

## NOTAS CRITICAS PARA UNA RECONSTRUCCION DEL OBJETO DE ESTUDIO EN EL DERECHO

MARTÍN DÍAZ DÍAZ

### INDICE

1. Planteamiento del Problema.
2. Contenido Axiomático.
3. Ubicación de las corrientes clásicas.
  - 3.1. Iusnaturalismo.
    - 3.1.1. Primado de la Metafísica.
    - 3.1.2. Teleología del Derecho.
    - 3.1.3. Derecho Natural e Individuo.
    - 3.1.4. Derecho y Moral.
  - 3.2. Positivismo.
    - 3.2.1. Intención Depuradora.
    - 3.2.2. La Finalidad.
    - 3.2.3. Los Contenidos.
4. Un Sistema de Críticas Recíprocas.
  - 4.1. Kelsen a los Iusnaturalistas.
  - 4.2. Los Iusnaturalistas a Kelsen.
  - 4.3. Las Críticas no formuladas.
5. La Construcción del Objeto de Estudio.
  - 5.1. La Construcción en el Derecho Natural.
  - 5.2. La Construcción Positivista.
  - 5.3. Hacia una Construcción Materialista.
6. Dos Problemas Específicos.
  - 6.1. Categorías y Tareas.
  - 6.2. "Ser y Deber Ser".
7. Conclusiones.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. Contenido axiomático. 3. Ubicación de las posiciones clásicas. 3.1. Iusnaturalismo. 3.1.1. Primado de la Metafísica. 3.1.2. Teleología del derecho. 3.1.3. Derecho natural e individuo. 3.1.4. Derecho y moral. 3.2. Positivismo. 3.2.1. Intención depuradora. 3.2.2. La finalidad y la finalidad ausente. 3.2.3. Los contenidos. 4. Un sistema de críticas recíprocas. 4.1. Kelsen a los Iusnaturalistas. 4.2. Los Iusnaturalistas a Kelsen. 4.3. Las crí-

ticas no formuladas. 5. La construcción del objeto de estudio. 5.1. La construcción en el derecho natural. 5.2. La construcción positivista. 5.3. Hacia una construcción materialista. 6. Dos problemas específicos. 6.1. Categorías y tareas. 6.2. "Ser y Deber Ser". 7. Conclusiones.

## 1. Planteamiento del problema.

Razones pueden enumerarse muchas, pero el hecho es actualmente ciencias como la economía, la política o la sociología, avanzan en su proceso de "explicación social",<sup>1</sup> mientras el conocimiento jurídico dentro de los paradigmas clásicos, permanece estático, sin reemplantarse y cada vez más desfasado de lo que podría denominarse conocimiento científico.

Quiere decirse aquí que el derecho no se ha convertido —como otros fenómenos sociales— en el objeto de un conocimiento que lo explique a satisfacción. Hasta hoy se han planteado preguntas del tipo: ¿Qué es el derecho? ¿Cuáles son sus fines? ¿Cuál es su relación con la moral?; o bien: ¿Cuál es el fundamento de la validez de una norma? o: ¿Qué es lo específicamente jurídico? Estas interrogantes no abarcan otras que sin embargo, son esenciales para una explicación integral del derecho, como por ejemplo: ¿Cuál es la función del derecho en una sociedad determinada? ¿Qué tipo de relaciones sociales reviste un modelo jurídico dado? ¿Cuáles son las causas sociales de las transformaciones jurídicas y cómo pueden preverse esas transformaciones? ¿Existe conexión entre el desarrollo de la forma jurídica y el proceso de desarrollo material de una sociedad? Tal vez se hiciera la objeción de que las preguntas planteadas en segundo término, sólo encontrarían respuestas en el campo de la sociología jurídica, pero a esto, deberíamos replicar que una ciencia jurídica integral, sólo consigue armarse con una visión completa del desenvolvimiento del derecho. Es imposible penetrar la esencia de algo, cuando se dejan a un lado sus determinaciones materiales, su dinámica y su lógica específica.

Aquí se propone que cualquier planteamiento con aspiraciones de convertirse en científico y explicar el derecho, debe satisfacer una doble búsqueda: Primero, tiene que establecerse la relación entre un tal jurídico y su causa histórica; y Segundo, debemos referirnos a la forma en que el derecho, en su lógica interna estructura una respuesta al hecho social que lo genera.

Si hiciéramos caso a cualquiera de las dos corrientes clásicas que hasta la fecha han realizado con más consistencia el trabajo de explicación del derecho, me refiero al Iusnaturalismo y al Positivismo, no obtendríamos el resultado deseado, es decir, la explicación integral del fenómeno jurídico. Ninguno de estos modelos o paradigmas teóricos, construye el objeto de la ciencia jurídica tomando en cuenta la totalidad de sus datos esenciales; tanto Iusnaturalismo como Positivismo, resultan, según este planteamiento, enfoques parciales del

<sup>1</sup> Se utiliza el concepto "explicación" no sólo en el sentido de dar referencia de algo, sino además obteniendo cierta previsibilidad a partir de ciertos datos conocidos. Véase al respecto de Ryan, A. *La filosofía de la explicación social*. Ed. F.C.E., México, 1976.

problema, porque o bien tratan únicamente de establecer el contenido abstracto de las normas —Iusnaturalismo—, o solamente se atiende a la forma lógica del derecho sin hacer referencia al contenido social de las disposiciones jurídicas —Positivismo—. Esta carencia en dos sentidos fue captada por Umberto Cerroni, que con agudeza expresa: "El derecho se parece (...) a un recipiente con dos orificios; un orificio en la parte superior, a través del cual se evapora la justicia, edificante pero no positiva, y otro en la parte inferior, por el cual se desliza con los residuos de la eficiencia naturalista".<sup>2</sup> Podríamos afirmar utilizando expresiones leídas en el mismo autor, que el Iusnaturalismo, cuyo problema es intención fundamental consiste en obtener una valorización finalística del derecho —así, en abstracto— constituye una "Ciencia sin objeto", una elucubración sobre un algo no positivo; y a la inversa, ese positivismo que de modo tenaz abraza como único el aspecto normativo del derecho, propone su objeto, lo fija, pero carece de ciencia que lo explique: "Ciencia sin objeto y objeto sin ciencia",<sup>3</sup> dos proposiciones que engloban en síntesis el drama y las carencias de conocimiento jurídico contemporáneo.

