

U-375
2EJ.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

A R A G O N

ANÁLISIS FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL CONCEPTO
DE JUSTICIA Y SU APLICABILIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

SALINAS MARTINEZ JOSE CUTLAHUAC

ASESOR: LIC. FERNANDO PINEDA NAVARRO

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO, 1992.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

INDICE

Indice	2
Introducción	4
Capítulo Primero: La Filosofía		
1.1 La Filosofía en General		
1.1.1 Definición	6
1.1.2 Ramas de la filosofía	14
1.2 La Filosofía del Derecho		
1.2.1 Definición	17
1.2.1 Ramas de la filosofía del derecho	21
1.3 La Axiología		
1.3.1 Los valores jurídicos	24
Capítulo Segundo: La Justicia		
2.1 La Justicia como Fundamento del Derecho	50
2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:		
2.2.1 La Filosofía Griega		
2.2.1.1 Platón	60
2.2.1.2 Aristóteles	64
2.2.2 La Definición Romana	68
2.2.3 San Agustín	70
2.2.4 Santo Tomás	75
2.2.5 Domingo de Soto	78
2.2.6 Hans Kelsen	83
2.2.7 La Filosofía Jurídica Contemporánea	97

	5
2.3 Elementos de la Justicia107
2.3.1 La justicia y la equidad111
2.3.2 La justicia y la conciencia social113
Capítulo Tercero: La Justicia y su Aplicabilidad	
3.1 La Tradición Griega115
3.2 La Tradición Romana119
3.3 Aspectos Filosófico-Jurídicos de la Justicia en la aplicación actual122
Conclusiones125
Bibliografía128

INTRODUCCION

El deseo de saber en el hombre, lo lleva a explorar todo aquello que ante él se presenta; la necesidad de entender, no sólo así mismo, sino también el mundo natural que le rodea, al mundo social en el que se encuentra lo lleva a cuestionar, a poner en tela de juicio cada aspecto, cada elemento, cada relación que se establece entre el hombre, la naturaleza y la sociedad. Es a través de la investigación que el ser humano se da la posibilidad de captar el objeto de su interés. La investigación es el medio, el vehículo para desarrollar el análisis de los objetos cuestionados o puestos en discusión.

Estos son los objetos, método, forma y finalidad que asume cualquier pretensión encaminada al saber que, en el devenir, tomará las características que específicamente cada uno posee.

Dentro del ámbito de la actividad del jurista, la capital importancia que reviste desde la formación de los ordenamientos jurídicos el concepto de justicia, da forma a la presente investigación. En el lenguaje jurídico, al litigar, al juzgar, al legislar, en fin, bajo cualquier rama de la abogacía, se apela de forma común y podríamos decir sistemáticamente a la justicia, concepto por demás analizado, pero no por ello definido. Por otro lado, en la formación profesional, en las cátedras, en los diversos cursos, era frecuente escuchar y atender a algunos conceptos de justicia. Derecho Romano, Filosofía del Derecho, son tan sólo dos de las materias en que específicamente se incluye la referencia a la justicia.

La investigación que sucede, trata de conjuntar el análisis jurídico y filosófico. Se toman en cuenta las dos vertientes. La investigación pretende el análisis del concepto en algunas de sus definiciones, tomando como

criterio la relevancia y trascendencia ya filosófica o jurídica. El análisis se encamina a la obtención del concepto cuya aplicación sea más ampliamente concretizable.

Cada capítulo desarrollado pretende una finalidad específica. El capítulo primero denominado "La filosofía", tiene como finalidad introducir y situar al lector, independientemente de que pueda ser un lego en la materia. Trata de crear un ficción esquemática que parte de la filosofía general y culmina en los valores jurídicos, de los cuales la justicia es uno de ellos, el más importante por la trascendencia dentro del sistema jurídico.

Ya situados, el segundo capítulo denominado de "La justicia", se constituye para ser la parte central del trabajo, el cual se organiza partiendo de la formulación de los diversos conceptos históricamente dados, aunque inicia con la argumentación respecto a porque es la justicia el fundamento del derecho, su finalidad es entrelazar al aspecto filosófico y el jurídico. Son seleccionados por la relevancia filosóficamente: Grecia, Roma, La Escolástica Medieval, y algunos filósofos contemporáneos; jurídicamente: Kelsen y algunos juristas contemporáneos y de trascendencia nacional.

El tercer capítulo, breve necesariamente, trata de ejemplificar como puede tener aplicación "real", el concepto de justicia previamente elaborado.

CAPITULO PRIMERO

LA FILOSOFIA

1.1 La Filosofía en General.

1.1.1 Definición.

Toda investigación jurídica que pretenda un análisis que contemple no sólo el aspecto jurídico, sino también el filosófico, debe de partir de una cierta idea que con respecto a la filosofía se tenga. Para iniciarse en la filosofía es necesario tener una idea que cuando menos será la que nos mueva a entrar en eso que bien nos puede ser desconocido. La incitación de conocer, de analizar, de cuestionar, va acompañada de una cierta idea que respecto al motivo de incitación (análisis) sirve de base para entenderlo, si bien, no para definirlo. Dentro de las ideas más comunes que respecto a la filosofía se tienen van desde el que piensa que es la ciencia más alta, hasta el que piensa que es la cosa más aburrida. En ambos casos se espera la comprobación de la idea. En la ejemplificación se ha dado una idea de lo que puede ser la filosofía, al considerar que puede ser la una u otra idea que anteceden, se esta diciendo que la filosofía puede ser cosas muy diversas.

Dentro de las diversas interpretaciones dadas sobre la filosofía, quizás lo más apropiado sea buscar en las vertidas por los filósofos, ya que son ellos los que se han dedicado a esa actividad.

