

## QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO

Magdalena ESPINOSA GÓMEZ\*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Génesis y características del derecho*. III. *Para qué sirve*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. NOTA INTRODUCTORIA

De antemano se expresa la imposibilidad de resolver en unas cuantas líneas el contenido de la filosofía del derecho; sin embargo, este trabajo refleja la inquietud observada durante más de 25 años de docencia, respecto a lo que se considera conveniente diferenciar y delimitar sobre la materia.

Para contestar ¿Qué es el derecho? se tienen que determinar sus cuatro causas: eficiente, material, formal y final. Esto es, poder identificar de dónde surge, qué es, cómo es y para qué sirve. En un inicio se parte del hecho de que el derecho no es un ser que se encuentra como dado en la naturaleza, sino que implica el ser creado. Su causa eficiente es el hombre, con lo cual queda asentado que es un producto humano. Para conocer qué es, es necesario identificar cómo y de qué está hecho; cabe entonces distinguir todos los elementos que le sirven de materia prima, integrados por los datos previos u ontológicos; así como por los datos axiológicos o ideales que también le anteceden, éstos son los valores que el grupo tiene y a los que aspira, como el orden, la seguridad y la justicia. Ambos datos, hechos y valores constituyen su causa material, ésta necesita ser delimitada por una forma que le brinde la estructura que la contenga. Habida ésta, quedará depositada como contenido dentro de ella. La causa formal será entonces la norma jurídica; misma que demanda ser

\* Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, México.

construida mediante conceptos, proposiciones y argumentos expresados por la palabra escrita con la cual se le dará forma tangible al contenido intangible. En lo formulado mediante la norma jurídica queda inmersa, como una válvula de seguridad, la coercibilidad, entendida como la posibilidad, en el supuesto caso de ser violada, del uso legítimo de la fuerza. La norma, una vez plasmada, tiene que ser interpretada por el juez para poder aplicarla, él tendrá que desentrañar su sentido y con el mismo resolver el caso concreto de vida. Así, este derecho positivo se convierte en la herramienta idónea para ello. Pero es adecuado remarcar que es tan sólo eso, un instrumento, quien lo hace y el que lo utiliza es el hombre. Se considera importante delinear el campo lógico-lingüístico que corresponde al texto de las normas jurídicas, lo que corresponde al ordenamiento jurídico; y por otro lado a identificar al derecho en el valor a ser realizado, como contenido de ellas y de la conducta humana impregnada de intenciones, pensamiento y emociones, situaciones que corresponden a distintas categorías de ser.

## II. GÉNESIS Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO

### 1. *Ubicación del derecho*

Para identificar a ese ser que llamamos derecho se requiere conocer en qué contexto puede ser ubicado. Nicolai Hartmann<sup>1</sup> se aboca a explicar la realidad, refiriéndose a la *estructura estratificada del ser*, misma que puede ser agrupada en distintos mundos o estratos. Comenta que estos diversos campos del ser se brindan apoyo y soporte recíprocamente, del primero a los subsiguientes. Dichos mundos pueden identificarse en su conformación como cuatro estratos: 1) el inorgánico, 2) el orgánico, 3) el psíquico y 4) el espiritual. Cada uno tiene sus leyes propias: la física y química inorgánica para el primero; la química orgánica y la biológica para el segundo, las psíquicas para el tercero y las espirituales para el cuarto, siendo éstas la lógica y la ética. Todas ellas conforman el principio de legalidad, por ello los estratos están estrechamente vinculados, no se dan aislados y se interrelacionan entre sí.

<sup>1</sup> Hartmann, Nicolai, *Ontología*, 2a. ed., México, FCE, 1986, t. III y t. IV.

El primero es la base, el apoyo y cimiento de los demás, sin él los otros no serían, éste es en relación de ellos independiente, puesto que no necesita de los demás para ser. Ellos a su vez son verticalmente dependientes: el segundo del primero y así sucesivamente, el tercero del segundo y el cuarto del tercero. De este modo, el más dependiente resulta ser el espiritual, pues para ser requiere de todos los demás. Más aún, a efecto de poder ser, siempre el estrato superior ha de respetar la ley o leyes del inferior (es), bajo la pena y riesgo de su misma destrucción, así al mundo espiritual corresponde respetar tanto sus propias leyes: la lógica y la ética, como también la ley psíquica, la biológica, la química y la física. Se habla entonces de la dependencia que existe entre cada campo, paradójicamente, se consideraba al hombre como el ser libre. Sin embargo, visto así, resulta ser el ser más dependiente dado que al decir de Gibran: “El verdadero hombre libre es aquel que acepta, pacientemente, el peso de sus cadenas”;<sup>2</sup> ¿puede el hombre violar las leyes en las que está inmerso? Si es parte del Universo, está sujeto a ellas.

Recaséns dice que el hombre es “libre albedrío”, con esta frase se expresa rigurosamente la situación o inserción del hombre en su circunstancia, es decir, su situación en el Universo”,<sup>3</sup> con lo cual se explica la violación del orden dado y sobre todo, el desorden creado. Por último, Hartmann comenta que la posibilidad que tiene cada estrato dentro de sí mismo de comportarse bajo sus propios principios se identifica horizontalmente como autonomía.

Analógicamente, esto puede observarse con la evolución misma del planeta Tierra, pues de los 4 600 millones de años que los geólogos le dan de existencia, éstos se distribuyen así: 3 000 millones corresponden a la era Azoica o sin vida; hace 1 000 millones de años inicia la etapa Proterozoica con las primeras algas como organismos vivos; hace 600 millones surgen los primeros invertebrados; hace 500 se forman los arrecifes de coral, abundaron las esponjas y moluscos; hace 400 millones de años se dan las primeras plantas terrestres y los primeros peces; los anfibios emergen alrededor de los 350 millones de años; hace 270 millones de años surgen las primeras coníferas y los primeros reptiles; hacia los 220 millones aparecen los primeros mamíferos y dinosaurios, se forma la pangea y ésta se empieza a desgajar alrededor de los 180 millones de

<sup>2</sup> Jalil, Gibran, *Arena y espuma*, Buenos Aires, La Salamandra, 1976, p. 39.

<sup>3</sup> Recaséns Siches, Luis, *Introducción al derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 21.

años; hace 135 millones surgen las primeras plantas con flores y las primeras aves; los dinosaurios se extinguen hace 70 millones, se extienden los mamíferos modernos e inician los primeros primates; en los 60 millones se separa Sudamérica del sur de África; por los 40 millones surgen los primeros monos; aproximadamente a los 25 millones se forma el sistema montañoso himalayano-alpino y aparecen mamíferos herbívoros; hace 10 millones se encuentran los primeros homínidos; en el Pleistoceno se dan las glaciaciones alternadas con periodos cálidos, inicia la era Cuaternaria, cerca de los 3 millones de años aparece el *homo hábilis*, así como los *australopithecus*; hace un millón 500 mil años el *homo erectus* y apenas hace 100 mil años el *homo sapiens neanderthalensis*.<sup>4</sup>

Esta relación tiene como propósito el poder identificar con claridad la ubicación temporal respecto del hombre, así como el poder brindarnos la comprensión de lo que Hartmann explica en relación a esos cuatro mundos o estratos de la realidad: el inorgánico o sin vida; el orgánico o de los seres vivos; el psicológico o del conocimiento, y el espiritual correspondiente al ser humano.

