

## LA DISTINCION ENTRE DERECHO Y LEY

Por Lic. ANTONIO NUÑEZ OCHOA

Profesor de  
Introducción al  
Estudio del Derecho  
de la Universidad  
Anáhuac.

### SUMARIO

Introducción. I. La Coacción. II. La Vigencia y la Positividad.  
III. La Justicia y el Bien Común.

### I. INTRODUCCION

**T**odas las corrientes filosóficas, ya directa ya indirectamente han tratado de llegar a la esencia del Derecho y de la Ley; y cada una de ellas, al dar su explicación particular de este problema, la mayoría de las veces trata en forma indistinta al Derecho y a la Ley. En los capítulos anteriores que complementan este trabajo, se analizaron las principales corrientes filosóficas en cuanto a su relación con el Derecho y la Ley, así como con el Estado. Entonces se estudió desde las doctrinas en las que empieza a germinar la idea del Derecho, hasta las que lo identifican con el Estado; pasando por quienes consideran al Derecho como lo justo, y por quienes lo cuestionan como instrumento de dominación de una clase (la burguesía) sobre otra (el proletariado), sin olvidar a quienes lo examinan como simple realidad humana, y a quienes lo estudian en su dimensión racional. Estas diferencias dan testimonio de que no existe concenso entre los diferentes autores y corrientes al tratar de desentrañar lo que es el Derecho, lo que es la Ley, y el papel que juega el Estado en relación con estos dos conceptos. Sin embargo, el problema se puede resolver si se establece con

precisión, la diferencia existente —y se afirma que existe—, entre Derecho y Ley.

El Derecho es el conjunto de condiciones necesarias para la realización integral del hombre, en su vinculación comunitaria.

La Ley es el ordenamiento que obliga en virtud del poder de quien la emite.

El Derecho es totalizador porque envuelve toda la vida del hombre; es inmanente a la existencia del propio hombre; su plenitud sólo podrá ser alcanzada en la medida en la que el hombre vaya conociendo más de su esencia; el Derecho es único, no puede hablarse válidamente de Derecho natural o de Derecho positivo (como si hubiera Derecho “artificial” o Derecho “negativo”), puesto que la verdad no puede oponerse a sí misma si se le quiere considerar como tal.

El fin del Derecho es la realización integral del hombre; no la justicia, no el bien común, no la seguridad, esas son consecuencias de la realización del Derecho, no su fin; son hechos sobrevenientes a la realización del Derecho, no son la motivación teleológica de la existencia del Derecho.

La positividad, la vigencia, la eficacia, la coercitividad son elementos esenciales de la Ley, no del Derecho.

El hombre, por el hecho evidente de serlo, por el hecho simple de existir, de vivir, tiene determinadas potencialidades que esencialmente condicionan su conducta. Si el hombre es un ser llamado a vivir (dicho sea como ejemplo), es esencial para él vivir; es esencial que el hombre viva; eso es Derecho; y ninguna Ley puede ir más allá de esa evidencia. No se tiene que buscar si esto es artificial o natural, si es positivo o negativo, finalmente éstos son sólo adjetivos, modos de ver la realidad sustantiva que es el Derecho.

En la medida en la que una Ley ayude a la realización integral de esa vida, en esa medida tendrá una razón de ser paralela a la del Derecho; en la medida en la que obstaculice la realización de esa vida, en esa medida, su existencia será cada vez más divergente del Derecho.

El hombre es un ser capaz de conocer la verdad (dicho sea también como ejemplo), y a quienes le niegan esa capacidad, sólo hay que preguntarles que si conocen que el hombre no es capaz de conocer. . . Entonces, todo lo que ayude al hombre a conocer la verdad, a vivir la verdad, es Derecho; lo que induzca al hombre a

vivir en el error y en el engaño, jamás podrá ser Derecho, por muy legislado y promulgado que esté.

El Derecho se está descubriendo continuamente, con el conocimiento cada vez mayor que el hombre tiene de sí mismo. El Derecho es como una recta asíntota, a la cual se le puede acercar o alejar indefinidamente una curva, que sería la Ley, pero que nunca llegará a tocar a la recta. Así, la Ley puede acercarse o alejarse infinitamente del Derecho, pero nunca llegarán a confundirse, puesto que nunca se tendrá un conocimiento pleno del hombre.

El fin del Derecho siempre es el mismo, y se desprende de la definición dada; por el contrario, el fin de la Ley no siempre es realizar el Derecho o acercarse a él. A pesar de que continuamente se diga que las leyes se crean para vivir en el Derecho, y se ha dicho tanto que el positivismo jurídico llega a confundir el Derecho con la Ley, la historia, vieja maestra de la vida, ha enseñado al mundo lo absurdo de esta confusión, como el ya célebre ejemplo de "Incitatus" el caballo nombrado "cónsul" por el emperador "Calígula".

También la historia enseña en forma meridiana que la creación de la Ley, obedece en ocasiones a odios raciales, religiosos o políticos; obedece muchas veces a la ambición creciente de poder, de riqueza, de venganza; y se puede encontrar, en casi todos los países, leyes que han cumplido perfectamente todo el proceso previsto para su creación, hasta llegar a ser promulgadas, y que sólo han servido para pretender justificar homicidios, rapiñas, y muchos otros excesos.

