

075813

EJ:3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

T
3410.1
C3525
1975
F.J.YCS

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

**SISTEMATICA Y TECNICA
JURIDICAS**

TESIS DOCTORAL

Presentada por

ISMAEL CASTILLO PANAMEÑO

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1975



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rector en Funciones:

Dr. Carlos Alfaro Castillo

Secretario General:

Dr. Manuel Atilio Hasbun

Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales:

Dr. Luis Domínguez Parada

Secretario:

Dr. Pedro Francisco Vanegas Cabañas

TRIBUNALES DE EXAMENES GENERALES PRIVADOS

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. Pablo Mauricio Alvergue

Primer Vocal: Dr. Mario Alfonso Salazar

Segundo Vocal: Dr. José Salvador Soto.

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Luis Domínguez Parada

Primer Vocal: Dr. Roberto Romero Carrillo

Segundo Vocal: Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Francisco Vega Gómez

Primer Vocal: Dr. Salvador Rosales

Segundo Vocal: Dr. Rodolfo Meyer Garcia

ASESOR DE TESIS: Dr. José Felipe López Cuéllar

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS DOCTORAL

Presidente: Lic. Rubén Ignacio Zamora Rivas

Primer Vocal: Dr. Mario Antonio Solano

Segundo Vocal: Dr. Rodolfo Meyer García /

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de Tesis Doctoral:

A la Imperecedera Memoria de:

Mi Padre ISMAEL CASTILLO

Mi Hermana EDITH CASTILLO DE CASTILLO

A la Inconmensurable labor formativa e Infatigable Espfritu de lucha de

Mi Madre MERCEDES PANAMEÑO v. DE CASTILLO

A mi Anada Esposa EDDA CABRERO DE CASTILLO

A mis Queridísimos Hijos:

KENNIA MARINEE, RHINA ELIZABETH,

RENE ISMAEL y EDDA CAROLINA.

A mis Hermanos

LUIS ORLANDO, RENE MAURICIO,
HERACLIO ARTURO y ROSA ELENA.

Respecto de los primeros vaya el presente esfuerzo como un póstumo homenaje de cariño y admiración a los grandes dotes y virtudes por ellos demostrados durante sus fugaces pasos por este mundo; y,

Para el resto de mis seres queridos para quienes con orgullo hago la presente dedicatoria, sirva el mismo como un gesto de gratitud y reconocimiento a la comprensión, colaboración, privaciones y sacrificios con que contribuyeran al logro de este triunfo académico que también es de ellos, para quienes además dedico mi futuro ejercicio profesional.

En General a Mis Maestros y Amigos.

PRIMERA PARTE

"SISTEMATICA JURIDICA"

INTRODUCCION

Motivados por la inquietud hacia la docencia universitaria, dos aspectos para nosotros de capital importancia nos mueven a preparar el presente trabajo: por una parte, el aprovechar la experiencia que al servicio de nuestra Facultad hemos adquirido; y por otra, la intención, modesta por cierto, de que en la medida que nuestro esfuerzo pueda valorarse, él mismo constituya un legado para quienes en el futuro se interesen por introducirse en el estudio de las Ciencias Jurídicas, especialmente para las futuras generaciones de estudiantes; que les permita, si no un conocimiento exhaustivo de ellas, al menos su visión panorámica a través del estudio de la Teoría General del Derecho.

Sin pretender considerarnos especialistas en cuestiones pedagógicas ni didácticas, pero inspirados por una fuerte vocación por la docencia universitaria, conscientes de nuestras limitaciones en la circunstancial posición de docentes que hemos ocupado en el ámbito de nuestra Facultad, nos disponemos a presentar el siguiente trabajo como Tesis Doctoral; con el cual coronamos después de innumerables vicisitudes uno de nuestros más grandes esfuerzos y anhelos, en cuyo título hemos querido comprender el contenido de la Teoría General del Derecho: en su primera parte, la "Sistemática Jurídica", sentar las bases puramente doctrinarias, dogmáticas si se quiere, del Derecho; impregnadas indiscutiblemente en

gran medida por la Filosofía del Derecho; y, en su segunda parte, la "Técnica Jurídica", el aspecto relativo a los problemas o conflictos que genera el Derecho desde su creación, interpretación e integración, hasta su aplicación tanto en relación al tiempo como en el espacio en que rige.

En la medida que nuestro trabajo cumpla el objetivo - que nos moviera a realizarlo, nos sentiremos satisfechos para con la Universidad que nos ha formado, particularmente para con nuestra Facultad, así como para con nosotros mismos; de haber brindado a nuestros futuros colegas un trabajo que habrá de ahorrarles tiempo al menos, en la investigación que el estudio del tema que tratamos requiere, labor - harto difícil y compendiosa especialmente para quienes en - un momento dado nos iniciámos en el vasto e intrincado estudio del Derecho.

CAPITULO I

"LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO"

Referencia histórica y distintas denominaciones de la asignatura.

Para hacer una referencia histórica debemos remontarnos a la historia de la literatura jurídica, dentro de la cual encontramos los orígenes teóricos y remotos del proceso evolutivo en la doctrina de esta disciplina de iniciación a los estudios de Derecho.

Encaminados hacia el fin propuesto, deberemos señalar cómo el surgimiento de las nacionalidades, primero en Europa y luego en América, produce la formación y pronto surgimiento del Estudio de los respectivos Derechos patrios o nacionales, de manera aislada, siendo hasta finales del siglo XVII en que tal estudio llega a las aulas universitarias, - donde aparecían sólo el Derecho Romano y el Derecho Canónico como únicas fuentes del saber jurídico.

Aparecen en tal época formas especiales de literatura de divulgación jurídica sobre la base de compendios de legislación e instituciones que singularizan las bibliotecas de fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Hasta esta fecha, los estudios de Derecho se limitaban al estudio de la legislación, actividad exclusiva para aquel entonces, del reducido círculo de quienes la estudiaban por oficio , los miembros del foro.

Luego en las naciones libres se populariza este estudio del Derecho, circunscrito al estudio del Derecho Positivo únicamente, convirtiéndose en patrimonio de todas las clases. Esto se debió al hecho de que todas ellas son llamadas a ocupar curules para ejercer funciones en la legislatura, posibilidad que crea el interés en éstas por conocer tanto lo que exige la utilidad pública como los actos que son la expresión de la voluntad popular (DERECHO-LEY).

A esta época alcanzan su mayor expansión política:

1) El Jusnaturalismo Racionalista.

Con su secuela de codificaciones (y códigos), que tienen en el método exegético de la enseñanza jurídica su complemento obligado; 2) El movimiento filosófico POSITIVISTA que viene a liberar al Derecho -ordenamiento jurídico- de una regulación universal, meta empírica, divina o racional del Derecho Natural; y, a la vez trata de ofrecer una explicación conexa no solo de la realidad sensible sino también del mundo del espíritu, siendo así, como en las legislaciones incipientes, los juristas sociológico-POSITIVISTAS, buscan, formulan y enseñan, los principios y las leyes naturales en que se ajustan o deben ajustarse las legislaciones para el logro de un progreso.

Con la dirección positivista, nace la Escuela Histórica del Derecho en 1814 en Francia, la que nuevamente replantea el problema para llevarlo a un campo estrictamente científico y no filosófico: el Derecho debe concebirse, estudiarse

y enseñarse en cuánto historia.

Hasta aquí, se había caracterizado el estudio del Derecho por el estudio simple de las leyes, lo que produce tanto desde el punto de vista genético como del dogmático, o desde ambos, severas críticas a "los profesores de leyes" instándoles a ser "PROFESORES DE DERECHO".

Ya en el siglo XIX, la literatura jurídica se torna cada vez más incitante a la reforma de los planes, programas y métodos en la enseñanza del Derecho; aboga a veces por la implantación de nuevas disciplinas marginales o complementarias de las cátedras oficiales -en ocasiones aporta textos para la transformación de asignaturas preexistentes (Derecho natural, Derecho Público)-, finalmente para el establecimiento de una cátedra preliminar, de los que, cronológicamente fue denominada:

ENCICLOPEDIA JURIDICA, PROLEGOMENOS DEL DERECHO, TEORIA GENERAL DEL DERECHO, METODOLOGIA JURIDICA, DOGMATICA JURIDICA, DERECHO GENERAL, PRINCIPIOS DE LEGISLACION, CIENCIA DE LA LEGISLACION, PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO, y finalmente "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO".

Es así, como en la primera mitad del siglo XIX se universaliza la tendencia reformista y propugnadora de la enseñanza histórica y científica del Derecho, encabezada por una o dos asignaturas que tuviesen por misión presentar al Derecho en su sistema general para luego dejarlo al examen analítico de las especialidades.

Así el Primer Congreso Internacional de Estudiantes Americanos, en Montevideo, en 1908 acordó que los estudios jurídicos debían iniciarse con una disciplina de Introducción y que el curso de Filosofía del Derecho se profesara al concluirlos.

"LA SISTEMÁTICA JURÍDICA"

Tiene por objeto dar una noción panorámica y sintética de las diversas disciplinas jurídicas, al par que una noción elemental de los conceptos jurídicos fundamentales por ellos estudiados.

La Teoría del Derecho comprende no sólo una Introducción a la Filosofía del Derecho, sino también una Introducción a la Dogmática Jurídica, a la Sociología Jurídica, a la Historia del Derecho, etc.

Por otra parte comprende algunos temas de diversa índole, tales como: la profesión de abogado, vocación jurídica, ética profesional, etc.

En relación a su carácter han surgido dos corrientes: una que la considera como "CIENCIA GENERAL DEL DERECHO" y en consecuencia AUTÓNOMA; y otra que niega el carácter anterior, considerándola una disciplina meramente formal, y en consecuencia, carente de autonomía.

Actualmente la corriente que prevalece es la segunda - indudablemente la más acertada al respecto, ya que en efecto ésta, no es una disciplina jurídica autónoma, sino que -

por el contrario se trata de una materia PURAMENTE FORMAL en tendiendo este vocablo en el sentido de que carece de un con tenido propio y exclusivo.

En efecto, veremos en el transcurso del presente traba jo y conforme al desarrollo del tema, como el contenido de la misma es un compendio de generalidades de otras disciplina s interrelacionadas con el fenómeno jurídico.

Su razón de ser, estriba en una exigencia pedagógica - dar en forma sencilla a los que se inician en los estudios jurídicos, las nociones elementales que han de servir de ba se al análisis de las Ciencias Jurídicas especiales que se realizará a lo largo de la carrera.

Así como al finalizar los estudios de abogacía se impo ne la Filosofía del Derecho, es necesario el comienzo de la carrera un curso de Introducción que signifique para el es tudiante, el mapa del viajero, la brújula del explorador que le permita orientarse dentro del mundo para él descono cido del Derecho; y, que a la vez, pueda darle una idea pre via del camino a recorrer, evitando su pérdida o desorien tación en la consideración de las Ciencias Jurídicas parti culares y de los problemas jurídicos concretos.

Lo dicho no significa restar jerarquía o importancia a esta disciplina didáctica. Como toda Introducción al Es tudio de una ciencia, indiscutiblemente es imprescindible y muy eficaz para el que comienza la carrera de abogado, - pues, de su comprensión, de su inferencia y familiarización

con los distintos conceptos jurídicos fundamentales que en ella se tratan, dependerá la solidez del inicio del estudio de las Ciencias Jurídicas, el éxito de los mismos.

Por otra parte, cabe reconocer que resulta particularmente difícil exponerla con claridad y método, porque presupone el conocimiento más o menos preciso de todas las disciplinas jurídicas, circunstancia de la que no presumiremos, siendo nuestro único objetivo, investigar y recopilar algunos datos, ideas, doctrinas u opiniones que puedan ser de utilidad a quienes pretendan iniciarse en el estudio del Derecho.

TEORIA DE LOS OBJETOS Y EL DERECHO

Para mejor comprensión del tema, es preciso exponer algunos conceptos necesarios sobre la teoría del conocimiento.

CONOCIMIENTO: es el hecho por el cual el hombre toma conciencia de un objeto.

FORMAS DEL CONO- CIMIE <u>N</u> TO	VULGAR: empírico, puro, nace de la simple experiencia	INCIERTO: carece de certeza. Superficial: por los efectos no es metódico Desordenado.
	FILOSOFICO: El conocimiento autónomo y pantónimo por que es sin supuestos en su contenido. Abarca la totalidad de los objetos.	<u>CARACTERES:</u> 1) SISTEMATICO 2) CIERTO 3) EXPLICADO Y FUNDADO
	CIENTIFICO: Conocer, develar algo del objeto. Parte de presu- puestos. Conjunto de <u>conocimientos</u> <u>ordenados</u> y <u>sistemáticos</u> .	

Caracteres del conocimiento científico:

- 1) SISTEMATICO: Precisa estar fundado metódicamente y a la vez ser producto de un conjunto de conocimientos verdaderos. Jerarquizado y ordenado según principios.
- 2) CIERTO: Goza de certeza objetiva y no solo subjetiva, es to es, poder ser apreciado por todos.
- 3) EXPLICADO Y FUNDADO: Porque la ciencia nos da una explicación satisfactoria de la realidad material y espiritual fundamentada en rigurosas comprobaciones.

Explicado lo anterior, concluimos en que es a través - del conocimiento que llegamos a conocer los objetos en general; y, a través del CIENTIFICO, los objetos CULTURALES.

Objeto, en sentido amplio, es todo aquéllo que es pensado, todo lo que puede ser sujeto de un juicio.

Objeto de conocimiento, todo lo que es o puede ser término de la actividad intencional de la conciencia: todo lo que puede llegar a ser en una u otra forma sujeto de un juicio lógico.

Sujeto, es quien tiene el papel activo en el momento del conocimiento.

Los objetos, se clasifican en ideales, naturales, culturales y metafísicos, siendo sus características respectivas las detalladas a continuación:

OBJETOS

CARACTERES

- IDEALES: Irreales (sin existencia); carecen de sentido; son neutros al valor. No están en la experiencia.
- NATURALES: Reales (con existencia); están en la experiencia; carecen de sentido y son neutros al valor.
- CULTURALES: Reales (con existencia); están en la experiencia; tienen sentido, valiosos positiva o negativamente.
- METAFISICOS: Reales; no están en la experiencia. Tienen sentido y son valiosos positiva o negativamente.

Los OBJETOS CULTURALES son aquellos objetos hechos por el hombre actuando según valoraciones.

Estos objetos constituyen la cultura en que el hombre

interviene produciendo un "sentido", como el camino hacia un fin determinado, pensando en que ese hecho producido nunca es aislado, sino que se da en un mundo circundante.

Determinados ya los objetos culturales nos encontramos con que el Derecho, conforme a las distintas conceptualizaciones de "objeto" dadas, es un OBJETO CULTURAL.

¿Por qué?

Esto por cuanto, el Derecho en lo que a conocimiento se refiere, implica: conocer la realidad que lo integra, es decir, conocer la conducta humana; y, conocer el modo de conceptualización del Derecho, es decir, conocer las normas -jurídicas- que regulan el hecho o acción denominado: FENOMENO JURIDICO, éste considerado como resultado de la interferencia intersubjetiva entre los hombres.

METODO DE CONOCIMIENTO de los objetos culturales: empírico dialéctico: aquél en el que mediante la experiencia llegamos a conocer: 1) la parte o existencia de una realidad física "SUSTRATO"; y 2) el significado de aquella existencia de una realidad física: "SENTIDO".

Dicho como ha quedado, que el Derecho es un objeto cultural, para conocerlo, por ser éste un objeto cultural necesitamos recurrir al método empírico dialéctico, mediante el cual habremos de determinar el sustrato de tal objeto: "realidad social"; y, el sentido del Derecho como objeto cultural: "LA CONDUCTA HUMANA".

LA REALIDAD SOCIAL: Se determina a través del método -

empírico dialéctico tratando de observar lo que hay de permanente luego de la observación de un fenómeno determinado -Fenómeno jurídico-.

LA CONDUCTA HUMANA es la resultante de las acciones o hechos ejecutados por el sujeto que produce el fenómeno determinado -jurídico- que tratamos de observar en la realidad social que pueden o no ser reglados o normados.

Así, diremos preliminarmente que NORMA es la representación conceptual de una conducta; representación que implica tres elementos: 1) hecho antecedente (dado); 2) hecho consecuente (deber ser); y 3) relación ideal que los une.

NORMA JURIDICA, será entonces la representación conceptual de la conducta humana, no ya como naturaleza simple, -sino en su libertad (de hacer, pensar, etc. del hombre), -conducta que no es observada tampoco como mero acto, sino dirigida a la conducta humana como acto productivo de una actividad psíquica valorativa que orienta la voluntad.

CONCEPTO DE DERECHO (apriorístico): ciencia integrada fundamentalmente por el estudio de la conducta humana en el "deber ser" que se traduce en normas que no son sino leyes.

PREAMBULO AL CONCEPTO

Establecida ya una conceptualización formal de norma, y considerando que todo conocimiento supone relación entre sujeto y objeto, concluimos en que para el estudio del De-

recho debemos comenzar por el estudio de la madre de las ciencias: la FILOSOFIA.

Hemos dicho ya, que el hombre a través del conocimiento toma conciencia de los objetos.

Esta toma de conciencia el hombre la realiza en dos maneras o medios: 1) a través de los sentidos conocemos algo individual y concreto; y 2) por la razón conocemos el orden de las cosas entre sí.

Por medio de la Filosofía la razón descubre el ORDEN - de las cosas: NATURAL o REALMENTE CONSIDERADO.

A través de la lógica, se estudia el ORDEN que la razón hace de sus propios actos, ordenando así los conceptos.

El conocimiento del orden de las cosas entre sí por medio de la RAZON, es el objeto de la FILOSOFIA GENERAL.

Si en este orden de las cosas entre sí, SOLO se descubre y considera el orden real de las cosas naturales estaremos ante la Filosofía Natural o especulativa (lógica, matemáticas, etc.).

Si al considerar este orden de las cosas entre sí, la razón se introduce en las operaciones de la voluntad -orden social o ético- estaremos ante el objeto de la Filosofía práctica del obrar y del hacer humanos, dentro de lo cual ubicamos a la moral y al DERECHO.

Todo DERECHO supone una sociedad, si el hombre viviera aislado no existiría problema jurídico alguno.

Lo jurídico surge cuando hay sociedad, comunidad, correlación o solidaridad de hombres.

El Derecho no existe ni puede concebirse SI NO ES a través de una conducta humana ante una realidad social.

ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO

Derecho deriva de la voz latina "directum" de "dirigere", dirigir, encausar y que significa lo que está conforme a la regla, a la norma.

Se habla de Derecho como:

1) VALOR: designación de impuestos, derechos aduaneros, de importación, etc.

2) SINONIMO DE CIENCIA DEL DERECHO: Obedece a un criterio doctrinario: doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Estudios de Derecho, etc.

3) PRETENSION: de un derecho subjetivo o facultad jurídica: propiedad, votar, testar, etc.

4) NORMA O SISTEMA DE NORMAS(Derecho objetivo): consideración del Derecho en sí mismo como objeto independiente de los sujetos sobre los que recae: Derecho Civil, Derecho Argentino, Salvadoreño, etc.

5) IDEAL O SINONIMO DE JUSTICIA: Medida en la que protestamos de cierta realidad dada, o de la ausencia de una realidad deseada; así, decimos: no hay Derecho a que las cosas ocurran de tal o cual manera; a reclamar del deudor la devolución de la cantidad prestada, etc.

DEFINICION DEL DERECHO

Resulta difícil definir el Derecho por la complejidad del mundo jurídico, sin embargo, diremos en principio que Derecho "es el ordenamiento social y coercible de las acciones humanas según un criterio de justicia".

Analizando esta idea básica del Derecho, concluimos en que éste resulta ser:

a) Un ordenamiento: porque presupone la idea de un orden en su ser estático y en su devenir dinámico-social para lo que resulta necesario la existencia de una sociología organizada.

b) COERCIBLE, porque puede imponerse por medio de la coacción, es decir es EXIGIBLE por un órgano del Estado encargado de hacer cumplir el Derecho.

c) Que atañe o regula ACCIONES HUMANAS, porque éstas son el centro objetivo del ordenamiento jurídico en torno de las personas y cosas como resultado del obrar humano. Todo este orden de cosas, se establece además mediante un criterio o valor: LA JUSTICIA, cuyo objeto es el Derecho. Es ésta una CONCEPCION TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO según la cual el Derecho está integrado por: 1) un ordenamiento o conjunto de normas; 2) por una conducta o acciones humanas; 3) por los valores, fundamento del Derecho.

CONCEPTOS DE DERECHO

Abelardo Torr e⁽¹⁾ "sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social".

Jorge Hubner Gallo⁽²⁾ "sistema de normas destinadas a regir la convivencia humana en orden al bien común".

Rafael Rojina Villegas⁽³⁾ "sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones.

Giorgio Del Vecchio⁽⁴⁾ "Coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento.

Como puede observarse en todos los conceptos encontramos los mismos elementos: conjunto de normas, conducta humana, convivencia social, finalidad.

DISCIPLINAS QUE ESTUDIAN EL FENOMENO JURIDICO

1) Ciencia del Derecho - Jurisprudencia o Dogmática Jurídica- es la ciencia cuyo objeto de estudio es el Derecho, es decir, estudia "qué ha sido establecido como Derecho por un cierto sistema". Se la ha llamado también: Teoría del Derecho Positivo, Sistemática Jurídica, Jurisprudencia Técnica-

1) Torr e, Abelardo: "Introducción al Derecho", 6a. Edic. Edit. Perrot, Buenos Aires, Pg. 22

2) Hubner Gallo, Jorge: "Introducción al Derecho" Manuales Jurídicos No. 47. Chile 1966. Pg. 283.

3) Rojina Villegas, Rafael

4) Del Vecchio, Giorgio, "Filosofía del Derecho, Barcelona, 1947

ca, etc.

Abelardo Torr (1) la define como la "Ciencia que tiene por objeto el estudio o la interpretación, integración y -sistematización de un ordenamiento jurídico determinado por su justa aplicación.

2) FILOSOFIA DEL DERECHO: Disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón. Investiga aquéllo que debe ser el Derecho o que debiera ser, frente a aquéllo que es, contraponiendo una verdad ideal a una realidad empírica: DEL VECCHIO(2).

Con lo dicho, significamos el contenido de la Filosofía del Derecho cual es el siguiente:

ONTOLOGIA JURIDICA: Teoría del conocimiento -conocer el Derecho- es decir, su esencia.

GNOSEOLOGIA JURIDICA: Teoría del conocimiento -conocer el DerechoO.

LOGICA JURIDICA: Teoría del razonamiento- Derecho como "deber ser"-

AXIOLOGIA JURIDICA: Teoría de los valores jurídicos -Valores teleológicos que el Derecho persigue-.

3) HISTORIA DEL DERECHO es la rama o especialidad de la Historia General que estudia el desenvolvimiento del Derecho,

1) Torr , Abelardo. Obra citada. Pg. 49

2) Del Vecchio, Giorgio. Obra citada.

explicándolo en función de las causas respectivas con el al cance individualizador propio de la historia.

4) SOCIOLOGIA DEL DERECHO: investiga los procesos que condicionan el cambio o desarrollo del Derecho.

El sociólogo trata de desentrañar por qué -causas- han ocurrido los hechos; de descubrir las condiciones sociales del medio; y, de formular leyes generales inductivas, causa les de valor empírico.

La Sociología Jurídica es, pues la explicación del fenómeno jurídico como hecho social.

5) DERECHO COMPARADO: Consiste en el estudio comparativo de Instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas con el fin de determinar notas comunes y diferencias que en ellos existen; y, derivar conclusiones sobre - su evolución, y criterios para su perfeccionamiento y reforma.

RAMAS DEL DERECHO: Constitucional, Civil, Mercantil, - Laboral, Internacional, Financiero, Procesal, Administrativo, etc.

CAPITULO II

TEORIA GENERAL DE LA NORMA, LA NORMA JURIDICA

TEORIA GENERAL DE LA NORMA

La estructura de la vida -según Dilthey- nos lleva al ejercicio del CONOCIMIENTO de las cosas -mediante las Ciencias-; del dominio sobre la naturaleza -mediante las Técnicas-; y, de los procesos económicos, del arte, de la reli-giosidad, a ORGANIZAR formas de coexistencia y solidaridad: reglas del trato, DERECHO e incluso el Estado.

Cada una de estas funciones no significará algo aisla-do e independiente, sino que lejos de darse de manera aisla-da e inconexa constituyen una articulación, SISTEMATICA de la unidad de la vida.

Hay en la vida una CONEXION, una UNIDAD, orgánica de -todo cuanto pensamos, hacemos, sentimos y queremos, en la -que cada una de estas funciones (ciencia, arte; técnica, DERECHO, etc.), no son elementos aislados SINO abstracciones que han hecho nuestro pensamiento (la mente) sobre la reali-dad efectiva de la vida, realidad social en la que todas se dan íntimamente relacionadas.

Pues bien, si existe esa articulación sistemática dentro de la esfera cultural cabe preguntarnos: ¿si hay entre el -mundo de la naturaleza y el mundo de la cultura, de la vida objetivada una oposición absoluta por causa de la disparidad

de sus objetos, o simplemente, no existen dos realidades, - sino dos puntos de vista diferentes acerca de la misma realidad?

Este último criterio, una realidad y dos puntos de vista, es el más aceptado:

Sus sostenedores afirman que la distinción de las ciencias naturales y culturales, adquiere relevancia en razón - de la divergencia metodológica que las caracteriza.

Así, la ciencia natural examina los OBJETOS y los HECHOS, los compara y los analiza ordenándolos según la relación de causa a efecto (relación de causalidad), dando lugar a las leyes naturales (dilatación, gravedad, etc.).

La Ciencia Cultural por su parte examina los mismos objetos y hechos poniéndolos en parangón cada uno de los - valores, los somete a juicios estimativos, es decir, los - acomoda a una jerarquía (orden) de valores dando lugar a las normas.

Hans Kelsen por su parte, propugna por dar, al traste con la consideración anterior, a la que llama o califica - consecuencia del confucionismo metódico, sosteniendo la distinción entre los campos de la naturaleza y de la cultura.

Si partimos de que el campo de la naturaleza se rige - o regula por "leyes naturales" y que el campo de la cultura, se rige por "normas de conducta", y siendo el derecho un objeto cultural concretamente regulado por normas jurídicas que lo constituyen a fin de resolver el problema sobre la -

distinción del campo de la naturaleza y la cultura y de la ubicación del Derecho y en atención a que ambas proceden - de los juicios como significaciones fundamental e imprescin- dible ocuparnos momentáneamente de las significaciones, es decir de los juicios que tanto la naturaleza como lo jurí- dico (Derecho) producen en el sujeto cognoscente (hombre).

Hemos definido ya, cómo a través del conocimiento, es que el hombre determina o identifica los objetos -culturales, ideales, naturales, metafísicos-, y que este conocimiento el hombre lo ejecuta o realiza mediante juicios lógicos del - pensamiento.

Previo a establecer algunas diferencias entre leyes na- turales y normas de conducta, veamos las diferentes clases de juicios como significaciones del pensamiento humano.

Desde el punto de vista formal de estas significacio- nes dividimos los juicios en dos categorías:

I.- JUICIOS ENUNCIATIVOS

II- JUICIOS NORMATIVOS

Enunciativos, según Recaséns, son aquellas significa- ciones del pensamiento humano que enuncian en qué consiste un ser, qué es una realidad, la existencia de un hecho, la manera efectiva cómo ha ocurrido ese hecho, el modo de ocu- rrir "equis" fenómeno, etc.

Estas proposiciones, en su conjunto, constituyen el es- quema del mundo dado realmente: valen por razón de su coinci- dencia con la efectividad de los hechos, y, consiguientemen-

te tienen validez sólo en tanto, en cuanto concuerdan con los hechos.

De lo anterior, se desprende que los juicios enunciativos pueden ser verdaderos o falsos.

Los primeros -enunciativos verdaderos-, han sido objeto de sub-clasificación por Leibnitz y por Kant⁽¹⁾.

Para Leibnitz, los juicios enunciativos verdaderos son: verdades de hecho o empíricas; y, verdades de razón o necesarias.

Para Kant, los juicios enunciativos verdaderos pueden ser: juicios sintéticos a priori y juicios sintéticos a posteriori.

Si decimos "hace frío" expresamos algo verdadero pero contingente: verdad de hecho según Leibnitz; y, juicio sintético a posteriori según Kant.

Si afirmamos en cambio, que la distancia más corta - entre dos puntos es la recta, enunciamos algo que es y será siempre cierto y que no podrá ser de otro modo: verdad de razón según Leibnitz; y juicio sintético a priori según Kant.

LAS LEYES NATURALES, pues debemos concluir, quedan comprendidas entre los juicios que enuncian verdades de razón o necesarias, y por ende comprendidas en los juicios enunciativos.

1) Kant Manuel. "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres". Cap. II.

Juicios Normativos según Recaséns, a diferencia de los anteriores, no enuncian la realidad de los hechos, ni el modo como efectivamente éstos acontecen, sino que concretamente determinan un "deber ser", es decir, prescriben una cierta conducta como debida.

A los juicios normativos, no cabe ya calificarlos de verdaderos o falsos, sino que a éstos debemos considerarlos como valiosos o significativos; o bien, como no valiosos, - no significativos.

Norma en sentido lato o genérico, es toda regla de comportamiento, de conducta. En tal sentido las normas pueden ser o no obligatorias.

Las normas obligatorias son las llamadas propiamente - normas en sentido estricto; y las no obligatorias, según algunos, se encuentran representadas por las llamadas reglas o normas técnicas.

Kant, en relación a las normas, en sentido estricto como juicios que postulan deberes, los llama imperativos -Teoría de los imperativos Kantianos-.⁽¹⁾

Este autor clasifica a los juicios imperativos, normativos propiamente dichos en:

a) Categóricos, aquellos que mandan una acción por sí mismos como objetivamente necesaria. Pueden ser positivos: mandatos; o bien negativos: prohibiciones.

1) Kant, Manuel, Obra y cap. citados

b) Hipotéticos: aquellos juicios que prescriben una conducta como medio para el logro de un determinado fin: reglas técnicas o artísticas.

García Máynez⁽¹⁾ considera que la anterior distinción, es puramente gramatical, formal, por cuanto todo juicio normativo encierra uno o varios supuestos y que antes de la realización de su supuesto toda norma es hipotética; una vez realizado, deviene en categoría.

Conclusión:

Los preceptos del Derecho, pertenecen, pues, a la categoría de los juicios que expresan deberes condicionados: - "DEBER SER".

DISTINCION ENTRE LEY NATURAL Y NORMA

Hemos dicho cómo las leyes naturales, corresponden a - juicios que enuncian verdades necesarias, o sea a aquellas proposiciones que expresan las relaciones necesarias, constantes e invariables que existen entre los fenómenos: "SER".

Las normas pertenecen al campo de los juicios normativos que prescriben una cierta conducta como debida, que pertenece a la categoría de los que expresan deberes condicionados "DEBER SER".

1) García Máynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", 8a. Edic. Edit. Porrúa, Méx., Pg. 13.

LEY NATURAL

NORMAS DE CONDUCTA

- | | | |
|------------------|---|--|
| 1- OBJETIVO: | Mundo de "EL SER" | Mundo del "DEBER SER" |
| 2- FINALIDAD: | Científica: <u>expli</u>
cación de las re-
laciones neces-
arias después de
descubrirlas (no
las produce sino
revela) | Práctica: regulación
de un comportamiento
(no produce ni reve-
la: esquematiza una
conducta o su inter-
pretación.) |
| 3- IMPLICACION: | establece relacio <u>u</u>
nes necesarias, -
constantes e inclu <u>u</u>
dibles (los cuer-
pos caen porque no
pueden dejar de -
caer) | Conlleva la libertad
de violación u obe-
diencia. Son obliga-
torias aunque no fa-
talmente inviolables. |
| 4- CALIFICACION: | Subordinadas a lo
empírico | Su justificación no -
está subordinada a la
positividad o eficacia. |
| 5- VALIDEZ: | Valederas mientras
los hechos las co-
rrobo <u>u</u> ren íntegram <u>u</u>
te. | Valederas independien <u>u</u>
temente de la expe-
riencia. |

NORMATIVIDAD:

Elemento esencial del Derecho. Hemos dicho dentro de una primera aproximación al concepto del Derecho -en su sentido objetivo-que el Derecho es una regulación u ordenamiento de la convivencia humana; que es un conjunto o sistema de normas que rigen las relaciones sociales en orden al bien común.

La normatividad constituye una nota distintiva del Derecho.

Consecuentes con lo anterior, examinaremos el concepto y elementos de las normas en general, sin dejar de reconocer - que siendo el Derecho un conjunto de normas no es ésta una característica única y privativa del Derecho ya que simultáneamente existen otros sistemas normativos de la conducta. En otro acápite, estudiaremos paralelamente las normas jurídicas constitutivas del Derecho y otros tipos de normas -religiosas, morales y del trato social-, estableciendo sus semejanzas y diferencias y, determinando los elementos distintivos, propios y específicos que singularizan a la norma jurídica.

LA NORMA Y LA REGLA

Es común, aún entre juristas el empleo de ambos términos como sinónimos y ésto obedece a que ambos implican la idea de prescripción de una conducta destinada al logro de un fin determinado.

Si consideramos por una parte las normas jurídicas, religiosas, morales y del trato social; y por otra parte, el variado y heterogéneo conjunto de preceptos que se engloban bajo la denominación de "REGLAS TECNICAS" -lógicas, estéticas, pedagógicas, mecánicas, industriales, etc.-, advertiremos con facilidad la existencia de grandes diferencias de naturaleza entre ambos grupos de prescripciones; sistemas - de entre los cuales reservamos el término de normas para las

primeras y el de reglas para las segundas.

La norma, pues es un precepto que rige la conducta con la finalidad de realizar un valor, o sea, un bien de interés para el individuo o la comunidad; la regla, en cambio, es una prescripción destinada a ejecutar con eficacia una determinada actividad.

Las normas expresan siempre una relación de necesidad física o lógica condicionada; se refieren "al obrar", mientras que las reglas técnicas, "al hacer".

En resumen, pues, diremos que entre normas y reglas técnicas existen las siguientes diferencias:

1) Las normas presuponen siempre un juicio de valor, las reglas, un juicio de realidad.

2) Las normas indican u ordenan una conducta como intrínsecamente valiosa; las reglas prescriben un modo de obrar como medio para obtener un objetivo práctico, sin encerrar apreciación axiológica alguna.

3) En las normas, el objeto es el valor de los fines; en las reglas, la eficacia de los resultados.

4) La norma impone una obligación; la regla sugiere una convenciencia.

5) La regla puede estar subordinada a la norma y nunca la norma a la regla.

En relación a los sistemas normativos de carácter religioso, moral, jurídico o del trato social decimos, que éstos solo pueden entenderse y explicarse, por la posibilidad

dad de que los sujetos cuya conducta regulan tengan la facultad de optar libremente por cumplir o infringir lo preceptuado para la norma, todo, en base a la teoría del libre albedrío o libertad humana.

En el campo de la ética y del Derecho, la libertad en el cumplimiento o acatamiento de los preceptos normativos constituye la condición necesaria de todo ordenamiento o sistema normativo. Es por éello que las doctrinas morales como los sistemas legislativos o jurídicos involucran expresa o tácitamente el principio de libertad de acatamiento de los preceptos normativos por parte del sujeto cuya conducta regulan, sin el cual, tales sistemas carecerían de sentido como instrumentos reguladores de la conducta.

En principio, establecemos que la norma la concebimos como un objeto ideal, como el pensamiento de un imperativo que puede exteriorizarse y materializarse en las diversas modalidades que asume cada sistema normativo, tal como ocurre en el Derecho, a través de las leyes, las costumbres jurídicas, los fallos judiciales, etc.

Desde el punto de vista de su estructura formal, definimos a la norma, como un precepto de conducta general e imperativo, concepto del que desentrañamos los factores o elementos constitutivos de la misma: 1) prescripción de una conducta: deber ser como el comportamiento previsto dentro de su correspondiente esquema ideal. Su función básica es "ordenar" -acciones y abstenciones; mandatos y prohibiciones-

una determinada conducta, generalmente dentro de algún "supuesto de hecho" previsto también por la norma; 2) La norma es por su naturaleza un precepto de alcance general, opuesto de individual. Conforme a Leon Duguit, francés, la ley es racionalmente, una regla general y abstracta. Se dice que una disposición es general y abstracta cuando ella no se agota por su aplicación a un caso previsto y determinado previamente, aún cuando de hecho no se aplique más que a un solo caso o a un solo individuo. La generalidad de las normas, pues, consiste en que no rige para un caso y para una persona determinada, sino para toda una clase o serie de personas presentes o futuras que pudieren encontrarse en las situaciones típicas abstractamente previstas.

Las normas son imperativas, características que consisten en ejercer imperio, mandar, ordenar y que junto con la obligatoriedad de su acatamiento por los sujetos que se encuentren en las situaciones genéricas previstas por la norma, constituyen el tercer elemento de su estructura; así, si te encuentras en situación x, tu comportamiento "debe ser y"

CONTENIDO DE LAS NORMAS

La norma es un "precepto de conducta general e imperativo", en términos generales; esto, sin entrar a considerar especificaciones propias de los distintos sistemas normativos, lo que constituye su contenido formal.

Es evidente, sin embargo que ningun imperativo puede obligar por sí solo, si no es en virtud de un contenido racional que le justifique: debe contemplar la norma, además, la materia regida y la dirección impuesta a la conducta.

Además, el contenido racional de las normas es el que nos permite hacer la diferenciación o distinción de los diferentes tipos de sistemas normativos -jurídicos, morales, religiosos, del trato social-, lo que no sería posible considerando únicamente, a las normas desde un plano o su punto de vista puramente formal o abstracto, por cuanto el solo esquema ideal de una prescripción no nos aporta las diferencias específicas, los elementos peculiares propios de cada especie normativa.

Para distinguir los distintos tipos de normas, precisamos considerar los contenidos materiales y no simplemente su estructura formal, procurando determinar en aquellos contenidos materiales, los elementos generales y comunes de las distintas normas para establecer los diversos sistemas que de ellas estudiaremos.

Dentro de la ilimitada variedad en materia de las normas encontramos un aspecto o elemento común: su carácter esencialmente teleológico o finalista.

Todo mandato o norma, establece un "deber ser" para algo; preceptúa un comportamiento con un objetivo predeterminado, que es siempre una finalidad conveniente al ser, o sea, un valor o un bien: orden, paz, seguridad, justicia.

Husserl y sobre todo Max Scheler⁽¹⁾, nos hacen ver cómo el contenido de toda norma se caracteriza por el hecho de su pretensión orientadora de la conducta humana hacia la realización de un valor, de un fin adecuado a la naturaleza humana en cuanto tal, tanto en su dimensión individual como social.

Determinada la esencia de las normas genéricamente hablando, toca hacer referencia ahora a los diversos sistemas normativos y a las características propias de cada uno de ellos.

Precisaremos, a mejor dicho, consideraremos a continuación qué es lo que hace que una norma sea considerada de una especie u otra a través de sus características.

HETERONOMIA Y AUTONOMIA

La heteronomía significa que las distintas normas son creadas por un sujeto distinto del destinatario de la norma y que ésta además le es impuesta aún en contra de su voluntad.

Decimos que el Derecho es un sistema heterónimo en virtud de que sus normas son creadas por los órganos del Estado o, por la sociedad en el Derecho consuetudinario.

1) Citados por José Hubner Gallo, obra citada

Según Sinmel⁽¹⁾ no hay absoluta heteronomía, pues en primer lugar, en la democracia los ciudadanos directa o in directamente por medio de sus representantes elaboran las normas jurídicas generales llamadas leyes-ficción de representación en la democracia; en consecuencia, no hay heteronomía pura, puesto que los ciudadanos al propio tiempo que elaboran sus normas de conducta son los obligados por esas mismas normas. No obstante en la democracia la heteronomía se manifiesta en virtud de que los no ciudadanos y los extranjeros sufren la norma que no han elaborado. Respecto de los propios ciudadanos, la mayoría impone la norma a la minoría, o bien la norma creada en una determinada época sigue vigente y por lo tanto, rige la conducta de ciudadanos de épocas posteriores; así no es cada generación quien elabora sus normas, sino que éstas las reciben de generaciones anteriores.

La democracia es pues, la forma de Estado en la que existe a la vez heteronomía y autonomía en su sistema normativo jurídico.

En la otra forma de estado llamada autocracia o autarquía, rige la heteronomía para todos los ciudadanos y pueblo en general quienes elaboran la norma en esta forma de Estado, son determinados órganos o bien, el autócrata, como jefe del Estado y sus auxiliares a quienes también impo

1) Sinmel, Jorge, citado por Hans Kelsen, obra citada.

ne el ordenamiento jurídico.

Las reglas del trato social o convencionalismos sociales, presentan la característica de heteronomía, pues es la sociedad la que crea las normas de la moda, etiqueta, cortesía, etc.

Las normas que rigen instituciones como colegios, clubs, asociaciones, etc., así como las reglas de juego y de la gramática no son creadas por los destinatarios, se elaboran a través de procesos complejos de tipo colectivo, es decir, -son creados por la sociedad. No existe siempre un proceso -definido como en el caso de las normas jurídicas, pues no -hay órganos capacitados en forma exclusiva para elaborar las normas del trato externo.

Sí cabe la posibilidad de que sea un procedimiento semejante al jurídico, por ejemplo: normas creadas para la disciplina de los colegios, clubs, etc., pero la mayoría, como son normas de la moda, etiqueta, cortesía, etc., son creadas por la sociedad sin que podamos definir exactamente quienes y cuando participan en su creación.

La religión es también un sistema heterónimo. Cualquier tipo de religión parte de la base de que sus normas no son creadas por el creyente, sino elaboradas por una institución distinta. Los procesos pueden ser distintos y variadísimos según la evolución religiosa.