Como se vio en las líneas precedentes, en la naturaleza tuvo que pasar mucho tiempo para que pudiera darse la manifestación del estrato espiritual. Pues en relación de los 4 600 millones<sup>5</sup> de años de existencia de la Tierra ¿qué son los *100 mil años* que corresponden a la presencia del *homo sapiens*?

Para que el lenguaje apareciera, el esqueleto encorvado que se apoyaba sobre los puños, tuvo que transformarse hasta la posición erguida, indispensable para la maduración tanto del cerebro, como del órgano de la laringe, conformado hasta la cavidad del paladar para que como bóveda pudiera permitir la acústica del *verbo*. Por la mano humana el cultivo fue transformando el medio, y por aquella relación constante, gracias a la oposición del pulgar como ahora lo confirma la neurología, el córtex se desarrolló y, paralelamente, es en este momento cuando la facultad de *abstracción* está presente, es el mundo de la esencia captando esencias: el *pensamiento*.<sup>6</sup> A partir de entonces, mediante la correlación sujeto-ob-

<sup>4</sup> Leakey, Richard y Lewin, Roger, *Los orígenes del hombre*, Madrid, 1980, pp. 12-15 y 84-85.

<sup>5</sup> Hay fuentes recientes que aceptan 4 700 millones de años.

<sup>6</sup> Popper, Karl y Eccles, John, *El Yo y su cerebro*, Barcelona, Labor Universitaria, 1985, capítulo 1, pp. 257- 264.

jeto y la retroalimentación objeto-sujeto, surgió la capacidad de conocer y de nombrar.

Así, lentamente florecieron el arte, la técnica, la filosofía y la ciencia; en una palabra, la cultura con la que emerge el mundo civilizado. Pero para que esto se diera, fue necesario que el lenguaje se conformara, que las formas-pensamiento brotadas, no de un individuo sino de muchos, se estructuraran e integraran mediante el sonido o los signos impregnados de significado para la comunidad.

Éste es el momento en el que se manifiesta el florecimiento del estrato espiritual, propio del hombre cuya esencia integrada por razón, voluntad y libertad; ella está regida por las leyes correspondientes: la lógica, cuyo fin es la verdad, y la ética, cuyo propósito es el bien. Sin embargo, en cuanto a la libertad Ovidio decía: “Veo lo que es mejor, lo apruebo como tal, pero hago lo peor”.<sup>7</sup> Efectivamente: “Razón, voluntad y libertad, constituyen para el hombre un poder inmenso; son un honor y un riesgo”.<sup>8</sup> Este es el gran reto de la humanidad, manifestar la esencia de su verdadero ser.

El espíritu como tal es inmaterial, se expresa en el hombre a través de su cuerpo. El yo pensante usará de la voz en la palabra, o de sus manos o cara en gestos para comunicarse. La relevancia del lenguaje implica el que se haga énfasis en lo siguiente: en la comunicación es importante tener siempre presente el peso de sus componentes: así, a las palabras corresponde el 7%, al tono de voz el 38%, y al lenguaje corporal o analógico, es decir: la postura, los gestos y el contacto visual, el 55 % (Mehrabien y Ferris, 1967).

Las manifestaciones del espíritu tienen que objetivarse, plasmarse en la dimensión física para que cobren sentido a los demás. Como producto de su creador, de igual manera el derecho posee un ser espiritual. Sólo el espíritu y por lo mismo sus productos logran trascender, ir más allá del tiempo y del espacio; así mismo pueden ser desentrañados y comprendidos en sus significados por otras personas en otro tiempo-espacio.

Los productos espirituales pueden ser de dos clases: individuales y colectivos. Piénsese en los primeros, por ejemplo, en *La piedad* o la *Quinta sinfonía* de Beethoven, o en *el Quijote*, sus creadores han desapa-

<sup>7</sup> Preciado Hernández, R., *Lecciones de filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Jus, 1970, p. 114.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 89.

recido hace tiempo y sus obras permanecen más allá de la vida de aquéllos. En relación a los colectivos, son aquellos generados por un grupo. De esta manera, particular importancia cobra *el lenguaje*, dado que es el primer producto conjunto gracias al cual los integrantes de una colectividad se expresan y comunican con un código de *conceptos-símbolos-palabras* para identificar su realidad y manifestar también su interioridad. Así, el lenguaje constituye en el género humano el primer producto común objetivado. Puede afirmarse que antes de que exista un lenguaje estructurado no hay derecho, por lo que hacer referencia al origen del derecho lo implica, siendo el lenguaje el vehículo para lograr su construcción, expresión y aplicación. A su vez, es necesario recalcar que nuestra disciplina es también un producto del espíritu común, puesto que reúne los ideales y metas, las aspiraciones conjuntas que vinculan al grupo que pretende darse una forma organizada. Es entonces de este modo que su ser se conforma, gracias a ese otro fruto colectivo el lenguaje, quedando incorporado en sus enunciados el modo de ser, de pensar y de sentir de la comunidad comprometida en su realización.

De manera que el derecho no es algo que se encuentra dado espontáneamente en la naturaleza, sino que gracias al hombre tiene que surgir, concretarse, formarse, elaborarse, hacerse. Se hace uso a todo propósito de la reiteración de sinónimos con el efecto de dejar bien sentado que: el ser del derecho tiene que ser “puesto” en la existencia, tiene que hacerse manifiesto, es decir, objetivarse, positivarse. El derecho es una creación humana y al usar los vocablos “derecho natural”, un término se contradice con el otro, puesto que lo natural es algo espontáneamente dado y el derecho siempre es creado. Todavía ahora es común que el alumno y no pocos profesores, acepten sin cuestionar la idea del “derecho natural” como algo que estuvo ahí desde siempre. Es importante señalar el orden natural, como Hartmann lo refiere, expresando las leyes propias de cada mundo, y ahí no aparece el derecho. Por otro lado, si ha de vérselo sistemáticamente integrado como ciencia, eso es algo sumamente reciente, pues es Hans Kelsen quien le da esta calidad apenas en 1911, hace menos de cien años.

## 2. ¿Qué es el derecho?

En la posmodernidad, su génesis ha de entenderse como la expresión conjunta de la *impronta espiritual*<sup>9</sup> de un determinado grupo social cuyo propósito es conformarse adecuadamente, dándose una organización política y jurídica, a través de la norma construida *ex profeso*; en donde el poder constituyente, como representación nacional, logre plasmar esas aspiraciones colectivas sobre su determinación de ser como: *poder constituido, institucionalizado, formalizado, establecido*. Ello entonces, tiene que cobrar expresión. A ese conjunto de ideas, pensamientos de organización y de conformación, se les engloba bajo el término *Constitución*, siendo ésta el punto de partida y el fundamento del ulterior ordenamiento jurídico, al que se puede entender como: “El sistema de preceptos sustentados y determinados en su contenido por una (espacial y temporalmente delimitada) comunidad social (o por la clase dirigente de la misma), para la conducta externa de los miembros de dicha comunidad, cuya inobservancia es contrarrestada mediante apremios o penas”.<sup>10</sup> Estando cohesionado al interior por la “impronta espiritual” y el exterior por el espacio y el tiempo.