En el hombre existen dos tendencias bien definidas: la individualista y la transpersonalista; la altruista y la egoísta; sus ansias de perfección, y su inclinación al vicio. Todos tendemos a conservar la vida; esa tendencia por sí sola nunca podría llegar a desembocar en la violencia o producir la represión. Es nuestro egoísmo el que nos orilla a ello. La lucha que existe dentro de nosotros (de ahí que podamos hablar con nosotros mismos), se proyecta a nuestro exterior a "nuestra circunstancia". Entonces viene la Ley y trata de hacer posible la convivencia social, rota por nuestro egoísmo.

Por otra parte, siempre sabemos, con mayor o menor claridad, qué es lo que debemos hacer en cada momento (llámese esto conciencia, sentido común, o de cualquier otro modo); esta sabiduría nos lleva al Derecho. Sin embargo, no siempre hacemos

lo que debemos hacer, y el conjunto del no hacer lo que debemos hacer, produce el choque entre los hombres. Surge entonces la necesidad de que alguien o algo limite ese conjunto de hacer lo que no debemos hacer (puede ser el Estado, puede ser la Iglesia, o cualquier otro ente semejante), para hacer posible la sobrevivencia del hombre, de la sociedad. El choque de egoísmos hace necesaria la Ley.

El hombre no siempre dirige su vida de acuerdo con una racionalidad completa. No es completamente racional. Su racionalidad está muy ligada a su animalidad, no es pura. Si la racionalidad del hombre fuera completa, y se dirigiera por ella, viviría en el Derecho y saldría sobrando la Ley.

El positivismo jurídico afirma que el Derecho es sólo el continente, no el contenido; y que toca a la ética particular de un espacio y un tiempo determinados, darle el contenido respectivo. No obstante lo anterior, el positivismo jurídico da el concepto de Derecho; pero, por definición, no puede haber conceptos sin contenido, y entonces se tendría que afirmar que el contenido del concepto de Derecho es el de ser continente de la ética o de la moral. Pero, en un momento dado, ese continente podría normar al absurdo; podría normar su propia destrucción (recuérdese aquella famosa constitución de Valencia, compuesta solamente de dos artículos, donde el primero decía que nadie estaba obligado a obedecer a ninguna ley; y el artículo segundo decía que nadie estaba obligado a obedecer al artículo primero). Y lo que puede llegar a ser tan absurdo, no puede ser reconocido como universalmente válido.

Para entender mejor la distinción que existe entre Derecho y Ley, en seguida analizaré los principales conceptos de esa distinción, los cuales, someramente, ya han sido enumerados al principio de este capítulo.

## I. LA COACCION

Son muchos los autores que consideran a la coacción como elemento esencial del Derecho. Yo sostengo que es un elemento esencial de la Ley, no del Derecho.

En general, la coacción es la fuerza o violencia que se hace a una persona para que diga o haga alguna cosa. Y para Kant, "El

Derecho está unido a la facultad de coacción”;<sup>1</sup> porque “El Derecho y la facultad de coacción significan, por tanto, una y la misma cosa”.<sup>2</sup> Y así:

El Derecho es un orden coercitivo:<sup>3</sup> no está basado sobre la técnica de la motivación directa, ni sobre la técnica de la obediencia voluntaria, ni sobre la técnica de la motivación indirecta por la vía del premio. El orden normativo jurídico puede, pues, ser estrictamente distinguido de los órdenes normativos de la ética y de la religión. En un orden jurídico avanzado, la comunidad jurídica tiene el monopolio del uso de la fuerza. Toda negación del elemento coercitivo conduce a la anarquía, a la negación del Derecho.<sup>4</sup>

Hans Kelsen es uno de los principales defensores de la corriente que considera a la coacción como elemento esencial del Derecho. En una de las definiciones que dio a esta materia, dice que “Es la técnica social que consiste en lograr una deseada conducta social de los hombres, por medio de la amenaza de la coerción a la conducta contraria”.<sup>5</sup> En su Teoría Pura del Derecho, Kelsen dice que “Los sistemas sociales designados como “derecho” son órdenes coactivos de la conducta humana”;<sup>6</sup> y más adelante dice “Que el Derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica.<sup>7</sup> De esta forma, “La idea o concepto de Derecho siempre incluye la unión de dos ideas o conceptos simples, el de orden y el de

<sup>1</sup> Manuel Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. Felipe González Vicén, España: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 82.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Aunque coacción y coerción pueden tener significados diferentes, como facultad y como empleo, para los efectos de la utilización de la fuerza como medio para conseguir una conducta determinada, los tratadistas utilizan ambos términos en forma indistinta.

<sup>4</sup> Josef L. Kunz, *La Teoría Pura del Derecho*, México: Nacional, 1974, pp. 84 y 85.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *¿Qué es la Justicia?* citado por Miguel Villoro Toranzo en *Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1973, p. 422.

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, México: UNAM, 1979, p. 47.