Es en Grecia donde encontramos por primera vez la palabra filosofía, naciendo la expresión **PHILOSOPHIE**, que se traduce como amor a la sabiduría o como afán de saber. Es a Pitágoras al primero a quien se le atribuye ese nombre. Sobre lo que este filósofo entendía por filosofía cuenta Cicerón lo

siguiente: "Que habiendo Pitágoras tratado docta y disertadamente algunas cuestiones, León, príncipe de los filiasios, le preguntó de que arte hacía principalmente profesión, a lo que Pitágoras respondió que, arte él no sabía ninguno, sino que era filósofo. Admirado León de la novedad del nombre, le preguntó quiénes eran, pues, los filósofos y que diferencia había entre ellos y los demás, y Pitágoras respondió: que le parecían cosa semejante la vida del hombre y la feria que se celebraba con toda pompa en los juegos ante el concurso de la Grecia entera; pues igual que allí unos aspiran con la destreza de sus cuerpos a la gloria y nombre de una corona, otros eran atraídos por el lucro y el deseo de comprar y vender, pero había una clase, y precisamente la formada en mayor proporción de hombres libres, que no buscaba ni el aplauso, ni el lucro, sino que acudían por ver y observar con afán lo que se hacía y de que modo; también nosotros, como para concurrir a una feria desde una ciudad, así habríamos partido para esta vida desde otra vida y naturaleza, los unos para servir a la gloria, los otros al dinero, que habiendo unos pocos que, teniendo todo lo demás por nada, consideran con afán la naturaleza de las cosas, los cuales se llaman afanosos de sabiduría, esto es filósofos; e igual que allí lo más propio del hombre libre era ser espectador sin adquirir nada para sí, del mismo modo en la vida supera con mucho a todos los demás afanes la contemplación y el conocimiento de las cosas." (1)

Se desprende de lo anterior que la idea que sobre la filosofía tenía es de que se trataba de un saber libre, desinteresado, teórico, es decir, de un saber de contemplación básicamente.

1) Zea, Leopoldo, *Introducción a la filosofía*, Edit. UNAM, 9na. ed., México, 1983, p. 9.

Tomando en consideración el juicio emitido por los historiadores de la filosofía, en cuanto a los primeros hombres que han merecido el nombre de filósofos, esto es, los presocráticos, encontraremos que para ellos, la filosofía es un afán por explicar las cosas del mundo que nos rodean, la naturaleza y la manera de como el hombre debe de conducirse frente a sus semejantes. Esencialmente todo ello, hacía el exterior, si pretendía saber cómo es que existían las cosas que les rodeaban, buscaban el principio de ellas, su origen, dándoles diversas respuestas, mientras que para unos era el agua, para otros era el aire, o la tierra o el fuego, o bien, es suma de todos. En este período la filosofía se presenta y se entiende como un preguntar por los principios materiales del Cosmos, como un preguntar por su orden.

Ya para Sócrates, la filosofía es cosa muy distinta. Para los presocráticos la sabiduría es un saber reservado a los dioses. El saber al que puede y debe aspirar el hombre es de otro tipo, el afán de saber debe de dirigirse a otro plan, hacia sí mismo. Sócrates encierra la idea que tiene respecto a la filosofía en su frase: Conócete a tí mismo. Para él la filosofía es un afán que siente el hombre por saber de sí mismo. La importancia de la filosofía radica en el conocimiento moral y en el político.

Para Platón la filosofía es el adquirir la ciencia. Pero para él, la ciencia no tiene por objeto las cosas sensibles que están en un estado perpetuo de modificación y en las cuales no se encuentra ninguna estabilidad y por tanto ninguna verdad; de ahí que el objeto de la ciencia deberá ser lo inmutable, lo idéntico, lo que nunca cambia. Objeto que Platón llama la idea. Estas ideas, modelos eternos de las cosas, residen en el Ser Divino, y

todas se resumen y comprenden en la idea de bien. Entendida así la filosofía como una búsqueda perpetua de las ideas, como un afán de saber qué es la Verdad y la Belleza, la cual no es otra cosa que el bien como idea suprema. Aquí, es ya la filosofía la más alta ascensión de la personalidad y la sociedad humana por medio de la sabiduría.

Para Aristóteles, la filosofía tiene como objeto el saber en tanto que ser. La filosofía es la ciencia que se ocupa de las causas y los principios de las cosas, pero de las primeras causas y de los primeros principios, hasta llegar al principio absoluto que comprende todo. La filosofía entendida como ciencia de principios es, en éste sentido una ciencia universal. Importante es señalar los caracteres que Aristóteles da a la filosofía: 1) Es una ciencia **universal**, 2) Es una ciencia **difícil**, 3) Es una ciencia **rigurosa**, 4) Es una ciencia **didáctica**, 5) Es una ciencia **preferible**, 6) Es una ciencia **principal**, 7) Es una ciencia **divina por su objeto y por su sujeto**. "El sabio posee hasta donde cabe la ciencia de todas las cosas, sin poseer la ciencia de cada una individualmente,... quien puede conocer las cosas arduas y no fáciles de conocer para el hombre, es sabio,... También, que el más riguroso y el más capaz de enseñar es, en toda ciencia. más sabio,... de las ciencias, la preferible por ella misma y en gracia al conocimiento es sabiduría en mayor grado que la preferible por sus consecuencias,... la principal es sabiduría con mayor propiedad que la subordinada: porque no está bien que el sabio sea mandado, sino que mande, ni que él obedezca a otro, sino a él el menos sabio,... la más divina es también la de más alto rango y la de esta índole la única que puede serlo de dos maneras. Aquella que puede tener más que nadie Dios es la divina entre las ciencias, y la que pudiera hablar de las cosas divinas; ahora bien,

ésta, pero ella sola, resulta ser ambas cosas; todos consideran a Dios una de las causas y un cierto principio y Dios solo o más que nadie, puede tener una ciencia de esta índole." (2)

Cicerón llama a la filosofía: maestra de la vida, inventora de leyes, guía de la virtud. En consideración de Séneca, la filosofía es la teoría y el arte de la recta conducta. Los epicúreos dan a la filosofía un sentido completamente pragmatista. Epicuro la considera una actividad encaminada a alcanzar la felicidad por medio del discurso y del razonamiento. De ahí desprende que las ciencias están subordinadas a esa finalidad de utilidad para la vida.