Los juristas escuchamos esto con naturalidad. Pero, ¿acaso nos hemos detenido a ver realmente qué es y cómo se gesta ese ser al que llamamos derecho?.

En su origen hay un conjunto de anhelos, de ideas y propósitos que pueden incluirse en el concepto *ideología*. Ese modo de “sentir” —campo emocional— y de “pensar” —campo racional— corresponde dentro de los órdenes del ser a los entes inmateriales dado que su ser es incorpóreo. La conducta humana es su materia prima, pero a los abogados, poco o nada se nos enseña de ella, siendo que las relaciones humanas están impregnadas de emociones y pasiones. El hombre manifiesta en sus actos lo que piensa y lo que siente.

A raíz de la fotografía lograda por Semyon Kirlian en Rusia en 1949,<sup>11</sup> se pudo constatar que los pensamientos y las emociones, son expresiones que se manifiestan como campos electromagnéticos. La electricidad cerebral se midió por vez primera en 1917 en Alemania por el

<sup>9</sup> Hans, Nawiasky, *Teoría general del derecho*, México, Editora Nacional, 1980, p. 49.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>11</sup> Davis, Mikol y Lane, Earle, *Rainbows of Life, The Promise of Kirlian Photography*, Nueva York, Harper Colophon Books, 1978, pp. 13 y 37.

doctor Hans Berger, en la Universidad de Jena,<sup>12</sup> surgiendo así el electroencefalograma (EEG). En relación a las emociones, han sido estudiadas por la doctora Thelma Moss en el Instituto de Neuropsiquiatría en la Universidad de los Angeles, California, quien en los años setenta logró captar los diferentes estados de ánimo, de salud, la empatía en las relaciones y el consumo de sustancias, como campos magnéticos en placas de fotografía kirliana.<sup>13</sup> Así, el amor, el odio, la tristeza, la alegría o el enojo, el consumo de alcohol o de drogas se reconocen por el espectro que conforman y el color que emanan en la corona de luz que emana de la yema del dedo índice. Desde el magnetismo de Messmer, que entonces parecía una mera ilusión, hasta nuestros días, el avance de la tecnología y la ciencia permite ampliar el campo de conocimiento hacia esas realidades no materiales. En nuestra disciplina es importante identificar en relación a la conducta la intención, la buena o mala fe, la alevosía, etcétera. Así como lo que implica para la persona la justicia, la paz o la seguridad. Cuestiones todas ellas, que no pertenecen a las manifestaciones materiales. Al respecto Villoro Toranzo afirma:

Cuanto más nos demos cuenta de las influencias que nos afectan, mejor podremos controlarlas y así hacer más válido y seguro nuestro avance. Los prejuicios contra lo *metafísico* deberán ser refrenados. En realidad, el hombre continuamente hace metafísica, es decir, pasa del mundo observado con los sentidos a conclusiones no observables; es lo que nos distingue de otras especies animales.

Como dice Kuhn:

En el uso metafórico tanto como en el literal de “ver”, la interpretación empieza donde la percepción termina... No vemos los electrones, sino antes bien su recorrido, o bien burbujas de vapor en una cámara anublada. No vemos por nada las corrientes eléctricas, sino antes bien, la aguja de un amperímetro o de un galvanómetro.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Eccles, John, “Bases neurofisiológicas del espíritu”, *La Vida Enciclopedia*, España, Salvat, 1961, t. V, p. 71.

<sup>13</sup> Jeffrey, Mishlove, *The Roots of Consciousness*, Nueva York, Random House, 1975, t. V.

<sup>14</sup> Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1986, pp. 300-303.

Análogamente podemos decir que no vemos al *derecho ni a la justicia*, pero sí situaciones que exigen su presencia u otras situaciones donde comprobamos sus efectos. Por eso podemos estudiar al derecho y a la justicia, y contra todos los prejuicios positivistas debemos defender la existencia de una ciencia del derecho y de la justicia.<sup>15</sup>

Por su parte, el doctor Fix-Zamudio dice:

La problemática en la investigación jurídica resulta muy complicada en la actualidad, ya que no sólo requiere del empleo de la técnica científica, sino de la metodología filosófica, pues el problema de la investigación no puede detenerse exclusivamente en la escala científica, sino que para llegar a ser sistemática, y por lo tanto fructífera, tiene que ascender hasta las esencias, hasta la *metafísica*.<sup>16</sup>

Paralelamente, esto “metafísico” que no puede tocarse por ser espiritual, constituye la *fuerza de cohesión* del grupo social, es lo que *se siente*, en lo que *se cree y se valora colectivamente*, transmitiéndose de generación en generación. Su importancia es tal que requiere ser plasmada para lograr ser conocida y captada en su significado por todos aquellos que no intervinieron directamente en su elaboración, la mayoría que delegó su confianza en sus representantes, con el deseo de poder ser organizada y ordenada, así como por los que aún no habían nacido y por los que nacerán en las futuras generaciones. Por ello corresponde a quienes lo crean dar a conocer los acuerdos constituidos y, a través de la promulgación adecuada, poder dejar en claro que los consensos tomados serán cumplidos al haber cobrado expresión y fuerza en la ley fundamental. Esto es la base del Estado de derecho. Dado que: “Nada humano es posible en la anarquía”;<sup>17</sup> y habiendo señalado parte del contexto que brinda algunos de los aspectos para poder establecer lo jurídico, cabe preguntar:

### 3. ¿Cómo se conforma el ser del derecho?

El de una casa, con varilla, cemento, tabiques; el de una flor, con pétalos de suave textura, aroma delicado, tallo y hojas; el de un animal, por

<sup>15</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Teoría general del derecho*, México, Porrúa, 1989, p. 137.

<sup>16</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 3a. ed., México, Porrúa, 1988, p. 69.

<sup>17</sup> Maldonado, Adolfo, “Génesis espontánea del derecho y la unidad social”, *Revista Facultad de Derecho*, México, núm. 23, julio-septiembre de 1956, p. 11.

el conjunto armónico de millones de células organizadas, como un delfín, un águila, un caballo o nuestro fiel amigo, un perro.

El hombre mismo se configura en estructura ósea, tejido muscular, sistema respiratorio, digestivo, nervioso, endocrino, como partes que integran su cuerpo físico. Mas su verdadero ser, el que piensa, quiere y siente, tiene una sustancia distinta, es *incorpórea y espiritual*, perteneciendo como tal al cuarto estrato que Hartmann refiere como espiritual, en donde se generan los productos culturales.