<sup>7</sup> Ibid.

coacción”<sup>8</sup> y un Derecho sin coacción “es un fuego que no llamea, una luz que no brilla”.<sup>9</sup> También,

*Un orden social, que dirige la conducta de los individuos por medio de sanciones, es un orden coercitivo en el sentido de que emplea medidas coactivas como sanciones. Como tal, se halla en un contraste agudo con los demás órdenes sociales que se basan en la obediencia voluntaria. Así, el contraste fundamental de la vida social —el de la libertad y la coacción— suministra el criterio decisivo para esta clase de orden. Es el criterio del ‘Derecho’ pues éste es un orden coercitivo.*<sup>10</sup>

Como ya puede verse, y teniendo en cuenta lo que se trata de sostener, todo lo afirmado en favor de que la coacción es parte esencial del Derecho, es perfectamente aplicable a la coacción como parte o elemento esencial de la Ley. Efectivamente, para que exista una coacción, ésta debe estar prevista en una Ley; y no sólo por aquel principio de que no puede haber ninguna pena si no hay una Ley aplicable al caso, sino porque sólo son perfectas las leyes que contienen una sanción para la conducta contraria, ya sea en forma individual cada una de ellas, o todo el sistema en general.

Desde otro punto de vista, es indiscutible que el Derecho es algo racional: “Todo lo racional existe y todo lo que existe es racional”;<sup>11</sup> es así que el Derecho existe, luego el Derecho es racional. Además, el Derecho permite la realización integral del hombre, y ésta sólo puede ser completa si se tiene en cuenta la racionalidad y se parte de este hecho. Si el Derecho es racional y permite la realización de un ser también racional, no puede ser coercitivo por esencia, puesto que la coacción llega hasta el empleo de la fuerza para obtener una conducta deseada, y esto no es compatible con la racionalidad del hombre; pero sí es esencial para la Ley, porque ésta se nutre no sólo de la racionalidad del

<sup>8</sup> Eduardo Jenks, *El Libro del Derecho Inglés*, citado por William Ebenstein en *Teoría Pura del Derecho*, Trad. J. Malagón y A. Pereña, México: Nacional, 1974, p. 101.

<sup>9</sup> Rudolf von Jhering, *El Fin del Derecho*, citado por Edgar Bodenheimer en *Teoría del Derecho*, Trad. Vicente Herrero, México; Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 300.

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, Trad. Florencio Acosta, México: Nacional, 1974, pp. 28-29.

<sup>11</sup> Jorge Guillermo Federico Hegel, *Filosofía del Derecho*, Trad. Angélica Mendoza de Montero, México: Juan Pablos Editor, 1980.

hombre, sino también de sus egoísmos y ambiciones, de su animalidad.

## II. LA VIGENCIA Y LA POSITIVIDAD

También como elementos de distinción entre Derecho y Ley, conviene mencionar a la vigencia y a la positividad; porque estos dos conceptos también son elementos esenciales de la Ley y no del Derecho.

Se entiende por vigencia las características que tienen las normas para ser consideradas como formalmente válidas; es decir, son vigentes las normas que en un momento dado tienen como obligatorias cierto grupo humano en un determinado espacio, por haber llenado todos los requisitos necesarios para su elaboración: "Desde el punto de vista formal, sólo son válidas las normas que reúnen los requisitos extrínsecos de vigencia establecidos por el poder público";<sup>12</sup> ya que:

Quando se afirma que una disposición vale formalmente (o sea que tiene vigencia), lo que en realidad quiere indicarse es que el Estado le atribuye fuerza obligatoria, independientemente de que exija o no algo valioso. Existe, pues, la posibilidad de que lo que el poder público considera como norma, no lo sea realmente, desde el punto de vista de la filosofía de los valores. Aún cuando la regulación jurídica tenga forma bilateral, podrá siempre discutirse si la absoluta pretensión de validez de los preceptos que integran el Derecho vigentes se encuentra o no justificada.<sup>13</sup>

Por su parte, la positividad se refiere a la eficacia de las normas "positivo es todo ordenamiento que se cumple. . . la positividad es el hecho de la observancia de las normas";<sup>14</sup> aunque:

Casi todos los juristas emplean como equivalentes esas dos expresiones (la vigencia y la positividad), sin percatarse de que una regla de conducta considerada por el poder público como jurídicamente obligatoria, puede no ser cumplida ni aplicada. La circunstancia de que una norma a la que el Estado atribuye validez formal, carezca de eficacia, no priva al precepto

<sup>12</sup> Eduardo García Máynez, *La Definición del Derecho*, 2a. Ed. México: Universidad Veracruzana, 1960. p. 21.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 35.

de fuerza obligatoria. Desde el punto de vista de la autoridad política, la norma sigue en vigor aun cuando haya caído en desuso, o exista práctica en contrario.<sup>15</sup>

Se tienen así dos conceptos que pretenden utilizarse como calificativos del Derecho: la vigencia y la positividad. La vigencia no es esencial al Derecho sino a la Ley, como se desprende de la propia definición dada a vigencia: las normas, con sólo haber cumplido determinados requisitos formales, se afirma que ya son Derecho. Pero el Derecho es anterior a los instrumentos de creación de las normas, y a los instrumentos de promulgación de ellas; es tan antiguo como el hombre, puesto que siempre ha existido la posibilidad de que el hombre pueda lograr, en mayor o menor grado, su realización. Sería absurdo pretender afirmar que antes de la creación de los instrumentos mencionados, o en los lugares donde no existen éstos, el hombre no tiene absolutamente ningún derecho, ni el derecho de vivir, ni el derecho de reproducirse, ni el derecho de alimentarse. . . por el simple hecho de que no existan en un momento dado el Estado y sus leyes. O, lo que es más, el mundo actual, y tal parece que el mundo de siempre, está continuamente convulsionado por revoluciones más o menos virulentas, que provocan la caída y el surgimiento de los gobiernos de diferentes naciones; muchos pueblos se encuentran divididos, envueltos en luchas fratricidas, y no existen los instrumentos adecuados para la creación de las leyes; sin embargo, sería mucha pretensión afirmar que en esos países desangrados, el hombre no tiene absolutamente ningún derecho, porque no existen los tan mencionados instrumentos de creación de las normas, y lo que es más, no hay gobierno que las hagan cumplir.