El cristianismo aportará una nueva interpretación acerca de la filosofía. Para San Agustín será un afán de sabiduría, pero donde la sabiduría es Dios, siendo entonces la filosofía un afán de Dios. Llegando más lejos Santo Tomás distingue entre lo que es del dominio de la razón y lo que es dominio de la teología. El considera necesario para la salvación de la humanidad el que hubiese una ciencia basada en la revelación, además de las ciencias filosóficas basadas en la investigación de la razón humana. Para Santo Tomás, la razón esta subordinada a la fe, la cual la utiliza como medio para preparar las verdades de la fe, o para destruir las objeciones que se oponen a tales verdades. La ciencia suprema es por tanto la teología, la ciencia reveladora, la filosofía no es sino una ciencia puesta al servicio de la teología.

Es hasta el renacimiento donde la filosofía reencuentra su independencia. Son Bacon y Descartes quienes dejan a la religión fuera de la especulación filosófica y dan a la filosofía otros objetos de reflexión.

2) *Ibidem*, p. 11.

Descartes dirá que la palabra filosofía significa el estudio de la sabiduría, entendiendo por tal, un perfecto y total conocimiento de las cosas que el hombre puede saber, tanto para conducir su vida como para conservar la salud y la invención de todas las artes, y menester es que para que este conocimiento sea tal debe ser deducido de las primeras causas. En Descartes la filosofía tiene un carácter teórico y práctico. Es teórico, en tanto busca las primeras causas, y es práctico, en tanto busca una finalidad, que es la felicidad material del hombre, su bienestar y su salud. La teoría queda subordinada a la práctica, siendo entonces la filosofía un instrumento de dominio de la naturaleza. Pero el hombre queda incluido dentro de la naturaleza. Así, la filosofía tomará al hombre como objeto de conocimiento, para poder ser dominado.

Kant considera a la filosofía como una ciencia crítica, ciencia que se pregunta por el alcance del conocimiento humano.

Dentro de un plano contemporáneo, Ramón Xirau considerará a la filosofía como búsqueda de la verdad, pero de la verdad histórica. Para Elsa Martínez, filosofar es buscar, indagar, explorar, investigar principios, fundamentos conceptuales de la cultura y someterlos a análisis crítico. La filosofía es entonces el análisis crítico de los fundamentos teóricos de una concepción del mundo, generada en un mundo de producción determinada, en una formación social específica en una formación cultural dada. En su punto de vista considera a todos los hombres como filósofos en tanto tienen una visión o concepción del mundo, pero ello no basta para considerarlos así, es necesario exhibir fundamentos, principios, argumentos, demostrar racionalmente para construir la filosofía profesional.

Desde el punto de vista del jurista, ya no del filósofo, Eduardo García

Máynez, menciona respecto a la filosofía que ella aspira el descubrimiento de lo verdadero, pretendiendo dar una explicación exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana, buscando la verdad completa, el conocimiento último y definitivo, síntesis de todas las verdades.

Para Luis Recaséns Siches, "La filosofía es el problema de lo absoluto y el absoluto problema." (3).

Hasta lo expuesto aquí, es fácil observable que nos hemos encontrado con ideas diversas respecto a lo que es la filosofía, cada pensador expuesto nos ofrece una definición sobre la filosofía que más o menos excluye o niega la de algún otro.

Partiendo de la etimología filosofía, debe de entenderse como afán de saber, sólo que ese afán que quiere saber, en cada filósofo o corriente filosófica es distinta cosa y busca distintos principios. Se ha tenido la idea de que la filosofía se refiere a la verdad, pero además se ha afirmado que la verdad buscada es eterna y permanente. Sin embargo, es de hacer notar que las verdades encontradas por la filosofía no son ni eternas ni permanentes, porque los que afirman la eternidad y permanencia de las verdades de la filosofía, lo hacen respecto a sus verdades de su filosofía. Para quien piense tal cosa, las verdades de su filosofía serán válidas para todos los hombres, con independencia del lugar o tiempo en el que se encuentren. Una filosofía que pretenda tal cosa, llevará en sí misma su negación, toda vez que es en sí producto de su concreción histórica, es decir, ella misma es el resultado de las especiales circunstancias como son el lugar, el tiempo, el modo, en que fueron producidas. Se ha afirmado por

3) Recaséns Siches, Luis, **Tratado General de Filosofía del Derecho**, Edit.

Porrúa, 6ta. ed., México, 1978, 717 pp.

algunos el valor universal, eterno e inmutable de la filosofía propia. Es oportuno afirmar el carácter circunstancial de la filosofía, de todas las filosofías.

LA FILOSOFÍA

1.1 La Filosofía en General.

1.1.2 Ramas de la filosofía.

Dentro de la filosofía se han dado una multitud de estudios, generalmente la especulación filosófica goza de una diversidad impresionante de objetos de estudio, es por esa característica que los estudiosos de la historia de la filosofía han optado por distintas clasificaciones o han tratado de ordenar la producción filosófica en distintas ramificaciones.

Es de Ramón Xirau la siguiente división:

A) Epistemología o teoría del conocimiento: Que incluye las siguientes ramas.- El origen de las ideas, modos de conocimiento, valor del conocimiento, definición de la verdad.

B) Metafísica: Los principales campos son.- Cosmología racional, psicología racional, teología racional, tiempo humano.

C) Moral o teoría del comportamiento humano tanto individual como social: Los campos destacados son.- Moral individual, moral social, doctrinas políticas.

Mantilla Pineda al considerar a la filosofía como un sistema orgánico de conocimiento, señala que comprende una serie de disciplinas íntimamente eslabonadas:⁴ *Metaphysica generalis* -que se ocupa de la estructura del ser; *metaphysica specialis* -subdividida en: Cosmología, psicología, teología- que estudia los seres en su escala de perfección, es decir, el mundo, el hombre y Dios; *Gnoseología* -subdividida en: Lógica, teoría del conocimiento y teoría de las ciencias-, que versa sobre los principios formales y

materiales del conocimiento; Axiología general y especial, que estudia el valor y los distintos tipos de valores. La filosofía de la práctica puede considerarse como una axiología especial (lo mismo que la filosofía del arte, de la religión, etc.); sus divisiones son la política, la economía, el derecho y la moral." (4)

Hoffding considera como cuestiones filosóficas fundamentales a:

- 1) El problema del conocimiento (problema lógico). Que incluye a la lógica y la teoría del conocimiento.
- 2) El problema de la existencia (Cosmología).
- 3) El problema de la estimación de valores (problema ético-religioso). Que incluye a la ética, estética y la filosofía religiosa.
- 4) El problema de la conciencia (Psicología).