Lo que denominamos derecho queda incorporado en la Constitución que tuvo que ser redactada, construida por conceptos, enunciados y argumentos con un sentido, con un propósito, con un fin cierto y determinado. Al manifestarse en un texto integrado y congruente, al usar papel y tinta, cobra manifestación externa en el mundo de la forma, por ello puede decirse que el derecho es un producto del espíritu común objetivado.

Como objeto, su ser materializado, al ser inanimado pertenecerá al mundo inorgánico; pero si se quemaran todas las Constituciones y los códigos, el derecho como tal permanecería, pues por su carácter espiritual trasciende la materia en que quedó plasmado, al decir del maestro Recaséns es un “pensamiento convertido en cosa.”<sup>18</sup> Desaparece pues “la cosa”, el libreto, el código; pero permanece *la impronta espiritual en la conciencia colectiva* y en otro elemento muy importante —*la conducta humana*— que se conserva y guarda por los hábitos, en la memoria, tanto del grupo, como del individuo.

El derecho como entidad espiritual y abstracta se hace concreto a través de la palabra, en sus inicios oral, hoy, generalmente, escrita. Para “su establecimiento sólo dispone del *concepto*. Pero para English, éste, al reasumir las características de fenómenos de la vida en una *estructura de pensamiento o de sentido, es necesariamente abstracto*, prescinde de las individualidades de los objetos aprehendidos o concebidos y “mata” con ello, forzosamente, la vida peculiar de lo que sólo una vez se hace realidad”<sup>19</sup>

Ahora bien, el derecho, dice Recaséns, es “vida humana objetivada” y como tal emerge de situaciones, de hechos reales, del vivir cotidiano.<sup>20</sup> Se ha dicho que el derecho es hecho, valor y norma. El hecho es el fenómeno dado como tal en situaciones específicas, concretas en un sitio y en

<sup>18</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 25.

<sup>19</sup> Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980, p. 578.

<sup>20</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 26.

un tiempo determinado. El valor es tanto lo que le da origen, como el cauce hacia donde pretenden dirigirse los hechos futuros como la meta ideal porque el grupo lo considera así conveniente; para cumplir con éste y prever aquél se crea la norma jurídica. Ella será la *concretización* en la que se integran tanto los hechos, es decir, los problemas surgidos de la realidad histórica, como la solución considerada adecuada de ellos.

De tal modo, la norma adquiere su carácter de jurídica, al dársele la *forma* según el ordenamiento jurídico específico lo establezca.

Vemos entonces que en la conformación del derecho se tienen que combinar y concordar varias especies y cosas de distintas categorías, tanto corpóreas como incorpóreas, como serían los hechos, los problemas y sus posibles soluciones, así como las conductas, intenciones, los ideales y las metas o propósitos valiosos para el grupo.

Para explicar esto, Heinrich Henkel se refiere a cuatro momentos o etapas del derecho. Al primero lo denomina *datos previos o reales*: ontológicos, que constituirán el primer momento de aprehensión de la realidad para la conformación del derecho. Al segundo, el *dato a cumplir*, formado por lo que llama la *idea de derecho*, en donde se comprenden los aspectos axiológicos, integrada por los ideales de justicia, seguridad y orden. Al tercero, el momento de *cotejo* de las condiciones a ser consideradas para su creación, en donde se tienen que contrastar los hechos del primero y los valores del segundo. Es la etapa del proyecto para la *formación o construcción* de la *ley*, lo cual toca al legislador. Y un cuarto será la aplicación de ella, actividad que corresponde al juez tanto en su interpretación, como en su aplicación<sup>21</sup> (véase la gráfica).

Los *datos previos*, son los *factores reales existentes antes* de la creación del derecho. Son muy complejos, pues incluyen a la realidad misma. Él los relaciona de la siguiente forma:

1. La determinación antropológica del hombre, como la autodeterminación del comportamiento y su responsabilidad. La persona como titular de derechos y obligaciones con la pretensión de una esfera propia de libertad que le permita su integración vital.

2. Las cosas, objetos del mundo real con sus leyes naturales propias y sus distintas estructuras ontológicas, en el sentido de Hartmann.

3. El mundo social humano, las estructuras sociales; comunidad, sociedad, organización, relación de fuerza y relación de lucha y sus reglas de juego.

<sup>21</sup> Henkel, Heinrich, *op. cit.*, nota 19, partes 1a. a 3a.

4. La típica teleología de coactuación humana en el tráfico económico de intercambio se presenta en estructuras de fin e interés, condicionado mediante la ponderación y el control valorativos.

5. Usos y prácticas como modelos del comportamiento socialmente correcto, la moral social.

6. El orden social de valores, acervo de valores e ideologías de la sociedad como directrices del comportamiento social.

7. Las instituciones, productos pre-jurídicos con arraigo consuetudinario, más las exigencias de las ideas rectoras políticas.

8. Las estructuras lógico-reales que para la solución jurídica representan correspondencias permanentes y ontológicas: El orden social frente a un plan jurídico que le orienta y

9. Las realidades diversas y cambiantes de la vida social, como la economía, las condiciones técnicas, etcétera.

Como puede verse, son muchos los aspectos de la realidad que brindan un punto de apoyo y que han de ser tomados en cuenta en la *elaboración* del derecho.<sup>22</sup>

En el segundo momento, el *dato a cumplir* por el derecho es llamado el *dato ideal*. En él se agrupan las *ideas valorativas directrices* del derecho, es lo que se ha de lograr y está integrado por:

a) El principio de justicia; b) de equidad; c) La oportunidad; como la adecuada realización de fines para la práctica del derecho y d) La seguridad jurídica, que indicará el contenido jurídico a encontrar. Entre ellas suelen darse *tensiones* en relación a los problemas a resolver, a las que identifica como la polaridad. A veces ha de prevalecer y se ha de dar preferencia a una u otra de ellas, según lo requiera la ocasión.<sup>23</sup>

Todos estos puntos del dato real o previo, o del ideal o a cumplir del derecho, Henkel los agrupa bajo la palabra *topoi*. Este vocablo integra todo lo que se ha de tomar en cuenta por el legislador para obtener lo que él llama el *derecho correcto* y los pasos a lograrlo son:

1. El legislador ha de ver el problema material contemplado en la realidad de los hechos y la posibilidad de futura solución: sujetos, objetos, comportamientos, con el fin de orientar su plan jurídico.

2. Es raro que se use un sólo *topoi*, generalmente es necesaria una pluralidad para solucionar un problema.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 267-470.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 489-553.

3. Los posibles a resolverlo deberán ser puestos en mutua relación, seleccionando una preferencia jerárquica acorde con el problema material. Se procurará armonizar las tendencias en un adecuado reparto de influencias. Esta actividad de *sopesar y ponderar* se caracteriza como el arte del descubrimiento en el camino para obtener el *derecho correcto*. Por lo mismo y como se ve, su método de obtención es muy complejo.

4. La relación de los diversos *topoi* deja un espacio libre para elegir y decidir; la opción ha de sujetarse a la idea de bien común.