Nos interesa simplemente, no el conjunto de necesidades que intervengan para crear la norma religiosa, sino el hecho

de que no es elaborada por el propio creyente, quien la recibe y la debe observar como algo independiente de su voluntad.

En la Moral, encontramos autonomía en su sistema. La norma moral es creada por el propio sujeto, quien puede derogarla, es decir, el destinatario es el mismo legislador y puede revocar la norma que ha creado, de la misma manera que el legislador en el sistema jurídico puede derogar la ley.

La autonomía de la moral tampoco se presenta en una forma pura. Así como en el Derecho no encontramos heteronomía pura, no es exacto que en la moral se acepta la posibilidad de que el sujeto elabore a su capricho las normas de conducta, pues ningún sistema moral se puede fundar en la arbitrariedad. Indiscutiblemente que todo sistema moral supone una convicción en el sujeto, respecto de la obligatoriedad de sus normas.

El acatamiento del deber en la moral debe ser espontáneo por convicción, de aquí que podamos llegar a establecer que la autonomía de la moral descansa en la propia razón.

Por lo anterior, Kant⁽¹⁾ sostiene que debe ser autonomía de la razón y no autonomía de la voluntad, no manda el capricho, sino la razón.

1) Kant, Manuel. Obra citada, versión de Manuel García Morente. Pg. 97.

Si admitimos la autonomía de la razón, sí podemos elaborar normas de validez general, pues la razón es común a todos los seres humanos y nos permite fundamentar reglas de conducta que todos, desde el punto de vista de la inteligencia debemos aceptar; de allí, que la máxima kantiana establezca que cada uno obre de tal manera que su conducta pueda ser elevada a norma universal de comportamiento.

BILATERALIDAD Y UNILATERALIDAD

Se dice que en el Derecho, existe bilateralidad, mientras que las normas religiosas son unilaterales. En cuanto a las normas de trato social, los autores establecen como característica la unilateralidad, pero veremos que en realidad se trata de un tipo mixto donde se inicia ya la bilateralidad del Derecho.

Una norma es bilateral cuando al mismo tiempo que impone deberes a uno o varios sujetos concede facultades a otro u otros. El carácter bilateral de la norma establece una correlatividad entre los deberes y las facultades: frente a cada sujeto obligado habrá un facultado: se trata de ideas correlativas lógicamente necesarias.

La definición de "deber" y "facultad" no se ha logrado debidamente; pero constituyen categorías supremas que se alcanzan por intuición.

Según Kant, "deber", es la necesidad de una acción conforme a la ley; así, habrá "deber" cuando exista la necesidad de que una cierta acción se sujete a una determinada norma de conducta. Kant no se refiere a la necesidad como relación fatal e indefectible que rige la naturaleza, a través del principio de causalidad.

Cuando postulamos un deber, indicamos una necesidad de carácter normativo, es decir, que el deber es la sujeción de un acto de conducta para adecuarse a la norma. Como la norma es esencialmente violable, la necesidad no es en el sentido de fatalidad, pero sí en cuanto a que el acto debe adecuarse a la norma: sujeción.

Diremos, pues, que deber es la sujeción de una forma de conducta a una cierta norma. Quien tiene un deber verá restringida su conducta en los términos de una determinada norma.

La facultad, como correlativa del deber, implica en la bilateralidad, la posibilidad normativa de que un sujeto llamado "pretensor" exija el cumplimiento de un deber a un sujeto llamado "obligado".

Facultad, es entonces, la posibilidad normativa que corresponde al sujeto pretensor para exigir una cierta forma de conducta a un sujeto obligado conforme a los términos de una cierta norma. La facultad no supone una pretensión arbitraria del sujeto sino una autorización normativa para que aquéllo que podría ser simplemente algo arbitrario se

convierta en un acto lícito, en una facultad.

El ejercicio de la facultad no depende del arbitrio individual sino del sistema normativo; no tiene su base en la voluntad.

La facultad se reconoce por ser una posibilidad normativa para exigir lícitamente un acto de conducta de otro. Consecuentes con lo anterior no puede concebirse la facultad - respecto de la propia conducta: toda facultad jurídica es - con relación a otra persona para que pueda darse el carácter bilateral.

En los sistemas normativos moral y religioso, el carácter unilateral supone que a determinados deberes de los sujetos obligados, no corresponden correlativamente facultades a otro sujeto.

La moral, al crear los deberes que imponen sus normas lo hace de manera impersonal en cuanto a la posibilidad de que exista un sujeto interesado en exigir el cumplimiento - del deber, es decir, se impone el deber sin facultar a nadie para exigir su observancia o cumplimiento. La observancia del deber sólo interesa al destinatario de la norma, - por cuanto el obligado es a la vez juez de su propia conducta y no existe un facultado para exigirle el cumplimiento - del deber. Habrá reconvenciones de tipo social, sanciones - de desprecio colectivo, pero no encontramos a un sujeto facultado para exigir el cumplimiento del deber moral.

En el sistema religioso, aunque se establece la caracte

rística de unilateralidad por cuanto el deber religioso se cumple por convicción sólo que haya alguien facultado para exigirlo, encontramos también un principio de bilateralidad.

Los sacerdotes y ministros religiosos constituyen órganos capacitados para exigir en cierta forma el cumplimiento de los deberes religiosos lo que no significa que están autorizados por medio de la fuerza pública, si fuere necesario, para exigir su cumplimiento, pero sí se advierte dentro de los postulados de cada religión que hay personalidad en el sacerdote y cierta jurisdicción para hacer requerimientos, amonestaciones, etc., por su incumplimiento.

Por otra parte, el sujeto no es juez de su propia conducta, hay una instancia distinta que en alguna forma interviene para provocar un comportamiento adecuado a la norma religiosa. Es precisamente de todo esto, de donde surge la bilateralidad imperfecta de las normas religiosas, pues el sacerdote o representante religioso tiene una autorización, aunque ésta no es completa como existe en el ordenamiento jurídico, conforme al cual, de acuerdo a sus caracteres específicos, si el obligado no cumple con su deber, el pretensor o facultado lo hace cumplir a través de la ejecución forzada, recurriendo a uno de los órganos del Estado facultado para éllo.

Las normas del trato social, según algunos se caracteri

zan como unilaterales, pero creemos en realidad que tienen una naturaleza mixta; constituyen una categoría intermedia entre la moral y el Derecho encontrando en ellas una estructura unilateral-bilateral.

En ellas no existen facultades perfectas como posibilidades normativas para exigir formalmente la conducta postulada en el deber, pero sí hay autorizaciones conferidas a ciertos órganos para requerir al sujeto obligado a efecto de que cumpla con ciertos deberes sociales (clubs, asociaciones, colegios, etc.)

Tenemos en las normas del trato social, pues, un "principio" de facultad con una sanción semejante al Derecho que aunque no se podrá obtener el cumplimiento forzado del deber, sí hay otra parte facultada de obtener que al sujeto que no observa las normas o reglas del círculo sea excluido.

Son pues, las normas del trato social un sistema unilateral-bilateral, en el que predomina la primera pero con suficientes elementos que nos permiten hablar de "facultades" imperfectas.

Otra forma de denominación del carácter bilateral del derecho es la consideración de que las normas jurídicas son impero-atributivas, en las que lo imperativo significa que el ordenamiento jurídico impone obligaciones y que lo atributivo estatuye o confiere derechos o facultades.

EXTERIORIDAD E INTERIORIDAD

La exterioridad del sistema normativo se determina tomando en cuenta únicamente la adecuación externa de la conducta con el deber estatuido por la norma, prescindiendo de la intención o convicción del obligado.

La interioridad, cuando en un sistema normativo para que el acto de conducta sea válido desde el punto de vista del sistema a que pertenece se requiere que el acto se realice no solo conforme al deber, sino por el deber mismo, por convicción, decimos que hay interioridad.

Cuando en un sistema normativo la validez del acto de conducta depende solo de su adecuación a la norma prescindiendo de la voluntad o intención del obligado decimos que hay exterioridad.

El Derecho es el sistema donde prevalece la exterioridad, en razón de que la validez en el cumplimiento de los deberes jurídicos no depende de la intención del obligado sino de la simple observancia de la norma, aún cuando éste se lleve a cabo contra la propia voluntad y convicción.

En cambio en un sistema en que existe interioridad, el cumplimiento del deber no debe realizarse solo de acuerdo con la norma sino que además de acuerdo con la intención, voluntad y convicción del obligado.

Para Kant⁽¹⁾, la interioridad requiere la pureza de -

1) Kant, Manuel. Obra y capítulo citados antes

las intenciones, la rectitud de los propósitos, en el acto mismo de conducta para obrar no sólo conforme al deber sino por el deber mismo.

Concluyendo, podemos decir que la exterioridad es propia del Derecho y convencionalismos sociales, mientras que la interioridad caracteriza a la moral y la religión.

Para el Derecho todo deber cumplido tiene plena validez aunque el obligado lo ejecute en contra de su voluntad, incluso si se ha recurrido a la fuerza pública.

De igual manera ocurrirá con el cumplimiento de los deberes morales.

En ocasiones observamos fórmulas de cortesía no obstante que abriguemos sentimientos adversos para con quien las observamos y que exclusivamente para cumplir con ese deber social dispensamos tales o cuales atenciones.

En las normas del trato social, pues, tampoco se precisa que nuestro acto vaya o no acompañado de una buena intención; bastará haber cumplido con éllo simplemente. En el ejemplo apuntado, nunca podría atribuirse una conducta descortés; será si acaso un acto en el que la moral y la buena crianza condenen la hipocresía del sujeto, pero ya en tal caso resulta otro sistema normativo el que juzga el acto.

En lo moral y religioso, nuestros actos dejan de tener valor si cumplimos el deber simplemente por guardar ciertas reglas externas o por razones de conveniencia.

Cuando actuamos para cumplir o por conveniencia, no po-

demos afirmar haber cumplido desde el punto de vista moral religioso, ya que habrá faltado lo esencial: la pureza de las intenciones y la convicción de realizar el deber por el deber mismo.

Kant⁽¹⁾ en este sentido, mantiene una posición más que rigurosa, por cuanto llega hasta sostener que incluso el cumplimiento del deber moral pierde toda su significación cuando se ejecuta un acto por consideraciones de nobleza, sin que haya paralelamente la convicción de cumplir el deber para el deber mismo.

La característica de interioridad en lo moral y religioso, y de exterioridad en el Derecho ha sido objetada por algunos tratadistas que afirman que el ordenamiento jurídico toma en cuenta la buena o mala fe en los actos de conducta: intención lícita o dolosa.

En los actos jurídicos, se atiende ciertamente al fin determinante de la voluntad y a la licitud que debe existir en el mismo, de manera que si el acto jurídico se realiza con un fin ilícito es nulo. En el Derecho Penal, la intencionalidad del sujeto al realizar el acto delictuoso (delitos intencionales, culposos, imprudencias, preterintencionales). En el Derecho Civil constantemente se hace referencia también a la buena o mala fe y a la intención lícita

1) Kant, Manuel. Obra y capítulo citados.

o ilícita en los actos jurídicos.

Mediante la anterior consideración, se pretende negar la exterioridad absoluta del Derecho, alegando que hay en él un cierto grado de interioridad, lo que no resulta del todo fundado, ya que cuando se afirma que un sistema tiene la característica de exterioridad no debe tomarse en cuenta para calificarlo, el grado de intencionalidad en los actos que pueden caer bajo el imperio de ese sistema normativo; ni se toma en cuenta, la intención humana que no podrá permanecer tampoco ajena a la buena o mala fe, - Lo importante, es si el deber cumplido, para que tenga plena justificación normativa, deba realizarse exclusivamente por el deber mismo o por razones independientes del deber.

No obstante que el derecho toma en cuenta ciertas manifestaciones de la intención y de la buena o mala fe, éllo no significa que la interioridad prive en el sistema normativo jurídico; lo necesario es que el sujeto ejecute el acto, ya que la simple intención de cumplir con el deber jurídico no se traduce en su cumplimiento.

La exterioridad del Derecho puede sostenerse no obstante que desde otros puntos de vista para la calificación de los delitos y validez de los actos jurídicos se atiende a la buena o mala fe y al grado de intencionalidad con que se realice el acto.

En relación a los sistemas moral y religioso, la validez del acto no radica en la adecuación externa de la con-

ducta a la norma, si no existe la convicción de que el sujeto realice el cumplimiento del deber por el deber mismo.

COERCIBILIDAD E INCOERCIBILIDAD

Un sistema normativo es coercible, cuando por su esencia misma hay la posibilidad normativa de que en el presente o futuro llegue a ser un sistema coactivo, es decir, llegue la posibilidad de logro del cumplimiento del deber jurídico mediante la ejecución forzada.

COERCIBILIDAD, es la mera posibilidad de que un sistema normativo cuente con los mecanismos necesarios para obtener el cumplimiento del deber normativo por la fuerza - aún en contra de la voluntad del sujeto.

En el Derecho nos encontramos que es de esencia la característica de la coercibilidad por cuanto está dentro de su finalidad llegar a ser coactivo.

La moral es incoercible porque ni en el presente ni en el futuro tal sistema normativo podrá exigir su observancia mediante la fuerza, pues en ese mismo momento perdería su - significación ética.

La diferencia entre la coercibilidad y la coacción es triba en que la primera es el género y la segunda la especie.

Se dice que un sistema es coactivo, cuando en él se - cuenta con los órganos capacitados para imponer sanciones por la fuerza en contra de la voluntad del infractor -impo

sición de fuerza lícita- de lo que con razón podemos concluir que no todas las normas son coactivas; la coacción no es elemento constante en el Derecho tal como puede observarse en el Derecho Internacional.

No obstante, la coercibilidad del derecho aludido, estriba en la posibilidad de llegar a ser un sistema coactivo para su absoluta eficacia, para su exacto cumplimiento.

Del Vecchio⁽¹⁾, sostiene que el derecho es esencialmente coercible, esto es que en caso de inobservancia es posible hacerlo valer mediante la fuerza. El derecho como bilateral contrapone sujetos atribuyendo pretensiones y deberes recíprocos, estableciendo relaciones y límites ^{entre} /varias personas. Si este límite no es respetado, se invade la esfera - del poder jurídico que el Derecho asigna a cada uno, entrando en juego la esfera de la posibilidad de repeler la agresión.

Asimismo, existe diferencia entre coercibilidad y sanción: todo sistema normativo tiene sanción, aunque no todos son coercibles.

Sanción, es el daño o mal que sobreviene por el incumplimiento de una norma.

El tipo de sanción será diferente según el sistema normativo a que corresponda; el modo de aplicarse diverso, así como el órgano que la impone.

1) Del Vecchio, Giorgio: "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1947

La sanción puede ser interna o externa; puede aplicarse al insumiso a través de un mal que alguien le cause; o bien, en el propio remordimiento por incumplimiento del deber moral o religioso.

En el trato social tenemos como sanción el ridículo y el desprecio.

No todas las normas son coactivas, aunque si coercibles. Para regular las relaciones entre Estados, se está elaborando un sistema coactivo, pero aún no se ha alcanzado. Las normas que regulan obligaciones y deberes de los órganos superiores del Estado no son coactivas, no obstante su indiscutible carácter jurídico.

La coacción no es elemento esencial del Derecho, sí lo es la coercibilidad como "mera posibilidad".

En el Derecho Público, como regulador de las relaciones entre órganos superiores del Estado, encontramos el Amparo como posibilidad de sanción a actos ilícitos de órganos superiores del Estado, lo que conforme al concepto, equivale a sistema coercible.

Para Kelsen⁽¹⁾, la coacción es esencial en el Derecho; todo acto de incumplimiento faculta al órgano del Estado para ejecutar la sanción. Esto, es admisible en Derecho Privado; en Derecho Público igualmente, en cuanto a órganos jerarquizados; pero no respecto de órganos supremos. Kelsen -

1) Kelsen, Hans: "Teoría Pura del Derecho". Buenos Aires, 1946.

sostiene que en el Derecho Internacional Público la guerra es el proceso coercitivo.

CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

1) Por su ámbito personal de validez, las normas jurídicas se clasifican en: a) generalés o abstractas, las que abarcan un número indefinido de personas; b) individualizadas, individuales o particulares, las que se refieren a uno o varios sujetos individualmente determinados: sentencias, contratos, resoluciones administrativas, testamentos, etc.

2) En razón de que el Derecho del Estado constituye un conjunto ordenado y sistemático de normas jurídicas, entre los que existen relaciones de coordinación, subordinación y supraordinación, el estudio de estas relaciones nos permite establecer un orden jerárquico normativo, es decir, un sistema escalonado de normas que nos permite clasificarlas en: a) fundamentales, primarias o constitucionales, aquellas normas que en cada sistema jurídico ocupen el plano más alto, sin que derive su validez de ninguna otra norma; y que al mismo tiempo constituyen la fuente suprema del resto del ordenamiento jurídico que a su vez debe armonizar con ellas so pena de sanciones tales como nulidad, inconstitucionalidad, etc.; y b) derivadas, secundarias, comunes u ordinarias, aquellas restantes en el ordenamiento jurídico y que se encuentran subordinadas a las primeras y de las que derivan su validez.

3) Según la fuente que las origina, las normas jurídicas son: a) Legislativas, aquellas instituídas deliberada y conscientemente por los órganos que tienen potestad legislativa, dentro de las que quedan comprendidas no solo las leyes stricto sensu, sino también los Decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales, etc.; b) consuetudinarias, aquellas que surgen de la costumbre, es decir, de la repetición más o menos constante de actos uniformes que llegan a ser obligatorios; y c) Jurisprudenciales, las normas emanadas de los tribunales de justicia, esto es, el conjunto de sentencias dictadas por los jueces.

4) Según el sistema estatal a que pertenecen, se clasifican en:

a) Nacionales o internas; y b) internacionales.

5) Según su ámbito espacial de validez, esto significa la porción de espacio de territorio en que el precepto es aplicable:

a) Generales, las que rigen en todo el territorio del Estado; y b) Locales, las que rigen solo en una parte del territorio del Estado.

6) Según su ámbito temporal de validez, esto es el tiempo durante el cual la norma conserva su vigencia: a) normas de vigencia indeterminada, aquellas que no tienen un lapso prefijado de duración y que están consecuentemente supuestas a regir hasta su abrogación, ya sea ésta expresa o tácita por otras normas; y b) normas de vigencia determinada,

las que tienen establecido un lapso prefijado de duración.

Se distinguen como sub-clases de éstas: Temporarias, las de vigencia determinada propiamente dichas (Ley de presupuesto); y, Transitorias, las normas que contemplan generalmente situaciones que pueden producirse cuando se modifica un determinado régimen jurídico.

7) Por su ámbito material de validez, esto es la materia de cuya regulación es objeto por parte de las normas -la naturalaleza del Derecho sobre el que versan-: a) Normas de Derecho Público; y b) Normas de Derecho Privado.

8) Según la naturaleza de su contenido: a) Normas sustantivas o de fondo; y b) Normas adjetivas, de forma o procesales.

9) Por su forma gramatical: a) Normas imperativas: que pueden expresarse positivamente (permisivas) o negativemente (Prohibitivas).

10) Por su relación con la voluntad de sus particulares: a) Taxativas, las que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, no siendo lícito derogarlas - ni absoluta ni relativamente por ningún fin determinado que las partes se propongan alcanzar. Estas normas escapan a la órbita de libertad de las personas: normas constitucionales, penales, etc.; y b) dispositivas, supletorias o subsidiarias, aquellas cuya validez opera o surge solo en cuanto no existe una voluntad en divergencia de las partes: normas derivadas de las obligaciones y de los contratos.

11) Desde el punto de vista de sus sanciones: a) Leyes Perfectas, aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que las vulneran.

Generalmente no produce consecuencias jurídicas, aunque puede producirlas en algunos casos. Así en material civil encontramos como sanciones: la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa; b) Leyes Pluscuam perfectas, -aquellas cuya sanción no tiende al restablecimiento de las cosas al Estado que guardaban antes del incumplimiento; en las que el resultado o consecuencia del hecho o acto jurídico se consuma irreparablemente (homicidio); en cuyas hipótesis la norma sancionadora impone al infractor un castigo y además una reparación pecuniaria (Ley de Procedimientos Especiales para Accidentes de Tránsito; c) Leyes Menos cuan perfecto, aquellos cuya violación no impide los efectos jurídicos del hecho violatorio y no obstante hace al sujeto -acreedor a un castigo; y d) Leyes Imperfectas, aquellas cuya violación no conlleva una sanción.

CAPITULO III

LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DEL DERECHO EN EL TIEMPO

I.- DERECHO NATURAL

¿Qué es Derecho Natural?

Por Derecho Natural debemos entender en principio, el Derecho en su caracterización de principios ideales de un Derecho absolutamente justo y perfecto.

Conforme al Derecho natural el esfuerzo de los investigadores se dirigió no hacia la caracterización de los problemas planteados por el derecho como creación humana, sino que a descubrir los principios ideales, a establecer un Derecho que reuniera las características de justicia y perfección.

Bajo este esquema, el derecho positivo como creación humana constituye una mala copia llena de imperfecciones.

La cultura occidental ha creído en un Derecho natural desde sus inicios hasta nuestros días, lo que vuelve necesario el reconocimiento a la idea del derecho natural como uno de los conceptos básicos de nuestra civilización.

Hasta principios del siglo XIX la existencia del derecho natural era aceptada casi unánimemente por los pensadores, época en la que surgen los primeros ataques al derecho natural, como negación de su existencia.

Toda reflexión sobre el derecho partía de la concepción

dicotómica que de lo jurídico se admitía: por una parte se colocaba el derecho natural al que se le atribuían las cualidades de absolutamente justo, universal, perfecto y más o menos inmutable; por otra parte, se colocaba al derecho positivo como producto humano, variable, perecedero, lleno de imperfecciones y defectos destinados a satisfacción de necesidades momentáneas; producto de dispares influencias y criterios predominantes en el grupo, en un momento histórico.

No obstante aceptarse unánimemente la dicotomía derecho natural y derecho positivo, el pensamiento jusnaturalista no presenta una absoluta uniformidad entre los autores de las tesis jusnaturalistas, produciéndose entre ellos radicales oposiciones y diferencias sustanciales que permiten reconocer o establecer cuatro escuelas diferentes de reflexión jusnaturalista.

a) Jusnaturalismo Antíguo: comprende los distintos conceptos que sobre el derecho natural se enunciaron en Grecia y Roma clásicas.

b) Jusnaturalismo cristiano: que se manifiesta en forma especial durante la alta Edad Media;

c) Jusnaturalismo clásico: alcanza su mayor brillantez en los siglos XVII y XVIII;

d) Neo jusnaturalismo: vigente hasta nuestro tiempo, representado para quienes siguen en algunas modificaciones los postulados del jusnaturalismo cristiano.

1.- Jusnaturalismo Antíguo: encuentra su punto de parti da en Grecia.

No es posible señalar un autor determinado a quien atri buir el planteamiento original del concepto de Derecho "a- tural.

Algunos lo atribuyen a Platón, otros a Aristóteles.

Sin embargo es indudable que el concepto de Derecho Na- tural se encuentra mucho más atrás.

Ya en Homero y Hesíodo aparecen algunas menciones: a) so bre la justicia, en el primero con la "Ilíada"; se represen ta la actividad humana y en el centro, un grupo de ancianos juzgando un homicidio; b) sobre el origen eterno y divino, en Hesíodo en "Los trabajos y los días", al cual deben con- formarse las decisiones de los gobernantes (reyes). En este momento se inicia la contraposición del concepto "justicia" con el que expresa el derecho positivo o la ley.

Como producto de esta disyuntiva concepcional, en la épo ca de Pericles, cuando los griegos crean su régimen de go- bierno, como primera forma de orden social fundada en la i- gualdad ante la ley, produceer la conjunción de ambas concep- ciones jusnaturalistas, la isonomía, dando lugar a lo que - posteriormente constituyera la democracia.

Durante los sofistas se mantiene el concepto de una ley general conforme a la naturaleza del hombre.

El absoluto subjetivismo dominante en estos sofistas, - los inclina a enfatizar en el carácter de origen humano (por

su creación) del Derecho utilizando la expresión Derecho - Natural, para significar que pertenece a aquél el Derecho - del más fuerte a gobernar a los débiles, los que a su vez crean la ley positiva como medio de control o defensa contra el super hombre.

El problema de la justicia y su relación con el Derecho reaparece en Platón, quien lo coloca en la raíz misma del - problema del ser como un aspecto del problema del bien. En "La República", Platón define "la justicia" como la realización de la propia naturaleza del hombre la que entiende como la perfecta armonía de los varios elementos del alma humana individual.

En "Las Leyes", Platón enuncia la recta razón como fundamento de la actividad del legislador, este concepto se - repite en definiciones de todos los jusnaturalistas.

A los conceptos de justicia como armonía o igualdad de la fundamentación de los justos en la naturaleza humana; de la fundamentación de la ley en la razón humana, Aristóteles agrega la oposición entre ese derecho universal y el derecho positivo, al distinguir en su "Ética a Nicómaco" dos elementos diferentes en todo sistema jurídico: uno común al género humano y dotado por éllo de una misma fuerza en todas - las comunidades y cuya vigencia es independiente de la aprobación de los hombres; y, otro, circunstancial, particular de cada lugar y creado por los gobernantes de éste; surgiendo división entre Derecho Natural y Derecho Positivo.

Escuela Estoica: fundada por Zenón, cuyo principal postulado fue "vive conforme a la naturaleza". "El concepto es toico de naturaleza, no era entendido desde el punto de vista biológico o instintivo, sino en absoluta identidad con los principios de la razón.

Podemos concluir, del análisis del iusnaturalismo griego, que si bien en Grecia no existió una verdadera escuela de Derecho natural, sí se originaron en su pensamiento todos los conceptos básicos del iusnaturalismo posterior.

Para los pensadores griegos, el concepto de Derecho Natural expresaba algo conforme a un principio de razón.

En Roma, no fue la filosofía el campo más importante de la actividad cultural de los romanos.

Dotados de gran sentido práctico se distinguieron más en la acción, en las tareas intelectuales, conformándose con seguir algunas de las escuelas filosóficas griegas.

El Derecho Romano fue ante todo un Derecho Positivo.

Los jurisconsultos romanos se distinguieron por la habilidad en la búsqueda de solución jurídica a los múltiples -- problemas que presenta la convivencia humana. En cambio, muy poco se ocuparon de la definición de los conceptos fundamentales del Derecho o de los problemas filosóficos que constituyen el presupuesto de todo sistema jurídico -Derecho Natural .

Sin embargo, encontramos entre los jurisconsultos romanos algunos principios de Derecho Natural, tales como:

a) En "Las Institutas", tratado para la enseñanza del Derecho que forma parte del corpus juris civiles, encontramos el concepto de Derecho Natural de Ulpiano, para quien éste es, "aquel que la naturaleza enseña a todos los animales porque -esta ley no es propia de los humanos, sino - que afecta a todas las criaturas que origina el cosmos".

Se confunde el Derecho Natural con el principio de causalidad, teniendo muy poco que ver con las escuelas filosóficas griegas.

b) El concepto romano "jus gentium" de Gallo, constituye la idea más cercana al concepto filosófico del Derecho Natural, al decir este autor que "las leyes de cada pueblo gobernado por estatutos y costumbres son, en parte, propias suyas; y en parte, comunes para toda la especie humana: Jus civile para los ciudadanos; y jus gentium para todos los extranjeros.

Nadie en Roma, se ocupó en forma más amplia del derecho natural que Marco Tulio Cicerón, pero debido a que todas sus reflexiones filosóficas tienen como base alguna de las distintas escuelas del pensamiento griego y con respecto a las cuales siempre mantuvo una posición ecléctica, no encontramos originalidad en sus pensamientos.

Como puede verse, durante todo el período antiguo ius-naturalista no puede hablarse propiamente de una escuela de Derecho Natural.

Sí encontramos la formación a través de las épocas y au

tores de las distintas tesis que luego habrían de desarrollar las escuelas cristianas y clásicas o racionalistas.

En lo que al pensamiento romano se refiere, a Cicerón se atribuye como mérito principal, el haber reunido las distintas concepciones iusfilosóficas y haberlas presentado por primera vez en forma orgánica, de donde luego buscaron inspiración los autores posteriores.

2- IUSNATURALISMO CRISTIANO ✓

Por primera vez, los representantes de la escuela cristiana que viven en la edad media y principios de la moderna, realizan el desarrollo amplio de una Teoría del Derecho Natural.

Las doctrinas enunciadas por esos autores se fundamentan:

a) En las Sagradas Escrituras, tal como la Epístola de San Pablo a los romanos, que consagra la existencia de una ley suprema, independiente de toda prescripción dogmática o positiva que deriva de la naturaleza moral y racional del hombre. ✓

b) En los pensadores griegos, estoicos principalmente, de quienes toman el concepto de razón universal para identificarlo con Dios; Platón influye en San Agustín y Aristóteles en Santo Tomás de Aquino.

Se destacan durante este período, de manera particular tres pensadores: 1) San Agustín, (354-430) el pensador más distinguido del período patrístico, quien efectúa una sintetización del pensamiento cristiano de la primera época y

realiza un primer planteamiento independiente de los problemas del derecho natural. 2) Santo Tomás de Aquino (1221-1274) filósofo de mayor relieve de toda la edad media que estructura definitivamente a la Escuela Cristiana; y 3) Francisco Suárez (1548-1617), jesuita español que en su obra "Las Leyes" efectúa el esfuerzo más completo, extenso y acabado sobre la teoría del Derecho Natural dentro del marco de la Escolástica Aquiniana.

Las doctrinas principales de los pensadores de la escuela cristiana, no reconocen únicamente las dos formas de Derecho reconocidas por los griegos, sino que afirman la existencia de tres ordenamientos:

a) La Ley eterna, que representa la regulación dada por Dios al universo, la razón misma del creador de todas las cosas, que fija la estructura de todos los seres y las cosas.

b) La Ley natural, que es la parte de la Ley Eterna que va dirigida en forma especial al hombre, susceptible de ser conocida por la razón y que se encuentra fundada en el fin y naturaleza moral del género humano.

c) La Ley positiva o humana, que es la emanada explícita y auténticamente de una autoridad, con fuerza para obligar.

En Santo Tomás, encontramos un esbozo de distinción dentro de la Ley natural: por una parte, los principios que se

refieren a la conducta externa de los hombres y al bien común, el Derecho; y por otra parte, las normas morales.

La anterior distinción la encontramos en Santo Tomás, - cuando al estudiar la justicia nos dice: "que ésta no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino solo las acciones exteriores del hombre".

Conforme al pensamiento jusnaturalista cristiano, la ley positiva debe tener una absoluta conformidad la cual constituye un medio para el desarrollo de sus principios, adecuándola al lugar, época, país y circunstancias que pretende regular, pero, sin contradecirla jamás ni olvidar su finalidad última de realizar el bien común.

Es Santo Tomás, quien por primera vez coloca como finalidades del Derecho a la justicia y al bien común, tomando el concepto de justicia de Aristóteles, aceptando la distinción entre justicia legal, conmutativa y distributiva y de Ulpiano como base de su definición.

De este pensador, más que el concepto de justicia -que como queda dicho no es original-, interesa su concepto de bien común, por constituir éste, el fundamento de las doctrinas sociales sostenidas por la Iglesia Católica.

Queda pues, bien claro que en el jusnaturalismo cristiano el concepto de naturaleza correspondía no a la conducta fenoménica del hombre, sino a su carácter racional; no al mundo "del ser" sino al mundo del "deber ser".

El concepto Aquiniano del "bien común", llega a consti-

tuir la finalidad suprema del Estado, entendiéndose por tal, el bienestar general del cuerpo social diferenciado e independiente de los "bienes individuales" perseguidos por cada hombre.

ESCUELA IUSNATURALISTA CLASICA O

RACIONALISTA

En Europa, durante la Edad Media, era la iglesia quien controlaba la Educación y la Ciencia, y por ello, la ciencia más importante en ese entonces era la Teología.

Durante tal época se sostuvo que solo por revelación divina el hombre conocería la voluntad de Dios; esta revelación fue reservada a la iglesia, la que sostenía que el hombre solo lograría el acceso a Dios mediante la jerarquía sacerdotal, lo que produjo la imposibilidad de basar la razón humana en poderes propios ya que el conocimiento solo emanaba del dogma cristiano, su única fuente, constituyendo ésta una pretensión totalitaria de la iglesia, que fuera duramente atacada por el protestantismo del siglo XVI que sostuvo la igualdad de todas las almas, concluyendo que: "todo mundo tiene acceso a Dios sin necesidad de mediación sacerdotal".

Surge así el concepto teológico: "Dios gobierna al mundo pero concediendo al individuo mayor grado de libertad de pensar" lo que quiere decir que le permitía al hombre formarse su propia intención de las opiniones e intenciones de

Dios de las leyes y principios con que aquél dirigía los destinios de la humanidad.

Este ataque a la jerarquía fue dirigido contra el orden espiritual del catolicismo y a la vez contra el feudalismo, ataque que produjo un espíritu de individualismo y de liberalismo, que se manifestó principalmente en los tres órdenes siguientes: a) En el campo económico, dirigió su fuerza sobre el Sistema Económico Feudal, los gremios y otras manifestaciones de coacción medioeval; b) en la política, lucha contra la nobleza feudal y sus privilegios; y c) en el dominio del Derecho, encontró su expresión más importante en la Escuela Clásica del derecho natural que hubo de moldear el destino del derecho por mucho tiempo.

Igual que la Teología Protestante aceptara la razón humana para determinar intenciones de Dios, esta escuela ius-naturalista sienta el siguiente principio: "La posibilidad de descubrir el Derecho por medio de la razón y sólo por élla".

Los defensores del derecho natural -concepto tradicional- creían en un cuerpo de derecho eterno e inmutable que la razón podía descubrir y aplicar a la reconstrucción de la sociedad que la humanidad dejara de reconocer a causa de las supersticiones teológicas de la edad media.

El Derecho natural era considerado eterno y su precepto fundamental estribó en que el hombre nace libre e independiente; sosteniendo que el hombre no vivía originariamente

en sociedad, pero había hecho un contrato con otros individuos para defender su vida y su propiedad.

En virtud de este contrato, sostenían los defensores - clásicos del Derecho Natural, que el hombre transfiere a la sociedad parte de sus derechos y de su libertad en razón de lo que la sociedad le garantice, la protección de la vida - y la propiedad.

Según el Derecho Natural Clásico los derechos básicos - del individuo- goce de libertad y propiedad- no debían ser disminuídos por la sociedad, porque éstos le eran conferidos al hombre por Dios y eran además, anteriores a la sociedad y como tales derechos inalienables naturales.

Contra la concepción clásica de derecho natural encontramos la "doctrina de la razón del Estado".

Fue Nicolás Maquiavelo (1549-1627) quien glorificó la - omnipotencia estatal, subordinando enteramente los principios éticos y morales en la vida pública a las necesidades políticas del Estado.

Ante tal disyuntiva, todos los pensadores políticos europeos tuvieron que conciliar en alguna medida las pretensiones de la doctrina del Derecho Natural defensora de los derechos individuales, y de la doctrina de la Razón del Estado, protectora de los derechos del mismo, resultando que en Estados Unidos triunfó el Derecho Natural, mientras que en Europa Central prevaleció la razón del Estado sin lograr la derrota del Derecho Natural.

Se distinguen tres períodos o etapas en la escuela clásica iusnaturalista, o racionalista:

La primera etapa se caracteriza por la emancipación de la teología medieval y del feudalismo; se produce después - del renacimiento y la reforma. Siendo determinada por: a) El protestantismo en la esfera de la religión; b) Absolutismo en la política; y c) Mercantilismo en la Economía, correspondiendo a esta etapa las teorías de Grocio, Hobbes, Espinoza, Pufendorf y Wolf. Esta etapa se caracterizó también por radicar la garantía última del derecho natural propiamente en la prudencia y automoderación del gobernante.

La segunda etapa se caracteriza por la tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo en la política y filosofía, correspondiendo a ella, las opiniones de Locke y Montesquieu. Su tendencia dominante fué garantizar los derechos naturales de los individuos -vida, libertad, propiedad- contra los abusos ilimitados de los gobernantes mediante la separación de poderes.

La tercera etapa, es determinada por una fuerte creencia en la soberanía popular y en la democracia. El derecho natural se confía a la voluntad general del pueblo, siendo su representante más destacado Rousseau, cuyas teorías políticas ejercieron gran influencia en el pensamiento de Kant. Esta etapa del Derecho natural ejerció profunda influencia en el desarrollo político de Francia, a diferencia de la segunda que predominó en Estados Unidos.

DISTINTAS FASES DEL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA
DURANTE LA ESCUELA CLASICA

I.- Primera Etapa: "Derecho natural garantizado por el gobernante": Grocio, Hobbes, Espinoza, Pufendorf y Wolf.

Hugo Grocio (1583-1645): Prepara el terreno para la doctrina del derecho natural clásico, separando la ciencia del derecho de la teología y de la religión. Sostuvo que el Derecho Natural tenía su fuente en la naturaleza misma del hombre y llegó a creerse en la existencia de este derecho independientemente de que hubiese Dios o de que éste se ocupase de asuntos humanos, derecho arraigado en cualidades racionales del hombre. Tales cualidades para Grocio, encontraban clara expresión en el impulso social del hombre. En tal sentido, todo lo conforme a ese impulso social y a la naturaleza del hombre como ser racional, era bueno y justo; lo que se opusiere a éllo, sería perturbador de la armonía social, malo e injusto.

Grocio definió al Derecho Natural como el dictado de la recta razón que indica que un acto según sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza moral.

Con la anterior definición, Grocio divorcia al Derecho Natural de la Revelación Divina y de la voluntad de Dios, aunque dejándolo íntimamente ligado a la MORALIDAD, pero ya con tinte INDIVIDUALISTA : es ya primordial que la moralidad

de un individuo independiente es lo que respeta la esfera - del derecho de los demás.

Grocio, establece los siguientes postulados del Derecho Natural:

- 1) Abstenerse de lo que pertenece a otro.
- 2) Conformarse a los pactos y cumplir las promesas hechas a otras personas.
- 3) Indemnizar por cualquier daño causado culposamente a otro.
- 4) Inflingir castigo a los hombres que lo merecen, constituyendo éste un principio de Derecho Privado, conforme a la justicia correctiva de Aristóteles.

TOMAS HOBBS: (1588-1679), parte de supuestos distintos totalmente de Grocio. A diferencia de éste, cree que el hombre es un ser íntimamente egoísta y malvado, no esencialmente social y sostiene que única medida de lo justo es el provecho personal, ya que todos los hombres tienen un derecho a todas las cosas.

Hobbes, llamó Derecho Natural, al cuerpo de principios que la razón humana imaginó para hacer la vida pacífica y segura; definiendo al derecho natural como el dictado de la recta razón que hay en nosotros acerca de aquellas cosas - que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros.

Para Hobbes, no puede aplicarse con seguridad el derecho natural, mientras cada quien conserve su derecho a

todas las cosas. Para poder aplicarse el derecho natural - estima necesario que los hombres hagan un contrato mutuo - en virtud del que cada hombre acepte transferir todo su poder y derechos a un hombre o asamblea de hombres a condición de que todos los demás hagan lo mismo, constituyendo con ello un poder soberano.

Este poder soberano así constituido debe ser omnipotente para poder realizar su tarea de mantener la paz y el orden y proteger a los hombres contra los ataques de sus semejantes por considerar éste que el hombre es el lobo del hombre.

Tal poder, no debe estar obligado a cumplir las leyes civiles por él promulgadas; no debe ser responsable ante los ciudadanos, los cuales a su vez no tienen derecho a resistirse de los mandatos de este poder soberano.

No obstante lo anterior, Hobbes no cree que la omnipotencia del soberano, excluya la existencia para sí de grandes obligaciones, de cuyo cumplimiento sí es responsable - ante Dios, bajo pena de muerte eterna. El deber supremo del gobernante es garantizar la seguridad y el bienestar del pueblo, hacer aplicar los principios del derecho natural.

Defiende en sus doctrinas político-jurídicas el absolutismo que habría de prevalecer en muchos países de Europa - en el siglo XVIII. La base sociológica de su filosofía se fundamenta en que una comunidad formada por individuos iguales, poseedores de propiedad privada que viven del producto

de su trabajo y que regulan sus relaciones mutuas por vía contractual, se encuentren protegidos en su vida y posesiones por un gobierno fuerte.

No se reconocen los derechos de vida, libertad ni propiedad como inalienables, inmunes a toda interferencia gubernamental, sino sujetos a una regulación benévola por parte del gobierno. No obstante, se advierte en su teoría del Derecho Natural y en su filosofía de los deberes del gobernante, elementos claramente individualistas y liberales, el liberalismo confiado al monarca absoluto.

SAMUEL PUFENDORF (1632-1694), adopta una posición intermedia entre Grocio y Hobbes. Coincide con Hobbes en cuanto a la consideración de que el hombre está muy influenciado en sus motivaciones por el egoísmo y que hay cierto grado de maldad y agresividad inherente a su naturaleza; y, creyente como Grocio que hay en el hombre una fuerte inclinación a asociarse con otros hombres y a convivir con ellos en comunidad social y pacífica.

El Derecho Natural según Pufendorf, es la expresión de ese doble carácter de la naturaleza humana; reconocer el hecho de que la naturaleza ha recomendado al hombre el amor de sí mismo, pero toma también el hecho de que ese amor de sí mismo esté templado por el impulso social del hombre.

Sus principios fundamentales del Derecho Natural son:

- 1) El que ordena al hombre en la medida en que sea posible, proteger su vida, sus miembros y conservarse él y -

su propiedad; y a) el principio que pide al hombre no perturbar a la sociedad, no hacer nada que disminuya la tranquilidad de la sociedad.

Ambos principios, Pufendorf los combina e integra en un solo precepto fundamental que formula así: "que cada uno -trate celosamente de preservarse a sí mismo en forma que no perturbe la sociedad de los demás hombres".

