuente inmediata del poder legislativo.

Las normas jurídicas son obligatorias porque tienen "fuerza vinculante". No obstante, se presenta el problema de que la norma jurídica no es un imperativo, pero "la forma de expresión de la misma" se presenta a manera de mandato. Para ello Olivecrona se basa en la teoría de los "imperativos independientes", según la cual, un imperativo independiente no es una declaración de voluntad sino una "forma de expresión", la cual mediante términos sugerentes influye en la conducta de los individuos. Su eficacia radica en la aceptación grupal de la disposición normativa, lo que depende de muchos factores. Considera que las normas jurídicas están conformadas por este tipo de imperativos, a los cuales asimila con los "cuasi-mandatos" de Ross. Sin embargo, se distancia de Ross al considerar que el "cuasi-mandato" se funda en la acritud psicológica del grupo, de modo que la función del juez queda restringida a resolver controversias sobre los derechos y deberes establecidos, y se dictará sentencia cuando el juez haya sido convencido de que alguna de las partes en el proceso, lleva la razón en sus pretensiones o derecho.

Otro de los exponentes de esta corriente fue Vilhelm Ludstedt, quien considera absurda la frase de juicio del deber ser jurídico, pues carece de objetividad la expresión de un sentimiento de deber ser. Ello sustentado se sustenta en el hecho de que sólo es objetivo aquello que carece de sentimiento, por lo cual en su concepto la justicia es un juicio relacionado con el sentimiento del deber ser.

Sin embargo, el máximo representante del realismo escandinavo es el ya referido autor Alf Ross, reconocido por su obra *Sobre el Derecho y la justica* (On Law and Justice, 1958).

Sostiene que el concepto de norma para que sea válido debe cumplir con al menos dos condiciones: a) conectar a la norma con los directivos; b) posibilitar la afirmación consistente en que ciertas nomas realmente existen o que están en vigor. Para satisfacción de este problema de dos caras propone que "una norma es un directivo que está en una relación de correspondencia con hechos sociales."[378]

La teoría de Ross consiste en que el "Derecho vigente" es, primeramente, un sistema normativo referido a una comunidad concreta, es decir, el Derecho existe en relación a un orden nacional. De este modo, no es posible tratar de forma aislada la norma jurídica, sino desde una "máquina jurídica". Este aspecto es el que lo diferencia de la moral. Al respecto remite a la génesis de la moral y de lo jurídico, toda vez que la moral es inculcada por la razón y establecida por el hábito; tiene un profundo carácter personal y aunque sus actitudes se conformen de acuerdo con ciertas tendencias, no llegan a integrar un sistema objetivo y social, mucho menos jurídico. Por esta razón, las normas morales son "vividas como convicciones racionales de un carácter altamente personal". Por otra parte, el Derecho es de origen institucional si bien se vive "como obligatorio o válido en un sentido similar a la moral". Pero, en contra- posición a ésta depende de una experiencia externa de autoridad que lo hace heterónomo, apelando no sólo a la buena voluntad, sino también al temor de la coacción. Siguiendo esta línea de pensamiento, propone que las normas jurídicas conforman un esquema de interpretación, en tanto que un gran número de acciones son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación.

En los aspectos anteriores Ross coincide con el resto del realismo escandinavo. Sin embargo, no se limita a las consideraciones anteriores, debido a que también concibe a la

[378] Lundstendt, V. (1956), El derecho y la justicia (Una crítica al empleo de la valoración de la justicia). En R. Vernengo, El hecho del derecho. Buenos Aires: Losada.

obediencia como efectividad de las normas, en la medida que son experimentadas y vividas por los juzgadores, como socialmente obligatorias o vinculantes.

Con lo anterior Ross llegó a una síntesis entre el realismo psicológico y el realismo conductista. En efecto, no se limitó al *factum* o hecho de las normas aplicadas en los tribunales, como aspecto esencial de la realidad jurídica, pues tal posición supone la simple observación externa de la normativa vigente, lo cual se traduciría en puro conductismo (behavorismo) jurisprudencial, conformado por la consistencia material y la predictibilidad de la conducta de los jueces. Para romper con esta percepción, es necesario recurrir a la hipótesis de una vida espiritual (mental) de los órganos jurídicos, es decir, las normas jurídicas son socialmente obligatorias en razón de su operación en el espíritu del juez que las vive (felt). A esta realidad Ross la deno- mina "ideología normativa", que sirve de base a los jueces para tomar decisiones y la aceptan por puro sentimiento de deber, a la manera de ser un imperativo categórico kantiano. Sin embargo, no es un simple fenómeno psicológico, toda vez que existe la experiencia de creer en la vali- dez de la norma, es decir, está presente en la conciencia humana que la norma positiva es "válida". De este modo, las normas son directivas o entidades lingüísticas abstractas que permiten entender ciertos fenómenos psicológicos y sociales, los cuales son interpretados con la ayuda de términos como «validez» o «vigencia», entre otros. Caben este punto señalar que la directiva es distinta de una expresión de aserción, o de un juicio sobre la realidad que tiene significado expresivo y equivale a la "expresión sin significado representativo". De este modo, la directiva posee una "idea-acción" concebida como forma de conducta. No obstante, las directivas suelen dividirse en dos clases: las personales (consejos, advertencias, recomendaciones, instrucciones, exhortaciones o admoniciones) y las impersonales. Estas últimas carecen de fuente definitiva y de receptor, de este modo obtiene los llamados cuasimandatos -término preferido por Ross- en vez del término orden o

imperativo, por ser más generalizado y neutro, de manera que el individuo se encuentra con una orden existente que se impone. Por tanto, el "cuasi-mandato" se constituye en la norma jurídica, ante la cual el individuo debe tener el cuidado de evitar accionarla y así poner en marcha la maquinaria normativa, incluso en su contra.

Desde esta posición doctrinal, la ciencia del Derecho se dirige al contenido abstracto de las directivas, no a las realidades. El carácter normativo de la ciencia del Derecho significa que se trata de una doctrina referente a normas y no una doctrina compuesta de normas. No tiene por fin postular o expresar normas, sino solamente establecer que éstas son Derecho vigente e imperativo. La ciencia jurídica apunta a la ideología, a la abstracción, a las directivas. La sociología jurídica, en cambio, lo hace al Derecho en acción, a los fenómenos jurídicos.

11. La Teoría pura del Derecho

Como ya se da insistido, el precursor de esta corriente ha sido su fundador el jurista y filósofo del Derecho, Hans Kelsen, quien en su ''Teoría pura del Derecho" expone su posición adentrada en la influencia del neokantismo y el mundo jurídico francés y alemán. Su perspectiva –se in- siste- queda limitada al Derecho positivo y propone una ciencia del Derecho autónoma, es decir, no una filosofía, ni una sociología, ni una política jurídica. Pretende librar al Derecho de todo lo que no sea estrictamente jurídico, excluyendo todo aquellos considerado como metajurídico, como si la norma jurídica fuera un producto *in vitro* donde prevalece la objetividad, la contrastación y verificación de resultados e hipótesis para la certeza científica. Solo que la norma jurídica es también un producto social, cultural, intelectual, histórico, temporal, cuyo ejercicio en su creación, modificación, derogación, interpretación y aplicación, no deja de lado elementos de valor y valoración, por quien ejerce la función de relacionarla, en una u

otra dimensión, con la realidad social según cada tiempo y espacio.

Kelsen distingue la esfera del *ser (sein),* que corresponde a las leyes naturales*,* de la esfera del *deber ser* (söllen), propio de las leyes jurídicas o normas; y considera que debe haber una lógica propia para este ámbito del deber ser. De este modo, el Derecho se presenta como una técnica social consistente en un "orden coactivo exterior", en un ordenamiento jurídico constituido por normas escalonadas de acuerdo a la jerarquía de la validez en función de un sistema jurídico en proceso activo de desenvolvimiento jerarquizado e interrelacionado. Así cada norma es soporte para otra anterior hasta que se llega a la Constitución, en calidad de ley suprema como noma fundamental, o acaso como fundamento de todas las demás normas jurídicas.

De este modo se obtiene un formalismo extremamente rígido en donde no se da lugar a contenido alguno que no sea constitutivo de Derecho. Lo anterior, excluye radicalmente al Derecho natural y al universo ético, toda vez que son irrelevantes para este sistema jurídico cerrado y autosuficiente.

Corresponde a la Teoría pura del Derecho estudiar la norma jurídica, dejando de lado todo aquello proveniente de la moral que interfiera con lo considerado jurídico; de este modo, según Kelsen, se obtiene la autonomía y legalidad necesarias en la ciencia jurídica. Así entonces, la norma jurídica se concibe como juicio hipotético que expresa la posibilidad de un hecho cuya consecuencia es determinada en la misma norma jurídica, en plano de autosuficiencia normativa.

La norma jurídica se basa en la fórmula, a saber: si A es, debe ser B. Sin embargo, tal relación entre A y B se produce sin intermediación alguna de elementos extrajurídicos como son, entre otros, la moral y la política. El "deber ser" constituye un *a priori* para la aprehensión o toma del material jurídico concreto. La norma jurídica no sería vista como un mandato, lo cual iría en detrimento del concepto de voluntad del Estado; sino como un juicio hipotético que abarca un supuesto de la

conducta humana vinculada a una consecuencia jurídica derivada de la potestad coercitiva del Estado.

En cuanto a la dimensión negativa de la norma, se destaca la permisión negativa como única posibilidad. De este modo debe existir la posibilidad de existencia de una conducta de forma positiva, por determinada norma limitante del ámbito de una norma prohibitiva, a fin de que la conducta sea prohibida, es decir, toda conducta está permitida de manera negativa. Esta perspectiva entonces, con prevalencia exclusiva del Derecho positivo, reduce lo jurídico y el Estado al mundo de la normatividad, razón por la cual no existe diferencia entre el Estado y el Derecho, dado que el Derecho válido y eficaz, es expresión del Estado en el ejercicio de sus potestades; y el Estado a la vez no existe sin el orden jurídico que lo posibilita y le da soporte necesario. Las normas jurídicas son válidas simplemente si cumplen con lo dispuesto jurídicamente para su nacimiento y eficacia; de tal manera que lo importante es la legalidad, no así la legitimidad de las normas, si ésta tiene elementos distintos a la legalidad misma. Con la eliminación de esta última dualidad reduce la teoría del Estado a ser simplemente una parte de la teoría del Derecho, a la vez que el Derecho nacional y el Derecho internacional quedan abarcados dentro de un sistema jurídico conformado por todos los ordenamientos jurídicos positivos. Así pues, la tesis kelseniana rompe además con la dicotomía entre Derecho y justicia, de igual forma con la dualidad del Derecho objetivo y el subjetivo.

Por lo anterior, sin perjuicio de todo lo ya indicado en este mismo texto, la Teoría pura del Derecho se convierte en la forma más acabada del positivismo jurídico que pretende llevarse la gloria del rigor científico; no obstante tiene el latente peligro de justificar en nombre de la normatividad, conductas carentes de contenidos de valor que pueden ser contrarios a los principios e incluso normas, que aun no siendo positivas dentro de los Estados, no dejan de formar parte del Derecho internacional humanitario, o simplemente de los derechos humanos. La historia pasada y presente está llena de ejemplos

de normas positivas que son parte de cuerpos legales formal y positivamente válidos y eficaces, pero con carencia de valores que son o deben ser parte constitutiva de los ordenamientos jurídi- cos; al menos en los Estados de Derecho, donde sus dimensión reguladoras no se agotan en la simple legalidad, por la necesaria coexistencia con la autoridad y la legitimidad democráticas

Además, debemos añadir que la norma hipotética fundamental de Kelsen, donde descansa todo su andamiaje de las normas positivas jerarquizadas en situación creciente o decreciente, tiene un problema serio de ubicación para el ejercicio de la ciencia jurídica: no puede tener oposición ni contrastación verificable, pues no deja espacio para que la norma hipotética deje de ser una hipótesis permanente, muy lejos del método científico y de la ciencia aplicada. Su norma hipotética fundamental queda pues al margen de cualquier comprobación o contrastación verificable a nivel objetivo, por lo cual se desliga del rigor científico por adentrarse en el dogma, o en la verdad metafísica; incluso en el axioma de la construcción matemática, con divorcio de lo que se conoce por verdad en la investigación y práctica científica; sin perjuicio de la matemática como ciencia de la lógica.

12. Teoría egológica del Derecho

Esta teoría fue fundada por el argentino Carlos Cossio y sostiene que el Derecho es conducta por excelencia; en consecuencia, es una ciencia de la experiencia humana. El Derecho es el objeto como conducta humana viviente realizada por el *ego* o por el yo *(ego* yo*; logos,* ciencia*),* pues se trata de una ciencia del yo o de la conducta humana, de donde tiene soporte la teoría en su conjunto; de ahí su nombre *ego*-lógico, o estudio y realización de la conducta a través del yo; razón por la cual no se puede prescindir de la presencia de cada yo, en relación con las conductas humanas que definen y conforman el ámbito del Derecho, como normas de conducta.

En efecto, la teoría egológica es parte del pensamiento jurídico filosófico, que hace girar los problemas del conocimiento y de la acción alrededor de la conducta humana, lo que a la vez forma parte constitutiva de la ciencia jurídica en planos del conocimiento y realidad práctica. Así este planteamiento de Cossio parte de una filosofía que se sustenta en el criticismo kantiano, en la fenomenología de Husserl[379] y en la filosofía esencialista de Heidegger.[380] De esta manera, en su perspectiva, no se interpreta la ley directamente sino la conducta humana a través de la ley, incluso para poner un sentido de orden axiológico en alguna conducta sujeta a valoración o consideración. En efecto, como verificación objetiva de la variación de los enfoques de las conductas humanas, que a la vez son parte de la interpretación y aplicación de las leyes, existen casos iguales resueltos de manera distinta, dada la existencia de leyes diferentes, aun cuando debiera aplicarse el mismo fondo jurídico; no obstante, se da la presencia de sentidos diversos en relación con las conductas y el Derecho; incluso el juez ejerce su conducta interpretativa en relación con las conductas insertas en el ordenamiento jurídico y aquellas otras que ponen en práctica su contenido para cada caso concreto.

Aplicar la ley no solo implica poner un sentido jurídico a la conducta que se considera e interpreta, sino que a la vez se puede extraer un sentido de la ley aplicable a partir de la conducta objetiva. Así en la aplicación de las leyes está presente algo, que va y viene, algo que pone y extrae de la

[379] "La esencia (*eidos*) es un objeto de nueva índole. Así como lo dado en la intuición individual o empírica es un objeto individual, lo dado en la intuición esencial es una esencia pura" Husserl, E. (1962). Ideas relativas a una fenomenología pura ya una filosofía fenomenológica. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, pág. 21.

[380] El ser humano está siendo en el mundo, sin ser una entidad acabada y definitiva, es decir, el ser humano es sólo una circunstancia mundana y sólo en ella se concibe el "ser-ahí", o el ser al que le viene el ser, como realidad dada y como realidad ontológica en el mundo al que está arrojado entre seres, bienes y cosas.

respectiva conducta que se está valorando y considerando. De esta manera, la ley es una expresión conceptual y la interpretación es un modo de conocer una determinada realidad. La conducta es el objeto mencionado por la expresión conceptual y el objeto es lo que debe ser conocido a través de la comprensión humana, que se logra alcanzar por un proceso empírico-dialéctico.

A la vez, las leyes son conceptos, significaciones u objetos ideales que se inteligen. El legislador utiliza expresiones que se supone son conocidas e intelegibles, sea que pueden ser captadas en su contenido por la comprensión inteligente. Los jueces por su lado no interpretan leyes y normas, sino que interpretan o comprenden conductas que pueden ser activas o pasivas; de ahí entonces que la conducta sea el núcleo duro de la ciencia del Derecho; el centro básico de la teoría egológica. El jurista, para esta teoría, trata con el significado que tienen los actos o conductas humanas; a la vez los actos humanos no son hechos de la naturaleza cuya existencia hay que explicar, sino que son la expresión de algo que es precisamente lo que se debe definir y precisar como parte del mundo de la cultura. Así como esclarecemos el sentido del bronce de una obra de arte para su debida e íntegra comprensión, también el jurista debe esclarecer el sentido de las conductas, sin exclusión de la interferencia subjetiva, por medio de la actividad del *ego* o el yo, en relación necesaria con las normas jurídicas. En criterio de Cossio, la fuerza de convicción que pueda tener el criterio u opinión del jurista, se apoya tanto en la norma como en la conducta, sin apartar ninguno de ambos contenidos.

En síntesis: a) el Derecho no solo regula conductas de las relaciones intersubjetivas, sino que en sí mismo es conducta; b) las conductas se conceptualizan a través de las normas y la interpretación jurídica; c) el Derecho se interesa por la conducta humana en su unidad expresiva;

d) el Derecho no excluye los actos de fuerza; e) el Derecho considera todas las conductas humanas; f) las normas jurídicas imponen sanciones y son juicios disyuntivos; g) la

libertad forma parte sustancial y necesaria del Derecho

13. Escuela del método comparativo.

Este movimiento consiste en la defensa del método de comparación de diversos sistemas jurídicos o de ordenamientos jurídicos sin limitarse a la comparación normativa

sino que debe ser remitido al medio social en el que se desarrolla el Derecho, es decir, no se trata de comparar dos o más sistemas jurídicos pues lo que se busca es la comparación de realidades sociales que gestan estos sistemas[381].

Se busca la comparación con la finalidad de constatar cuestiones comunes a los sistemas jurídicos, pues todos han de resolver situaciones relativas al comercio, crimen, derechos subjetivos y demás variables que se compar- ten universalmente. Los derechos humanos no dejan de ser un fino material de ubicación y resistencia que liga a los distintos ordenamientos jurídicos para la identificación comparada de los Estados de Derecho.

[381] Este método surgió a finales del siglo XIX y principios del XX en autores como Bachofen, Köhler, Fustel de Coulanges (Francia) y Morgan (Estados Unidos).

DÉCIMA PRÍMERA PARTE
EL ESTADO

CAPÍTULO XXXII

DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y ESTADO

1. El Estado moderno: caracteres específicos. 2. Fines y elementos del Estado. 3. Las formas del Estado, de gobierno y de régimen. 2. El Estado como fuerza. 3. El Estado como poder. 4. El Estado como autoridad. 5. El Estado es más que legalidad formal.

1. El Estado moderno: caracteres específicos.

Desde el punto de vista histórico, la línea inicial que marca el nacimiento del Estado se encuentra en la Baja Edad Media cuya característica fundamental es el poder coactivo y la protección jurídica. En tanto su fin primordial fue el ejercicio de la fuerza hacia el exterior y la protección de la convivencia en paz y armonía, junto a los bienes de cierta categoría privilegiada de súbitos hacia adentro, sin que todavía tenga potestades económicas o impositivas generales, sino únicamente manifestaciones de negociaciones concretas. Sin embargo, tampoco podemos implicar al Estado medieval como defensor a ultranza y en abstracto de los derechos sociales, a no ser respecto a una pequeña parte de los súbditos en alguna medida aventajados respecto a otros.

Con el nombre de Estado en sentido estricto, debemos resaltar la presencia de los cinco elementos que lo componen: el territorio, la población, el poder, el gobierno y el ordenamiento jurídico. En lo relativo al gobierno, que no necesariamente coincide con la cantidad de poder desplegado según sea cada organización política y jurídica, se impone la necesaria separación entre poder y gobierno, pues en una democracia el gobierno no tiene igual can- tidad de poder que la existente en una dictadura. De ahí que, si bien es cierto que todo gobierno tiene poder, no todo poder es igual en las distintas formas de gobierno dentro de los Estados contemporáneos. Ahora bien, con retomo parcial de los

elementos históricos comparados, luego de la Edad Media, la Reforma protestante y la caída del feudalismo producen el robustecimiento de la autoridad del Estado y la implantación del Estado absoluto. Esta configuración del Estado recibió distintas denominaciones; así Maquiavelo utilizará el término «lo Stato» y Bodino lo caracteriza principalmente por ser soberano, unitario y absoluto.

En efecto, para Bodino el Estado es soberano y no tendrá otras limitaciones que las del Derecho divino y el Derecho natural; la totalidad de la soberanía recae en el monarca que tendrá la facultad de dictar leyes, aunque no podrá reformar ni suprimir aquellas que sean consecuencia de la soberanía anterior, como las de sucesión al trono. Por otra parte, el Estado tendrá un carácter acentuadamente unitario, establecido en un territorio propio que unifica den- tro de un sistema político, la dimensión feudal y eclesiástica, y que se rige con independencia del Pontificado y el Imperio. Asimismo, tendrá carácter absoluto y el príncipe gobernará con total independencia, pudiendo rodearse de un cuerpo de consejeros, aunque nunca supeditado a los consejos o voluntad de éstos. Los pensadores que marcan esencialmente los tres momentos del Estado moderno son: en el siglo XVI Maquiavelo y Bodino; en el siglo XVII, Hobbes y Locke y en el siglo XVIII, Montesquieu, Voltaire y Rousseau.

Maquiavelo por su lado, reflejó sus ideas en las obras El Príncipe y Comentarios a las Décadas de Tito Livio. A su vez *d*espreció el Derecho natural y es el primer pensador que enfocó los problemas políticos de manera realista siendo por ello básicamente el fundador de la ciencia política, como ciencia que estudia el objeto de la política. En el criterio implícito en su mensaje, para el político cualquier medio es bueno, si sirve a sus fines. Separa pues la políti- ca de la moral, dado que la política debe ser neutralmente útil. Admiró también la fuerza y eficacia como atributos del gobernante, quien a la vez debe preferir ser temido a ser amado. Elaboró el concepto de «lo Stato», dándole un ran- go superior y subordinando a la

moral en relación con sus necesidades prácticas y reales.

Bodino por su lado, resaltó el término y sustancia de la soberanía estatal y sus teorías quedaron expuestas en *Eptaplóbero* y, sobre todo, en Les six livres de la République (1576). Unió a la visión práctica la visión científica, y aunque distingue los ámbitos del Derecho y la moral, no llegó a establecer una separación radical entre ambos. Su óptica mira en la soberanía el carácter esencial del Estado, cuya encarnación radica en el rey o soberano; defiende a la vez el absolutismo y fue proclive a la forma de gobierno de la monarquía absoluta, que es en su criterio la mejor y más estable.

Por su lado Hobbes publicó el primer tratado de filo- sofía política existente en Inglaterra: el ya mencionado Leviathan. Separándose de la fundamentación divina, pretendió justificar la existencia del Estado desde la base racional. La soberanía del Estado se funda en la obediencia ciega de los súbditos; el Estado es el gran Leviathan, formado por todos los súbditos que absorbe la unidad absoluta y el poder soberano. La finalidad del Estado es logar la paz y evitar la guerra, para lo cual los seres humanos constituyeron un pacto o contrato social con cesión de sus derechos naturales en favor de un poder común al que se someten por miedo a la inseguridad y la muerte violenta; poder que actuar en beneficio de todos. Este poder fue recibido por el soberano, que debe ejercitarlo ampliamente, sin mayores reservas; de forma que, si alguno de los pactantes pretende violar el contrato social, podría ser eliminado. También el estado de naturaleza no solo es un estado pre-civil, pues puede presentarse en cualquier momento durante la organización política vigente a través del pacto social, cuando la anarquía, el desorden y la inseguridad colectiva e individual hacen gala de presencia.

Locke expuso en sus Dos *tratos sobre el gobierno* la doctrina de tipo contractual, aunque radicalmente distinta a la de Hobbes. En su concepto, en el Estado de naturaleza prevalece el orden y la razón; a su vez los seres humanos tienen

derechos fundamentales, como son la libertad y la propiedad, pero sus controversias sólo pueden ser evitadas por la creación de una sociedad política a través de un contrato o pacto colectivo, en el que ceden sus prerrogativas al conjunto de la comunidad social, que autolimita sus facultades a la defensa del Derecho natural. En cuanto a la separación de poderes, o mejor aún, la división orgánica de funciones, su doctrina es un precedente para lo que será la doctrina propuesta por Montesquieu.