Para Henkel el *bien común* es un *fin directriz trascendente*, es la idea promotora y predominante; como ideal social, esta idea existe antes de toda conformación y es supratemporal por la constante exigencia de mejoramiento social. Actúa como una fuerza inmanente, es la meta que custodia la impronta espiritual y se convierte en un elemento constitutivo de toda positivación de derecho, tanto en la norma abstracta, como en la casuística. El bien común es la última interpretación de las normas jurídicas, no es ni principio jurídico, ni norma jurídica y la que lo niegue o contradiga no deberá aplicarse.<sup>24</sup>

La solución encontrada, que toma en cuenta tanto a *topoi* como al bien común puede calificarse de derecho correcto, que no debe equipararse a perfecto pues, como afirma Schiller, las ideas conviven apaciblemente, pero las cosas chocan duramente en el espacio.<sup>25</sup>

El derecho correcto incorpora la esencia del derecho verdadero, y el derecho positivo la vigencia existencial del derecho. De tal manera que el *derecho correcto sin vigor es imperfecto*, por lo cual tiene como meta el llegar a ser positivo, ésta es su tarea permanente. La positivación del derecho es necesaria a fin de lograr este derecho correcto.<sup>26</sup> A este fenómeno de la positivación se le puede entender también, como la *concretización* del derecho. De igual manera, Villoro enfatiza el arte del derecho como la actividad que implica a la esencia humana del jurista al valorar y elegir los aspectos tanto ontológicos como axiológicos, logrando, al seleccionarlos e integrarlos en la construcción normativa, el propósito a ser realizado, tarea que incumbe al legislador.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 594 y ss.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 690.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 676.

<sup>27</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al derecho*, México, Porrúa, 1966, p. 142.

#### 4. *Formación de la norma jurídica. El ordenamiento jurídico*

La causa formal del derecho se plasma en la norma jurídica, llegando a este punto se ha de tener el cuidado de observar que materia y forma se confunden; una vez que los datos ontológicos y axiológicos que son su causa material se implantan —como contenido— mediante la palabra; si bien éste queda inmerso en el significado, al exterior lo que se muestra es la *forma* en un texto. Entonces será necesario que aquel que tenga la capacidad de hacerlo, descubriendo su sentido, vuelva a encontrarlo para poder apreciarlo más allá de las letras.

Así, una vez que la Constitución ha determinado el modo en que han de surgir las normas de derecho obligatorias para los particulares, los actos en los que ellas adquieren existencia se denominan *leyes*. En ellas se indica cómo deben comportarse los ciudadanos, así como las consecuencias de su posible incumplimiento. La ley necesita una forma externa para que pueda ser reconocida como norma obligatoria, por ello se habla de *ley formal*; y sólo por medio de la leyes nacen las normas jurídicas vinculantes. De ese modo también se va integrando poco a poco el sistema jerárquico de esas normas jurídicas: el ordenamiento jurídico.<sup>28</sup>

Ahora bien, ello se necesita construir a través de los denominados esquemas jurídicos. En general se entiende por esquema, “la representación gráfica o simbólica de cosas materiales o inmateriales”.<sup>29</sup> Villoro Toranzo dice que “Los esquemas jurídicos vienen a ser como unos hilos que religan la situación real concreta con la solución justa, esos hilos forman un verdadero tejido que es el sistema de derecho”.<sup>30</sup> Para el autor hay siete clases de esquemas que abarcan como pequeñas piezas desde lo más sencillo hasta lo más complejo de la maquinaria jurídica y serían como las letras, las palabras, las frases, las oraciones y los argumentos en una obra literaria. Ellos son:

1) *Los conceptos jurídicos* que constituyen la estructura esencial de toda norma, de toda figura y de toda situación jurídica, son conceptos puros, ajenos a la experiencia, indispensables en toda realidad jurídica histórica o posible. Atienden la “esencia” y son condicionantes de todo pensamiento jurídico.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Nawiasky, Hans, *op. cit.*, nota 9, p. 73.

<sup>29</sup> *Diccionario de la lengua española*, 22 ed., 2001, t. 5, p. 667.

<sup>30</sup> Villoro, Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 27, p. 241.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 242.

2) *Los cuerpos jurídicos* atienden a la “naturaleza”, Von Ihering, a quien se debe su explicación, dice que éstos se definen atendiendo a su fin, función, a su utilidad. Son conceptos jurídicos proyectados en la vida jurídica, sirviendo de instrumentos para la consecución de determinados fines y exigiendo deberes jurídicos propios.<sup>32</sup>

3) *Principios o aforismos jurídicos*. También se les conoce como axiomas o “brocárdicos”; muchos se han tomado del derecho romano y se enuncian en latín: *pacta sunt servanda*, *poseedor pro domino habetur*, etcétera.

4) *Presunciones de derecho*. Este esquema recibe el nombre de *standard jurídico*, como sería la conducta del “buen padre de familia”.

5) *Ficciones de derecho*. Como las presunciones, a veces se formulan en aforismos jurídicos como: “la carga de la prueba incumbe al actor”, “los hechos no negados no necesitan prueba”. También permiten, para uso práctico, fingir situaciones inexistentes en la realidad, pero necesarias en la ley.<sup>33</sup>

6) *Instituciones jurídicas*. Son los esquemas más complejos y pueden comprender varios conceptos y varios principios valorativos, en ellos los esquemas menores están estructurados en una visión de conjunto que versa sobre un mismo tema, como la propiedad, el matrimonio, el divorcio, el delito o el Poder Ejecutivo, que les da unidad y sentido por tener como fin la realización de determinados valores en un campo determinado.

7) *Los sistemas de derecho*. La concentración final de los esquemas jurídicos se hace en un agregado muy complejo llamado sistema de derecho. Por tal hay que entender el conjunto de conceptos, principios e instituciones que animan y dan sentido a una legislación determinada. Un sistema de derecho implica además una filosofía jurídica que ligue entre sí a los sujetos de la comunidad a los cuales se aplicará.<sup>34</sup>

Para poder hablar de un sistema de derecho expresado en la legislación positiva, ha sido necesario cierto grado de maduración jurídica, es decir, que el ordenamiento jurídico haya sido desarrollado, integrado y prácticamente terminado en todas las áreas del derecho, a fin de que puedan resolverse las situaciones de vida cotidiana de la mejor manera posible. Por otro lado, también pueden darse principios y explicaciones latentes en el sistema que todos dan por supuestos sin que estos prin-

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 244.

cipios y explicaciones lleguen a formularse en leyes escritas, como es el caso del sistema consuetudinario anglosajón.

En México, ahora se puede hablar de un sistema de derecho, pero ha de tomarse en cuenta que éste se fue desarrollando paulatinamente a partir de la Constitución de 1917, cuando se elaboraron las normas secundarias en cada uno de los códigos necesarios para las distintas materias que lo integran y, evidentemente, las exigencias sociales exigen su constante revisión y adecuación. Sin embargo, aún puede decirse que la *impronta espiritual* permanece en lo que vincula a los mexicanos como propósito de ideal a realizar. Es urgente revivir el sentido que anima a nuestra nación, y no perderse en aspectos políticos de siglas partidistas. Para eso se cuenta con la herramienta de la norma jurídica que debe adaptarse sin dudar, con voluntad firme, a las exigencias que exige el momento actual. El ordenamiento jurídico merece ser revisado, sin perder el sentido del derecho que lo anima. El derecho se da en la vida, es la relación, el vínculo de lo que las personas esperan una de otra, así como el sentido, fin y propósito de su propia organización. Corresponde a los hombres conservarlo.