Conforme vayamos llevando la exposición más a detalle intentaré probar: Que el Iusnaturalismo es un enfoque ahistórico —salvo las concepciones del derecho natural de contenido variable (Stamler), porque desestima las vinculaciones entre el fenómeno jurídico y las condiciones materiales de una sociedad determinada; más todavía, que el Iusnaturalismo no da referencia de la materialidad misma del derecho; y que por otro lado, el positivismo deja al margen la importantísima articulación entre el derecho y las relaciones sociales, entre la forma y el contenido, tanto del derecho como de la formación social en su conjunto.

## 2. El contenido axiomático.

Como no creo en el conocimiento "neutral", aclaro desde ahora: En este artículo se asume una perspectiva crítica con matices materialistas que se propone demostrar la insuficiencia de las concepciones jurídicas clásicas. En otras palabras, quiero decir que el trabajo contiene ciertos presupuestos o axiomas que podrían resumirse así:

2.1. Que la realidad social es un todo complejo que para ser efectivamente conocido, requiere de un enfoque teórico "Totalizador",<sup>4</sup> globalizante en el sentido de tratar a cada fenómeno social —por ejemplo lo económico, lo político o lo jurídico—, como parte de un todo integrado por elementos de influencias recíprocas, donde las condiciones materiales tienen a su favor la determinación en "última instancia".<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Cerroni, U. *La libertad de los modernos*. Ed. Martínez Roca, España, p. 39.

<sup>3</sup> Cerroni, U. "Conocimiento científico y derecho", en su libro *Introducción a la ciencia de la sociedad*. Ed. Grijalbo, Barcelona, 1978, pp. 48-114.

<sup>4</sup> El concepto de totalidad fue introducido a la ciencia jurídica por Hegel, véase su obra *Filosofía del Derecho Público y el Estado*.

<sup>5</sup> Determinación en última instancia alude a una determinación compleja no lineal.

2.2. Que en la perspectiva anterior, el derecho no es en sí mismo ciencia —cómo la célula y el átomo no son tampoco ciencia— pero sin embargo, el derecho puede convertirse en objeto del conocimiento científico.

2.3. Que el conocimiento para que podamos etiquetarlo de científico, debe por lo menos, intentar explicar un determinado fenómeno, en el sentido de establecer predicciones; y que además, sus proposiciones hipotéticas, problemas y soluciones deben ser reconocidos por una comunidad de practicantes en el ramo de la ciencia y la academia.<sup>6</sup>

2.4. El conocimiento carece en todo caso de neutralidad axiológica, y en especial tratándose del conocimiento científico social que se encuentra cargado de parcialidad e ideológicamente atravesado, tanto en la construcción de sus categorías, como en la conformación del objeto de estudio, en la selección de los datos y lógicamente en la obtención de conclusiones.

### 3. Ubicación de las posiciones clásicas.

Antes de tratar en detalle como se enfrentan los paradigmas clásicos a la construcción de su objeto de estudio, vale la pena, aunque sólo sea para ubicarnos, hacer una presentación panorámica de cada una de estas posiciones:

3.1. Iusnaturalismo. Esta corriente se integra a través de un proceso complejo, cuyo punto de arranque y pilar fundamental son los planeamientos aristotélico-tomistas de la edad media; posteriormente, la idea del derecho natural reaparece en el renacimiento pero en su nueva presencia, el laicismo de la época ha influido bastante, el derecho natural se ha vuelto un producto racional por excelencia —Grocio—, y en alguna vertiente se ha transformado en un individualismo posesivo, Locke por ejemplo.

La edad moderna contemporánea continúa acogiendo los postulados de esta escuela, sus principios afinados después de la crítica del empirismo, siguen presentes en autores como Romen, Coing, Stamler, Le Fur y Radbruch, por sólo mencionar a algunos.

Escapa a los límites de este artículo hacer una exposición pormenorizada del proceso evolutivo en el modelo del derecho natural, aquí sólo podemos buscar el fondo común que constituye sus principios, y al respecto, Helmut Coing en uno de sus más destacados párrafos resume:

Son (...) tres ideas las que principalmente destacan como fundamento del derecho natural, la idea de justicia, la idea de libertad moral y la idea de ciertas regularidades o legalidades de la naturaleza del hombre y de los procesos sociales...<sup>7</sup>

3.1.1. El primado de la metafísica. En general los Iusnaturalistas reconocen la existencia de la metafísica y no sólo eso, precisan que “la metafísica es el

<sup>6</sup> Sobre la noción de reconocimiento social del conocimiento, véase el artículo de Vargas, G. “Ideología y ciencias sociales”, en la revista *Iztapalapa*, No. 3, pp. 272-288

<sup>7</sup> Coing, H. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Ed. Ariel, Barcelona, p. 165.

fundamento lógico de toda ciencia”.<sup>8</sup> La metafísica en la ciencia jurídica ocupa el lugar primordial, el orden jurídico, en esta perspectiva no es solamente la concretización normativa.

Es, nos dice Coing, el orden ideal que ordena relaciones espirituales, a saber, relaciones sociales. Desde el punto de vista ontológico, el orden jurídico pertenece, pues al ser ideal...<sup>9</sup>

3.1.2. La Teleología del derecho. El derecho tiene finalidades trascendentes que están más allá de lo físico, tiene una vocación teleológica, realización siempre aplazada de valores sociales como la justicia, la seguridad o el bien común.

Dentro del Iusnaturalismo ha sido conflictivo establecer el contenido de los conceptos de justo, seguridad y bien común.<sup>10</sup> No nos toca tampoco referir ese debate, basta señalar que las visiones más realistas del problema, concluyen que en todo caso, la precisión del contenido de los conceptos citados, no deja de tener una determinación arbitraria, al respecto Núñez Ladevese señala:

La noción de justicia es racional pero su contenido no lo es, puesto que depende de un último principio arbitrario, (...) el que firma sus principios fundamentales no justificados.<sup>11</sup>

Esto mismo puede afirmarse de los otros “fines” del derecho, tanto seguridad como bien común, son conceptos que requerirían de una definición histórica para ser usados dentro de una teoría científica.