Del segundo principio deriva un importante postulado -jurídico: "que nadie se conduzca hacia otra persona, de modo que esta última pueda quejarse con razón de que se ha -violado su igualdad de derechos" -Principio de igualdad jurídica-.

Para aplicar el derecho natural y mantener la sociedad, Pufendorf requiere dos pactos: a) el abandono del hombre -del estado de libertad natural y su ingreso a la comunidad permanente establecida para garantizar la seguridad mutua; y b) promulgación de un decreto que establezca la forma de gobierno que se entroniza.

II.- Segunda Etapa: "Derecho Natural garantizado por la separación de poderes": Locke y Montesquieu.

Se caracteriza por el intento de exigir salvaguardas -eficaces contra cualquier violación de las normas del Derecho Natural por parte del gobierno; se convierte la concepción iusnaturalista, primordialmente en instrumento para evitar la autocracia y el despotismo; adquieren relevancia los aspectos del derecho que hacen de él una garantía de

los derechos individuales.

Durante esta etapa la teoría jurídica se acentúa especialmente en la libertad, a diferencia de la primera etapa que más se interesó por la seguridad que por la libertad. JOHN LOCKE (1632-1704), suponía este autor que el estado natural del hombre era de perfecta libertad y que en él los hombres se encuentran en situación de determinar sus acciones y disponer de sus personas y pertenencias según les pareciera oportuno; era, además, un estado de igualdad en que ningún hombre estaba sometido a la autoridad ni a la voluntad de otro. Este estado de "naturalza del hombre", se hallaba regido por un derecho natural que enseñaba al hombre que siendo todos iguales e independientes, nadie debía perjudicar a otro en su vida, salud, libertad o pertenencias.

Mientras existió "el estado de naturalza" todo mundo tenía poder de llevar a la práctica ese derecho natural y de castigar por su propia mano las infracciones a sus normas. Esto produjo graves inconvenientes porque el goce de los derechos naturales era inseguro y estaba constantemente expuesto a las invasiones de los demás.

Para evitar esos inconvenientes y en interés de un disfrute seguro de la vida, libertad y propiedad, los hombres hicieron un pacto por el cual acordaron unirse en una comunidad y constituir un cuerpo político en el que gobernase la mayoría. En virtud de tal contrato, cada individuo pactaba con cada uno de los demás la entrega a la comunidad de -

su derecho natural, para hacer efectivas las normas del mismo. El derecho, pues, se encomendaba a la comunidad en su conjunto y no a una persona determinada o grupo determinado. LOCKE, a la inversa de Hobbes, rechazó la monarquía absoluta como forma de gobierno, propugnando por una monarquía constitucional.

MONTESQUIEU (1689-1755), cuya posición constituye un complemento a Locke y puede decirse que la combinación de las doctrinas de ambos representa la forma más alta y desarrollada que alcanzara de derecho natural en su período clásico.

Locke, por su parte, elaboró una clara y consistente teoría del derecho natural aunque descuidó el estudio de un sistema político que garantizara efectivamente la observancia del derecho natural.

Montesquieu, se preocupa muy poco del derecho natural, la descripción que hace de su contenido tiene muy poco significado y su convicción de que el derecho debe adaptarse a las condiciones climatéricas, religiosas y políticas de cada país, hacen de él un precursor de la Escuela Sociológica del Derecho, más que un defensor de la Doctrina del Derecho Natural.

Montesquieu estaba de acuerdo con Locke en que la libertad humana era la meta suprema que podía alcanzar una nación y su filosofía política constituyó un intento por idear un sistema de gobierno bajo el cual pudiera obtenerse la libertad y asegurarla una vez conseguida, de la manera

más eficaz posible.

La combinación de la teoría del derecho natural de Locke, con la doctrina de la separación de Poderes de Montesquieu, forma la base filosófica del gobierno norteamericano.

III.- Tercera Etapa: "Derecho Natural garantizado por la mayoría: soberanía popular: "Juan Jacobo Rousseau y Kant.

Después de que el hombre en la segunda etapa entregaba a la comunidad entera y sin reservas todos sus derechos naturales parecía que el hombre, el ciudadano, al verificar tal traspaso se quedaba privado de su libertad.

JUAN JACOBO ROUSSEAU (1712-1778), principal exponente de esta etapa, negó tal consecuencia. Sostenía que la pertenencia al estado, bajo las condiciones de aquel pacto, que él llamó "Contrato Social", no destruye la libertad e igualdad originarias del individuo.

En lugar de llevar una vida incierta y peligrosa, el hombre consigue mediante el contrato social, la seguridad, la libertad civil -distinta de la libertad natural- y, una garantía de su propiedad; no está ya, sujeto a ningún otro individuo, sino, solo a la voluntad de la comunidad.

MANUEL KANT (1724-1804), al igual que Rousseau consideró la libertad como un derecho innato y natural del individuo; reconociendo el Contrato Social como un postulado de razón y consideró al estado como "unión de pluralidad de hombres bajo leyes jurídicas".

Propugnó la no interferencia del Estado en las activida

des de los individuos, debiendo limitarse el primero a garan
tizar el goce de los derechos de los individuos.

RESULTADOS PRACTICOS DE LA ESCUELA CLASICA

DEL DERECHO NATURAL

Como logros o conquistas de los juristas de esta Escuela
Clasica o Racionalista encontramos:

La creación de los instrumentos jurídicos mediante los
cuales pudo lograrse liberar al individuo de las ligaduras
medievaes.

La liberación de la propiedad territorial de las cargas
feudales.

Haber purgado al Derecho Penal y su procedimiento de sus
defectos más grandes, al abolir la tortura y humanizar el
castigo.

Haber tratado de conseguir la seguridad legal para todos
y apadrinar el principio de igualdad de los hombres ante la
ley.

Haber elaborado los principios del Derecho Internacional,
resultado práctico de suma importancia de la Filosofía del
Derecho Natural Clásico o Racionalista, que lo constituye -
un fuerte movimiento en pro de la legislación. Surgen los
Códigos: de Federico de Prusia, 1794; de Napoleón, 1804; de
Austria, 1811; Código Civil Alemán, 1896; y, Código Civil,
1912.

Todos estos Códigos, llevaron a la práctica los postula

dos elementales de la Escuela Clásica o Racionalista del Derecho Natural, otorgando al individuo una esfera de libertad con poderes para adquirir propiedad, contratar con sus congéneres, fundar una familia, etc.

II. HISTORICISMO Y POSITIVISMO

JURIDICOS

Desde mediados del siglo XIX y principios del XX, la teoría del derecho natural fue desplazada por el positivismo e historicismo jurídicos.

Los juristas historicistas, por su parte, negaban la existencia y posibilidad de un derecho racional o inmutable y trataron de explicar el derecho por referencia a su origen y desarrollo históricos.

Los juristas positivistas y analíticos, por otra parte, trataron de limitar el campo de la teoría jurídica a un análisis técnico del derecho positivo establecido y aplicado por el Estado.

La idea de un derecho superior basado en la naturaleza o la razón y superior a todo el derecho positivo promulgado por el Estado, tendió a desaparecer de la ciencia del derecho y de la filosofía jurídica.

Como producto de la aparición en el mundo occidental de nuevas tensiones políticas, sociales y económicas, aparece un reconocimiento del derecho natural; lo que obedece a que tales tensiones no resulta ya fácil resolver mediante

los conceptos e instituciones tradicionales del derecho positivo.

En la segunda mitad del siglo XIX como producto del movimiento ascendente del proletariado bajo la bandera del marxismo, se produce un desafío al orden existente. El individualismo, el liberalismo, el capitalismo, el derecho, el Estado y los demás valores reconocidos son objeto de violenta y negadora crítica.

A raíz de todo esto, hubo que recurrir otra vez a la filosofía con objeto de luchar contra las nuevas fuerzas que avanzaban.

La mayor parte de las nuevas filosofías jurídicas que surgen en Europa a principios del siglo XX constituyen intentos de hacer frente al socialismo siendo muestra de lo anterior, el hecho de que Stammler iniciase la resurrección de la filosofía jurídica con un ataque a la interpretación marxista del Derecho.

Con distintos matices los iusnaturalistas modernos consideran al Derecho no como un mero instrumento para la protección y mantenimiento de los intereses individuales, sino también como medio de fomentar y promover el bien común.

Por otra parte, los nuevos iusnaturalistas defienden generalmente los valores tradicionales frente al ataque revolucionario del marxismo. Buscan sus raíces filosóficas en el pasado y tratan de conservar en lo posible, dadas las circunstancias, las instituciones y características tradicional

les del Derecho.

III.-DERECHO NATURAL NEO-KANTIANO

Rudolf Stammler (1856-1938), fundador de la nueva filosofía en Alemania. Estimó que además de investigar el Derecho Positivo, era necesario hacer una teoría del Derecho justo.

Para Stammler⁽¹⁾, una teoría del Derecho que pretende validez universal, tiene necesariamente que ser de carácter formal, emanciparse del material empírico del derecho positivo, basar sus proposiciones fundamentales en el razonamiento lógico y en nociones a priori y, guiarse por principios derivados de la teoría del conocimiento de Kant.

Al desarrollar esta teoría del Derecho, Stammler distingue: "un concepto" y "una idea" del derecho, es la realización de la justicia; la idea, pues del derecho de ajustar los deseos individuales a las finalidades de la comunidad, tiene que ser un principio universal de regulación jurídica. El contenido de una norma jurídica es justo mientras consiga producir una armonía entre los propósitos del individuo y los de la sociedad. El ideal social es para Stammler "una comunidad de hombres de voluntad libre".

Esta idea de una comunidad de hombres de voluntad libre que se tratan recíprocamente como afines, en sí es esencial

1) Stammler, Rudolf: "Tratado de Filosofía del Derecho", Madrid, 1930.

mente kantiana. Sin embargo, el ideal social de Stammler difiere del kantiano en que es un conjunto menos individualista.

La definición que da Kant del Derecho "como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad", deja mayor margen a la libertad individual que la "comunidad de hombres de voluntad libre" de Stammler.

Para Stammler, los términos igualdad y libertad en el sentido político de ambas palabras no constituían condiciones necesarias del derecho justo.

La fórmula de Stammler en términos abstractos deja a diferencia de la fórmula kantiana, mayor espacio para una mayor variedad y diversidad en el derecho positivo que la fórmula de Derecho Natural expuesta por Kant.

En contraste con Stammler, el filósofo italiano del Derecho, Jorge del Vecchio⁽¹⁾ cree en la existencia de un derecho natural absoluto que en su opinión es igual a la idea de justicia.

Aceptando los dogmas de la ética kantiana, deriva el Derecho, de la naturaleza del hombre como ser racional. La autonomía de la personalidad humana es para él la base de la justicia.

Del Vecchio, cree convencido, que la evolución de la humanidad conduce a un reconocimiento cada vez mayor de la

1) Del Vecchio, Giorgio: "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1947.

autonomía humana y por ende a una gradual realización y -
triunfo final del derecho natural.

IV.- DOCTRINA DEL DERECHO LIBRE

El movimiento del Derecho Libre que surge en Europa a -
principios del siglo XX puede considerarse como un intento
de poner en práctica el concepto Stammleriano de un "Dere-
cho Natural de contenido variable".

Este movimiento se originó como protesta contra el Es-
colasticismo que prevalecía en la práctica judicial de Fran-
cia y Alemania en la segunda mitad del siglo XIX.

Los partidarios del derecho libre negaban que las dis-
posiciones del Derecho Positivo constituyesen una base su-
ficiente para la decisión de los casos reales. Atacaban la
afirmación de los juristas analíticos de que el orden jurí-
dico sea un todo consistente y que todos los casos puedan -
ser decididos sobre la base de las leyes existentes y los -
precedentes mediante un proceso de deducción lógica; soste-
niendo que hay y habrá siempre en el Derecho, lagunas que
tiene que llenar el Juez. Su tesis general era la de que -
al llenar esas lagunas, el Juez tiene que tomar en cuenta -
las convicciones éticas y las opiniones sociales predominan-
tes en el lugar y época en que vive.

El movimiento del derecho libre fue iniciado en Francia
por el jurista Francois Geny en 1861, quien señaló que las
fuentes formales del Derecho eran incapaces de cubrir todo

el campo de acción judicial. Demostró que siempre se deja al Juez una esfera más o menos amplia de libre discreción dentro de la cual puede ejercer una actividad creadora. Esta actividad, decía Geny, no debe ejercerse conforme a los sentimientos personales incontrolados y arbitrarios del Juez; la libre decisión judicial debe basarse en la investigación científica libre, el Juez deberá tratar de dar la máxima satisfacción posible a los deseos de los litigantes, en tanto en cuanto, fuera compatible con los fines generales a la sociedad.

En Alemania, el movimiento del Derecho Libre fue encabezado por Hermann Kantorowicz (1877-1940) y Ernest Fuchs (1859-1929).

Ambos defendieron la libertad de decisión judicial, postulando que el Juez debía llenar las lagunas inevitables en el derecho mediante una actividad creadora libre, conforme a las demandas de la época y las convicciones sociales del pueblo, con especial consideración de las circunstancias de cada caso.

En relación con el movimiento del Derecho Libre, existe la denominada "Jurisprudencia de intereses", defendida en Alemania por Philipp Heck (1858). Es un movimiento más conservador que, el del Derecho Libre. Heck considera las normas jurídicas como juicios de valor, como pronunciamientos acerca de cuál de los intereses de los grupos sociales contrapuestos debe prevalecer, o tal vez de que los in-

tereses de ambas partes deben ceder a los de un tercero o de la comunidad en conjunto. Para llegar a una decisión justa, el Juez debe averiguar cuáles de los intereses son los que el legislador trataba de proteger mediante una disposición legal determinada.

V.- TEORIA JURIDICA DE LEON DUGUIT

El jurista francés León Duguit (1859-1928), jusnaturalista positivista, atacó al individualismo en el terreno de la Ciencia del Derecho; pretendió suplantarlo el sistema tradicional de derechos legales por otro que no reconociese más que deberes jurídicos.

Según Duguit no existen derechos individuales inalienables; los hombres no tienen más que deberes, basados en obligaciones respecto de la comunidad y llevadas a la práctica por el Derecho.

Duguit rechaza todo absolutismo del poder estatal; quería por el contrario, despojar al Estado y a sus órganos de todos los derechos soberanos y demás atributos de soberanía de que le había dotado la doctrina tradicional del Derecho Público.

Para Duguit las autoridades gobernantes, como los ciudadanos, no tienen derechos sino deberes. La actividad debe limitarse a la realización de ciertas funciones sociales, la más importante de las cuales es la organización y mantenimiento de los servicios públicos. El deber sostiene Duguit,

del gobernante es garantizar un funcionamiento ininterrumpido de los servicios públicos. El modo más eficaz de obtener esta finalidad sería una descentralización de gran alcance y la autonomía técnica de los servicios públicos en un estado de estructura sindicalista.

La función social del derecho, según Duguit, es la realización de la solidaridad social. Es este concepto la noción central de su teoría.

Geny señaló que en realidad la regla jurídica de Duguit, basada en la idea de solidaridad social es totalmente metafísica y está muy alejada de los dominios del positivismo jurídico y el empirismo.

La teoría de Duguit tuvo un destino -trágico- que en su mayor parte preparó el terreno para que le produjeran precisamente las condiciones y resultados que el mismo Duguit -trataba de evitar.

VI.-NEO TOMISMO: TEORIA DE LA INSTITUCION

Se llamó Neo-Tomismo o Neo-Escolasticismo a la Filosofía del Derecho Metafísico, de carácter decididamente católico que deriva su inspiración de las enseñanzas de Santo Tomás y que llegara a desplazar al funcionalismo social de León Duguit.

El Neo-Tomismo o Neo-Escolasticismo, fue aceptado en sus dogmas fundamentales con tanta amplitud por los juristas -más destacados de Francia, que puede afirmarse que llegara a dominar en la teoría jurídica francesa.

Pensadores, tales como Gény, Saleilles, Charmont, Hauriou, Renard y Le Fur difieren en muchos aspectos importantes de sus concepciones jurídicas, pero tienen una actitud fundamental común respecto a los fenómenos de la Ciencia y la Filosofía Jurídicas.

Ese elemento común es la creencia en un Derecho Natural anterior al positivo y superior a él. No se trata ya del derecho natural racionalista del período clásico de la escuela jusnaturalista; la moderna filosofía francesa busca las fuentes de su pensamiento en un período considerablemente anterior; retrocede hasta la edad media y trata de resucitar la filosofía escolástica de Santo Tomás de Aquino.

El derecho natural de la escuela clásica, constituía una representación individualista, expresión del liberalismo y del capitalismo ascendentes. Su concepto del derecho tenía una estrecha relación con los conceptos de igualdad y libertad.

El Derecho Natural Tomista, por el contrario, era expresión del pensamiento religioso católico; consideraba Santo Tomás al derecho como una participación humana en la razón eterna de Dios.

Las reglas de derecho natural expuestas por Santo Tomás eran, por una parte meros mandatos religiosos y morales; por otra formulación de algunos principios muy amplios y generales.

Los Neo Tomistas aceptan el concepto de Derecho Natural

que sostuvo Santo Tomás; descartan la idea de la escuela ju
naturalista clásica de que el derecho sea un orden inimita-
ble de reglas jurídicas definidas y concretas contenidas en
algunos principios generales y abstractos.

Renard, por ejemplo, dice que el Derecho Natural es idén
tico a la idea de bien común y de justicia y que comprende
aquellos principios que derivan directamente de la naturale
za del hombre en cuanto ser de razón.

Le Fur por su parte, sostiene que hay tres principios -
del Derecho Natural: observar los pactos libremente concluí
dos; reparar los daños injustamente infligidos a otra per-
sona; y, respetar la autoridad.

Gény, identifica al Derecho Natural con aquellas reglas
naturales que emanan de la naturaleza de las cosas.

Catherin, Teo-Tomista holandés considera el principio -
"dar a cada uno lo suyo", como el postulado fundamental del
Derecho Natural.

Como podemos ver, todas estas normas de derecho natural
se asemejan en mucho a las del propio Santo Tomás.

Los Neo-Tomistas consideran los principios generales -
del Derecho Natural por ellos reconocidos, como reglas eter
nas de validez absoluta.

Intimamente relacionada con el Derecho Natural neo-to-
mista, encontramos la Teoría de la Institución, ideada por
Maurice Hauriou (1856-1929), desarrollada después de la muer
te de éste por Georges Renard (1876).

Hauriou definía el concepto de Institución "como una idea de una obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social.

Renard por su parte establece un agudo contraste entre institución y contrato. El criterio de contrato es la igualdad; el de la institución es por el contrario la idea de autoridad.

La organización de una institución implica diferenciación, desigualdad, autoridad y jerarquía. Exige subordinación de propósito individual a las aspiraciones colectivas de la Institución.

Los derechos subjetivos típicos en el derecho de los contratos son desconocidos por el derecho institucional.

Según la teoría de la Institución, el Estado es la manifestación más eminente del fenómeno institucional.

La teoría institucional se opone al estatismo y a esa forma de socialismo que trata de suprimir al individuo, haciendo de él un mero diente de la rueda de un Estado onnipotente. Cree en el pluralismo y en la autonomía de las instituciones naturalmente bajo la supervisión del poder del Estado.

VII. CONCEPCION MARXISTA DEL DERECHO

El pensamiento jurídico soviético, obviamente constituye un pensamiento "marxista" que responde a la doble exigencia del materialismo dialéctico y del materialismo histórico.

co. El primero es la concepción marxista-leninista del mundo; su formación teórica se debe principalmente a Engels y recibe un fuerte impulso con Lenin cuyo activismo revolucionario y político está siempre presente en sus desarrollos científicos de acuerdo con el papel asignado a la praxis, que ya Marx fundamentó cuando dijo que los filósofos se han limitado a interpretar de diversos modos el mundo, pero lo que se trata es de transformarlo. El Materialismo Histórico, es la aplicación al mundo de la sociedad de los criterios establecidos por el materialismo dialéctico, para explicar el mundo de la naturaleza. La "materia" de que aquí se trata es la realidad social, la existencia social. Esta, dirá Lenin de acuerdo con Marx, es independiente de la conciencia social de la humanidad; la conciencia es solo un reflejo del ser.

Dentro de estos presupuestos teóricos hay tres constantes en el pensamiento marxista a las que vinculan la doctrina soviética sobre el Derecho, a saber: que éste pertenece a la superestructura de la realidad social; que es expresión de la voluntad de la clase dominante en el Estado; y que el Estado y el Derecho desaparecerán en el Comunismo. - Los matices diferenciales entre los distintos autores son, sin embargo, importantes, pues hay una serie de cuestiones que se prestan a interpretaciones diversas. Ya Lenin había interpretado la "muerte del Estado" como una transformación en la sociedad comunista, de las funciones políticas, admi-

nistrativas, lo que permitiría una subsistencia del Derecho como Moral o como complejo apolítico de normas. Stalin, había atribuído a la superestructura un papel activo y configurador, lo que permitiría al Derecho ejercer una influencia sobre la base económica. Kruschev, por último, afirmó - que el Estado Soviético había ya pasado de la dictadura del proletariado a un Estado Popular.

En consecuencia, los autores, unas veces subrayan la - vinculación burguesa de la idea del Derecho en general, pero consideran aprovechables los conceptos usuales, incluso los conceptos formales, de la Ciencia Jurídica, en tanto, en cuanto se trata de destruir una teoría que no se resuelva en pura sociología o sicología. Tal, es el clásico caso de Pashukanis, para quien la Teoría del Derecho tiene como objeto la formación jurídica como tal. Ahora bien, esta forma tiene que ser explicada desde el punto de vista materia lista en su determinación histórica. Por eso, en la sociedad comunista ya no aparecen nuevas categorías jurídicas -propias de un derecho proletario- sino que con las categorías jurídicas burguesas desaparece el Derecho en cuanto tal.

Stucka identificó al Derecho con la producción y las re laciones sociales. El Derecho, dice "es un sistema pu orden de relaciones sociales que responde a los intereses de la - clase dominante y que es mantenido por el orden organizado de esa clase". Este punto de vista adolece de sociologismo. La Historia del Derecho se convierte en historia de las for

mas económicas y al introducir el elemento de la lucha de clases no es suficiente para coonstruir una Teoría Marxista del Derecho, pues el Derecho queda así, limitado a ser un mero reflejo ideológico de situaciones sociales y renuncia a una profunda enseñanza marxista que es la necesidad utilización del Derecho como medio de lucha por el socialismo . La tesis de Stucka se vió rechazada, por de pronto, por Panchukanis, así como la de uno y de otro lo fueron por Vishinsky y otros autores, que admiten abiertamente un Derecho Soviético como el derecho de los trabajadores y campesinos y que es el instrumento de construcción de la sociedad socialista. Piensa en definitiva, que en la sociedad comunista desaparece todo derecho, por élllo no puede ocurrir a través de un proceso de debilitamiento, siendo al contrario, de reforzamiento del sistema de control social y del poder estatal. Esta actitud corresponde exactamente a las posiciones de Stalin, a las que sirve de justificación teórica. No obstante, o por lo mismo, Vishinsky propugna también una cierta autohomía de lo jurídico, pues concibe en definitiva el Derecho como un conjunto de reglas generales y abstractas impuestas por el poder coactivo del Estado, lo que ha llevado a algunos a hablar de una posición normativista representada por este autor soviético. Exactamente, no es así, pero sí, algo muy parecido y de hecho que va surgiendo posiciones en el pensamiento soviético que ofrece, dentro de sus supuestos materialistas, un paralelismo con las doctrinas neo

idealistas y normativistas del pensamiento occidental. Esto ocurre, particularmente, con la concepción de Bratus Samocensko, que tiende a eliminar del concepto del Derecho, como falsa, toda referencia a la voluntad de una clase, y lo define como "voluntad elevada a la ley, de todo un pueblo, que lucha bajo la dirección de la clase trabajadora, por la victoria comunista y la liquidación de las clases en general". El Derecho tiene así una función creadora, aunque solo en orden a la voluntad, a la que están sometidas las relaciones económicas, es decir, una misión que lo convierte en política concentrada, así como Lenin había afirmado que la política es Economía Concentrada, los autores soviéticos admiten el carácter normativo del Derecho; y, sus doctrinas sobre la norma no difieren de las usuales en el pensamiento occidental. El punto medular de la doctrina está en los planes económicos, los cuales son reconocidos por ella no solo formalmente como leyes, sino materialmente como normas. Los juristas soviéticos de los años veinte, habían definido la radical autonomía de un Derecho de Economía, dominado más por la idea de la conveniencia que por la legalidad, punto de vista clásico de la normatividad y la conveniencia de las directivas económicas es difícil de mantener,. Los autores recurren a una supervaloración de la idea de "fin", no siempre entendida con plena claridad, designándole una primacía frente a la idea de pura legalidad y recomendando que los fines sean expresamente prolongados previamente a la renovación de las leyes que lo sir

ven: democratismo, humanismo, colectivismo, internacionalismo.

VIII.- TEORIA SOCIOLOGICA DEL DERECHO

Es a Emile Durkheim a quien se debe el inicio de la - Concepción Sociológica del Derecho, al incluir la Sociología del Derecho en lo que él llama Fisiología Social, es decir, aquella rama de la Sociología que estudia las instituciones, símbolos valores e ideas colectivas.

Señala que la esencia de los fenómenos sociales es la coerción, la compulsión, con lo que concede una importancia capital al fenómeno jurídico, considerado como la expresión simbólica de la solidaridad social.

El punto central de la sociología jurídica es la relación entre formas de solidaridad y clases de derecho. Una - clasificación objetiva del Derecho debe corresponder a una clasificación de la forma de la solidaridad social. Así, - se distinguen dos especies de Derecho -represivo y restitutivo-, correspondiente a dos especies de necesidades y actitudes de solidaridades, que mantienen y aseguran la coerción del grupo social. El Derecho Penal represivo, corresponde - a las necesidades comunes que son satisfechas mediante actitudes similares por la mutua asistencia de los individuos, es decir, como corresponde la solidaridad social por similitud de intereses o por solidaridad mecánica. El Derecho - Civil restitutivo, corresponde a necesidades diferentes, sa

tisfechas por un intercambio de servicios que permite aplicar las actitudes personales o a la de la satisfacción de las necesidades de otros, o sea, a la solidaridad orgánica basada en la división de funciones. El Derecho Penal, con su sanción represiva, significa una censura social en la forma de castigo, porque el crimen rompe la solidaridad mecánica, ofrece un ideal colectivo común; el derecho penal corresponde a exigencias idénticas en todos los hombres. El Derecho Civil y su sanción restitutiva, protege la diferenciación funcional de la sociedad, garantiza la división del trabajo social; corresponde a reivindicaciones específicas de cada individuo. Pero, en la última instancia, el Derecho Civil restitutivo, al igual que el Penal represivo, asegura y protege los intereses de la sociedad y la seguridad colectiva, al seleccionar los intereses individuales que se proponen proteger al delimitar la extensión de los mismos y al hallar los medios de garantizarlos.

Durkheim, trasplanta su concepción de la solidaridad mecánica -derecho represivo- y solidaridad orgánica -derecho restitutivo- a las fases del desarrollo histórico. En la sociedad arcaica que se garantiza por una indiferenciación de funciones, predomina la sanción represiva en forma intensa; cuanto más se desarrolla la sociedad y se produce cada vez más profundamente la división del trabajo social, van haciéndose más suaves los castigos, hasta que la represión es sustituida por la restitución y se realizan la equidad y la i-

gualdad y el Estado se hace cada vez más administrador y menos gobernador.

Para Durkheim, la horda es la estructura social primaria, el protoplasma social, en la que se da por entero la solidaridad mecánica y el derecho represivo. La horda da lugar a la formación de tantos tipos de grupos sociales como las formas de combinarse consigo mismo adopta. Así, distingue: 1.- Una sociedad simple, pero de varios segmentos formada por la repetición de clases; 2.- La sociedad simplemente compuesta, formada por la fusión de varias tribus; 3.- La sociedad doblemente compuesta, formada por la unión de federaciones de tribus; 4.- La sociedad desarrollada, formada no por la repetición de segmentos similares, sino por un sistema de órganos. A cada uno de estos tipos, corresponde su estructura jurídica. En el primer grupo, el sistema jurídico se confunde con el tabú; en el segundo y en el tercero, el Derecho es parcialmente laico; y en el cuarto, el Derecho se separa por completo de la religión.

Posteriormente, hace una nueva clasificación de los grupos sociales que supera a la anterior clasificación cuantitativa. Ahora, distingue: 1o.- Sociedades formadas por los clanes totémicos; 2o.- Sociedades de Clanes totémicos con diferenciación de clases, órdenes militares y sacerdotales, etc.; 3o.- Sociedades tribales de filiación masculina, con desarrollo de grupo locales y gobierno central; y 4o.- Sociedades Nacionales.

Entre los factores que presiden el desarrollo del Derecho, Durkheim concede gran importancia al morfológico, que particularmente al demográfico -volumen y densidad de la población- y al religioso, concretamente a lo sagrado -comprendería también la magia-. Ambos influyen en los estados de la conciencia colectiva, cuyas variaciones son la base última de las transformaciones jurídicas. Trata la influencia de lo sagrado en el Derecho en relación a la sociedad tribal y al clan totémico. La distinción entre el derecho colectivo e individual está unida a la distinción entre religión y magia. La religión es social, tanto por su contenido, lo sagrado, como por su ejercicio, que siempre es colectivo. En tanto que la magia es social solo en su contenido; en su ejercicio es más individualizada; separa al mago del grupo. En consecuencia, así como los tabú religiosos van siendo cada vez más limitados por las prohibiciones mágicas, el derecho colectivo va siendo más limitado por los individuos.

IX.- TEORIA PURA DEL DERECHO

Hans Kelsen⁽¹⁾ jurista y maestro de la escuela de Viena, es quien con su obra revolucionaría las concepciones del Derecho que hasta entonces se habían producido. Parte para concebir al Derecho de tesis fundamentales y presupues

1) Kelsen, Hans: "Teoría Pura del Derecho e Introducción a la Ciencia del Derecho", Buenos Aires, Audeba, 1960.

tos metodológicos especiales que trataremos de referir a continuación, los cuales entresacamos de su vasta y para muchos compendiosa obra, "La Teoría Pura del Derecho".

La Teoría Pura del Derecho pretende ser, más que la - teoría de un derecho en particular, la teoría del Derecho - en general, procurando dar una respuesta a la cuestión de "qué es y cómo es" el derecho existente y ho de cómo debe - ser o elaborarse éste, tratando de aislar su objeto -el Derecho Positivo- y eliminando de su reflexión todo elemento extraño al mismo.

Siendo el Derecho un fenómeno social, debe distinguir se la Sociedad como distinta de la Naturaleza para no incurrir en la confusión de los hechos jurídicos con los hechos naturales en que se manifiesta. Surge así , la necesidad de distinguir entre el sentido subjetivo y objetivo, según la norma de un acto, ya que el hecho natural recibe el sentido jurídico mediante una norma que se refiere a él, confiriéndole significación de tal manera que la norma misma actúa - como esquema de interpretación de determinados fenómenos naturales. El conocimiento jurídico, se dirige a las normas que confieren a ciertos actos el carácter de jurídicos.

Consecuente con lo anterior, constituido el Derecho - por normas, como lo es, necesariamente es la norma el único objeto del conocimiento jurídico; norma que no encuentra ninguna aplicación en el dominio de la Naturaleza; su validez es el modo de ser de la misma; su existencia específica no

está en el espacio ni en el tiempo, aunque su validez sea - por un especial tiempo puesto que su contenido posible es - el mismo que el del acontecer real: ámbitos espacial y temporal de validez de la norma; pudiendo también distinguirse - los hechos a que la misma se refiere, determinando con éllo el ámbito material o personal de validez de la misma.

Para Kelsen, la Ciencia Jurídica es más ciencia del es píritu que de la naturaleza; no acepta que el Derecho sea - parte de la Moral, distinguiendo el Derecho de la Justicia y considerando a ésta un ideal irracional, es decir, un con cepto puramente ideológico, La Teoría Pura del Derecho se - caracteriza por ser anti-ideológica, radicalmente realista, rehusando valorar el Derecho Positivo.

Respecto del concepto del Derecho, la Teoría Pura - desliga por completo el concepto dominio jurídico del de - norma moral, asegurando la legalidad propia del Derecho frente a la moral, por constituir la norma un juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante, con una consecuencia condicionada que Kelsen llama "proposición jurídica" , distinguiendo "la causalidad" como conexión natural de "la imputación" como conexión jurídica.

Estima en cuanto a que una determinada conducta humana esté puesta en la proposición jurídica que como condición de una consecuencia específica-el acto coactivo-, es - lo que hace que dicha conducta sea considerada antijurídica;

y nunca la referencia a una cualidad inmanente a una norma jurídica o valor moral lo que produzca tal antijuridicidad. - Su determinación, no es la voluntad del legislador o el ser simplemente nocivo, sino el ser condición para la reacción específica del Derecho, llamada coacción, punto de vista - desde el cual lo antijurídico deja de ser negación del Derecho para convertirse en su condición, confirmándose precisamente en lo antijurídico la existencia del Derecho, que a la vez deriva su validez del deber ser del acto coactivo en tanto consecuencia jurídica.

Concede Kelsen primacía lógica y cronológica al Derecho Objetivo, negando existencia previa e independiente de éste, al Derecho Subjetivo, por sostener que el último solo aparece en tanto sea prescrito por una norma -Derecho Objetivo-, todo ello en razón de que las normas jurídicas prescriben necesaria y fundamentalmente deberes jurídicos y en tal virtud, la facultad -Derecho Subjetivo-, sólo existe en cuanto a la consecuencia jurídica se agrega un aspecto volitivo- manifestación de voluntad- que haya de expresarse en forma de querrela o acción procesal del lesionado en sus intereses por la transgresión del precepto normativo por parte del infractor.

Es para el maestro vienés, la persona, "un centro referencial de imputación normativa", no una realidad natural en la que la persona, jurídicamente considerada, no es el hombre en su totalidad sino que solamente en sus acciones y

omisiones, en tanto son estas el objeto de regulación normativa; tesis según la cual, los actos se atribuyen a la persona en virtud de lo que Kelsen llamó "IMPUTACION CENTRAL".

Niega asimismo, el autor en comento, la clasificación dicotómica del Derecho en Público y Privado, sosteniendo la indivisibilidad por considerar que no hay una naturaleza distinta en la pretendida clasificación, sino solo una diferenciación de métodos de producción jurídica en un creciente proceso de individualización normativa, ya que tanto en el negocio jurídico-relaciones entre particulares-, como en el orden autoritario-relaciones entre Estado y particulares-, se advierte la voluntad del Estado mismo.

Respecto del orden jurídico como sistema jerárquico, la Teoría Pura del Derecho sostiene que todo ordenamiento jurídico constituye un todo cerrado, a lo que denomina "PLENITUD HERMETICA DEL DERECHO", es decir, considera que el sistema normativo jurídico es gradualmente estructurado conforme a relaciones esenciales de fundamentación y derivación lógicas, por cuanto dentro de tal sistema toda norma recibe su fundamento de validez, de otra u otras pertenecientes a un grado o escala superior, residendo el fundamento último de validez del orden jurídico en la norma fundamental o primaria hipotética que para Kelsen consiste en el deber de realización de la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinara el primer constituyente o las instancias en que dicho poder haya delegado.

En cuanto a considerar al Estado y al Derecho, Kelsen identifica en cierta medida a ambos, al sostener como característica del primero, ser un sistema normativo en el que todos los elementos que lo constituyen solo existen en tanto están referidos al orden jurídico-normativo. Así, el citado autor entiende que todo Estado es un orden jurídico, aunque no todo orden jurídico sea constitutivo de un Estado, ya que para que lo último ocurra, es preciso un cierto grado de centralización y un conjunto de órganos que operen bajo el principio de división del trabajo.

La personalidad del Estado, constituye también siguiendo a Kelsen, un problema de imputación, normativa en que los actos realizados por los hombres que representan al Estado -gobernantes- solo son atribuidos a éste en tanto esos actos sean calificados como actos de éste por una norma jurídica; de todo lo que resulta para él, que el Estado es la personificación del orden jurídico, la expresión unitaria de todo el ordenamiento jurídico.

CAPITULO IV

"DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO"

Suele, de acuerdo con la índole de la materia que regula, clasificarse al derecho en Público y Privado, aunque - también se cuestiona seriamente ¿qué es uno y qué es el otro? ¿si tal división tiene o carece de fundamento jurídico o si simplemente tal división es puramente ficticia?

Respecto de las interrogantes planteadas, y conforme al estudio que de la dicotómica clasificación del Derecho - hemos anunciado, particularmente a nuestro juicio y por razones que comentaremos en este apartado, creemos que se trata de una clasificación cuya utilidad es únicamente de carácter didáctico, razón que a la vez nos ha movido a incluirla como tema del trabajo de tesis que nos ocupa, circunstancia, por la que desde ya, aclaramos, a continuación únicamente trataremos o haremos relación de las principalísimas, básicas e indispensables teorías, dentro de las muchas con que al respecto se cuenta, citando entre las que participan de la discutida clasificación a la Teoría Romanista o del Interés en Juego; la Teoría de la Naturaleza de la Relación Jurídica; y, una tercera teoría, la del Derecho Indivisible, que como su nombre lo indica, se opone a la cuestionada clasificación.

a) Teoría Romanista o del Interés en Juego

Esta teoría, encuentra su origen en una conocida sen-

tencia del jurisconsulto romano Ulpiano, según el cual "Derecho Público es lo que atañe a la cosa pública; y, Derecho Privado el que concierne a la utilidad de los particulares", constituyendo tal concepción romanista la conocida con el nombre de Teoría del Interés en Juego, conforme a la cual, la naturaleza o carácter público o privado de un precepto depende de la índole del interés que dicho precepto garantice.

Del anterior enunciado de esta teoría, resulta fácil advertir que ella considera a los respectivos intereses de uno u otro orden -públicos o privados- como necesariamente opuestos, lo que a nuestro juicio constituye un error, por cuanto estimamos imposible que dichos intereses puedan separarse en dos categorías tan absolutas, ya que es realmente imposible señalar en cada caso donde termina el interés particular y donde empieza el colectivo, especialmente porque parte de una noción esencialmente subjetiva como es el interés, término que constituye un juicio estimativo que solo una persona puede hacer de determinados fines, y que para agudizar la crítica, tal circunstancia le es confiada en última instancia al arbitrio del legislador, situación anómala que como apuntáramos ha propiciado severas críticas, de entre las cuales mencionamos la formulada por el jurista y maestro vienés Kelsen, quien afirma sarcásticamente que clasificar al Derecho en tal forma, es algo equivalente a clasificar los cuadros de un museo en atención a sus respecti-

vos precios.

b) Teoría de la Naturaleza de la Relación.

A diferencia de la anterior, esta Teoría sostiene que la diferencia entre Derecho Público y Privado no estriba en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que ellos establecen.

Las normas de Derecho generan entre las personas, a quienes se aplican dos clases de relaciones: de coordinación cuando los sujetos se encuentran en un plano de igualdad jurídica; y, de subordinación o supraordinación, cuando las personas a quienes se aplican no están consideradas como jurídicamente iguales. En las primeras los sujetos pueden ser solo particulares, o el Estado mismo, pero actuando éste no como entidad soberana; mientras que en las segundas, el Estado interviene investido de su calidad de ente soberano, imponiendo en virtud de tal, su voluntad a los particulares, en uso de su potestad de imperio.

Con todo, esta teoría también ha sido objeto de acervas críticas, principalmente en cuanto a que no existe un criterio firme para establecer cuándo el Estado interviene como entidad soberano y cuándo se halla en plano de igualdad con los particulares, por lo que sus defensores han reconocido implícitamente que la determinación de la índole pública o privada del Derecho, depende de la autoridad del Estado.

c) Teoría del Derecho Indivisible.

Son partícipes de la indivisibilidad del Derecho, entre otros, los autores Duguit, Korkounov, etc., quienes al sostener la teoría apuntada, afirman que no es posible partir del interés que las normas jurídicas regulen, o, de los sujetos que intervengan en la relación jurídica para clasificar al Derecho en Público y Privado.

Tales autores al propiciar la indivisibilidad del Derecho, formulan a las anteriores teorías, las siguientes críticas:

- 1.- La Teoría Romanista respondió en un momento a la clasificación; hoy, existe una multiplicidad de situaciones jurídicas que no pueden encuadrarse rígidamente en la clasificación bipartita romana.
- 2.- El estado y el individuo no son los únicos términos en la relación jurídica, hay entidades susceptibles de derechos y obligaciones.
- 3.- La distinción del derecho en Público y Privado no es intrínseca del derecho, en tal medida que Inglaterra ha prescindido de ella casi absolutamente sin ocasionar perjuicios.
- 4.- No es posible hacer una diferencia esencial entre derecho Público y Derecho Privado; tal diferencia tiene importancia simplemente histórica e interés únicamente didáctico en cuanto permite separar -

las normas jurídicas no por su naturaleza intrínseca sino para mayor claridad en el estudio de la -
Ciencia de Derecho.

Una profunda transformación actual de la vida jurídica, se manifiesta en la relación del Derecho Público y Derecho Privado como fenómeno de pe
netración recíproca, debido a la aparición de nuevas ciencias jurídicas tales como Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Agrario, Derecho -
de Navegación, etc.

CAPITULO V"DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO"GENERALIDADES, CONTENIDO Y TEORIAS

Partiendo del concepto del Derecho que lo considera un ordenamiento coercible mediante el aparato jurisdiccional del Estado, en el que juega importante papel la bilateralidad, establecemos como sus consecuencias, los términos "Facultad y Derecho", de donde como punto de partida encontramos necesariamente las nociones "Derecho Objetivo" y "Derecho Subjetivo", de cuyo estudio nos ocuparemos en el presente apartado.

Entenderemos por Derecho Objetivo, el conjunto de normas que regulan la conducta humana, desde el punto de vista jurídico-positivo.

Según Rogina Villegas, Derecho subjetivo es la facultad derivada de una norma jurídica para interferir en la conducta o en el patrimonio de otro o, para impedir una interferencia ilícita.