Se ha visto cuan compleja es la tarea para aquel que va a elaborarlo, extrayendo de la realidad la problemática, y a su vez teniendo que salvaguardar los valores de justicia, oportunidad y seguridad jurídica que la colectividad demanda y espera. El legislador tiene que buscar las características coincidentes del hecho que en la vida se muestra polifacético para poder plasmar con palabras en la norma lo adecuado conforme a su fin y plan de regulación. Así, “La acuñación en el concepto lleva a conferir en la norma jurídica un perfil más acabado respecto a los límites indeterminados y fluctuantes de los fenómenos fácticos típicos”.<sup>35</sup> Tiene que partir de los casos que se dan regularmente, examinar el material empírico pues ha de ordenar futuros aspectos de la vida que tendrán lugar cierta, probable o posiblemente.

El orden jurídico será generalmente un orden abstracto, es decir, un orden que no se refiere a una situación determinada, única en tiempo y en el espacio, sino que regula en forma general casos típicos que se dan siempre, aunque irregularmente en la vida social. La norma se refiere a hechos abstractos, no a hechos concretos. Es éste un rasgo extraordinariamente esen-

<sup>35</sup> Henkel, Heinrich, *op. cit.*, nota 19, p. 578.

cial. El orden jurídico no se interesa por individualidades, sino por lo típico. Lo que la ley contempla son relaciones típicas que se repiten.<sup>36</sup>

De esta manera: “La ley tiene la misión de clasificar, de modo muy claro, una cantidad enorme de fenómenos vitales, muy distintos entre sí y sumamente complejos, caracterizarlos por medio de notas distintivas fácilmente cognoscibles y ordenarlas de modo que siempre sean iguales para que puedan serles enlazadas *iguales* consecuencias jurídicas”.<sup>37</sup> Así, se vale de conceptos abstractos que puedan subsumir los fenómenos vitales que muestren las notas distintivas del término; también se sirve de ellos para plantear las consecuencias jurídicas enlazadas al hecho y las hipótesis normativas.

Quien codifica ha de integrar los conceptos formulándolos con un propósito; pero de entrada surge una limitante: no puede preverse en la ley lo que aún no ha sucedido. Es por ello que los principios jurídicos y una pauta de valoración subyacente en la ley son indispensables como guía a seguir. De tal manera que la separación de hecho y cuestión de derecho no puede ser tajante. Del primero, el hecho, se obtienen las constantes que constituyen un denominador común y que incluye a un amplio número de fenómenos, lo que brinda claridad y facilita la tarea de su conceptualización.

Esto si bien garantiza plenitud al sistema, por otra parte limita la obligación de resolución que corresponde al juez. Sin embargo, la misma norma puede dejar la posibilidad prevista para que en el momento de su aplicación, sea manejada y adecuada al caso concreto conforme la intuición y perspicacia del juzgador.

“Cuando el concepto abstracto-general y el sistema lógico de estos conceptos no son suficientes por sí solos para aprehender un fenómeno vital, o una conexión de sentido, en la plenitud del ser o del sentido, entonces se ofrece el *tipo* como forma de pensamiento”.<sup>38</sup>

Henkel nos dice que el derecho, para ordenar las relaciones de los hombres, las aprehende no en su “incommensurable singularidad”, sino en su *tipicidad vital*; en las características que coinciden con las especies o grupos y que por ello se repiten. Así, “El instrumento predominante de

<sup>36</sup> Coing, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Ariel, 1976, p. 33.

<sup>37</sup> Lorenz Karl, *Metodología de la ciencia en derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980, p. 441.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 443.

que se sirve el *legislador* es la *formación jurídica de tipos* apoyada en la *tipicidad* previamente dada en la vida”.<sup>39</sup>

La tarea del constructor del ordenamiento jurídico es “hacer visibles las ideas jurídicas y las pautas de valoración generales que están por encima de los complejos de regulación particulares”.<sup>40</sup> Así mismo: “la misión del sistema científico es hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico como un todo con sentido”.<sup>41</sup> “La ley no es un criterio en sí mismo absoluto; sino tan sólo el precipitado y la expresión de ideas sobre derecho, con las que nos hemos de familiarizar, si se quiere entender rectamente, y en su caso, limitar, completar o justificar la ley”, afirma English.<sup>42</sup>

El propio dador del derecho sabe la limitación de su tarea y delega al juez la posibilidad de adecuar *lo genérico y abstracto de la norma al caso vivo y concreto*. La rígida y fría regulación de lógica formal ha de transformarse ahora en una teleología, cálida, humana y vital. Más allá de lo conceptual emerge el pensamiento orientado hacia los valores. “La aplicación del derecho es una parte de la vida del mismo. No es posible racionalizar completamente lo viviente”. “El aparato de la autoridad sigue siendo un organismo que funciona de manera viva”.<sup>43</sup>

Cuando varios jueces en circunstancias similares llegan a resultados diferentes de lo funcional y de lo justo, consuela la idea de que el más severo ha sido quizá el más exacto y concienzudo en el examen de los fundamentos fácticos de decisión y que el más débil e inflexible ha sido más descendiente en la consideración de todas las circunstancias secundarias.<sup>44</sup>

Hay líneas directrices que permiten al juez orientar sus sentencias hacia las ideas jurídicas directrices, pero ellas no le liberan del *acto personal, intuitivo de valoración* que cierra el proceso decisorio, así:

Todo derecho y toda administración de justicia están determinados en aspectos formales por un conflicto dialéctico de dos tendencias opuestas: La

<sup>39</sup> Henkel, Heinrich, *op. cit.*, nota 19, p. 576.

<sup>40</sup> Lorenz Karl, *op. cit.*, nota 37, p. 465.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>42</sup> Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable. La Jurisprudencia según English*, México, UNAM-FCE, 1971, p. 458.

<sup>43</sup> English, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 168.

<sup>44</sup> *Idem*.

tendencia a la generalización y a la decisión de conformidad, con criterios objetivos, y por el otro, la tendencia a la individualización y a la decisión, a la luz de las valoraciones y apreciaciones subjetivas de la conciencia jurídica. Esto es la tendencia hacia la *justicia formal* y del otro polo hacia la *equidad concreta*.<sup>45</sup>

Quien aplica el derecho está llamado por el derecho de equidad que se encierra en los conceptos indeterminados y normativos, en las cláusulas de criterio libre y en las cláusulas generales, a encontrar el derecho en el caso singular no sólo mediante interpretación y subsunción, sino también mediante *valoraciones de voluntad*.<sup>46</sup>

El derecho ha de velar por un orden que sea *sencillo, claro y determinado* para quienes han de obedecerlo. La seguridad jurídica es indispensable como regla general; pero la justicia sólo se alcanza en la individuación.