Antonio Caso basándose en la clasificación anterior, divide los problemas filosóficos en tres grupos:

Problemas de la ciencia:

-Método privativo de la filosofía general. Metodología. Teoría del conocimiento. Epistemología.

Problemas de la existencia:

- Teoría de la libertad	}	Psicología Racional
- Teoría de las relaciones del espíritu y del cuerpo		
- Teoría del substratum espiritual		

Explicación sistemática del ser y del devenir. Cosmología.

Problemas del valor de la existencia:

- Teoría de la religión	Filosofía de la religión
- Teoría del arte.....	Estética

4) Mantilla Pineda, *Filosofía del Derecho*, UDA, Colombia, 1961, p. 26.

- Teoría de la conducta..... Ética.

Eduardo García Máynez, hace una inclusión en la anterior clasificación de la filosofía jurídica en el último grupo de materias. Además agrega los siguientes cambios: agrupa bajo la denominación genérica de disciplinas axiológicas a los problemas relacionados con el valor de la existencia y la divide en cuatro ramas a la axiología general.

Disciplinas axiológicas:

- La ética o teoría de lo bueno.
- La estética o teoría filosófica de la belleza.
- La filosofía de la religión o doctrina de lo santo.
- La filosofía del derecho o teoría sobre la esencia y valores propios de lo jurídico.

LA FILOSOFÍA

1.2 La Filosofía del Derecho.

1.2.1 Definición.

Con relación a la filosofía general, la filosofía del derecho es una rama de aquella, es por ello, que participa consecuentemente de su objeto, métodos, estructuras, características, etc. La filosofía del derecho, también, tiene que ver con la realidad jurídica, con los conceptos jurídicos universales y los valores jurídicos, también esta sujeta a la concreción histórica, es objeto de constantes análisis, trata de armonizar y cohesionar los supuestos que dan las ciencias del derecho.

Como rama de la filosofía general, la filosofía jurídica ejerce su función de conocimiento en el plano del ser, la esencia lógica y el valor del derecho. Trata de dar respuesta a cuestiones trascendentales planteadas con carácter de necesidad a la existencia humana y a cuestiones no estudiadas por las ciencias del derecho. Busca por medio del análisis crítico los fundamentos teóricos de la concepción jurídica del mundo, del ser, la esencia lógica y el valor del derecho. Dichos fundamentos son las columnas sobre las que se levantan no sólo la filosofía del derecho, sino también sirven revertiéndose al ser y justificación del derecho en sí.

A su vez, al despertar el interés de la conciencia humana por entender lo que el derecho es, no contenta con ello, se pregunta por el derecho como debiera ser, problema que escapa a la labor ordinaria del jurista y de las ciencias del derecho. La filosofía del derecho investiga aquello que debe o debiera ser en el derecho, frente a aquello que es, así, contraponiendo una

LA FILOSOFIA

1.2 La Filosofía del Derecho.

1.2.1 Definición.

Con relación a la filosofía general, la filosofía del derecho es una rama de aquella, es por ello, que participa consecuentemente de su objeto, métodos, estructuras, características, etc. La filosofía del derecho, también, tiene que ver con la realidad jurídica, con los conceptos jurídicos universales y los valores jurídicos, también esta sujeta a la concreción histórica, es objeto de constantes análisis, trata de armonizar y cohesionar los supuestos que dan las ciencias del derecho.

Como rama de la filosofía general, la filosofía jurídica ejerce su función de conocimiento en el plano del ser, la esencia lógica y el valor del derecho. Trata de dar respuesta a cuestiones trascendentales planteadas con carácter de necesidad a la existencia humana y a cuestiones no estudiadas por las ciencias del derecho. Busca por medio del análisis crítico los fundamentos teóricos de la concepción jurídica del mundo, del ser, la esencia lógica y el valor del derecho. Dichos fundamentos son las columnas sobre las que se levantan no sólo la filosofía del derecho, sino también sirven revertiéndose al ser y justificación del derecho en sí.

A su vez, al despertar el interés de la conciencia humana por entender lo que el derecho es, no contenta con ello, se pregunta por el derecho como debiera ser, problema que escapa a la labor ordinaria del jurista y de las ciencias del derecho. La filosofía del derecho investiga aquello que debe o debiera ser en el derecho, frente a aquello que es, así, contraponiendo una

verdad ideal a una realidad empírica.

Como con la filosofía general, en la filosofía jurídica también existen diversas definiciones que varían de acuerdo con las direcciones y tendencias (jus-filosóficas, neo-kantianas, neo-tomistas, etc.), pero todas convienen en destacar a su manera ya el elemento óntico, lógico o axiológico del derecho.

Victor Catherein S. J., perteneciente a la escuela neo-tomista, considera que la filosofía del derecho estudia la esencia y el fundamento del derecho natural y su relación con el derecho positivo.

Rodolfo Stammler, de la escuela neo-kantiana de Marburgo, sostiene que por filosofía del derecho se debe de entender en primer lugar aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto, y en segundo, la misión que tiene la misma de enseñar en qué consiste la justicia.

Max Ernest Mayer, neo-kantiano con influencia hegeliana, entiende a la filosofía del derecho como la doctrina del concepto y de la idea del derecho.

Gustavo Radbruch, neo-kantiano de la escuela de Baden, afirma que la filosofía del derecho es la consideración valorativa del derecho.

Jorge del Vecchio, neo-kantiano con influencia de la filosofía de lo perene, considera a la filosofía del derecho como la disciplina que define al derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres de su desarrollo histórico y los valores según el ideal de la justicia trazado por la razón pura.

Felice Battaglia, como representante del idealismo jurídico contemporáneo, sostiene que la filosofía del derecho es la disciplina que

estudia al derecho como una actividad espiritual, como momento absoluto y universal del espíritu, encontrado en él su principio constitutivo y comprendiéndose mediante él.

Mantilla Pineda afirma que la filosofía del derecho se encarga del estudio de la estructura óntica, de la esencia lógica y del valor del derecho. Agrega que la filosofía del derecho no estudia particularmente algún derecho positivo, como lo hacen las ciencias jurídicas, sino que estudia al derecho en general y en sus momentos universales, estudia el ser, el concepto y el valor del derecho, lo que hay de apriori y necesario en el derecho.