Según Del Vecchio, Derecho subjetivo es la "facultad de querer y pretender, atribuida a un sujeto, a la que corresponde una obligación por parte de otros."

Sus elementos son: internos, como la posibilidad de querer y obrar conforme al imperativo y dentro de sus límites; externos, la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por posibilidad correspondiente de reaccionar con éste

Las acepciones de Derecho Subjetivo son: en sentido restringido, que designa facultad; y, en sentido amplio, - significa relación jurídica, deber jurídico y facultad.

AFTALION considera al Derecho bajo dos aspectos diferentes:

DERECHO	{	En sentido o desde el punto de vista objetivo:	{	ordenamiento jurídico, o conjunto de normas.
		En sentido o desde el punto de vista subjetivo:		Conjunto de relaciones jurídicas deberes jurídicos y facultades ^{1/} derecho sub _{jetivo} en - sentido es- tricto.

La Teoría Dualista, conforme a la Doctrina Tradicionalista, sostiene oposición entre el Derecho-norma y el Derecho-facul_{tad}.

La Doctrina moderna, sostiene conexión, no oposición - entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

Para DEL VECCHIO, el Derecho-facultad existe en relación a una norma y la norma no es más que la delimitación de la facultad; distingue dos garantías de la libertad.

TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO SUBJETIVO

- 1.- Teoría de la voluntad (Windscheid y Puchta): "Derecho sub_{jetivo}, es el poder o señorío de la voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico".
- 2.- Teoría del interés (Ihering): "los derechos se crean para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines: los derechos son intere-

ses jurídicamente protegidos".

- 3.- Teoría Ecléctica (Jellinek): Adopta la tría mixta, según la cual el Derecho subjetivo "como un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual", constituye una teoría mixta, según la que el Derecho Subjetivo es una potestad de querer, reconocida por el Estado y por orden jurídico, en cuanto está dirigida a un bien o a un interés.
- 4.- Teoría de Hans Kelsen: "El derecho objetivo y el derecho subjetivo son una misma cosa desde dos puntos de vista diferentes; el orden jurídico es considerado producto de la norma jurídica como centro de imputación del orden jurídico mismo y del Estado".

DEFINICION DE DERECHO SUBJETIVO Y SUS

ELEMENTOS

Concretando la idea obtenida a través de los anteriores temas sobre el Derecho subjetivo, a manera de definición completa diremos, que Derecho Subjetivo "es la facultad derivada de una norma jurídica para interferir en la persona, en la conducta o en el patrimonio de otro sujeto, o, para impedir una interferencia ilícita".

ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO

- a) El Derecho subjetivo es una facultad jurídica, esto es, una posibilidad (jurídica) normativa de actuar, recono-

cida por el Derecho Objetivo. Significa pues, posibilidad - de accionar en forma lícita o legítima como producto de la autorización expresa que las normas jurídicas confieren al sujeto para desarrollar una cierta actividad.

b) Esta facultad estará siempre fundada en el ordenamiento jurídico, ya que no existen derechos subjetivos fuera del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista del - derecho positivo todas las facultades jurídicas deben estar expresamente reconocidas en las normas de Derecho, generales o individualizadas. No sólo las leyes o Reglamentos -normas generales- crean derechos subjetivos, sino también las sentencias, resoluciones administrativas, contratos, testamentos, convenios y actos jurídicos en general -normas individualizadas.

c) Posibilidad de interferir en una conducta, como la facultad jurídica derivada de la norma que consiste en la - posibilidad de interferir en una conducta ajena, o en general en la esfera de Derecho de otra persona, o de impedir - una interferencia ilícita.

Siendo el Derecho subjetivo una facultad jurídica, evidentemente implica una posibilidad lícita de interferencia, ya que supone una autorización normativa expresa.

Existe, pues, por otra parte el correlativo Derecho - de repeler toda forma de interferencia que no esté reconocida por la norma jurídica.

De los dos postulados precedentes, surgen dos manifes

taciones fundamentales del Derecho subjetivo: interferir en los términos previstos por la norma; y, de repeler toda interferencia ilícita.

FORMAS DE MANIFESTACION DEL DERECHO SUBJETIVO

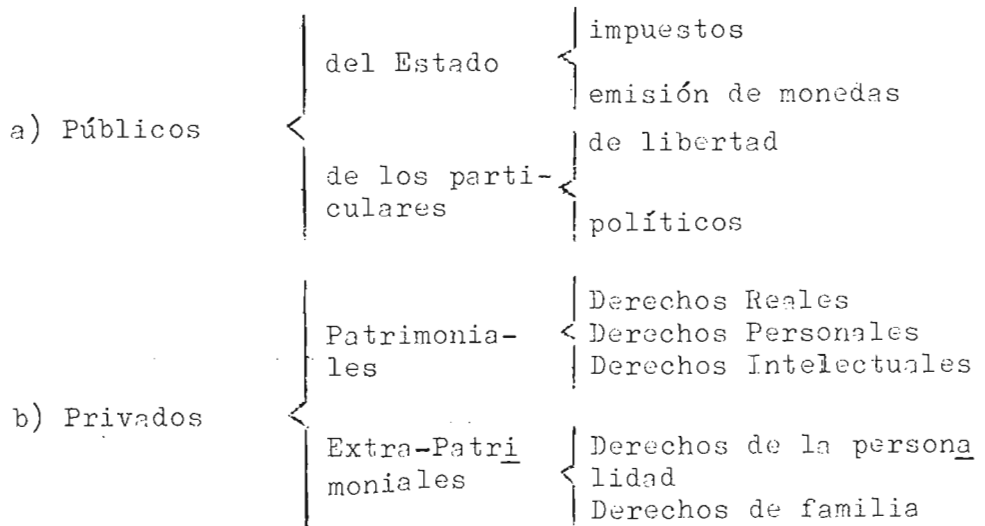
El derecho subjetivo se manifiesta, ya como interferencia en la conducta como derecho potestativo, ya en el patrimonio como derecho real, ya en la persona como derecho personal.

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

1.- Según la eficacia y naturaleza, se clasifican en:

- a) Absolutos y relativos
- b) Originarios y Derivados
- c) Puros y simples; y, sujetos a modalidades.

2.- Según su objeto y contenido intrínseco:



I.- DERECHOS SUBJETIVOS SEGUN SU EPICACIA Y NATURALEZA

a) Derechos subjetivos absolutos y Derechos subjetivos relativos.

Derechos subjetivos absolutos, son aquellos que se tienen contra todos; implican un deber general de respeto.

Según Aftalión el Derecho subjetivo absoluto, "es un Derecho reconocido por el ordenamiento jurídico contra cualquiera de los individuos sometidos a dicho ordenamiento".

"Erga Omnes" denominación dada a los derechos que se tienen contra todos; indica un sujeto pasivo universal indeterminado tal como ocurre en los derechos reales y derechos de la personalidad.

Derechos subjetivos relativos: son aquellos que tienen contra una o varias personas determinadas (derechos de crédito).

El Derecho subjetivo relativo crea un deber jurídico de respeto en relación con una persona determinada y no contra todos.

b) Derechos subjetivos originarios y derechos subjetivos derivados.

Derechos subjetivos originarios, conforme Alessandri-Rodríguez, "son aquellos derechos que se producen independientemente de la actividad de su titular, dirigida o encaminada a adquirirlos -derechos o garantías individuales, régimen constitucional-; mientras que los Derechos subjetivos derivados, son aquellos que se obtienen por efecto de un he

cho de su titular.

Los derechos subjetivos derivados presuponen la existencia de los derechos subjetivos originarios y son producto de la actividad del titular de ellos en base a su legítimo ejercicio.

Estos derechos subjetivos derivados pueden ser bien de naturaleza TRANSFERIBLE, bien de naturaleza INTRANSFERIBLE.

En lo que a los derechos transferibles se refiere, estos pueden ser: a) por acto entre vivos (transferencia); y, b) por causa de muerte (transmisión).

c) Derechos subjetivos puros y simples; y, Derechos subjetivos sujetos a modalidades.

Derechos subjetivos puros y simples, son aquellos derechos subjetivos que no están sujetos a modalidades, entendiéndose por "modalidades", los cambios o variaciones de los derechos, tales como el plazo y la condición.

Los derechos subjetivos puros y simples, pues, no pueden nunca estar sujetos a eventualidad del plazo ni de la condición, ejemplo: venta común en que el derecho de dominio se transfiere en el mismo momento en que se perfecciona el contrato.

Derechos subjetivos sujetos a modalidades, son aquellos cuya creación o extinción está sujeta a modalidades, es decir, dependen de la llegada de un plazo o del cumplimiento de una condición.

El plazo, es un hecho futuro y cierto -expreso o tácto- del cual se hace depender el ejercicio o la extinción - del Derecho. Ej. compro una casa a Juan, quien se compromete a entregármela el día primero de enero de 1975.

La condición, es un hecho futuro e incierto del que se hace depender el nacimiento o extinción de un derecho. Ej. pagaré o entregaré a Juan \$1.000.00 a su llegada a París.

Algunos autores estiman una tercera modalidad: la - del derecho eventual, definiéndolo como un derecho futuro - cuya adquisición está ya protegida por el otorgamiento de un derecho subjetivo encaminado a esa finalidad protectora.

En el derecho eventual, mientras no se cumpla el elemento que le falta al derecho, el acto jurídico permanecerá imperfecto.

Si por ejemplo, se estipula que se venda "a prueba" - el derecho del vendedor al precio convenido no nace de inmediato porque el contrato no existe mientras el comprador no declare que le agrada la cosa que se trate. La eventualidad de dicha declaración impide la realización perfecta - del contrato y por ende el nacimiento del derecho.

II.-DERECHOS SUBJETIVOS SEGUN SU OBJETO Y CONTENIDO INTRINSECO

a) Derechos Subjetivos Públicos, son aquellos que se ejercen en relación al Estado.

Pueden ser ejercidos por el Estado mismo para con los particulares; o bien, ejercidos por los particulares para -

con el Estado: Derechos Subjetivos Públicos del Estado y Derechos Subjetivos Públicos de los particulares respectivamente.

Derechos Subjetivos Públicos del Estado, son aquellos que el Estado en virtud de su potestad de Imperio impone a los particulares, tales como fijación del impuesto, emisión de moneda, suspensión de garantías constitucionales, etc.

Derechos Subjetivos Públicos de los particulares, son aquellos que los particulares ejercen contra el Estado: a) de derecho a la libertad; b) derechos políticos; c) derechos de acción -aquel que se traduce en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales.

b) Derechos Subjetivos Privados, son aquellos que ejercen los individuos como particulares entre ellos; o bien, para con el Estado cuando éste no interviene investido de su potestad de imperio.

Estos Derechos Subjetivos Privados pueden ser: Patrimoniales y Extra Patrimoniales.

Derechos Subjetivos Patrimoniales, son aquellos que se relacionan con el patrimonio económico de la persona, -entendiéndose como patrimonio el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, valuables en dinero.

Los derechos patrimoniales son transferibles en vida de su titular, o por causa de muerte; y, son susceptibles de modificaciones por voluntad de las personas.

Se clasifican en: reales, personales -creditorios- e

intelectuales.

Derecho real, es el poder de una persona sobre una cosa -jus in re-.

Según algunos autores, éste es como una relación de -derecho entre el titular del derecho y todas las demás personas obligadas a respetar su derecho.

El Art. 567 C., inciso segundo, dice: "DERECHO REAL es el que se tiene sobre una cosa sin referencia a determinada persona".

El inciso tercero del mismo artículo menciona cuales son estos derechos reales.

Doctrinariamente, éstos se clasifican en: a) Principales: Derecho de dominio (Propiedad), de herencia, usufructo, uso, habitación, los de servidumbres activas; y b) Accesorios: -prenda e hipoteca.

Los Derechos Personales o Creditorios, consistentes -en la facultad que tiene una persona, denominada acreedor, para exigir de otra, denominada deudor, el cumplimiento de un deber jurídico (derecho a cobrar una deuda).

El Art. 567 C. inciso cuarto, reza: "Derechos personales son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo, o por disposición de la ley, es tán sujetas a las obligaciones correlativas". (El del prestamista contra su deudor por el dinero prestado; el del hijo contra el padre por alimentos, etc.), haciendo de ellos, las "acciones personales".

Los derechos creditorios o personales se denominan - obligaciones simplemente, u obligaciones personales. El - término obligación, se emplea como sinónimo de deber jurídico -obligación de entregar la cosa vendida- o, como rela- ción o vínculo existente entre dos personas, en virtud del cual, una de ellas puede exigir a la otra una prestación - que ésta debe cumplir, consistente en un hecho positivo - (dar o hacer) o, negativo (no hacer).

Distinción entre derechos reales y derechos personales

García Máynez al respecto expone tres teorías median- te las cuales establece criterios de distinción entre los - derechos reales y los derechos personales: a) Escuela Exegé- tica; b) Escuela Moderna (teorías Monistas); y c) Teoría de Marcel Planiol.

a) Escuela Exegética (Picard y Lacantiere), sostiene que Derecho Real es el que se ejerce directamente sobre - las cosas, implicando una relación directa e inmediata en- tre el titular del derecho y la cosa objeto de él, estable- ciendo como sus elementos: a) el titular del derecho; b) el objeto del derecho o, cosa sobre la cual la facultad jurídi- ca se ejerce.- Esta teoría divide a los Derechos Reales en Absolutos, cuando existen independientemente de otro dere- cho (propiedad o dominio); y en relativos, si surge de otro derecho (usufructo, hipoteca, etc.); en tanto que Derecho - Personal o de Crédito para esta Escuela, es la facultad en virtud de la cual una persona, acreedor, puede exigir de o-

tra, deudor, una abstención o la entrega de una cosa, señalando como sus elementos: a) Sujeto activo de la relación (acreedor o derecho-habiente); b) Sujeto pasivo u obligado (deudor); c) Objeto de la obligación: un hecho positivo o una abstención.

b) Escuelas Modernas o Monistas equiparan el Derecho Real al Derecho Personal: Gazin y Gaudenet.

El primero, sostiene que el Derecho Personal no es un derecho sobre o frente a las personas sino una facultad sobre los bienes; la diferencia para él entre Derecho Personal y Derecho Real estriba en que los derechos reales se ejercen sobre una cosa, mientras que los Derechos Personales se ejercen sobre una colectividad de bienes en virtud de que el deudor responde a sus obligaciones con su patrimonio -deuda de patrimonio a patrimonio, porque las partes solo son representantes jurídicos de sus bienes, de los patrimonios.

Para Gazin el sujeto pasivo no es parte integrante del Derecho Personal. Esta teoría no es aceptable porque ni las cosas ni las obligaciones son sujetos de Derecho ni la persona es representante de sus bienes.

c) Según Marcel Planiol, "todo derecho subjetivo es una facultad correlativa de obligaciones personales; no acepta relación jurídica entre personas y cosas. Consiste para él el derecho real en un vínculo entre el titular y todas las demás personas que deben abstenerse de impedir el ejercicio de ese Derecho.

El Derecho Personal es relativo por cuanto existe frente a sujetos individualmente determinados; mientras que el Derecho Real solo puede existir sobre cosas determinadas, resultando acertada la tesis que concibe la relación jurídica solo entre personas.

Derecho intelectual es la "facultad reconocida a una persona -autor en sentido amplio- para disponer de una creación espiritual determinada, no solo en el aspecto intelectual propiamente dicho (potestad de reforma, etc.), sino también en el aspecto patrimonial para beneficiarse con el producto de su explotación económica".

Se afirma que estos derechos intelectuales son los que corresponden a autores, inventores y fabricantes, sobre sus obras, inventos y marcas de fábricas, para evitar que sean reproducidos, apropiados o falsificados.

Derechos Intelectuales.

- a) Derechos sobre obras científicas, literarias o artísticas, (Ley sobre Derechos de Autor).
- b) Derechos sobre inventos (Ley de Patentes de Invención y Código de Comercio).
- c) Derechos sobre marcas de fábrica y Comercio; y Derechos sobre dibujos y modelos industriales (Ley sobre Marcas de Fábrica y distintivos comerciales).

Acercas del fundamento jurídico de estos Derechos, existen dos teorías: la Teoría del Derecho de Propiedad, según la que constituye una propiedad "sui generis" (espe-

cial), hablándose entonces de derechos de propiedad literaria, científica, artística, etc. y Teoría del Derecho Intelectual que sostiene que éstos tienen su naturaleza propia como tales (atributos de personalidad). En este sentido - afirmase que estos derechos no se refieren a cosas concretas sino al producto de la inteligencia humana y que el aspecto intelectual debe respetarse en la posibilidad de su reproducción.

Son Derechos de la personalidad o "auto-personales", según Roguin, son los que posee cada persona sobre su individualidad física y psíquica.

El Derecho al Honor, al nombre, a la vida, a la integridad personal, a la libertad, etc., son bienes inmateriales de las personas que el ordenamiento jurídico garantiza y protege.

Estos bienes inmateriales a la vez son connaturales de la persona; el derecho de la personalidad, consiste en la protección de que disfrutaban éstos (bienes connaturales) de la persona, y NO ES EL USO que la persona hace de sus - fuerzas físicas, morales o psíquicas.

De lo anterior, establecemos que debe hablarse de - estos derechos como derecho al honor, a la vida, a la integridad y NO derecho sobre la vida, honor, etc.

Estos bienes inmateriales a la vez son connaturales de la persona; el derecho de la personalidad consiste en - la protección de que disfrutaban éstos (bienes connaturales)

de la persona, y no en el uso que la persona hace de sus -
fuerzas físicas o morales o psíquicas,

- Derechos de la Personalidad. {
- a) Derechos que conciernen a la individualidad física (a la vida, integridad corporal, salud, actividad física, etc.)
 - b) Derechos que se refieren a la individualidad moral (honor en todas sus manifestaciones).

Son características de estos derechos, ser absolutos, originarios, intransmisibles, intransferibles, imprescriptibles y extrapatrimoniales porque están fuera del comercio, no son susceptibles de evaluarse en dinero, pero pueden producir consecuencias patrimoniales cuando son violados.

Derechos de Familia son aquellos que derivan de las relaciones de familia, cuyo fundamento jurídico es el matrimonio y son establecidos por normas de orden público; son irrenunciables y no susceptibles de cesión, tales como los derechos de fidelidad conyugal, fijación del domicilio por parte del marido, el de patria potestad, etc.

CAPITULO VI

"LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES"

Según la concepción clásica, todo derecho compete a un sujeto, llamado persona; y, éstas se vinculan entre sí mediante una relación jurídica en virtud de un objeto, - llamado cosa o bien.

Encontrándose nuestro Derecho fundado en los principios clásicos, dedicamos este apartado al estudio de las Personas como sujetos jurídicos; a los Bienes o Cosas como objetos jurídicos; a los Hechos, Actos y Estados Jurídicos; así como a los supuestos y consecuencias de Derecho.

I.- LOS SUJETOS JURIDICOS

Llámanse Sujetos Jurídicos o de Derecho en términos generales a las Personas, sean éstas los hombres individualmente considerados, o bien una colectividad de hombres jurídicamente organizada y elevada por la ley en virtud de diversas consideraciones a la categoría de personas.

Surgen así, dos especies de seres con personalidad: - por una parte, las personas naturales, físicas, individuales o singulares -el hombre- que tiene una existencia material; y por otra, las personas jurídicas, colectivas, plurales o morales que no poseen existencia corpórea o física, - sino inmaterial, existencia puramente jurídica, clasificación adoptada por nuestra legislación civil en su artículo 52.

Esa personalidad a que nos hemos referido en el párrafo precedente, constituye la "Personalidad Jurídica" entendiéndose por ésta "el conjunto de atributos que confieren a los Sujetos de Derecho -personas jurídicas y naturales- la capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, previo cumplimiento de los requisitos que para la existencia de los sujetos la ley exige".

a) Personas Naturales, Singulares, Físicas o Individuales.

Son personas naturales, singulares, físicas o individuales, al tenor de nuestra ley civil -Art. 52-, "todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

La "existencia natural" de estas personas comienza con la concepción, como el momento en que las células sexuales masculinas y femeninas se unen, hasta el nacimiento, hecho éste que marca el inicio de la Personalidad Legal o "existencia legal", siéndole la última a la que nuestro Código Civil se refiere cuando en su Artículo 72 establece el principio de existencia de las mismas, exigiendo como requisito la separación completa de la madre para que el hecho del nacimiento constituya tal principio como generador de personalidad, separación que a su vez requiere como condición que el niño sea separado de la madre -parto-; que la separación se completa -corte del cordón umbilical-; y, que la criatura sobreviva a la separación un momento siquiera.

A la luz de nuestra legislación, para obtener la personalidad únicamente es requisito que la criatura nazca viva, indiferentemente de la duración de la vida extrauterina, bastando para la adquisición de los derechos, vivir el más mínimo espacio de tiempo, doctrina conocida con el nombre de "Vitalidad", conforme a la cual, para ser persona solo se requiere nacer vivo.

Otras legislaciones como la francesa y la española adoptan la doctrina de la "Viabilidad", que consiste en la aptitud del ser para continuar viviendo fuera del seno materno, que supone que la criatura haya nacido viva y que sea capaz de seguir viviendo extrauterinamente después de su separación de la madre, doctrina a la que se la ha criticado por fundamentarse en un pronóstico y no en un hecho como en realidad debe ser.

Modernamente, es más aceptada la primera de las mencionadas doctrinas de la vitalidad por estar más acorde con los principios que actualmente atribuyen la personalidad al ser humano por el solo hecho de pertenecer a tal especie, sin consideración a la mayor o menor duración de su existencia o a cualquiera otra circunstancia.

No obstante lo dicho, el legislador toma en consideración también la existencia "natural", como ocurre en nuestro medio, al referirse en los artículos 73 y 75 C. a los derechos y protección del que está por nacer, estableciendo además una serie de medidas de carácter laboral -protección

en el trabajo para la mujer grávida- y penal -punibilidad - del aborto-, etc., tendientes a hacer efectiva la protección de la existencia natural de las personas físicas.

Suele cuestionarse cuál es la naturaleza de estos derechos del que está por nacer, opinando algunos autores - que se trata de un derecho sujeto a condición suspensiva; - otros, que se trata de un derecho eventual, e incluso quienes sostienen que se trata de un derecho especial; sin embargo, creemos por nuestra parte que al derecho o los derechos del que está por nacer no puede con criterio estrictamente jurídico conceptuársele entre ninguno de los mencionados, habida cuenta del fricciónamiento que la naturaleza jurídica de los mismos encuentra con la naturaleza del derecho que tratamos, razones por las que de acuerdo con los maestros Alessandri y Somarriva ⁽¹⁾ estimamos que desde un punto de vista de los principios jurídicos rigurosos, la debatida cuestión no encuentra una explicación satisfactoria.

Extinción o Fin de las Personas Naturales:

Así como queda dicho respecto del principio de existencia de las personas, aquélla también termina, se extingue. Nuestra ley, en el Art. 77 C., establece que "la persona termina en la muerte natural" circunstancia ésta que el mismo legislador estableció que puede ser, bien "real",

1) Alessandri R. y Somarriva U., "Derecho Civil", 2a. Parte, Nascimento, Chile, 1972, Pg. 164.

bien "presunta", debiendo entenderse por la primera, la cesación de los fenómenos que constituyen la vida, la extinción de la vida fisiológica; y por la segunda, la declaración que en virtud de la ley el Juez hace, de presumirse - muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive y habiéndose verificado las condiciones que la misma ley establece- Artículo 79 C.

Hemos referido la Personalidad como el carácter que - la existencia legal confiere a las personas, la cual a su vez implícitamente conlleva ciertas propiedades o características inherentes a toda persona física, siendo éstos los llamados "Atributos de la Personalidad" tales como: la capacidad, Nacionalidad, Nombre, Domicilio y Estado Civil, a - los que de manera breve nos referiremos a continuación, no porque dichos atributos no merezcan un exhaustivo análisis sino por las limitaciones que lo extenso del tema de nuestra tesis nos impone, así como el propósito que nos ha movido a desarrollarlo, con la salvedad de que en este acápite los trataremos con respecto a las personas naturales, haciendo oportunamente lo propio respecto de las personas jurídicas.

Por Capacidad, debe entenderse la aptitud de una persona para adquirir derechos y poder ejercerlos por sí misma, definición de la que inferimos que aquélla puede ser de dos clases: Capacidad de Goce o Adquisitiva, como la aptitud de toda persona para adquirir derechos por el solo hecho de per

tenecer al género humano y que se obtiene al nacer; y, capacidad de Ejercicio, como la aptitud para ejercer los anteriores derechos por sí mismo y que se adquiere al obtener la mayoría de edad -veintiún años, según el artículo 26 de nuestra legislación civil, siendo capaces, al tenor del artículo 1317 de la misma, toda persona, excepto aquéllas que la ley declara incapaces, quedando comprendidos en general, todos los Derechos Subjetivos, tanto los Privados como los Públicos que estudiáramos en el Capítulo V de esta obra, de entre los cuales en materia de Derecho Privado hemos citado entre otros, algunos de ellos; siendo en materia de Derecho Público en que "in genere" encontramos en nuestra Constitución Política el establecimiento de todo derecho subjetivo bien del Estado, bien de los particulares, los cuales a su vez son desarrollados por las leyes secundarias, tales como el derecho de ciudadanía, de sufragio, a la carrera administrativa, a la propiedad, al asilo, al libre tránsito, a la libre expresión, a la libre asociación, a ser protegido en la conservación y defensa de la vida, a la libre disposición del patrimonio, a la libre contratación, al trabajo y sus consecuentes prestaciones sociales, etc., que encontramos regulados respectivamente por los Arts. 23, 24, 108, 137, 153, 154, 158, 160, 163, 173, 174 y 181 y siguientes - de nuestro texto constitucional.

La Nacionalidad, jurídicamente considerada, es el vínculo jurídico que liga a una persona determinada para con -

un Estado también determinado, estableciendo a la vez los deberes, derechos y obligaciones recíprocos entre ellos.

El Nombre, entendido como la, o las palabras que sirven para distinguir legalmente a una persona de las demás y cuya misión es identificar e individualizar a las personas, sirve como atributo primordial de la personalidad, para preservar a la persona a que corresponde, de toda confusión, así como para protegerla de cualquier usurpación de sus derechos y obligaciones, de su valor jurídico, económico y social que en suma representan al individuo.

Por Estado Civil, se entiende la situación familiar a la cual una persona se encuentra ligada; quedando comprendidas en ella situaciones de parentesco como las de hijos o padres legítimos, ilegítimos, naturaleza, etc.; las generadas por la celebración de matrimonio o su disolución, casado, divorciado, viudo, etc.

El término domicilio, precisa el lugar en que el individuo es considerado siempre presente, aunque momentáneamente no lo esté, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Así, nuestro legislador en el Art. 57 C., expresa que el domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella.

b) Personas Jurídicas, Plurales, Morales o Colectivas.

Como anticipáramos oportunamente, además de los individuos de la especie humana, pueden también ser Sujetos de De-

recho las colectividades de hombres jurídicamente organizadas y elevadas por la ley a la categoría de tales.

Las mismas necesidades humanas han determinado a los hombres a unirse en grupos y cooperar así para la realización de sus propósitos, organización que con la intervención del Estado adquiere el carácter y naturaleza de sujetos de derecho que al igual que la persona física resulta participante de una serie de relaciones jurídicas que recibe el hombre de Persona Moral, Colectiva, Plural o Jurídica, constituida por un conjunto de hombres pero con una individualidad propia y distinta de las individualidades de las personas que integran o administran a ese cuerpo colectivo, y que a la vez le otorga una especial personalidad jurídica.

Nuestra legislación civil, en el inciso segundo de su artículo 52 define a la persona jurídica como "las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente", definición que consideramos no precisa la esencia de las mismas, indicando más bien sus atributos, razón por la que optamos por inclinarnos a definir a las mismas como el ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva y al cual como medio para la consecución de éstos, la ley reconoce capacidad, debiendo la misma ser ejercida por quienes hayan de representarla.

Como corolario de lo anterior, se establece que dos

son los requisitos básicos para la existencia de la persona jurídica: que ésta surja como una entidad sitinta e independiente de los elementos que la integran; y, que a esta entidad le sean reconocidos por el Estado derechos y obligaciones propios de ella y no privativos de los miembros que la componen.

CLASIFICACION

Por su función, las personas jurídicas se dividen en Públicas -o de Derecho Público- tales como el Estado; y Privadas -o de Derecho Privado- entre las que encontramos a las Sociedades o personas jurídicas que persiguen el lucro de sus asociados, y personas jurídicas que no tienen por objeto el lucro, tales como las Corporaciones y Fundaciones.

La regulación de la especie de personas jurídicas o sociedades que persiguen el lucro de sus asociados, es objeto del Derecho Mercantil-Código de Comercio-, mientras que las personas cuya finalidad no es el lucro, son reguladas por el Derecho Civil -Art. 540 C. y siguientes; y, las Públicas que son objeto de regulación por parte de leyes especiales de creación de las mismas.

Siempre la actividad de las personas jurídicas requiere el concurso de personas humanas, pues dada su naturaleza abstracta no pueden actuar por sí mismas, sino mediante sus representantes, quienes en tal carácter cumplen o realizan la voluntad de las primeras, que a su vez se manifiesta en

reunión de sus integrantes -personas físicas- en asamblea general.

Los atributos de la personalidad jurídica en esta clase de entes en el fondo no difieren de los de las personas físicas, siendo éstos el Nombre, la Nacionalidad, el Domicilio y la Capacidad.

Por el mismo fundamento que para las personas físicas o naturales, se vuelve necesario el nombre para las personas jurídicas cual es el imperativo de distinguir las individualidades de las mismas.

Respecto del domicilio y no obstante haber quienes nieguen tal atributo a esta clase de personas, creemos a diferencia de aquéllos, que aunque si bien es cierto que éstas no viven, no residen en parte alguna y son incapaces de la intención necesaria de establecerse en un lugar, si presentan un centro de sus operaciones en su actividad social, ocupando un lugar en el espacio donde se les considera ubicadas, de donde surge la necesidad por parte de las personas jurídicas de contar con un domicilio, es decir, el lugar donde habrá de considerárselas presente para el reconocimiento de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones correspondientes.

En términos generales en párrafos precedentes, puntualizamos respecto de la Nacionalidad, atributo también de las personas jurídicas, que no obstante la negativa de algunos

autores entre los que encontramos a Niboyet⁽¹⁾, nuestra posición es opuesta; y, partiendo de que la idea de nacionalidad aplicada a éstas es la misma que se aplica a las personas físicas, adoptada por supuesto a su propia naturaleza, constituye la idea de dependencia respecto de la autoridad y leyes que rigen un determinado país, con la sola diferencia en la manera de determinarse ésta, ya que hay reglas inaplicables a las personas jurídicas porque emanan de hechos inherentes a la vida, como son el nacimiento en un territorio determinado -jus solis- o la filiación -jus sanguinis-, aunque una vez determinada, produce para las personas morales los mismos efectos que para los entes naturales, en la medida de compatibilidad con su propia naturaleza.

En lo que a la Capacidad como atributo de personalidad en los entes morales o jurídicos se refiere, se reconocen - dos tendencias doctrinarias: una primera que confiere a éstas una capacidad restringida, determinada por la ley y limitada a los derechos patrimoniales, y otra que confiere a tales personas una capacidad amplia extensiva a los derechos tanto patrimoniales como a los extrapatrimoniales, limitada únicamente por la naturaleza misma del ente abstracto que comentamos y por las disposiciones expresas de la ley, criterio este último en que creemos se inspira nuestra legisla

1) Niboyet, J.P., "Principios de Derecho Internacional Privado", Madrid. Pg. 140.

ción civil al considerar en el inciso segundo del artículo 52 a las personas jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, sin delimitación ni circunscripción alguna de su capacidad a determinada especie de derechos u obligaciones, con las correspondientes exclusiones en razón de su naturaleza propia, como sería la imposibilidad de estos entes de responder criminalmente, y las limitaciones inherentes a su naturaleza abstracta.

Así como se crean -no nacen- las personas jurídicas, bien por voluntad de las personas físicas que las constituyen, bien por disposición de la ley, igualmente éstas se extinguen -no mueren- por disposición de sus integrantes naturales, o de la ley.

Finalmente, para terminar con este interesentísimo apartado y tratando de comprender las distintas consideraciones que nos hemos permitido, tratamos a continuación, de formular un integral concepto de lo que por "Sujeto Jurídico" debemos entender: "Todo ser o ente -individual o plural" a quien el ordenamiento jurídico imputa o reconoce la calidad de titular pasivo, deudor; o activo, acreedor, - del contenido de un derecho, facultad o beneficio u obligación al cumplirse determinados supuestos de la ley.

CONCEPTO
DE
SUJETO
JURÍDICO

II.- OBJETOS JURIDICOS

A la par de los Sujetos Jurídicos son igualmente supuestos de todo ordenamiento jurídico y normas de derecho

los Objetos Jurídicos o del Derecho.

Si el Derecho en definitiva regula la conducta humana, vincula o sitúa jurídicamente a los Sujetos. Aquélla y éstos, se dirigen hacia "centros de interés" jurídico, que pueden consistir en "cosas" o "bienes" en "acciones u omisiones"; o en "valores o significaciones" de orden personal, estatal, social o cultural.

Usualmente, sin embargo, se entiende por "Objeto del Derecho" las cosas, los bienes corpóreos o incorpóreos sobre los cuales versa o en los cuales incide una relación jurídica, de modo que uno o varios sujetos asumen a su respecto la calidad de pretensores, de titulares activos de una facultad; mientras que otro u otros se sitúan a su respecto con la calidad de deudores u obligados, de sujetos pasivos de un deber jurídico.

La expresión "Objeto de Derechos" se usa en varios sentidos: algunas veces designase con ella a lo que cae bajo la potestad del hombre, llamándose entonces "objeto inmediato del Derecho"; otras veces significa aquéllo a que el Derecho tiende; lo que a causa del Derecho se nos hace posible, es decir, el "objeto final o finalista del Derecho", llamándose entonces "objeto mediato del Derecho".

Así, en Derecho de Obligaciones, se llama "objeto" - tanto al hecho del deudor (la prestación a que se obliga,) como a la cosa que es objeto de la prestación.

Por lo anterior, se ha convenido para mayor exacti-

tud y precisión de lenguaje en llamar "Objeto de los Derechos" a lo que cae bajo el poder del hombre; y, "contenido" del Derecho a lo que a causa del Derecho podemos obtener.

"OBJETO DE DERECHO", pues, es todo aquello susceptible de constituir materia de una relación o protección jurídica, inanimado o incorpóreo.

La relación jurídica tiene lugar entre sujetos de derecho y versa sobre algo que se les subordina por su valor de utilidad, y constituye el objeto de la misma; este objeto puede ser determinadas cosas, o, prestaciones humanas; - pero nunca el hombre como tal puede constituirse en objeto de la relación jurídica, (éste, es Sujeto de élla).

Todas las cosas de la naturaleza incluso los seres vivos que no sean el hombre, pueden constituir objeto de la relación jurídica.

BIENES O COSAS

En sentido usual, conforme al diccionario. "Bien o cosa es "TODO LO QUE TIENE ENTIDAD, YA SEA CORPORAL O INCORPORAL, NATURAL O ARTIFICIAL, REAL O ABSTRACTA".

En el sentido jurídico y siguiendo a Coviello, por cosa o bien, se entiende "todo lo que puede ser objeto de relación jurídica; toda realidad corpórea o incorpórea, susceptible de constituir la materia sobre que recae una relación jurídica; y, que sea capaz de producir u ofrecer una utilidad económica en Derecho".

Consecuentes con lo dicho anteriormente señalamos de las cosas o Bienes, sus elementos: a) que posea un ser o realidad: una individualidad ajena a la acción u omisión inmediata de las personas (para distinguirlas de los hechos jurídicos); b) un elemento singularizador, consistente en que el Derecho la reconozca o declare susceptible de constituir materia de relación jurídica; c) que depare una utilidad económica o de cualquier otro orden que satisfaga un interés de los sujetos a quien el Derecho coloca en situación de acreedor y obligado respectivamente.

Nuestro Código Civil en su Art. 560, establece: "Se llaman bienes todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se dividen en inmuebles y muebles", según artículo 561C. "Son bienes inmuebles o raíces" las tierras y los edificios y construcciones de toda clase adherentes al suelo, incluyendo aquellas plantas, frutos, yacimientos de minas; puertas, ventanas, etc., de edificios etc. y en general todos los objetos unidos de una manera fija y establece a los bienes raíces; además de los derechos reales constituidos sobre fincas urbanas o rústicas; mientras que conforme al Art. 562C. del mismo "Bienes Muebles" son todas las cosas corporales y los derechos no comprendidos en el Artículo anterior.

CLASIFICACION DE LAS COSAS

POR SUS CUALIDADES FISICAS O JURIDICAS

- Por su naturaleza esencial
 - Corporales
 - Incorporales (Reales y Personales)
- Por su determinación
 - Específicas (individualmente determinadas)
 - Genéricas
- Por su sustituibilidad
 - Fungibles
 - No fungibles
- Por las posibilidades de uso repetido
 - Consumibles
 - Inmediatamente
 - Gradualmente
 - No consumibles
- Por la susceptibilidad de fraccionamiento
 - Divisibles
 - Indivisibles
- Por la existencia en el tiempo
 - Presentes
 - Futuras
- Por la existencia en el espacio y posibilidad de desplazamiento
 - Inmuebles o Raíces
 - Rústicos
 - Urbanos
 - Propiamente tales
 - Muebles
 - Semovientes

POR LAS RELACIONES DE CONEXION RECIPROCAS

- Por la constitución y contenido
 - Singulares
 - Simple
 - Compuestas
 - Universales
 - De hecho
 - De derecho
- Por la jerarquía con que entran en la relación de derecho
 - Principales
 - Accesorias

POR LA RELACION DE PERTENENCIA O APROPIACION

- Por la susceptibilidad de apropiación
 - No apropiables
 - Cosas comunes
 - Apropiables
 - Apropiadas
 - No apropiadas de hecho (cosas nullius)
- Por la susceptibilidad de tráfico (comercialidad)
 - Cosas in commercium (comerciables)
 - Por su naturaleza (cosas comunes)
 - Cosas extra-commercium (Incomerciables)
 - Por su destino
 - Cosas de Derecho Público
 - Cosas de Derecho Divino
- Por el sujeto de su propiedad
 - Bienes del Estado
 - Bienes de las corporaciones públicas
 - Bienes de corporaciones particulares
- Por el carácter de la pertenencia
 - Bienes de dominio público
 - De uso público
 - De servicio público
 - Bienes de dominio privado (patrimoniales)

III.- LOS HECHOS, ACTOS Y ESTADOS JURIDICOS

Para el derecho, todo acontecimiento natural o humano tiene significación jurídica cuando de dicho acontecimiento se derivan consecuencias o efectos jurídicos. Estas consecuencias, lógicamente, tienen su fuente generadora en el mismo derecho como sistema de relaciones, como "superestructura" que coordina y regula toda la actividad que el ordenamiento ha determinado como de relevancia jurídica. En ese sentido la actividad jurídica en general está representada por todos los acontecimientos a los cuales el sistema atribuye efectos jurídicos; y a fin de facilitar la comprensión de ideas y conceptos, la doctrina ha clasificado dichos acontecimientos en HECHOS JURIDICOS, ACTOS JURIDICOS Y ESTADOS JURIDICOS.

Dejamos establecido previamente que el hecho jurídico es un concepto genérico, es decir, se aplica a toda especie de acontecimiento jurídico; en cambio, el de acto jurídico, es un concepto que se aplica a un especial tipo de acontecimiento, según se explicará adelante. En términos generales constituyen "hechos jurídicos" todos los acontecimientos derivados de la naturaleza o de la acción humana que originan consecuencias de derecho; a título de ejemplo podemos citar la mutación natural del cauce de un río o su desaparición (hecho jurídico natural stricto sensu), la concepción de un nuevo ser en el vientre materno (hecho jurídico natural

lato sensu), y las convenciones entre sujetos de derecho (hecho jurídico humano stricto sensu).

Ahora bien, la calificación "jurídica" de un determinado hecho o acontecimiento depende según García Máynez⁽¹⁾ de su concordancia o encuadre dentro de la estructura hipotética del derecho. En la realidad pueden suceder diversos hechos o acontecimientos que en determinadas circunstancias producen efectos de derecho, y en otras por el contrario, resultan ser indiferentes, aún cuando se trate de hechos idénticos, por ejemplo, si ocurre un terremoto en una zona inhabitada, dicho acontecimiento pasa inadvertido en absoluto por ser impotente para originar consecuencias jurídicas; pero si el mismo fenómeno acontece en una zona poblada, inmediatamente entran de lleno a regular las situaciones afectadas por el siniestro, todas las disposiciones que hipotéticamente preven al hecho como un caso de fuerza mayor.