Rousseau señaló en *El Contrato social* la tesis de que el hombre sólo puede ser feliz en su primitivo estado de naturaleza, al que debe volver civilmente. El hombre es libre y vive encadenado, es bueno y la sociedad lo pervierte; la propiedad privada es la fuente de todas las luchas.

Es preciso un orden social que devuelva a los hombres su igualdad y su libertad, «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y bienes de cada asociado y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes». Surge así el contrato social, por el que se produce la enajenación total de los derechos de cada asociado a la comunidad; en esta comunidad se resumirán las voluntades de todos los individuos, formando la *voluntad general,* que viene a ser la «balanza en que se equilibran las voluntades particulares en el fiel principio de la igualdad». En su criterio no es la voluntad de todos, sino la voluntad de la mayoría la que responde a los intereses de la comunidad; voluntad que siempre es recta y justa por su carácter general.

2. Fines y elementos del Estado moderno.

a) Los fines del Estado

En cuanto a los fines del Estado, debe valorarse si el Estado debe o no considerarse como un fin o solo como un medio.

Modernamente, las teorías pueden dividirse en las que defienden el principio del fin único y aquellas otras que proclaman el fin múltiple de los Estados. En la dimensión del *fin único,* podemos citar la posición *eudominista,* propia del utilitarismo de Bentham y Wolf*,* según la cual el Estado cumplirá su única misión cuando logre satisfacer el bienestar de la mayoría de los ciudadanos; también en la misma dimensión única según la concepción etista de Hegel, el Estado está llamado a realizar el fin moral; asimismo está la postura *jurídica* de Rousseau y Kant, según la cual el Estado es el encargado de velar por la seguridad y la esfera de libertad dé cada ciudadano.

Dentro de las teorías que sostienen el *fin múltiple* del Estado, están los pensamientos de Adam Smith y Holtzen dorff. Para el primero son tres los principales: la defensa del Estado frente al exterior; la protección del individuo contra las injusticias de los demás y la realización de obras y servicios de interés público. Para Holtzendorff es indispensable tener presente al pueblo al que se pertenece, frente a otros pueblos del exterior, por el peligro de la invasión y la guerra; así el Estado debe ser una potencia nacional; en segundo lugar, el Estado debe ser un orden jurídico que proteja la libertad individual frente, a la posible anarquía entre los individuos que lo componen; en tercer lugar, el Estado ha de proteger y crear la cultura necesaria para evitar, dentro de un mismo pueblo, la lucha de clases.

b) Los elementos del Estado

Como se adelantó, el Estado contemporáneo tiene dos elementos físicos por excelencia: el territorio y la población; y otros dos elementos de orden inmaterial como son el poder y el gobierno, sin excluir el ordenamiento jurídico escrito y no escrito, como elemento objetivo y normativo sin el cual ningún Estado puede existir y desenvolverse a lo interno y externo de sus relaciones con otros Estados y entes u órganos

internacionales. Ahora bien, autores como Kelsen basa el Estado en criterios estrictamente jurídicos, sin el cual la población no es sino el «conjunto de hombres que pertenecen al Estado»; el territorio es a la vez el espacio de validez de un sistema normativo. Por su parte, Carl Schmitt, aportó a la teoría política allegada a la dictadura nacionalsocialista, una nueva trilogía constituida por la nación, el pueblo y el movimiento. Destaquemos entonces algunos de sus elementos, sin excluir a la nación como concepto eminentemente sociológico antes que jurídico, a saber: a) *La población* que se considera como uno de los elementos del Estado, vendrá a ser la agrupación de individuos que se establece sobre un determinado territorio y adquiere un mínimo de estructura organizada; modernamente ha sido definida como el conjunto de ciudadanos que poseen un motivo para materializar jurídicamente el Poder del Estado. B) *La relación jurídica* entre el Estado y la población denota ser en algunos casos objeto del poder público, para arribar a la teoría absolutista; en otros, como sujeto de este poder en favor de la teoría democrática; asimismo está la relación como esfera de competencia de un ordenamiento jurídico, propio del pensamiento positivista; también está la tesis sociológica en favor de la necesaria distinción entre gobernantes y gobernados. C) En cuanto al aspecto de la *nacionalidad,* son dos los criterios fundamentales que se han seguido: el «ius sanguinis» y «ius solí»; siendo para el primero nacionales aquellos que hayan nacido de padres que sean de una determinada nacionalidad, aunque el hecho del nacimiento haya tenido lugar en el extranjero; para el segundo, son nacionales los nacidos dentro del territorio con independencia absoluta de la nacionalidad de los padres. Existe, además, el criterio funcional, seguido por el Estado Vaticano.

Asimismo, la nacionalidad tiene dos manifestaciones: la originaria y la adquirida, siendo la primera la que viene determinada por el hecho del nacimiento, y la segunda, la que deriva de la solicitud y consecuente concesión en un país distinto, cuyas particularidades varían según las normas

jurídicas establecidas en cada Estado. Pero existen dos situaciones excepcionales en torno a la nacionalidad de las personas, a saber: la apátrida y la doble nacionalidad. La *apatridía* supone la existencia de sujetos sin ninguna nacionalidad y puede sobrevenir, o bien porque dos Estados mantengan criterios distintos respecto al *ius sanguinis* y al *ius solí* (privando ambos de nacionalidad al nacido en el territorio de un Estado con padres pertenecientes a otro Estado), o bien por razones políticas. En cuanto a la *doble nacionalidad,* puede producirse cuando el individuo se ve nacionalizado por cumplimiento a las exigencias de cada ordenamiento jurídico, sin perder por ello su nacionalidad de origen.

También existen teorías de la relación entre el Estado y su territorio, que es parte del objeto del Estado sobre el que ostenta un *dominium eminens*; lo que conforma la tesis patrimonialista que fue adoptada por Laband, aunque con propias modificaciones al considerar tal dominio como derecho real de naturaleza política que abarca el territorio físico entre fronteras de los Estados; el territorio aéreo y el marítimo; sin excluir el principio de la extraterritorialidad, donde los Estados extienden su territorio al de otro u otros Estados por medio de tratados, convenios y concordatos internacionales, que den base para la validez y eficacia de las relaciones diplomáticas y del servicio exterior de cada Estado.

En lo relativo al poder del Estado, la característica fundamental es la de estar jurídicamente organizado, siendo siempre un solo poder público que a la vez se distribuye en múltiples órganos y entes dentro de cada organización y estructura jurídica estatal. De ahí que sea incorrecto en sentido estricto hablar de tres o más poderes del Estado que es único; permanente, sin fines de lucro; laico o ajeno a la dimensión religiosa, al menos en los sistemas no teocráticos; de naturaleza política y jurídica; y es parte de la expresión de la soberanía que es también un elemento constitutivo del Estado para la autoregulación normativa sin ningún poder mayor,

externo o interno.

3. Las formas del Estado, de gobierno y de régimen.

a) Las formas del Estado

La clasificación de las formas de Estado es preciso separarla de las formas de gobierno, pues no todo Estado -se insiste- tiene igual cantidad de poder para el ejercicio de cada gobierno. Así tenemos Estados dictatoriales y demo- cráticos; también desde la perspectiva territorial están el *Estado unitario* y el *Estado compuesto.* Dentro del Estado unitario, se distingue la forma centralizada, la descentralización, la desconcentración, la autarquía y la autonomía, y dentro del Estado compuesto, el Estado federal, la con- federación, las uniones real y personal; la Commonwealth británica.

1) El *Estado unitario* es la expresión más clara y elemental de una formación política, puesto que supone un territorio y un pueblo homogéneos integrados en el ámbito del ejercicio de una misma soberanía estatal; tal es el caso de Costa Rica conforme a su Constitución Política de 1949. A su vez, el Estado unitario puede analizarse en el *centralizado,* donde las normas jurídicas emanan de centros de imputación jurídica y política comunes para todo el territorio y a él extienden su validez; todas las autoridades son centrales o derivan su competencia de una autoridad central; las divisiones y organismos locales aparecen concebidos como órganos del Poder central. El tipo descrito constituye la más pura expresión del Estado unitario y centralizado, en el que se fusiona la centralización política con la administrativa. No obstante, existen Estados unitarios con descentralización administrativa que no solo se circunscribe al ámbito territorial, como sucede en nuestro país, con las municipalidades que son entidades descentralizadas por territorio, y las instituciones autónomas que son entidades descentralizadas administrativamente, al menos en principio, toda vez que desde el punto de vista del Derecho de la Constitución, no siempre existen las entidades

descentralizadas plenamente, dado que la mayoría queda sujeta a la intervención política, para confirmar la supeditación en materia de gobierno en la conformación de los órganos superiores de su jerarquía interna; a diferencia de otros entes que, como las universidades públicas, ostentan también el grado de autonomía de gobierno, aparte de la autonomía administrativa y financiera.

La *descentralización* puede ser analizada, como ya se adelantó, desde el punto de vista territorial e institucional para el cometido de los servicios públicos, conforme al principio de legalidad, donde de una parte se atribuyen facultades determinadas dentro de alguna circunscripción territorial, en tanto la descentralización institucional, se atribuye a ciertas instituciones dotadas de personalidad jurídica y, en general, de patrimonio propio, sin excluir la debida fiscalización por los entes u órganos contralores de la hacienda pública.

A la vez la *desconcentración administrativa* opera a nivel de los órganos y no así de los entes o personas jurídicas menores, para el desempeño técnico de los sujetos de Derecho público en aras de la necesaria distribución del trabajo en la consecución obligada de los fines públicos, jurídicamente dispuestos En nuestro medio existen los órganos desconcentrados con personería jurídica propia, sin necesidad de estar sujetos en su esfera de competencia de representación, a los entes a los que están adscritos o a otros órganos superiores como sucede con la Contralo- ría General de la República, que es un órgano adscrito a la Asamblea Legislativa, con plena capacidad para contraer derechos y obligaciones

2) La *autarquía* se da cuando en los Estados se permite la existencia de órganos que ejercen los poderes del Ejecutivo a nivel propio. De esta manera el Estado otorga poderes de gobierno a un territorio, y éste constituye los órganos necesarios para el desempeño de sus potestades y funciones, lo que la relaciona con la descentralización administrativa en sentido estricto y amplio. Su origen eti-

mológico es griego. Proviene de αὐτάρκεια que implica autosuficiencia. Así, en varias corrientes filosóficas griegas, fue virtuosa la persona que podía lograr una vida autárquica o autosuficiente desde la perspectiva de la virtud humana, como medio para la felicidad con desprendimiento de las necesidades físicas y espirituales, tal como sucedió con las escuelas de los cínicos, estoicos y epicúreos. También el vocablo está presente a nivel económico y político, en razón de la autosuficiencia productiva y en la toma de decisiones por el ejercicio del poder efectivo en sus mandatos o disposiciones y con poderes sancionatorios en caso de violación o desconocimiento. También se da a nivel de las relaciones entre los Estados, cuando alguno de éstos tenía absoluta autarquía a nivel económico, con prescindencia de otro u otros Estados, lo que actualmente es imposible de concebir por la interconexión y amplitud de mercados de bienes y servicios en función transfronteriza, con la presencia determinante de los Estados en su aprobación, regulación, fiscalización y sanción. Lo anterior, a diferencia de la Edad Media, cuando el funcionamiento de la economía se basó en tal forma de autogestión productiva, con el efectivo poder del señor feudal sobre sus vasallos que, a la vez, se identificaron con la tierra y la producción misma.

Una de las formas que mejor representa el grado amplio de autarquía estatal, política y administrativa, queda reflejado en la descentralización de los Estados federados

- o como se les llame- que sin bien son parte constitutiva de la unidad del Estado Federal, no dejan de tener amplio grado de descentralización territorial, política y jurídica.

3) El Estado compuesto: Es aquel Estado constituido por varios Estados dentro de un mismo Estado, regulados por el Derecho interno y común, sin perjuicio de las legislaciones

domésticas de cada Estado, provincia, región o como se denomine en su equivalencia, que no pueden contradecir el Derecho de la Constitución estatal, o bien, mediante la conjunción de varios Estados que no pierde cada uno su independencia; no obstante la unidad política y circunstancial con otros Estados para la consecución de objetivos comunes, bajo la forma de una Confederación regida por el Derecho internacional, cuyo centro de operaciones se ejecuta a través de un órgano generalmente colegiado y llamado *Dieta*, como centro de reunión y decisión en la toma común de las políticas y objetivos compartidos. Así podemos distinguir en los *Estados compuestos,* las siguientes manifestaciones, a saber:

a) *Estado federal.* El siglo XIX fue altamente productivo en la conformación estatal de federaciones, tanto en Italia, Estados Unidos y Alemania fue parte de cada devenir político e institucional. La federación es en primer lugar, como se indicó, una forma de Estado, no así de gobierno, pues tiene relación con la organización y estructura de los Estados en la dimensión contraria al sistema territorial unitario; en favor de la descentralización política y administrativa desde la base jurídica. Así esta forma de Estado se estructura bajo los principios del *federalismo,* o sea de la descentralización política y territorial. En este caso, el Estado federal está dividido en unidades autónomas, no así soberanas, que, sobre determinadas materias, se gobiernan por cada Constitución, leyes, autoridades u ordenamientos jurídicos autárquicos, escritos y no escritos, sin perjuicio de la subordinación al Derecho Federal y en ocasiones a las políticas asumidas por el Gobierno federal, como suele suceder en materia militar y de defensa del Estado Federal en su conjunto, en el ejercicio de su soberanía, en cuanto unidad indisoluble. De esta manera, corresponde a la Constitución federal o al ordenamiento jurídico primigenio, distribuir las competencias entre los entes y órganos centrales y los descentralizados en aras de la unidad estatal, bajo los

principios de coordinación, colaboración y respeto multiparticipativo en favor de la unidad estatal como un todo, sin perjuicio de las respectivas autonomías conforme a cada ordenamiento jurídico vinculante.

Así cada Constitución federal u ordenamiento jurídico primigenio, dispone la distribución horizontal de competencias de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Sin embargo por lo general, cada unidad política y territorial tiene su propio Congreso o Asamblea de diputados, su órgano ejecutivo y los respectivos tribunales de justicia según lo señalado en la Constitución federal, para el ejercicio de las competencias, funciones y atribuciones que son propias del poder público estatal, diluido, distribuido y compartido en la totalidad del Estado.

En esta forma de Estado coexisten entonces un sistema jurídico central, válido para todo el territorio nacional y los demás subsistemas jurídicos que rigen en las unidades territoriales autónomas; así se confirma la existencia de la dispersión y multiplicación de los centros de poder, de manera contraria a la tendencia centralista que suele caracterizar a los Estados unitarios.

A la vez todo ciudadano de un Estado federal debe someterse a la doble autoridad del gobierno federal y al gobierno federado, sin perjuicio de cada ordenamiento jurídico en función de supremacía y subordinación, pero en dimensión coordinada. De esta manera podemos indicar que las características fundamentales del Estado federal, son las siguientes, a saber: 1) la existencia de una Constitución federal, a la que quedan subordinadas las demás constituciones u ordenamientos jurídicos federados de los Estados, provincias, regiones, o como se les denomine, que sean miembros de la federación como unidad básica y compuesta. 2) Las disposiciones constitucionales de los Estados miembros no pueden ignorar ni contradecir los términos y fines de la Constitución federal, que prevalecerá

sobre las demás en casos de conflicto o discrepancia.
3) La competencia autónoma de los Estados federados son parte de la competencia reconocida y delegada por la Constitución u ordenamiento jurídico fundamental, en plano de subordinación, coordinación, armonía, respeto y colaboración activa. 4) A pesar de la existencia de los Estados federados y sus estructuras internas jurídicamente constituidas, dentro de las cuales sobresalen sus gobiernos, tribunales y parlamentos existe también la representación directa en el Parlamento federal de todos y cada uno de los Estados federados, como miembros activos, algunas veces con independencia de la extensión territorial de cada Estado y su población, o bajo el régimen de igualdad participativa, sin existir diferencia para la asignación de puestos en el Congreso Federal. 5) Con frecuencia suele darse un Tribunal constitucional Federal, que se encargue de resolver los eventuales conflictos de competencia que se puedan presentar entre los Estados federados, o aun incluso entre estos Estados y el Estado federal, a fin de hacer valer la supremacía del Derecho de la Constitución Federal.

Así, pues, si comparamos esta forma de Estado con la presencia de dos fuerzas activas a nivel político y jurídico, de un lado está la fuerza centrípeta que atrae a su favor la unión o la unidad federativa; la otra fuerza que es la centrífuga, no lo hace en favor de la centralización sino, más bien de la descentralización y pluralidad de centros de poder, sin perjuicio de la unidad como un todo político y estatal. De aquí entonces la necesaria presencia de la llamada *garantía federal*, que debe asumir el Estado federal en favor de la preservación y mantenimiento de la integridad de la Federación en su conjunto y de cada uno de sus miembros, subordinados todos al mismo Derecho de la Constitución, que debe salvaguardar la unidad territorial e institucional del Estado dentro y fuera de sus fronteras. En caso de conflicto, anarquía o crisis a lo interno del Estado federal, debe darse entonces, conforme al ordenamiento jurídico supremo, la intervención federal, a fin de

lograr la cohesión, unidad, coordinación e incluso sanción nece- sarios, en la protección de la unidad en la pluralidad, bajo el esquema de la subordinación, coordinación, equilibrio, armonía y respeto compartido en función de la unidad del Estado como totalidad, sin perjuicio de la válida y efectiva descentralización jurídica, política, administrativa, financiera y territorial de los Estados federados.

b) La c*onfederación de Estados* es una unión permanente o temporal de Estados soberanos e independientes regulados por algún pacto, convenio, o contrato, para garantizar la materialización de fines compartidos en distintas dimensiones del quehacer humano, cuyos conflictos deben regirse por el Derecho internacional, precisamente por la existencia de tales Estados. Históricamente ha precedido al Estado federal, dos de los casos más característicos de confederación: los Estados Unidos de América y Alemania Federal. Sus diferencias con el Estado federal son: a) la confederación de Estados supone la aceptación y seguimiento del Derecho internacional para su integración y solución de conflictos; asimismo, para cada Estado confederado, rige el Derecho interno, en el ejercicio de la soberanía estatal; supone pues, entre los Estados que la integran un vínculo de Derecho internacional, y a nivel del Estado federal, un vínculo de Derecho interno. 2) La confederación surge de un tratado, pacto, convenio o contrato interestatal; en cambio, el Estado federal se forma a partir de un texto Constitucional o de un ordenamiento jurídico causal y primigenio que le da forma, regula y absorbe al Estado en su conjunto, a pesar de la descentralización territorial jurídica y política existente, por disposición del mismo texto constitucional o causal. 3) La confederación se integra por la suma de Estados con poblaciones, territorios y ordenamientos jurídicos propios e independientes; en los Estados federales prevalece la unidad estatal a pesar de la existencia de la pluralidad de Estados federados.

iv) la confederación de Estados supone varias soberanías unidas por una rectoría común -la Dieta-, en cambio en el Estado federal existen varios gobiernos y parlamentos; no obstante, una sola soberanía. Ejemplos precisos en el tiempo de confederación de Estados, fueron los Estados Unidos de América entre la independencia de las colonias inglesas (1776) y la Constitución federal (1787); Alemania entre 1815 y 1871; y Suiza entre 1815 y 1848.

c) La llamada uni*ón personal se dio mediante la unión de dos o más reinos en la cabeza de un solo monarca, quien asumió* la titularidad sin llegar a confundir los respectivos títulos que mantuvieron cada independencia. Así los diversos Estados mantienen a lo interno y externo su personalidad jurídica. La unión quedó reflejada por la coin- cidencia de dos leyes sucesorias que se limitaron a la exis- tencia de una sola persona, como sucedió por ejemplo con la unión de España y Alemania con Carlos I; también en Inglaterra y Hannover de 1714 a 1837.

d) La unión real: Si la *uni*ón personal se rigió por la existencia de un solo monarca, en cambio la unión real fue la expresión unitaria de intereses compartidos y sectores comunes, con plena coordinación en política exterior, sin perjuicio de la existencia de un solo ministerio de defensa, y la existencia de instituciones comunes en materia hacendaria, como sucedió, por ejemplo, con Austria y Hungría desde 1867 a 1918; con Suecia y Noruega hasta 1905.

e) La *Commomvealth* británica o Comunidad Británica de Naciones, procede del término “common”, “común”, y del antiguo vocablo “weal”, que derivó en “wealth”, “rique- za”; literalmente significa “riqueza común”, también conocida como “mancomunidad”: En esencia, es una comunidad de Estados formada por antiguas colonias del imperio británico, que llegaron a adquirir la madurez necesaria para actuar como Estados independientes y concertados para intereses y fines compartidos. Está integrada por 53 Estados y actúan como si

se tratara de una confederación de Estados independientes, ligados por un historial compartido y por intereses que en ocasiones suelen coincidir, lo que no excluye la defensa común de estos Estados en caso de ataque por otro Estado, como sucedió con Belice frente a Guatemala.

b) Las formas de Gobierno

Si tomamos en consideración la forma de organización del Ejecutivo, desde el punto de vista de la participación personal, tendríamos la simple conclusión de ubicar a la monarquía absoluta cuando es solo una persona quien ejercita el poder; si es un grupo estaríamos ante la aristocrática y si es de la mayoría del pueblo estaríamos frente al gobierno democrático o republicano.

Ya los autores de la antigüedad se ocuparon de esta clasificación. Aristóteles por ejemplo distinguió tres formas puras de gobierno, en plena consonancia con lo anterior: monarquía (gobierno de uno), aristocracia (gobierno de pocos) y democracia (gobierno de todos); a la vez dispuso tres formas de expresión degeneradas, respectivamente: tiranía, oligarquía y demagogia. Por su parte Maquiavelo las simplificó a las formas de gobierno monárquica y republicana: A la vez Montesquieu separó la monarquía y la república, distinguiendo en la monarquía su forma pura y el despotismo como la impura; en la forma republicana comprendió a la aristocracia y a la democracia. Veamos entonces de manera sucinta cada una de estas formas de gobierno, a saber:

1) *Monarquía:* de *monos*, uno o gobierno de uno. Se pueden señalar las siguientes características: a) Si es monarquía absoluta se da la independencia del monarca respecto al ordenamiento jurídico, incluso con la subordinación del ordenamiento en favor de aquél; si se trata de la monarquía limitada o constitucional, queda subordinada al ordenamiento jurídico con creación independiente, res- pecto al monarca o, acaso, con su participación en plano subordinado al

mismo ordenamiento: b) puede tener carácter hereditario, aun incluso en democracia; c), suele ser nombrado el monarca, sin el ejercicio activo del cuerpo electoral para su elección; d) en ocasiones ostenta el carácter vitalicio en el ejercicio del poder; en los Estados con formas de gobierno parlamentario, los monarcas representan a la jefatura del Estado. D) Desde la perspectiva histórica podemos encontrar distintas manifestaciones de la legitimidad del monarca, así: a*)* La postura que encuentra en el monarca un vicario de Dios, que rigió el Estado al igual que Dios rige el universo, por lo cual entre el monarca y Dios existe cierto grado de consustanciación política y representativa; b) está la postura que encuentra en el mo- narca a un verdadero *pater familias*, por lo cual actúa con los súbditos como si fuera la relación del padre con sus hijos; c) se le considera como un *dominus* o propietario muy propio del sistema feudal, que confundió propiedad con soberanía; d) en la actualidad, la legitimidad del monarca limitado o constitucional, radica en la subordinación al ordenamiento jurídico y a la consecución y cumplimiento de los fines estatuidos en tal ordenamiento en favor del Estado y los intereses públicos.