3.1.3. Derecho natural e individuo. “El hombre es el valor más alto en la naturaleza”... “La legalidad no es establecida por el Estado sin designio; es establecida ‘esencialmente en interés de los individuos’...” “Por una reflexión sobre sí mismo el hombre descubre su naturaleza”... “El núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre...”<sup>12</sup>

He dejado que sean los mismos iusnaturalistas los que expresen su profunda convicción individualista. El derecho natural remite necesariamente a la esfera de los derechos subjetivos, oponibles siempre a un eventual poder arbitrario que a menudo adquiere la forma del Estado intervencionista. Los derechos individuales son inherentes, acompañan al hombre desde su nacimiento, aunque en la práctica, estos derechos son difíciles de precisar.

3.1.4. Derecho y Moral. En la perspectiva que ahora analizamos, el derecho no es un fenómeno autosubsistente, es más bien un apéndice del mundo infinito de la ética, porque “El hombre es punto de penetración de los valores en la realidad” y “El derecho es un orden coactivo cuya construcción descansa, empero, en último término, en su concordancia con normas éticas”.<sup>13</sup> Conse-

<sup>8</sup> Romen, E. *Derecho Natural. Historia-Doctrina*. Ed. Jus. México, 1950, p. 148.

<sup>9</sup> Coing, H. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>10</sup> Le Fur, Delos y Radbruch. *Los fines del derecho*. Ed. UNAM, México, 1973. En este libro se plantea la discusión telológica del derecho por tres autores de la corriente.

<sup>11</sup> Núñez Ladevese. *Ciencia jurídica y lenguaje*. Ed. Akal. España, p. 166.

<sup>12</sup> Le Fur, *op. cit.*, p. 21. Dellos, *op. cit.*, pp. 32 p. 34. Coing, *op. cit.*, p. 180.

<sup>13</sup> Coing, *op. cit.*, p. 145.

cuentemente derecho y moral forman una trabazón indisoluble, aunque esto signifique la no emancipación del conocimiento jurídico, que a diferencia de otras ciencias sociales, continúa inmerso en las redes filosóficas, y aun su laicismo es, en muchos casos, sólo relativo.

3.2. Positivismo. La contrapartida al iusnaturalismo, al menos en la concepción clásica del derecho, es el positivismo; confieso que en este artículo se toma únicamente a Kelsen como la gran referencia de esta corriente. De la misma manera que en el caso anterior, haré una presentación esquemática y simplificada del modelo positivista.

3.2.1. La intención "depuradora". Es necesario eliminar la metafísica, la política, la moral y todo aquello que no es específicamente jurídico. Sólo la norma coactiva es relevante para la construcción de una ciencia jurídica:

La teoría pura del derecho insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendente (...). No ve en el derecho la manifestación de una autoridad sobrehumana, sino una técnica social específica basada en la humana experiencia.<sup>14</sup>

3.2.2. La finalidad. El derecho en sí no tiene fines, al menos éstos no son relevantes para la ciencia jurídica, aunque ésta sí cuenta con un objetivo claro: "elevar la teoría del derecho, que aparece expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia..."<sup>15</sup>

3.2.3. Los contenidos. El derecho se concibe en la lógica kelseniana como un sistema autosubsistente, "la autonomía del derecho consiste en que se basta a sí mismo para crearse".<sup>16</sup> El derecho es, solamente, conjunto de normas coactivas y ordenadas, donde cada una de las normas, está a su vez determinada por otra que le sirve de fundamento de validez. En la cúspide del sistema se encuentra una norma supuesta o "hipótesis básica que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico en su conjunto. En el sistema kelseniano, y en esto se acerca a una casi perfecta explicación del derecho moderno, los sujetos sociales no existen en concreto, el derecho sólo registra sujetos jurídicos, "haces" de derechos y obligaciones, cuya existencia y extensión es fijada por el propio sistema jurídico.<sup>17</sup>

#### 4. Un sistema de críticas recíprocas.

Por lo expuesto hasta aquí, resulta evidente que las posiciones clásicas no se toleran mutuamente y su vida, adquiere en gran parte sentido por lo que dice una de la otra en una interlocución interminable, veamos:

<sup>14</sup> Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y el Estado*. Ed. UNAM, México, 1979, p. VII y la Introducción en general.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Calsamiglia, A. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Ed. Ariel. Barcelona, p. 197.

<sup>17</sup> Kelsen, H. *La teoría pura del derecho*. Ed. Nacional, Argentina, 1970, pp. 125-127.

#### 4.1. Kelsen a los iusnaturalistas:

4.1.1. La visión iusnaturalista es impura y dependiente. Su explicación del derecho se da principalmente en el campo de la ética y la metafísica, por esta razón el planteamiento iusnaturalista carece de objetividad; sus autores buscan fines trascendentes que el derecho en su expresión exclusivamente normativa no tiene; consideran jurídico lo que está por su naturaleza fuera del derecho.

4.1.2. Los iusnaturalistas no distinguen la diferencia entre derecho natural y derecho positivo (o artificial).<sup>18</sup> No fijan el contenido concreto del derecho, lo cual les impide encontrar su lógica específica de funcionamiento. Ninguna obra de "Derecho natural" va jamás a resolver un problema técnico de interpretación o aplicación de normas.

#### 4.2. Los iusnaturalistas a Kelsen.

4.2.1. Kelsen es acusado de mutilador, de no captar la digna dualidad que compone a la persona humana: cuerpo y alma.

4.2.2. También se le acusa de pragmatismo y de haber creado un sistema teórico donde se pierden las referencias morales del sistema jurídico. Negar los fines del derecho es como negar al derecho mismo. Sólo ante esta negativa, Kelsen es capaz de afirmar que el sistema jurídico de un Estado injusto es derecho válido, siempre que cumpla con los requisitos formales que el mismo sistema imponga.

#### 4.3. Las críticas no formuladas.

Ninguno de los paradigmas clásicos considera el problema de la vinculación del derecho y la sociedad. En ninguno de ellos encontramos como un momento de la explicación del fenómeno jurídico la relación entre la norma del derecho y las relaciones sociales a las que se pretende reglamentar:

4.3.1. El iusnaturalismo en sus afanes de defensa individual, se olvida de que las relaciones humanas tienen siempre una connotación material específica, por, que la esencia humana a la que con frecuencia alude esta corriente, "surge en cada caso de una determinada forma social, no es un abstracto ínsito en el individuo particular, sino el conjunto de las relaciones sociales"... es una sociedad determinada.<sup>20</sup>

Debe llamarse la atención sobre un hecho importante, la abstracción que se hace en el derecho natural de las relaciones sociales concretas, se vuelve peli-

<sup>18</sup> Kelsen, H. *La idea del derecho natural*. Ed. Nacional, México, 1972, p. 19.