El concepto de "hecho jurídico" comprende al de "acto jurídico". El primero por constituir el género -según indicamos- y el segundo por ser la especie. La doctrina se ha encargado de diferenciar ambos conceptos, discriminación que se fundamenta en la "forma" en que la voluntad del hombre participa en uno y otro acontecimiento (cuando se trata de hechos humanos). En efecto, si la voluntad no tiene por objeto la producción de determinadas conse-

1) E. García Máynez: "Introducción al Estudio del Derecho", México, 1960, Caps. I pgs. 9 y sigs.; y XII, pgs. 169 y sigs.

cuencias de derecho, y éstas sin embargo se producen, entonces, el acontecimiento que las origina recibe la denominación de "hecho jurídico" siendo así como el delito representa un ejemplo típico en el cual la voluntad del sujeto activo (el delincuente) participa con la intención o ánimo exclusivo de inflingir perjuicio en la persona o bienes de un tercero, no siendo las otras consecuencias derivadas del hecho -como la persecución, enjuiciamiento y detención- los - que precisamente el delincuente buscare acarrear; mientras que si por el contrario, la voluntad del sujeto tiene la finalidad o el "ánimo" de que por virtud del acontecimiento - que provoca lleguen a producirse determinados efectos jurídicos, ya sea para beneficio propio o ajeno, y para obtener dicho objetivo debe exteriorizar la voluntad por medio de - una declaración formal, simple o solemne, entonces tal acontecimiento (-la exteriorización de la voluntad-) recibe la denominación de "acto jurídico", tal como ocurre en las convenciones que constituyen en esencia actos jurídicos en los que participan dos sujetos, ya sea para generar obligaciones -contratos- o para modificarlos o extinguirlos. La anterior forma de diferenciar al hecho jurídico del acto jurídico ha sido criticada, ya que en la realidad se celebran cantidad de actos jurídicos en que la voluntad de los sujetos intervinientes no logra prever, conscientemente, todas las consecuencias de derecho que pueden derivarse de tales acontecimientos, o bien puede suceder que la voluntad del

sujeto se exteriorice con cierta finalidad o "ánimo" y que, en cambio otras sean las consecuencias de derecho que se de riven. A pesar de/ acerto que encierra la crítica apuntada, aceptamos la distinción anteriormente formulada, ya que per mite, con cierta facilidad, comprender este aspecto de la - "trama" jurídica.

Savigny⁽¹⁾ definía al hecho jurídico como "el acontecimiento en virtud del cual las relaciones de derecho nacen o terminan". Si por "relación jurídica" entendemos "el vínculo jurídico que la norma de derecho establece entre dos - sujetos, uno de los cuales participa con "calidad" de acreedor y el otro con "calidad" de deudor, el hecho jurídico re presenta para ambos el supuesto por virtud del cual al rea lizarse, aquella "calidad" nace o se extingue por mandato - de la norma. Pero el hecho jurídico no sólo origina el naci miento o extinción de relaciones en el sentido antes indica do sino también el nacimiento o extinción de "situaciones ju rídicas", que consisten en las circunstancias o "status" de la existencia jurídica personal que contienen en potencia - las facultades atribuidas por la norma de derecho o con a- rreglo a las cuales debe realizarse el deber imputado por la misma. En consecuencia, la idea que encierra el concepto de la situación jurídica se complementa con la de la relación

1) Savigny. "Derecho Privado Romano". Traducción de Pinto Castro. Pag. 116

jurídica; en efecto, toda relación supone una situación, - pero no acontece lo mismo en el caso inverso. Por ejemplo, la situación del estado de soltería no implica la existencia de una relación sino todo lo contrario, la ausencia de cierta relación con respecto a otra persona del sexo opuesto; en cambio la situación del deudor, supone una relación de crédito u obligación con respecto a otro sujeto. La mayoría de edad es otra situación jurídica que por sí misma no establece relaciones jurídicas de ninguna especie, pero habilita a quien la alcanza para celebrar válidamente toda clase de actos por virtud de los cuales puede adquirir derechos o contraer obligaciones; al alcanzar la mayoría de edad en los términos que el derecho determina constituye - un hecho jurídico, que dá origen a una especial situación - jurídica: la capacidad o habilidad para obligarse eficazmente. En conclusión, y tomando como base el concepto de Savigny, definimos al hecho jurídico como "el acontecimiento en virtud del cual las relaciones y situaciones de derecho nacen o terminan". Dada la generalidad de este concepto, es - posible comprender dentro del mismo tanto al hecho jurídico natural en sentido estricto, como al hecho jurídico provocado por el hombre, voluntaria o involuntariamente.

El "acto jurídico" representa sin duda alguna el otro eslabón fundamental de la actividad jurídica, por virtud - del cual se origina gran cantidad de relaciones y situaciones de derecho que asumen dentro del comercio humano, varia

das modalidades: unilaterales, bilaterales; a título gratui
to, a título oneroso; principales o de existencia autónoma,
accesorias o de existencia heterónoma; simples, solemnes; -
de carácter público, de carácter privado;, etc., etc., según
la naturaleza del acto. Con toda la complejidad que revis-
te este aspecto de la actividad jurídica, es posible sinte-
tizarla tomando en cuenta los elementos que la caracterizan,
entre los cuales debe destacarse la "declaración de voluntad"
y en este sentido nos identificamos con la doctrina que defi-
ne al acto jurídico como una "declaración de la voluntad" -
para rechazar la idea utilizada por otra que lo define como
una "manifestación de voluntad". La discriminación, aparen-
temente sutil, encierra gran contenido científico; en efecto,
toda "declaración" es siempre formal y anterior a la ejecu-
ción misma del acto, y por medio de dicha declaración, el -
pensamiento se traduce a la realidad, canalizando la inter-
comunicación entre los sujetos; en cambio la "manifestación"
no es formal, y de hecho resulta ser, en cantidad de aconte-
cimientos, la ejecución que se da a un acto. Con este cri-
terio logra aclararse que los delitos constituyen una "ma-
nifestación" de la voluntad (imputabilidad), sin constituir
acto jurídico. Por otra parte, la declaración de voluntad
puede tener por finalidad crear una determinada relación -
o situación jurídica o modificarla o extinguirla. En nues-
tra opinión y de acuerdo con el maestro Gabino Fraga⁽¹⁾, -

1) Fraga, Gabino: "Derecho Administrativo" México, 1963. Pg. 29

tales cuestiones -declaración de voluntad y finalidad- representan los elementos esenciales del acto jurídico, por lo que es definido como "la declaración de la voluntad que formulada con los requisitos de derecho, tiene por finalidad -crear, modificar o extinguir una determinada relación o situación jurídica".

Es de verdadero interés que tanto el hecho como el acto jurídico, representan la materia prima de cuya vivencia depende la positividad del derecho . Si dichos acontecimientos no llegaran a realizarse en alguna forma, tiempo y lugar, el derecho -como fenómeno perteneciente a la esfera -del "deber ser" -jamás podría transformarse en realidad y pasar de su forma estática o inerte- tal como permanece en la letra muerta de las leyes- a su forma dinámica o positiva. Este planteamiento obedece a la estructura hipotética de las normas jurídicas, mentoras de determinadas consecuencias de derecho, dados ciertos supuestos o antecedentes jurídicos. A ese respecto Eduardo García Máynez⁽¹⁾ con toda claridad explica: "Si analizamos una norma jurídica cualquiera, descubrimos que es un juicio hipotético que enlaza a la realización de sus supuestos determinadas consecuencias de derecho. El precepto según el cual "si un obrero sufre un accidente de trabajo, el patrono está obligado a pagarle una

1) G. Máynez, Eduardo: "Ensayos filosóficos jurídicos," Veracruz, México, 1959. Pg. 252.

indemnización", consta, como toda norma abstracta, de dos -
partes. La primera, llamada SUPUESTO, es la hipótesis que -
al realizarse da nacimiento a las consecuencias normativas,
o en el caso del ejemplo, la previsión de que un obrero su-
fra un accidente; la segunda, denominada DISPOSICION, esta-
tuye la consecuencia jurídica o, para volver al ejemplo, es
la parte de la regla que obliga al patrono a indemnizar al
trabajador". En el ejemplo propuesto por el tratadista, la
norma jurídica mienta dentro del supuesto o hipótesis jurí-
dica cierto acontecimiento en abstracto; la ocurrencia de -
un accidente de trabajo. Y para que las consecuencias jurí-
dicas previstas por la norma se concreticen al ocurrir un -
accidente de trabajo, es menester que el sujeto titular del
derecho a ser indemnizado posea la calidad de trabajador res
pecto del sujeto pasivo del deber, o sea el patrono. Al mis
mo tiempo la calidad de patrono y de trabajador se halla -
condicionada a la existencia de otros supuestos jurídicos:
el contrato de trabajo (acto jurídico) o la simple relación
de trabajo (hecho jurídico). Cuando todos los supuestos ju-
rídicos (hechos jurídicos lato sensu) llegan a realizarse,
por virtud del mandato de la norma, nace -en el ejemplo an-
tes citado- el imperativo de pagar la indemnización. Dicho
imperativo puede cumplimentarse de dos formas: por obra es-
pontánea del sujeto obligado, o mediante su ejecución for-
zosa y para este efecto es indispensable otro supuesto ju-
rídico como es seguir los procedimientos previamente esta-

blecidos por la ley.

De lo dicho se colige que tanto el SUPUESTO como la consecuencia jurídica mentados en la DISPOSICION normativa, hacen referencia a cierto "hecho" o situación; el primero constituye el hecho jurídico de cuya realización depende la producción de los efectos establecidos en abstracto por la norma, y éstos (los efectos jurídicos) al concretizarse, lógicamente se traducen objetivamente en hechos jurídicos.

Ahora bien, las normas jurídicas pueden contener diversas especies de imperativos: las que imponen la ejecución de cierta acción o conducta; las que la prohíben, y las que se limitan a establecer una facultad potestativa para ejercerla; algunas de dichas normas se proponen la protección de valores especiales del hombre como la vida, la libertad, la propiedad, el honor, la salud, etc., etc., que son objeto de regulación especial en materia penal. Pero los imperativos jurídicos en cualquiera de sus formas (civil o penal) no siempre son respetados espontáneamente por los sujetos destinatarios. En efecto, debido a su estructura normativa (formalista) el derecho se halla expuesto a violaciones. Estas infracciones representan otro de los aspectos importantes de la actividad jurídica, pues realmente se trata de verdaderos hechos jurídicos, los cuales dan lugar a la clasificación de los hechos jurídicos lícitos o ilícitos. Los primeros son aquellos que se ejecutan con apego y respeto al derecho; los segundos los que se ejecutan con infracción

de la norma de derecho, y también se les denomina en sentido lato hechos "antijurídicos". La antijuridicidad de un hecho puede quedar determinada por los esquemas normativos del Derecho Civil o del Derecho Penal. En ambos casos el ordenamiento jurídico autoriza la forma de proceder para obtener la reparación del imperativo infringido. Dicha forma constituye la materia propia del Derecho Procesal Civil y Criminal.

En conclusión, pues, la actividad jurídica representa el momento dinámico del derecho, es decir, el momento en que las normas jurídicas adquieren vitalidad y en el que actualizan positivamente el imperativo jurídico que cada una contiene en abstracto. Los límites de dicha actividad -como - insinuamos al principio- se hallan determinados por el derecho, al reconocer y establecer la relevancia jurídica de ciertos acontecimientos, necesaria para garantizar la convivencia pacífica de los sujetos que integran una sociedad. Sin embargo existe la posibilidad de que algunas situaciones (de hecho) de importancia dentro del comercio humano, por falta de previsión o por cualquier otro motivo, no se hallen dotados de juridicidad por ministerio de ley. Esto es lo que ordinariamente se conoce como "lagunas" de la ley. Este problema, como tantos otros que se plantean a la ciencia jurídica, en el plano científico admite soluciones que dependen de la actitud filosófica del investigador, soluciones que - debido a su trascendencia, influyen en la actitud que asume el legislador.

Los "Estados Jurídicos" por su parte, constituyen una combinación de actos y hechos jurídicos, que crean situaciones jurídicas permanentes, bien sea en relación con el status de las personas, o con la posición que éstas guardan - respecto de las cosas.

Como "Estados Jurídicos" podemos caracterizar las diversas situaciones en que se encuentran las personas en relación: con el ESTADO (Estado Político); con la Familia (Estado Civil); con su propia capacidad de goce o de ejercicio (Estado de Capacidad o de Incapacidad), o de interdicción.

En el Estado Político, la nacionalidad y la ciudadanía, determinan las diferentes posiciones que guardan los nacionales respecto del Estado de que forman parte.

En el Estado de Familia o Estado civil, se comprenden las diferentes posiciones que guarda el individuo en relación con sus parientes, especialmente con sus padres, hijos, y cónyuges.

En el ESTADO relacionado con la capacidad o incapacidad, se determinan las situaciones más o menos permanentes en las que se encuentran respectivamente los mayores o menores de edad, los emancipados y los interdictos, que determinan múltiples consecuencias de Derecho, en la adquisición y ejercicio de sus facultades y deberes.

4.- "SUPUESTOS JURIDICOS Y CONSECUENCIAS DE DERECHO"

El "SUPUESTO JURIDICO" se define como la hipótesis nor

mativa de cuya realización depende que se actualicen las con
secuencias de Derecho previstas por la norma. Esto, en ra-
zón de que en toda norma jurídica se distinguen dos partes:
la hipótesis y la disposición.

En la Hipótesis, se establecen las condiciones de he-
cho (hechos, actos o estados jurídicos) que habrán de reali-
zarse para que se produzcan las consecuencias contenidas en
la disposición normativa. La estructura de la norma jurídi-
ca contiene una forma hipotética o condicional que se resu-
me en el esquema "Si es A, debe ser B".

El Supuesto, es un hecho que produce un efecto jurídi-
co y que indica los requisitos que condicionan las facultades
y deberes establecidos por el mismo precepto.

Lo anterior, implica que la hipótesis de la norma ju-
rídica es el Supuesto Jurídico y que contiene las condicio-
nes para que se realice la disposición.

"CONSECUENCIAS DE DERECHO", son aquellas situaciones
jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la reali-
zación de los distintos supuestos previstos en la norma ju-
rídica.

En DERECHO PRIVADO, las consecuencias jurídicas con-
sisten en: la creación, modificación, transmisión o extin-
ción de derechos y obligaciones respecto de sujetos deter-
minados; o bien, la creación o modificación de las distin-
tas sanciones que regula el Derecho Privado (inexistencia,

nulidad, rescisión, resolución, etc.

En el campo del DERECHO PUBLICO, las consecuencias jurídicas se presentan en dos categorías:

a) Las que implican creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones en relación con el Estado actuando como entidad soberana; y,

b) Las que se refieren concretamente al Derecho Penal y que se traducen en la creación, conmutación, modificación o extinción de las distintas penas establecidas por ese derecho; o bien, en medidas de seguridad.

Resulta oportuno señalar que en este aspecto al esquema normativo antes visto de "Si es A, debe ser B" habrá que agregarle la norma sancionadora "... o si no es B debe ser S (sanción)".

La sanción, se encuentra condicionada al supuesto de que el obligado no haya realizado la prestación, o bien, - que el sujeto haya realizado el hecho o acto previsto como supuesto, y por lo tanto sobreviene el castigo, la indemnización, la pena, SANCIONES que como tales, los autores acostumbra clasificar según la rama del Derecho a que pertenecen (Civil, Penal, etc.)

La sanción como consecuencia de Derecho, suele traducirse en:

a) CUMPLIMIENTO: exigir al sujeto obligado, coactivamente la realización del hecho o acto para el que se obligara.

b) INDEMNIZACION: reparación efectiva de los perjuicios

causados por el incumplimiento del precepto normativo.

c) CASTIGO: daño o perjuicio que se aplica como consecuencia jurídica a quien ha infringido la norma jurídica.

d) CUMPLIMIENTO E INDEMNIZACION

e) INDEMNIZACION Y CASTIGO

f) CASTIGO Y CUMPLIMIENTO

g) INDEMNIZACION, CASTIGO Y CUMPLIMIENTO.

Según García Máynez, la sanción puede definirse como la "consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el sujeto obligado.

RELACION ENTRE SUPUESTO JURIDICO Y CONSECUENCIAS DE DERECHO

La relación que existe entre el supuesto normativo y las consecuencias jurídicas, es un enlace normativo y no un nexo necesario como en las leyes naturales.

Entre el supuesto jurídico y las consecuencias de Derecho existen dos clases de relaciones:

a) Las relaciones entre la realización de los supuestos y la actualización de las consecuencias, y

b) las relaciones entre la realización de los supuestos y el cumplimiento de las consecuencias.

La primera, por cuanto una vez dada la hipótesis, se presenta la d las consecuencias previstas; mientras que en la segunda puede ser de dos clases: contingente o necesaria.

La relación será contingente, cuando el cumplimiento

de las consecuencias depende de un acto voluntario; será necesaria, cuando el cumplimiento de las consecuencias opera "ipso jure" (de Derecho), sin intervención de un acto de voluntad del hombre (dado supuesto pago, se actualiza la consecuencia: extinción de la obligación -consecuencia extintiva de la deuda.-

Las etapas de la relación entre supuesto y consecuencia jurídica son: 1) supuesto o hipótesis jurídico; 2) realización de la hipótesis; 3) actualización de las consecuencias; 4) realización o no realización de las consecuencias jurídicas.

CAPITULO VII

LA RELACION JURIDICA

Relación Jurídica, es la articulación funcional de todos los conceptos jurídicos fundamentales para formar una situación jurídica concreta.

La relación jurídica se presenta como un elemento complejo del Derecho, por cuanto la misma se constituye por un enlace o articulación de los Sujetos, Objetos, Supuestos y Consecuencias Jurídicas, unidos por un nexo específico de ordenamiento jurídico que denominamos "deber ser".

Ninguno de los conceptos jurídicos fundamentales que hasta ahora hemos analizado se presenta aislado en las situaciones concretas que regula el Derecho; solo para efectos de análisis puede separarse un determinado elemento para estudiarlo en sus características singulares, pero tal elemento no puede tener vida independiente de los demás; se encuentra ligado a los otros conceptos fundamentales por un proceso lógico y por una articulación funcional.

En el proceso lógico normativo, se vinculan los distintos conceptos jurídicos fundamentales (sujetos, objetos, supuestos, consecuencias jurídicas), mediante la Cópula "deber ser" (Dado A debe ser B)

Por qué decimos que la cópula "Deber ser" constituye el nexo necesario? Esto, en virtud, como hemos visto, que dado un supuesto jurídico, el Derecho necesariamente -

actualiza determinadas consecuencias que solo son imputables a sujetos de Derecho (creación, modificación, transmisión o extinción de facultades, deberes o sanciones).

Esas Facultades, Deberes o Sanciones solo son imputables a los Sujetos de Derecho (personas jurídicas individuales o colectivas, o como las clasifica nuestro Código Civil: naturales y jurídicas).

Tales consecuencias tienen por objeto determinado tipo de conducta que es regulado por el sistema jurídico a través de las distintas relaciones jurídicas y, que como hemos visto, necesariamente se traducen en conducta del sujeto pretensor, en conducta del obligado, o bien, en conducta del sancionado.

A través de la Relación Jurídica, mediante ese proceso lógico, se produce la articulación que sucesivamente se presenta dentro del funcionamiento del Derecho, para ir combinando los distintos supuestos con las consecuencias que producen a efecto o a fin de imputar tales consecuencias a los sujetos y exteriorizarse en tipos determinados de conducta.

Es a través o mediante la Relación Jurídica que entran en juego sucesivamente todos y cada uno de los conceptos jurídicos fundamentales que hemos visto (Sujetos, Objetos, Supuestos, Consecuencias Jurídicas).

Además del proceso lógico, entre los diferentes elementos que constituyen la Relación Jurídica, encontramos en

dicha articulación un carácter funcional; ésta significa que la articulación de los distintos conceptos jurídicos fundamentales, tiene por objeto que las situaciones jurídicas abstractas o simplemente hipotéticas referidas a sujetos ideales en un momento dado, se transformen en situaciones jurídicas concretas que contienen formas determinadas de conducta, para sujetos igualmente individualizados o susceptibles de determinación individual.

Es en esta forma, como las situaciones puramente ideales que prevee o esquematiza la norma jurídica, adquieren vida jurídica y descienden o se vuelven reales al imputarse a sujetos determinados y crear entre ellos también formas especiales de conducta como facultades, deberes o sanciones en las que se actualiza esa conducta.

CARACTERISTICAS DE LA RELACION

JURIDICA

La Relación Jurídica participa de todas las características de los elementos y conceptos jurídicos que la integran, tales como la Bilateralidad, Coercibilidad, Heteronomía y Exterioridad.

Según los Sujetos que a través de ella se vinculan ésta puede ser simple o compleja (Mancomunada o solidaria).

Según la naturaleza de las Consecuencias que acarree, ésta será una Relación Jurídica de creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones.

Según la naturaleza del Objeto que élla regule, tendremos Relación Jurídica Objetiva, si ésta tiene como objeto -- directo la conducta humana que habrá de exteriorizarse como derecho (facultad), obligación, o sanción; o bien Relación Jurídica Subjetiva, cuando el objeto de regulación de la -- misma es indirecto, es decir, cuando el ordenamiento jurídico (facultad, deberes, Relación Jurídica) tienen referencia a las cosas o bienes en general.

CONCEPTO DE LA RELACION JURIDICA

Según Legaz y Lacambra, "Relación Jurídica", es el vínculo creado por las normas jurídicas entre Sujetos de Derecho, nacido de un determinado hecho, acto o estado jurídico, que origina situaciones jurídicas correlativas de deberes y facultades cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia.

ELEMENTOS

- 1.- Vínculo Jurídico: creado por las normas jurídicas.
- 2.- Dos o más Sujetos Jurídicos. Toda relación jurídica se constituye solo entre personas jurídicas (individuales o colectivas, naturales o jurídicas). Requiere por lo menos dos personas o Sujetos: activo y pasivo.
- 3.- Hecho generador de la Relación: consistente en -- el acto o estado jurídico que realice un supuesto normativo.
- 4.- Creación de situaciones jurídicas correlativas -- de facultades y deberes: consecuencias jurídicas como producu

to de la bilateralidad del Derecho (facultades para el Sujeto pretensor y deberes para el sujeto obligado).

5.- Existencia de Objetos Jurídicos (uno o varios), - que consisten respectivamente en facultades, deberes y prestaciones (garantizados jurídicamente).

6.- Aplicabilidad de una sanción jurídica, como la - forma que el Derecho emplea para garantizar el cumplimiento de los citados deberes, facultades y prestaciones.

CLASIFICACION DE LA RELACION JURIDICA

Según los diversos objetos (directos o indirectos) que el Derecho reconoce y regula a través de la Relación Jurídica, podemos clasificar a éstas, en atención a los derechos que las mismas vinculan, así:

a) Relaciones Jurídicas Públicas y Relaciones Jurídicas Privadas.

b) Relaciones Jurídicas Absolutas y Relaciones Jurídicas Relativas.

c) Relaciones Jurídicas Patrimoniales y Relaciones Jurídicas/^{no}Patrimoniales.

a) RELACIONES JURIDICAS PUBLICAS Y RELACIONES JURIDICAS PRIVADAS

"Relaciones Jurídicas Públicas", son aquellas en las que interviene el Estado y un Particular como Sujeto activo y Pasivo, respectivamente, actuando el Estado como ente soberano. El contenido de las Relaciones Jurídicas Públicas,

es igual al que corresponde a los Derechos Públicos Subjetivos.

Como ejemplo de Relación Jurídica Pública, podemos mencionar: la Relación Jurídica Procesal, la Relación Jurídica Política, las Relaciones Jurídicas referentes a las garantías constitucionales, etc.

Relación Jurídica Procesal, es la que tiene como contenido el "Derecho de Acción" para exigir a un órgano del Estado (generalmente el jurisdiccional), la prestación denominada también jurisdiccional, para que lleve a cabo todos los actos necesarios a efecto de dirimir un proceso, dictar sentencia y, en su caso, proceder a su ejecución.

Relación Jurídica Política, es la que tiene por objeto o materia, los derechos políticos como facultades del ciudadano para intervenir en la organización del Estado y en la elaboración del Derecho.

Relación Jurídica referente a las garantías constitucionales, son las que tienen por contenido la facultad que corresponde a toda persona (física o moral, nacional o extranjera, menor o mayores), para exigir al Estado, el respeto de una esfera jurídica que cada Constitución considere como invulnerable y por lo tanto, como esfera límite a la actividad soberana del Poder Público.

"Relaciones Jurídicas Privadas", son aquellas cuyos Sujetos (tanto activo como pasivo), son Particulares, o bien uno de ellos es el Estado, pero en su carácter de persona ju

rídica de Derecho Privado, sin intervenir en calidad de ente soberano,. Como principales ejemplos de las primeras, tenemos: la Relación Jurídica de Crédito, la Relación Jurídica Real, la Relación Jurídica Parental, la Relación Jurídica Conyugal, la Relación Jurídica Tutelar, etc.; y, como ejemplos de las segundas, es decir, de las Relaciones Jurídicas Privadas en las que interviene el Estado podemos referir: cuando el Estado celebra una compraventa; cuando es deudor o acreedor; cuando recibe bienes en donación; cuando adquiere por herencia en la sucesión legítima de una persona algún patrimonio o bien, a falta de los herederos llamados preferentemente por la ley.

Siempre, en las Relaciones Jurídicas Privadas, encontramos como contenido un Derecho Subjetivo de naturaleza privada; así, en la relación jurídica privada de crédito, se regula el Derecho Subjetivo del acreedor para exigir al deudor una prestación o una abstención.

En la Relación Jurídica Real -propter rem- se reconoce el Derecho del titular del dominio o de un gravamen para ejercer un poder jurídico e inmediato sobre un bien que lo faculta para realizar ciertos actos jurídicos de dominio o de administración (disposición, uso y goce) y para oponer dicho poder jurídico a los terceros en general y al dueño de la cosa objeto del gravamen.

En las Relaciones Jurídicas Parentales, se reglamenta todo lo relativo a los derechos y obligaciones que crea

el parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción.

En las Relaciones Jurídicas Conyugales, el Derecho -reglamenta el conjunto de facultades y deberes que existen entre los consortes por virtud del matrimonio.

Dentro de las Relaciones Jurídicas Privadas, se comprenden todas aquellas cuyo objeto de regulación sea un derecho subjetivo privado, así sea éste de carácter patrimonial o no patrimonial (económico o sin contenido económico).

b) RELACIONES JURIDICAS ABSOLUTAS Y RELACIONES JURIDICAS RELATIVAS

"Relaciones Jurídicas Absolutas", son aquellas en las que el Sujeto Pasivo es Universal e indeterminado, de tal manera que el sujeto activo está facultado para oponer su derecho a todos los terceros quienes a su vez, asumen la obligación general de respeto.

Lo anterior puede observarse claramente que ocurre en los "Derechos reales" y en los "Derechos relativos a la Integridad corporal", a la salud, al honor, y a la libertad individual.

"Relaciones Jurídicas Relativas", son aquellas en las que el Derecho es especialmente oponible a un sujeto determinado, pero existiendo además la obligación general de respeto a cargo de los terceros en general.

Son Relaciones Jurídicas Relativas, todas las relaciones jurídicas oponibles al Estado y que caracterizan los de

rechos públicos subjetivos del particular frente a éste pues, en tales relaciones el Estado es el sujeto pasivo al cual - es particularmente oponible el derecho subjetivo tal como - ocurre en los Derechos Políticos, en los de Acción, en los de Petición, en las Garantías Individuales.

Son también en objeto de las Relaciones Jurídicas Relativas, los derechos del acreedor frente al deudor, los de Patria Potestad y en general, los que derivan del parentesco pues en todos ellos un sujeto es el especialmente obligado (deudor, incapaz, sujeto a la potestad, padre o hijo y pariente dentro del grado reconocido por la ley).

c) RELACIONES JURIDICAS PATRIMONIALES Y RELACIONES JURIDICAS NO PATRIMONIALES.

"Relaciones Jurídicas Patrimoniales" son aquellas a través de las cuales se crean derechos y obligaciones valorizables en dinero, como son respectivamente los derechos y obligaciones reales y personales.

Esto quiere decir, que frente al Derecho Real que siempre tiene una estimación, se originan obligaciones reales.

Las "Relaciones Jurídicas no Patrimoniales" comprenden todos los derechos subjetivos que no son susceptibles de una valoración en dinero (Relaciones Familiares: conyugales y parentales).

Aunque en ambas puede existir consecuencias secunda-

rias patrimoniales, el contenido mismo de los derechos y obligaciones que engendran no es valorizable pecuniariamente.

SITUACION JURIDICA

Al conjunto de Derechos y Deberes determinados o eventuales que el Derecho atribuye o confiere a una persona colocada o que se encuentra en ciertas condiciones, denominamos: Situación Jurídica.

Mediante la situación jurídica o a través de ella comprobamos que todos los deberes y derechos de los sujetos que la cultura estima consustanciales a la personalidad del sujeto sea ésta individual o colectiva.

Habría pues, situación jurídica: 1) la contenida y expresada en la llamada Declaración Universal de los Derechos Humanos que tiene por centro y beneficiario a todos y cada uno de los individuos de la especie humana, sin distinción de razas, credos o ideologías.

2) Una situación nacional, que será el revertimiento de mayores deberes y derechos que a las personas (naturales o individuales y colectivas o plurales) se les impone u otorga en virtud de su nacionalidad, de origen o residencia, etc.

3) La situación jurídica constituida por el conjunto de derechos y deberes que provienen de la libre actividad del sujeto jurídico respectivo.

INSTITUCION JURIDICA

Los sujetos jurídicos se encuentran requeridos e incorporados no solo a una, sino a varias condensaciones normativas hacia las cuales convergen y desde las cuales parten vinculaciones de toda orden: éticas, sociales, económicas, culturales, y particularmente jurídicas, siendo tales condensaciones jurídicas que producen igualmente vinculaciones jurídicas es lo que llamamos Instituciones Jurídicas.

Las diversas relaciones jurídicas, que como tales pueden ser objeto de examen, se reúnen constituyendo grandes unidades sistemáticas o Instituciones Jurídicas que si queremos recurrir a un lenguaje figurado diremos que nos representan al esqueleto del Derecho, al cual se adhiere su sustancia, o según las reglas que lo componen.

Las Instituciones en su singularidad jurídica se encuentran en determinados y separados órdenes jurídicos, de tal manera que a cada rama del Derecho corresponden instituciones propias o peculiares.

Desde el punto de vista del Derecho se define a las Instituciones como: "núcleos de preceptos jurídicos que reglamentan relaciones de igual naturaleza".

Institución Jurídica, es pues, un conjunto típico de relaciones organizadas por el Derecho (familia, matrimonio, propiedad, testamento, recursos, tratados internacionales, etc.). Las normas jurídicas q' tienen por objeto relaciones que por la unidad de su fuente resultan entrelazadas, forman un complejo q' recibe el nombre de instituc. jca.

SEGUNDA PARTE

TECNICA JURIDICA

Las normas jurídicas que tienen por objeto relaciones que por la unidad de su fuente resultan entrelazadas, forman un complejo que recibe el nombre de Institución Jurídica.

CAPITULO IIMPORTANCIA DE UNA BUENA
TECNICA JURIDICAIMPORTANCIA DE LA TECNICA JURIDICA

Vimos ya en la primera parte de este trabajo cómo el Derecho es un Objeto Cultural y como tal, obra del hombre; y, cómo es el mismo hombre quien dicta las normas que habrán de regir la convivencia, y así el mismo hombre quien en definitiva las aplica.

Como toda actividad humana, el Derecho (norma jurídica) tanto en su formulación (creación), como en su aplicación a los casos concretos, puede también ser tecuificada, es decir, guiado por una serie de Reglas (Técnicas) que describan los procedimientos especiales cuya observancia permita un trabajo bien organizado que asegure resultados fructíferos; de allí que a esta segunda parte se le denomine Técnica Jurídica.

De lo anterior, inferimos la necesidad y ventajas indudables de una buena Técnica Jurídica y de su estudio en el cual nos enfrascaremos durante esta parte del trabajo - que nos ocupa.

LA TECNICA JURIDICA, pues, está constituida por aquellas reglas que regulan y nos señalan los procedimientos y requisitos que habrán de observarse para la creación del -

Derecho, así como para su correcta aplicación.

El Derecho (norma jurídica) no puede ser creado ni aplicado de manera antojadiza; tanto para su creación como para su aplicación contamos con las reglas que nos determinan de manera un tanto rígida, las formas o formalidades y medidas o variantes en base a las cuales el Derecho habrá de ser creado y aplicado, para que éste pueda considerarse en verdad un real Ordenamiento jurídico que goce de la coercitividad, característica esencial de tales normas, como viéramos en su oportunidad.

En resumen, pues, en el desarrollo de nuestro trabajo comprendemos indudablemente dos aspectos del estudio de la Ciencia del Derecho: LA SISTEMÁTICA JURÍDICA (que viéramos en la primera parte de esta tesis); y, la TÉCNICA JURÍDICA, cuyo estudio iniciamos en esta segunda parte.

De acuerdo con Luis Legaz y Lacambra⁽¹⁾, sostenemos que la Sistemática y la Técnica Jurídica, no son sino dos aspectos que dentro del estudio de la ciencia del Derecho distinguimos, como es posible distinguir en toda actividad del jurista, sin que tal distinción constituya dos divisiones de la totalidad de la disciplina, sino simplemente dos aspectos que pueden investigarse en cualquier problema jurídico-positivo.

1) Legaz y Lacambra, Luis: "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1953. Pg. 70.

CAPITULO II

TEORIA DE LAS FUENTES DEL

DERECHO

GENERALIDADES Y CLASIFICACION

Debemos distinguir fundamentalmente dentro del estudio de la Técnica Jurídica, dos situaciones respecto del Derecho, el primero, respecto de su creación; y, el segundo, - respecto de su aplicación.

Dicho lo anterior, entraremos a considerar las distintas situaciones que respecto de la creación del Derecho debemos estudiar.

Como primera situación a estudiar respecto de la creación del Derecho, debemos preguntarnos ¿De dónde emerge el Derecho? ¿Cuál o qué es lo que constituye su fuente?

Entendemos por "FUENTE", en términos generales, "El origen, nacimiento o causa de un caudal que a partir de ella corre".

Pero bien, traslademos la idea o concepto general de "fuente" al tema que tratamos ¿Qué debemos entender por FUENTES DEL DERECHO?

Antes de internarnos en el estudio de las fuentes del Derecho, es oportuno aclarar a qué Derecho nos referimos; o mejor dicho, en qué sentido debemos entender el Derecho - cuando hablamos de sus fuentes?

Indudablemente, que cuando hablamos o nos referimos a las Fuentes del Derecho, debemos entenderlo en su sentido o desde el punto de vista objetivo, es decir, que nos referimos al Derecho Positivo.

Mal haríamos al hablar de las Fuentes del Derecho, pensar en éste en su sentido o desde el punto de vista subjetivo, ya que como es de sobra conocido por nosotros que es el "Derecho Objetivo" el que constituye "la fuente" del Derecho Subjetivo, entendido éste como "la facultad derivada de la norma jurídica" (Derecho Objetivo) y aquél como la norma jurídica misma.

Partiendo del concepto que en términos generales hemos dado a la palabra "Fuente", entenderemos por "FUENTES DEL DERECHO", el origen, la causa o el nacimiento de las normas jurídicas. En tal sentido distinguiremos tres grandes clases de FUENTES DEL DERECHO:

FUENTES FORMALES, como las distintas maneras de manifestarse las normas jurídicas: Ley, costumbre, Jurisprudencia; (y, según algunos autores, además: la Doctrina Legal, los principios generales del Derecho y, la Equidad y la justicia.).

FUENTES REALES O MATERIALES, como los factores (económicos, gremiales, políticos, etc.) que determinan el contenido de las normas y que el legislador tiende a resolver.

FUENTES HISTORICAS, como los antecedentes legislativos que condicionan o determinan la creación de normas jurídicas

dicas (inscripciones, libros, colecciones legislativas); en general, documentos que encierran una ley o conjunto de leyes del Derecho del pasado (Instituciones, Digesto, etc., - constituyen fuentes históricas del Derecho Romano).

Es ésta la clasificación generalmente aceptada por la mayoría de los tratadistas, sin embargo, hay quienes agregan algunas otras Fuentes del Derecho, tales como:

Kelsen⁽¹⁾ quien identifica "fuente con "fundamento de validez" de las normas jurídicas. Para este autor la Fuente del Derecho es el Derecho mismo, es decir, las normas jurídicas fundamentales, primarias o constitucionales, de las - que deriva su validez todo el resto del ordenamiento jurídico.

Al respecto Aftalión⁽²⁾, observa (respecto de la tesis de Kelsen) que si bien es cierto que las normas fundamentales son fuentes de validez del resto del ordenamiento jurídico, no es a ese tipo de "fuente" al que se hace referencia dentro del tema que tratamos, sino a la fuente que provee - existencia a esa norma fundamental que a su vez actúa como - fuente de validez del resto de las normas jurídicas.

Desde un punto de vista sociológico, Georges Gurvitch⁽³⁾ formula la Teoría Pluralista de las Fuentes del Derecho, agrupando sin distinción tanto las fuentes formales, materiales, etc., que son cosas distintas, por lo que dicha teoría

1) Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho" Buenos Aires, 1946. pp. 98

2) Aftalión García, Olano. "Introducción al Derecho", Buenos Aires 1967. Pg. 273.

3) Gurvitch, Georges, citado por Abelardo Torrós. ob. cit. pag. 275

carece de criterio científico, perdiendo en consecuencia importancia dentro del estudio de la clasificación de las fuentes del Derecho.

Desde un punto de vista general y filosófico, Del Vecchio⁽¹⁾ afirma que la fuente primaria e inagotable del Derecho es el espíritu humano, lo que se explica en base a que el Derecho es un objeto cultural producto del hombre.

Por otra parte, se entiende también por "Fuente del Derecho", a la autoridad creadora del mismo: Asamblea Legislativa o Constituyente (la primera, como fuente de las leyes en general y la segunda, de la Constitución); los Tribunales o Jueces (creadores de las normas individualizadas: sentencias); y, otras autoridades creadoras de normas (Reglamentos, etc.).

También se habla de "acto creador del Derecho" como fuente del Derecho, y, en este sentido se hace referencia al Acto Legislativo; a la costumbre, en tanto que hecho social; y, a la actividad jurisdiccional de los jueces, en el momento de impartir justicia dictando sentencias.

Finalmente, se habla de fuentes originarias y fuentes derivadas; clasificación, ésta, según la cual se incluyen objetos de distinta especie, lo que quita el rigor lógico a la clasificación. Esta, atiende a que las normas se dicten apoyándose en normas anteriores; así, serán: a) fuentes deri

1) Del Vecchio, Giorgio. "Filosofía del Derecho", Barcelona 1947. Pag. 362.

vadas, las leyes en sentido amplio (secundarias tales como Códigos, Tributarias, etc.) que derivan de las normas fundamentales, primarias o constitucionales; y, la Jurisprudencia, (en cuanto surge dentro de los marcos más o menos amplios de la ley; y, b) serán fuentes originarias la costumbre jurídica, que surge espontáneamente de la convivencia social; y, la justicia y la equidad (que constituye en realidad fuentes materiales).

Previo a determinar el concepto de "fuentes del Derecho" y sus clases, se plantea la cuestión relativa de a qué condiciones están sometidas las normas jurídicas? o - dicho de otra manera bajo qué signos se reconocen éstas - (el Derecho)?, o cuáles son las características de forma - que una norma jurídica debe presentar para ser considerada como tal?

De la anterior cuestión, surge inmediatamente la noción de "fuente formal de las normas jurídicas, es decir, del Derecho.

El Derecho Positivo (objetivo), está constituido por un conjunto de normas jurídicas que, indudablemente proceden de orígenes distintos; así, tenemos cierto tipo de normas jurídicas dictadas por el legislador; otras, dictadas por los Jueces; y, otro tipo de normas jurídicas que surgen directamente de la convivencia social.

Todas las normas jurídicas cualquiera que sea su origen, sin embargo, solo se imponen en la sociedad si éstas

revisten una forma determinada presentando los caracteres específicos o propios del Derecho, especialmente la coercitividad.

Tal como dejamos apuntado, según el origen, que para su formación presenten las distintas normas jurídicas nos encontramos con algunas de ellas que son creadas, originadas o producidas por el legislador; en cuyo caso, dichas normas jurídicas reciben el nombre de LEYES (ley, en general); encontramos por otra parte, cierto tipo de normas jurídicas cuyo origen o creación es producto de los jueces (sentencias), denominándose al conjunto de ellas Jurisprudencia; y, además, encontramos un tercer tipo de normas jurídicas cuyo origen surge directa y espontáneamente de la convivencia social, en cuyo caso, éstas reciben el nombre de costumbre jurídica.

La clasificación que en base al origen de formación que de las normas jurídicas hacemos, lleva a determinar las distintas clases de Fuentes Formales (de creación) del Derecho, así: la ley, la Jurisprudencia y la costumbre jurídica.

Los tres aspectos anteriores, no constituyen como afirma Bonnacasse⁽¹⁾ sino, las formas obligatorias y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos o nor

1) Bonnacasse, Jullien. "Introducción al Derecho" 3a. Edición, Edit. José M. Cajica Jr. Pueblo, México. 1944

mas de conducta exterior para que puedan erigirse en normas o preceptos jurídicos, es decir, en Derecho.

Con las ideas precedentes sobre el origen o creación de las normas jurídicas podemos elaborar ya un concepto de Fuentes Formales del Derecho. En tal sentido, entenderemos por "Fuentes Formales del Derecho", los distintos modos de manifestación del Derecho Positivo, o sea, de las normas jurídicas enfocadas o vistas en relación a su origen.

Estos modos de manifestarse del Derecho hemos dicho - ya que son: a) La Ley, cuando la norma jurídica procede o emerge del legislador; b) La Jurisprudencia, cuando la norma jurídica emerge de los jueces, a través de sus sentencias judiciales; y c) La Costumbre Jurídica, cuando las normas jurídicas emergen de la convivencia social.

Siendo las Fuentes Formales del Derecho los distintos modos o formas de manifestarse las normas jurídicas, y constituidos éstos por la Ley, la Jurisprudencia y la Costumbre Jurídica, concluimos que las Fuentes Formales del Derecho, se clasifican en tres grandes grupos: LEY, en sentido amplio de norma legislada; JURISPRUDENCIA, como conjunto de resoluciones de los jueces o tribunales; y la COSTUMBRE JURIDICA, como conjunto de normas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes.

Antes de pasar al estudio de cada una de estas tres fuentes formales del Derecho, es oportuno aclarar algunos aspectos relativos a la anterior clasificación:

De acuerdo con Abelardo Torr (1), sostenemos que más que conceptuar a las Fuentes Formales del Derecho como los distintos modos de manifestación del mismo, resulta más apropiado definir a éstas como "Las Manifestaciones o Modalidades del Derecho Positivo", por cuanto en esta forma la terminología empleada refleja con mayor exactitud su significado y se armoniza con la noción que hemos expresado en la primera parte de este trabajo cuando expusimos las distintas "manifestaciones del Derecho Subjetivo o facultad jurídica".