2) *República:* Es lo contrario a la forma de gobierno dinástico, autoritario, totalitario y antidemocrático; por lo cual inicialmente se le distinguió como forma de gobierno con valores y fines contrarios a la monarquía absoluta. La república es por definición democracia activa, sea representativa o directa, y a la vez es una forma de gobierno monocrática o con sometimiento al ordenamiento jurídico escrito y no escrito, compuesto a la vez de valores en favor de los derechos humanos que configuran el Estado de Derecho. Ciertamente cuando se distingue a una forma de gobierno republicano, se piensa en valores democráticos con respeto de los derechos fundamentales y con un Estado donde el poder queda diluido en distintos órganos y entes, que garanticen en conjunto la democracia efectiva. De esta manera el contenido de la República se relaciona necesariamente con varios principios

presentes en toda democracia activa, real o efectiva, a saber: a) la elección popular de los gobernantes, sea a través del sistema parlamentario de gobierno o a través del sistema presidencialista; b) la división orgánica de funciones (división de poderes); c) periodicidad en el ejercicio del gobierno; d) publicidad y fiscalización de los actos de gobierno; e) responsabilidad por las conductas activas u omisas de los gobernantes; f) igualdad de los ciudadanos frente al ordenamiento jurídico, que incorpora a la justicia aplicada.

c. Las formas de gobierno presidencialista y parlamentario.

Las diversas formas de régimen político tienen relación necesaria con la tesis de la división de poderes, o mejor aún, con la división orgánica de funciones, en la relación existente entre el Parlamento y el Ejecutivo, y la forma de elección de los representantes del Parlamento y los del Ejecutivo desde la composición del mismo Parlamento; y la elección de los miembros del Ejecutivo mediante el voto directo a nivel ciudadano.

Destaquemos entonces las principales características de cada uno de estos sistemas de gobierno. Sin duda, el sistema parlamentario es mucho más ágil, fiscalizado, participativo y democrático que el sistema presidencialista, aunque en la mayoría de los países de América se siga este sistema de inspiración norteamericano (USA), en contraposición al sistema de raigambre inglés, cuyas causas de separación tienen origen histórico, donde sobresale la justificada desconfianza de los otrora revolucionarios norteamericanos, contra la monarquía inglesa y su temido retorno al poder efectivo, razón por la cual se ingeniaron un sistema que sustituyera en definitiva la presencia del monarca, a través de la elección directa del Presidente, con plazo fijo en el desempeño de sus funciones

Así, pues, el sistema parlamentario es por integración, es decir, se eligen a los parlamentarios de manera directa, no así a los representantes del gabinete, gobierno o ejecutivo, toda vez

que es del parlamento de donde sale la composición del gabinete, cuyo representante no deja de ser un parlamentario o diputado activo y previamente electo por el cuerpo electoral, conforme a la legislación interna de cada Estado que esté adscrito a esta forma de gobierno. De tal manera que caben dos posibilidades prácticas, a saber: que el partido o agrupación política electo en el parlamento, obtenga la mayoría requerida para formar gobierno. En esta hipótesis, sucedería que el respectivo líder de tal mayoría, pase a ser generalmente el primer ministro o representante del gabinete; o bien, que no se obtenga la mayoría y se deba necesariamente negociar con las distin- tas fuerzas políticas de oposición, para formar un gobierno de cohabitación o mixto, lo que no impide en modo alguno, el nombramiento de algún político de consenso, por las fuerzas que en el parlamento constituyan mayoría.

También en el sistema parlamentario se da la doble jefatura, a diferencia del sistema presidencialista, donde la figura del presidente ostenta simultáneamente la re- presentación del Estado y del gobierno; es decir la repre- sentación de la unidad política permanente y fundamental (Estado) y del gobierno que es temporal, y forma parte del Estado, como órgano constitutivo de su composición plural, como ya hemos resaltado.

En el sistema parlamentario, en cambio, una autoridad representa al Estado y otra autoridad representa al gobierno. De esta manera, por ejemplo, la Reina de Inglaterra representa al Estado, sin que sea parte del órgano legislativo, ejecutivo ni judicial; a la vez el Primer Ministro representa al gobierno; sin perjuicio de la existencia de un presidente, como sucede en Alemania Federal e Italia, que actúa en representación del Estado.

De esta forma, entonces, en el sistema presidencial existe siempre un presidente electo popular y directamente; empero, en el sistema parlamentario también puede darse la figura del presidente, sin que esto impida la existencia del sistema parlamentario. Además, en el presidencialismo no se da la

íntima y combinada relación entre el ejecutivo y el parlamento, ni acá el presidente requiere de la confianza o apoyo del parlamento para concluir el respectivo mandato, salvo por la existencia de mecanismos jurídicos excepcionales, que dispongan lo contrario.

Por su lado, en el sistema parlamentario, el representante del Estado no es responsable políticamente de sus conductas, a diferencia del representante del gobierno, que asume la responsabilidad del gabinete y las conductas del representante estatal.

También se dan formas distintas de control efectivo en el sistema parlamentario, con posibilidad de materialización de la caída de un gobierno, por los siguientes medios, a saber: a) que el parlamento dé un voto de desconfianza al ejecutivo; b) que el gabinete pida un voto de confianza y éste sea rechazado; d) que el representante del Estado convoque a nuevas elecciones del parlamento, con el fin de que surja una nueva conformación del gabinete o gobierno.

En síntesis parcial, el sistema parlamentario tiene mayor fuerza y dinamismo dentro de la democracia activa, donde el representante del gabinete será siempre diputado, y a la vez debe dar cuentas claras y permanentes de su gestión en las sesiones parlamentarias; sumándose el control ciudadano a través de los medios de comunicación que transmiten su participación. También permite a las distintas fuerzas políticas la soltura y responsabilidad necesarias, para la formación de coaliciones y unidades políticas, en la defensa de intereses comunes, permanentes u ocasionales.

A manera de síntesis parcial y recapitulando parte de lo indicado, debemos insistir en varios puntos medulares: no es posible concebir el Estado moderno como persona jurídica fundamental y perpetua, sin tomar en cuenta sus distintos elementos constitutivos, como son el territorio, la población, el poder, el gobierno y el ordenamiento jurídico. Así, se insiste en lo siguiente: en cuanto al territorio, es un elemento objetivo y material donde se asienta la población del Estado, se pone en

vigencia el ordenamiento jurídico interno y se ejerce la fuerza coactiva sobre los destinatarios de tal ordenamiento.

En ocasiones dentro de la misma población existen caracteres o costumbres distintas, aun incluso con dialectos propios, como suele pasar en países europeos o aún incluso en América Latina, constituyéndose naciones dis- tintas aun dentro de un mismo Estado. Ello, por cuanto el concepto "nación" es estrictamente sociológico -se insiste- pues queda referido al conjunto de valores, costumbres y tradiciones compartidas de grupos o sectores poblacionales que permiten encontrar elementos de identificación común. Por esto antes que los judíos tuvieran el Estado de Israel, constituyeron una nación y no así un Estado, aun cuando una vez surgido el Estado de Israel, su población quedó identificada como nación por medio de sus antiguas y autónomas costumbres, historia y cultura, sea religiosa o de otra dimensión; a diferencia de los gitanos, quienes siguen dispersos por el mundo y tienen elementos comunes de identificación cultural y costumbrista, pero carecen de un Estado gitano por la falta de un espacio territorial sobre el cual puedan conformar la persona jurídica del Estado.

En lo relativo a la población, se debe hacer cierta matización que lo impone la rigurosidad jurídica y política: ésta tiene distintos grados de identificación. De un lado están los extranjeros en territorio de algún Estado, al ser nacionales de otro Estado. Entre los extranjeros también existen diferencias objetivas, pues podrían estar simplemente en tránsito en calidad de turistas; con invitaciones especiales para determinados fines; o acaso se adentran en situaciones jurídicas calificadas que les dan cierto status dentro de algún Estado, a fin de ejercer labores con permisos de trabajo; obtener residencias temporales; ser extranjeros inversionistas con derechos especiales; tener el reconocimiento de la ciudadanía honorífica; como también existen los extranjeros delincuentes que cometen delitos y quedan supeditados a las sanciones o penas dentro del Estado extranjero, sin perjuicio de

la eventual deportación, extradición o expulsión.

Asimismo, están los pobladores nacionales de los Estados como ciudadanos con derechos y obligaciones; los que a la vez pueden estar en situación de ser ciudadanos activos o ciudadanos suspendidos en el ejercicio de los derechos políticos, o en estado de interdicción, como sucede por lo general con los reclusos por mandato judicial dictado al efecto.

En lo que respecta al poder, queda referido al poder público del Estado, el cual es único, aunque suele ser ramificado en múltiples órganos y entes de menor a mayor grado de jerarquía en la organización y actividad estatales; como existen entes u órganos de rango constitucional por estar incluidos en su texto. En el caso de Costa Rica, tanto la Universidad de Costa Rica, como la Contraloría General de la República; la Caja Costarricense de Seguro Social y el Patronato Nacional de la Infancia; son instituciones que ostentan tal rango, sin excluir al Tribunal Supremo de Elecciones que por expresa disposición constitucional, tiene rango de un cuarto poder en relación con el Legislativo Ejecutivo y Judicial.

En todo caso -se insiste- el poder del Estado es uno y no múltiple o dual, y los órganos Legislativo, Judicial, Ejecutivo, e incluso el Tribunal Supremo de Elecciones, son parte de la estructura fundamental del Estado costarricense, sin ser personas jurídicas independientes, pues son órganos como centros de imputación de derechos (potestades) y obligaciones, con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico escrito y no escrito, para satisfacer los intereses públicos. Su naturaleza orgánica queda adscrita al Estado como persona jurídica fundamental y absorbente que ostenta carácter permanente en el tiempo y espacio. Ahora bien, es pertinente compartir plenamente la posición doctrinal que no identifica el poder del Estado con el gobierno, aun cuando sea imposible concebir al gobierno sin poder o el ejercicio del poder del Estado sin gobier- no. Efectivamente -se insiste necesariamente- si se parte de su identificación, se cae en el grave error de dejar por sentado que todo gobierno tiene igual cantidad de poder, al ser

una derivación necesaria y confundida con el poder del Estado en abstracto. Esto llevaría a identificar, aunque sólo sea de manera implícita, el Estado democrático con el Estado autocrático, pues ambos tienen poder (público) y algún gobierno sin distinción, en cuanto a la intensidad del uso -y abuso- del poder por parte de cada uno. De ahí la importancia de su separación, toda vez que no todo gobierno tiene igual cantidad de poder, como se diferencia sustancialmente el Estado de Derecho en relación con el Estado totalitario y autoritario.

En lo relativo al ordenamiento jurídico, que suele olvidarse en la teoría jurídica y política como elemento constitutivo del Estado, es sin duda de gran relevancia porque no solo permite establecer la diferencia con formas de organizaciones políticas pre modernas o antiguas, sino que también posibilita distinguir, según cada ordenamiento jurídico, al tipo de Estado, pues no es lo mismo un ordenamiento en el que se protejan los derechos humanos, a aquél otro donde se les viola o desconoce. Y un tercer factor impone su presencia dinámica: el principio de legalidad, que es la subordinación obligada del Estado al ordenamiento jurídico escrito y no escrito, con sus valores y fines, para el resguardo de los derechos humanos y para la satisfacción de los intereses públicos. Es la realidad jurídica y política del Estado bajo el Derecho por él creado, donde la persona humana ocupa el centro de su organización y actividad; a diferencia de los Estados dictatoriales en la visión ideológica hacia la derecha o hacia la izquierda.

De manera complementaria a lo indicado, se han de establecer ciertas matizaciones conceptuales sobre el Estado como fuerza; el Estado como poder y el Estado como autoridad, lo que permite también resaltar la importancia de distinguir entre gobierno y poder, a fin de no desembocar en el derrotero de la doctrina que los identifica, sin precisar la forma de Estado para el ejercicio o rechazo de los derechos humanos.

Ciertamente si se analiza al Estado como fuerza, estaríamos considerando su existencia únicamente como

cuestión de hecho; de este modo el Estado existe en la medida en que haya capacidad para el ejercicio de la fuerza; lo que a su vez debe conducir a determinar este concepto para definir sus exactos alcances. En efecto, la fuerza implica la realidad de imponer la voluntad propia sobre la voluntad ajena, o acaso los mandatos y directrices sobre la voluntad que, en principio, no son aceptados, o reducir a la impotencia y sometimiento la fuerza ajena por otra fuerza o disposición amenazante.

Ahora bien, si se toma el concepto de fuerza como elemento identificador del Estado, se llega a valorar el modo en que éste se manifiesta, el cual no se reduce simplemente a la fuerza arbitraria propia de las organizaciones políticas antiguas o primitivas, sino que tiende aparecer bajo el matiz de las normas y reglas en favor de la convivencia en el Estado y para la sobrevivencia del Estado. De este modo si se piensa en el Estado como fuerza bruta, se corre el riesgo de quedarse en la vía de hecho, pero si se le agrega la dimensión jurídica para incorporarla a la realidad del Derecho, se obtiene la fuerza filtrada por el ordenamiento jurídico, con lo que se tendría un segundo resultado: de la fuerza se pasaría al *poder* del Estado, que es propio de las organizaciones políticas modernas y contemporáneas.

Así, entonces, la fuerza no es únicamente aquella fuerza al desnudo sino más bien la fuerza filtrada y calificada por el ordenamiento para arribar al poder del Estado, que se compenetra y une con el Derecho escrito y no escrito. Pero aquí no queda la realidad jurídica y política del Estado, y más precisamente su capacidad de imperio, pues debemos agregar un tercer elemento recaído en la aceptación expresa e implícita de los ciudadanos en el ejercicio del poder, es decir, la aceptación común ciudadana a los mandatos, leyes, órdenes y directrices del Estado y del ordenamiento jurídico que les da contenido y forma para su dictado y ejecución. Esta dimensión de aceptación social, conduce a la legitimidad en el uso y disfrute del poder público, por cuanto no es suficiente la simple legalidad como

expresión normativa y positiva, pues se requiere también en la democracia, la complacencia ciudadana en favor del Estado de Derecho, conforme al ordenamiento jurídico y al ejercicio del poder público. Así, entonces, como de la fuerza se pasa al poder, que es la expresión de legalidad de la fuerza misma; se pasa también del poder a la autoridad, que se identifica con la legitimidad efectiva.

Seguidamente, ahondemos en cada una de estas tres dimensiones del Estado.

4. El Estado como fuerza

Desde el "realismo político" (*realpolitik*), en torno al Estado se ha desarrollado una larga tradición, que lo ha denominado de distintas maneras, pero que contienen el común denominador de la fuerza como fundamento estatal. El Estado existe para imponer su mandato, de modo que si no existe el Estado hay anarquía y caos.

Históricamente el "realismo político", se encuentra por primera vez en la República de Platón, específicamente encarnado en el personaje de Trasímaco, quien discute con Sócrates sobre el tema del gobierno.

En este texto platónico, resulta interesante cómo rápidamente Trasímaco llega a admitir que el gobernar consiste en aprovecharse de la ingenuidad y vileza de los hombres. De este modo la relación política es una relación de fuerza, que se reduce a un hecho social, en donde unos mandan y otros obedecen. Es decir, el contrato social se desarrolla a partir de la imposición de la fuerza. Al respecto, Trasímaco le menciona a Sócrates lo siguiente: "En cada Estado, la justicia no es sino el provecho de aquel que tiene en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte, que dondequiera que sea, la justica y lo que aprovecha al más fuerte son una y la misma cosa."[382]

No obstante, Sócrates con sus artificios filosóficos, lleva a

[382] Platón. (2007). Diálogos. México: Porrúa, pág. 12.

Trasímaco a admitir que no sólo la fuerza basta para gobernar, sino también la habilidad y la sabiduría. Se presenta el ejemplo de los guardianes, los cuales, si era necesario, podían mentir tanto a los enemigos como a los ciudadanos, por el bien de la ciudad. Así es como aparecen la habilidad y sabiduría como el factor determinante para elaborar mentiras útiles, capaces de producir entusiasmo y de ser aceptadas como verdades. Como se puede ver la desigualdad es el fundamento de esta teoría, pues existen los que tienen la capacidad de mentir y el pueblo que cree las mentiras.

De este modo en Platón se encuentra el argumento de la "mentira regia", que pone el acento sobre un elemento medular de la relación política: la persuasión efectiva y eficaz. La ideología, la mentira política o "mito político" van a ser los términos utilizados por los realistas políticos para denominar esa fuerza sobre la que se funda el Estado.

Junto a la aceptación de la fuerza se sostiene la doctrina de Platón y Aristóteles, en donde el Estado es presentado como un organismo, similar al de una persona, en donde el gobierno es la cabeza y los miembros las actividades del Estado, en donde los individuos quedan reducidos a ser considerados como simples partes de un todo. No obstante, desde esta teoría, "el Estado no se reduce a una mera relación de fuerza entre individuos, sino que es una fuerza viva y articulada y parece tener su propia vida, su propia realidad distinta de la de los individuos que lo integran. Un organismo no se puede descomponer en partes sin dejar de ser organismo; su fuerza no es la simple suma de la fuerza de las partes, sino una fuerza ma- yor, incluso, que dicha suma. La cabeza no manda sobre las otras partes del cuerpo de modo puramente mecánico, siendo precisa una cooperación armónica de éstas para que el organismo pueda desarrollarse en todo vigor."[383] (Passerin, 1967, p. 36).

[383] Padderin D' Entrevés, Alessandro (2001, ed. orig. 1967), La noción de Estado, Italia, pág. 36.

Sin embargo, lo que es inevitable es que el Estado, desde la teoría de un organismo, recibe una especie de consumación de la entidad como persona jurídica. Pero las fuerzas sociales no actúan por sí solas, sino que están encarnadas en ciertos individuos. Es decir, desde lo concreto, el Estado no existe, lo que hay son personas. El Estado como persona es un concepto de Derecho, es un tipo de prosopopeya del ordenamiento jurídico, no es una realidad empírica, es una hipótesis filosófica o ficción jurídica.

a) Realismo político más allá de Platón y Aristóteles

El empirismo se da de una forma un tanto ajustada a fin de concebir la naturaleza humana en el Estado. Es decir, las relaciones humanas en donde priva la fuerza son completamente constatables y, en consecuencia, ajustadas al concepto de Estado. No obstante, esta visión realista del Estado conduce a una visión de pesimismo político, el cual ya fue manifestado por pensadores como Maquiavelo y San Agustín.

San Agustín, en su obra *Ciudad de Dios*, asegura, desde una labor más que todo teológica, que el poder político tiene su origen en disposiciones divinas, pero si el poder político no se ajusta a los principios políticos debe pagar un alto precio por mantener ese lugar privilegiado. Tal es el caso de Roma, en donde los romanos por sus virtudes construyeron un gran imperio, pero tuvieron a la vez que pagar con guerras y todo género de turbulencias sociales. Según San Agustín, ese es el precio de mantenerse en el poder sin seguir las leyes derivadas del cristianismo, las leyes de Dios. Es decir, si el poder lo poseen aquellos que no están de parte de Dios, tienen que pagar y cargar con los efectos negativos la guerra como si tuvieran que dar una especie de pecunia al amo del destino.

Si bien es cierto, en San Agustín, existe una visión negativa de la política, en donde se relacionan los poderes temporales de Roma con el mal, al mismo tiempo se cons- tata la necesidad de que el poder temporal se ajuste al poder

divino. Esta tesis conduce en la Edad Media a la aceptación del poder divino, el cual alcanza su apogeo en el césar-papismo, en donde el Papa como representante de Cristo en la tierra hace valer la voluntad de Dios en la tierra.

Empero, la tesis de San Agustín todavía alcanza otra dimensión, la de la condenación del sistema humano, en oposición al orden divino. En esta línea aparece, siglos después, la figura de Lutero, el cual consideró al mundo político como aquel mundo dominado por la fuerza, en donde el ser humano no hallaba salvación, sino que la encontraba en su conciencia. Consideró que los verdugos y príncipes eran instrumentos de la voluntad de Dios para juzgar al género humano, que se encontraba en estado de condenación.

Tanto Lutero como Agustín interpretaron el Estado en términos de fuerza a partir de la teología, además que tienen una visión pesimista, que caracteriza al cristianismo tradicional, en donde la naturaleza humana es corrupta y el ser humano debe buscar su salvación.

Este pesimismo cristiano se da de forma extrema en el católico reaccionario Joseph-Marie, conde de Maistre (1753-1821), quien llegó a sostener que el Estado se muestra como manifestación de la guerra y la fuerza. En efecto, para Maistre la historia está guiada por la Providencia, de este modo la Revolución francesa fue un castigo divino a Francia por no defender el catolicismo, en este sentido propuso la contrarrevolución como un instrumento de salvación.

No obstante, la tesis de Agustín no sólo determina negativamente el poder político, sino que también consideró el aspecto fáctico, la fuerza pura, que da cuenta del Estado, con independencia de su aspecto valorativo. Este elemento de la fuerza es el que ahora vale retomar.

b) El Estado como neologismo

Sería difícil seguir, si no se atendiera al aspecto de los términos, pues debemos recordar que, desde una concepción

global de la historia humana, la utilización de la palabra "Estado" es relativamente reciente.

Lo cierto es que, según un criterio muy difundido, antes de la Edad Media no es posible hablar de Estado. No obstante, esta certeza ha de ser parcial, pues, aunque no se haya establecido con rigor metodológico un A es igual A1, la verdad es que, en Occidente desde Grecia y Roma, se manejó esta noción en distintos términos. Ahora bien, es hasta Maquiavelo que A ("status") es igual a A1 ("Esta- do") y que después de este hecho despegan las distintas teorías modernas del Estado.

Los antiguos sabios de Occidente utilizaron términos muy diferentes a la palabra Estado, pero aludieron a esta misma realidad. Así, Platón, Aristóteles, Cicerón y Agustín, utilizaron diferentes conceptos para referirse a lo que actualmente podría equivaler al concepto de Estado, tales como *polis*, *respublica*, *civitas* y *regnum*.

Se insiste: entre los griegos el término *polis* fue utilizado para denominar a la ciudad-Estado, pero se diferenciaba por ser un tipo particular de Estado, al ser una unidad política y religiosa, en donde los ciudadanos estaban en un colectivo cerrado, que presentaba determinadas características y que veló por el bien colectivo, de modo que antes que nada tuvo una encarnación ética. El antecedente de la *polis* es la "ciudad antigua", organización que agrupó a las tribus que formaban el pueblo[384]. La intención de los griegos partió de una "comunidad

[384] En la ciudad antigua la religión jugó un papel fundamental sobre los miembros del colectivo, por ende, no existía la libertad individual en sentido estricto, al estar la organización política revestida de un carácter sagrado por el cual la corporeidad de sus miembros le pertenecía y es- tos debían dar su vida por defender el Estado. "Como nota fundamental del Estado griego habría de señalarse su omnipotencia, el desvalimiento del individuo frente al Estado. Aquél se disuelve dentro de éste y no es tal sino por el Estado. La libertad antigua consistía exclusivamente en que el individuo tenía capacidad para participar en la información de las leyes soberanas; pero éstas dominaban al individuo totalmente sin dejarle esfera alguna de libertad

utópica", en donde la ética figuró como principal columna de esta estructura.

Platón en la *República* sostiene que el gobierno perfecto es el de los filósofos (aristocracia), sucedido del de los guerreros (timocracia), de los ricos (oligarquía), de los que aman el placer, el cambio y la libertad (democracia) y de aquel que implica la sujeción a una persona sin estar sometida a ninguna ley (tiranía). Sin embargo, en *El Político*, Platón efectúa una clasificación distinta, en donde la monarquía es mostrada como la mejor forma de gobierno, seguida de la democracia y de la oligarquía. En esta otra clasificación, la tiranía es presentada como la peor forma de gobierno.

No obstante, Platón en *Las leyes* realiza un cambio radical, al tratar de reunir las ventajas de la monarquía y la democracia, presentando la primera el principio de autoridad, limitado por el respeto de la libertad, y la segunda el principio de libertad, restringido por la obediencia. A su vez, sostiene que los magistrados deben ser electos popularmente.