Es innegable que la filosofía del derecho desarrolla un papel de coordinador y sistematizador frente a las ciencias jurídicas particulares, dado que tales, no excluyen, sino fundamentan a la filosofía jurídica que establece las leyes de la evolución jurídica.

En virtud de que el derecho constituye el objeto de estudio de las ciencias jurídicas particulares. Algunas de ellas tienen un carácter histórico, otras tienen un carácter teórico, sistemático, pero ni unas, ni las otras pueden elevarse a el estudio de los problemas más generales, ni a los principios comunes, objetos que son de la especulación y generalización filosófica.

La filosofía del derecho tiene como tarea la unificación, debe de conexionar el derecho con el orden de los fenómenos naturales y sociales, y aun sacar los resultados de las ciencias jurídico-particulares para tratar de mantener en estrecha relación las construcciones y los resultados de esas y otras ciencias no-jurídicas que estudian el mundo humano y natural, principalmente las de carácter social. Por tanto, la filosofía del derecho

no puede ni debe ser una ciencia exclusiva y puramente jurídica, sino una ciencia por sí misma, autónoma, con particular carácter filosófico.

En virtud de que el derecho es producto de una formación histórica concreta y su origen y evolución son explicadas para precisar los elementos constantes y uniformes en el curso de su devenir, la investigación fundamental para la filosofía del derecho es la sintética o fenomenológica.

La investigación fenomenológica debe dedicarse al estudio de las instituciones jurídicas particulares de derecho público y privado. Es una necesidad el trazar la génesis y la evolución de tales instituciones en relación con el desarrollo de la vida social, su fundamento filosófico, sus exigencias racionales, sus funciones, su influencia en la historia de la civilización, su valor para las finalidades de la actividad humana. Importante también es la investigación práctica encaminada a la producción de un derecho resultado de la actividad psíquica del hombre, que modifique la evolución de los ordenamientos jurídicos.

LA FILOSOFIA

1.2 La Filosofía del Derecho.

1.2.2 Ramas de la filosofía del derecho.

Tampoco hay unanimidad entre los filósofos y juristas en cuanto a la división en ramas de la filosofía del derecho.

Catherein S. J. divide a la filosofía del derecho en tres partes:

- 1) Objeto y método;
- 2) Fuentes del derecho;
- 3) Concepto de derecho y de la justicia.

George Renard de orientación tomista, destaca como tema central el fundamento del derecho natural.

Stammler divide a la filosofía del derecho en dos partes principales y tres complementarias:

- 1) El concepto del derecho;
- 2) La idea del derecho;

a las que agrega:

- 3) El origen del derecho;
- 4) La técnica del derecho;
- 5) La práctica del derecho.

Jorge del Vecchio divide la filosofía del derecho en una parte histórica y otra sistemática. En la primera se contienen la historia de la filosofía del derecho, y la parte sistemática, las doctrinas centrales de la filosofía jurídica, es decir, la lógica, la fenomenología y la deontología del derecho.

Max Ernest Mayer, divide a la filosofía del derecho en una parte introductoria de carácter histórica y otra sistemática. La sistemática comprende:

1) El concepto de derecho: a) Sociedad y cultura, b) Sistema de las garantías sociales.

2) La idea del derecho: a) Los sistemas axiológicos, b) La crítica de los valores.

Gustavo Radbruch, neo-kantiano, nos hace inferir una división de sus textos de donde se obtienen dos partes:

1) Los principios generales del derecho como realidad referida a valores.

2) Los problemas filosóficos específicos de cada rama del derecho.

Luis Recaséns Siches, divide la filosofía del derecho en:

1) Teoría fundamental del derecho.

2) Estimativa jurídica.

Felice Battaglia hace una división de la filosofía del derecho bipartita, donde una parte es histórica y la otra sistemática, en la cual incluye la lógica, la fenomenología y la deontología.

Mantilla Pineda, también realiza la bipartición, sólo que en la parte sistemática incluye a la ontología jurídica, la lógica jurídica y la estimativa jurídica.

Eduardo García Máynez considera que la filosofía del derecho comprende dos temas:

1) La determinación del concepto del derecho (teoría fundamental del derecho).

2) Los valores que el orden jurídico positivo debe de realizar

(axiología jurídica o teoría del derecho justo, doctrina de los valores jurídicos y estimativa jurídica).

LA FILOSOFIA

1.3 La Axiología.

1.3.1 Los valores jurídicos.

Tomando como punto de partida la división que nos hace Eduardo García Máynez respecto de las ramas de la filosofía, encontramos que señala como uno de los temas a los valores jurídicos que el derecho positivo debe de realizar, siendo precisamente lo anterior, la definición que de axiología jurídica nos da: La axiología jurídica estudia y comprende a los valores que el orden jurídico debe de concretar.

Existen fundamentalmente dos teorías sobre los valores en general y los autores han meditado respecto a ellas, estas son la teoría subjetivista y la teoría objetivista.

Cuando se empezó a estudiar el mundo de los valores, se tendió a una concepción subjetivista, dado que se les entendía como proyecciones de especiales procesos psíquicos, o como resultado de impresiones placenteras, como manifestaciones de tendencias, deseos o afanes. Resulta obvio el que no pueda definirse al valor como aquello que nos agrada y como desvalor o antivalor aquello que nos desagrade, toda vez que tenemos como valiosas cosas que nos producen serios desagradados, como el heroísmo. Tampoco cabe definir el valor como proyección de un deseo, porque la perspectiva de ordenación y de urgencia de los deseos subjetivos de una persona no coincide con la escala jerárquica de sus juicios sobre el valor. Es patente el entender que el deber no se identifica con el placer, si lo fuera, todo el mundo cumpliría con su deber. El mérito de la honestidad radica en

sobreponerse a las exigencias de nuestros placeres, apetitos, deseos o conveniencias. El placer, se encuentra en un plano inferior al de el valor.