Pero la vigencia sí es un elemento esencial de la Ley, ya que para poder exigir el cumplimiento de una norma, es necesario que la norma exista, y la existencia de una norma sólo se puede dar a través de los instrumentos de su creación, es decir, una norma es un producto de la actividad de los factores que intervienen en su elaboración, y eso es lo que le da la vigencia, porque no podría exigirse el cumplimiento de una ley, o sea, "La obediencia de un precepto o un conjunto de preceptos por los particulares a quienes

<sup>15</sup> Ibid., p. 38.

obligan”,<sup>16</sup> si no se hubieran llenado un mínimo de requisitos formales para su creación.

Viene después el concepto de positividad, que, como ya se dijo,<sup>17</sup> también refuerza la distinción que se está haciendo entre el Derecho y la Ley; ya que, primero el positivismo jurídico afirma que el Derecho es el conjunto de normas formalmente válidas, pero luego la realidad, a la que no le gusta la limiten en esa forma, desborda el encajonamiento al que pretenden confinar al Derecho, y esto trae como consecuencia otra clasificación, y surge el Derecho positivo: “El Derecho positivo es el que realmente se practica, sean cuales fueran las prescripciones de la Ley. Una Ley que, por hipótesis nunca se cumpliese, no sería en realidad Derecho positivo”.<sup>18</sup>

No obstante, toda Ley nace para ser cumplida, pero como la Ley no sólo obedece al acercamiento que debe tener con el Derecho, sino que también está compuesta por otros elementos ajenos a éste, la eficacia de la Ley formalmente válida, tiene que aceptar la superación que la realidad hace de ella (de esto hay ejemplos en todas las legislaciones), y entonces se llega a la nueva clasificación apuntada: no todo el Derecho vigente es Derecho positivo. El mismo Kelsen, no sin cierta dificultad, reconoce este hecho:

Se trata solamante de un caso especial de la relación entre el deber de la norma jurídica y el ser de la realidad natural. Puesto que el acto mediante el cual se instaura una norma positiva es —al igual que la eficacia de la norma jurídica— un hecho real. Una teoría positiva del Derecho se encuentra ante la tarea de buscar entre dos extremos, ambos insostenibles, la vía correcta. Un extremo es la tesis de que entre la validez, como lo debido, y la eficacia como un hecho real, no existe relación alguna; de que la validez del derecho es enteramente independiente de su eficacia. El otro extremo es la tesis de que la validez del Derecho es idéntica a su eficacia. La primera solución se inclina a favor de una teoría idealista, la segunda, a favor de una realista. La primera es falsa, puesto que no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando dejan de ser eficaces; y por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente en la realidad natural, puesto que la norma jurídica positiva para tener validez, tiene que ser implantada por un hecho real. La segunda solución

<sup>16</sup> Ibid., p. 36.

<sup>17</sup> Vid. *Supra*, citas (14) y (15).

<sup>18</sup> M. Djuvara, *El Derecho Racional y el Derecho Positivo*, citado por Eduardo García Máynez, *Op. Cit.*, p. 37.

es falsa, porque, como se mostró anteriormente, hay múltiples casos en que se consideran válidas normas jurídicas aunque no sean eficaces, o aún no lo sean.<sup>19</sup>

Pero Kelsen no deja solamente reconocido el hecho de no estar de acuerdo con ninguno de los extremos que él señala para la solución de este problema, sino que también él aporta una solución, que no por difícil de entenderla, deja por ello de ser menos interesante. Dice:

La solución que la Teoría Pura del Derecho propone es: así como la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a ese acto, la validez deóntica de una norma jurídica, no es idéntica a su eficacia real; la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico como un todo y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz. Tampoco es la eficacia de un orden jurídico, al igual que el hecho de su instauración, fundamento de validez. Fundamento de validez es la respuesta a la pregunta por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundante básica propuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales, y, en consecuencia debe actuarse conforme las normas fácticamente promulgadas conforme a esa constitución, que sean en términos generales, eficaces.<sup>20</sup>

Continúa Kelsen defendiendo su tesis de que una condición no puede ser idéntica a lo que condiciona; pero a pesar del innegable esfuerzo que realizó para tratar de solucionar esta dicotomía, lo más que logró fue trasladar el problema a la norma fundante, y contra ella valen los mismos argumentos que se pueden dar en contra de una norma aislada, en cuanto a que no todo lo vigente es eficaz o positivo; y por el principio de la no contradicción, bien se puede decir que no todo Derecho vigente es Derecho positivo o eficaz, como sería la consecuencia lógica última de la tesis de que el Derecho es el conjunto de normas formalmente válidas, y entonces se tendría que aceptar que lo que es, no es. . .

Ante la contradicción apuntada, la humanidad ha reaccionado de diferentes formas, incluyendo muchas veces la violencia, y

<sup>19</sup> Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Op. Cit., pp. 219-223.