Por otro lado, los romanos tuvieron una visión más amplia de Estado que los griegos, pues Roma consideró la idea de un Imperio. De la misma forma introducen prioritariamente el elemento jurídico en el Estado, lo cual no era muy común en el pensamiento griego. Cicerón escribió en esta época y no concibe la República sin una fuerte inclinación jurídica, a la vez que apela a la importancia del pueblo romano en esta cuestión (*res publica respopuli*). No obstante, no debe tomarse esta opinión como la más generalizada, esta visión de la República pudo no estar acorde con la realidad de ese momento, debido al adveni- miento imperial producido por la labor paulatina de César, Antonio y Octavio, en donde la figura del Principado, lleva- do a su consumación plena en Augusto (Octavio), fue un

en el sentido más importante que tiene este concepto de libertad para el hombre moderno" Jellinek, G. (2005). *Teoría general del Estado*, Trad. por Fernando de los Ríos. Montevideo- Buenos Aires: B de F Ltda., pág. 383.

compromiso entre el poder absoluto y las ideas republicanas. Es decir, de esta dimensión republicana se pasó a la concepción de Imperio, conformado por el dominio sobre los distintos pueblos. En todo caso, el concepto de "*res publica"* utilizado por Cicerón está cargado de la preeminencia jurídica.

Cicerón en su clásica obra *De republica* forjó algunas bases del Derecho natural, aún presentes en la actualidad. En efecto, señala: "La ley verdadera es la recta razón acorde con la naturaleza. Es de aplicación universal, inmutable y eterna, con sus directivas insta a cumplir el deber; y con sus prohibiciones aparta de la iniquidad. Y sus mandatos y prohibiciones no se establecen en vano para los hombres buenos, aunque ejercen ninguna influencia sobre los malos. No es por legal, por ley divina tratar de alterar esta ley. No es permisible tratar de derogarla parcialmente, y es imposible abolirla en su totalidad. Ni el senado ni el pueblo pueden liberarnos de sus obligaciones, ni necesitamos ningún expositor o intérprete de ella fuera de nosotros mismos. No es diferente es Roma y en Atenas ahora y en el futuro, sino que es única, eterna e inmutable, válida para todos los pueblos y todos los tiempos. Hay un maestro y gobernante sobre todos nosotros, Dios, que es el autor de esta ley, su promulgador y el que impone su cumplimiento. Quien quiera que la desobedezca huirá de sí mismo y negará su naturaleza humana y en razón de este hecho sufrirá las peores penas, aunque escape a lo que comúnmente se considera como castigo..." (L. III, XXVII, 33).

No obstante, Cicerón -al igual que Aristóteles-, no se limita al asunto meramente legal, sino que va más allá con la discusión del tema de la justicia. En este punto es menester indicar la diferencia entre la *polis* y la *civitas;* distinción que se consuma con el establecimiento del Imperio romano. La aparición de la autoridad concentrada entre ese mundo político en la figura del principado, marcó la génesis de la distinción con las asambleas ciudadanas griegas.

Los elementos de identificación entre ambas dimensiones políticas se encuentran con facilidad, cuando en Roma,

de manera incipiente, la *civitas* fue la actividad de los romanos en la ciudad, sin que por ello haya sido en sentido estricto y moderno un Estado. De esta forma, la *civitas* o el Estado a su manera, se confundía con la actividad ciudadana en la participación política o en los asuntos relativos a la *res publica*, por el ejercicio del *ius sufragi* y del *ius honori*. Entonces la *civitas* que originalmente tuvo la dimensión religiosa, en cuanto asociación organizada alrededor del *ius sacrorum*, el cual formó parte del *ius publicum*, desembocó en la participación no ya de tipo religioso sino político, la cual quedó relacionada como bien o cosa de todos, bajo la locución *res publica* o cosa pública. La *civitas* y la *res publica* se constituyeron en dimensiones entrelazadas, con la futura intermediación del gobernante o del príncipe a través del concepto y desarrollo de la *lex regia*, la que fue fundamento para justificar el uso de las potestades por delegación de los ciudadanos. o del pueblo a favor del príncipe mismo.

Esta nota de diferencia de la *civitas* respecto a la *polis* griega quedó reflejada, a su manera, por la existencia del *pater familias* romano, quien ejercitó la patria potestad de forma absoluta e ininterrumpida como jefe y propietario, entre los cuales estuvieron sus dependientes. Fue una especie de príncipe soberano sobre el *domus*, por el que se consolidó el derecho propietario privado. Y sobre tal base descansó en gran parte el sistema político romano, en torno al Derecho privado absoluto y soberano del propietario, siendo así que la ostentación de la personalidad jurídica se fundamentó en el *sui juris*, por el cual el Estado fue protector de los derechos de propiedad y de la institución de la soberanía, incluso sobre los ámbitos privados de los *pater familias*.

Más adelante, en el Bajo Imperio y entrando en el Medievo, Agustín de Hipona sostiene una diversidad de términos que aluden al Estado: *res publica, civitas, regnum*. De este modo inicia un periodo en donde se explica teológicamente el poder político, pero esto no hubiera sido posible sin el Edicto de Milán (313 d.C.) y los Concilios de Nicea (325 d.C.) y de

Constantinopla (381 d.C.), elementos que juegan un papel decisivo para explicar el poder terrenal de los monarcas desde la divinidad.

Agustín de Hipona establece la distinción entre la ciudad terrenal (*civitas terrenae* o diabólica), regida por el egoísmo, y la ciudad de Dios (*civitas Dei*), regulada por el altruismo y la caridad. Lo anterior fue fundamento para la concepción medieval de la *res publica christiana*. La primera de ellas (ciudad diabólica), sumida en la desgracia del pecado, y la segunda (ciudad de Dios), en la gloria de la bienaventuranza.

Empero estos conceptos de Agustín de Hipona fueron utilizados con distintos significados en el Medioevo. El concepto de *civitas* aludía a la ciudadanía de la Europa medieval, principalmente la que se desarrollaba en Italia. El término *regnum* apuntó a las monarquías de ese período, en donde el monarca permaneció en el poder de acuerdo a un designio divino. La *res publica* indicaba un grupo universal de cristianos romanos, quienes no solo compartían una dimensión social sino también religiosa.

Como se puede apreciar las definiciones anteriores tienen significados distintos que difícilmente coinciden en su totalidad con el concepto de Estado. Por esta razón, conforme avanzó la Edad Media y con el advenimiento del Renacimiento, se tomó como punto de partida el concepto aristotélico de "*polis*", el cual incluía tanto el aspecto civil como territorial. Lo anterior no resulta desacertado si se considera que los escritores medievales definieron la *polis* como *civitas vel regnum* (ciudad y reino), es decir se aludía a la materialidad de un lugar poblado y a su dimensión ciudadana, con normas regentes de la conducta humana.

Cabe señalar que este concepto de *polis* se comienza a utilizar a mediados del siglo XIII cuando se empieza a estudiar *La Política* de Aristóteles. Este estudio trajo fuertes cambios en el pensamiento político de la época, pues se dejó atrás el ideal de la comunidad cristiana y en vez de éste se centró la atención en considerar a los grupos humanos desde sus

particularidades territoriales y ciudadanas.

Sin embargo, el concepto de Estado todavía no es utilizado, sino hasta el Renacimiento. Maquiavelo en su obra *El* Príncipe, específicamente en su primer capítulo *Quot sint genera principatuum et quibus modis acquirantur* (De cuántas clases son los principados y de qué modo se adquieren), introduce el concepto de Estado, en el término italiano *stati (*del latín "*status*"), de la siguiente manera: *Tutti gli Stati, tutti i domini che hanno avuto ed hanno imperio sopra gli nomini sono stati e sono republiche o principati* (todos los estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres han sido y son o repúblicas o principados). De acuerdo a esta aseveración y a una difundida opinión, fue Maquiavelo el primero en dar este uso al concepto latino, el cual luego se utilizó en distintos equivalentes del inglés, alemán y francés. No obstante, en torno al tema hay mucha discusión, pues hay quienes sostienen que el término fue usado con anterioridad. En esta línea se apela a Justiniano, quien dijo que "sustentamos el estado de la república" (*statum reipublicae sustentamus*), además de que existen textos medievales que también mencionan el concepto de *status*.

En Inglaterra, en lugar de Estado, se utilizó el término ya puntualizado de república o *Commonwealth*, principalmente después de la monarquía en 1649. No obstante, después de la Restauración comenzó a tener un marcado descrédito, pero no el suficiente como para evitar que Locke lo dejara de utilizar, pues no encontró otro término con el cual designar la *civitas*.

Cabe destacar que en toda Europa se acogió fácilmente el término Estado, a excepción de los países anglosajones, porque los ingleses denominaban al Estado con paráfrasis verbales.

En todo caso, fue Maquiavelo quien marcó la historia de forma decisiva en esta materia. No faltará indicar que después no existió uniformidad en el uso del concepto, por ejemplo en Alemania se dio más el uso del *Volksgeist* en vez del de Estado, fundado principalmente en el romanticismo de Savigny;

en Inglaterra, como ya se ha indicado, se tendió al uso del término *Commonwealth* en Locke y se marcó una diferencia con respecto a Francia en cuando al origen del Estado (criterio de Hobbes del b*ellum erga omnes* contrapuesto al "mito del buen salvaje" de Rousseau). En fin, se podría hacer un estudio entre equivalencia y diferencia de todos estos conceptos, pero escapa a la temática de esta obra.

Considerando que el término Estado se generalizó en el Renacimiento para designar lo civil y territorial, y ante la diversidad de conceptos con que se aludía a esta realidad en la antigüedad, seguimos utilizando el concepto de Estado para denominar la realidad fáctica que desde la antigüedad se impuso entre ciudadanos de un territorio.

Además, es importante destacar que las concepciones primitivas del concepto de Estado en Occidente, queda sumido en la parcialidad de trato, que no resulta tan patente en la definición de Santo Tomás de Aquino. Lo anterior se sostiene en el hecho de que dichas orientaciones identifican al Estado con alguno de sus elementos, como el territorio, el pueblo o la autoridad.

No obstante, propiamente con Maquiavelo inicia una literatura política, la cual responde al clima de ruptura del régimen de la cristiandad, ambiente sustentado principalmente en el Renacimiento y en algunos aportes ideoló- gicos de la Reforma. En esta misma dirección, destaca nuevamente la literatura de Juan Bodino, la cual trata de la naturaleza, las características y las maneras de organización de los Estados. Por estas razones, gracias a Maquiavelo la política conforma una esfera independiente, que se separa de la ética; y con Bodino se empieza a forjar -se insiste- la moderna idea de soberanía.

Finalmente, se puede considerar que el concepto de Estado en Maquiavelo se ajusta a la teoría del Estado como fuerza, pues para este pensador italiano el poder si no tiene fuerza, está condenado al fracaso.

5. El Estado como poder

El Estado como poder, nace en consideración de lo jurídico, en donde Estado es algo más que una simple fuerza. El Estado tiene que ver con el concepto de legalidad, es decir con el criterio de validez del mandato, lo cual no implica un criterio de valor acerca del Estado.

Para definir el Estado como poder no se considera cómo debe ser ejercido el poder, sino más bien la fuerza en su sentido pleno. Esta fuerza para que sea constatada basta con remitirse a las "razones", que determinan la voluntad de imposición. Es decir, el Estado como poder es fuerza que se impone en nombre de la ley.

Considerar el Estado desde el poder es hacerlo bajo el imperio del Derecho. De este modo el Derecho es el medio de expresión de la fuerza del Estado, no es simplemente fuerza que se impone, sino los ordenamientos jurídicos por los cuales el Estado ejecuta esa fuerza. No obstante, este criterio prescinde de la valoración del contenido de las nomas de legalidad.

Retomando a los antiguos griegos, cabe decir que entre ellos, existió la distinción anteriormente indicada entre el Estado como simplemente fuerza, en "gobierno de los hombres", y el Estado como poder, en el "gobierno de las leyes".

Platón en *La República* propone que los filósofos sean quienes gobiernen, de manera que se inclina por el "gobierno de los hombres" más capaces. En efecto, la "*polis"* ideal debe estar conformada por tres partes: a) el pueblo: equivaldría al apetito en el ser humano y por ende su virtud es la templanza; b) los militares: vendrían conformar el ánimo y poseerían, por tanto, la virtud de la fortaleza; c)los filósofos: son quienes deben gobernar, se les ubica con la razón y su virtud es la prudencia. La *polis* únicamente puede ser concebida por el filósofo, quien busca la Verdad y Bien supremos y quien además es el único que puede conducirse hacia el mundo

inteligible, donde yacen las formas inmutables de los seres a través de las ideas puras, objetivas e individualizadas. No obstante, en esta misma obra sostiene que también existe otra clase inferior (que no encuadra con el esquema citado), compuesta por quienes no prestan grandes servicios a la sociedad con sus espíritus y reciben el nombre de mercenarios o asalariados, debido a que se les dejan trabajos más difíciles.[385] Sin embargo, en *El Político* y *Las Leyes*, el pensamiento de Platón toma un giro bastante peculiar, pues en este caso no apela a un "gobierno de los hombres" más capaces, sino que opta por destacar la necesidad de un "gobierno de las leyes". En *Las Leyes* específicamente menciona la necesidad de una ley común en el Estado y en *El Político* hace hincapié en que las leyes son puras y distintas a la corrupción del gobierno. No obstante, no se inclina completamente por un gobierno fundado en la ley, sino preferible- mente en que éste debe estar fundado en el ideal del bien.

Contrario a Platón, Aristóteles sostiene la superioridad de las leyes sobre el gobierno de los hombres, pues para él la ley es inteligencia sin pasiones. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que existan sujetos sumamente capaces, que sean superiores a los demás. Estos hombres superiores no podrán ser sometidos a lo que los demás están supeditados.

No se puede negar, que Aristóteles reconoce el Derecho como el elemento constitutivo del Estado, pero posteriormente lo que se enfatizó, en legado de este filósofo, fue la valoración de la ley desde lo ético. Así fundó su estudio jurídico y político en el bien moral del ser humano, la felicidad, la finalidad del ser humano. Esta indagación la desarrolla en sus éticas (Ética a Nicómano, Ética a Eudemo y Gran Moral) y en La Política. La innovación aristotélica consistió en ubicar la felicidad no sólo en el placer, sino en la virtud (punto medio entre dos opuestos).

La justicia consiste en producir y proteger la felicidad en la

[385] Vid. Platón. (2007). Diálogos. México: Porrúa, pág. 39.

comunidad. Es la más elevada y completa de las virtudes, pues su dominio no es meramente individual, sino que regula la conducta humana con los demás. Dice: "La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro. Y por esto la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes; y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos. Lo cual decimos en aquel proverbio: «En la justicia está toda virtud en compendio»."[386]

En consonancia y paralelamente al tema de la justicia, no es menos importante la valoración del ser humano como "animal político" (z*oon politikón*), el cual por naturaleza está orientado hacia la sociabilidad. Para sustentar este punto, el autor parte desde la unión de las personas para procrear y generar una familia hasta la conformación de la *polis* por los pueblos (compuesto por la unión de las familias). Basta decir que los griegos no olvidaron el tema de la relación entre Derecho y Estado, pero no fueron ellos en este tema quienes hicieron una labor tan rigurosa y definitiva como la que llevaron a cabo los romanos.

Desde la República de Roma llega la máxima ciceroniana *res publica res populi*, que ha sido objeto de muchas interpretaciones. Pero en lo que no cabe duda, es que esta afirmación va enmarcada en el contexto del Derecho, de modo que por Cicerón se sabe que la República no es posible sin esta dimensión jurídica. No obstante, no se limita a este ámbito, sino que va más allá y remite al tema de la justicia, como ya se ha indicado.

Después de Cicerón autores como Gayo y Ulpiano también pondrán el acento en el tema de la ley, tendencia que se extenderá por el pensamiento romano, de tal forma que difícilmente fue posible considerar el Estado sin legalidad. Es decir, el poder fue un atributo del Estado, que existió en virtud de la ley.

Con lo que se ha visto hasta este punto, se puede decir que

[386] Aristóteles (2007). Ética *Nicomaquea*. México: Porrúa, pág. 79.

los romanos no podían disociar Derecho y Estado, pero esta estrecha relación no fue seguida durante la Edad Media. Los escritores medievales elaboraron todo un sistema que separaba el Derecho del Estado. Esto último lo llevaron a cabo al tomar en cuenta el Derecho natural, no desde la consideración de los romanos, sino desde los principios de justicia e igualdad que derivaban del cristianismo; que se contraponía al Derecho del Estado. De este modo marcan una distinción entre el Derecho natural, de normas y principios universales, y el Derecho positivo, de normas que rigen la convivencia de los colectivos humanos.

No obstante, el pensamiento medieval no abandonó la antigua idea de la supremacía de la ley, sino que la mantuvo en vigencia, pero transformándola. En este caso se consideraba que el gobernante, que ejercía el poder estaba ligado a la ley, la cual tenía sustento en la divinidad. Es decir, la norma afectaba a todos; de ahí que todavía se sostenga que fue este pensamiento el responsable de las premisas del Estado moderno de la representatividad y de la división de poderes.

En efecto, los síntomas anteriores se empezaron a sentir, en la época del Alto Imperio y de la paralela gestación del cristianismo institucionalizado en el sistema sociopolítico europeo. En Roma se insertó una idea que perdurará en la colectividad medieval, al decir: “la culpa del asesinato de Dios”, esto debido a que en el Concilio de Nicea se formula la consubstancialidad de Dios-Padre con Dios-Hijo, Jesús. Por otra parte, el emperador mantendrá el título imperial de “Hijo de Dios”. Así, Franz Hinkelammert[387], explica este hecho desde su génesis en la figura de Constantino: “Como emperador llevaba el título «hijo de Dios», que los emperadores llevaban desde el tiempo del emperador Augusto. Empero todavía no concebían, y no podían concebirlo, un asesinato de Dios. Cuando los cristianos del primer siglo asumen el título «hijo de

[387] Hinkelamert, F. (2003). *El asalto al Poder Mundial y la violencia sagrada del Imperio*. San José, Costa Rica: DE, *in totum.*

Dios» para sí, lo hacen enfrentando al emperador. Lo hacen con la tesis de que todos son hijos de Dios, y Jesús es el revelador de eso. Por tanto, es *primo inter pares*. Si todos son hijos de Dios, se subvierte el título de emperador que deja de ser algo específico. Constantino aprovecha eso. Él, como emperador, lleva el título «*hijo de Dios*» desde antes de hacerse cristiano. Además, después de hacerse cristiano, mantiene este su título de emperador. En el concilio de Nicea, en el cual él está presente, al definir la Trinidad aplica e impone este título al Jesús-Cristo. O sea, Cristo se transforma ahora en emperador del cielo y el emperador". De esta forma el emperador indirectamente pasó a ser consustancial al Dios-Padre y todo atentado en contra del Imperio constituiría una afrenta al emperador, la cual sería tomado como la conmemoración del asesinato del Padre en el Hijo; hecho considerado imputable por una sociedad fundamentada en Dios.

No obstante, en esta época de cristiandad, surge también la necesidad de encontrar mecanismos constitucionales y la aparente representatividad, lo cual se intentó en la doctrina de las corporaciones, que afectó aspectos políticos y de índole eclesiástico, verbigracia los Concilios. De este modo parece acertado el criterio de Rousseau de encontrar en las modernas instituciones representativas y parlamentarias un vestigio de la época del feudalismo.

Sin embargo, existen autores que afirman que lo anterior no es del todo cierto, por ejemplo, Charles Howard McIlwain (1871–1968) sostiene que en la Edad Media no existió una separación de los poderes, sino su delimitación.

En todo caso, lo que no cabe duda es que la doctrina medieval del primado de la ley, constituye uno de los aspectos originarios de la teoría constitucional y del principio inglés *rule of law* o "Mandato de la ley" (aproximación castellana al término); elemento producido en Inglaterra a raíz de los enfrentamientos entre partidarios de la monarquía y defensores

del sistema parlamentario. Según este principio se da primacía al principio de legalidad o imperio de la ley por manifestación de la soberanía del pueblo inglés a través del Parlamento[388].

Partiendo de la Edad Media con esta supremacía de la ley, se procede en la modernidad hacia la doctrina de la separación de los poderes, la cual muestra el actuar del Estado-poder, en la historia jurídico-política de la mayoría de los países occidentales.

Este moderno concepto de ley se adapta a los nuevos requerimientos legislativos, de manera que se ajusta al tema del poder, que a su vez permanece ligado al concepto de

[388] El *Rule of law* inglés se caracteriza por los siguientes principios: 1) la igualdad jurídica de los sujetos, independientemente del rango y las condiciones económicas, en particular en las sanciones penales y en la integridad patrimonial. Este principio se opone no solamente a la atribución de privilegios personales, sino también al ejercicio arbitrario o excesivamente discrecional del poder ejecutivo; 2) El principio de la sinergía normativa entre el Parlamento y las Cortes judiciales. Las cortes ordinarias están obligadas a la aplicación rigurosa de la ley y están vinculadas por el respeto de los *precedentes,* es decir, por la propia *y* autónoma tradición jurisprudencial. La soberanía de la ley, provenga ésta directamente de un acto parlamentario *(statute law)* o de la interpretación jurisprudencial) de las cortes del *common law,* es concebida y ejercitada en un cuadro institucional que se denomina "reino de la ley y de los jueces"; 3) El principio de la tutela de los derechos subjetivos. Esta tutela, en el secular desarrollo del constitucionalismo (no escrito) inglés -desde las garantías feudales de la *Carta Magna* las reglas procedimentales del *habeas corpus,* al catálogo de los derechos fundamentales contenidos en la *Petition of Rights y* en *el Bill of Rights,* ha sido asegurada, antes que por el Parlamento, por la jurisprudencia de las Cortes del *common law,* las cuales han salva- guardado los derechos de libertad y propiedad del posible arbitrio de la burocracia administrativa y del Parlamento. Los jueces del *common law,* profesionalmente empeñados en el respeto de los precedentes, es decir, de una serie de reglas y procedimientos orientados a la defensa de los derechos individuales; no pueden ser sino intransigentes de toda forma de arbitrio potestativo. Zolo, D. (2006). Teoría e crítica dello Stato di diritto. En D. Costa, & Z. Danilo, Lo Stato di diritto. Storia, teoría y crítica. Milano: Feltrinelli, págs. 23 y ss.

Estado.

6. El Estado como autoridad

El Estado como autoridad es aquel que tiene una significación ulterior, que no se haya sólo en la fuerza y en el poder, sino que debe ser hallada desde la filosofía política. En este caso no basta con considerar la legalidad, sino que también se toma en cuenta la legitimidad, que consiste en el criterio de valoración de lo jurídico.

a) El problema de la legalidad y la legitimidad

Es común encontrar que en el lenguaje jurídico se confundan las palabras legalidad y legitimidad, pues muchas veces no poseen un significado bien definido y especificado. De hecho, existen personas preparadas en el ámbito del Derecho, que hablan indistintamente de legalidad y de legitimidad para indicar o aludir a determinadas actividades estatales, que tienen relación con las normas vigentes del ordenamiento jurídico.

b) Diferencias entre legalidad y legitimidad

De esta manera, para no caer en errores, se puede indicar que la expresión legitimidad se usa para aludir, en términos generales, al criterio de "validez" del poder, el "título" en virtud del cual éste dicta sus mandatos y exige su obediencia por parte de aquellos a quienes se dirigen y que, a su vez, se consideran "obligados". En esta misma dirección, se sostiene que la legitimidad presupone la legalidad; así cuando existe un ordenamiento jurídico y un poder que impone mandatos de acuerdo con sus propias disposiciones.

La legitimidad, por tanto, viene a ser justificación de la legalidad, porque le da al poder el carácter de la autoridad. Básicamente la legitimidad es un elemento más que se suma al poder y a la fuerza del Estado dispuesta en la ley. La legitimidad es, entonces, la legalidad aceptada a diario por los destinatarios de sus efectos; es la complacencia compartida de

la validez y eficacia del ordenamiento jurídico.

Lo anterior tiene también su fundamento en la etimología del concepto, debido a que "autoridad" deriva del latín *augere* (aumentar), lo que indica la idea de tener una especial cualidad que autoriza a la persona investida por ésta para el ejercicio de un cierto derecho o poder.

De esta manera, a fin de quitar del fenómeno político todo aspecto de legitimidad, es necesario no hablar del concepto de "autoridad" y hacer únicamente referencia a la "fuerza" y al "poder" para aludir al Estado.