La clasificación hecha de las fuentes formales de las normas jurídicas en Leyes, Jurisprudencia y Costumbre Jurídica, siendo que todas éstas normas son desde el punto de vista lógico iguales, por cuanto todas constituyen juicios del "deber ser", nos induce a plantearnos la siguiente interrogante:  Cu l es el criterio discriminatorio de la clasificación?

Evidentemente, la cuestión planteada ha quedado respondida en anterior párrafo cuando hemos dicho que el criterio de la clasificación en comento estriba o radica en el origen, empleando tal término en el sentido de órgano o autoridad productora de la norma jurídica, tal como si en atención a su contenido las clasific ramos, tendríamos por

1) Torr , Abelardo. "Introducción al Derecho", 6a. Edic. -

Editorial Perrot. Pg. 278

mas penales, civiles, mercantiles, financieras, del trabajo, etc.

Es ineludible la necesidad, aunque esperamos dedicar un apartado al tema, precisar en este momento que cuando enumeramos las distintas modalidades (fuentes) del Derecho Positivo, solo hemos citado a la ley, la jurisprudencia y a la costumbre jurídica, haciendo caso omiso de la doctrina legal y de los principios generales del derecho, por una parte; y, por otra, de ciertos actos jurídicos tales como el Contrato y el Testamento acerca de los cuales podríamos con mucha razón preguntarnos: ¿Si no constituyen estos Derecho Positivo?

Baste por el momento, sostener, que a los primeros los omitimos por considerar que erróneamente haya quienes los clasifiquen ya que estos constituyen una fuente supletoria o subsidiaria del Derecho; entre las Fuentes Formales del Derecho y, respecto de los actos jurídicos mencionados, afirmar que no obstante que sí constituyen Derecho Positivo, algunos autores omiten hacer consideración respecto de ellos entre las Fuentes Formales del Derecho por cuanto estos rigen para determinadas personas careciendo de generalidad; sin embargo, por nuestra parte creemos acertada su inclusión entre las Fuentes Formales del Derecho, ya que si se incluyen entre ellas a los fallos judiciales (Jurisprudencia) los cuales igualmente que los contratos y el testamento, entre otros, constituyen normas individualizadas, no en

contramos razón para excluir del tema en referencia a tales actos jurídicos que evidentemente también constituyen Derecho Positivo, debiendo considerar a éstos como fuentes derivadas.

Faltaría quizá, únicamente referirnos al origen o fuente de creación de los citados actos jurídicos, a cuyo respecto podríamos citar la libre voluntad de las partes, por supuesto que no enfocado este origen desde el punto de vista del origen legal de los mismos, el cual queda comprendido - en la ley, sino al origen de tales actos de la vida jurídica.

LAS FUENTES DEL DERECHO, EN SISTEMAS DE DERECHO CONSUETUDINARIO:

Common Law, Equity y Estatute Law.

El "COMMON LAW" ("Derecho Común").

El término "Common Law", literalmente significa "Derecho Común" y es representativo del Derecho Anglo-Norteamericano, es decir de los sistemas jurídicos importantes en Inglaterra, Estados Unidos y sus dominios, dependencias y colonias.

En dichos países, el Common Law se usa principalmente en cuatro sentidos:

1) Como el Derecho Angloamericano en su totalidad, - muy distinto por cierto, al sistema jurídico romano y sus derivados tanto en Europa como en América y demás sistemas

del mundo.

2) Como la Jurisprudencia de los tribunales angloamericanos para diferenciarlo del Derecho Legislado o "Statute - Law" -en sentido amplio-.

3) Como una rama de la Jurisprudencia angloamericana, ya que éste sistema posee un sistema dual de jurisprudencia:

a) la emanada de los clásicos tribunales ingleses, llamada "Common Law Courts" (King's Bench o Corte del Rey; Common Pless o Tribunal de Litigios Ordinarios; y, el Exchequer - o Tribunal de Asuntos Fiscales); y, b) la llamada "Equity" emanada de otros tribunales llamados de Equidad.

4) Como el antiguo Derecho de Inglaterra y Estados Unidos a diferencia de los preceptos introducidos en épocas recientes por la legislación y la jurisprudencia.

El "Common Law" entendido en su sentido estricto, es decir, como la rama de la Jurisprudencia emanada de los clásicos tribunales ingleses -Common Law Courts- y de los modernos tribunales de igual categoría, tanto en Inglaterra - como en Estados Unidos constituye la parte más importante - del derecho anglo-estadounidense; se le puede definir como la costumbre convertida en ley no por la labor de juristas, sino por la actuación de los jueces de Derecho y Equidad; y, consiste en un Derecho elaborado principalmente por los jueces llamándose por ello en Inglaterra y Estados Unidos "Judge made Law" (Ley hecha por el Juez).

La anterior expresión -ley hecha por el juez- no es

absoluta tal como pareciera su significado, ya que no obstante que los jueces anglo-estadounidenses tienen en principio facultades más amplias que los nuestros, es importante señalar que entre ellos, rige la obligatoriedad del precedente- "stare decisis"- lo que constituye para los mismos una obligación de acatar las decisiones, o si se quiere, decir que las decisiones de un tribunal son obligatorias en casos similares subsiguientes- ya sea para con tribunales de igual o inferior categoría, e incluso para el mismo tribunal que las dicta.

Lo anterior no significa de manera alguna que el "common law" no pueda ser objeto de un cambio de jurisprudencia, pues ello sí puede ocurrir en virtud de las inevitables transformaciones sociales, iguales en cualquier país del mundo.

¿Cómo habrá de producirse un cambio o modificación en la Jurisprudencia del "Common Law"? siendo que priva en el sistema que estudiamos la obligatoriedad o acatamiento del precedente, y dado el carácter tradicionalista de los jueces anglosajones al invocar causas que justifiquen tal modificación, no alude simplemente al hecho de haberse producido un cambio en las variaciones vigentes, sino que además busca siempre un precedente de gran jerarquía para apoyar su tesis de cambio, haciéndolo aparecer como forma nueva de algo nuevo que ya existía en el Common Law.

'EQUITY" (La Equidad).

La Equidad o Derecho de equidad en Derecho Anglosajón, no significa como entre nosotros una modalidad de justicia sino que designa una rama de la jurisprudencia: aquella que emana de tribunales especiales llamados "Tribunales de Equidad" o "Courts of Chancery" en Inglaterra y "Courts of Equity" en Estados Unidos.

Es oportuno hacer notar que tanto en Inglaterra como en Estados Unidos existe una tendencia a hacer desaparecer el sistema dualista de Jurisprudencia -Common Law y Equity- fusionándolas, tendiente a la aplicación de las mismas por tribunales de competencia concurrente en ambas materias. En Estados Unidos dicha fusión se ha operado aproximadamente - en las dos terceras partes de los Estados de la Unión.

"STATUTE LAW" (Derecho Legislado).

Se denomina "Statute Law" al conjunto de leyes que en el sistema consuetudinario no surgen ya de la actividad de los jueces como obligatoriedad o acatamiento del precedente, sino al conjunto de leyes emanadas del Parlamento Inglés, o del Congreso y Legislaturas Estatales de Estados Unidos.

Como Fuente, el "Statute Law" es creación del moderno Derecho Consuetudinario, y, según juristas anglosajones, su finalidad es subsanar deficiencias del "Common Law". Su apareamiento es lógicamente posterior a éste y a través del mismo la labor de los legisladores ingleses y yanquis ha sido más bien de carácter declarativo, limitándose a organizar

y reproducir al Derecho establecido por la jurisprudencia: el "Common Law" y la "Equity".

En estos sistemas la Jurisprudencia constituye la fuente principal del "Common Law", a diferencia de la ley en los sistemas como el nuestro, de Derecho Legislado.

LA DOCTRINA

Es general, entender por Doctrina el conjunto de teorías y estudios científicos relativos a la interpretación del Derecho Positivo, tendientes a su correcta aplicación.

En tal forma, Eduardo García Máynez⁽¹⁾ define a la Doctrina como "los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente especulativo de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación".

Respecto de la Doctrina como fuente del Derecho, algunos autores la enumeran entre las fuentes formales del Derecho, sin embargo, en realidad creemos que dicha enumeración resulta errónea, ya que consideramos que se trata rigurosamente hablando, de una fuente material del Derecho.

Nos induce a tal afirmación, el haber considerado oportunamente dichas fuentes materiales como la fuente del contenido

1) García Máynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". México, 6a. Edic. pag. 86.

nido de las normas y haberlas definido a estas como los distintos factores y elementos culturales, económicos, gremiales, políticos, sociales, etc., que determinan el contenido de las mismas; y que el legislador tiende a resolver, así - como las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla.

Entre las finalidades a que aludimos al final del párrafo que antecede, podemos señalar el factor subjetivo, es decir, la personalidad misma del legislador o legisladores conformada -entre otros elementos- por el sentimiento jurídico.

Esta fuente material, contribuye no solo a conformar el contenido de la legislación, sino también a la jurisprudencia, pues como dice Legaz y Lacambra⁽¹⁾ "el sentimiento jurídico se hace más patente en los grados inferiores de la escala jurídica que en los superiores, porque éstos, referidos a la generalidad de los casos, requieren una formalización más abstracta y racionalista que la decisión individual, más en contacto con la intuición y el sentimiento".

Haciendo una revisión histórica de la Doctrina como fuente del Derecho, encontramos como único y excepcional caso en que ésta constituyera Fuente Formal del Derecho, el ocurrido en Roma, bajo Adriano, Emperador que dio fuerza -

1) Legaz y Lacambra, Luis: "Introducción a la Ciencia del Derecho". Barcelona 1943. Pág. 349.

obligatoria a opiniones de ciertos juriscultos cuando - eran concordantes - "Ius Publici Respondendi"-. Tal cosa, - ocurrido en Roma, nótese que no significó en manera alguna que toda la doctrina fuese obligatoria sino que dicho carácter solo lo alcanzaba una pequeña parte de ella: las opiniones de ciertos juriscultos cuando eran concordantes y durante cierto tiempo.

Sin embargo, tal situación produjo dudas surgidas de controversia entre los juriscultos, romanos, lo que propició la famosa "Ley de Citas" (426) por la que se dió obligatoriedad a las opiniones de Papiniano, ley que fuera derogada posteriormente por el Emperador Justiniano en el Siglo VI.

CAPITULO III

L A L E Y

El término "ley" se emplea en todos los campos científicos; no solo se habla de leyes jurídicas, sino también - de leyes naturales, políticas, económicas, sociológicas, - mo ales, físicas, etc.

Sin embargo, en su origen, el término "ley" perteneció al campo jurídico.

La palabra "ley", proviene del latín "LEX", término que según los autores, tiene dos orígenes distintos: para unos, deriva del latín "Ligare" (dado que la ley liga a los hombres en su actividad); mientras que para otros, deriva del verbo "legere" (de leer), y en tal sentido, es todo aquello que se lee igual ley, a diferencia del Derecho. No escrito -consuetudinario-.

Antiguamente se diferenciaba al Derecho Escrito (ley) del Derecho no escrito (consuetudinario).

Actualmente esto no tiene razón de ser, por cuanto, las costumbres también se conservan por escrito; y, siendo su escritura o no, algo tan accidental, para su clasificación, resulta preferible referirnos a los distintos procesos formativos de las normas de que se trate. Así, llamaremos: "Derecho Legislado" (al escrito, producto de los órganos correspondientes); y, "Derecho Consuetudinario" (al no escrito), producto de la costumbre

En términos generales , "Ley", es la expresión de las relaciones existentes entre hechos o grupos de hechos. (Ejemplos: "el calor dilata a los metales", significa que dado el hecho de la aplicación de calor a los metales, se producirá el hecho dilatación del metal . En la ley jurídica -aunque la relación es de otro tipo- (Por qué decimos de otro tipo? R/ no entre fenómenos, sino entre hechos humanos) la norma que prescribe una conducta (positiva o negativamente), establece que dado un hecho "X" (homicidio, evasión de impuestos, etc.) deberá sobrevenir una consecuencia "Y".

Resulta difícil elaborar una clasificación de las distintas "leyes", dada la diversidad de campos en que se aplica dicho término, sin embargo, es preciso establecer a qué clase de leyes hemos de referirnos; y, para tal efecto, distinguiremos en general: Leyes Naturales, Leyes Sociológicas y Leyes de Conducta -Normas- de entre las cuales estudiaremos a las jurídicas.

Las normas jurídicas que encaran la conducta humana - desde el punto de vista de "la libertad", es decir, la conducta en tanto "deber ser" y que prevé su posible violación mediante las sanciones correspondientes, como encausadoras o dirigentes de la conducta humana, son las que nos interesan dentro del tema que tratamos.

LEY JURIDICA

Jurídicamente hablando, la palabra "ley" se emplea en

tres sentido fundamentales: 1) en sentido restringido (estrictu sensu); 2) en sentido amplio (latu sensu); y, 3) en sentido amplísimo.

En sentido estricto, son leyes las normas jurídicas - emanadas del Poder Legislativo con el carácter de leyes, esto es, aquellas para cuya formación se haya observado el proceso legislativo señalado por la Constitución y que además gozan de la característica de generalidad.

En sentido amplio, son leyes todas las normas jurídicas que constituyen al Derecho Legislado (escrito), es decir todas las normas jurídicas instituídas deliberada y conscientemente- a diferencia de normas consuetudinarias que - surgen espontáneamente por órganos que tengan potestad legislativa; excluye a la Jurisprudencia como resultado de - actividad jurisdiccional; y, se refiere a Decretos del Poder Ejecutivo, Ordenanzas Municipales, etc.

En sentido amplísimo, se entiende como "ley" a toda norma jurídica creada deliberada y conscientemente, ya no por los órganos específicos con Potestad Legislativa; se - refiere a la Jurisprudencia, en oposición a las normas consuetudinarias que surgen espontáneamente de la convivencia social.

Ley en sentido formal y en sentido material.

Dentro de la consideración de la ley, en sentido estricto, suele distinguirse: Ley en sentido formal y Ley en sentido material.

Así, serán leyes en sentido formal aquellas dictadas por el Poder Legislativo según el procedimiento establecido para la elaboración de las leyes, pero que carecen de contennido jurídico propiamente dicho, es decir, que no se refieren a la conducta humana en su interferencia intersubjetiva tales como una Ley que decreta la Pensión a favor de "X" - persona, una ley que decreta la exención de impuestos a favor de "X" entidad, etc.

Leyes en sentido material, son aquellas normas emanadas del Poder Legislativo y que sí tienen un contenido juídico propio, tales como la ley que regula la actividad comercial: Código de Comercio; el Código Civil que regula las relaciones civiles; la Ley de Impuesto sobre la Renta, etc.

Ley según nuestro sistema jurídico.

Según el Art. 1 de nuestro Código Civil: "La ley, - es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Tal definición es criticada en su fondo y en su forma:

a) En cuanto al fondo, porque no da una idea clara del objeto de la ley ni de lo que es en sí misma; así como tanbién que conforme a nuestro mecanismo constitucional, hay actos que constituyen una declaración de la voluntad soberana y que no son leyes en el sentido científico de la palabra, tales como los permisos para aceptar condecoraciones,

cargos consulares ajenos, etc., otorgados por el Poder Legislativo; y, b) En cuanto a la forma porque tal como está redactada parece decir que manda, prohíbe o permite por estar manifestada en la forma prescrita por la Constitución y no por ser una declaración de la voluntad soberana, como si pudiera existir una declaración de la voluntad soberana que no constituya un mandato. Por otra parte, hay quienes critican la existencia del concepto de ley en el contexto de una ley misma (Código Civil).

CLASIFICACION DE LA LEY

1) Imperativas: Aquellas que se imponen de manera absoluta y que en consecuencia no pueden derogarse o modificarse por acuerdo de los particulares (por cuanto ostentan caracteres de orden público) Ejemplo: las Leyes Tributarias.

2) Permisivas: Aquellas que entrañan un mandato a todas las personas en el sentido de respetar el derecho que ellas reconocen al titular. En éstas no se ordena ni prohíbe algo, sino se concede una facultad a una persona para que ejecute a su arbitrio determinado hecho. Ejemplo: el matrimonio, etc.

3) Prohibitivas: Aquellas que mandan no hacer algo; prohíben o impiden determinada conducta. Ejemplo: las leyes penales.

4) Declarativas o supletorias: Aquellas a través de las cuales el legislador prevé el caso de que las partes -

no regulen específicamente aspectos relativos a intereses propios, cuya regulación como regla general, el ordenamiento jurídico difiere a la autonomía privada. Estas normas se encuentran generalmente en materia de contratos y de sucesión por causa de muerte cuando ésta es intestada.

Caracteres materiales de la ley

a) Obligatoriedad, que consiste en su carácter imperativo atributivo, que implica a su vez una voluntad que manda y otra que obedece.

b) Generalidad: significa que la ley debe cubrir a todas las personas que se encuentran en la hipótesis o supuesto previsto por ellas sin excepciones de ninguna clase.

c) Permanencia: la ley debe regir indeterminado número de casos o hechos y solo deja de tener vigencia mediante su derogación.

d) Abstracción e impersonalidad: la ley no está hecha para regir casos individuales.

e) Proviene del Estado: como la manifestación deliberada y consciente de la voluntad soberana (estatal).

f) Se reputa conocida: en virtud de su solemne publicación la ley no puede ser ignorada por nadie. Nadie podrá alegar ignorancia de la ley a efecto de no cumplir sus disposiciones salvo cuando por algún accidente grave hayan estado interrumpidas las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del gobierno y el departamento en que debe regir, a tenor del artículo 8 de nuestro Código Ci

vil.

PROCESO DE FORMACION DE LA LEY

Se distinguen dentro del proceso formativo -creación- de la ley, cuatro fases que a continuación estudiamos, siendo éstas: una Inicial, una Legislativa, una Ejecutiva y una última, de obligatoriedad.

PROCESO DE FORMACION DE LA LEY

FASE INICIAL

I- FASE

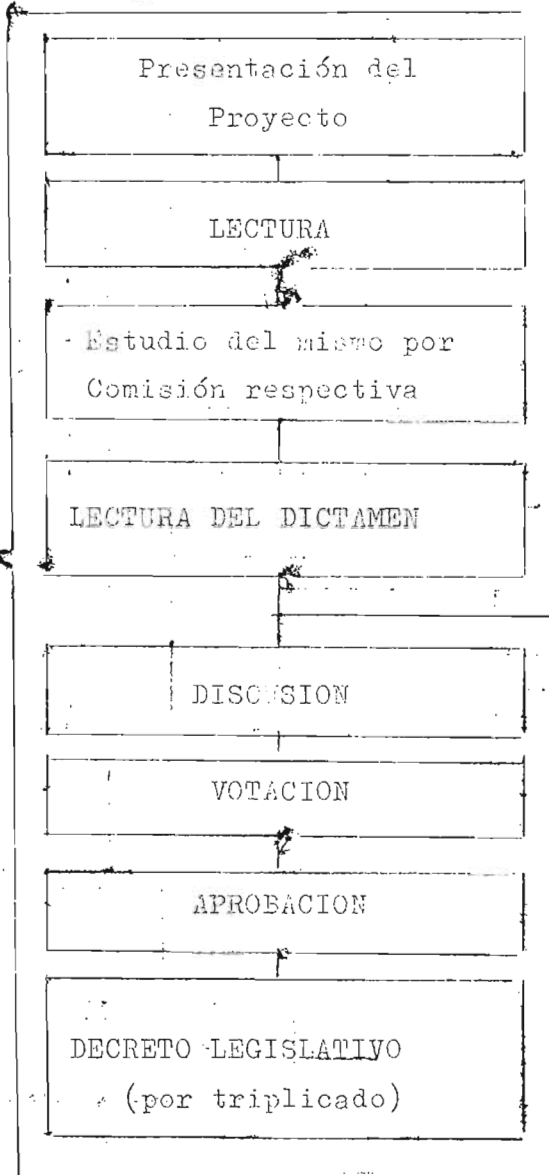
INICIATIVA DE LEY
(50 C.P.)

Corresponde:

- Diputados
- Pdte.p/medio de sus Ministros
- Cte.de Justicia
- Municipalidad(105)

FASE LEGISLATIVA

II- FASE
Arts. 47
No. 12 y
51 CP. y
Reglame
nto Inter
no de la
Asamblea
Legislativa



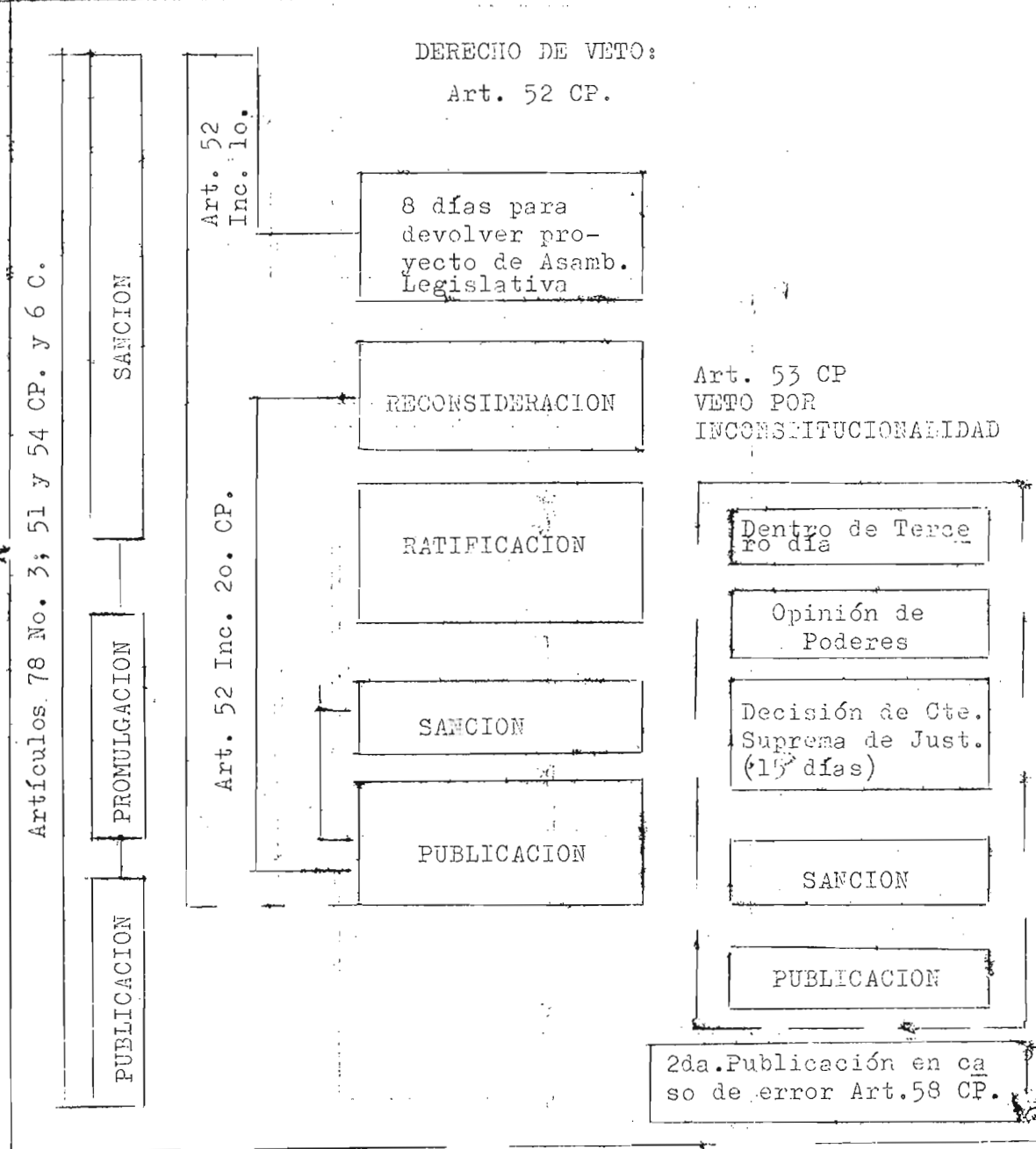
Art. 61 CP.

OPINION DE CTE.
SUPREMA DE JUS-
TICIA SEGUN EL
CASO.

Art. 56 CP.

FASE EJECUTIVA

III FASE: EJECUTIVA



IV FASE Final:

Obligatoriedad.

VACANCIA

8 días entre publicación y vigencia (Art. 60 CP.)

VIGENCIA

OBLIGATORIEDAD

ART. 60 CP y 7 y 8 C.

PROCEDIMIENTO FORMATIVO DE LA LEY

Por proceso de formación de la Ley, se entiende el conjunto de Reglas Técnicas (Jurídicas) cuya observancia por el órgano correspondiente, el Ordenamiento Jurídico requiere para la creación o formulación de la ley, en sentido estricto, y para que ésta goce de las características de la misma.

En el proceso de elaboración o creación de la ley, podemos distinguir OCHO ETAPAS fundamentales:

- 1.- INICIATIVA: (Art. 50 C.P.)
- 2.- DISCUSION: (Art. 51 C.P.)
- 3.- APROBACION: (Art. 51 C.P.)
- 4.- SANCION: (Art. 51 C.P.)
- 5.- PROMULGACION: (Art. 51, 52 y 60 C.P.)
- 6.- PUBLICACION: (Art. 51, 52 y 60 C.P.)
- 7.- VACANCIA: (Art. 60 C.P.)
- 8.- VIGENCIA U OBLIGATORIEDAD (Art. 60 C.P.)

Toda norma que pretenda establecerse con el carácter de jurídica (ley en sentido estricto), para ser investida de tal naturaleza, deberá haberse observado en su creación el proceso mencionado.

En tal forma, llamamos anteproyectos de ley a aquellas normas cuya obligatoriedad se pretenda imponer a una sociedad, mientras estas no sean presentadas o introducidas al órgano correspondiente; y, llamamos proyecto de ley, cuando

do dichas normas o conjunto de ellas ha sido introducido al Órgano correspondiente para efectos de someterla al proceso de formación de la Ley.

× PRIMERA FASE: INICIATIVA

"Consiste ésta en la facultad constitucional de presentar o proponer, ante el órgano correspondiente (Asamblea Legislativa según el Art. 47 No. 12 C.P.), un anteproyecto de ley por quien está facultado para hacerlo (Arts. 50 y - 105 C.P.)".

Doctrinariamente se reconocen cuatro clases de Iniciativa: Parlamentaria o Legislativa, Ejecutiva, Judicial y Popular.

La iniciativa legislativa o parlamentaria, es la que corresponde a los legisladores (Diputados); la ejecutiva, - es la que realiza el Presidente de la República; judicial, la que realiza el Poder Judicial; y popular, aquélla que - corresponde a los particulares o entidades sociales (pueblo).

Conforme a nuestro sistema constitucional, tienen iniciativa de ley "exclusivamente" los diputados, el Presidente de la República por medio de sus Ministros y la Corte Suprema de Justicia (Art. 50 C.P.); y, conforme al Art. 105 - inciso final C.P., las Municipalidades, respecto de sus - tarifas de arbitrios municipales.

Como puede observarse, según nuestro régimen constitucional (Art. 50) se reconoce la iniciativa legislativa, la

ejecutiva; y, la judicial, ésta última de manera restringida, únicamente al máximo organismo del Poder Judicial.

Modalidad especial de iniciativa de ley, la constituye la establecida por el Art. 105 inciso final C.P. al conferir la a las Municipalidades, respecto de su tarifa de arbitrios.

Una vez introducido el anteproyecto a la Asamblea Legislativa, éste, se convierte en "Proyecto de Ley". X

• SEGUNDA FASE: LEGISLATIVA •

DISCUSION: "Es el acto por el cual, los diputados (o las Cámaras) deliberan acerca de los proyectos presentados, a efecto de establecer si deben o no ser aprobados".

Esta discusión, generalmente se ajusta a disposiciones Reglamentarias Internas de las Cámaras o Asambleas; así en nuestro medio existe un "Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa", a través del cual se regulan las actividades de los diputados a fin de que la labor sea más ordenada y eficaz.

La etapa de la discusión del proyecto de ley, propiamente dicha, se produce después de emitido el dictamen por la Comisión Permanente respectiva (Art. 16 Reglamento Interno Asamblea Legislativa), ya que en acto previo, después de leído el proyecto ante ^{el pleno} si el proyecto de que se trata deba o no pasarse a la Comisión para su estudio y dictamen, lo que constituye una primera discusión; siendo hasta que ésta emite dictamen que el pleno legislativo entra a la discusión

del proyecto artículo por artículo para su aprobación. (Art 51 C.P. y 19 del Reglamento).

APROBACION: "Es el acto por el cual el pleno legislativo - decide por votación, previo dictamen de la Comisión respéctiva, la conveniencia para decretar una ley, después de haberse discutido en sesión plenaria".

Normalmente, para ser aprobado un proyecto de ley - (Art. 39 C.P.) bastará con los votos de la mayoría (simple) de los miembros de la Asamblea, siempre que no hubiere menos de los dos tercios de los diputados electos, En - caso contrario, será necesario el consentimiento o votos - de los dos tercios de los presentes.

Para el caso especial en que habiéndose devuelto el - proyecto de ley al Poder Legislativo por parte del Poder Ejecutivo (en uso del derecho de Veto), aquél tuviere que - reconsiderarlo, para su ratificación será necesario contar por lo menos con los dos tercios de votos de los diputados electos (mayoría calificada, Art. 52 Inc. 2o. C.P.).

III Fase Ejecutiva:

SANCION: "Es el acto por el cual el Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro de Justicia) firma, aprobando el proyecto de ley".

El Poder Ejecutivo puede negarse a sancionar un proyecto de ley, por dos razones fundamentales: a) por inconveniencia (Art. 52 C.P.), ya sea ésta de carácter económico, social, político, etc.; y, b) por incostitucionalidad -

(Art. 53 C.P.), cuando el proyecto viola o atenta contra disposiciones constitucionales u orden constitucional.

La firma del Poder Ejecutivo, aprobando el proyecto de ley en este momento de la sanción, provoca, acto seguido la siguiente etapa de la promulgación.

PROMULGACION: Se produce incontinenti de ser sancionado el proyecto de ley por el Poder Ejecutivo, y, consiste en el hecho de que al haber sancionado el Poder Ejecutivo del proyecto de ley, éste da fe (promulga) de que para la aprobación de dicho proyecto se ha cumplido con los requisitos que para tal efecto señala la Constitución Política y, ordena que se publique.

La promulgación puede ser: a) expresa, cuando no habiendo inconveniente el Poder Ejecutivo firma el proyecto dentro del período señalado (15 días: Art. 54 C.P.) para que el mismo lo publique; y, b) tácita, cuando el Poder Ejecutivo no publica el mencionado proyecto dentro del mismo plazo (Art. 54 C.P.).

PUBLICACION: "Es el medio material de hacer del conocimiento del público -habitantes del Estado- la voluntad soberana manifestada por el legislador en la forma prescrita por la Constitución Política."

Conforme al esquema planteado del Proceso formativo de la Ley, esta etapa la hemos comprendido en la fase ejecutiva, sin embargo, resulta oportuno señalar que debemos dis

tinguir dos momentos respecto de ella: a) el acto por el cual el Poder Ejecutivo ordena sea publicado el decreto, que queda implícito en el acto de sanción y que se produce sucesivamente a la Promulgación; y b) el acto material de ser dado a conocer el decreto, a través del cual se manifiesta la voluntad popular (legislativa), lo cual en nuestro medio se hace en el Diario Oficial, salvo el caso previsto por el Art. 54 C.P.

IV FASE FINAL: OBLIGATORIEDAD

VACANCIA: "Se entiende por Vacancia -"Vacatio legis"-, el período de tiempo que necesariamente debe transcurrir entre la fecha de publicación del decreto y la fecha en que se iniciará su vigencia u obligatoriedad".

Conforme a nuestro régimen legal, este período -plazo- deberá ser por lo menos de 8 días (Art. 60 C.P.), salvo tratándose de leyes que hayan de regir situaciones no permanentes, en cuyo caso dicho plazo podrá ser menor.

El plazo de vacancia de la ley, puede ser: a) Sincrónico, simultáneo o Uniforme, cuando obliga a todos los habitantes del Estado desde la misma fecha; y b) sucesivo o progresivo, cuando su vigencia la adquiere progresivamente dentro del territorio del Estado, esto es, comenzando en el lugar de su publicación y terminando en los lugares más lejanos.

VIGENCIA U OBLIGATORIEDAD: Se entiende por vigencia, el período de tiempo contado desde el momento a partir del cual

la ley debe ser cumplida y se vuelve obligatoria, hasta la fecha de su derogación.

La ley obliga a todos los habitantes de la República en virtud de su solemne promulgación (Art. 6 C.). Este principio consagra la presunción de conocimiento de la ley, lo que implica no poder alegarse ignorancia de la ley, constituyendo dicha presunción una ficción establecida por el legislador en aras de mantener el principio de Seguridad Jurídica que pretende preservar y conservar el orden jurídico.

Nuestro legislador identifica los términos promulgación y publicación y establece que la fecha de la promulgación será la fecha del Diario en que aparezca publicado el decreto. Lo mismo establece para los Reglamentos y demás disposiciones de carácter general, emanados de autoridad legítima.

DEROGACION, ABROGACION, REFORMA y DESUSO DE LA LEY

DEROGACION DE LA LEY: "Derogar una ley significa dejarla sin efecto". De lo anterior nos planteamos la siguiente pregunta: En qué momento y por qué causas una ley -norma jurídica- pierde su vigencia y en consecuencia deja de ser exigible su cumplimiento?

La respuesta a la interrogante formulada es obvia: la ley, como hecho humano tiene un principio y un fin; su principio lo constituye su entrada en vigor (inicio de la vigencia); y su fin, lo determina la eficacia obligatoria.

Por tanto, una ley pierde su vigencia y deja de ser exigible su cumplimiento cuando han desaparecido las circunstancias condicionantes de la eficacia de su obligatoriedad.

Las causas de cesación de eficacia de la ley, según Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga⁽¹⁾, pueden ser: extrínsecas o intrínsecas.

Se entiende por causas extrínsecas de cesación de eficacia de la ley, aquellos factores que ajenamente a la ley misma producen la extinción de su obligatoriedad, tal como su abolición.

Causas intrínsecas de cesación de eficacia de la ley, son aquellas factores inherentes a la ley misma que extinguen su vigencia.

Como causas intrínsecas podemos citar: a) el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley, tratándose de leyes destinadas a regir situaciones no permanentes; b) la consecución del fin que la ley se propuso alcanzar; y, c) la desaparición de una Institución jurídica o la imposibilidad de un hecho que constituía el presupuesto necesario de la ley.

Respecto del fin de la ley, se distinguen cuatro formas mediante las cuales se pone fin a la obligatoriedad y vigencia de la ley: 1) Derogación; 2) Modificación o reforma; 3) Subrogación, y 4) Abrogación.

1) "Curso de Derecho Civil", Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1951. Pág. 154 y sigs.

1) La Derogación, consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley, esta puede ser: a) expresa o directa, cuando la nueva ley lo establece de manera clara y precisa; b) táctica o indirecta, cuando sin estar expresamente establecida, resulta obvia la incompatibilidad entre la ley posterior y la ley anterior ("lex posterior derogat priori"); c) Orgánica, se produce cuando una ley nueva recoge o recopila en un solo texto toda la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre dichas disposiciones y la nueva ley; d) total, cuando la nueva ley suprime íntegramente el texto de la ley anterior; y e) parcial, cuando la ley nueva llega a suprimir uno o más preceptos de la ley antigua, quedando subsistente el resto de ella.

2) La modificación o reforma consiste en dejar sin efecto una parte de una ley, sustituyéndola por otro texto.

3) La subrogación, consiste en la sustitución de un texto legal íntegro por una nueva ley.

4) La abrogación, consiste en dejar sin efecto, totalmente una ley, sin que haya sustitución de ella por una nueva ley.

En lo que al fin de vigencia o término de obligatoriedad se refiere, el órgano competente para declarar tal circunstancia cualquiera que sea la forma que se utilice, es el mismo poder que la dictó y siempre mediante otra ley.

Además, podemos agregar, que toda norma jurídica gené

ricamente hablando -sentido amplio de la ley- puede ser derogada por otra ley dictada por un poder jerárquicamente superior con facultad para ello, tal como la derogación de que puede ser objeto un Decreto del Poder Ejecutivo, en virtud de una ley -en sentido estricto- dictada por el órgano legislativo; o bien, ésta puede ser derogada en virtud de una reforma constitucional.

DESUSO DE LA LEY

Existe en la realidad social un hecho perfectamente observable respecto de inaplicabilidad de una ley determinada en un momento dado; este hecho consiste en la no aplicación de una ley no obstante no haber precedido su derogación.

Cuando la ley carece de vigencia por no aplicarse sin que haya precedido su derogación por parte del órgano correspondiente, nos encontramos ante la figura que estudiamos: "Desuso de la ley"-desuetudo-, esto es, cuando la ley no se usa o aplica por no corresponder ya al medio social conforme al que fuera dictada.

El Desuso de la ley puede presentarse por las siguientes causas:

a) haber desaparecido las condiciones sociales, económicas, políticas, etc., que provocaron y condicionaron la necesidad de legislación en tal sentido;

b) resultar inadecuada la ley, a la necesidad que pretende servir o a los problemas que el legislador tuvo en -

mente resolver.

c) No existir correspondencia entre la ley y el sentido o mentalidad de la sociedad para quien se impone la obligatoriedad de la ley.

Esta figura -desuso de la ley- en cuanto a su valor legal, carece de fuerza para derogar la ley por el peligro que implicaría tal circunstancia para la seguridad jurídica.

DECRETOS Y REGLAMENTOS

Dentro de los regímenes que consagran la división de Poderes, en general, se denomina DECRETO O REGLAMENTO a las normas jurídicas emanadas del Poder Ejecutivo, y se los define como "la manifestación escrita y unilateral de voluntad del Poder Ejecutivo", según Villegas Basalvilbaso⁽¹⁾

Hemos dejado sentado que la función legislativa corresponde por excelencia al Poder Legislativo, pero tal afirmación no excluye el hecho real de que el poder administrador (Ejecutivo) suele ejercer funciones colegislativas, y, además facultades para normar las actividades a su cargo cada vez mayores en virtud del creciente intervencionismo estatal.

En consecuencia, pues, el Poder Ejecutivo tiene también atribuciones legislativas, hablando en sentido sustan

1) Villegas Basavilbaso, Benjamín. "Derecho Administrativo". Buenos Aires, 1949, T.I. pag. 267.

cial, es decir, refiriéndonos a la naturaleza de la función y no al sentido formal que hace referencia al órgano o poder que la ejerce. Esta atribución legislativa del Poder Ejecutivo se manifiesta en los Decretos o Reglamentos que el mismo dicta.

En nuestro Derecho Positivo, los Reglamentos son dictados por el Presidente de la República y refrendados por el Ministro del Ramo correspondiente (Art. 78 No.15 y 75 CP).

Por otra parte, el Poder Ejecutivo, también crea otro tipo de normas, tales como son las resoluciones ministeriales, que son aquellas normas dictadas por los Ministros, siempre dentro de los límites establecidos por la Constitución Política: Art. 80.

Los términos "Decretos" y "Reglamentos" deben entenderse como sinónimos para determinar a las leyes en sentido amplio, es decir a aquéllos que no surgen del Poder Legislativo, aunque doctrinariamente se emplea con preferencia la expresión Reglamento para esta clase de leyes.

En nuestro medio se observa cierta impropiedad en el uso de dichos términos por cuanto el término "Decreto" es usado tanto para designar a las leyes en sentido estricto como a las leyes en sentido amplio, reservándose el uso del término "Reglamento" para las leyes o disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo que tienen a garantizar una eficaz ejecución de las leyes -en sentido estricto- emanadas del Poder Legislativo.

En tal sentido, se diferencia como "~~Decreto~~ Decreto Legislativo", a las leyes -en sentido estricto- emanadas del Poder Legislativo; y, como "Decreto Ejecutivo" a las leyes -en sentido amplio- emanadas del Poder Ejecutivo, comprendiendo -dentro de éstos a los Reglamentos.

Por Reglamentos, generalmente, se conocen en nuestro medio las disposiciones de carácter jurídico emanadas del Poder Ejecutivo, que complementan a una ley para facilitar su cumplimiento y ejecución. (Art. 78 No. 15).

Por Decretos (Art. 75 CP), en términos generales, se conocen los mandatos escritos que de conformidad a los requisitos prescriptos por el ordenamiento jurídico, dicta la autoridad administrativa -Poder Ejecutivo- en el ejercicio de sus funciones.

CLASIFICACION DE LOS REGLAMENTOS

Se distinguen, cuatro clases de Reglamentos: 1) Reglamentos de Ejecución o Ejecutivos; 2) Reglamentos Autónomos o Independientes; 3) Reglamentos Delegados; y 4) Reglamentos de Urgencia o de Necesidad.

REGLAMENTOS DE EJECUCION O EJECUTIVOS: llamados según algunos autores "Decretos Reglamentarios", son los que reglamentan las leyes dictadas por el Poder Legislativo estableciendo todos los detalles secundarios que se necesiten para obtener o facilitar el exacto cumplimiento de la ley (Art. 78 No. 15 CP).

Esta clase de Reglamento se fundamenta en dos razones principales: a) La dificultad propia de los órganos legislativos de establecer normas de detalle que tengan en cuenta todas las contingencias posibles; y, b) porque una ley excesivamente detallada impediría su adaptación a las circunstancias siempre cambiantes de las necesidades sociales.

REGLAMENTOS AUTONOMOS O INDEPENDIENTES: Son aquellos decretos dictados por el Poder Ejecutivo en virtud de atribuciones propias conferidas por la Constitución Política.