### III. PARA QUÉ SIRVE

Se ha dicho que el derecho es una herramienta construida por el hombre, de éste dependerá la calidad de lo elaborado, así como, al interpretar y encontrar su sentido, la solución dada. Es indispensable abrir el campo de esta disciplina, cada vez será más necesaria la interdisciplina en el auxilio y colaboración de todo lo que permita su mejor funcionamiento.

El tener presente que la norma expresada en las palabras del texto ¡corresponde únicamente al 7% de la comunicación!, Tal vez podría explicar la ineficacia de su cumplimiento. Quedando restante el 93% de la comunicación analógica en donde podrían obtenerse otros resultados de comportamiento dado que aquí se implican: ideas, valores, propósitos, conducta, hechos, relaciones, objetos y sobre todo personas, esto es campo del derecho, que ahora requiere una visión holística, sistémica, como un orden pleno de vida.

Quizá por ello algunos juristas, desde tiempo atrás, han hecho énfasis sobre la orientación teleológica del derecho; tanto en su creación en cuanto a la seguridad y oportunidad jurídica, como en su resolución respecto a la justicia. English, Larenz, Henkel, Hart, Alf Ross, Cossio, Reale, Coing, coinciden en el punto de vista que el maestro Recaséns Siches

<sup>45</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 274.

<sup>46</sup> English, Karl, *op., cit.*, nota 43, p. 167.

denominó, lógica razonable” o “*logos de lo humano*”. Pues la lógica formal de la inferencia, calificada como “racional” es meramente explicativa, “el *logos de lo razonable* atiende a problemas humanos y, por tanto a los políticos y jurídicos, intenta “*comprender*” *sentidos y nexos entre significaciones, así como realiza operaciones de valoración, y establece finalidades o propósitos*”.<sup>47</sup> La lógica formal es neutra en lo que atañe a los valores humanos, éticos, políticos, jurídicos, etcétera. En cambio, las normas jurídicas tienen una dimensión de *intención, imperativa, estimativa* la cual es totalmente desconocida por las leyes de la inferencia. Construir al derecho como un sistema lógico puro es imposible. Las leyes, aún en el grado máximo de claridad y previsión, nunca expresan la auténtica totalidad del derecho en relación a las, conductas. Las leyes implican el único lenguaje que pueden usar: un lenguaje genérico y abstracto.<sup>48</sup> Pero sólo se puede saber que es derecho en la medida de como opera y por sus efectos producidos en la realidad humana: “Una norma jurídica es lo que ella *hace*.”<sup>49</sup> Si no se aplica, se reduce a un mero pedazo de papel.

La existencia humana como producto espiritual ha de ser comprendida en la plenitud de las leyes que la rigen. No puede ser sólo la lógica. La ética es indispensable, es quien da sentido al hombre y a su existencia, necesaria hoy más que nunca. Recaséns comenta que la vida es un hacerse a sí misma en sus sucesivos instantes, es tener que ir resolviendo su propio problema y afirma: *La vida es tarea*.<sup>50</sup> Por otro lado, English dice que el derecho es en todas sus partes el resultado del *espíritu viviente* que aparece en forma orgánica vinculado a las *personas*. La *personalidad* de quien utiliza al derecho es un *todo orgánico*, lo mismo sucede con quien realiza su aplicación, con el derecho y con la vida jurídica. En la *interpretación teleológica*, se valoran los efectos que la decisión vaya a producir según el propósito de la ley. La consideración científica de la norma no es como dogma rígido sino como *fuerza viva*. No importa lo que *significa* una norma, sino como ésta *vive*, “como actúa, como se articula, en distintas relaciones y como éstas se separan de ella y como la siguen”. El derecho no puede reflejar enteramente la individualidad singular de ca-

<sup>47</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 42, p. 519.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 225. Las cursivas son propias.

da ser humano, a esto se le llama la dimensión de *despersonalización* del derecho.

Ésta parece ser la tragedia del derecho, no poder alcanzar, ni de un modo ni de otro, el núcleo de la personalidad individual. El derecho puede estimar la personalidad, apoyarla e incluso en un cierto grado, fomentar su desarrollo, pero no articularla de modo inmediato. Y sin embargo, se ha manifestado siempre la tendencia de poner la individualidad al alcance del derecho, de lograr mediante el derecho una justicia y una equidad individualizadoras.<sup>51</sup>

Para finalizar, es necesario inquirir: ¿hasta dónde es la justicia una tarea exclusiva del derecho? Respecto a este punto es necesario tener cuidado, pues pareciera ser que se exige, exclusivamente al derecho, su cumplimiento. Hoy por hoy, en México por ejemplo, el clamor popular reclama la “injusticia sentida”, al exigir un Estado de derecho. Sin embargo, ya Platón sostenía: “No habrá sociedad justa, sin hombres justos”. En el diálogo de *Las leyes*, ellas dicen a Sócrates: “...si hoy te vas de aquí, te vas por injusticia de los hombres y no de nosotras las leyes”. El problema sigue siendo en la actualidad el mismo.

Hans Kelsen comentaba la incapacidad de lograr una norma justa sin la existencia de otra injusta, puesto que la razón humana puede concebir sólo valores relativos, así, el juicio con que juzgamos algo justo no puede osar jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. Para él, el principio ético fundamental es la tolerancia, entendida como libertad de pensamiento.<sup>52</sup> La ciencia sólo puede desarrollarse cuando es libre. Ser libre quiere decir no sólo no estar sometida a influencias externas, esto es, políticas, sino ser libre *interiormente*, que impere una *total libertad* en su juego de argumentos y objeciones. No existe doctrina que pueda ser eliminada en nombre de la *ciencia* pues el alma de la ciencia es la tolerancia, con ella todo puede florecer.

Es en el hombre donde ha de darse el cambio, tener decisión para modificar lo que sea necesario, sin perder de vista que la letra congelada impide fluir al río de la realidad viva que siempre irá por delante. Necesita clarificar el sentido y delinear el rumbo para lograr la meta, sin olvidar que son los valores del espíritu los que cohesionan y vinculan. Es en

<sup>51</sup> English Karl *cf.* Recaséns, Siches, *op. cit.*, nota 42, p. 465.

<sup>52</sup> Kelsen, Hans, *¿Que es la justicia?*, Buenos Aires, Leviatán, 1981, pp. 109-120.

este punto en donde la tarea formativa para los futuros abogados puede ser definitiva mediante la filosofía del derecho, es necesario volver y retomar a la persona y a los valores como eje del derecho. Sin olvidar que: “El desorden no surge de la tolerancia, sino de la intransigencia”.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El derecho es un ser creado por el hombre para regular el orden del grupo social, dado que nada puede ser en el desorden.

2. Su causa eficiente es el hombre a través de los legisladores.

3. Su causa final busca la convivencia pacífica en el orden social.

4. La material comprende tanto los datos ontológicos, como los axiológicos; se encuentra en la “impronta espiritual” y en la conducta humana, los cuales preceden a su formación.