La relación entre legalidad y legitimidad fue tomada en cuenta en la teoría política tradicional. Durante los siglos XVI y XVII se tenían tímidas diferencias, producto de la doctrina medieval acerca del poder "injusto" o "tiránico", y en particular la establecida entre dos tipos de tiranía: *ex parte exercitu* y *ex defectu tituli* (por el ejército o por títu- lo inválido). Esta teoría tuvo como máximos expositores a Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) y a Coluccio Salutati (1331-1406).

De este modo en la Edad Media se llegó a decir que el poder puede ser injusto-tiránico debido a la manera como se ejerce-, de igual forma, también, puede serlo a causa de un vicio de origen, por una falta de "título", carente de legitimidad.

Como producto de tal diferencia se decía que las normas que se otorgaron como forma de resistencia al poder tiránico fueron distintas, del mismo modo las posiciones en torno a la legitimación del poder.

Las consecuencias prácticas de esta diferencia -las normas que se tenían para la resistencia a uno u otro estilo de tiranía- eran diferentes. Del mismo modo también fueron distintos los criterios relativos a la"legitimación" del poder, en donde algunos han dicho que ésta únicamente podía consistir en una simple "investidura" realizada con regularidad, en tanto que otros comprendían que el vicio desde un inicio podía ser "saneado" por la misma utilización del poder.

El debate en torno a tales temas aún perdura en la actualidad en el pensamiento ordinario, y este elemento

bastaría para hacer ver que el conflicto de la legitimidad no puede aislarse, en los antiguos barrotes del mundo jurídico y político. Los europeos en la actualidad pueden recordar aún los tiempos en que el principio de "legitimidad dinástica" fue normalmente aceptado en Europa, y como aún hoy determinados políticos apelan a la "legitimidad nacional".

En los actuales sistemas democráticos no se suele carecer de la respetuosa alusión al principio de "soberanía popular", a pesar de las opiniones de algunos juristas, que lo reducen a una referencia formal, porque al definir el tema del poder, rápidamente, declaran que el argumento de "la soberanía pertenece al pueblo" y únicamente contiene un sentido político, por lo que debe ser cambiado –omitiendo la tautología en que caen- por la única que en su criterio es "jurídicamente correcta": la soberanía del Estado.

En este punto es donde la argumentación seguida parece tener su fin. En efecto, la teoría jurídica ha funcionado para gestar y elaborar el concepto de Estado como ordenamiento jurídico. No obstante, el conflicto del último fundamento de este orden no radica en otro lado, sino en la misma teoría que tiene como fin su explicación.

La relación establecida entre legalidad y legitimidad generalmente no está entre los cuestionamientos cotidianamente tratados por los juristas, quienes sostienen que los conflictos que se presentan en la obediencia, sus limitaciones, y el generalizado problema de la obligación política, los cuales en conjunto con el tema de la justicia, constituyen una materia "metajurídica", es decir, son elementos que deben ser estudiados por los filósofos, sociólogos e historiadores, conformando temas que han sufrido una especie de diáspora por parte de los juristas; condenación que también han tenido la teoría del Derecho natural y los derechos naturales.

Ante esta situación no se ha objetado gran cosa, porque la definición de la ciencia del Derecho ha cerrado perspectivas ante posibles argumentaciones, principalmente cuando apunta

a sus límites y fines dentro de su formalismo. Sin embargo, lo anterior no implica la necesaria condena para los juristas que se han habituado a movilizarse sólo dentro del campo del Derecho, pues el tema no puede ser resuelto de forma definitiva en el marco del Derecho positivo.

Generalmente no está tipificado en los textos constitucionales el tema del poder injusto o tiránico, por no mencionar el amplio tema de la resistencia. Es decir, el ordenamiento jurídico suele no prever la posibilidad de estos problemas, los cuales son abordados comúnmente desde la subjetividad, pero el problema es que estas cuestiones deben estar previstas en el Derecho positivo, pues sólo así puede efectuarse coercitivamente el accionar contrario a estos vicios.

Es muy común que los juristas únicamente se limiten a decir que el Estado es el ordenamiento jurídico y a argumentar que su validez deriva precisamente del Estado. Esta tendencia es meramente formalista y demuestra una fuerte inclinación del jurista por dedicarse solamente a su campo de estudio, lo cual muchos hacen de forma perfeccionada. Pero en esta opinión generalizada se descubre el problema de considerar al Estado simplemente como ley positiva.

Al respecto Max Weber (1864-1920) sostiene que la forma más común de legitimidad es la fe en la legalidad. Esta legalidad se sustenta en sí misma, de este modo la legitimidad se encuentra asentada sobre la legalidad, es decir sobre la autoridad legal. Por lo anterior la autoridad no recae en una persona, sino que yace sobre una norma impersonal. Al mejor estilo platónico, puede decirse que el “gobierno de los hombres” ha sido sustituido por el “gobierno de las leyes”.

De este modo en la modernidad se sostiene el principio de “legitimidad racional”, el cual consiste en afirmar que la persona o grupo de personas que ostenta el poder, se encuentra por debajo de un sistema de normas racionales. Es así como la obediencia se debe a la norma jurídica y no así a las personas.

Los criterios de Weber son fundamentales para aclarar no sólo el tema de la “devoción” a la legalidad, sino también para

mostrar en plenitud las corrientes en torno a la naturaleza del Estado.

El principio de legalidad está encarnado en las Constituciones de los Estados modernos, los cuales nacen en oposición al poder arbitrario de los monarcas o grupos de poder y ante la necesidad de limitar la acción estatal dentro de ciertos límites jurídicos.

Las antiguas ideas que apelaban a la supremacía de la ley, se han plasmado en instituciones, cuyo fin es vigilar y normar el poder público con el propósito de evitar las extralimitaciones de ese poder. En este sentido nace la "justicia administrativa", en relación con la actividad del Ejecutivo sin perjuicio de su implementación material en los distintos órganos del Ejecutivo.

Cabe recordar que fue precisamente esta idea de la legalidad, la que permitió el nacimiento de ideas como las del Estado de Derecho, *Rechtsstaat*[389], o *rule of law*, que son conceptos muy comunes usados para aludir a los caracteres esenciales del Estado moderno.

Por lo anterior, el ser humano en la modernidad concibe que la justificación del Estado se soporta básicamente en la legalidad. En esta temática se han desarrollado criterios que sustentan que la ley en la modernidad es como una especie de

[389] La doctrina del *Rechtsstaat* alemán, inspirándose en el pensamiento de Kant y Humboldt, opone el Estado de Derecho al Estado absoluto y al Estado policía. Reelabora los elementos centrales del pensamiento liberal clásico, en especial el principio de la tutela publica de los *derechos subjetivos públicos,* como una concepción estatalista de los derechos individuales, y el principio de la separación de poderes. La única fuente de los derechos subjetivos es el poder legislativo. El Estado de Derecho se reduce a un puro *Estado legal* caracterizado por un concepto de ley puramente técnico-formal, es decir, la ley es general, abstracta, irretroactiva, desprovista de toda referencia a valores éticos y a contenidos políticos, sin sujeción a control judicial de constitucionalidad. La protección de la libertad y de la propiedad era el contenido material, político e ideológico, del Estado de Derecho alemán. Zolo. *Óp. Cit.,* págs. 22-23.

dios o señor sobre el cual no hay nada, lo cual ha sustentado la idea de que la legalidad tiene en sí misma a la legitimidad.

En este punto cabe la pregunta sobre qué tipo de legitimidad ofrece la legalidad. Con lo que se ha visto hasta el momento, se puede decir que la legalidad alude al concepto de Estado como poder, porque no es la fuerza simplemente impuesta, sino que la ley aparece como su manifestación.

No deja de estar en este planteamiento la doctrina de Thomas Hobbes, pues la legalidad alude de forma inmediata al poder como fuerza ejercida de conformidad a la ley, poder que puede entenderse como aquel instrumento usado para regular las relaciones sociales, con el fin de garantizar la paz social y conservación de la vida.

La legalidad, en este caso se presenta como un valor que se sustenta a sí mismo, no obstante, esto es una ilusión, pues el contenido de la ley no es la ley misma, de modo que la legitimidad de la legalidad, no deriva de esta última, sino del contenido de la ley.

Como se puede destacar, el principio de legitimidad rompe con el esquema formalista del positivismo, pues la legitimidad conduce necesariamente al tema "metajurídico", al contenido, del que, lamentablemente, tanto huye muchas veces el jurista.

La noción de contenido se presenta claramente en el concepto de "*rule of law*", que es el principio de legalidad de los países anglosajones, el cual no se reduce al simple ordenamiento jurídico, sino que apela a un contenido que puede ser expresado en valores fundamentales. No obstante, lo anterior no constituye la negación del Derecho positivo, sino más bien la exigencia de que la norma jurídica esté conforme a los valores esenciales y necesarios para que exista una sociedad libre y jurídicamente ordenada.

Queda claro que la "legalidad" se comprende en este punto como el actuar no de una norma cualquiera, sino sólo de aquella norma que proteja y resguarde ciertos valores establecidos, con el fin de una vida social equilibrada. De este

modo los principios como la vida, la libertad, la propiedad y, en un sentido más amplio, los que procuren la dignidad son precisamente los que darán el soporte existencial de la legitimidad del poder del Estado, que es la autoridad.

No obstante, en el resto de los países de Occidente es común escuchar la máxima de que se está en un "Estado de Derecho", expresión que incluso ha sido usada para justificar regímenes despóticos, con el fin de desvirtuar entre un puro formalismo jurídico y político, el contenido del valor. El concepto en sí tiene origen en las teorías de los filósofos alemanes y después se difundió por todo Occidente. En un inicio el "Estado de Derecho" fue entendido como aquel Estado moderno que se fundamentó en el respeto de la persona, a la representatividad y separación de poderes, fue sinónimo de Estado liberal y democrático. Después el concepto adquirió otro significado, princi- palmente por la influencia de la doctrina positivista y se redujo a la comprensión del Estado como "hecho" o como "valor", que prescindía de la reflexión axiológica y que fue considerado simplemente en la ejecución de la fuerza por la ley. De este modo, el concepto se redujo a una pura efectividad estatal de acuerdo con su ordenamiento jurídico. Por tanto, el "Estado de Derecho" llega a significar simple y llanamente un Estado de legalidad.

El concepto de legitimidad en este contexto se reduce meramente a lo fáctico, de esta forma se puede distinguir entre una legitimidad jurídica y una legitimidad moral del poder. En cuanto a la legitimidad jurídica se puede decir que se basa en una norma primordial o una simple existencia "institucional" del Estado. En esto último, parten dos reconocidas escuelas del positivismo jurídico: la de corte normativista y la de tendencia institucionalista.

Según Kelsen, la validez de un ordenamiento jurídico está únicamente determinada por el orden a que sus normas pertenecen. En esta misma línea, se sostiene para decir que, en caso de una revolución, no es que simplemente desaparezca el orden legal, sino que éste ha dado cabida a

uno completamente nuevo. De esta manera el principio de legitimidad se reduce a la efectividad jurídica. Contra la doctrina institucional se podrían utilizar los mismos argumentos usados para la doctrina normativista, en donde se reduce el Derecho a simple manifestación de la fuerza y al Estado como poder.

Seamos claros: entre los seguidores de estas teorías existen personas de indudables convicciones éticas y que no estarían dispuestos, a vender o entregar a cualquier poder una legitimidad ética, si el sistema jurídico es contrario a la dignidad humana. No obstante, este planteamiento conduce lógicamente a permitir el reconocimiento acrítico del ordenamiento jurídico, es decir a la aceptación del "Estado de Derecho" -en el sentido reduccionista de la efectividad-. De esta manera un Estado como el desarrollado por el nazismo alemán o el fascismo italiano, puede tener la justificación de ser un "Estado de Derecho", a pesar de la oposición de los iusnaturalistas por condenar estos sistemas, que niegan los derechos fundamentales por criterios de raza o ideología. Contrario a estos "Estados" amparados en la legalidad está la condena de los apologetas del Derecho natural, quienes sostienen incluso la desobediencia de dichos ordenamientos, pues no están acordes con la moralidad y con los derechos fundamentales.

Con lo anterior se demuestra que no todo "Estado de Derecho" constituye un sistema en donde se respeten los derechos subjetivos, sobre todo los derechos subjetivos públicos, incluso puede decirse que un Estado de esta naturaleza, eventualmente, conduce a la negación de los principios básicos del Derecho.

Para no caer en sincretismos ni en extremismos, lo recomendable es establecer una clara diferencia entre lo científico y lo ético. Si por un lado se estudia lo jurídico desde su formalidad, por otro lado, también debe ser analizado su contenido, con el fin de permitir una elaboración del Derecho positivo acorde con las necesidades básicas de las personas. En esto debe consistir la valoración del sistema jurídico.

La legitimidad debe fundamentarse en las condiciones de

las personas en su individualidad y colectividad. Al mismo tiempo, la legalidad puede ser estudiada en su simple formalidad, pero debe atender los criterios provenientes de la legitimidad, los cuales, de la misma forma que en "*rule of law*" atañen a los hechos y valores de los sujetos.

En síntesis, la legalidad corresponde al Estado como poder, es decir al simple ordenamiento jurídico donde la ley es lo primordial y la manifestación de la fuerza del Estado. En esta misma línea, se comprende que la validez desde la pura legalidad, es una ilusión que se desmiente con los derechos humanos o con los principios de legalidad que se toman en cuenta en los países anglosajones. Con base en el argumento anterior se sostiene que la validez es la legitimidad.

En este sentido la legitimidad es el aspecto axiológico, que deriva de las acciones humanas. De este modo quedan diferenciados los conceptos de legitimidad y legalidad.

7. El Estado es más que legalidad formal

De lo anterior se ha podido llegar con claridad a un concepto de Estado, desde la teoría de Passerin, quien fundamentó, en el marco de la legitimidad, el sentido axiológico del Estado, que escapa a la simple consideración normativista. De esta manera, se puede efectuar un análisis de la relación existente entre el Estado y el Derecho

CAPÍTULO XXXIII

RELACIÓN ENTRE DERECHO Y ESTADO.

1. Planteamiento del problema. 2. Tres teorías en torno a las relaciones entre Estado y Derecho. 3. Análisis de las teorías sobre el Estado y el Derecho. 4. Conclusión parcial.

1. Planteamiento del problema

Considerando la tesis anterior del Estado como fuerza, luego como poder y finalmente como autoridad, se puede decir que el Estado posee un aspecto formal y un aspecto material, en donde el primero también puede dividirse, a su vez, de acuerdo a una forma y un contenido específico. Retomando de forma más clara los razonamientos anteriormente desarrollados, el aspecto formal del Estado está conformado por el ordenamiento jurídico, el cual posee una dimensión material que es el contenido de valor y una formal que es la norma en sí.

De este modo, en primera instancia el Estado posee un aspecto formal, debido a que tiene cierta organización jurídica. En otras palabras, el Estado contiene un sistema de normas jurídicas que le da validez, pero ¿de dónde vienen estas normas? ¿En dónde tienen validez estas normas? Al responder estas preguntas sale a relucir el aspecto material del Estado. En efecto, el Estado está conformado por una población, que da origen a las normas jurídicas, las cuales son válidas dentro de un territorio determinado. De este modo el Estado podría ser considerado simplemente como el ordenamiento jurídico de una población, el cual tiene validez dentro de un territorio. Lo anterior, se ajusta a la perfección con la teoría del Estado como poder. No obstante, cuando se apela al aspecto de la validez, se alude a un contenido ético-político y no sólo a un aspecto formal -que se obtiene de la simple consideración de las

normas jurídicas-. Es decir, la validez apunta al Estado como autoridad.

El criterio anterior introduce el problema más común entre las teorías que pretenden explicar las relaciones entre Estado y Derecho, pues entre los teóricos no siempre queda claro si el Estado está por encima del Derecho, si éste se sobrepone al Estado o si son una simple equivalencia.

2. Tres teorías en torno a las relaciones entre Estado y Derecho

En torno a estos cuestionamientos se han desarrollado tres teorías, para determinar las relaciones entre Estado y Derecho, las cuales se detallan a continuación:

a) El Estado está sobre el Derecho

Una primera teoría sostiene que el Estado está por encima del Derecho. Esta teoría, que fue defendida por John Austin, conlleva al problema de que el soberano puede hacer lo que quiera porque está por encima de la ley. El soberano hace la ley, pero él no tiene que sujetarse a ella, sino sus súbditos. En este punto se puede ver una confluencia entre esta teoría y la propuesta de Hobbes.

No se debe olvidar que la tesis de Hobbes del contrato social puede llevar a un paternalismo extremo por parte del soberano. De igual forma, la tesis de Austin, de concebir al Estado por encima del Derecho también puede conducir al mismo extremo o incluso a la dictadura unipersonal o colegiada; bajo el argumento fascista de que nada está por encima del Estado, o mejor aún, todo por debajo del Estado. Si bien el Estado crea y genera su propio ordenamiento jurídico, como prueba de la supremacía estatal, también lo es que el Estado queda subordinado al Derecho; pero no solo al Derecho creado por éste, sino a contenidos de valor según los derechos humanos a los que se adscriben los Estados, o simplemente no lo hacen, pero tienen existencia propia e

independiente de los Estados mismos, como normas con valor cada vez más aceptadas y efectivas, aun incluso sin la voluntad del Estado contrario a sus contenidos y fines. Aunque suene ilusorio o a poesía: es el inicio de la supremacía de los derechos humanos en el orden interestatal, sin que esté lejos de la supremacía jurisdiccional en su aplicación obligada, aun sin la voluntad de los Estados renuentes y eventualmente condenados.

En todo caso, lo que no se puede obviar es que la teoría de Austin se ajusta a la simple consideración del Estado como fuerza. Es fácil constatar en su argumentación el "gobierno de los hombres" antes que un "gobierno de la ley". Austin abre el camino para hombres como los guardianes de la "República" de Platón, que puedan acceder al poder sin límite alguno. Ahora bien, su teoría concuerda a la perfección con aquellos Estados en los cuales existe un fuerte gobierno central. Lo anterior es una realidad cuando prácticamente lo que existe en un sistema centralizado, en donde las competencias legislativas y ejecutivas se confunden y la administración de la justicia servilmente se inclina a las disposiciones del grupo o individuo gobernante. Es decir, el Estado está por encima del Derecho cuando claramente se confirma el despotismo estatal. De vuelta al nazismo; las leyes de centralización dictadas durante su régimen, en perjuicio de la descentralización del Estado y del régimen federal, formó parte de esta terrible tiranía cuyos efectos todos conocemos y en amplia mayoría condenamos.

b) El Derecho está sobre el Estado

Una segunda teoría sostiene que el Derecho está por encima del Estado. Los partidarios de esta corriente han sido los jusnaturalistas como Pufendorf, Locke y Wolff, quienes sostenían un derecho natural, que está por encima del Estado, el cual debe ajustarse constantemente a las disposiciones de los derechos del ser humano.

El caso anterior puede ajustarse perfectamente a la teoría

que sostiene que el Estado no sólo se manifiesta como fuerza, sino como poder, pues la ley está por encima de todos incluso sobre el soberano. De manera que el Derecho natural se impone sobre el Estado.

Es decir, la tesis del Estado como poder coincide con aquellos Estados que tienen una separación entre un Derecho mutable y uno inmutable. En otras palabras, entre el Derecho positivo y el Derecho natural con máximas inmutables y universales. Lo anterior, enfocado a la superación de los abusos de poder por parte de los soberanos. Sin embargo, también es aplicable la tesis de que el Derecho subordina a los Estados en tanto éste disponga que así sea. El problema de contenido o valor del Derecho no estaría presente, al menos en principio, si el ordenamiento respeta y protege a los derechos humanos; no obstante, cuando el Derecho positivo es contrario a tales derechos, la subordinación del Estado simplemente deviene en ficción o mentira, pues en el fondo la identificación entre ambos precisa la práctica antidemocrática que favorece al ejecutivo en nombre del Estado. Cuando el Derecho esté revestido de valores positivos para la humanidad y su entorno, aun incluso en contra de la voluntad de los Estados, estaríamos ante la primacía del Derecho internacional humanitario sobre el Derecho estatal interno. Esta dicotomía jurídica y política es la base de toda discusión para la aceptación o rechazo de una u otra tesis donde está siempre presente el ser humano, individual y de carne y hueso, que en teoría se dice ser el centro o núcleo duro de toda organización política y sistema jurídico *de lege data* y *de lege ferenda*. En todo caso, aún bajo la tesis de que el Estado acepte la subordinación de su ordenamiento jurídi- co interno, a lo que se disponga en materia de derechos humanos a nivel supraestatal, es ya un avance significativo de la subordinación del Derecho sobre el Estado, aún como acto posterior, dado el contenido del Derecho más allá de cualquier formalismo, conceptualismo y positivismo legales.

c) El Estado y el Derecho son equivalentes

También está una tercera teoría en donde el Estado es equivalente al Derecho. El máximo exponente, como se ha indicado, es Hans Kelsen, quien afirma que todo Estado tiene que ser un Estado con Derecho. De este modo considera un absurdo hablar de dualismo entre Estado y Derecho. Esta tesis es arriesgada, pues la ley considera- da por sí sola con independencia del contenido de valor, puede conducir a la exclusión y violación de los derechos humanos.

En su método Kelsen sostiene que el ordenamiento jurídico se identifica con el Estado, esto debido principalmente a la sociología de postguerra. Es decir, el Estado es igual al Derecho. Pensar que existen dos tipos de Derecho es un absurdo, el Derecho válido sólo es el positivo, el que está conformado por las normas jurídicas.

El razonamiento inicia por admitir que el Estado es un ordenamiento jurídico, luego en afirmar que dicho ordenamiento es coactivo, para finalmente sostener que el Estado es el Derecho. Esto Kelsen lo sustenta en la necesidad que tiene todo colectivo humano de tener solamente un ordenamiento jurídico coactivo, que regule la vida en sociedad. Kelsen apela así a una realidad sociológica presente en todas las sociedades jurídicamente ordenadas, sin embargo posteriormente saca a la sociología del ámbito del Derecho como parte de lo metajurídico. No obstante, man- tener excluido lo metajurídico en la norma jurídica positiva, es un reto para toda Teoría general del Estado, que tenga como base alguna filosofía o perspectiva de ésta. Difícil es ver sólo la forma sin encontrase con su contenido. Desde una concepción aristotélica, la forma no podría ser tal sin un contenido y un contenido no sería tal sin una forma, de modo que prescindir del contenido de la norma conduce a una abstracción que niega lo concreto o específico, aunque se diga que esta doctrina apela a lo concreto del hecho. Tampoco se puede negar que la norma nace de otro hecho concreto, que es la sociedad, la cual

contiene valores que dan soporte a la norma jurídica.

Como punto de partida, es que la escuela de Viena propone el principio de identidad del ordenamiento jurídico y del Estado, a fin de elaborar una estricta Teoría general del Derecho. La cual, valga decir, es una teoría formalista del Derecho, siendo a la vez general para todo Estado, con independencia de cada sociedad o que sirva para toda forma de Estado en favor o en contra de la sociedad específica, pues la norma es válida en tanto cumpla con el formalismo jurídico, dicho de manera universal. El problema es que no siempre se está ante un Estado de Derecho. No obstante, la tesis kelseniana en gran medida se sustenta en la evolución de la historia. Así, el Estado de Derecho evolucionó desde una total reglamentación jurídica, que finalmente se convirtió en Derecho estatal. Por tanto, el Derecho estatal viene a ser idéntico al ordenamiento jurídico, como complejo perfecto y armónico de normas. Sin embargo, cabe señalar que la equivalencia entre Estado y Derecho, no debería ser lo medular en una Teoría general del Derecho, porque a ésta le corresponde dar cuenta de los contenidos estatales del Derecho, no sostener la exclusión del contenido jurídico de cada Estado. Podemos hablar mejor de una teoría general del Derecho desde la base o soporte de los derechos humanos, que son derechos de rango universal y, por ello, posibilitan establecer una teoría general, para todos los Derechos y Estados.