Es a Husserl, Scheler, Hartmann, a quien le debemos la tesis de la teoría objetivista, que considera a los valores como esencias ideales, con validez objetiva y necesaria. Los valores son objetos ideales con propia validez, que no constituyen un pedazo de la realidad, sino que son cualidades de las cosas o conductas que se realizan en tanto coinciden con las esencias ideales de valor. Estos se dan como objetos de una intuición - Scheler - esencial, que se imponen necesariamente al reconocimiento, con igual evidencia que las leyes lógicas o las conexiones matemáticas. Su validez es independiente de la experiencia, es decir, no se pueden fundar en un hecho contingente, y a su vez constituyen criterios para discriminar la experiencia según un punto de vista diferente a la experiencia misma, donde tales criterios no tienen nada que ver con la coincidencia o discrepancia con afectos subjetivos.

Si bien es cierto que la teoría objetivista es un paso adelante en el entendimiento de los valores, también es cierto que adolece de considerar una especie de objetividad ideal abstracta de los valores. Es de entender que los valores son objetivos, en el sentido de que no son emanación del sujeto pero su objetividad se da precisamente en la existencia humana, en la concreción de las conductas o cosas consideradas valiosas.

Los valores son objetos ideales, que tienen una validez análoga a la de otras ideas, pero además poseen algo que Luis Recaséns Siches llama "vocación de ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción del hombre."(5)

5) Recaséns Siches, Luis, Op. cit., p. 61.

Es cierto, los valores, la esencia de los valores es independiente de su realización, el valor tiene validez no porque se haya realizado, sino a pesar de su realización, es decir, la validez de un valor no lleva aparejada la obligatoriedad efectiva de su realización. De ahí se desprenden las categorías ser y valor como independientes, pero la objetividad del valor sólo se da en el ser, es decir, si bien es cierto que la esencia y la validez de los valores resultan independientes de su eventual realización o cumplimiento en los hechos, también lo es que esta independencia no significa indiferencia frente a su no realización, antes bien, en el sentido de los valores late la pretensión de ser cumplidos, además de la validez. Cuando los valores que se refieren a una determinada realidad no son cumplidos o encarnados en ésta, ocurre que tal realidad, sin dejar de ser la realidad que sea, parece como no justificada, como algo que es, pero no debiera ser. Los valores que en el mundo fenoménico no se realizan tienen una dimensión consistente en una tendencia o dirección ideal, de afirmarse en la realidad. La dimensión consiste en querer ser cumplidos, en determinar normas para el comportamiento. Es de hacer notar la específica peculiaridad que corresponde a los valores, a modo de una dirección o referencia hacia la realidad, como pretensión de imperar sobre la realidad.

Los valores no son meras proyecciones psicológicas, no son el simple resultado de mecanismos mentales, sino que, por el contrario, tienen una consistencia objetiva que está incrustada dentro de la vida humana.

Descripción de algunas de las características formales de los valores:

Tienen las ideas de valor la peculiaridad de darse en dualidad, el valor positivo frente al valor negativo, es decir, tienen su correspondiente desvalor o antivalor. En la medida que en la realidad se dé la negación del

valor - desvalor o antivalor -, en esa medida el valor positivo clama su realización. La realización de los valores no expresa el que éstos se transformen en cosas, o en cualidades reales de las cosas, como ingrediente real de una cosa. El valor realizado en una cosa constituye una cualidad relativa de esa cosa, cualidad que tiene en virtud de comparar la cosa con la idea de valor. La moralidad de un acto no es un componente físico, ni psicológico del mismo, sino una cualidad que tiene el acto de coincidir con el perfil de una idea ética. Es de entender que las cualidades valiosas de las cosas son cualidades ideales, que ellas tienen, en tanto que comparadas o referidas a ideas de valor.

Los valores presentan entre sí relaciones de rango o jerarquía. Ya que el ser de los valores consiste en su valer, y en éste se dan grados, unos valores valen más que otros.

La vida humana y sus consecuencias tienen un ser susceptible de gradaciones jerárquicas, las cuales tienen dos fuentes o dimensiones: el rango de los diversos valores y el grado de mayor o menor realización de cada uno de los valores. Dichas dimensiones servirán para establecer las relaciones de la estructura de lo humano con la estructura de lo estimativo.

Los valores no son elementos dados en la realidad, ni son ingredientes de la realidad, no son conocidos en la experiencia de las cosas, ni sacados de la percepción. Una cosa aparece como teniendo un valor, en virtud de una intuición primaria del valor que en ella encarna. Estimar que un objeto es valioso consiste en percatarse de que coincide con ideas de valor.

La realidad de una cosa no implica que esa cosa sea valiosa. El reconocimiento de un valor como tal no implica que ese valor se halle efectivamente realizado. De ahí que sea necesario subrayar la independencia

entre la categoría de la realidad y la categoría del valor.

Es la escuela fenomenológica la que ha insistido en que el mundo de los valores, como ideas, constituyen una categoría diversa e independiente del ser real. Nos muestra que el hecho de que algo sea no implica, que eso que es, encarne cualidades valiosas, agregando que el hecho de que concibamos algo como valioso no lleva consigo que ese algo exista en la realidad. Este argumento como el anterior, son valederos para distinguir la independencia de las categorías de la realidad y del valor, porque ni la realidad de algo funda su valor, ni el valor es base de realización, sin embargo, estos argumentos que sirven para distinguir formalmente la independencia de estas categorías no impide que se de una conexión entre la realidad y los valores, porque aunque independientes, se da una especie de recíproca vocación, es decir, los valores reclaman ser plasmados en realidades, y las realidades sólo cuando encarnan valores presentan el hecho de estar justificadas.

En realidad, en el derecho podemos señalar que toda idea de deber ser, de normatividad, de obligatoriedad, se funda en una estimación, es decir, en un juicio de valor.

Entre las clases de valores y los respectivos soportes que encarnan se dan conexiones esenciales. Hay valores que sólo pueden darse en las personas realmente y no en las cosas - los morales -, en una colectividad - los jurídicos -.

Entre las múltiples relaciones que se dan entre los valores se da una especial, en la cual hay valores que sirven de fundamento a otros, es decir, que funcionan como condición para que otros puedan realizarse. No puede darse la realización del valor fundado sin que se dé la realización del valor fundante, y donde el valor fundante, que es condición ineludible para

que se realice el valor fundado, es de rango inferior a éste.