5. La formal corresponde al texto con el que cobra forma al volverse positivo. Se manifiesta por la norma jurídica, en cuyo enunciado se guarda el contenido de índole espiritual.

6. La norma, a su vez, tendrá que ser interpretada para su aplicación, entonces la intuición del juez desentrañará del texto el contenido valorativo para hacerlo.

7. Es importante dejar señalado que: uno es el ordenamiento jurídico, construido para ser aplicado en un tiempo y en un espacio determinado mediante la ley y

8. Otro es el derecho, éste es la “relación”, el vínculo dado entre las personas que esperan entre sí, es decir, la respuesta de la conducta adecuada; sea en el ámbito público o privado. El derecho expresa el sentir espiritual del grupo, podría entenderse, al decir de Villoro Toranzo: “como el mínimo de conducta ética que se requiere para vivir en sociedad”.<sup>53</sup>

9. Dentro de los órdenes del ser, el ser humano es una parte, por lo tanto está regido en ese sentido por leyes: físicas, químicas, psicológicas, lógicas y éticas.

Las leyes *son*; las normas indican un *deber ser*, en cuanto expresan situaciones que *no están siendo*, es decir, *que no son*.

10. Respecto de las normas jurídicas, es necesario reconocer que su aplicación implica a dos categorías diferentes: una la palabra, otra la ac-

<sup>53</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1973, p. 481.

ción. En este punto, Bateson hace referencia a lo que se denominó *principio dormitivo* lo cual acontece cuando se toma como causa de una *acción simple* una *palabra abstracta derivada* del nombre de dicha acción; como cuando se explica la agresión diciendo que es causada por un “instinto agresivo”, o la sintomatología psicótica atribuyéndola a la “locura”, el autor comenta:

Es imposible poner fin al delito mediante el castigo. Con ello todo lo que se consigue son delincuentes más eficaces, puesto que *el delito no es una acción*. El *delito no es el nombre de una acción*, sino una *categoría o contexto de la acción*. Y las cosas que son categorías de acción *no obedecen a las reglas del refuerzo*, como lo hacen las acciones.<sup>54</sup>

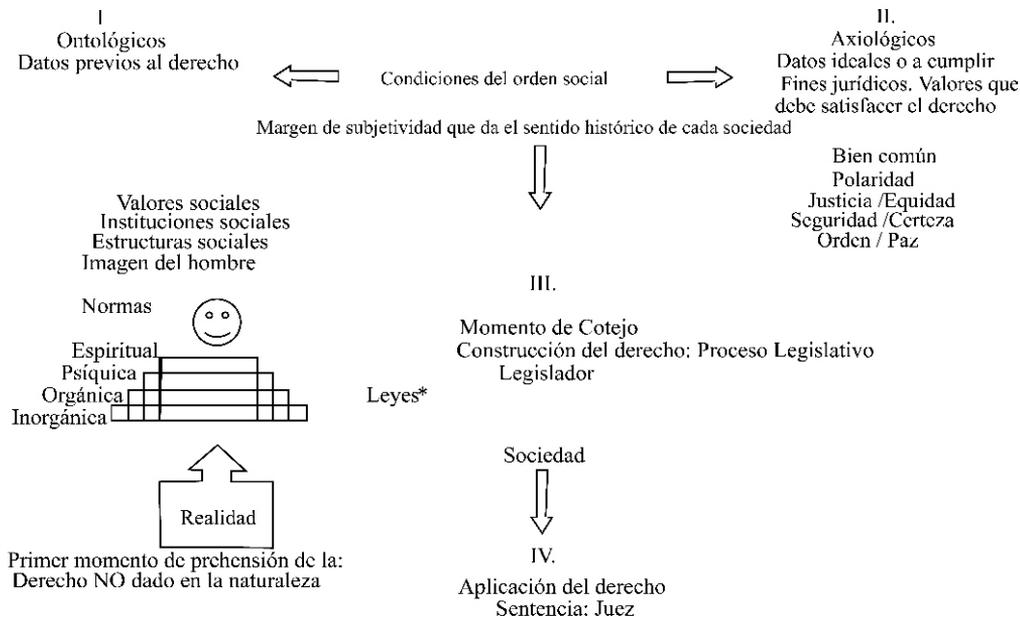
11. Existe la necesidad de ampliar el campo de aprendizaje, dado que se encuentran implicados seres de distintas cualidades, pertenecientes a mundos diferentes y, sin embargo, plenamente interpenetrados como en la mecánica cuántica lo están la partícula y la onda. Así, la norma jurídica sería la partícula observable, el derecho, la onda no manifiesta, pero que está ahí. Ambas se presuponen y están en correlación constante.

<sup>54</sup> Bateson, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente*, Planeta-Carlos Lohlé 1999, p. 19. Las cursivas son propias.

¿De dónde surge el derecho?

¿Qué es?

¿Para qué sirve?



\* Físicas, química inorgánica, química orgánica, biológicas, psicológicas, lógicas, ética.

Elaboró: Magdalena Espinosa Gómez  
Henkel (1968), Hartmann (1986).

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BATESON, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente*, Planeta-Carlos Lohlé, 1999.
- ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Guadarrama, 1967.
- ECCLES John, “Bases neurofisiológicas del espíritu”, *La Vida Enciclopedia*, España, Salvat, 1961, t. V.
- DAVIS, Mikol y LANE, Earle, *Rainbows of Life, The Promise of Kirlian Photography*, Nueva York, Harper Colophon Books, 1978.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 22a. ed., España, Mateu Cromo, 2001.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Ensayos filosófico-jurídicos*, México, Universidad Veracruzana, 1959.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, 2a. ed., México, Textos Universitarios, 1984.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 3a. ed., México, Porrúa, 1988, núm. 63.
- HART H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Garrío, México, Editora Nacional, 1978.
- HARTMANN, Nicolai, *Ontología*, 2a. ed., trad. de José Gaos, México, FCE, 1986, ts. III y IV.
- HENKEL, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Enrique Gimbernat, Madrid, Taurus, 1968.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Leonor Cabrera, Buenos-Aires, Leviatán, 1981.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, 7a. ed., trad. de Agustín Contín, México, FCE, 1986.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed. definitiva, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980.
- LEAKEY, Richard y LEWIN, Roger, *Los orígenes del hombre*, Madrid, 1980.
- NAWIASKY, Hans, *Teoría general del derecho*, trad. de José Zafra Valverde, México, Editora Nacional, 1980.
- POPPER, Karl y ECCLES, John, *El Yo y su cerebro*, trad. de C. Solís Santos, Barcelona, Labor Universitaria, 1985.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Jus, 1970.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México, FCE-UNAM-Publicaciones de Dianoia, 1971.

———, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, 1973.

———, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970.

———, *Antología 1922-1974*, México, FCE, 1976, col. Tezontle.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4a. ed., trad. de Genaro Garrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1973.

———, *Teoría general del derecho*, México, Porrúa, 1989.