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> Schmidt, A. *El concepto de naturaleza en Marx*. Ed. Siglo XXI, México, p. 92.

grosa cuando descubrimos que en algunos casos, algunos iusnaturalistas desenvocan en una apología del orden existente, leamos por ejemplo a Dellos:

el derecho positivo persigue fines objetivos, que le son exteriores y trascendentes —llámeseles justicia, seguridad o bien común—; pero rasgo esencial, esos fines son al mismo tiempo inmanentes a la realidad jurídica.<sup>21</sup>

Aquí —aunque este no es el caso de todo el iusnaturalismo—, se está justificando el derecho positivo, no por el valor intrínseco que pudiera tener, sino porque es, en último análisis identificado con el derecho natural, con el orden humano ideal que en este caso no sería otro que el mismo orden normativo en cuestión. El derecho positivo resulta, en este planteamiento, ideal y concretización al mismo tiempo.

4.3.2. El positivismo por su parte, se resuelve también en una apología encubierta del orden existente, apareciendo a tras mano el sentido ideológico que Kelesn le niega a su teoría, analicemos el siguiente párrafo:

La configuración del derecho abstracto como esfera de la voluntad y la reducción del Estado a simple realidad ideal son los modelos específicos mediante los cuales el intelecto abstracto sanciona y legitima (...) el estado presente de las "instituciones" positivas del derecho formal y del Estado representativo.<sup>22</sup>

Esto es todavía más claro cuando se tiene en cuenta el problema de la norma básica que Kelsen establece como presupuesto ideal necesario para fundamentar y dar coherencia lógica al sistema jurídico. En la obra del jurista vienés, jamás se aclara que la norma fundamental dota al mismo tiempo de validez a la constitución de un orden jurídico y el poder político que la sostiene. En verdad, la norma básica contiene a la autoridad ideal que por un proceso oculto a la ciencia jurídica, se transforma en la autoridad real que ejerce el poder coactivo sobre una sociedad civil determinada.<sup>23</sup>

## 5. La construcción del objeto de estudio.

Es en la construcción del objeto de estudio, donde los paradigmas clásicos muestran de manera definitiva sus limitaciones, o más claramente la limitación que pesará en adelante sobre sus resultados obtenidos. Por eso, haré un análisis aunque sea panorámico de la forma de construcción teórica que emplea cada uno de los paradigmas que aquí he llamado clásicos. A cada paso iré dejando constancia de lo que sería la propuesta para una reconstrucción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica. El punto de partida de una con-

<sup>21</sup> Dellos, *op. cit.*, p. 38.

<sup>22</sup> Calsamaglia, *op. cit.*, p. 200.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 32.

cepción materialista, como se verá adelante, no puede ser otro que la crítica de las concepciones clásicas.

### 5.1. La construcción iusnaturalista.

5.1.1. El desliz metafísico. Para los autores que han hecho la teoría del derecho natural, derecho no es exclusivamente la normatividad positiva,<sup>24</sup> más allá de los hechos materiales, existe un orden ideal, rector en última instancia de todos los sucesos sociales; el derecho no es sólo empiria, sino sobre todo espiritualidad. "Se puede decir —Le Fur— que no hay nada en el derecho que no venga de los hechos, salvo el derecho mismo...".<sup>25</sup> Es válido afirmar, que si bien el derecho como norma de la conducta social, tiene una faceta fáctica, la idea general del derecho, sin embargo, trasciende los hechos materiales porque dicha noción, descansa directamente sobre la idea de justicia.

Al no existir la experiencia como fuente, al derecho natural se le hace proceder, según el autor de que se trate, de Dios, del orden natural o de la razón. En teoría del conocimiento esto significa que entre el sujeto cognocente —jurista— y el objeto conocido —derecho—, se introduce una mediación ajena a la naturaleza del objeto, llámese como dije: "Dios, orden natural o razón. Aquí la positividad del objeto no existe, el derecho en sí se pierde, por eso no es extraño que no exista ni existirá una casuística del derecho natural; su idea universal rechaza por principio lo concreto y particular. Los postulados del derecho natural, son así un manto que envuelve los hechos, pero que como el manto de los magos los hace desaparecer; en lugar de la aplicación de las normas en concreto, nos queda la justicia en abstracto y en lugar de los hombres en circunstancia social, aparece el hombre como valor, como fin en sí mismo. Después de esto no resulta raro que Coing nos diga que "para comprender la peculiaridad del fenómeno jurídico (...) hay que buscar la específica intencionalidad que persigue el hombre con el derecho".<sup>26</sup>

5.1.2. El objeto depende del espíritu. El iusnaturalismo no define un objeto de estudio independiente; derecho y ético integran una ligazón indisoluble: "La idea del derecho —dice Coing— es, según esto, la suma de los contenidos morales que están esencialmente ligados al desarrollo del derecho".<sup>27</sup> El derecho natural como la ética, pertenece al gran cuerpo de la filosofía, y lo grave es que esta confusión lleva a legitimar los hechos del orden existente, se vuelven su apología mientras derecho y ética se mantengan como unidad que se resuelve en la espiritualidad —porque— no se logra mediar la estructura específica y heterogénea de la objetividad.<sup>28</sup>

A manera de resumen debe decirse que seguir la vía de construcción teórica

<sup>24</sup> Coing, *op. cit.*, p. 32.

<sup>25</sup> Le fur, *op. cit.*, p. 20.

<sup>26</sup> Coing, *op. cit.*, p. 32.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>28</sup> Cerroni. *La libertad*, p. 72.

del iusnaturalismo, implica avocarse a las siguientes prioridades: 1) reconocer el contenido axiológico del derecho, 2) tener que descubrir y jerarquizar sus fines colocando al hombre siempre como fin supremo y 3) aplicar estas valoraciones a la conducta humana, considerada siempre en abstracto.

Queda claro que la concepción iusnaturalista clásica es completamente atemporal, sus contenidos axiológicos tienen una pretensión universal de validez, son principios dogmáticos, a los que las circunstancias no les hacen sombra; dar a cada quien lo suyo, es una máxima eterna y evidente que sin embargo no se cuantifica. ¡Bendita la idea que no envejece jamás con el transcurso del tiempo! ¡el derecho que se mantiene incólume, aunque a la sociedad no le ajuste!