<sup>20</sup> Ibid., p. 223.

como ya se dijo. esto se debe a que no siempre la Ley se acerca al Derecho, y mucho menos se confunde con él. Por muy formalmente válida que sea, muchas veces la Ley no tendrá eficacia; y no será necesario un acto formal de abrogación para dejarla sin vigencia, la realidad, el conjunto de condiciones necesarias para la realización integral del hombre, se encargan por sí mismas de dejarlas sin "positividad", de hacerlas a un lado.<sup>21</sup>

### III. LA JUSTICIA Y EL BIEN COMUN

Mientras que para la Ley tanto la justicia, como el bien común deben ser sus verdaderos fines, para el Derecho sólo son la consecuencia de su realización. Un fin es el motivo por el que se realiza una cosa; y una consecuencia es un hecho que sigue a otro.

En la medida en la que la creación de leyes sea para buscar el acercamiento de la conducta humana al Derecho, en esa medida tendrán como fin la justicia y el bien común; y en la medida en la que se realice el Derecho, en esa medida habrá mayor o menor justicia y bien común.

Han sido muchas las definiciones que se ha dado de justicia durante el transcurso del tiempo; sin embargo, es importante señalar algunas, a pesar de que ya se hayan citado varias en los capítulos anteriores. Se dice que:

La justicia es el valor supremo que tiende a realizar el Derecho,<sup>22</sup> cumple una función estructurante, implica una jerarquía de valores, ordena la vida de relación entre los hombres, a fin de que a cada uno se le reconozca lo suyo, esto es, las atribuciones dadas por la naturaleza humana, que es común, y que, por ser así, nos agrupa en la humanidad, en las naciones y en las agrupaciones intermedias, haciendo que, a través de estas comunidades, cada hombre cumpla sus fines temporales y trascendentales.<sup>23</sup>

Por su parte, el maestro Rafael Preciado Hernández dice que "La justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su

<sup>21</sup> Dada la importancia innegable que tiene el hecho de que, en muchas ocasiones, la realidad social desborda al ordenamiento jurídico, dentro de la tesis a la que pertenece, como capítulo, este trabajo, se dedica otro capítulo al abuso de las leyes y del poder, así como a la rebelión.

<sup>22</sup> Esta definición no contempla la distinción hecha entre Derechos y Ley; pero es importante citarla por los diferentes conceptos que se señalan en ella.

<sup>23</sup> Daniel Kuri Breña, *Hombre y Política*, México: Jus, 1942, pp. 116 y ss.

naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social".<sup>24</sup> En el mismo sentido, Manuel Ulloa Ortíz que dice: "La justicia es la virtud moral por la cual somos constreñidos a dar a cada quien aquello que, según sus exigencias ontológicas, le pertenece para su subsistencia y perfeccionamiento".<sup>25</sup> También conviene recordar la ya clásica definición de justicia dada por Ulpiano y recogida por el Digesto, según la cual, "Justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho".<sup>26</sup> Santo Tomás de Aquino dice, recordando a Aristóteles, que:

Es propio de la justicia ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, puesto que implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, pues se dice vulgarmente que se ajustan dos cosas que se igualan y la igualdad es con otro.<sup>27</sup>

El tratadista Francisco González Díaz Lombardo define a la justicia como "El supremo valor social, que implica ontológicamente proporción e igualdad entre los hombres, cuyo perfeccionamiento y mutua ordenación persigue".<sup>28</sup> Stammler dice que la característica lógica del concepto de justicia es la de ser "La tendencia de una voluntad jurídica dada hacia la idea de la comunidad pura";<sup>29</sup> además, "La médula de la justicia es la igualdad",<sup>30</sup> y "La justicia se propone eliminar la arbitrariedad y dar a cada quien lo suyo";<sup>31</sup> pero hay que tener en cuenta que "Tratar los casos semejantes de la misma manera, y los diferentes

<sup>24</sup> Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 10a. Ed., México: Jus, 1979. p. 227.

<sup>25</sup> Manuel, Ulloa Ortíz, "Notas en Torno al Derecho Natural", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, No. 61, México: Jus, 1943. p. 139.

<sup>26</sup> D. I. I. 10.

<sup>27</sup> Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, Vol. II p. 57 citado por Mauro González Luna en *El Hombre y la Lucha por el Derecho*, México: Jus, 1979. p. 147.

<sup>28</sup> Francisco González Díaz Lombardo, *Introducción a los Problemas de la Filosofía del Derecho*, México: Botas, 1956. p. 254.

<sup>29</sup> Rudolf Stammler, *Modernas Teorías del Derecho y del Estado*, Trad. Faustino Ballve, México: Botas, 1955. p. 77.

<sup>30</sup> Gustavo Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trad. Wenceslao Roces, México: Fondo de Cultura Económica., 1951. p. 31.