Una teoría general del Derecho que parta de la unidad normativa, conduce necesariamente a mirar el Derecho positivo universal como su único objeto. Es decir, lleva a la equivalencia entre Derecho positivo universal y Derecho estatal, integrado por las normas jurídicas formales. De este modo, el ordenamiento jurídico está en estrecha relación con el Derecho de gentes. Por esta razón, Kelsen sostiene como premisa que ningún Estado es soberano. Sin embargo, sostener lo anterior significa un grave problema, pues no puede soportarse la primacía del ordenamiento jurídico interno, basándose en una concepción anárquica o sin contenido de la soberanía del

Estado.[390]

En este punto, no puede olvidarse el tema de la soberanía estatal, que se sustenta en el Estado constituido, como manifestación de su poder o autoridad jurídicamente dispuesto, sin que pueda excluirse una realidad política a nivel internacional: la aceptación o rechazo de un Estado en el concierto interestatal, lo que no depende del ejercicio de la soberanía a lo interno de un Estado, salvo que el propio Estado acepte las condiciones supra estatales, para la aceptación en el concierto internacional, en la dimensión complementaria de existencia de ordenamientos jurídicos con valores para la protección de los derechos humanos, aunque en el fondo sea retórica consumada, como ha sucedido y sucede en distintos Estados del orbe; sin embargo es ya un progreso importante dada su aceptación formal para no excluir su potencial reclamo material. Esta dimensión también trasciende lo estrictamente positivista de la norma jurídica.

El positivismo jurídico de Kelsen, puede tener la misma consecuencia que tiene el concebir el Estado por encima del Derecho. Es decir, la consideración del Estado como Derecho, tiene el riesgo de admitir como Estado a un simple instrumento de los tiranos, pues eventualmente ese ordenamiento jurídico puede ser la simple voluntad de un soberano o a un grupo de personas. Con aparente inocencia, en esta tesis se sostiene la equivalencia entre el Estado y el ordenamiento jurídico, pero subrepticiamente se infiltra el fantasma de la simple imposición de la fuerza, que no llega al grado de ser autoridad.

3. Análisis de las teorías sobre el Estado y el Derecho

Partiendo del hecho de que se han visto tres tesis que relacionan el Derecho con el Estado y, considerando, que estas han sido evaluadas desde teoría de Passerin, del Estado como fuerza, como poder y como autoridad. Se llega a las siguientes

[390] Bustamante y Montoro, A. (1953). *Teoría General del Derecho.* Cuba: Cul- tural S.A., pág. 34.

deducciones:

a) Que la simple equivalencia entre Estado y Derecho apareja básicamente a admitir la posibilidad de un Estado como fuerza, en donde el poder centralizado del Estado puede hacer que el Derecho se convierta en un simple instrumento favorable para quien o quienes ostenten el poder.

b) Que la teoría favorable para la defensa y protección de los derechos humanos como soporte y fin de cualquier organización política y jurídica, acepta la necesaria subordinación del Estado para su adaptación o trasformación en beneficio de la democracia y contraria a cualquier forma o vestigio de dictadura manifiesta o encubierta.

c) Que la tesis de Austin conduce a la justificación de un Estado simplemente como fuerza o aun incluso como poder, mas no, así como autoridad.

d) Del mismo modo, se considera que la equivalencia entre Derecho y Estado, sería adecuada si se toma en cuenta el contenido de valor del ordenamiento jurídico, lo cual entraría en contradicción con la pureza de la doctrina formalista de Kelsen, pero no estaría lejos de las teorías de Bentham y Ihering.

4. Conclusión parcial

Como se puede apreciar existen diversas teorías que sustentan las relaciones entre el Derecho y el Estado. El estudio de estas teorías permitió una explicación de cómo el Derecho y Estado pueden entrar en distinción o equivalencia. No obstante, en estas no se especifica cómo se comporta el Estado dentro de lo jurídico, lo cual se preten- de desarrollar en el siguiente apartado.

CAPÍTULO XXXIV
LA PERSONALIDAD DEL ESTADO

1. Conceptos introductorias. 2. Teorías acerca de la personalidad del Estado. 3. Teorías negatorias. 4. Teorías de la personalidad jurídica y de la personalidad moral. 5. La doble capacidad pública y privada del Estado. 6. La imputación jurídica.

1. Conceptos introductorios

Desde el punto de vista jurídico, el Estado puede tener funciones tanto de índole privada como pública. Lo anterior, surge debido a un fenómeno que es denominado "personalidad del Estado" sin que pueda asumirse, como se hizo en el siglo XIX, de que el Estado tenía por esto doble personalidad, cuando en realidad es una sola, con doble capacidad sea de Derecho público y sea de Derecho privado. En la primera actúa con las potestades de imperio en cuanto fuerza que se impone a la voluntad de los súbditos bajo las directrices del ordenamiento jurídico escrito y no escrito (jurisprudencia, costumbre y principios generales del Derecho) en el Estado de Derecho, o acaso bajo los lineamientos del dictador o cúpula cerrada y arbitraria en la realidad del Estado autocrático.

En la segunda, lo hace bajo la modalidad de la igualdad de trato con otros sujetos, para dar nacimiento a los actos de gestión y no así de imperio, aun cuando en la realidad el Estado -en esta dimensión privatista- puede transformarse en la *pontentior personae*a a fin de satisfacer los intereses públicos siempre bajo las modalidades objetivas antes indicadas y según las situaciones sobrevenidas que imponen la actuación de imperio y no ya simplemente de gestión. Por consiguiente, se procederá seguidamente a realizar un sucinto análisis de las distintas teorías sobre la personalidad del Estado, para llegar a la concepción actual y dominante en la doctrina y legislación comparadas.

2. Teorías acerca de la personalidad del Estado

Existen diversas teorías acerca de "la personalidad del Estado", pues el problema suscita cuestiones similares a las que provocan todas las entidades de tipo colectivo o grupal sobre su presunta personalidad. Las corrientes más destacadas en esta materia pueden agruparse en:

a) La que únicamente considera como persona al ser humano, y al mismo tiempo niega que el Estado tenga personalidad.

b) La que sólo admite que el Estado tiene una personalidad llamada "jurídica", que es otorgada por el Derecho.

c) La que sostiene que la personalidad "jurídica" del Estado es sólo la cobertura que el Derecho pone por encima de la personalidad "moral" del mismo Estado, que es una realidad de tipo social.

d) La que personifica también a la nación, y define al Estado como la nación organizada política y jurídicamente.

3. Teorías negatorias

Las corrientes que niegan la personalidad del Estado tienen como punto en común la afirmación de que "la observación nos hace conocer, como ser que existe realmente, al hombre y sólo al hombre". De este modo la única persona para el Derecho es el ser humano, fuera de este no hay personalidad. Los grupos, las asociaciones, las colectividades, en fin, todos los entes compuestos por personas, no son más que agregados de seres humanos, son sólo la suma de los individuos que los componen, de manera que no tienen personalidad alguna. De este modo cuando se utiliza el concepto de personalidad lingüística para aludir a una agrupación de personas, se usa con un sentido netamente metafórico, pues es un recurso del lenguaje para señalar una modalidad. En esta misma línea se ha llegado a afirmar que el grupo en sí no puede nunca conformar una

persona distinta a las que lo componen.

Cabe destacar como partidario de esta teoría a Duguit, quien sostiene que el Estado tiene simplemente una naturaleza dual, en donde los gobernantes dominan a los gobernados.

Sin embargo, las teorías negatorias no son compartidas por distintos juristas; quienes apelan a la personalidad jurídica y moral del Estado, como expresión unitaria, fundamental, inmaterial y permanente, no así de manera fragmentada o dividida.

4. Teorías de la personalidad jurídica y de la personalidad moral.

Estas teorías no tienen un carácter tan uniforme como las teorías negatorias, puesto que se presentan en forma separada. El punto de encuentro de estas teorías está en que sostienen que el Estado es una persona jurídica, sin embargo, se diferencian cuando explican la consistencia y naturaleza de esta personalidad.

Una primera teoría sostiene que el Estado es una especie de ficción del Derecho, en donde el legislador crea una determina categoría de personalidad y la aplica al Estado. De este modo el Estado es simplemente una persona jurídica. Sin embargo, esta forma de proceder del legislador tiene como fin crear un ente que salvaguarde deberes y derechos de las personas que componen un Estado. De acuerdo a esta percepción, todos los habitantes del Estado conforman una sola unidad, la cual es distinta a sus miembros. Sin embargo, desde el ordenamiento jurídico no es más que una ficción, es un ente de la imaginación colectiva.

En esta primera teoría se pueden agrupar teóricos como Ihering y Kelsen. Ciertamente Ihering apela a la protección de los derechos subjetivos desde el ordenamiento jurídico y señala que la existencia del Estado, se debe a la necesidad de proteger intereses colectivos y constantes de la colectividad. Por otro lado, Kelsen, para quien el Estado y el Derecho son

una misma realidad, sostiene que la persona jurídica es un conjunto de normas, siendo así que el Estado es Derecho como persona jurídica. Es decir, el Estado en cuanto ordenamiento jurídico es una persona.

Ahora bien, existe una posición distinta que apela a la personalidad jurídica del Estado, la cual no parte de una ficción jurídica, sino de lo concreto. Esta teoría sostiene que la personalidad jurídica es como una máscara que encubre una dimensión social, que nace como producto de la sociedad misma, espontáneamente, y que se manifiesta como una unidad que es distinta a todos los miembros que la conforman.

Se puede decir, que esta teoría parte del supuesto de una personalidad social anterior a la personalidad jurídica, en donde esta última sólo vendría a ser la manifestación de la primera en el Derecho positivo. Esta personalidad preexiste en el Derecho que posee "moralidad", en la medida en que actuó aún antes de que fuera tipificada en el ordenamiento jurídico. Es decir, la personalidad moral del Estado estuvo antes de la existencia de la personalidad jurídica, de modo que la primera es producto de un fenó- meno social y la segunda de una disposición del Derecho. No obstante, no se trata de dos personalidades distintas, sino que la personalidad moral, es soporte de la personalidad jurídica. De esta manera, la tesis es bastante distinta de las teorías de Ihering y de Kelsen, puesto que la personalidad jurídica no es ya una ficción, una ilusión o una estructura vacía, sino que lo que hace es revestir un bien específico que es la personalidad moral.

A manera de comprensión se puede comparar el Estado con un sujeto de Derecho. En primera instancia el sujeto es un bien concreto -una sustancia-, una persona física, la cual es el objetivo de la ontología. En segundo lugar, es una persona jurídica, pues el ordenamiento jurídico la reconoce, es decir la cubre y reconoce para que pueda actuar en el universo jurídico. En caso de no reconocerse esta última personalidad, el sujeto no dejaría de existir, pero podría quedar expuesto a la total

indefensión, no podría contraer derechos ni obligaciones y tampoco tendría capacidad jurídica.

Existe, no obstante, una tercera teoría que reconoce la personalidad jurídica del Estado que proviene de la Escuela francesa. Dicha teoría parte del supuesto de la nación como una entidad diferente de sus componentes, de sus habitantes, la cual conforma una persona moral con unidad propia. Esta persona moral se identifica con el Estado cuando se politiza. De este modo el Estado se da cuando se personifica en lo político y en lo jurídico.

En síntesis parcial, los tres enfoques que remiten a la realidad y naturaleza del Estado, sostienen que el Estado tiene una personalidad, pero no es una persona como un ser humano, pues carece de sustancialidad propia, que exista por sí misma. Es decir, el Estado existe en y por los ciudadanos, por lo cual es una forma de ser que afecta a sus componentes -a las personas-. No obstante, sin estas personas, deja de existir.

Sin embargo, cabe reconocer que, a pesar del carácter anteriormente indicado, el Estado no es simplemente una suma de personas o una determinada cantidad de individuos, sino que es un ente jurídico estable y perdurable, que puede permanecer por más tiempo que el que viven sus habitantes, pues, aunque necesite de las personas para existir, una vez que éstas desaparecen son remplazadas por otras en la dinámica social y política.

Debido a lo anterior, se desarrolla un carácter dual en el Estado, pues en alguna medida es independiente de las personas, en cuanto no es igual a su simple suma; pero, por otro lado, depende de las personas puesto que existe y permanece por éstas. A tal entidad se le denomina persona moral, no por remitir a la ética, sino por contraposición a la realidad sustancial de la persona física o visible que es el ser humano.

Cabe aclarar, que esta persona moral es al mismo tiempo una persona jurídica, debido a que funciona como fundamento

la “máscara jurídica”, que le otorga el Derecho para que se desempeñe en el ámbito jurídico. De manera que el Estado adquiere derechos y obligaciones, de acuerdo a la personalidad jurídica.

5. La doble capacidad pública y privada del Estado

El Estado al poseer una personalidad jurídica, tiene un carácter público y otro privado. En el primer caso, es una persona jurídica de Derecho público y en el segundo, es una de Derecho privado.

Tradicionalmente la doctrina optó equivocadamente por dividir en dos a la personalidad jurídica del Estado, como una persona pública y como persona privada; concepto tan erróneo como dividir el poder del Estado en distintos poderes, cuando en realidad es solo uno de orden público.

a) El Estado como persona pública

En este caso se considera que el Estado tiene la potestad de imperio para el ejercicio del poder público. De este modo, puede imponer condenas, defender fronteras, cobrar impuestos y legislar, entre muchos otros posibles ejemplos prácticos. Es decir, el Estado encarna el poder público y se encarga de la adecuada administración de los bienes y servicios públicos, en la dinámica de su organización y actividad conforme al ordenamiento jurídico, al menos en los Estados de Derecho. Sus actos son denominados *iure imperii* (actos de imperio); a diferencia de cuando ejercita la capacidad de Derecho privado que son actos de gestión, en principio, en igualdad de condición a los sujetos de Derecho privado.

b) El Estado como persona privada

El Estado se presenta en un plano de igualdad ante otros particulares, de modo que puede adquirir responsabilidades jurídicas como en una compraventa. Sus actos -se insiste- son denominados *iure gestionis* (actos de gestión privada). No

obstante, estas actuaciones, el Estado en modo alguno pierde su potestad de imperio, cuando surjan o se presenten situaciones que hacen necesaria su variación en favor del ejercicio de la capacidad de Derecho público para satisfacer los intereses públicos, desaplicando el régimen jurídico de la igualdad de condición, propio de las relaciones de Derecho privado. En esta hipótesis prevalece la unilateralidad de actuación con sobreposición del Estado ante cualquier otro sujeto por el interés público que lo justifica y el ordenamiento que así lo impone.

Sin embargo, esto no impide la posible aplicación de la responsabilidad objetiva o patrimonial del Estado, cuando por sus conductas afecta o viola los patrimonios privados, según lo ya estudiado en este mismo texto. Ciertamente, con el desarrollo del Derecho administrativo llegó a entenderse que era injusto eximir de responsabilidad al Estado, tanto cuando actuaba con actos de gestión como cuando lo hacía con actos de imperio. Fue de aquí entonces que surgió la tesis de la doble personalidad del Estado; sin embargo ésta no es necesaria para exigir la responsabilidad objetiva del Estado por unas u otras conductas, para lo cual basta la doble capacidad de su personalidad jurídica de Derecho público.

En realidad, son dos los elementos básicos para contradecir históricamente esta teoría superada de la doble personalidad del Estado, a saber:

a) El aspecto de la responsabilidad del Estado se extendió al ámbito de lo público, pues el Estado no podía quedar exento de responsabilidad cuando con sus conductas afectó los patrimonios privados de los ciudadanos, aun siendo sus actuaciones de naturaleza pública y aun incluso por conductas lícitas y no solo por conductas ilícitas.

b) También pesó el factor de lo innecesario que fue dividir en dos personalidades al Estado, pues bastó con indicar que en unos casos el Estado actúa según el Derecho público y en otros según el Derecho privado. Del mismo modo que una

persona en ocasiones actúa como ciudadano en la esfera política o como comerciante, no por esto tiene dos o más personalidades jurídicas.

Debido a estas razones se sostuvo que la responsabilidad del Estado era una sola, independientemente de si fuera materia pública o privada. De modo que la única diferencia está en la naturaleza de sus relaciones jurídicas, no así en la naturaleza de su personalidad.

6. La imputación jurídica

El concepto de personalidad jurídica del Estado, no sólo permite al Estado tener la capacidad de un sujeto de Derecho, sino que, al mismo tiempo, garantiza la prolongación del Estado a lo largo de la historia. Es decir, sería difícil que el Estado pudiera dar permanencia y continuidad a las relaciones jurídicas, sino contara con una base como la de la persona jurídica. De esta forma, se presentaría el problema de que cada vez que ocurriera un cambio de gobierno, los derechos adquiridos con anterioridad, en otro gobierno, se perderían. Lo anterior, porque los actos de un gobierno -que no está amparado en un Estado con responsabilidad jurídica-, quedan supeditados a las personas que lo conforman, de modo que si estas personas dejan el poder, los que habían contraído derechos u obligaciones con estos gobernantes, pierden sus derechos y obligaciones si otras personas llegan a tener el control del orden público.

Por esta razón, se sostiene que, por la personalidad jurídica del Estado, es que las leyes permanecen vigentes -en principio- aunque los legisladores puedan cambiarlas o derogarlas; también los contratos públicos perduran, a pesar de no estar en el poder los funcionarios que inicialmente los firmaron y avalaron.

Del mismo modo, el poder judicial, hace valer sus sentencias y resoluciones con independencia de quien ocupe los puestos al momento de su dictado y ejecución. La autoridad judicial actúa en nombre y representación del Estado. Por estas

razones se sostiene que el Estado, en cuanto a la personificación moral y jurídica, tiene permanencia en el tiempo y espacio. Y así podríamos seguir en relación con las conductas desplegadas por todos los funcionarios públicos que actúen en nombre y representación del Estado, o de la respectiva Administración pública, por lo cual no solo cabe la potencial responsabilidad patrimonial del Estado, sino incluso, también, la responsabilidad directa de los funcionarios en los grados de la responsabilidad administrativa, en lo civil, es decir en su propio patrimonio, y en lo penal bajo el principio de reserva legal en la materia. La dimensión de la responsabilidad puede ser excluyente y en ocasiones es concurrente.

De esta manera, la continuidad del órgano o de la persona jurídica, con independencia de los sujetos que los conforman, hizo que en el Derecho canónico surgiera la tesis de la relación orgánica, o teoría del órgano, a fin de superar la posible muerte del Papa como ser humano y la necesidad de la vigencia permanente del Vaticano. Así la teoría del órgano se implementó en el Derecho administrativo con la intención de dar continuidad a las administraciones públicas en el ejercicio de sus conductas conforme al principio de legalidad, y no con dependencia a la voluntad y existencia física de los funcionarios pasajeros, que no pueden confundirse con los entes ni órganos del Estado en su conjunto.

CAPÍTULO XXXV

FILOSOFÍA JURÍDICA Y TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

1. Introducción. 2. El concepto de Estado en la Teoría del Estado. 3. Razones por las cuales el Estado es objeto de la filosofía jurídica. 4. La superación del Estado. 5. La superación del Estado nacional

1. Introducción

Para elaborar una teoría de tal naturaleza es insoslayable partir del concepto de Estado como forma suprema de organización social y como garantía del adecuado funcionamiento de cada ordenamiento jurídico

No obstante, antes de continuar, cabe señalar que remitirse a este tema trae consigo el hecho de tener que adentrarse en el universo de la filosofía del Derecho.

La función principal de la teoría general del Estado es determinar el concepto, naturaleza, elementos y finalidades del Estado. A su vez, podría ocuparse del origen, la organización y relaciones entre Derecho y Estado, pero estos temas también son abordados por la ciencia política y la sociología. En este sentido la filosofía jurídica hace uso de la teoría del Estado para obtener una visión clara y así proponer, al menos en principio, elementos de valor en el orden jurídico en relación con la justicia, en sus distintas formas de expresión y propuestas.

2. El concepto de Estado en la teoría del Estado

Como se ha visto, la idea de Estado, en el pensamiento filosófico occidental, se remonta inicialmente a los griegos (con la *polis*), luego a los romanos (con su visión de la *civitas*, la cual posteriormente evoluciona a *res publica* y consecuentemente a *imperium*). Sin embargo, queda claro que su uso, con propiedad, se le adjudica a Maquiavelo. Así, sin hacer

repetición de lo ya indicado, debemos resaltar complementariamente, que durante los siglos XVI y XVII en España, la escuela del Derecho natural desarrolló el realismo tomista y lo nutrió con elementos de moderado contractualismo. Paralelamente, la Escuela del iusracionalismo protestante y laico conformó un concepto de Estado, cuyo único fundamento es el pacto social. Por su lado Grocio, Hobbes, Pufendorf, Rousseau y Kant perciben el Estado como una forma superior de organización social, en donde el poder procede directamente de la voluntad de sus asociados. Kant lo define imprecisamente, más allá de su explicación genética, como "la reunión de una multitud de hombres que viven bajo leyes jurídicas". Hegel, se separó del realismo y lo concibe como una simple idea ("la actuación de la idea ética" o "la substancia ética consciente de sí misma"), de modo que lo convierte en la forma más elevada de expresión del "espíritu objetivo".

En el siglo XIX, el positivismo se impuso como la contraparte de la metafísica, y da un concepto de Estado desde una percepción netamente objetiva y sociológica. Por otra parte, el materialismo histórico percibe el Estado como una "macroestructura" capitalista, cuya finalidad es mantener la explotación del proletariado. En este sentido tomó partido contra el Estado para favorecer el advenimiento de una sociedad utópica sin Estado.

No obstante, a pesar de haber existido todo este desarrollo conceptual en torno al Estado, no existe todavía en sentido estricto una teoría universal del Estado; antes, bien por el contrario, existen distintas teorías según cada enfoque o perspectiva. Sin embargo, se dieron varias premisas, que despertaron el interés doctrinario de los juristas del siglo XIX y XX, quienes pretendieron dar forma a una teoría general del Estado.

Los grandes juristas alemanes de estos siglos perciben el Estado como un organismo natural similar al de un ser vivo. Gerber da los primeros elementos para dar con la personalidad del Estado, por este motivo es criticado por Duguit (desde el

sociologismo) y por Kelsen (desde el normativismo). Gierke simplemente lo define como "el pueblo organizado", el cual, como unidad de vida intelectual, moral, económica y física, adquiere a la vez, desde el punto de vista jurídico, "una personalidad colectiva".

Desde mediados del siglo XIX, pasando por el siglo XX, tenemos distintos enfoques, entre muchos otros posibles, en relación con el pensamiento sociológico y político; así están los aportes de Heller, Duguit, Max Weber, Burdeau, Carré de Malberg, Marx y Engels; los conceptos jurídicos de Del Vecchio, Jellinek, Maynez y, principalmente, Kelsen con su formalismo; las ópticas deontológicas de Hauriou, Donoso y Sánchez Agesta. Tomemos entonces, a manera de ejemplo didáctico, algunas posiciones teóricas al respecto, veamos:

a) Herman Heller, quien en su obra *Teoría del Estado* define el Estado como "una estructura de dominio duramente renovada a través de un obrar común actualizado representativamente, que ordena en última instancia los actos sociales dentro de un determinado territorio"[391]. Es decir, comprende los factores de la ordenación, el pueblo, el territorio y los órganos del Estado[392].

[391] Heller, Hermann. (1968), Teoría del Estado. México, Fondo de Cultura Económica, pág. 225.