Sobra decir que una concepción fundamentalmente ideal como ésta, poco puede explicar acerca de las variaciones del fenómeno jurídico y de su conexión con los procesos sociales que las causan; que tampoco puede —y explícitamente no se lo propone— resolver ningún problema técnico que se suscite en un sistema jurídico. Sin normas en concreto y sin hombres en concreto, sólo queda valorar y creer, creer siempre y más que ningún otro paradigma.

5.2. La construcción positivista. Dentro de esta corriente brilla con luz propia la intención “depuradora”; no se puede adelantar en el análisis, sin referirse aunque sea brevemente, a este tema al cual Kelsen dedica los mejores párrafos de sus introducciones:

La teoría pura del derecho quiere seguir siendo teoría y limitarse al conocimiento de su materia excluyendo todas las demás. Busca la definición de lo que es el derecho, y de qué manera se ha formado, sin preguntarse que debería ser y de qué manera debería estar formado. No se trata de política jurídica, sino de ciencia del derecho.<sup>29</sup>

Kelsen sigue al respecto “la tradición teórica alemana que hace una rigurosa distinción entre los juicios de valor y los juicios de hecho”,<sup>30</sup> distinción que deja frente a frente y en posiciones irreconciliables política y ciencia; derecho natural y derecho positivo.

Para comprender mejor el proceso kelseniano de “depuración”, debemos remontarnos a la división kantiana entre naturaleza y sociedad.

Las ciencias naturales descubren su objeto por medio del principio de causalidad (relación necesaria entre causa y efecto). La ciencia jurídica no puede describir su propio objeto por el mismo principio, se pretende autónoma.<sup>31</sup>

El derecho pertenece al mundo normativo donde reina el principio de impu-

<sup>29</sup> Kelsen. *La teoría pura...* p. 15.

<sup>30</sup> Tadic. “Kelsen y Marx”, en vol. colectivo *Marx, el Derecho y el Estado*. Ed. Oikós, España, p. 111.

<sup>31</sup> Calsamiglia, A. *op. cit.*, p. 65.

tación, y la libertad del individuo, transforma las relaciones necesarias de la naturaleza en relaciones voluntarias de obligatoriedad. Separar naturaleza y sociedad, significa, inequívocamente, apartar las relaciones sociales de sus determinaciones materiales.

Siguiendo la secuencia del “proceso depurador”, el próximo paso consiste en que una vez ubicado el derecho dentro de las ciencias normativas, es necesario distinguir los datos particulares de sus normas del resto del género, y para ello, Kelsen se vale de la noción de coacción, las normas jurídicas son en lo esencial normas coactivas. Kelsen piensa —al estilo kantiano— que “la ciencia crea su objeto”<sup>32</sup> y por lo tanto, la investigación que logre delimitar su objeto con una metodología pertinente, adquiere así el carácter de científica. De esta forma, “el concepto de imputación le permite delimitar el objeto del derecho”, aislar el derecho de las ciencias en general y mediante la coacción, aislar a la norma jurídica de todo tipo de normas.<sup>33</sup> Con esto Kelsen ya está habilitado para afirmar sobre su propia teoría:

Al calificarse como “teoría pura” indica que se pretende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición.<sup>34</sup>

Con esto se esclarece la intención del jurista vienés: desconectar la norma jurídica de la realidad social, descartar al Ser del mundo del derecho.<sup>35</sup> Esta desarticulación imposible, ocasionó graves incongruencias en el desarrollo kelseniano, su teoría tuvo a fin de cuentas que capitular ante la realidad, pero ahora, como si la realidad se vengara, se incorpora a la explicación kelseniana como hecho sin mediar, como empiria vulgar sobre la que su ciencia no ha dicho nada. Esta vuelta forzosa a la realidad, se hace evidente sobre todo, en la concepción kelseniana de la norma básica, porque allí la hipótesis ideal que sostiene la validez del sistema jurídico, sirve al mismo tiempo de fundamento al poder real que se haya vinculado a un sistema jurídico determinado.

Existen otros aspectos igualmente problemáticos dentro del modelo kelseniano, que como en el caso de la norma fundamental, ponen a la vista infidelidades del autor hacia su propio proyecto; valga aquí solamente apuntar cuáles son estos núcleos problemáticos: Dentro del concepto de validez de una norma, Kelsen tiene que incorporar el criterio de efectividad, es decir un elemento fáctico, sin este elemento del mundo del Ser, cualquier doctrina jurídica hubiera carecido de sentido, al respecto Calsamiglia opina: “Si Kelsen no hubiera introducido el concepto de efectividad como condición de validez su teoría se hubiera disociado de la realidad jurídica”.<sup>36</sup>

Otro caso patente de infidelidad metodológica, cometido por el autor de la “teoría pura” se produce cuando éste, al estudiar los mecanismos de aplicación

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

<sup>33</sup> *Idem.*, p. 67.

<sup>34</sup> Kelsen. *La Teoría pura...* p. 15.

<sup>35</sup> Calsamiglia, p. cit., p. 25.

<sup>36</sup> *Idem.*, pp. 32-33.

de las normas, reconoce al órgano encargado cierta facultad de revisar e interpretar los contenidos de la norma, admite que esa decisión es una cuestión de política jurídica; por eso precisamente, va a tener necesidad de diferenciar, posteriormente en su teoría, el acta de creación de una norma del acto de su aplicación.

### 5.3. Hacia una construcción materialista alternativa.

Una construcción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica, debe partir de la crítica de los paradigmas clásicos y renunciar a cualquier explicación ideal o depuradora del fenómeno jurídico.

El derecho en efecto —dice Cerroni—, no es sólo un conjunto de elementos normativos, (...) sino que es al mismo tiempo el conjunto de los elementos institucionales que exigen una observación que casi en nada se diferencia de las que ponen en práctica tanto el economista, como concretamente, el naturalista...<sup>37</sup>

Como institución histórica la norma jurídica es, necesariamente, la articulación de determinadas relaciones sociales sobre las que a su vez, juega una función determinada. Al no ocuparse de ideas sino de hechos, siguiendo con Cerroni, la ciencia jurídica debe ser de cuño materialista, aunque para ello tenga que renegar contra una tradición metafísica de los juristas, o bien contra un positivismo sin sentido social que pretende explicar lo jurídico sin comprometerse con ello. "En el fondo —ahora vuelvo a citar a Correas— la crítica a la ciencia formal es una crítica a su contumaz negativa a discutir acerca de los contenidos del derecho."<sup>38</sup>

Hacer ciencia jurídica de cuño materialista, significa reunir lo que Kant dividió; explicar la articulación real y necesaria entre la naturaleza y la sociedad; dejar sentido —como lo hizo el joven Marx— que la sociedad es también, y ante todo, un proceso natural, tal como la naturaleza adquiere a su vez, una dinámica especial cuando el hombre actúa sobre ella a partir del trabajo.<sup>39</sup> Así también una ciencia jurídica materialista requiere de restablecer la conexión irrenunciable de lo jurídico con lo social.