<sup>31</sup> Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Trad. Juan Manuel Mauri, Madrid: Ariel, 1961. p. 127.

de diferente manera... será una forma vacía. Para llenarle tenemos que saber cuándo para los fines que se tienen en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes".<sup>32</sup> Se podrían seguir citando autores que han tratado este tema, si no fuera porque, como dice Daniel Kuri Breña:

Quien espere encontrar una serie de opciones y contradicciones, de disputas encendidas entre los filósofos que han tratado de definir el concepto de justicia, seguramente sufrirá una desilusión al recorrer la historia de las doctrinas filosóficas, pues se da el caso verdaderamente sorprendente de que el concepto de justicia es de los pocos que han ofrecido una homogeneidad indiscutida a través del pensamiento humano... Todos ellos, al definir la justicia, encuentran que es fundamentalmente una relación que implica cierta igualdad, una armonía, una equivalencia, una proporcionalidad, una ecuación.<sup>33</sup>

Sin embargo, hay quienes, como Kelsen, son partidarios de una filosofía subjetivista de la justicia, porque, según ellos, no hay más que lo sensible y lo racionalmente deducible, en cuanto a los valores; entonces, los valores son relativos, y como la justicia también es un valor, consideran que ésta es relativa. Kelsen dice:

La justicia absoluta es un ideal irracional o, lo que viene a ser lo mismo, una ilusión, una de las eternas ilusiones de la humanidad. Desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses de seres humanos y los conflictos de intereses que esos seres ocasionan. Se puede alcanzar la solución de estos conflictos ya sea satisfaciendo un interés a expensas de otro, ya por compromiso entre los intereses en conflicto. No es posible probar que sólo una u otra solución sea justa. Bajo unas determinadas condiciones, una solución puede ser justa; bajo otras condiciones, la otra.<sup>34</sup>

Como Kelsen parte del supuesto de que sólo los juicios sobre el valor legal son válidos, porque pueden ser comprobados objetivamente, mientras que los juicios sobre la justicia no pueden ser comprobados objetivamente, entonces, a Kelsen no le interesa el juicio o la consideración de si algo es justo o no lo es, sino

<sup>32</sup> H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Trad. Genaro R. Carrio, 2a. Ed., México: Nacional, 1980. pp. 198-199.

<sup>33</sup> Daniel Kuri Breña, *Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, México: Jus, 1979. p. 109.

<sup>34</sup> Hans Kelsen, *¿Qué es la Justicia?*, citado por Miguel Villoro Toranzo, *Op. Cit.*, p. 414.

solamente si es legal o no lo es. De esta forma, Kelsen no entra a la solución de este problema, puesto que para él no es un problema jurídico.<sup>35</sup>

Retomando la afirmación hecha al inicio de este tema, de todas las definiciones dadas, se desprende con claridad que la justicia es un fin de la Ley, y una consecuencia de la realización del Derecho. La justicia es uno de los principales caminos que deben ser empleados por la Ley para acercarse al Derecho.

En efecto, el Derecho es anterior a la Ley, es tan antiguo como el hombre y cuando la conducta humana regulada por la Ley es conforme al Derecho acercándose a él, entonces viene por sí misma la justicia. Es más, etimológicamente, justicia significa fundarse o sustentarse en el Derecho;<sup>36</sup> y como ya se mencionó, "Justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su Derecho",<sup>37</sup> y para poder dar ese "derecho", éste tiene que ser preexistente a la justicia. Esto a pesar de que Kelsen diga que la definición apuntada de justicia es una fórmula vacía y que "dichas palabras son del todo huecas".<sup>38</sup>

Si justicia quiere decir sustentarse o fundarse en el Derecho, es evidente que la justicia no es un fin del Derecho, sino una de sus consecuencias, porque una conducta humana sólo puede fundarse o sustentarse en "algo" que ya exista cuando se realiza esa conducta; ese "algo" es el Derecho. Un acto humano fundado así, trae como consecuencia que haya justicia; o sea, el primer hecho es fundarse en el Derecho, y el segundo es la justicia. De esta forma, la Ley sí debe tener como fin a la justicia, porque la causa, la razón de ser de la Ley, debe ser acercarse al Derecho, y esto traerá como consecuencia, a la justicia.

En cuanto al bien común, como ya lo afirmé, también es una consecuencia del Derecho, y debe ser un fin para la Ley; porque si se dan las condiciones necesarias para la realización integral del hombre en su vinculación comunitaria, esto trae como consecuencia el que la sociedad vaya acercándose a su completa realización.

<sup>35</sup> Ibid., resumen, p. 415.

<sup>36</sup> P. F. Girard, *Manual Elemental de Derecho Romano*, citado por Francisco González Díaz Lombardo, *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>37</sup> *Vid. Supra*, cita (26), p. 142.

<sup>38</sup> Jesús Toral Moreno, *Ensayo sobre la Justicia*, México: Jus, 1974. p. 67.

Para lograrlo, para llegar al bien común, un muy buen camino debe ser la Ley.

Al igual que la justicia, son muchos de los tratadistas que se han ocupado del bien común; así, se tiene que para Daniel Kuri Breña, el bien común "Es el conjunto organizado, institucional, de condiciones sociales gracias a las cuales, la persona humana puede cumplir su destino material y espiritual".<sup>39</sup> En el mismo sentido, también se ha dicho que el bien común . . .

Es el conjunto organizado de condiciones sociales, gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual. Es el bien de las personas asociadas, conviviendo y orientando su acción a su perfeccionamiento.<sup>40</sup>

También S.S. Pío XII, en su mensaje navideño del 24 de diciembre de 1942, da una definición de bien común, diciendo que consiste en la realización "de aquellas condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos, para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa".<sup>41</sup> El mismo Papa, hablando sobre el mismo tema nueve años más tarde, dijo que el significado genuino del bien común consiste en tutelar el intangible campo de los derechos de la persona humana y facilitarle el cumplimiento de sus deberes.<sup>42</sup> Sobre el mismo tema Radbruch dice que:

El bien común consiste en la realización de los valores impersonales que no responden ni solamente a los intereses de los individuos, ni a los de una totalidad cualquiera, pero cuya importancia reside en ellos mismos: esta concepción del bien común encuentra los ejemplos más significativos en el arte y en la ciencia considerados bajo el ángulo de su propio valor.<sup>43</sup>

Hans Heckel distingue dos dimensiones en relación al bien común: la anchura y la profundidad. En su dimensión de anchura,

<sup>39</sup> Daniel Kuri Breña, *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>40</sup> J. T. Delos, *Los Fines del Derecho*, México: Jus, 1944. p. 73.