Según nuestro régimen constitucional, el Poder Ejecutivo, solo tiene una única facultad de dictar esta clase de Reglamentos, y es cuando se trata de decretar su Reglamento Interior (Art. 78 No. 15 CP).

REGLAMENTOS DELEGADOS: Son los que dicta el Poder Ejecutivo en virtud de una delegación que de sus facultades realiza el Poder Legislativo.

Esta clase de Reglamentos no pueden darse en nuestro medio (Arts. 80 y 4 CP).

REGLAMENTOS DE URGENCIA O NECESIDAD: son aquellos dictados por el Poder Ejecutivo en un estado de necesidad sobre materias de competencia del Legislativo, siempre y cuando se cumplan, según la doctrina, los siguientes requisitos: a) existencia de un estado de necesidad, es decir, de hechos graves que afecten la seguridad, el orden público, etc. y que deban ser reglados sin dilación; b) que el Poder Legislativo se encuentre en receso y en la imposibilidad mate-

rial de ser convocada con la premura que los hechos exijan; y c) debe privar en el Poder Ejecutivo la intención manifiesta de someterlo a la ratificación del legislativo tan pronto como sea posible.

En nuestra opinión muy particular, en nuestro medio esta clase de reglamentos solo se pueden dar para efectos de suspender o restablecer las garantías constitucionales, situación prevista por el No. 17 del Art. 78 CP, aunque sea conocido o denominado impropiamente como "decreto de Estado de Sitio", ya que como hemos dejado dicho anteriormente, es observable la impropiedad del uso entre nosotros del término "Decreto" -generalizándolo a toda clase de leyes-, por lo que estimamos que en el caso objeto de comentario, estamos en presencia de un "Decreto propiamente dicho", es decir de un Reglamento

CAPITULO IV

LA COSTUMBRE

Aftalión⁽¹⁾ define la costumbre como "Una conducta repetida" y sostiene que en toda repetición existen dos elementos: a) hechos individuales diversos; y b) que esos hechos responden a una esencia común. Así, siguiendo a dicho autor, vemos que se repite el nacimiento, la muerte, la salida del sol por el oriente, etc.; pero en rigor los acontecimientos nunca son exactamente iguales ya que son otros los hombres que nacen o mueren, es otro el sol que sale (pues ha cambiado y envejecido). Pero hemos prescindido de estas diferencias para llegar a lo ideal "Hombre", "Sol" y desde este punto de vista idéntico es que se habla de repetición, porque en la costumbre se encuentra siempre contenido un elemento ideal genérico que puede estar más o menos explicado pero que no falta nunca. Hay pues en la costumbre, un núcleo idéntico genérico que es lo repetido en los actos que se consideran repetidos. Ahora bien, si lo repetido es conducta y no un mero hecho natural, el núcleo de identidad genérica de que hablamos tendrá no solamente un aspecto externo captable por intuición sensible, perceptible en la igualdad del

1) Aftalión E. García O.F.; y Vilanova, J. "Introducción - al Derecho" Buenos Aires, 1967. Pag. 341

hecho en que la conducta consiste, sino también en un aspecto ideal, valioso, que radica en el sentido en que dicha conducta también consiste como ente de valor.

Francois Geni define la costumbre jurídica como "Un uso implantado en un grupo social que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que la componen".

Abelardo Torr  por su parte, la define "como el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes" al decir normas jurídicas se entiende que han de ser coercibles y eso las diferencia de los usos sociales que no lo son y que no constituyen por tanto, derecho consuetudinario.

Escriche, la define "como la práctica muy usada y que ha adquirido fuerza de ley o el derecho no escrito que se ha introducido por el uso".

Aftalión⁽¹⁾ nos da dos definiciones de la costumbre jurídica; la define como "la repetición de conducta en interferencia intersubjetiva; y, una segunda diciendo que es aquella que es "la repetición constante en un medio social, de determinados modos de obrar, repetición acompañada de un profundo convencimiento de su obligatoriedad, en cuanto podría ser coactivamente exigida, en caso de transgresión por otros sujetos".

Claude Du Pasquier la define como "un uso implantado

1) Obra citada pag. anterior.

en una colectividad y considerado por ella jurídicamente - obligatorio, es el derecho creado por la costumbre, el "ius moribus constitutum".

"Derecho consuetudinario" se opone a "Derecho legislado" pudiendo el derecho consuetudinario estar consignado - por escrito a efectos de precisar y fijar su contenido, divulgarlo, etc.

Atendiendo a su origen el derecho puede ser:

a) Derecho Consuetudinario o de la costumbre o costumbre jurídica.

b) Derecho legislado. Tomándose esta en sentido amplísimo o sea designando a toda norma jurídica establecida en forma deliberada y consciente (comprendiendo no solo la ley en strictu sensu, sino también, decretos, sentencias, etc.)

Según la doctrina tradicional, en la costumbre jurídica se distinguen dos elementos: 1) un elemento material, consistente en la práctica repetida durante un tiempo más o menos prolongado; 2) un elemento espiritual consistente en el convencimiento de que aquéllo debe hacerse, de que es jurídicamente obligatorio, porque no depende del arbitrio subjetivo, sino de que es exigible por los demás. Estos elementos eran conocidos por los romanos como INVETERATA CONSUEUDO Y OPINIO IURIS SEU NECESSITATIS.

Autores como García Máynez, Coviello, Alessandri sostienen que el elemento objetivo lo integran: a) generalidad; b) constancia; c) uniformidad.

Es uniforme la idea de considerar que los caracteres de la costumbre son:

a) Surgimiento espontáneo; b) es de formación lenta; c) no tiene autor conocido; d) suele ser incierta e imprecisa; e) es particularista (ya que son observadas generalmente por una clase o grupo social determinado.).

El imperio de la costumbre fue en un principio absoluto, dominio que se vió minado cuando al asentarse el Estado, se produce la aparición de la formulación legislativa - del derecho en concurrencia con la consuetudinaria y con - tendencia a suplantarla.

1) Escuela Racionalista. En un determinado momento - histórico se verifica el fenómeno de que las costumbres se conciben como válidas sólo porque lo quiere el legislador y en la medida en que éste las admite. Este fue el punto de - vista de las escuelas racionalistas y contractualistas del Derecho, que únicamente reconocían valor al derecho consuetu - dinario vinculándolo al consensus imperantes. La decadencia efectiva de la costumbre culminó a principios del siglo XIX, cuando se inicia en casi todos los países europeos continen - tales una era de codificaciones, con la pretensión de abar - car en códigos cerrados y completos, todo el derecho. Para esta escuela el derecho es únicamente el producto de la ra - zón.

2) Escuela Histórica. Su representante máximo fue - Savigny, quien dice que el derecho no es creación del legis -

lador, sino que antes de alcanzar consagración legislativa se manifiesta en forma directa en la costumbre; que a su vez es fiel reflejo de la conciencia jurídica popular, del espíritu del pueblo. El derecho es un producto de la historia, de la vida social y no de la razón; nace de las mismas relaciones sociales como fruto de las necesidades y de las aspiraciones de cada época. El legislador se limita a comprobar reglas jurídicas preexistentes, lo cual por otra parte presenta el inconveniente de paralizar su desarrollo evolutivo.

El pensamiento de Savigny fue completado y desarrollado por Jorge Federico Von Puchta, quien objetiva y personifica la noción de "espíritu popular" a que se refiere Savigny, considerándolo como fuerza que existe independientemente de las conciencias individuales. Mientras Savigny presenta el desarrollo del derecho como un resultado de la vida social él habla de espíritu popular como un producto de la conciencia de cada uno. Puchta lo encara como un producto natural e independiente. "El derecho procede del espíritu popular como la planta de su semilla, su forma y evolución están fijadas de antemano; los individuos no son más que los pasivos portadores de un derecho que ellos no han creado".

3) Escuela Positivista. Sostiene que es el derecho estatal, manifestado primordialmente por la ley, el objeto del conocimiento jurídico. El derecho se identifica en términos generales con la ley (considerada especialmente en su aspecto formal) y pasa la costumbre a regular en un lugar secun-

dario, ya sea para regular materias que todavía no han sido objeto de regulación legal, ya sea, en fin, solamente cuando la ley se refiere expresamente a ella.

FORMAS DE DERECHO CONSUE TUDINARIO

Estado actual del problema: Walter Heinrich, estudiando las relaciones entre la ley y el derecho consuetudinario, ha descrito tres formas del Derecho Consuetudinario, estas son: a) DELEGANTE; b) DELEGADO; c) DEROGATORIO.

a) EL DERECHO CONSUE TUDINARIO DELEGANTE, se dá cuando por medio de una norma jurídica no escrita, se autoriza a una determinada instancia para crear derecho escrito. La costumbre en estos casos, se encuentra supraordinada a la ley; ejemplo de élla sería el caso de las constituciones no escritas.

b) DERECHO CONSUE TUDINARIO DELEGADO. Existe en aquellos casos en que la ley se remite expresamente a la costumbre para la solución de determinadas controversias". Es lo que ocurre por ejemplo cuando la ley se remite a los usos mercantiles para determinar el significado de las cláusulas insertas en los contratos. Se puede incluir aquí, la costumbre independiente de la ley, sobre materias no reguladas. - Art. 2 C.C.

c) DERECHO CONSUE TUDINARIO DEROGATORIO: es el que existe toda vez que una ley carece de vigencia por obra de la costumbre, ya sea que nunca la haya tenido (o sea en los

casos en que la práctica prescinde de la ley y se actúa como si esta no existiera -DESUETUDO- ya sea que habiendo alcanzado vigencia la haya perdido más tarde por la formación de una costumbre contraria -COSTUMBRE ABROGATORIA- prohibida por el Art. 59 de nuestra Constitución Política.

CLASES DE COSTUMBRE

a) Atendiendo al factor territorial pueden ser: 1) - General, la que se practica o rige en todo el territorio del Estado, ejemplos son los contenidos en los artículos 1726 y 1728 del Código Civil; 2) Local, la que se practica en determinado lugar de un país.

b) Atendiendo a sus relaciones con la ley; 1) Costumbre CONTRA LA LEY (Contra Legem). Este tipo de costumbre puede ser POSITIVA o NEGATIVA: es positiva cuando contraría a la ley (hay desuso más violación); es negativa, si se trata del simple desuso. La costumbre contra-*legem*, deroga la ley. Nuestra legislación como dijéramos antes, no admite este tipo de costumbre, pues el Art. 59 CP. contiene el principio de autoridad formal de la ley; 2) COSTUMBRE FUERA DE LA LEY, o costumbre supletoria (*Praeter Legem*) rige para el caso de que la ley no disponga: viene a suplir una laguna de la ley Art. 1 del Código de Comercio; 3) COSTUMBRE SEGUN LA LEY o costumbre interpretativa (*Secundum-Legem*), que ofrece dos formas: a) práctica colectiva uniforme de interpretar, aplicar y cumplir la ley; b) la que por expresa disposición

de la ley, debe regir una relación determinada. Ejemplos: - Artículo 2 C.C., en relación con los artículos 1417, 1626, 1728, 1732, 1739, 1742, 1774 y 1877 todos del Código Civil.

LA COSTUMBRE Y LOS USOS SOCIALES

Los usos sociales son también llamados "reglas de - cortesía", "convencionalismos sociales", etc., y que erróneamente se les llaman costumbres; así por ejemplo la costumbre de ponernos corbata, saludar a nuestros conocidos, etc. Pero estos usos, a los que se suele comúnmente decir que - "Estamos obligados" por dichos convencionalismos, no constituyen costumbres (jurídica) puesto que no definen derechos y deberes correlativos. En ambos casos hay conducta - repetida pero mientras en un caso la conducta está considerada en su interferencia intersubjetiva, en otro no (o sea que el hacer del uno se encuentra frente al exigir de otro). Vemos entonces que lo que aparecía como obligatorio para el convencionalismo social, es, en verdad, desde un punto de - vistá estrictamente jurídico, solo facultativo ya que podemos, en efecto, usar corbata o no y si no lo hacemos, nadie puede forzarnos a hacerlo.

La costumbre jurídica es pues en algunos casos, en - tanto que los usos sociales no lo son, pues si bien pueden acarrear sanciones especiales (hazmerreír, exclusión social, etc.) no pueden dar lugar jamás a una imposición coactiva. En cuanto diesen lugar a imposición coactiva, se trataría -

obviamente de obligaciones o deberes jurídicos.

LA COSTUMBRE Y LOS USOS MERCANTILES

Los usos mercantiles, también llamados "usos normativos" tienen validez general y se aplican contra la voluntad de los contratantes. Son iguales a la costumbre. Son prácticas locales o profesionales que influyen tácitamente en los actos jurídicos y se entienden incluidos en ellos. Ejemplos las prácticas bancarias. A estos les falta el elemento subjetivo.

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO SALVADOREÑO

En nuestro Derecho Civil solo se toma en cuenta la costumbre según la ley o costumbre interpretativa (Secundum Legem) Art. 2 C.C.

En Derecho Mercantil, el artículo 4 del Código de Comercio, tiene una gran importancia puesto que acepta aún la costumbre fuera de la ley. Se habla de "Uso" en este artículo, para que no se exijan todos los elementos de la costumbre -en sentido estricto-.

En Derecho Penal, César Beccaría en su obra "Del Delito y de la Pena", defiende el principio de la legalidad penal y desde entonces se mantiene como una conquista del liberalismo el principio "Nulla crimen, nulla poenae, sine lege" que modernamente se convierte en el principio que dice que "no hay delito sin tipicidad", adoptado también por nuestra legislación Penal que responde a la doctrina moderna de

dicha disciplina.

En Derecho Procesal, y de acuerdo a lo prescrito por el Artículo 2 Pr. la costumbre no tiene ningún valor.

COERCIBILIDAD DE LA COSTUMBRE

Como anticipáramos en anterior párrafo, sostenemos - la coercibilidad de la costumbre en algunos casos, esto - por cuanto hemos referido a la misma desde tres puntos de vista en relación a la ley -norma jurídica- : Preter legem contra legem y secundum legem, siendo ésta última de las - citadas a la que nos referíamos cuando consideramos la coercibi lidad, por cuanto siendo la propia ley -norma jurídica- emi nentemente coercible, la que se remite a élla expresamente nos encontramos con que lo que en tal situación ocurre no es otra cosa, sino la incorporación que la ley hace dentro de su contexto, a la costumbre, imprimiéndole con éllo el carácter de coercibilidad, todo lo que sumado a los elemen tos de la costumbre a que también hiciéramos referencia antes, nos lleva a sostener el mencionado carácter coercible de la costumbre, cuando ésta constituye la especie denominada "secundum legem", no así en las otras clases de élla por cuanto aquéllas no alcanzan, valga la expresión, el manto - protector de la ley -norma jurídica- sin cuyo factor resulta imposible tal consideración.

CAPITULO V

LA JURISPRUDENCIA

La expresión Jurisprudencia, se emplea fundamentalmente en tres sentidos:

1) Como "denominación clásica de la Ciencia del Derecho", y en tal sentido decimos "Estudios de Jurisprudencia", "Facultad de Jurisprudencia", etc., entendiéndolo por ella a la Ciencia del Derecho.

2) Como "el conjunto de fallos o sentencias dictadas por los jueces u Organos Jurisdiccionales -sentido amplio- resultantes de la aplicación del Derecho Positivo.

En el empleo de la expresión Jurisprudencia, en sentido amplio, se comprende no solo a las decisiones de los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial -jurisprudencia judicial- sino también la de ciertos órganos jurisdiccionales dependientes del Poder Ejecutivo -jurisprudencia administrativa-, en los países donde existen tribunales contencioso-administrativos.

La jurisprudencia, en el primer sentido que apuntamos en este apartado, también ha sido denominada: 1) como "Derecho Jurisdiccional", "Derecho Jurisprudencial", "Derecho -Judicial", haciendo referencia solamente a las decisiones de los órganos integrantes del Poder Judicial; y, además, 2) en sentido metafórico "Derecho Vivo", por cuanto conforme teorías sostenidas por algunos autores, entre ellos Kel-

sen, sostienen que el Derecho comprende un aspecto "Estático" -la norma escrita- vale decir letra muerta del Derecho; y un aspecto "Dinámico" que resulta de la aplicación del Derecho -norma- por los Jueces a casos concretos -sentencias- constitutiva de jurisprudencia, en virtud de la cual, el Derecho cobra vida.

Sin embargo, a tal teoría se la critica en base a que no es siempre necesaria la aplicación del Derecho a casos concretos por parte de los jueces a través de las sentencias, ya que en variadas y múltiples ocasiones el sujeto obligado por la norma se determina al cumplimiento del deber jurídico de manera espontánea y natural, en cuyo caso, resulta innegable el aspecto vivo del Derecho, tanto como en el caso de aplicación de la norma -individualización- al sujeto en virtud de sentencia judicial.

Entendida en este sentido la jurisprudencia -conjunto de sentencias-, distinguimos dos variedades de éllas: a) tendremos "Jurisprudencia Uniforme", cuando el conjunto de sentencias judiciales sobre un mismo punto tengan una misma orientación; y b) "Jurisprudencia Contradictoria", cuando una misma cuestión es resuelta de manera diversa ya sea por distintos tribunales o por un mismo juez en distintos fallos.

De la anterior distinción, surge el tercer aspecto o sentido en el que es empleado el término Jurisprudencia:

3) En sentido restringido, "como el conjunto de sentencias orientadas en un mismo sentido sobre un punto". Es

pues, en este sentido la Jurisprudencia, "El conjunto de sentencias uniformes": Jurisprudencia uniforme, a lo que es lo mismo la expresión corrientemente usada "sentar jurisprudencia" como la actitud de un juez cuando sentencia o falla un mismo caso, en igual sentido en que se pronunciaran fallos, propios o distintos, ante casos o situaciones semejantes.

Descritos los tres sentidos en que fundamentalmente se emplea el término Jurisprudencia y observándose que no hacemos referencia a la actividad jurisdiccional propiamente dicha -trabajo del juez: interpretación de la ley, de los hechos, etc.-, sino al resultado de esa actividad, nos corresponde ahora tratar los problemas fundamentales relacionados con la Jurisprudencia como Fuente del Derecho.

Estos problemas se sintetizan en las siguientes interrogantes: 1o) Si es o no la Jurisprudencia Fuente del Derecho?; y 2o.) Si la Jurisprudencia es realmente creadora del Derecho o simplemente declarativa del mismo?

Respecto del primer problema, debemos inicialmente referirnos a lo que hemos entendido por "Fuente del Derecho".

Así, hemos dejado establecido que por Fuentes del Derecho entendemos el origen, la causa o el nacimiento de las normas jurídicas. Asimismo, hemos distinguido como fuentes, -entre otras-, materiales e históricas-, a las formales, -entendiendo por éstas "las distintas maneras de manifestarse las normas jurídicas".

Entre las distintas maneras de manifestarse las normas

jurídicas -fuentes formales del derecho-, señalamos a la Ju
risprudencia, que, conforme a nuestra conceptualización, -
resulta obvio considerar que esta constituya una modalidad
o fuente formal bien perfilada del Derecho Positivo, pues -
élla constituye el conjunto de normas emanadas de los jueces
en su actividad jurisdiccional; modalidad que no emerge ni
del legislador como la ley, ni del pueblo como la Costumbre.

En tal sentido, cuando estamos en presencia de una Ju
risprudencia Uniforme, ya sea porque los jueces sigan u ob-
servan el precedente, o bien porque exista un tribunal de -
Casación que la Unifique con valor obligatorio para todos -
los tribunales inferiores, la actividad jurisdiccional ha -
dado origen a una norma general, por cuanto ésta rige para
un número indefinido de casos semejantes en cuyo caso, la -
Jurisprudencia constituye una modalidad o fuente formal ge-
neral.

Respecto de una sentencia aisladamente considerada -
es o no fuente del Derecho?

A juicio de algunos autores, ésta no constituye fuen-
te del Derecho por considerar erróneamente que sólo las nor-
mas generales constituyen fuente del mismo; sin embargo, -
creemos que sí constituyen una fuente particular, a diferen-
cia de la general -conjunto de sentencias uniformes-, por
cuanto el Juez al resolver un caso concreto dicta siempre
una norma individualizada, que, en principio obliga solo a
las partes y, que al igual que un contrato constituye una

modalidad o fuente formal del Derecho Positivo.

En relación al segundo problema planteado -si la Jurisprudencia es creadora o simplemente declarativa del Derecho?-, creemos conforme hemos explicado que la actividad jurisdiccional es siempre fuente de normas jurídicas puesto que el juez siempre, al sentenciar, dicta siempre una norma individualizada.

Ahora bien, el problema estriba en determinar si el juez o tribunales al ejercer esa actividad -la función de administrar justicia-, es creadora de Derecho, es decir, si esas normas agregan "algo nuevo" a lo ya establecido por la ley; o si simplemente son declarativas de Derecho, valga decir, si se limitan solo a declarar lo que ya está en la ley.

Al respecto, encontramos tres posiciones fundamentales:

a) La posición clásica que sostiene que la Jurisprudencia y por ende la sentencia es siempre "declarativa", por considerar que el Juez -que no es legislador- no hace sino declarar en la sentencia lo que está en la ley. Convierte esta posición al Juez, en una máquina de subsumir- cual la ley es la premisa mayor; el caso particular o concreto la premisa menor; y la sentencia como frío razonamiento lógico, la conclusión.

b) En una segunda posición se sostiene que la Jurisprudencia es siempre creadora de Derecho, por cuanto siempre el Juez a través de ella, -en las sentencias- aporta nuevos elementos a los ya establecidos por la ley; la razón

de que el Juez al ejercer la actividad jurisdiccional, puede optar entre varias soluciones posibles, esa función judicial crea derecho, pero eso sí, dentro de un marco delimitado previamente por la ley. La función del Juez, adquiere en consecuencia carácter auténticamente creativo del Derecho, es decir como elemento vivo y dinámico de la vida jurídica -y no reducido a función subsumidora.

c) Finalmente, una tercera posición sostiene que la - Jurisprudencia es verdaderamente creadora solo cuando el - Juez llena una "laguna" de la legislación, por cuanto considera que frente a una ley clara, la sentencia que la individualiza no le agrega nada, a diferencia de la situación en la que frente a una "laguna" de la legislación, el juez debe integrar la ley, en cuyo caso sí actúa como verdadero legislador.

CONCLUSION

Por nuestra parte, creemos que la posición más acertada es la que sostiene que la sentencia siempre agrega algo nuevo a la ley, con la apreciación de sus respectivos - grados, y consecuentemente constitutiva -la jurisprudencia- de fuente formal del Derecho.

Así, frente a una ley clara y sencilla, la sentencia agrega "algo" nuevo a ella: GRADO MINIMO; y, en los casos - en que el juez suple una "laguna" de la legislación, consti-

tuyéndose en mero legislador del caso particular o concreto,
la sentencia crea la norma aplicable al mismo: GRADO MAXIMO.

CAPITULO VI

LA TEORIA GENERAL DE LA TECNICA

JURIDICA

Siendo como hemos dicho, el Derecho un objeto cultural y por lo tanto obra del hombre, por cuanto son los hombres quienes dictan las normas que han de regir la convivencia, y también los que las aplican, como tal -actividad humana- la formulación de normas jurídicas y su aplicación a los casos concretos, puede también ser tecnificada, es decir, guiada por una serie de reglas -las reglas técnicas- que prescriben un conjunto de procedimientos especiales cuya observancia permite un trabajo bien organizado y asegura resultados fructíferos, de lo que obviamente resulta indudable la necesidad y ventajas de una buena técnica jurídica;.

Por técnica, en general, hemos entendido en la primera parte de nuestro trabajo, el conjunto de procedimientos que se siguen para llegar a un objetividad , es decir para realizar un fin concreto.

Particularizando ya el concepto, de Técnica al tema en estudio, diremos que por Técnica Jurídica, habremos de entender "el conjunto de procedimientos que se siguen para la formulación, interpretación y aplicación del Derecho, -tendientes a la realización de un valor, esencialmente los valores Seguridad y Justicia".

Debemos sí, distinguir entre lo que hemos entendido por Técnica y lo que debemos entender por Práctica Jurídica, la última de éstas llamada también por algunos, impropriamente a nuestro entender, Práctica Judicial, por cuanto ésta constituye uno solo de los aspectos de aquella; por cuanto, por Práctica según los autores Alcalá Z. y Levene⁽¹⁾ debe entenderse "el conjunto de conocimientos empíricamente adquiridos y aplicados a la realización material de las distintas actividades u operaciones de cualquier profesión u oficio" y, para el caso en comento "de la profesión del Derecho".

El contenido de la Técnica Jurídica, comprende una serie de medios o procedimientos también técnicos que se los ha dividido en: Formales y Sustanciales, así:

- a) Propios del Derecho
 - Vocablos
 - b) Comunes con sentido jurídico especial
- Lenguaje
 - Fórmulas
- I.-FORMALES
 - Aforismos y Sentencias
 - Estilo
 - Formas o Formalidades
 - Sistemas de Publicidad

1) Alcalá Zamora y Levene Ricardo, "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, 1945, T.I pág. 165.

- Definiciones
- II.- SUSTANCIALES
- Presunciones

I.- MEDIOS O PROCEDIMIENTOS FORMALES

1.- LENGUAJE, comprende el vocabulario propio de la - Ciencia Jurídica, es decir, la terminología que responde a las necesidades a lo que ha dado en llamarse "Lenguaje Técnico Jurídico", compuesto por una serie de vocablos mediante los cuales se manifiesta.

Dentro de dichos vocablos, encontramos: a) algunos, - propios de la Ciencia Jurídica, tales como hipoteca, protocolización, etc.; y, b) algunos del lenguaje común pero asignándoles un significado estrictamente jurídico, tales como: cosa, servidumbre, fundación, sucesión, prescripción, prenda, habitación, etc.

Por FORMULAS, como medios de manifestarse la Técnica Jurídica, se comprende a las distintas expresiones solemnes y tradicionales que se conservan en la aplicación del Derecho, tales como "Hágase saber", "Notifíquese", etc.

AFORISMOS Y SENTENCIAS, son expresiones usadas comúnmente por tratadistas del Derecho y en escritos forenses, - generalmente procedentes del Derecho Romano y que generalmente se expresan en latín, tales como: "ad referendum", - "ad probationem", "ubi lex non distinguit, neo nos distinguere debemus", etc., así como otros tantos que se expresan en español, tales como: "a confesión de parte relevo de prueba", "lo que no está expresamente prohibido por la ley,

está tácitamente permitido por ella", etc.

ESTILO. En razón de que el Derecho -las normas jurídicas o leyes- en cuanto a su redacción deben ser lo suficientemente claras como para ser entendido por todos y para que su interpretación y aplicación no propicie interminables -discusiones, la Técnica Jurídica precisa de un estilo particularmente claro, en el que en muchas ocasiones necesario es el sacrificio de los más estrictos principios de la sintaxis.

2.- FORMAS O FORMALIDADES, están constituidas por el conjunto de signos exteriores que acompañan a la realización de los actos jurídicos, es decir, las formalidades exigidas por algunas disposiciones legales, tales como: la necesidad de hacer constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones. Art. 1580 C.,; la presencia -de dos testigos en la celebración del matrimonio, Art. 117C., etc.

De las mencionadas formas o formalidades como medios de manifestarse la Técnica Jurídica, surge la importancia de clasificar a los actos jurídicos en formales, entendiendo por los primeros, aquellos para cuya realización el Derecho exige de manera forzosa una determinada forma, los que a su vez se clasifican en "Solemnes", aquellos en los que la validez o existencia del acto depende de la observancia de la forma establecida (consentimiento de los contra-

yentes en el matrimonio sin el cual el acto se reputa inexistente sin que haya manera de convalidarlo); y en "No-Solemnes" aquellos en que la forma no es exigida como condición de validez del acto, sino simplemente como medio de prueba (inscripción en el Registro de la transmisión o gravámen sobre inmuebles). Por otra parte encontramos los actos jurídicos no formales, lo que no significa que tales actos carezcan de forma, sino que esta queda sujeta a la voluntad de las partes o personas que los realizan.

3.- SISTEMAS DE PUBLICIDAD, como medios o procedimientos de la Técnica Jurídica, los constituyen los Registros, tales como el de Propiedad, de Hipotecas, de Comercio, de Estado Civil de las personas, etc., por cuanto dichos registros permiten una mayor seguridad en ciertas relaciones jurídicas no solo entre las partes sino también frente a terceros, con lo que dichos actos, así adquieren verdadera autenticidad y facilita la prueba de los mismos.

4.- DEFINICIONES. Comprenden aquellas expresiones a través de las cuales el legislador reúne los caracteres esenciales o definitorios del objeto en cuestión, definiciones que no deben ser de contenido meramente doctrinario sino también deben tener alcance normativo, salvo que sirvan directamente para la interpretación de la ley.

5.- PRESUNCIONES. Consisten en la inferencia que el legislador o magistrado saca de un hecho conocido para llegar al establecimiento de otro hecho desconocido, tales como

el encuentro de un objeto perteneciente a "X" en el lugar de comisión de un delito, hace presumir que su dueño sea el autor del mismo; la fuga de la esposa con otro hombre, es presunción de adulterio. Son estas, las presunciones llamadas de Indicio o Indiciarias.

Existen además, las presunciones legales, aquellas establecidas por la ley, reguladas por el Art. 45 de nuestro Código Civil, entre las que se distinguen: las legales propiamente dichas, simplemente legales o "Juris Tantum" cuando admiten prueba en contrario, tales como las de los Arts. 62, 79, 192 (2) -758, 1441, 1465 (2), 1541 C., etc. y las Presunciones de Derecho o "Juris et de Jure", cuando no admiten prueba en contrario, tales como las de los Arts. 74 (2), 147 (2) C., etc. y Art. 3 C.Tr.

Dicho lo anterior, distinguiremos dentro de la Técnica Jurídica, cuatro aspectos de ella: la Técnica Legislativa, la Técnica Jurisdiccional y la Técnica Administrativa dentro del hacer estatal conforme al sistema tridivisional de poderes; y, finalmente la Técnica Doctrinaria, - para referirnos a la actividad de los juristas, particularmente considerada.

TECNICA LEGISLATIVA

Comprende la Técnica Legislativa, el conjunto de procedimientos o reglas técnicas relativas a la formulación del Derecho en la actividad del legislador en la ela

boración de las normas jurídicas o leyes.

El contenido de este aspecto de la Técnica Jurídica, se concreta fundamentalmente a los problemas relativos al lenguaje y estilo de la ley; a la distribución de leyes en distintos Códigos y a la distribución de las normas dentro de los Códigos y leyes; y, a la determinación de los sistemas de legislación, codificación o simplemente incorporación.

Alfredo Colmo⁽¹⁾, establece una división de la Técnica Legislativa en Interna y Externa. La primera, según dicho autor, es aquella que se refiere a la concepción de las ideas jurídicas que se transformarán en preceptos obligatorios y comprende a las fuentes materiales de las normas jurídicas, a la terminología, a la sistematización, al estímulo de la ley, etc.; mientras que la externa, es aquella que se refiere a la tarea de preparación, discusión y sanción de las leyes y Códigos, ya sea esta asignada a una comisión parlamentaria, o bien, recaiga la misma en el nombramiento de un jurisconsulto de reputación.

TECNICA JURISDICCIONAL

La Técnica Jurisdiccional comprende el aspecto de la Técnica Jurídica que se refiere a la actividad de los Magistrados y Jueces en la aplicación e interpretación del

1) Colmo, Alfredo. "Técnica Legislativa del Código Civil - Argentino" Buenos Aires, 1971. págs. 23 a 26.

Derecho.

Algunos autores, entre ellos Abelardo Torr (1), han considerado que más convendrá llamarla "Técnica Judicial", porque entonces se comprender  además de lo dicho en el párrafo presente, el aspecto técnico de la actividad de los abogados, procuradores, etc..

Por nuestra parte, estimamos como más adecuada la denominación Técnica Jurisdiccional, por cuanto la aplicación del Derecho, estrictamente hablando es una actividad propia de los jueces y magistrados, cuando en el ejercicio de la función jurisdiccional, por delegación del Estado, hacen aplicación del Derecho a un caso concreto, ya que la actividad de los abogados y procuradores, aunque en sentido amplio pueda estimarse que constituya aplicación del Derecho, no menos resulta cierto que no siempre el abogado o procurador en el ejercicio de la práctica judicial aplica el Derecho, actividad que como hemos sostenido es propia de los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, que dicho sea de paso, es por naturaleza propia, una función estatal.

Como problema cuyo objeto de estudio comprende la Técnica Jurisdiccional, podemos citar los que derivan de la Interpretación de la ley, de la confección de las sentencias

1) Torr , Abelardo, "Introducción al Estudio del Derecho", 6a. Edi. Perrot. Buenos Aires, Pag. 262 párrafo 25.

y demás resoluciones; lo relativo al interrogatorio de testigos y otros actos procesales (especialmente en materia de pruebas), etc.

TECNICA ADMINISTRATIVA

Comprende el aspecto de la Técnica Jurídica, a través de la cual el Estado en su función administrativa, ejercida por el Poder Ejecutivo, determina los procedimientos o medios técnicos correspondientes a fin de cumplir una sana y eficiente administración que permita una correcta ejecución de las leyes.

TECNICA DOCTRINARIA

Este último aspecto de la Técnica Jurídica, lo constituye aquel que se refiere a la actividad de los juristas en el estudio de los regímenes jurídicos y aún a la exposición y enseñanza del Derecho.

Sin embargo, entendida la expresión Técnica Jurídica en el sentido en que hemos dejado apuntado, al inicio del presente capítulo, de acuerdo con Aftalión García y Vilanova⁽¹⁾, diríamos que ésta, la Técnica Doctrinaria, no constituye Técnica Jurídica, por cuanto no se refiere ni a la formulación (Técnica legislativa) ni a la formulación e -

1) Enrique R. Aftalión, Fernando García y José Vilanova; "Introducción al Derecho", Buenos Aires, 1964, pag. 413

interpretación del Derecho (Técnica Jurisdiccional) ni a la ejecución del mismo (Técnica Administrativa), pues a lo que comúnmente se denomina técnica doctrinaria es a aquella empleada por el científico del Derecho, ya sea para investigar o enseñar el mismo Derecho, e inclusive para la enseñanza de la propia Técnica Jurídica, la que a su vez es distinta de la Técnica Pedagógica aplicada a la enseñanza de las disciplinas jurídicas que bien podría denominársela como "Técnica Pedagógico-Jurídica".

Es atendiendo a que la materia con que trabaja el doctrinario, es el Derecho, que se la incluye como un aspecto más de la Técnica Jurídica General.

CAPITULO VII

PROBLEMAS QUE GENERA LA APLICACION DEL DERECHO

-INTERPRETACION DEL DERECHO-

Previamente al desarrollo del presente tema, consideramos oportuno, referirnos al título del mismo, pues como se ha reparado, lo denominamos "Interpretación del Derecho" y no de la ley, como es costumbre que muchos autores le denominen. Tal circunstancia, obedece a que somos partícipes de la idea o teoría de que no solo la ley es objeto de interpretación, sino que dentro del tema que nos ocupa debemos comprender a todo el Derecho por cuanto todo su contenido, como veremos adelante, está sujeto a ser interpretado por el hombre en las diversas posiciones que éste ocupe dentro del conglomerado.

Intentando adentrarnos ya al desarrollo de la Interpretación del Derecho, como solución a algunos problemas que genera la aplicación del sistema normativo jurídico, debemos ante todo determinar en qué consiste la interpretación.

Interpretar un proceso jurídico, significa determinar su sentido y su alcance, debiendo entender por el primero, la finalidad que aquel precepto persigue; y como el segundo, la extensión que el mismo tiene.

En la actualidad, resulta de indiscutible valor la necesidad de interpretación del Derecho, en virtud de que es -

frecuente encontrarnos ante disposiciones confusas o equívocas del legislador, algunas de ellas, incluso contradictorias entre su espíritu y su texto escrito; o bien, disposiciones contradictorias dentro de un mismo cuerpo legal u orden jurídico.

El carácter inobjetable de la necesidad de interpretación del Derecho, como dijéramos, se justifica, no obstante que en la antigüedad, incluso llegó a alcanzar un carácter prohibitivo.

Así, con el auge del racionalismo de los siglos XVIII y XIX fue establecida la prohibición de interpretación por disposición legal, tal como lo hicieran el Código de Baviera en 1812 y el Fuero Juzgo en el siglo XIII. Sin embargo, el desvanecimiento de la ilusión racionalista se hizo presente por obra de la misma realidad: la necesidad de interpretación del Derecho por las razones a que antes hicieramos mención.

Como previamente al inicio del tema aludiéramos, fincamos la razón para denominarlo en tal forma aunque estimamos a la Interpretación como consideración de orden general aplicable a todo objeto con sentido y no solo a la ley. En tal medida, puede interpretarse toda expresión o signo. El considerar que solo la ley es interpretable obedece quizás sin duda, a una inexacta supervivencia del racionalismo exagerado creyente que todo el derecho estriba en la ley y que lo interpretable es únicamente ésta, inexactitud que queda

a todas luces al descubierto, con el simple señalamiento, a guisa de ejemplo, que tanto como la ley, son objeto de interpretación un contrato como una sentencia con la - salvedad respecto de ellos, que en relación a su naturaleza jurídica hiciéramos un acápite en la primera parte del presente trabajo.

Es imprescindible mencionar, que la interpretación - del Derecho origina serios problemas, que van desde el estudio de la actividad del intérprete hasta el estudio del método por éste empleado en tal tarea, todo lo que da lugar a una "Teoría General de la Interpretación del Derecho", llamada también por algunos "Hermenéutica Jurídica", que nos lleva al estudio de una clasificación de la Interpretación: a) en atención a quien sea el intérprete; b) a su alcance y extensión; c) al método que para lograrla se emplee; etc.

Según el Intérprete	Judicial, Jurisprudencia (usual)	es la realizada por Jueces y magistrados al sentenciar. Es - obligatoria a las - partes en litigio - en sentencias aisladas; se aplica no - solo para el caso - en que los análogos subsiguientes cuando se ha sentado <u>jurisprudencia</u> ".
	Legislativa o Auténtica	La que emana del propio legislador (ley interpretativa que se incorpora a la anterior). Es obligatoria para todos por ser una ley "auténtica": porque la interpreta su propio autor.

		<p>La realizada por jurisconsultos y comentaristas. Carece de obligatoriedad aunque influye en gran medida en las decisiones judiciales, conociéndose como única excepción, las opiniones de Paulo, Gallo, Ulpiano, Papiniano y Modestino en la Constitución Imperial en Roma, que fueron obligatorias hasta su abrogación por Justiniano. Es libre, porque su opinión no es influida por ningún litigio.</p>
	Doctrinaria o libre:	
	Declarativa:	<p>La que se limita a reproducir el texto legal.</p>
Según su alcance y extensión	Extensiva:	<p>Cuando se extiende el alcance de la norma mediante el desarrollo de las posibilidades de la misma. Esta, no debe confundirse con la "aplicación analógica" ésta es medio de integración del Derecho. En la primera puede razonablemente abarcarse un caso determinado; en la segunda se empieza por reconocer que la norma no rige el caso.</p>
	Restrictiva:	<p>La que restringe su alcance y generalmente tiene lugar cuando la aplicación del texto expreso de la norma resultaría injusto.</p>
Interpretación según el Método que se emplee	Tradicionales	<p>Es aquel que usa palabras y frases aisladamente, desconectadas del orden jurídico; desconoce unidad de todo ordenamiento jurídico.</p>
	Gramatical o Filológico:	

Interpretación según el Método que se emplee:

Tradicionales

Históricos o Exegéticos

Surge con el auge del racionalismo: frente a a ley oscura o dudosa ha de recurrirse a la voluntad o intención del legislador que la dictó. Tienen importancia en él, los trabajos preparatorios, informes parlamentarios, notas de autores etc. Alcanza mayor validez cuanto más cerca es del tiempo que se dictó la norma

Dogmática o Lógico-Sistemática.

Quando el intérprete debe encontrar solución en el texto mismo de la norma, mediante un proceso lógico,. El investigador analiza distintos aspectos de la ley para encontrar su sentido y si es necesario recurrir al encuadramiento sistemático de la norma en el derecho, positivo.

Evolución Histórica

Presupone que la ley más que voluntad del legislador es expresión de necesidades histórico-sociales que motivan su sanción. Frente al texto oscuro o dudoso el intérprete debe salir de la ley e investigar esas necesidades sociales para captar los nuevos sentidos que pueda ir cobrando la norma frente a una realidad social. Se la critica porque desaparecería la seguridad jurídica porque el sentido de los textos cambia constantemente. Ejerce gran influencia en los jueces.

Interpretación según el Método que se emplee:

MODERNOS

Libre investigación científica.

- 1) Trata de captar la voluntad del legislador mediante el proceso gramatical;
- 2) De no lograrse se recurrirá al proceso lógico;
- 3) Si ni aún se logra recurrirá a trabajos preparatorios, informes parlamentarios de la ley, etc.

Otras Doctrinas o Teorías sobre la INTERPRETACION:	Escuela del Derecho Libre: (Kantorowicz) ¹	Postula la independencia de jueces de la obligatoriedad de ajustar sus fallos a las leyes, facultándolos para poder fundarlos en su propio criterio de justicia: libre arbitrio judicial. Se la critica por cuanto con ella desaparecerá la seguridad jurídica - siendo reemplazada por la arbitrariedad.
	Teoría Pura del Derecho: (Kelsen) ²	Sostiene que es un error creer que la ley sea susceptible de una sola forma de interpretación ya que constituye un marco de posibilidades - dentro del que siempre caben por lo menos dos soluciones cuya discusión es cuestión de política Jurídica y no de ciencia jurídica.
	Teoría Ecológica del Derecho: (Cossio) ³	Sostiene que lo que se interpreta no es la ley en sí, sino que la conducta humana a través de la ley. Esto se explica sosteniendo que el Derecho es conducta en interferencia intersubjetiva y la norma un pensamiento que se refiere a esa conducta, de lo que resulta que el interpretador ya sea ante un caso concreto o con fines de estudio, siempre estará interpretando el objeto mencionado por la norma: la conducta. Acepta a Kelsen aunque adaptado a su peculiar enfoque.