El famoso enfrentamiento de voluntades de la sociedad moderna, la relación voluntaria de personas, es inexplicable sin las referencias a un proceso material y objetivo del cual es dependiente. En la medida en que el derecho proceda de la realidad social, sus categorías formales reflejan la existencia de sus contenidos materiales; no hay contrato sin mercado, ni sujeto jurídico sin igualación formal de los individuos ante la ley, por solamente citar dos casos. La norma entendida como articulación de relaciones sociales determinadas "no es más que la 'sanción oficial del hecho', de un hecho que se ha articulado independientemente del legislador y de la voluntad del hombre."<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Cerroni. *La libertad*, p. 18.

<sup>38</sup> Correas, O. *La ciencia jurídica*. Ed. Univ. de Sinaloa, México, 1980, p. 13.

<sup>39</sup> Schmidt, A., *op. cit.*, p. 45.

<sup>40</sup> Pashukanis, citado por Cerroni, en *La libertad*, p. 80.

De ninguna manera puede conocerse un hecho de la espiritualidad humana, dice Marx, sin el conocimiento de la parte que ese hecho espiritual tiene sumergida como un "iceberg" social, sólo a ese nivel surge la vinculación explicativa de Ser y Debe Ser.<sup>41</sup> En este sentido, la teoría del derecho tendría que dejar de ser dogmática para convertirse en crítica,<sup>42</sup> de las concepciones jurídicas incompletas y crítica de la realidad misma, para que como alguna vez dijo Marx, "La crítica del cielo se transforme así en crítica de la tierra..."<sup>43</sup>

Evidenciar la función del derecho, induce a señalar su falsa imparcialidad; el derecho moderno que se sustenta sobre la igualación formal de los sujetos, no hace sino reforzar las diferencias reales de los hombres socialmente considerados. Esta conexión desmitificadora entre derecho y hecho, es por tanto, el presupuesto de una ciencia jurídica materialista que permita entender "el libre despliegue de la voluntad" también como una forma específica de producción y apropiación social,<sup>44</sup> y aún más, como una forma de dominación que se entroniza en fórmula democrática y da sustento al ejercicio del poder en las sociedades modernas.

El derecho debe concebirse como una mezcla de razón y hechos, soldando, como dice Cerroni, la normatividad y la historia para poder comprender la no pureza de las normas y la no exclusividad material de los hechos jurídicos.<sup>45</sup>

## 6. Algunos problemas específicos.

### 6.1. Categorías y tareas.

6.1.1. El iusnaturalismo se propone como fin, señalar la conexión entre derecho y moral, demostrando la eticidad de la conducta humana y para ello utiliza categorías como:

a) Persona (naturaleza humana) en sentido siempre ideal, que se refiere a la entidad que forman el cuerpo y el alma, vinculación en cuya dinámica el hombre encuentra su finalidad trascendente a través de la búsqueda interna.

b) Jerarquía. Como los hechos son de orden muy diverso —y el fin del derecho es valorar los hechos— debe establecerse entre ellos una ordenación en sentido de preponderancia moral, sin ella no hay derecho posible ni parámetro para juzgar.<sup>46</sup>

c) Finalidad. El derecho sólo adquiere sentido cuando tiende a garantizar la cristalización de valores humanos, tales como la justicia, la seguridad o el bien común. Derecho y Justicia —la de dar a cada quien lo suyo—, forman una unidad ordenada de medio a fin.

<sup>41</sup> Núñez Ladevese, *op. cit.*, 156.

<sup>42</sup> Calsamiglia, A., *op. cit.*, p. 41.

<sup>43</sup> Marx, A. "Introducción a la crítica de la filosofía del derecho", en *La Sagrada Familia*. Ed. Grijalbo, México. Introducción.

<sup>44</sup> Cerroni, U. Marx y el derecho moderno. Ed. Grijalbo, México, 1970, p. 93.

<sup>45</sup> Cerroni, U. *La libertad*, p. 41.

<sup>46</sup> Le Fur, *op. cit.*, p. 21.

d) Razón. Es "la razón la que percibe las relaciones necesarias que se desprenden de la naturaleza". En el caso del iusnaturalismo laico, la razón es además, la fuente por excelencia de las normas naturales. Es en general, el vínculo entre el hombre y lo trascendente, y al mismo tiempo, el dato esencial de la naturaleza humana.

Con la conjugación de estas variables básicas podemos obtener los problemas y matices que se plantean por los teóricos del derecho natural; que a mi entender, encuentra su expresión más terminada en la tesis kantiana del hombre-fin<sup>47</sup> el núcleo del iusnaturalismo —recordemos— son los derechos del hombre, de ese ser presocial muy cercano a los hombres del "estado natural" que inventaron Locke y Rousseau en el siglo XVIII. En el hombre del derecho natural no cabe, sin embargo cualquier hombre y, aunque eso suene inexplicable así es; si no, veamos las confesiones de Helmut Coing al respecto. Hablando de las masas este autor nos dice:

La falta de individualidad, de tradición y de propiedad las hace insensibles a las bendiciones de una situación jurídica ordenada y asegurada, el derecho es para ellas irrelevante...<sup>48</sup>

...Y viceversa —completaremos nosotros—, las masas también son irrelevantes para este derecho al que Coing se refiere con tanta claridad, sobre todo para ese derecho de propietarios cuyas facultades son la herencia enmascarada de los privilegios feudales.