[392] En este sentido, desarrolla aún más el concepto en la mencionada obra de la siguiente forma: "El Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de la dominación por su carácter de unidad soberana de acción y decisión. El Estado está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio por el hecho que los órganos estatales «capacitados» pueden reclamar, con éxito normal, la aplicación, a ellos exclusivamente reservada, del poder físico coactivo, y también porque están en condiciones de ejecutar sus decisiones, llegando el caso, frente a quienes se opongan a ellos, por medio de todo el poder físico coactivo de la organización estatal actualizada de mane- ra unitaria. Cuando con los hechos se viene a negar a la unidad estatal de decisión y acción, la pretensión a su autoafirmación soberana, sólo caben dos posibilidades: o bien esa unidad de poder que niega el del Estado es sometida por la coacción

b) León Duguit (2007), que como se ha indicado fue partidario del sociologismo positivista, percibe al Estado como un simple hecho social, es decir, “el Estado no es más que un grupo social entre otros, el que se beneficia de un desarrollo particular y de la asunción de potestades especiales en el conjunto de la sociedad organizada” (p.75).

c) Max Weber: Este sociólogo define el Estado como un “orden jurídico y administrativo cuyos preceptos pueden cambiarse. Por dicho orden, es por el cual se orienta la actividad (acción de la asociación) del cuadro administrativo, a su vez regulada por preceptos instituidos y el cual pretende tener validez, no solo frente a los miembros de la asociación, sino también respecto a toda acción ejecutada en el territorio dominado por este”. (Weber, 1944, p. 92).

d) George Bordeau: Este teórico define el Estado como una forma de poder político jurídicamente institucionalizado.

e) Marx y Engels: En estos teóricos del socialismo, “el Estado se define como una fuerza, poder o violencia organizada, al servicio del interés de una clase social, que impone a través del derecho y la coerción un ordenamiento de las actividades humanas al servicio de dichos inte- reses”[393]

f) Giorgio Del Vecchio, quien considera que el Estado se caracteriza básicamente por un vínculo jurídico, de este modo lo define como “la unidad de un sistema jurídico que tiene en sí mismo el propio centro autónomo, y que está, en consecuencia, provisto de la suprema cualidad de persona en sentido jurídico”.[394] Por este motivo el Estado es un sujeto del orden jurídico en el cual se verifica la comunidad de vida de

o se la convierte en órgano del po- der estatal. Esto es lo que hace que el Estado sea un grupo soberano de dominación territorial.” Ibídem, p.225.

[393] Humberto Nogueira A., Francisco Cumplido Cereceda. (1987). Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Political Science, pág. 67.

[394] Del Vecchio, G (1953). Lecciones de Filosofía del Derecho. Sexta edición, editorial Bosch, Barcelona, pág. 63.

un pueblo. En esta misma línea sostiene que el pueblo y el territorio son sólo presupuestos de hecho del Estado, ya que su verdadera esencia está constituida por el sistema de vínculos jurídicos en cuya virtud una multitud de personas encuentra su propia unidad bajo el Derecho. La definición ofrecida por Del Vecchio se ajusta más a la realidad, pues añade la cualidad de persona, aunque tal aspecto podría aplicarse a otras instituciones con menor rango dentro del propio Estado.

g) Jellinek menciona que el Estado posee un carácter social y otro jurídico, de modo que lo define como "una corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio"[395]. De este concepto derivan los tres elementos que generalmente se distinguen en el Estado: pueblo, territorio y dominación (autoridad o vínculo jurídico).

h) García Maynez, jurista mexicano, sigue el criterio de Jellinek y llega a definir el Estado como una forma de organización de índole jurídica de una sociedad, cuyas normas fundamentales reciben el nombre de Constitución y cuyo poder de dominación que se ejerce en un determinado territorio.[396]

i) Hans Kelsen, por su parte, presenta una teoría del Estado que ha influido considerablemente la percepción que se ha tenido desde el siglo XIX. Su teoría problematiza los conceptos tradicionales de *personalidad* y *voluntad*, para terminar en la señalada identificación del Estado y Derecho. No obstante, deja por fuera aspectos llamados metajurídicos que son parte fundamental del ordenamien- to jurídico y del Estado, a la vez que el territorio y el pueblo no son considerados en toda su dimensión.

[395] Jellinek, G. (2005). Teoría general del Estado, Trad. por Fernando de los Ríos. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda., pág. 170.
[396] Vid, García Máynez, Eduardo. (2002*). Introducción al estudio del derecho.* Editorial Porrua, México, pág. 107.

i) André Hauriou (1971), en cambio, dentro de un marco deontológico, se inclina por definir al Estado como "una agrupación humana fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico, orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción."[397]

j) Julio Tobar Donoso considera al Estado como una sociedad política autónoma, formada de modo permanente en territorio propio, unificada por vínculos históricos y dirigida por una estructura jurídica de gobierno cuyo fin es la realización del bien común temporal de las personas, grupos sociales y entidades políticas subordinadas que constituyen una trama orgánica.

3. Razones por las cuales el Estado es objeto de la filosofía jurídica

Una vez definidos los conceptos de Estado desde la teoría del Estado, es posible la respuesta al porqué de la importancia de la filosofía jurídica. En efecto, las distintas definiciones ofrecidas muestran las facetas de una realidad moderna, a la cual es posible arribar desde el Derecho y desde la filosofía. Por estos motivos, se reitera que el Estado es objeto de la filosofía jurídica por al menos tres razones: a) por ser parte del Derecho político; b) porque todo Estado tiene Derecho; c) por la necesidad de valores jurídicos para los Estados.

a) El llamado Derecho político desde la filosofía política:

El Derecho político proviene del vocablo gálico *droit politique* y del germánico *staatsrecht*. El primero de estos términos fue usado por los pensadores ilustrados primero por

[397] Hauriou, M. (1916). Les principes de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey, pág. 114.

Montesquieu (1748)[398], y luego por Jean Jaques Burlamaqui[399] y Rousseau.

En el caso de Alemania se utilizaron los términos *Allgemeine* Staatsrecht (Derecho político general) y *Besonderes Staatsrecht* (Derecho político especial). Los anteriores términos son vertidos al castellano como Derecho político, del cual existen diversas concepciones. No obstante, las acepciones que parecen más acertadas son aquellas que remiten al carácter estatal y que indican que el Derecho político es una rama o parte del Derecho público que estudia las reglas que rigen la organización y funcionamiento del Estado, el comportamiento recíproco de gobernantes y gobernados y el régimen estatal.

Por lo anterior, el Derecho político es parte del Derecho en sentido general, razón que lo hace objeto de la filosofía jurídica. Ahora bien, como el Derecho político atañe a la dinámica del Estado en su dimensión jurídica, entonces este ámbito jurídico estatal es también objeto de la filosofía jurídica. En otras palabras, desde el Derecho político el Estado viene a constituirse en horizonte de la actitud filosófico-jurídica, en tanto comprende una dimensión del Derecho.

[398] En lo que respecta al uso del término, Montesquieu (2007), menciona en su obra El espíritu de las leyes*:* "[…] Considerados (*los hombres*) como habitantes de un planeta que, por ser tan grande, supone la necesidad de que haya diferentes pueblos, tienen leyes que regulan las relaciones de esos pueblos entre sí: es lo que llamamos Derecho de gentes. Considerados como individuos de una sociedad que debe ser mantenida, tienen leyes que establecen las relaciones entre los gobernantes y los gobernados: es el Derecho político. Y también las relacio- nes de todos los ciudadanos, unos con otros, tienen otras leyes: las que constituyen el llamado Derecho civil". Montesquieu (2007), Del Espíritu de las Leyes, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 7.

[399] Burlamaqui utilizó el término en 1752, en su obra Principes de Droit politique (Principios de Derecho político) y Rousseau, en 1764, en su tratado Du contrat social ou Principes du droit politique (El contrato social o principio de derecho político).

b) El Derecho del Estado desde la filosofía jurídica

En el punto precedente se indica que el Estado tiene un ámbito jurídico. En efecto, todo Estado es creador de Derecho, es decir, es productor de normas jurídicas escritas y no escritas. Sin embargo, el Derecho de Estado no indica necesariamente la existencia de un Estado de Derecho[400].

Es decir, todos los Estados tienen Derecho, pero sólo algunos son de Derecho. En este sentido, la filosofía jurídica estudia todos los Estados porque poseen Derecho. No obstante, en consideración con los valores y fines del Derecho, (orden, paz, seguridad y bien común, entre otros) toma una actitud ética en contra de aquellos Estados que no son de Derecho, como son el autoritario y totalitario, y aboga desde este sustrato de valor o ético por el Estado de Derecho, ya sea liberal, democrático o social y democrático de Derecho.

c) Ética para los Estados desde la filosofía jurídica.

Como bien ha quedado indicado a lo largo del texto, el Derecho no se reduce a simple normatividad, pues contiene una dimensión metajurídica que es fundamento de las normas del Derecho. Si se ha considerado, que el Estado posee una faceta jurídica, entonces debe considerarse su dimensión metajurídica. En este ámbito, destacan los valores que son parte de la ética, la cual en el ámbito jurídico es considerada como axiología jurídica. Esta axiología jurídica o "ética del

[400] Al respecto, es clarificadora la distinción establecida por Elías Díaz, cuando menciona que: "Un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos lo son). Éste implica -en términos no exhaustivos- sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, creadas éstas además según determinados procedimientos de alguna abierta y libre participación popular con respecto pues para derecho fundamentales concordes con tal organización institucional.". Díaz, Elías. (1996). Filosofía Política II. Teoría del Estado, Madrid: Trotta, pág. 63.

Derecho", es el fin de alguna parte de la filosofía jurídica. En esta dimensión, la filosofía parte de la reflexión del universo y culmina en la ética con la felicidad humana, en este sentido la axiología jurídica es el fin de la actitud filosófica orientada al Derecho.

El Estado al tener Derecho es objeto de la axiología jurídica, es decir, el Estado se convierte en objeto de la filosofía jurídica en cuanto es fin del Derecho. No obstante, para que la axiología jurídica sea universal, es necesario romper con algunos esquemas dogmáticos e ideológicos imperantes para abogar por los fines del Derecho dentro de los Estados. En este sentido, una ética mundial sería la mejor opción para una axiología jurídica, que hace del Estado su objeto, en tanto posee Derecho. Al respecto, cabe señalar la propuesta de Hans Küng, quien apela a una ética objetiva más allá del socialismo de Estado, del neocapitalismo, neosocialismo y japonismo, a la vez que marca el final de las ideologías modernas, progresistas (tecnocratismo) y políticas (marxismo y capitalismo), entre otras. En efecto, señala la ausencia de un orden mundial si hay ausencia de una ética mundial objetiva, lo que no excluye la dimensión jurídica.[401]

[401] Al respecto menciona en su obra "*Proyecto de una ética mundial*": "[…] ¡El mismo Derecho necesita un fundamento moral! El presupuesto de toda cultura política es la aceptación ética de las leyes (el Estado las protege con sanciones y las impone con la fuerza). De poco sirve a los diversos Estados y organizaciones, como la CEE, USA u ONU, la constante creación de nuevas leyes, si una gran parte de los ciudadanos no piensa en lo más mínimo en aceptarlas, y dispone de medios y procedimientos suficientes para seguir manteniendo impunemente sus propios intereses personales o de grupo. […]. Desde el simple punto de vista económico se evidencia que la exigencia de más vigilancia, policía y cárceles, así como de leyes más duras, no puede ser la única solución a los impresionantes problemas de nuestro tiempo. Al problema de la financiación de un cultivo alternativo al de la plantación de coca en Suramérica, hay que añadir también el problema fundamental de la educación (familia, escuela, grupo, vida pública) en Norteamérica (y Europa). «Quid leges sine moribus?» reza un antiguo dicho romano: ¿De qué sirven

Esta inclinación ética adquiere mayor importancia en el contexto actual de mundialización o globalidad (según denominación de aquellos opuestos al neoliberalismo). Es decir, una ética mundial para los Estados que tenga incidencia en el Derecho, adquiere mayor relevancia en el marco de la superación de la estructura estatal.

4. La superación del Estado nacional

Un Estado considerado desde el concepto de nación y de acuerdo con los lineamientos propios de la geografía, produce muchas veces barreras a la tendencia humana en favor de la cooperación y respeto compartido en sociedad, más allá de posturas ideológicas, religiosas y políticas. Desde la época primitiva ha existido este ideal de unión, lo cual se constata en el paso de simples organizaciones primitivas a la construcción de civilizaciones cada vez más complejas.

En el siglo XX existieron considerables esfuerzos hacia la integración de la comunidad mundial, principalmente por los avances en las telecomunicaciones, v.gr. el internet. Lo anterior continúa a principios de este milenio, pero no se limita al conocimiento, sino que también se desplaza al ámbito de la economía de donde surgen nuevas propuestas o modelos políticos y jurídicos, lo cual ocurrió con la Unión Europea. Con lo anterior, se llega a limitar el antiguo concepto de "soberanía" de los Estados y en ocasiones se da mayor importancia al Derecho externo.[402]

las leyes sin costumbres?" Küng, Hans. (1993) Trotta, Madrid, Proyecto de una ética mundial, págs. 52-53.

[402] Lo anterior puede verse ya en la Encíclica*" Mater et Magistra",* de Juan XXIII (15 de mayo de 1961): "Los progresos de las ciencias y de las técnicas en todos los sectores de la convivencia multiplican y densifican las relaciones entre las comunidades políticas y así hacen que su interdependencia sea cada vez más profunda y vital. Por consiguiente, puede decirse que los problemas humanos de alguna importancia, sea cualquiera su contenido científico, técnico, económico, social, político o cultural, presentan hoy dimensiones

Es decir, la técnica, la economía y la ciencia han motivado la interrelación de los Estados, hecho que se ha visto de forma decisiva en la primera década de este siglo. Lo medios de comunicación han permitido acortar las distancias, y en ocasiones promover la democratización y la libertad de expresión con independencia de las fronteras entre los Estados, tal como sucede con las r*edes sociales*. Se ha transformado también la conciencia de la comunidad planetaria, al estar la humanidad en estrecha vinculación informativa, aunado al hecho de la necesaria conservación ambiental, sin perjuicio de otros bienes compartidos y fundamentales para la especie y su entorno, en favor de la sobrevivencia y evolución. No obstante, la superación de los Estados va conduciendo hacia una macro estructura, una especie de "superestado", cuyos lineamientos todavía no son del todo claros, pero que deben ser contrarios al potencial ejercicio de la tiranía de unos pocos sobre todos, sino, más bien, proclives a que los ciudadanos con conciencia universal puedan cumplir y hacer cumplir los derechos humanos desde los Estados y fuera de éstos, aun contra éstos, en caso de violación o separación a sus contenidos y fines reguladores, en sus distintos grados de tratamiento desde lo individual hasta lo colectivo; desde lo material a lo moral o bienes inmateriales.

supranacionales y muchas veces mundiales. Así que las comunidades políticas, separadamente y con sus solas fuerzas, ya no tienen posibilidad de resolver adecuadamente sus mayores problemas en el ámbito propio; aunque se trate de comunidades que sobresalen por el elevado grado y difusión de su cultura, por el número y actividad de los ciudadanos, por la eficiencia de sus sistemas económicos y por la extensión y riqueza de sus territorios. Las comunidades políticas se condicionan mutuamente y se puede afirmar que cada una logra su propio desarrollo contribuyendo al desarrollo de las demás. Por lo demás se impone la inteligencia y colaboración mutua."

CAPÍTULO XXXVI
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

1. La Constitución. 2. Clasificación de las Constituciones.
3. El movimiento constitucional durante el siglo XIX.

1. La Constitución.

El término Constitución responde a un concepto inseguro y multívoco; sin embargo, todos los sentidos en que se pueda tomar tienen una raíz común; el concepto esencial de Constitución es el de un cuerpo jurídico fundamental que constituye, distribuye y organiza el poder del Estado como unidad social de vida política, e incorpora el conjunto de derechos individuales y sociales, como parte de su contenido dogmático.

Este concepto de Constitución como derecho fundamental de organización política, coincide en lo esencial con la definición dada por Aristóteles quien, en *La Política,* distingue la Constitución de las leyes (*Politeia* y *Nomoi*). Así la Constitución en su criterio tiene por objeto la organización de las magistraturas, la distribución y atribuciones del poder público y la determinación del fin especial de cada asociación política; las leyes por su lado, son las reglas a las que debe someterse el magistrado en el ejercicio de sus funciones y la represión de los delitos que se cometan contra las disposiciones legales.

En todo caso la Constitución como norma suprema (*norma normarum*) del Estado que se somete a su contenido, valores y fines, al menos en la visión del Estado de Derecho, que implica el Estado bajo el Derecho, tiene por base a la norma fundamental en la jerarquía material de las fuentes del ordenamiento jurídico. Asimismo, existe el Derecho de la Constitución que no se limita a su Derecho escrito, antes, bien por el contrario, comprende la jurisprudencia, la costumbre, los precedentes y los principios generales del Derecho, de orden

primigenio y causal. Existe también en los sistemas del Derecho no escrito, textos fundamentales que son parte del Derecho escrito, como sucede en Inglaterra, donde nació fundamentalmente el Derecho constitucional escrito; no obstante, el resultado final de la no tenencia de una Constitución escrita.

Y en Estados Unidos de Norteamérica, donde existe una Constitución escrita donde prevalece el sistema del *common law* o del Derecho no escrito, aun cuando exista el debido sometimiento causal al Derecho escrito de la Constitución Federal. En este país juega un papel preponderante los precedentes judiciales y las sentencias tienen fuerza de ley, que deben ser respetadas por todos. Esto es lo que se conoce por precedente (*stare decisis);* el fallo que dicte un tribunal de primera instancia, en casos iguales o similares, debe respetar las decisiones de un tribunal superior de la misma jurisdicción. Esta tradición que históricamente proviene de Inglaterra, tiene por fundamento varios principios rectores, a saber: a) la seguridad por la existencia de la previsión de resultados; b) la igualdad de trato frente a situaciones similares, c) los jueces deben interpretar las leyes incluso ante lagunas y equívocos jurídicos; no obstante, no pueden sustituir al legislador en el ejercicio constitucional de aprobar, modificar y derogar las leyes. De esta forma, los precedentes en el sistema judicial norteamericano, no sustituyen el contenido preciso de la ley, que debe aplicarse con suma rigurosidad al caso concreto. Sin embargo, en el evento de la aplicación del precedente, el caso posterior debe ser igual o sustancialmente relacionado con el anterior, empero en el evento de identidad o similitud radical, el tribunal que resuelva el caso posterior, puede dictar alguna diferencia con lo ya resuelto con anterioridad, sin estar necesariamente atado de previo para su resolución. A manera de ejemplo, en el año 1954, en un famoso caso de integración escolar de *Brown vs Junta Escolar,* el Tribunal Supremo de Estados Unidos invalidó un fallo análogo que había pronunciado en 1896; sin embargo, esta práctica es muy excepcional, por el

respeto consolidado de los precedentes de larga data dictados por los tribunales superiores en el sistema de justicia norteamericano.

Si analizamos en el Derecho comparado la regulación material de las constituciones escritas, podemos encontrar varios elementos comunes, a saber:

1. *Preámbulo,* que en sentido estricto no es una norma jurídica, aun estando en el texto constitucional; no deja de ser un enunciado de principios y valores rectores para el conjunto normativo a fin de facilitar la interpretación y aplicación de las disposiciones del texto constitucional. Es importante señalar que existe la tendencia de eliminar de estos textos los preámbulos, bajo el criterio de que el texto constitucional debe ser de principio a fin, un conjunto de normas positivas, sin apartados excepcionales a esta dimensión estrictamente normativa.

2. *Parte Dogmática* o tabla de derechos y libertades individuales y sociales que son parte de los derechos subje- tivos públicos, es decir, el elenco de derechos fundamentales de los ciudadanos oponibles a terceros y al Estado en su diversa manifestación del ejercicio del poder público a través de los entes, órganos y demás centros de imputación de potestades y obligaciones conforme al principio de legalidad en un Estado de Derecho. Esta parte dogmática de todas las constituciones liberales, tuvo por base a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, aunque también se refleja en cierta medida en el *Bill of Rights* del 3 de noviembre de 1791 (Declaración de Derechos de los Estados Unidos de Norteamérica).

3. *Parte Orgánica,* es donde se determina la distribución, composición y funcionamiento de los órganos y entes del poder del Estado, que incluye tanto a la Administración Central, como a las distintas administraciones descentralizadas a

niveles territorial, institucional y corporativo, entre otros órganos y entes de la dimensión del Estado que no se agota en las esferas de las administraciones públicas.

4. *Fórmula de revisión* constitucional, donde se establecen los medios por los cuales la Constitución puede ser objeto de reformas. En este punto específico, debemos proceder con el análisis puntual de la actividad del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

En lo que respecta al poder constituyente originario, no está limitado ni condicionado por otro poder anterior o superior; es decir, es ilimitado en el ejercicio de sus funciones, aun cuando en la doctrina comparada existe concenso en aceptar de previo al funcionamiento de este poder originario y según el desarrollo de sus actividades, la vinculación comprometida y subjetivamente aceptada, por parte de los miembros que componen este poder, según los parámetros fijados a nivel de procedimiento interno, con la finalidad de dar forma y contenido al nuevo texto constitucional.

Otro elemento es importante resaltar, para evitar confusiones: un poder constituyente originario que es ilimitado, no debe confundirse con la soberanía del Estado por dos razones fundamentales, a saber: a) el poder constituyente originario está dando forma y contenido a lo que será el producto final de un texto constitucional que, a la vez, constituye o da forma al Estado, sin el cual no puede existir soberanía; es decir, ésta existe en función del Estado creado y organizado por el respectivo texto constitucional; la soberanía es así parte del poder constituido y no del poder constituyente; b) la titularidad del poder constituyente originario reside en el pueblo, lo que en ocasiones no infrecuentes a nivel de doctrina y Derecho comparado, también se ubica en relación con la soberanía, no obs- tante, se acepta también la soberanía del Estado y no del pueblo, porque lógicamente, es imposible que la sobera- nía se atomice o multiplique en soberanías individuales, en favor de todos y cada uno de los ciudadanos que sean parte de la

población dentro de un Estado. La soberanía es una y forma parte sustancial e inherente del Estado, razón por la cual no debe confundirse con el poder constituyente originario. Además, aun aceptándose la tesis de la soberanía popular, debe ligarse con el otro elemento de la titularidad del poder constituyente originario, que tiene por fundamento el pueblo; el cual a través de este poder y el efecto que se tiene con la constitución del Estado, la soberanía aun siendo estatal, tiene por soporte necesario al pueblo, en cuanto elemento legitimante del poder consti- tuyente originario que, a la vez, estableció las potestades necesarias para que el Estado proceda con autocreación normativa, propio de su actividad soberana.

Asimismo, para el ejercicio de la reforma parcial de la Constitución sobresale el poder constituyente derivado, que se realiza a través del órgano y actividad parlamentarias, según el texto de la Constitución -cuando exista- dándose fundamentalmente dos límites, a saber: a) los límites de forma o procedimiento, que deben cumplirse conforme al Derecho de la Constitución, sin perjuicio de la complementación normativa, donde generalmente existen disposiciones especiales y subordinadas que regulan la actividad legislativa, como sucede con los reglamentos de orden y disciplina a nivel parlamentario; b) límites de contenido, si el texto constitucional que se pretende reformar tiene partes, contenidos o disposiciones inalterables o pétreas, es decir, que se petrifican con la vigencia del texto mismo y por expresa disposición de éste, como sucede con la Constitución de Alemania Federal en relación con la organización y definición del Estado de Derecho.

Ahora bien, en el evento de que se realicen reformas parciales al texto constitucional con violación de los indicados límites formales y sustanciales, la reforma deviene en inválida, por vicio radical o absoluto de pleno derecho. En nuestro ordenamiento jurídico, los artículos 195 y 196 constitucionales, establecen la reforma parcial y general, respectivamente, de la Carta Política. En el caso de la reforma parcial, el numeral 195 dispone: “La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente

esta Constitución
con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;

3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.

4) Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;

5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;

6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;

7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.

8) De conformidad con el artículo 105 de esta Consti-

tución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa."

Y en lo que corresponde a la reforma general de la Constitución, el artículo 196 señala: "La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo."

5. *Fronteras del Estado*: A estos elementos podemos añadir, como parte de la organización territorial del Estado sus fronteras, dentro de las cuales ejerce el poder de soberanía cada Estado, aun incluso en los sistemas bajo un régimen federal, en salvaguarda de la unidad del sistema estatal en su conjunto, como ya se analizó.