<sup>41</sup> S.S. Pío XII, *Radio-Mensaje del 24 de Diciembre de 1942*, México: Populibros la Prensa, 1961. p. 64.

<sup>42</sup> S.S. Pío XII, *Radio-Mensaje en el Cincuentenario de la Encíclica Rerum Novarum*, México: Populibros la Prensa, 1961. Resumen, p. 70.

<sup>43</sup> Le Fur, Delos, Radbruch y Carlyle, *Los Fines del Derecho*, Trad. Daniel Kuri Breña, 4a. Ed., México: UNAM, 1967. pp. 57-58.

el bien común abarca tanto el bienestar material de la sociedad, cuanto el de sus miembros. Bajo este punto de vista, considera tanto los aspectos económicos como espirituales; los éticos y los artísticos; los nacionales y los internacionales. En su dimensión de profundidad,

El bien común es una meta ideal hacia la que deben tender lo mismo la sociedad que quienes la forman. No se trata de un estadio final 'de una utópica sociedad perfecta', sino del punto a que debe dirigirse la que se preocupe por su perfeccionamiento... Para darle un contenido, hay que considerar, ante todo, la dimensión de profundidad implícita en las 'legalidades ontológicas' del propio bien. Tales legalidades contradicen, desde luego, la tesis individualista según la cual el bien común no es otra cosa que la suma de todos los bienes individuales.<sup>44</sup>

García Máynez, por su parte, dice que el bien común se alcanza cuando todos los miembros de su sociedad "disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes".<sup>45</sup>

Muchos de los conceptos citados, en alguna manera son divergentes de la primera afirmación que se hizo sobre este tema esto se debe a que los tratadistas no hacen la distinción entre Derecho y Ley, y cuando hablan de la Ley se refieren al Derecho vigente. Por eso, al estudiar el presente problema, mencionan indistintamente tanto al Derecho como a la Ley. Luis Recaséns Siches, al analizar lo que deben ser las leyes, dice que:

Las Leyes deben ser expresión de la "voluntad general", lo cual quiere decir que no deben estar inspiradas por un apetito o interés singular, sino que debe apuntar a principios generales de razón, o lo que es lo mismo, deben proponerse siempre y necesariamente la realización del bien común, el cual comprende a todos los individuos sin excepción. Como expresión de la voluntad general, las leyes no deben servir a los intereses de la mayoría, pues la suma de los intereses particulares de la mayoría, aunque fuese la de todos menos uno, no sería la expresión de interés general, es decir, la del interés racionalmente dirigido.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Hans Heckel, *Derecho y Justicia*, citado por Eduardo García Máynez en *Filosofía del Derecho*, 3a. Ed., México: Porrúa, 1980. p. 486.

<sup>45</sup> García Máynez, *Op. Cit.*, p. 488.

<sup>46</sup> Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1956. pp. 184-185.

En el mismo sentido, San Isidoro de Sevilla dice que "La Ley no se da para la utilidad particular, sino para el bien común o utilidad de los ciudadanos".<sup>47</sup> Volviendo con Recaséns Siches, éste dice que "el fin supremo de las instituciones sociales... consiste en el servicio de los seres humanos vivientes, de carne y hueso... por lo tanto, en la relación entre el hombre y las instituciones, debe reconocerse que el hombre es el amo y las instituciones las sirvientes".<sup>48</sup> También, desde otro punto de vista, se tiene que:

El bien común temporal es un fin intermedio o infravalente. Por su especificación propia es distinto del fin último y de los intereses eternos de la persona humana: pero su misma especificación incluye la subordinación a ese fin y a esos intereses, de los cuales recibe el módulo de sus medidas.<sup>49</sup>

Ya con mayor precisión, y comulgando en cierta medida con lo sostenido en esta tesis, se ha expresado que:

El bien común es la norma jurídica fundamental, pues a partir de él se ordena todo lo social. El bien común encomienda a cada uno de los miembros del Estado, una determinada conducta que constituye una función parcial para lograrlo. El bien común es, pues, como norma jurídica, principio ordenador de la sociedad, y, al propio tiempo, el fin al cual aspira la misma.<sup>50</sup>

Si un fin es el motivo por el que se realiza una determinada acción, y una consecuencia es un hecho que sigue a otro, al darse el Derecho y con él la realización integral del hombre en su vinculación comunitaria, primer hecho, esto trae como consecuencia, segundo hecho, el bien común: del cual ya se dieron varias definiciones, pero también se puede decir que, como consecuencia del Derecho, el bien común es el conjunto de instituciones sociales y satisfactores que permiten una mejor convivencia humana.

<sup>47</sup> San Isidoro de Sevilla, citado por Francisco González Díaz Lombardo, *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>48</sup> Luis Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 5a. Ed. México: Porrúa, 1979, p. 324.