6.1.2. Por su parte el positivismo, se propone como ya se apuntó, "el engrandecimiento científico del derecho" y para ello, ocupa categorías del tipo siguientes:

a) Depuración. Término que alude al proceso de vaciado social de la forma jurídica y la proclamación absoluta de la necesidad lógica, en detrimento siempre de los hechos sociales.

b) Imputación. Llave maestra del pensamiento kelseniano que abre la puerta por donde la naturaleza escapa, dejando al hombre solo con la incertidumbre —¿o certeza?— de su razón. En el ámbito de la imputación la causalidad sólo a veces.

c) Positividad. Sanción que contiene las normas, coacción del Estado —de cualquier Estado— que da en los hechos la garantía de existencia y continuidad al fenómeno jurídico; y en la teoría, la posibilidad de distinguir la norma jurídica del resto de las normas.

d) Orden jurídico. Las normas en el derecho forman un conjunto ordenado o sistema, tienen relaciones jerárquicas en orden al criterio de validez y todas

<sup>47</sup> Della Volpe, G. *Rousseau y Marx*. Ed. Martínez Roca, España, p. 63 y ss.

<sup>48</sup> Coing, *op. cit.*, pp. 102-103.

ellas se fundamentan a su vez, en una norma supuesta —hipótesis artificiosa y necesaria— denominada norma básica.

e) Validez. Relación entre normas que consiste en reconocer que una norma sólo es tal, cuando recibe habilitación de otra norma situada en una jerarquía superior dentro del sistema jurídico. En este sentido puede afirmarse que la norma jurídica es válida porque pertenece a un orden válido.

El problema con la validez, como ya lo señalé apoyado en Calsamiglia, es que Kelsen la hace depender de la eficacia, introduciendo con ello un elemento no lógico en el modelo formal.

f) Sujeto. Realmente en la construcción positivista el sujeto no existe como tal, es solamente un reflejo de la norma y una construcción artificial, "un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica", donde "la persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y derechos, un conjunto de normas. Es el orden jurídico quien da existencia a los sujetos, quien mide su extensión; para Kelsen, hombre no es en definitiva una noción jurídica.<sup>49</sup>

Es cierto que la concepción kelseniana de "persona" resume en sí, todas las críticas que pueden formularse contra el carácter sólo formal del positivismo, pero es cierto también que si nosotros no adoptamos una actitud crítica respecto del orden jurídico en su conjunto, la noción kelseniana nos habla en forma impecable y convincente de que es el sujeto jurídico dentro del derecho moderno. Efectivamente en un contexto de generalidad y abstracción como lo es el contexto normativo, el sujeto social jamás se considera en concreto. Para desmitificar el carácter del sujeto jurídico no sólo hay que salir del positivismo, sino incluso del derecho moderno y de la ideología liberal, descubriendo entonces, que bajo los sujetos iguales y abstractos del derecho, existen los sujetos dependientes y desiguales de la historia. Descubriremos así cómo opera la inversión: no es el derecho el que crea el sujeto sino al contrario, son los sujetos históricamente determinados los que se dan una forma específica de derecho.

6.1.3. Una construcción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica, requeriría de otro tipo de categorías distintas a las aquí expuestas, éstas en todo caso, deberían resultar, como resultan las de Marx en su crítica de la economía política clásica; "expresión de diversos tipos de relaciones de producción que asumen la forma de cosas" —léase normas en este caso—.<sup>50</sup> Cualquier esfuerzo por precisar algunas categorías útiles en el análisis materialista del derecho no puede apartarse de las dos grandes categorías abstractas del marxismo, me refiero a la categoría "Modo de producción" y a la de "Formación económico-social", de hecho las categorías que a continuación menciono, tratan de encuadrar al derecho dentro del ámbito de un determinado modo de produc-

<sup>49</sup> Kelsen, H. *La teoría pura...* p. 115.

<sup>50</sup> Rubin, I. *Ensayo sobre la teoría marxista del valor*. Ed. Cuadernos de pasado y presente (Siglo XXI), México, p. 107.

ción y de precisar sus especificidades en una determinada formación económico social, veamos:

a) Desfetichización. Proceso del conocimiento que consiste en buscar el contenido social de la forma jurídica; que pone en evidencia la desigualdad material de los sujetos sociales, frente a la igualdad formal de los individuos ante la ley que realiza el derecho en la sociedad capitalista moderna. En otro sentido, esta categoría sirve también para deslindar el contenido ideológico del derecho y la asimilación lineal del derecho a la moral.

b) Articulación. Vinculación y determinación mutua entre fenómenos como la historia y la naturaleza, el derecho y la sociedad, el sujeto jurídico y las relaciones sociales, el contrato y el mercado; en síntesis, de la forma y el contenido en el caso de las normas jurídicas.

c) Totalidad. Calcando la idea de Karel Kosik "comprende la realidad en sus leyes internas, y descubre, bajo la superficialidad y causalidad de los fenómenos, las conexiones internas y necesarias..."<sup>51</sup> La realidad es un todo complejo que para ser conocido requiere de un enfoque totalizador que hable de los nexos de los fenómenos y no de los fenómenos aislados. El fenómeno puro sólo puede ser concebido como momento del análisis teórico, nunca como la forma material del mismo fenómeno.

d) Determinación. Influencia específica de un elemento de la totalidad sobre un elemento en particular o sobre la totalidad en general. La determinación de un elemento hacia otro siempre es determinación mutua aunque generalmente se produzca en distinto grado.

e) Especificidad. Referencia siempre particular a un objeto determinado; se opone a las afirmaciones universales, recobra en cambio, el sentido relativo de un objeto y de su dinámica.

f) Génesis. Dinámica específica de formación y desarrollo de un fenómeno dado, movimiento que toma en cuenta la esencia y el fenómeno —en sentido hegeliano— como unidad.

g) Crítica. Es la visión y la intención de una ciencia materialista que cuestiona y desfetichiza lo ideal, lo ideológico, lo jurídico, y en general, cualquier apariencia que aparece desdoblada de su esencia; la crítica descorre velos, pero además es superación teórica de concepciones anteriores y, en último análisis, práctica social.

h) Relaciones sociales de producción. Se conoce suficiente cuál es el significado de estos términos dentro del marxismo, aquí nos atañe como contenido específico de las normas jurídicas de un sistema de derecho dado.