La averiguación de los principios o de las leyes para la determinación de la jerarquía o del rango respectivo entre los valores constituye el problema crucial de la Estimativa o Axiología.

Como se señaló anteriormente, sólo en un plano de diferenciación formal resulta correcto distinguir entre la realidad fenoménica y el valor, porque aunque desde ese punto de vista se presenten el ser y el valor como independientes, es necesario reconocer que entre ellos, se da una relación de recíproca "vocación", dado que pertenece como también ya se señaló a la misma esencia de los valores, una pretensión de ser realizados, de ser cumplidos en determinados hechos, y actos, donde por tanto hay realidades en las cuales deben ser encarnados unos ciertos valores, hasta el punto que de no ser así, ocurre que esas realidades se presentan como injustificadas, son, pero no debieran ser. Se desprende que aunque son categorías distintas y formalmente independientes, están el uno para el otro en una relación de reciprocidad. Hay valores para ser cumplidos en determinadas realidades y hay realidades en las cuales deben cumplirse determinados valores, existiendo entre ambas categorías una conexión, una vinculación.

Los valores en sí hacen necesaria su inserción en la realidad fundamental que es la existencia o vida humana. Aunque su validez no se haga depender de su efectiva concreción, el valor en sí implica la necesidad de tener su efectiva correspondencia en la realidad humana.

Los filósofos al descubrir la categoría del valor distinta de la del ser de la naturaleza real, subrayando que la categoría "valor" es tan primaria y radical como la categoría "ser real", que no deriva de ésta, ya que el hecho de que algo sea real, no supone que valga, además de que el

hecho de que reconozcamos una calidad como valiosa no implica que dicha calidad esté realizada, ni tenga plenamente que estarlo, ya que los valores supremos no han sido todavía realizados.

La afirmación anterior, si bien en cuanto a sus consideraciones es correcta, en cuanto a la consideración de que la categoría valor es tan primaria como la categoría ser real se equivoca. El descubrimiento de la categoría valor es en sí loable, pero la determinación posterior no lo es tanto, ya que la categoría valor es más primaria que la categoría ser real, como atinadamente menciona Luis Recaséns Siches, y argumenta que "puesto que las cosas se presentan para el hombre en función servicial, y puesto que las cosas son ingredientes de la vida del hombre, elementos en su vida y para su vida, y como la vida humana está constituida por una serie de actos de preferir, suponen juicios de valor, resulta que lo estimativo condiciona todas las demás maneras de ser; en suma condiciona al Universo entero con todas sus zonas y categorías."(6)

Aunque los valores son objetos ideales, están esencialmente referidos y vinculados a la vida humana, sólo tienen sentido en la vida humana, por y para ella. Se desprende necesariamente el que si no tiene concreción el valor, no tiene sentido, pero distinguiéndose de la validez del valor, porque el valor independientemente de su realización o no, vale, pero, aunque valga, si no tiene realización, el valor no tiene sentido.

La tesis objetivista tiene razón al refutar la tesis subjetivista en relación a considerar a los valores no como tan sólo proyecciones del agrado o deseo, en ese sentido no son meramente subjetivos y puede decirse que son objetivos, por ser lo contrario, pero debemos entender la objetividad como

6) *Ibidem*, p. 68.

una objetividad immanente de la vida humana, como una objetividad intravital, porque nada es para mí, ni tiene sentido para mí fuera del marco de mi vida, es de entender que mi vida es la realidad primaria que participa de una dualidad, que consiste en la presencia inescindible entre mí yo y mi mundo. Todo cuanto es lo es en el marco de mi vida. Así como el mundo de la naturaleza no es algo independiente absolutamente del yo, porque sólo podemos dirigirnos al mundo que conocemos, tal y como lo conocemos, o tal y como lo presentimos, tal y como lo hallamos en nuestra vida, asimismo los valores los hallamos como una serie de calidades que figuran en nuestra vida y de los cuales nos ocupamos. Dado que el mundo con sus múltiples y variadas clases de objetos, no es una producción exclusiva del propio yo, sino que por el contrario, se da ante el yo como un conjunto de objetos, así también sucede que los valores no son pura proyección de la mente, sino objetos, cualidades que la mente halla ante sí. Pero esta objetividad es una objetividad dentro de la vida humana, para la vida del hombre y de la vida del hombre, referida a esta vida en general y a las situaciones particulares de ella.

"...Tiene razón Risieri Frondizi al sostener que no se puede separar radicalmente, por entero, el valor de la valoración. El valor es valor para el hombre, que es quien valora. Lo cual *no significa que el sujeto cree el valor en el momento en que valora, sino que significa que no puede separarse el valor del acto de la valoración; aunque desde luego tampoco puede separarse la valoración del valor*..." (7)

Los valores se dan objetivamente no sólo dentro del marco y del contexto de la vida humana, con sentido referido a ésta, sino además, en el

7) *Ibidem*, p. 69.

contexto de situaciones concretas, donde cada situación concreta comprende la dualidad y especial conjugación de ingredientes subjetivos y componentes objetivos.

Tanto el componente subjetivo como el objetivo son muy complejos. En el objetivo comprende además de la situación, múltiples elementos como son: dimensiones inherentes al objeto valorado, características de la cosa en que encarna, es decir, del bien o depositario, en el cual el valor aparece realizado, relaciones de ese bien con el complejo de cultura, vinculaciones históricas, etc. El componente subjetivo comprende la vida psicológica pretérita y la presente en el instante de la valoración, la personalidad cultural.

El valor no tiene existencia ni sentido fuera de una valoración real o posible; sólo tiene sentido dentro del marco de la vida humana en general y dentro de una situación concreta de la vida humana, en la cual figura la realidad particular del sujeto, su circunstancia y la relación entre la una y la otra. Dentro de la circunstancia se da no sólo el contorno individual, sino también el marco social, cultural e histórico. Todo ello no resta objetividad al fundamento del juicio de valor, sólo que, la objetividad es de tipo intravital, es una objetividad dentro del marco de la existencia humana.