1) Citado por García Máynez, E. "Introducción al Estudio del Derecho" México, 6a. Edic. 1949. Pag. 352.

2) Kelsen, Hans. "La Teoría Pura del Derecho", Buenos Aires, 1946

3) Cossio, Carlos: "La Teoría Ecológica del Derecho", Bs. Aires 1949. pag. 36.

CONCLUSION:

La mayoría de los autores concluyen aceptando un pluralismo metódico para la interpretación de la norma jurídica, y al respecto Legaz y Lacambra dice: "Una justa ponderación de los elementos gramatical, lógico-sistemático e histórico y finalista o teleológico, parece el modo más seguro de llenar a una interpretación que posea un valor de verdad y rectitud".

LA INTEGRACION DEL DERECHO

En razón de que por más grande que sean la actividad y previsión del legislador, es imposible que éste comprenda toda una realidad social y en más de una ocasión, el jurista, el juzgador se encontrará ante situaciones no reguladas por la ley es decir con "vacíos" dejados por el legislador o lo que comúnmente se conoce como "lagunas" de la legislación, es que surge la Teoría de la Integración del Derecho.

Aún ante estas situaciones, el juzgador tiene obligación de juzgar (Art. 474 Pn. y 421 y 1301 Pr.) no obstante que no exista norma que contemple el caso concreto sobre el que verse la cuestión para lo cual, el juzgador habrá de llenar esas lagunas recurriendo a diversos procedimientos, con lo que el juez cumplirá una función semejante a la del legislador, creando la norma con la salvedad que únicamente regirá para el caso particular.

Esta función del juez de juzgar aún los casos en que aparezca un vacío o laguna de la ley, lo cual constituye un

deber jurídico para el juez es lo que se ha denominado "Integración del Derecho".

Indudablemente, que la Integración del Derecho difiere de lo que conocemos como Interpretación del Derecho, así como la aplicación del mismo.

Para poder hablar de Interpretación del Derecho presuponemos la existencia de una ley, de una norma que contemple la situación objeto de estudio, mientras que cuando tal norma o ley no existe, entonces estaremos en presencia de la "Integración del Derecho".

Sin embargo, aunque hemos diferenciado a la Interpretación de la Integración y aunque algunos autores las consideran independientemente la una de la otra, estimamos que tal consideración no es absolutamente real, ya que para que se produzca una adecuada Integración del Derecho, en los casos apuntados, y tratando de llenar el vacío o laguna dejada en la ley por el legislador, el juez deberá ubicarse siempre en el marco del ordenamiento jurídico y en el menor de los casos, dentro del sentido y extensión de las normas constitucionales, para lo que indefectiblemente tendrá que interpretar dichas normas, de donde concluimos de manera indudable en la estrecha vinculación que necesariamente media entre la actividad de los jueces, tendientes bien a interpretar, integrar o aplicar el Derecho, lo que como hemos sostenido no puede en manera alguna considerarse de manera absoluta independientemente, sino en esa estrecha vinculación en

la que las hemos situado, por la naturaleza misma de cada una de ellas.

Al respecto de la Integración también existen procedimientos que la ley general señala a seguir para realizar tal actividad, resumiéndose los mismos básicamente a la "Analogía" y a los "Principios Generales del Derecho".

Algunas legislaciones determinan además el orden en que tales procedimientos habrán de utilizarse, en cuyo caso el juzgador necesariamente deberá sujetarse a la observancia de tal orden; mientras que algunas otras legislaciones no establecen orden o especialidad de aplicación de tales procedimientos o principios, caso en el cual, el juzgador o jurista podrá optar por cualquiera de ellos.

Respecto de la Analogía, como procedimiento de Integración del Derecho, precisa de la carencia de legislación o norma aplicable a un caso concreto, por una parte; y, de la aplicación de una norma que rige a otro semejante o análogo caso, siempre y cuando exista la misma razón para resolver aquél de igual manera que la norma establece para éste.

Es más que importante y oportuno, a continuación referirnos a la distinción a que aludimos ya entre la analogía cuando como acabamos de descubrir la constituye un proceso de Integración, y a la consideración de aquélla como regla de interpretación, ya que en el primero de los casos hablábamos de "Interpretación Analógica", correspondiendo ésta a la Técnica de la Interpretación del Derecho, mientras

mientras que en el segundo de los casos, estamos en presencia de la "Aplicación Analógica" como proceso de Integración del Derecho.

La diferencia entre la Aplicación Analógica y la Interpretación Analógica, estriba en que en virtud de la primera, el juzgador crea figuras que el legislador no ha previsto, mientras que en virtud de la segunda, como su denominación lo indica lo que el juzgador hace, no es más que verificar y reconocer que la ley ha incluido como conductas con efectos jurídicos a aquéllas que conforme al texto de la misma deben comprenderse en ella.

La diferencia citada, puede observarse con objetividad en materia penal, y para ejemplo baste citar la prohibición expresa que respecto de la aplicación analógica al Juez nuestro Código Penal impone en el Art. 40. al establecer que: "no podrá configurarse hechos punibles o imponerse sanción alguna por aplicación analógica de la ley penal", mientras que el mismo texto legal, respecto de la Interpretación Analógica, en diversas disposiciones expresamente faculta al Juez para comprender otras situaciones semejantes o similares, no manifestadas expresamente por el legislador en el texto de la misma ley, tal como la comprendida en el Art. 41 (9a.), y otras muchas que encontramos en dicha legislación (153, 195, 197, 259 (2 y 3), 382, etc.).

APLICACION DEL DERECHO EN EL TIEMPO

(Derecho Intertemporal, Derecho Transitorio o Conflicto de leyes en el Tiempo).

Toda ley, comprende dentro de sus aspectos de aplicación, entre otros, a su Ambito Temporal de validez, es decir, al período de tiempo durante el cual dicha norma será aplicable, lo que a su vez comprenderá el período de tiempo de su vigencia y obligatoriedad el cual encierra dentro del mismo a todos los hechos y relaciones que en materia de dicha ley ocurran; pero según sus propias disposiciones, ésta podrá comprender tanto a los hechos y relaciones ocurridos antes de su vigencia, pero que se encuentren pendientes de resolución, así como aquéllos que habiendo sido resueltos o sentenciados pudieran ser modificados en sus efectos.

Así, de lo dicho, inferimos que el conflicto o los conflictos de la aplicación del Derecho en cuanto al tiempo se refiere, no lo constituye la aplicación de una ley a un hecho o acto jurídico que habiéndose formado, se haya desenvuelto y finiquitado bajo el imperio de la misma, sino que tales conflictos surgen por una parte, en virtud de que tanto los hechos como los actos jurídicos en que se originan las situaciones y relaciones jurídicas, no siempre producen de inmediato sus efectos, sino que estos en algunos casos pueden tener lugar transcurrido algún tiempo; y, por otra parte, en virtud de que el Derecho no es estático y en con-

secuencia las leyes no son inmutables, y son frecuentemente derogadas por otras leyes, en razón de la constante transformación del Derecho Positivo acorde con las exigencias de los cambios sociales y evolución de los medios.

En consecuencia, diremos que los conflictos de leyes se presentan, básicamente cuando la ley que regirá los efectos de un hecho o acto jurídico no sea la misma ley vigente que regía al tiempo de constituirse o desenvolverse la relación jurídica de que se trate.

Lo dicho en el párrafo anterior, nos permite desentrañar la problemática del tema que nos ocupa, ya que al habernos referido a tres aspectos diferentes tales como el momento de realizarse el acto o hecho jurídico; los efectos producidos por tales actos o hechos; y, a los efectos que habrá de producir la relación jurídica que de los mismos se haya formado nos lleva a establecer como aspectos problemáticos del tema, a los siguientes: a) Aplicación de la nueva ley a hechos o actos jurídicos anteriores a su vigencia; b) Aplicación de la nueva ley a los efectos ya producidos de esos hechos o actos jurídicos; y, c) Aplicación de la nueva ley a efectos posteriores de su obligatoriedad o vigencia.

Como producto de los conflictos a que da lugar la aplicación del Derecho como consecuencia de su periódica renovación o cambio, aparecen dos principios opuestos, denominando con dicha oposición el estudio que tradicionalmente se ha hecho de esta materia.

Al respecto tradicionalmente se ha estudiado a los principios de "Retroactividad" y de "Irretroactividad" de las leyes.

A través del Principio de Retroactividad, se hace aplicación de una ley vigente a hechos, actos, situaciones o relaciones jurídicas realizadas con anterioridad a la vigencia de dicha ley. En tal sentido el principio en estudio, se fundamenta para sostener la aplicación retroactiva de la ley, en razones como el interés general, el orden público, etc.

Por otra parte, en oposición al anterior principio surgen quienes sostienen que las leyes no existen sino desde que se promulgan y no pueden tener efecto sino desde que existen y que si bien es cierto que la ley se establece para ser obedecida, es también evidente que no puede ser obedecida una ley inexistente, tesis que no constituye otra cosa que el Principio de la Irretroactividad, el cual además de fundamentarse en la tesis expuesta, se agrega que lo contrario -aplicación retroactiva de la ley- crearía un estado de inseguridad en los hechos, a todas luces perjudicial para todo conglomerado, por cuanto ninguna situación jurídica ni acto jurídico podrían considerarse firmes, si los particulares intereses estuvieran expuestos permanentemente a que un cambio de legislación los alterase o declarare inválidos.

CRITICA: Ambos principios cuentan con argumentos de peso y valederos en sus respectivas tesis, pero resulta ostensible

considerar que la aceptación absoluta y excluyente de uno de ellos para la adecuada solución de los problemas de la intertemporalidad de las leyes puede ocasionar serios trastornos o inconvenientes, por lo que resulta de universal reconocimiento la tesis de una razonable transacción entre ambos principios, gozando de mayor aceptación legislativa y doctrinaria el Principio de la Irretroactividad admitiéndose el Principio de Retroactividad usándose su acción moderadamente bajo la forma de excepciones al primero.

LA IRRETROACTIVIDAD Y SUS EXCEPCIONES

Suele afirmarse que no es posible que pueda estar en vigencia una ley aún inexistente y que por lo tanto la ley no puede regir hechos anteriores a su promulgación.

Tal argumento por su naturaleza aparentemente lógico-necesaria no debiera como tal admitir excepciones de ninguna especie, sin embargo se las admite.

Adentrándonos a la cuestión, podemos observar que lo que ocurre es un planteamiento del tema o argumento en cuestión, ya que las leyes no rigen hechos irrevocablemente fini quitados, sino Relaciones Jurídicas o situaciones jurídicas que no son instantáneas -en cuanto a sus efectos- como parece pretenderlo el argumento en cuestión, sino que se desenvuelven en el tiempo.

Toda relación jurídica puede desenvolverse progresivamente en el tiempo, desde el hecho o acto jurídico que sir

ve de antecedente al deber jurídico hasta la sanción inclusive.

Al argumento en estudio, indudablemente de índole racional o lógica, se agregan -en apoyo de la doctrina de la Irretroactividad- otros argumentos de índole valorativa o axiológica, tales como: a) la irreprochabilidad a quien desobedece una ley inexistente; b) el perjuicio a la seguridad jurídica, el hacer depender de una nueva ley las situaciones jurídicas de los particulares

Indudablemente aunque ambos argumentos -racional y -axiológico- son muy atendibles, no constituyen un límite -infranqueable al principio de la Irretroactividad, ya que no obstante ellos, puede el legislador dictar normas con carácter retroactivo, bien sea imponiendo sanciones a una conducta considerada lícita anteriormente, bien estableciendo nuevas obligaciones contra quienes se encuentren en determinada situación jurídica (propietario, padre, etc.); o bien modificando los derechos u obligaciones existentes.

Respecto del primer caso, al castigarse con efecto retroactivo una conducta hasta entonces lícita, indudablemente se lastima el valor seguridad y el valor justicia, por cuanto es evidente que nada se puede reprochar a quien "viola" una ley inexistente. Consecuente con tal idea -de justicia- el Derecho Penal contemporáneo condena las leyes "ex post facto" y así, encontramos establecido este Principio de Irretroactividad en casi todas las constituciones vigentes.

En relación al segundo caso, cuando se determinan nuevas obligaciones, es decir, nuevos efectos a cargo de particulares en virtud de un hecho anterior, nos encontramos en el campo del Derecho Civil, respecto del cual la consideración es eminentemente polémica.

En este campo del Derecho Civil, la doctrina moderna se ha encargado de mostrar que entre los principios de Retroactividad y de Irretroactividad en que tradicionalmente se ha basado la doctrina para dividir a las leyes en Retroactivas e Irretroactivas es falaz, sosteniendo que las mismas respecto de su intertemporalidad deben ser divididas en tres grupos: 1) Leyes Retroactivas; 2) Leyes de aplicación inmediata; y, 3) Leyes de aplicación diferida.

Conforme a esta concepción moderna, son leyes retroactivas únicamente aquellas que vuelven sobre sus efectos ya cumplidos bajo el imperio de la ley anterior; son leyes de aplicación inmediata, aquéllas que rigen los efectos posteriores a su promulgación aunque sean derivados de una relación jurídica constituida con anterioridad; y, son leyes de aplicación diferida las que rigen solamente para las relaciones jurídicas constituidas con posterioridad a su promulgación, dejando que los efectos de las relaciones jurídicas anteriores se rijan por la ley anterior (supervivencia de la ley).

El siguiente ejemplo, aclarará la tripartición sostenida por la doctrina moderna: suponiendo una ley que viniera

ra a declarar prohibido el préstamo a interés, tendríamos - que élla podría especificar tres aspectos diferentes: a) que será aplicable sólo a los préstamos posteriores a su promulgación, admitiendo como válidos los anteriores a ella, los que deberán seguir devengando el interés pactado: Ley de aplicación diferida, "Efectos" diferidos o futuros; b) Que será aplicable no solo a los préstamos posteriores a la ley, sino también a los anteriores, en el sentido de que estos no devengarán más intereses en el futuro: Ley de Aplicación inmediata o de efectos inmediatos; y, c) que además de aplicarse la ley a préstamos anteriores y posteriores a su promulgación, ésta considere como mal habidos los intereses cobrados bajo el imperio de la ley anterior, imponiendo al prestamista la obligación de devolverlos: ley retroactiva, "efectos" propiamente retroactivos.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Tanto la realidad del Derecho Positivo como la teoría general de los tratadistas, reconocen como excepciones al Principio de la Irretroactividad:

- a) las Leyes Interpretativas;
- b) las Leyes de Orden Público; y
- c) Leyes Penales.

a) Respecto de las leyes Interpretativas o Declarativas se sostiene que deben aplicarse a los casos aún pendientes. -

Una ley puede declarar que su contenido es meramente acla

ratorio del de una ley anterior que haya provocado ciertas dificultades a la jurisprudencia o cuya interpretación ha sido decidida por ésta en un sentido contrario al propósito de los legisladores. En tales casos se admite que la nueva ley se aplique a los casos pendientes nacidos bajo el imperio de la anterior, porque se considera que forma un solo cuerpo con ésta. Es a la interpretación realizada de este modo por el legislador a la que se ha nominado Interpretación Auténtica.

b) La segunda excepción general al principio de la Irretroactividad lo constituyen las leyes de orden Público. El concepto de orden Público es uno de los más indefinidos a lo largo de la historia de las ideas jurídicas; sin embargo, el orden público, implica la prevalencia del interés general -público o social- sobre el interés individual. Aunque indiscutiblemente toda ley tiene una finalidad social, debe distinguirse entre las leyes, a aquellas en que la finalidad social se destaca en primer plano.

A fin de determinar la naturaleza -de orden público-, de una ley, señalamos a continuación las consecuencias que emanan del orden público así: 1) las leyes de orden público derogan toda convención o acuerdo de los particulares, y en consecuencia no rige respecto de ellas la "autonomía de la voluntad"; son en una palabra, leyes imperativas y no suplementarias (de la voluntad de las partes); 2) Ellas impiden la aplicación de la ley extranjera; 3) No permiten invocar con

tra éllas derechos irrevocablemente adquiridos, es decir, -constituyen excepción al Principio de Irretroactividad.

La anterior enumeración de las consecuencias del orden público -aceptada universalmente- nos permite observar que el orden público no es un concepto unívoco, sino más bien elástico. Por lo tanto, tal la noción no responde a un concepto rígidamente delimitado, sino que constituye un problema de valoración jurídica que señala la prevalencia a toda costa, (es decir, independientemente de otros principios jurídicos) de ciertas normas inspiradas en las exigencias de la valoración jurídica vigente.

Como consecuencia de ser el Orden Público, una cuestión de mera valoración jurídica, se destaca como más acertada la opinión de quienes dejan al criterio judicial la apreciación del mismo en cada caso concreto.

TEORIAS SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD

a) TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

El Principio de Irretroactividad (Siglo XIX) en Francia, es entendido como que las nuevas leyes no pueden afectar los llamados "Derechos adquiridos", en tal sentido se califica como Retroactiva, la ley que afectase derechos adquiridos por los particulares anteriormente.

Surge esta doctrina con Blondeau quien en principio sostiene que siempre una nueva ley se encuentra con esperanzas nacidas o surgidas bajo el imperio de la ley anterior.

Es indudable que al destruir la nueva ley dichas esperanzas, se acarrea un mal a sus espectadores y en tal sentido, el legislador debe optar entre el menor de los males: conservar la vigencia de una ley mala o inadecuada, o destruir las esperanzas nacidas bajo su imperio.

Ante tal disyuntiva y en la etapa precursora de la doctrina en estudio había de distinguirse entre las esperanzas muy fuertes a las que el legislador debía respetar, y las esperanzas débiles cuya destrucción no constituía graves inconvenientes.

Esta doctrina adquiere relevancia cuando ya no solo se plantea la cuestión en base a simples esperanzas sino que se entra a distinguir entre los derechos adquiridos y las simples esperanzas o expectativas. Bajo este esquema, constituyen derechos adquiridos, aquéllos irrevocablemente conferidos y definitivamente adquiridos antes del hecho o el acto o la ley que se le quiera oponer. Las simples esperanzas o expectativas, son aquéllos derechos que pueden ser revocados por el individuo que los ha conferido (situación de heredero testamentario antes de la muerte de su causante).

Según Merlin, quien viene a complementar la concepción anterior, el Principio de Irretroactividad prohíbe las leyes que además de referirse al pasado, introducen una alteración en perjuicio de particulares. En consecuencia, según tal autor la ley sería retroactiva cuando viola el pasado lesionando derechos adquiridos, los que para aquél son

aquellos que han entrado en nuestro dominio -patrimonio- y de los cuales no puede privarnos aquél de quien han provenido.

En su etapa última, esta doctrina es sintetizada por su último representante Baundry-Lacantierie, definiendo a los derechos adquiridos, como las facultades legales regularmente ejercidas; y expectativas, las facultades aún no ejercidas.

CRITICAS: Resulta muy difícil que una nueva ley no afecte de una u otra manera derechos adquiridos. El respeto integral a ellos implicaría la supervivencia de la ley anterior y no podría entonces entrar en vigencia la nueva ley mientras no hubiesen finalizado todas las relaciones jurídicas en curso. Por otra parte, esta doctrina clásica no distingue debidamente entre la verdadera retroactividad y lo que no son sino efectos inmediatos de la ley; pues aunque la ley de efecto inmediato afecta invariablemente derechos adquiridos no es en rigor retroactiva.

b) TEORIA DEL HECHO CUMPLIDO.

Surge en Alemania con Von Scheurl en principio, desenvuelta por Windscheid y Dernburg; y, en Italia por Ferrara. Sostiene esta teoría que todo hecho o acto jurídico, lo mismo que sus consecuencias y efectos-presentes o futuros-deben someterse a la ley que regía al tiempo en que el hecho se realizó.

A diferencia de la Teoría de los derechos adquiridos

Ésta sostiene que no se trata de investigar si un derecho - ha sido adquirido, sino si un hecho o acto jurídico se ha cumplido o no bajo el imperio de la ley precedente. En consecuencia, conforme a la teoría del hecho cumplido, la nueva ley no debe aplicarse retroactivamente, a los actos y hechos cumplidos anteriormente a su vigencia, ni tampoco a los efectos inmediatos de los mismos.

c) TEORIA DE LAS SITUACIONES JURIDICAS ABSTRACTAS Y CONCRETAS

Esta teoría constituye un desarrollo de la teoría clásica de los derechos adquiridos en su última etapa que exigía que se hubiese ejercido el derecho de que se trataba para considerar que la ley fuera retroactiva si ésta pretendiese modificar dichos efectos.

Julien Bonnetcase, exponente de esta teoría, -de las situaciones jurídicas abstractas y concretas- distingue dos situaciones de las personas respecto a frente a una determinada ley.

a) Una situación eventual o teórica en que alguien - puede encontrarse frente a una ley determinada; situación jurídica abstracta (heredero, consanguíneo en x grado, mientras esté comprendido en el supuesto de la ley vigente).

b) Una situación real y efectiva, una manera de ser de alguien frente a la ley, concretamente derivada para una persona determinada, de un hecho o acto jurídico: situación jurídica concreta (calidad de heredero en virtud de supues

to de la ley vigente y la muerte del causante).

Sin embargo, esta teoría igual que la clásica de los derechos adquiridos no distingue adecuadamente los efectos retroactivos de los efectos inmediatos de la ley. Consecuente con lo anterior, la ley será retroactiva cuando solo comprende su aplicación a las situaciones jurídicas abstractas, no pudiéndolo ser respecto de las situaciones jurídicas concretas en cuyos casos deberán mantenerse el Principio de Irretroactividad.

APLICACION DEL DERECHO EN EL ESPACIO

Como estudiáramos en su oportunidad, toda ley tiene un ámbito temporal y un ámbito espacial de validez o de vigencia, lo que significa que las leyes obligan por un cierto período de tiempo y en una determinada porción de territorio o Estado.

Respecto del ámbito temporal hemos visto ya en el acápite precedente cómo es posible la aplicación de una ley no solo a hechos o actos realizados dentro de su vigencia, sino también a las consecuencias e incluso a hechos y actos realizados bajo el imperio de una ley anterior. La Intertemporalidad de la ley, implicaba la coincidencia de los supuestos de la ley anterior y la nueva ley; la divergencia de lo que respecto de tales supuestos disponen ambas leyes; así - como también, la prolongación de las consecuencias o efectos jurídicos generales bajo el imperio de la ley anterior, sien

do el estudio de tales efectos, lo que hemos estudiado como conflicto de leyes en el tiempo.

Respecto de los conflictos de la ley en el espacio, trataremos de precisar si una norma que se aplica dentro del ámbito espacial del sistema jurídico a que pertenece, puede también aplicarse dentro del ámbito espacial o territorial correspondiente a otro ordenamiento jurídico.

Como observamos, pues, estos problemas se presentan o tienen lugar debido a la diversidad de ordenamientos jurídicos y de sistemas de Derecho, que implica la posibilidad de conflictos entre legislaciones de distintos países, así como debido a que en una relación jurídica intervenga un elemento extranjero (personal, real o conductista); todo como producto de la soberanía e independencia de los distintos Estados.

Como consecuencia de la naturaleza de soberanía e independencia de cada Estado, este posee y ejerce los atributos y calidad que tal naturaleza le otorga, así como su jurisdicción, solo en la extensión territorial que le corresponde, y en tal entendido tenemos que las leyes de un Estado en cuanto a su territorio afectan, obligan y rigen tanto a las personas, bienes, actos y hechos que en él se celebren o ejecuten.

Toda ley pues, bajo su imperio comprende tanto a la universalidad -nacionales y extranjeros- de las personas; a los bienes, cosas, muebles o inmuebles; y a los actos y -

hechos -lícitos o ilícitos- que se encuentran en el espacio de territorio en que rige, respecto de las primeras; y aquellas que se realicen o ejecuten dentro del mismo espacio, -tratándose de los últimos.

Sin embargo, no obstante lo dicho respecto de la soberanía del Estado y del imperio de la ley en el territorio del país, nos encontramos con una situación que a todas luces perturba la aplicación absoluta del enunciado principio de territorialidad de la ley; tal situación, la constituye el cambio de residencia de las personas de un Estado a otro.

Con todo lo manifestado, vemos cómo una persona puede: tener su residencia en un Estado; poseer bienes en otro; y realizar hechos o actos jurídicos en un tercero, por todo lo que indefectiblemente estará sujeta a dos o más legislaciones: a) una que rige su situación personal (nacionalidad, domicilio o residencia); b) una que rige la situación especial de sus bienes en el extranjero (real); y c) una que rige su situación conductista, respecto de los hechos y actos (lícitos e ilícitos) que la persona realice.

Si consideramos en base a la diversidad de legislaciones, producto de los distintos estados existentes, que entre ellos haya oposición surgirá inmediatamente la interrogante siguiente: ¿Cuál de dichas legislaciones habrá de aplicarse?

Conforme lo expuesto anteriormente respecto a los campos comprendidos por el imperio de una ley, diríamos:

a) Respecto de los bienes, que si la ley de cada Estado rige los bienes situados dentro de su territorio, la residencia actual de su propietario no tendrá al respecto ninguna influencia y en consecuencia la ley del Estado en que estén situados los bienes mantendrá su obligatoriedad para el propietario, sin importar donde éste resida (aplicación de dicha ley en el extranjero).

b) Respecto de las personas, que si una persona se encuentra en una determinada situación (incapacidad) respecto de las leyes de su Estado de origen, no por su cambio de residencia a otro Estado, se modificará su situación (aplicación de la ley del Primer Estado en el extranjero; en el segundo Estado); y,

c) Respecto de los actos o hechos, que si se otorga un contrato o se realiza un hecho con arreglo a las leyes del Estado en que el acto o hecho tenga lugar, aquél no pierde su eficacia ni podrá ignorarse o tenerse por inexistencia en territorio de otro Estado (aplicación de ley extranjera en el último Estado mencionado).

De lo dicho, concluimos en que en ciertos aspectos la ley de un Estado tiene efectos fuera del mismo, lo que en ocasiones produce conflictos entre las legislaciones de los Estados de que se trate, conflictos que constituyen el contenido del tema en estudio, llamado Extraterritorialidad de la Ley, o Conflictos de Leyes en el Espacio.

Indudablemente, como antes esbozáramos, los conflic

tos de leyes se presentan cuando en una relación jurídica interviene un elemento extranjero.

Este elemento extranjero puede ser:

a) Personal, relativo a la nacionalidad, domicilio o residencia extranjera de cualquier sujeto que intervenga en la relación jurídica.

b) Real, relativo a la situación espacial de los bienes en el extranjero, y sobre los cuales versa la relación jurídica; y

c) Conductista, relativo a los actos y hechos jurídicos lícitos o ilícitos realizados por una persona en un Estado distinto a aquél en que hayan de producirse sus efectos.

Desde tiempos, han existido ciertos principios fundamentales que tienden a la solución del conflicto de leyes en el espacio. Estos, llamados principios básicos son: 1) - "Sistema de la Territorialidad del Derecho", conforme al cual la ley rige para todas las personas y cosas que se encuentran en el territorio cuyo ámbito espacial de validez comprende; y 2) "Sistema de la Personalidad de Derecho", según la cual la ley rige a las personas por el derecho del grupo o tribu de su origen, sea cual fuere el lugar donde aquéllas se encuentren.

Actualmente, se habla de "Sistemas del Derecho Internacional Privado", como soluciones a los conflictos que surgen de la aplicación de la ley en el espacio, siendo ellos

los siguientes: a) Sistema de los Estatutos; b) Sistema de la Nacionalidad del Derecho; y c) Sistema de la Comunidad del Derecho.

a) SISTEMA DE LOS ESTATUTOS

Surge en Francia, Alemania, Holanda e Italia, y se tiene como principio básico el de la territorialidad del derecho, admitiendo en ciertos casos la aplicación de la ley extranjera- Principio de la Personalidad-, como un acto de mera cortesía internacional bajo condición de reciprocidad. Conforme a este sistema, la aplicación de la ley extranjera no llegó a constituir un derecho subjetivo, como se le considera modernamente, sino que por el contrario tal circunstancia era una simple concesión del monarca o gobernante.

Entendiendo por estatuto a la ley, bajo este sistema y para determinar los casos en que la misma, tratándose de una ley extranjera, fuera aplicable se distinguían los "Estatutos Reales", los "Estatutos Personales" y los "Estatutos Mixtos".

Estatutos Reales, eran todas las leyes referentes a las cosas y solo eran aplicables en el territorio en que éstas eran dictadas, siguiendo los lineamientos del principio básico territorialista, conforme a lo que los derechos y obligaciones referentes a las cosas se sometían a la ley del lugar en que aquéllas se encontraran: "lex rei sitae"

Estatutos Personales estaban constituídos por las leyes referentes a las personas, todas las que regulaban la capacidad, estado civil, etc., de las personas, sistema conforme al cual se estima que estas leyes séguían a la persona donde quiera que ésta fuera, según el principio básico Personalista o Extraterritorialista.

Estatutos mixtos, o leyes referentes a las personas y a las cosas, tales como las relativas a la sucesión por causa de muerte, quiebras, etc., tenían aplicación variablemente; así, en algunos casos resultaba aplicable la ley del lugar de situación de las cosas, mientras que en otros era aplicable la ley del domicilio de las personas.

Además, respecto de los actos jurídicos celebrados por las personas -no comprendidos en ninguno de los anteriores estatutos- se aceptaban las siguientes consideraciones; respecto de la forma o celebración de aquéllos, debía regir la ley del lugar donde se hubiesen realizados: "lex loci celebrationis"; mientras que respecto de los efectos o consecuencias jurídicas de los mismos, debía regir la ley del lugar a que las partes se hubiesen sometido.

Al Sistema Estatutario, por su propia naturaleza, le fueron formuladas severas críticas tales como la de propiciar inseguridad jurídica al dejar a la voluntad de los gobernantes la aplicación de la ley extranjera como cuestión de cortesía a cambio de reciprocidad, ya que actualmente se la considera un derecho de los habitantes; y, además, no -

contar con un criterio serio para separar o dividir a las leyes en estatutos reales, personales y mixtas.

b) SISTEMA DE LA NACIONALIDAD DEL DERECHO

Este, como Sistema de Derecho Internacional Privado, resuelve los conflictos de aplicación de la ley en el espacio, fundándose en el principio básico personalista, bajo el esquema de que la ley del lugar de origen de una persona, la rige doquiera que ésta vaya, reconociendo como excepciones a tal enunciado, las siguientes: 1) La ley extranjera es inaplicable cuando ésta se oponga a los principios de orden público que inspiran la organización de un Estado; 2) en cuanto a la forma de los actos jurídicos, éstos deben regirse por la ley del lugar donde los actos se celebren; y 3) respecto de los efectos o consecuencias de los actos jurídicos, éstos deben regirse por la ley que de manera expresa o tácita las partes aceptaren, excepción ésta hecha en atención al principio de la autonomía de la voluntad.

De la misma manera que al anterior sistema, al que ahora comentamos, le fueron formuladas serias críticas, entre ellas las siguientes: el no ser posible, siempre bajo tal sistema, determinar la nacionalidad de las personas, por lo que resulta contrario a la seguridad y estabilidad de la situación jurídica de las personas en el orden internacional, cuya finalidad persigue el Derecho Internacional; atentar contra los derechos fundamentales del hombre, por cuanto éste se encuentra sujeto a cambios de domicilio, de nacionali

dad, etc., lo que bajo el sistema en comento implicaría una sujeción o sometimiento por parte del individuo a la ley del lugar de su nacimiento de por vida, situación ésta que no debe privar sobre la decisión de la libre voluntad del hombre; ser inaceptable para los países caracterizados por su inmigración, por cuanto bajo tal sistema, los nacionales conforme a su "jús sanguinis" quedarían sometidos a leyes extranjeras en su calidad de habitantes de tales países; y, una última crítica, consistente en que tal sistema implicaría para los jueces dentro de cada Estado conocer el Derecho -las leyes- de todo el mundo, cosa a todas luces imposible.

c) SISTEMA DE LA COMUNIDAD DEL DERECHO

Débase este sistema, al prestigioso jurista alemán Savigny, para quien encontrándonos ante un conflicto de aplicación del Derecho en el espacio, la ley aplicable será aquélla que más conforme parezca con la naturaleza de la relación jurídica de que se trate, prescindiendo de su carácter nacional o extranjero.

No obstante, dicho autor reconoce como excepción a la tesis o regla por él sustentada, las relaciones jurídicas que pudieran versar sobre instituciones de orden público, respecto de las cuales conviene en que para tales casos habrá de aplicarse la ley del territorio donde las mismas se efectúen.

Es ostensible, el mérito de la tesis del jurista ale

mán comentada, por cuanto vino a constituir un valioso aporte contra la clásica división, predominante hasta entonces, de las leyes en estatutos reales, personales y mixtos, con efectos territoriales y extraterritoriales respectivamente, por cuanto se fundamenta en que para determinar qué ley deberá regir cuando hubiese conflicto de aplicación de dos o más leyes en el espacio, no habrá de partirse de la ley misma, sino de la naturaleza de la relación jurídica para establecer la norma que en definitiva habrá de aplicarse en caso de conflicto, razón por la que todas las doctrinas posteriores se fundamentan en ella, constituyendo así, esta tesis, el primer fundamento jurídico del Derecho Internacional Privado.

Conforme a Savigny, el asiento de la relación jurídica, constituye el presupuesto esencial para resolver el conflicto de aplicación de la ley en el espacio, recurriendo para determinarlo a las relaciones de hecho condicionadas por los siguientes criterios: a) en cuanto a las personas, la aplicación de la ley en su ámbito espacial de validez, se determinará no por su nacionalidad, sino por su domicilio o radicación jurídica de las personas en el espacio; b) en cuanto a las cosas, su asiento legal será el lugar donde éstas se encuentren; y, c) finalmente en cuanto a los actos jurídicos se refiere, su determinación será el lugar en que los mismos se celebren.

Consecuente con los anteriores principios, el autor

del sistema de la Comunidad de Derecho, como solución al conflicto de aplicación del Derecho en el espacio, formula las siguientes reglas de Derecho Internacional Privado :

1.- Respecto de las personas, especialmente en cuanto a capacidad y estado civil se refiera, debe aplicarse la ley de su domicilio, entendido a éste en su sentido real: residencia efectiva.

2.- Respecto de los bienes, éstos deben regirse por la ley del lugar donde se encuentran, a excepción de los muebles que su propietario pueda llevar consigo los cuales habrán de regirse por la ley del domicilio de su propietario.

3.- En lo que a la forma de los actos jurídicos toca, establece que élla debe regirse por la ley del lugar donde los mismos se celebren.

4.- En cuanto a los efectos de los contratos, la ley aplicable será la ley del lugar en que tales efectos o consecuencias hayan de producirse.

5.- En materia sucesoral, crea el principio de que las sucesiones se deben regir por la ley del domicilio del causante al tiempo de su muerte.

Constituyen las anteriores reglas, las bases de sustentación y los principios en que se fundamentan, las diversas disposiciones de naturaleza y contenido internacional - que encontramos en toda legislación -como en la nuestra- que por carecer de un Derecho Internacional ordenado aparecen

dispersas en los distintos cuerpos de leyes que componen el ordenamiento jurídico de los distintos estados de Derecho - existentes en la actualidad.

I N D I C E

PRIMERA PARTE: "SISTEMATICA JURIDICA"

CAPITULO I

La Teoría General del Derecho	1
La Sistemática Jurídica	4
Teoría de los Objetos y el Derecho	6
Concepto y Acepciones de la Palabra Derecho	12
Disciplinas que Estudian el Fenómeno Jurídico	14

CAPITULO II

"Teoría General de la Norma: La Norma Jurídica"

Teoría General de la Norma	17
Distinción entre Ley Natural y Norma	22
La Norma y la Regla	24
Contenido y Características de la Norma	27
Clasificación de las Normas Jurídicas	45

CAPITULO III

"Distintas Concepciones del Derecho en el Tiempo"

Derecho Natural	49
Historicismo y Positivismo Jurídico	71
Derecho Natural Neo-Kantiano	73
Doctrina del Derecho Libre	75

Teoría Jurídica de Leon Duguit	77
Neo Tomismo: Teoría de la Institución	78
Concepción Marxista del Derecho	81
Teoría Sociológica del Derecho	86
Teoría Pura del Derecho	89

CAPITULO IV

"Derecho Público y Derecho Privado"

Clasificación del Derecho y Teorías sobre su Divisibilidad e Indivisibilidad	95
---	----

CAPITULO V

"Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo"

Generalidades, Contenido y Teorías	100
Elementos y Formas de Manifestación del Derecho Subjetivo	102
Clasificación	104
Derechos Subjetivos según su Eficacia y Naturaleza	105
Derechos Subjetivos según su Objeto y Contenido	107

CAPITULO VI

"Los Conceptos Jurídicos Fundamentales"

Sujetos Jurídicos o de Derecho	115
Objetos Jurídicos o de Derecho	126
Hechos, Actos y Estados Jurídicos	131
Supuestos Jurídicos y Consecuencias de Derecho	141
Relaciones entre Supuesto y Consecuencia de Derecho	146

CAPITULO II

"La Relación Jurídica"

Concepto y Generalidades	146
Clasificación	150
Relaciones Jurídicas Públicas y Privadas	150
Relaciones Jurídicas Absolutas y Relativas	153
Relaciones Jurídicas Patrimoniales y No Patrimoniales	154
Situación e Institución Jurídicas	155

SEGUNDA PARTE: "TECNICA JURIDICA"

CAPITULO I

"Importancia de una buena Técnica Jurídica"	158
---	-----

CAPITULO II

"Teoría de las Fuentes del Derecho"

Generalidades y Clasificación	160
Las Fuentes del Derecho	161
Las Fuentes en Derecho Consuetudinario	169
La Doctrina	173

CAPITULO III

"La Ley"

Acepciones, Uso y Origen del Término	176
Ley Jurídica	177
Clasificación y Caracteres	180
Procedimiento de Formación de la Ley	182
Fin de la Ley: Derogación, Modificación o Reforma,	187
Subrogación y Abrogación	191

Desuso de la Ley	194
Decretos y Reglamentos	195

CAPITULO IV

"La Costumbre"

Definiciones Varias	200
Caracteres y Elementos	202
Evolución Histórica	203
Derecho Consuetudinario y sus Formas	205
Coercibilidad de la Costumbre	209

CAPITULO V

"La Jurisprudencia"

Diversos usos del Término	210
Problemática de la Jurisprudencia como Fuente del Derecho	212
La Sentencia Aislada como Fuente del Derecho	213

CAPITULO VI

"Teoría General de la Técnica Jurídica"

Generalidades	217
Medios o Procedimientos Formales	219
Medios o Procedimientos Sustanciales	221
La Técnica Legislativa	222
La Técnica Jurisdiccional	223
La Técnica Administrativa	225
La Técnica Doctrinaria	225

CAPITULO VII

"Problemas que genera la aplicación del Derecho"

Interpretación del Derecho	227
Integración del Derecho	233
Conflictos de Aplicación del Derecho en el Tiempo	237
Conflictos de Aplicación del Derecho en el Espacio	249

BIBLIOGRAFIA

- 1) BODENHEIMER, EDGAR: "TEORIA DEL DERECHO", México Fondo de Cultura Económica, 1942
- 2) CARNELUTTI, FRANCISCO: "TEORIA DEL DERECHO", Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.
- / 3) MONROY CABRA, MARCOS G.: "INTRODUCCION AL DERECHO", Bogotá, Temis, 2a. Edición 1973.
- 4) AFTALION, ENRIQUE R. y OTROS: "INTRODUCCION AL DERECHO", Buenos Aires, Argentina, 9a Edición, 1972
- Y 5) BASCUÑAN VALDES, ANIBAL: "INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS CIENCIAS JURIDICAS" Santiago, Chile. Edit. Jurídica de Chile 1960, 2a. Edic.
- 6) BONNECASSE, JULIEN: "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" 3a. Edición. Puebla, México, Edit. José M. Cojica Jr.
- 7) GARCIA MAYNEZ EDUARDO: "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" 23a. Edición, México, Editorial Porrúa, 1974
- 8) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL: "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" 2a. Edición México, Editorial Porrúa 1967.
- 9) RUIZ DE ERENCHUM, ALBERTO F.: "ESTUDIO Y GUIA PARA INTRODUCCION AL DERECHO" Buenos Aires, Argentina 1965.
- 10) SOTO ALVAREZ CLEMENTE: "INTRODUCCION AL DERECHO Y NOCIONES DE DERECHO CIVIL" México, Editorial Limusa, 1974.
- 11) TORRE ABELARDO "INTRODUCCION AL DERECHO", 6a Edic. Buenos Aires, Argentina, Editorial Perrot. 1972.
- 12) TORRES LACROZE, FEDERICO: "MANUAL DE INTRODUCCION AL DERECHO", Buenos Aires, Argentina, La Ley. 1967

- 13) VERNENGO, ROBERTO JOSE: "TEMAS DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO"
Buenos Aires, Argentina, 1971.
- 14) DEL VECCHIO, GIORGIO: "FILOSOFIA DEL DERECHO" 9a. Edición
Barcelona, Bosch, 1969.
- 15) GUTIERREZ, CARLOS J.: "LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO"
1963., Madrid, Editorial Tridente.
- 16) KELSEN, HANS: "TEORIA PURA DEL DERECHO" , "INTRO
DUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO"
10a. Edición, Buenos Aires, Argenti-
na. Eudeba, 1971.
- 17) LEGAZ, LACAMBRA, LUIS: "FILOSOFIA DEL DERECHO" 3a. Edición.
Barcelona, Bosch, 1972.
- 18) HUBNER GALLO, JORGE I.: "INTRODUCCION AL DERECHO", Editorial
Jurídica de Chile, 1966.
- 19) RECASENS SICHES, LUIS: "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO",
México, Editorial Porrúa, 2a. Edición
1972.