2. Clasificación de las Constituciones

Son varias las clasificaciones que se pueden establecer:

a) *Constitución concisa y extensa:* según el mayor o menor número de palabras; suelen darse tres grupos: uno para las Constituciones de extensión mínima (con un máximo de 2.500 palabras), otro de extensión media (de 2.500 a 6.000 palabras) y otro de extensión máxima (de 6.000 en adelante). Ejemplo del primer grupo es la Constitución francesa de 1875; del segundo, la de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787; del tercero, la Constitución de Weimar de 1919.

b) *Constitución escrita y no escrita*: siendo la primera la más interesante para el llamado sistema o régimen constitucional. Como ejemplo de Constitución escrita, podemos citar a cualquiera de nuestras constituciones, a partir del texto

primario e inspirador de la Constitución de Cádiz (1812); como ejemplo de Constitución no escrita siempre se resalta a la Constitución inglesa, donde no se excluyen a los textos escritos, que son parte de su Dere- chos constitucional escrito.

c) *Constitución rígida y flexible* (Bryce): La Constitución rígida es la que no puede ser modificada en cualquier momento, pues su modificación requiere de procedimientos especiales conforme a cada ordenamiento jurídico; ejemplo de esto es la Constitución de Costa Rica (1949) y la de Estados Unidos de Norteamérica. La Constitución flexible en cambio tiene mayor soltura, pues puede ser modificada por decisiones legislativas como sucede en Inglaterra, sin mayor problema con procedimientos especiales o reforzados. Ahora bien, en caso de que la Constitución no determine algún procedimiento de reforma, sea ordinario o excepcional, recibe el nombre de Constitución pétrea, lo que sucedió, a manera de ejemplo con la Constitución de España del año 1876.

d) *Constitución otorgada, pactada, impuesta y concertada.* La primera supone la concesión voluntaria que el monarca o gobernante reconoció a un sector del pueblo, o su totalidad, a través de un texto jurídico, un conjunto de libertades y derechos; existe el antecedente histórico en las *cartas pueblas* que los reyes otorgaron a distintas ciudades en la Edad Media. Sin embargo, en sentido estricto, acá no existe una Constitución Política, bajo el alero de la doctrina dominante, pues la Constitución para que exista requiere de la participación amplia y representativa en su elaboración, y que los efectos sustanciales de su normativa, sea favorable a todos los ciudadanos y no ya solo para una parcialidad del pueblo, como fueron los baroneses en relación con la Carta Magna de 1215.

Como Constitución pactada bien podemos señalar a la Constitución de Cádiz (1812), donde los distintos sectores involucrados, sin la existencia propiamente de Estados democráticos, tuvieron amplia participación en su discusión y

redacción; de manera contraria, como Constitución impuesta, está la Constitución de Bayona (1808), donde se dio la imposición francesa de los Bonaparte para su implementación y ejecución en España.

Como constitución concertada, debemos aplicar el sentido contemporáneo en la dimensión amplia y participativa de todos los sectores, y organizaciones políticas involucrados en el proceso constituyente originario, como fue el caso para la Constitución de Portugal (1976) y para la Constitución española (1978) luego de las caídas de las dictaduras fascistas de Salazar y Franco, respectivamente.

3. El movimiento constitucional durante el Siglo XIX

No obstante, los esfuerzos absolutistas del Congreso de Viena, pretendiendo restaurar en Europa la situación existente con anterioridad, sobreviven y perduran muchos de los principios de la Revolución francesa. Como factor de importancia se destaca la confianza y adhesión a las Constituciones escritas y a las instituciones representativas.

Los partidos liberales impulsaron la necesidad de las constituciones escritas donde se incluyeran, con seguridad y de manera expresa, las garantías de los derechos individuales, con énfasis en la llamada división de poderes. Así, como efecto de la Revolución francesa, sin perjuicio de la Revolución americana con la consabida existencia de los derechos inalienables en el texto constitucional, se buscó el tránsito de la monarquía en favor de nuevas estructuras políticas que forjaron el dinamismo de lo que se conocerá por Estados de Derecho, a lo cual también los países de América del sur, en especial, se abocaron por conseguir. Sin embargo, como Estados triunfadores -a excepción de Inglaterra- contra el imperio napoleónico, tanto Austria, Prusia y Rusia ofrecieron una dura resistencia al movimiento liberal constitucionalista. Pero hacia el año 1880, todos los Estados de Europa, sin Rusia y Turquía, dieron pasos favorables al sistema constitucional equiparado a la modernidad estatal. En esta tesitura de herencia institucional

consolidada, retomamos la importancia de la Constitución federal americana (1787) donde se plasmó los principios de soberanía popular, libertad individual, separación de poderes y rigidez constitucional; elementos que luego fueron incorporados en *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789) con carácter universal. Destaquemos entonces algunas particularidades y dife- rencias desde sus respectivos orígenes, entre los sistemas constitucionales inglés y el norteamericano.

Ciertamente en primer lugar, el Derecho constitucional en Inglaterra es un Derecho espontáneo, generalmente no escrito, flexible, de carácter histórico y tradicional y por ello anti revolucionario que se basa en la Corona que suele confundirse con el Estado que, a la vez, sirve de vínculo con los Dominios, y dos Cámaras, la de los Lores que es de tipo hereditario o que sin herencia fue producto de algún reconocimiento oficial (que iniciaría la herencia), y la de los Comunes, elegida por sufragio universal. Asimismo, se sigue -como ya se analizó- el régimen parlamentario de gobierno, donde la Reina ocupa la representación del Estado y el Primer Ministro, electo desde la base del Parlamento, la representación del Gobierno o Gabinete.

En segundo lugar, el Derecho constitucional norteamericano se caracteriza, a diferencia del inglés, por su forma de regulación escrita y codificada. La Constitución de 1787, vigente aún en la actualidad, es articulada, breve, precisa y de una rigidez máxima que hace muy difícil su modificación si no es a través de Enmiendas, que a la fecha actual suman 27. Sin embargo, el Derecho constitucional norteamericano no solo radica en el texto de 1787, pues también se debe acudir a las Constituciones particulares de los Estados federados y a la práctica judicial. Por su lado, rige el sistema presidencialista -invención norteamericana- donde el presidente es electo directamente por el cuerpo electoral y ostenta la doble jefatura, la del Estado y la del gobierno.

Bibliografía básica utilizada

Aarnio, A. (1986). Sobre el paradigma de la dogmática jurídica. Problema de progreso científico en la investigación jurídica. En A. A. Comparado, Anuario de filosofía jurídica y social (págs. 169-170). Buenos Aires, Argentina: Perrot.

Alessi, Renato. (1943). Interesse sustanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrative. *Archivo giuridico Serafini.*

——— (1943). Diritto amministrativo, t. I y II, Milán. Alonso, E. (1984). La Interpretación de la Constitución.
Madrid.

Almagro Nosete, J. (1978). El *Derecho* Procesal en la nueva Constitución», Revista Derecho Procesal, 1978, núm. 4.

Alzamora, M. (1987). Introducción a la Ciencia del Derecho. Lima: EDDILI.

Amerio, F. C. (1965). Historia de la filosofía. t. II. Madrid-México: Rialp.

Aristóteles (2007). Ética Nicomaquea. México: Porrúa.

——— La Política, México, Porrúa

Aubry y Drago (1962). Traité de contentieux administratif.
París.

Azofeifa, I. F. (1975). Ensayistas costarricenses. San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica.

Bachofen, J. J. (1978). El derecho natural y el derecho histórico, trad. de Felipe González V. Madrid: Civitas.

Benveniste, É. (1983). Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas. Madrid: Taurus.

Betancourt, F. (2007). Derecho romano clásico. Sevilla:

Universida de Sevilla.

Bobbio, N. (1992). Teoría general del Derecho, trad. de Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá, D. C.: Edit. Temis.

Bodenheimer, E. (1974). Teoría del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica.

Bonnecase, J. (1944). Introducción al estudio delderecho. Trad. a la tercera edición francesa por el Lic. J.M. Cajica Jr. México: José M. Cajica Jr.

Borne, E., & Henry, F. (1944). El trabajo y el hombre. Buenos Aires: Ediciones Desclee.

Bustamante y Montoro, A. (1953). Teoría General del Derecho. Cuba: Cultural S.A.

Camus, E.F. (1939). Historia y Fuentes del Derecho Romano. Cuba: Universidad de la Habana.

Cannada Bartoli. (1953). Diritto soggettivo como presuposto dell´ interesse leggitimo.

Riv.Trim di Diritto Pubbl. pp.348 y ss.

Canosa, R. (1988). Interpretación Constitucional y Fórmula Política. Madrid.

Cardozo. (1928). The paradoxes of de Legal Science.
Nueva York: Columbia university Press.

——— (1921) The Nature of the Judicial Process. Yale University Press.

——— (1955). La naturaleza de la función judicial. Buenos Aires: Ediciones Arayú.

Cassier, E. Filosofía de la Ilustración. México: Fondo de Cultura Económica.

Cathrein, V. (1946). Filosofía del Derecho. Madrid, España: Reus.

Clemente de Diego: Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid, 1929, pp. 78 y s.

Correa, S. (Julio-diciembre de 2001). Sobre el significado de "Ius"-" Derecho". Traducido por Socorro Moncaya. Recuperado el 6 de octubre de 2011, de Letras jurídicas: http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/4/moncayo4.pdf

Corts, J. (1968). Historia de la Filosofía del Derecho. Tomo I (2da Ed.). Madrid, España: Editora Nacional.

Cornil, Jorge. (1928). El Derecho privado. Madrid.

Cossio, C. (1945). La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. Buenos Aires, Argentina: Losada

Couture, Eduardo. (1948). Estudio de Derecho Procesal Civil, s.l., s.e.

Cruz, Sebastian. (1974). "Ius Derectum Diremtum" –Direi- to (derecho, diritto, droit, direito, recht, right, etc…), Coimbra.

Chamberlain. (1894). Die Grudlagen des neunzchten Jahrhunderts.

De Castro y Bravo. (1972). El ejercicio de los derechos. En Temas de Derecho Civil, Madrid.

De Laubadère, André (1959): Traité théorique et pratique des contrats administratifs. Paris.

——— (1978) Traité élémentaire de droit administratif: Les grands services publics administratifs, Volume 3, Paris.

——— (1980) Traité de droit administratif

Drake, E. (1981). El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal. Madrid: Civitas.

Devis Echandía, Hernando. (1966). Derecho Procesal Civil.

Madrid.

Díaz, Elías. (1996). Filosofía Política II. Teoría del Estado, Madrid: Trotta.

Duguit, L. (1921). Traité de Droit. París.

Durkheim, E. De la división del trabajo social. Buenos Aires: Schapire.

——— (1935). Legitimation, experience juridique et la philosophie pluraliste du Droi. Paris.

——— Sociología del Derecho. Editorial Rosario.

Ely, J.H. (1980). Democracy and Distrust.A theory of judicial review.Harvard.

Engisch, K. (1967). Introducción al Pensamiento Jurídico.
Madrid, España: Guadarrama.

Fairén Guillén, Víctor, "La acción, derecho procesal y derecho político", en Estudios de derecho procesal. Madrid, No. 83, mayo-agosto de 1995.

Fassò, G. (1982). Historia de la Filosofía del Derecho.

Tomo I (3era Ed.), Madrid, España: Ediciones Pirámide, S.A.

Feyerabend, P. (1979). Erkenntnis für freie Menschen.
Frankfurt-Main: Suhrkamp.

Forsthoff, E. (1959). Die Umbildung des Verfassungsge- setzes, en Festschrift fur C.Schmitt. Berlín.

——— (1933) Der totale Staat, Hamburg

——— (1971) Der Staat der Industriegesellshaft, Müi- chen.

——— (1954) Verfassungsprobleme des Sozialstaates, Münster

Garbagnati (1959) La Giurisdizione amministrativa. Milano.

García, E. (1978). Introducción al Estudio del Derecho.
México: Porrúa.

García de Enterría. (1988). La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas, en La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas.

——— (1988) La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1988.

García Garrido, M. J. (2000). Diccionario de jurisprudencia romana. Madrid: DYKINSON.

García Máynez, E. (1949). Introducción al Estudio del Derecho. México: Porrúa.

——— (1978). Introducción al Estudio del Derecho. México D.F.: Porrúa.

García Máynez, Eduardo. (2002). Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrua, México.

García, M. (2007). Lecciones Preliminares de Filosofía.
México: Porrúa.

Gény, F. (1899). Méthode d' interpretation et sources en droit privé positif. 2da. Ed.

——— (1907). Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo'. Método positivo de la interpretación jurídica.

——— (1925). Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Positivo. Madrid, España: Editorial Reus.

——— (1921). Science et Technique en Droit Privé Positf. Tomo III. París: Librarie de la Societé du Recueil Sirey.

——— (1932). Science et téchnique en droit privé positif (1914-1942), en Méthode d'interprettion et sources en droit privé positif. París.

Giannini, (1980). Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo. Madrid: Instituto Nacional de

Administración Pública.

Gierke, Otto von (1883): Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt, 1883.

Gordillo, A. (2003). Une Introdution au Dorit. London, England: Esperia.

Guervós, L. E. (2005). Arte e historia en F. Nietzsche:
¿Una estética de la historia? Contrastes. Revista Internacional de Filosofía, 99-118.

Guiseppe Granieris. (1973). Contribución tomista a la filosofía del derecho, trad. Celina Ana Létora Mendoza, Buenos Aires, Argentina: Eudeba.

Günter Neske y Emil Kettering (eds.) (1990) Heidegger and National Socialism:Questions and Answers, Paragon,Press, Nueva York.

Gurvitch, G. (2001). Sociology of law, with a new introduc- tion by Alan Hunt.New Jersey, USA: Law and Society Series.

Gutiérrez, C. (1976). Lecciones de Filosofía del Derecho.
San José, Costa Rica: EDUCA.

Guzmán Valdivia, I. (1947). Para una Metafísica Social.
México: Jus S.A.

Haba, E. P. (1979). Apuntes sobre el lenguaje jurídico: de la lengua común a la letra de las leyes. Revista de Ciencias Jurídicas, San José de Costa Rica, N° 37.

Häberle. (1978). Verfassung als offentlicher Prozess. Ber- lín.

Hägerstörm, A. (1953). Inquines into the Nature of Law and Moral.Upsala.

Hart, H. (1962). Derecho y moral. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Hauriou, M. (1916). Les principes de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey.

——— (1927). Precis de Droit administratif et de Droit public. París.

Hayek, F. A. (1982). Derecho, legislación y libertad, vol.
III. Traducción de Luis Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial S.A.

Heidegger, Martin (1951) El Ser y el Tiempo, Traducción de J. Gaos, México, EC.E.

Heller, Hermann. (1968). Teoría del Estado. México, Fondo de Cultura Económica, pág. 225.

Hesse, K. (1983). Escritos de Derecho Constitucional. Madrid.

Hinkelamert, F. (2003). El asalto al Poder Mundial y la violencia sagrada del Imperio. San José, Costa Rica: DEI.

Hobbes, T. (1978). Leviatán o la materia, forma y poder de una República Eclesíastica y Civil. Puerto Rico: Editorial Universitaria.

——— (1994). Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. trad. de Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica.

Husserl, E. (1962). Ideas relativas a una fenomenología pura ya una filosofía fenomenológica. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Humberto Nogueira A., Francisco Cumplido Cereceda. (1987). Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Political science.

Ihering, R. v. (1962). El Espíritu del Derecho romano. Tomo
III. Madrid: Revista de Occidente.

——— La Lucha por el Derecho. Buenos Aires: Editorial Tor.

Jellinek, G. (2005). Teoría general del Estado, Trad. por Fernando de los Ríos. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda.

Jiménez Meza, Manrique. (2001). Derecho Público. San José,

Costa Rica: EJC.

——— (2013). La legitimación administrativa: Procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, cuarta edición.

——— (2012). Nietzsche, Política, Derecho y Antisemitismo. Cuarta edición. Editorial Jurídica Continental.

——— (2012). La Pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico- constitucional. Segunda edición. Editorial Juritexto.

——— (2012) Derecho Constitucional y Administrativo.
Cuarta edición. Editorial Jurídica Continental.

——— (2020) Derecho Romano. Primera edición.
Editorial Jurídica Continental.

Kant, I. (1943). Principios metafísicos del derecho. Buenos Aires, Argentina: Americalee.

Kantorowicz, H. (1949). La lucha por la ciencia del derecho. En W. Goldschmidt, Savigny, Kirchmann y Kantorowicz. Buenos Aires: Losada.

Kelsen, H. (1946). La idea del derecho natural y otros ensayos, trad. de Francisco Ayala. Buenos Aires: Losada.

——— (1982). Teoría pura del Derecho. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Kir- chmann. (1929). Was will die Freirerechtschule?. Berlin.

——— (2002). Teoría General del Estado, Comares, Granada, 2002, p. 232.

Klug, Ulrich (1961) Lógica Jurídica. Caracas, Universidad Central. Facultad de Derecho.

Kornprobst, B. (1959). La notion de partiee le recours por excés de pouvoir. París.

Küng, Hans. (1993) Trotta, Madrid, Proyecto de una ética mundial, págs. 52-53.

Leclercq, J. (1960). Introducción a las Ciencias Sociales.
Madrid, España: Guadarrama.

Le Fur, L., Delos, J. T., Radbruch, G., & Carlyle, A. J. (1981). Los fines del derecho. México D.F.: Universidad Autónoma de México.

Leibholz, G. (1931). Les tendances actuelles de la doctrine de Droit public en Allemagne, en Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique.

LLanos, A. (1969). Los presocráticos y sus fragmentos.
Buenos Aires, Argentina: Juárez S.A.

Liebman, Enrico Tullio, (1980). Manual de derecho proce- sal civil, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, págs. 23, 26 y 50.

Lundstendt, V. (1956). El derecho y la justicia (Una críti- ca al empleo de la valoración de la justicia). En R. Vernengo, El hecho del derecho. Buenos Aires: Lo- sada.

Maquiavelo, N. (1891). Il Principe. London, England: Oxford.

——— (2006). El Príncipe. Comentado por Napoleón. Madrid, España: Clásicos Universales.

Manavella, C. (1984). Curso de Derecho Romano. Vol. I. Costa Rica: Nueva Década Derecho.

Martínez, N. (1991). Génesis del Derecho Constitucional.
Argentina: Editorial Juris.

Martín Oviedo, J. (1972). Formación y Aplicación del Derecho, aspectos actuales.

Marx, Karl. (1970). The German Ideology. International Publishers Co. Vol. 1, págs. 37-38.

Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.

Odent. (1954). Contentieux administratif, Les Cours de Droit. París.

Olivercrona, K. (1980). El Derecho como hecho. Barcelona, España: Labor.

Ortega y Gasset, J. (1983). El hombre y la Gente. En J. Ortega y Gasset, Obras completas, Vol. VII (págs. 69-269). Madrid, España: Alianza Editorial-Revista de Occidente.

Parelman, G. (1979). La lógica jurídica y la nueva retórica.
Madrid, España.

Passerin D´Entréves, Alessandro (2001, ed. orig. 1967), La noción de Estado. Italia.

Pascal, B. (2003). Penseés. (Trad. W.F. Trotter). New York:
E. P. Dutton and Co.

Pasquier, C. D. (1983). Introducción al derecho, 3era ed., trad. de Julio Ayasta González. Lima, Perú: Justo Valenzuela.

Pérez, V. (1981). La Jurisprudencia de Intereses. San José, Costa Rica: UNED.

Piras. (1972). Ineresse legitimi e giudizio amministrativo.
Milano

Planiol. (1928). Traté élémentaire de droit civil. Paris. Platón,

(2007). Diálogos. México: Porrúa.

Pound, (1923). Interpretations of Legal History.Harvard University Press.

——— (1921). The Sirit of the Comonn Law. Boston.

——— (1924). Law and Morals.The University of North Carolina Press.

——— (1944). Law and State: Jurisprudence and Politics.
Harvard Law Review Association.

——— (1922). An Introduction to the Philosophy of Law.

Yale University Press.

Prieto, F. (1996) Manual de Historia de las Teorías Políticas. España: Unión Editorial.

Quintana, E. (2006). Derecho público y derecho privado. En Estudios en Homenaje a Marta Morineau. Tomo I: Derecho romano. Historia del derecho. 1era Ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Quispe Salazar, R. (2009). Introducción al Derecho. Lima: Ediciones Jurídicas.

Radbruch, G. (2005). Introducción a la filosofía del derecho. México D.F.: Fondo de cultura económica.

Ranelleti. (1934). Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione. 4 ed. Milano.

Reichel, H. (1921). La Ley y la Sentencia. Madrid, España: Editorial Reus.

Reale, M. (1984). Introducción al derecho. Madrid, España: Pirámide.

Ricasens, L. (1973). Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México: Porrúa.

Rivero, J. (1964). Droit administratif, 3e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dal-loz.

Rodríguez, G. (1988). Aplicación Judicial del Derecho y Lógica de la argumentación jurídica. Madrid, España: Cuadernos Civitas.

Rodríguez Ortega, G. (12 de marzo de 2008). Introducción a la psicología jurídica. Recuperado el 2012 de enero de 20, de Biblioteca jurídica virtual: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2537/6. pdf

Ross, A. (1958). Sobre el derecho y la justicia. trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba.

——— (1969) “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind*

Roubier, P. (1963). Derechos Subjetivos y situaciones jurídicas. París: Tomo 1.

Rousseau, J. J. (1957). El contrato social, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós. México-Buenos Aires: Editorial Cajica.

——— (1993). Contrato social, libro I. Madrid: Espasa Calpe.

——— (1985). Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad de los hombres. Segunda parte. Barcelona, España: Alhambra.

(Rmelin (M.): Die bindede Kraft des Gewohnheitsrecht, un ihre Begründung, 1929.

Russo, E. Á. (1995). Teoría general del derecho en la modernidad y en la postmodernidad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Sabine, G. (1979). Historia de la Teoría Política. México: Fondo de Cultura Económica.

Santamaría Pastor. (1987). Apuntes de Derecho Administrativo. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Sanguinetti, J.J., Augusto Comte: “Curso de Filosofía positiva”, Emesa, Madrid 1977.

Savigny, F. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho. Madrid.

Savigny, F. K. (1951). En su obra Juristiche Methodenlehre 1802-1803. Nach der Ausaberbeitung des Jabob Grimm, ed. por G. Wesenberg, Sttutgart, K.F. Köhler Verlarg., Bonn, Alemania.

——— (1979). Metodología Jurídica. Buenos Aires: Depalma.

——— (1949). La Lucha por la Ciencia del Derecho. Buenos Aires.

——— (1878). Sistema de Derecho romano actual. Tomo I. Madrid.

Smend, R. (1985). Constitución y Derecho Constitucional. Madrid.

Schmitt Carl (1934) “Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934“, en: *Deutsche Juristen-Zeitung* 39 (1934).

——— (1996) “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”. Editorial Tecnos. Madrid,

——— (1997) “El Estado como integración. Una controversia de principio”. Editorial Tecnos. Madrid,

Soto. (1953). Excés de pouvoir et responsabilité de la pussance publique. Revue du Droit public.

Squella, A. (2000). Introducción al Derecho. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Stern, K. (1977). Das staatsrecht der. Munich.

Stigler, George J. (1961). The Economics of Informatiom. Joumal of Political Economy, vol. 69.

Torré, A. (2003). Introducción al Derecho (14ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. .

Torrent, A. (1991). Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes. Zaragoza: Editores MIRA S.A.

Torrés Vásquez, A. (2011). Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho. Lima, Perú: IDEMSA.

Touchard, J. (1975). Historia de las ideas políticas. Madrid: Editorial Tecnos.

Treves, R. (1974). El Juez y la Sociedad. Madrid, España: Edicusa.

Vecchio, D. (1925). La justicia. Editorial de Góngora.

Del Vecchio, G (1953). Lecciones de Filosofía del Derecho. Sexta edición, editorial Bosch, Barcelona.

Verdera Izquierdo, Beatriz. La irretroactividad: problemática general. Colección Monografías de Derecho Civil, Dikynson, Madrid.

Vitta. (1965). Diritto Amministrativo. Turín

Villoro, M. (1975). Derecho público y derecho privado. México: Ius.

Weil, Prosper. (1980). Derecho Administrativo, Editorial Civitas S.A., Madrid.

Zanobini. (1958). Corso di Diritto Amministrativo, II Dott.
Milán: Giuffré

Zolo, D. (2006). Teoría e crítica dello Stato di diritto. En D. Costa, & Z. Danilo, Lo Stato di diritto. Storia, teoría y crítica . Milano: Feltrinelli.