<sup>49</sup> J. Maritain, *Para una Filosofía de la Persona Humana*, citado por Agustín Basave Fernández del Valle en *Teoría del Estado*, 5a. Ed. México: Jus, 1979, p. 84.

<sup>50</sup> Jesús Antonio De la Torre Rangel, *Hacia una Organización Jurídica del Estado, Solidaria y Liberadora*, México: Jus, 1977. p. 50.

El motivo por el cual deben crearse las leyes, es precisamente para que existan esas instituciones sociales y satisfactores que permitan la mejor convivencia humana. Ese debe ser el fin de la Ley. Claro que esto no siempre es apreciable en forma tan evidente como sería de desear, porque, como ya se mencionó, las leyes muchas veces son elaboradas para justificar ambiciones personales; para establecer nuevos o diferentes sistemas de opresión, o para mantener en posiciones de privilegio a los grupos dominantes. No obstante, aún en esos casos, al menos en apariencia, siempre insiste el detentador del poder en predicar que todas las leyes, o la Ley en turno, han sido hechas para el beneficio social, para el bien común. Nunca se reconoce que muchas leyes no persiguen a ese bien común, sino que, en ocasiones, obedecen a intereses egoístas. Ya el Digesto decía que "No se deben hacer las leyes para alguna persona o interés en particular, sino para todos en general".<sup>51</sup> Todo esto tiene la consecuencia nefasta que al confundir al Derecho con la Ley, y al servir ésta como instrumento de los detentadores del poder, se piense que es el Derecho el que puede ser distorsionado de acuerdo con determinados caprichos.

#### BIBLIOGRAFIA

1. Aquino, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. II p. 57. citado por Mauro González Luna en *El Hombre y la Lucha por el Derecho*. México: Jus, 1979.
2. Coing, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. Juan Manuel Mauri. Madrid: Ariel, 1961.
3. De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Hacia una Organización Jurídica del Estado, Solidaria y Liberadora*. México: Jus, 1977.
4. Delos, J.T. *Los fines del Derecho*. México: Jus, 1944.
5. Djuvara, M. *El Derecho Racional y el Derecho Positivo*. Citado por Eduardo García Máynez, en *La Definición del Derecho*. 2a. Ed. México: Universidad Veracruzana, 1960.
6. García Máynez, Eduardo. *La Definición del Derecho*. 2a. Ed. México: Universidad Veracruzana, 1960.
7. Girard, P. F. Manual Elemental de Derecho Romano, citado por Francisco González Díaz Lombardo en *Introducción a los problemas de la Filosofía del Derecho*, México: Botas, 1956.

<sup>51</sup> D. I. III. (3). 8.

8. González Díaz Lombardo, Francisco. *Introducción a los problemas de la Filosofía del Derecho*. México: Botas, 1956.
9. Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrio. 2a. Ed., México: Nacional, 1980.
10. Heckel, Hans. *Derecho y Justicia*. Citado por Eduardo García Máynez en *Filosofía del Derecho*, 3a. Ed., México: Porrúa, 1980.
11. Hegel, Jorge Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. Trad. Angélica Mendoza de Montero. México: Juan Pablos Editor, 1980.
12. Jenks, Eduardo. *El Libro del Derecho Inglés*, citado por William Ebenstein en *Teoría Pura del Derecho*. Trad. J. Malagón y A. Pereña. México: Nacional, 1974.
13. Kant, Manuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. Felipe González Vicén. España: Instituto de Estudios Políticos, 1954.
14. Kelsen, Hans. *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. Trad. Florencio Acosta. México: Nacional, 1974.
15. Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?* citado por Miguel Villoro Toranzo en *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1973.
16. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. México: UNAM, 1979.
17. Kunz, Josef L. *La Teoría Pura del Derecho*. México: Nacional, 1974.
18. Kuri Breña, Daniel. *Hombre y Política*. México: Jus, 1942.
19. Kuri Breña, Daniel. *Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*. México: Jus, 1979.
20. Maritain, J. *Para una Filosofía de la Persona Humana*, citado por Agustín Basave Fernández del Valle en *Teoría del Estado*. 5a. Ed. México: Jus, 1979.
21. Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 10a. Ed. México: Jus, 1979.
22. Radbruch, Gustavo. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: F.C.E., 1951.
23. Recaséns Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: F.C.E., 1956.
24. Sevilla, San Isidoro de. Citado por Francisco González Díaz Lombardo en *Introducción a los problemas de la Filosofía del Derecho*. México: Botas, 1956.
25. S.S. Pío XII. *Radio-Mensaje del 24 de Diciembre de 1942*. México: Populibros La Prensa, 1961.
26. S.S. Pío XII. *Radio-Mensaje en el Cincuentenario de la Encíclica. Rerum Novarum*. México: Populibros La Prensa, 1961.
27. Stammler, Rudolf. *Modernas Teorías del Derecho y del Estado*. Trad. Faustino Ballve. México: Botas. 1955.
28. Toral Moreno, Jesús. *Ensayo sobre la Justicia*. México: Jus, 1974.
29. Ulloa Ortiz, Manuel. "Notas en Torno al Derecho Natural". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. No. 61. México: Jus, 1943.
30. Von Jhering, Rudolf. *El Fin del Derecho*. Citado por Edgar Bodenheimer. en *Teoría del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. México: F.C.E., 1942.
31. D. I. I. 10.
32. D. I. III. (3) 8.