## 6.2. El "Ser" y el "Deber Ser".

El derecho reúne en sí una dualidad peculiar, al menos esto es lo que se expresa en los estudios jurídicos clásicos; por un lado, en el orden del Ser, figura como un elemento de regulación social; sin embargo, en el orden del Deber Ser, aparece como un imperativo en el sentido kantiano y como un modelo ideal al que debe conformarse determinado hecho.<sup>52</sup> El problema de la dualidad del derecho lo recoge y lo plantea la ciencia jurídica clásica de manera unánime, pero no todos lo plantean de la misma manera ni con idéntico contenido, veamos:

6.2.1. En el caso del iusnaturalismo, la diferencia entre el Ser y el Deber Ser tiene un carácter ontológico; es decir, se trata de diferenciar dos realidades distintas; el mundo empírico por un lado; y por el otro, un mundo ideal que resulta el modelo de la conducta y la realización plena de los valores inmutables. Aquí la división entre Ser y Deber Ser, responde en última instancia a la división ontológica entre materia y espíritu, es por decirlo así la modalidad jurídica de una concepción dualista.

6.2.2. En cambio para Kelsen la dualidad Ser-Deber Ser tiene otro sentido, no se trata de una división ontológica en ningún momento, sino de niveles distintos de una misma realidad, monismo, diríamos para contraponerlo al dualismo iusnaturalista.

Kelsen encuentra "que la norma es el sentido de un acto de voluntad dirigido a la conducta de otros; su sentido es un deber ser",<sup>53</sup> pero un deber ser lógico y normativo; un deber ser que deriva de la misma estructura formal de los juicios hipotéticos (si es A, debe ser B) y no de un mundo platónico o de entelequias aristotélicas como el de los iusnaturalistas.

Si resumimos, puede decirse que mientras para los iusnaturalistas el dualismo entre ser y deber ser es un problema ontológico y ético, para Kelsen por contra, es un problema lógico, derivado de la estructura formal del ámbito de la imputabilidad.<sup>54</sup> En Kelsen los elementos de la dualidad no tienen forma de ser mediados, deben permanecer desarticulados para conservar la pureza metódica de la ciencia jurídica. En cambio para los iusnaturalistas sí existe forma y necesidad de mediación en esta dualidad, ésta es, precisamente, el actuar justo de los hombres, su tendencia a dirigir su conducta de conformidad con las leyes naturales, y para algunos todavía más, para hacer que sus valores en potencia se transformen en acto.

6.2.3. Para la concepción materialista de la historia, y en este caso del derecho, la dualidad entre ser y deber ser no tiene significado teórico, puesto que

<sup>51</sup> Kosok, K. *Dialéctica de lo concreto*. Ed. Grijalbo, México, p. 53.

<sup>52</sup> Niñez Ladevese, *op. cit.*, p. 72.

<sup>53</sup> Schmidt, A., *op. cit.*, p. 61.

<sup>54</sup> Calsamiglia, A., *op. cit.*, p. 66.

ni acepta la existencia del modelo axiológico del derecho natural, ni tampoco la separación de la historia y la naturaleza del kantismo acogida en la teoría de Kelsen. En retribución, una teoría materialista hará esfuerzos por explicar la relación dialéctica entre derecho y sociedad (entre un derecho y una sociedad); tratará el problema de la conjugación entre forma y contenido de la norma, contrastando el modelo jurídico dado con las relaciones sociales que articula.

## 7. Conclusiones.

7.1. El iusnaturalismo realiza una construcción metafísica del objeto de estudio del derecho, rehuendo con ello su especificidad histórica y su especificidad técnica.

7.2. El positivismo realiza una construcción formalista —sólo técnica— del objeto de estudio del derecho, rehuendo con ello su especificidad histórica y el análisis del contenido social de las normas jurídicas.

7.3. Tanto iusnaturalismo como positivismo, construyen el objeto de estudio del derecho sobre una base parcial, y por tanto, ninguna proporciona una explicación integral del fenómeno jurídico; hecho que se manifiesta en la incapacidad de explicar las transformaciones del derecho y la relación de éstas, con las transformaciones sociales.

7.4. Por lo tanto, es necesaria una reconstrucción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica que explique, de manera esencial, la relación que explique, de manera esencial, la relación entre el derecho y la realidad social, valiéndose para ello de categorías como: desfetichización, articulación, totalidad, especificidad, determinación, relación social, génesis y crítica, sólo así adquirirán un sentido pleno, instituciones como el contrato, la relación de trabajo, la división de poderes o el sujeto de derecho, por sólo mencionar algunos.

## LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REQUISA CIVIL EN EL DERECHO MEXICANO

FAUZI HAMDAN AMAD

### I. Introducción

El Derecho Administrativo se ocupa de la propiedad privada en cuanto los bienes que son objeto de regulación por dicha rama del Derecho constituyen un medio indirecto de la acción administrativa, es decir, el Estado para llevar a cabo sus fines no sólo actúa por medio de los bienes que integran su patrimonio (bienes del dominio público o privado), sino también por medio de los bienes que pertenecen a los particulares. Es por ello que la propiedad privada tiene una doble función, individual y social, que ha sido afirmada, siguiendo diversos criterios, por los filósofos y políticos. Es innegable que el régimen administrativo de la propiedad privada está en íntima conexión con el lugar que ocupe y se le asigne dentro de un sistema jurídico-político.

Básicamente, a finales del siglo XVIII, la mayoría de los Estados aceptaron el postulado contenido en la Declaración de Derechos del Hombre, que coloca a la propiedad privada como uno de los derechos naturales del hombre. La fundamentación de este derecho sagrado e inviolable, fue y aún sigue siendo, fundada a través o por medio de diversos principios. Así, para algunos autores, tales como Grocio y Puffendorf, al analizar históricamente la propiedad concluyeron que si bien en un principio las cosas eran poseídas en común, con el desarrollo de la sociedad la propiedad ha sido un elemento universal y permanente del orden natural.

Sea cual fuere la tendencia o explicación del origen, fundamento y justificación de la propiedad privada, lo cierto es que en el siglo XVIII alcanza su innegable reconocimiento en la mayoría de los países de más alta evolución, por lo que el principio de la propiedad privada se afirmó en forma contundente y absoluta. Sin embargo, después del individualismo liberal que corresponde al periodo de la propiedad privada en sentido absoluto, siguió una tendencia de la función social de la propiedad entendiéndose ésta en forma restrictiva para cumplir precisamente con una función social.

En los textos constitucionales contemporáneos la propiedad es mantenida como uno de los fundamentos del orden social, pero ya no confiere más que prerrogativas limitadas. Así dissociada de su fundamento individualista, la propiedad sólo se le concibe y justifica cuando cumple un cometido social,