El derecho tiene mucho que ver con el mundo de los valores, pues casi no se puede hablar de lo jurídico sin referirse a los valores. En un plano formal, el derecho es el tutelador de los valores que la sociedad establece. Sin embargo, el derecho no es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de hechos que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia, es decir, es producto de un mundo determinado, en una

determinada formación social, con una específica formación cultural, y que tiene, por consiguiente, una serie de ingredientes que no pueden ser ubicados en el mundo de los valores totalmente, como tampoco en el mundo de las leyes.

Lo jurídico está constituido por un conjunto de actividades y obras reales de los hombres, que se insertan en la vida humana, condicionados por ella, en los cuales subyace la referencia a los valores (justicia, seguridad, etc.), es decir, late la vocación intencional de ser realizados.

Los valores son o deben ser los criterios en que lo jurídico trata de orientarse, obvio es que el derecho positivo no está constituido por puras esencias de valor, aunque intencionalmente se trate de que sea dirigido por valores, y aunque pueda contener una mayor o menor realización positiva de ellos. Es obvio que el derecho es un ensayo de interpretación y de realización de valores, aplicados a unas circunstancias históricas concretas, donde el derecho contiene a su vez, elementos de esa realidad histórica y no sólo se compone puramente de esos valores, él es el vehículo en virtud del cual se trata de realizar esos valores; es algo que puede funcionar como medio o agente de realización de tales valores, o de su fracaso.

No debemos olvidar que los valores se realizan sólo en la vida humana, y que es el hombre quien aparece como una instancia intermedia entre el mundo de los valores y el mundo real de los fenómenos, es él quien a través de su conducta, puede realizarlos o dejarlos de realizar, actúa como instancia de transformación de la realidad, como un reelaborador de la misma, donde la transformación o la reelaboración, parten de un punto de vista estimativo, es decir, donde modifica la realidad a partir de valores.

El derecho así entendido, es el medio o vehículo de realización de los valores, mientras que el hombre, es el sujeto de realización de dichos valores, donde es él quien elige para la transformación o elaboración del mundo fenoménico real, pero tomando como punto de inicio, al mundo ideal de los valores. Es precisamente en ese mundo fenoménico donde toman sentido los valores, dependiendo de la mayor o menor realización, previa comparación con la esencia del valor.

La vida humana es el ser fundamental, es la realidad primaria y básica, condicionante de todos los demás seres, además es a la vez, base y ámbito de todos los otros seres y la base para la explicación de éstos. Todo cuanto es, lo es en la vida humana y como componente de ella, no sólo constituye una realidad distinta de todas las demás realidades, sino que es la realidad radical, primaria, básica, que además fundamenta y explica todo lo demás, pues todo es en la vida humana. Sin embargo, es necesario hacer notar que la vida humana comprende la coexistencia del yo con un mundo, de un mundo con el yo, como elementos inseparables, inescindibles, correlativos. No tendría sentido hablar de la vida humana, si no se hablara de ella en un mundo donde se realice, como tampoco cabe hablar de un mundo independiente de la vida humana, porque el mundo es testificado por y en la vida humana.

Afortunadamente la vida humana no es tan sólo un saberse, como algo ya dado, sino que consiste en un hacerse a sí misma, es una tarea. Si bien, no nos es dado escoger el mundo en que nos damos, nos encontramos siempre con cierto margen, con un horizonte de posibilidades, claro es que existe y se da la fatalidad, sin embargo, coexiste con la posibilidad. Es precisamente en ese horizonte vital de posibilidades, donde la vida humana es un hacerse a sí misma, un hacerse en algo concreto, donde ese algo parte en su

determinación de una estimación, de un valor; la vida consiste en un tener que decidir en cada momento lo que vamos a ser en el siguiente, en un hacerse a sí misma resolviendo en cada instante su futuro, en un tratar de ser lo que no somos, en realizar un proyecto de existencia y esencia. La estructura del hacerse consiste en que se quiere hacer lo que se hace, por algo, por un motivo, y para algo, para una finalidad. Así pues, la vida humana, es decir, lo que el hombre se hace a sí mismo, se califica por tener un por qué (motivo) y un para qué (finalidad). Es precisamente en el motivo y la finalidad donde los valores inciden en la vida humana.

Hasta aquí, se ha hablado de los valores dentro del ámbito de la axiología general, sólo se ha hecho referencia a los valores en el aspecto jurídico para no desligarlo del contexto de la presente investigación, sin embargo el análisis de los valores jurídicos propiamente no se ha llevado a cabo. Respecto de los valores, se ha asumido una actitud que parte de la idea de que existen, sin embargo dentro de la especulación filosófica nos encontramos básicamente con dos actitudes antagónicas, una que niega la existencia de los valores específicamente y en relación al objeto de investigación: a los valores jurídicos; y la otra que afirma la existencia de los valores jurídicos.

Según J. Haesaert, tratadista de teoría general del derecho, el derecho proviene del dominio de las norma. Consiste en una especie de norma, donde la norma es una prescripción. El derecho no es un valor, porque no propone un objeto inmediato a nuestra actividad. Para él, el derecho es una técnica y particularmente una técnica de las relaciones sociales.

Mantilla Pineda, nos da una particular opinión respecto a la afirmación de los valores. Parte de la idea de que los valores no se demuestran, sino

que sólo se muestran. Y agrega: "Así como hay ciegos para los colores, así también hay ciegos para los valores. Ante la ceguera axiológica fracasa cualquier esfuerzo de mostración. En vano sería exclamar: ¡helos ahí! Lo que es verdad de los valores en general, es verdad también de los valores jurídicos. Si alguien los niega, no habrá manera de convencerlo de lo contrario.(...) el que tenga ojos para ver, ¡vea!" (8)

El derecho en sí es un valor puro. El valor derecho se instituye en la experiencia humana y social que la realiza. Los valores jurídicos fundamentales con su presencia o realización justifican la experiencia jurídica como una actividad humana y social específica. La conducta jurídica es la realización de valores jurídicos. Es por ello que Heidegger en ese sentido dijo que la historia no es otra cosa que la realización de valores.

Los valores jurídicos son valores sociales objetivos colectivos, valores de la conducta humana intersubjetiva, es decir, se realizan siempre en las relaciones de sujeto a sujeto, que es donde se dan los aspectos social y colectivos. En consecuencia son valores bilaterales, que vinculan voluntades donde se congregan conductas compartidas. Es el valor el que le da sentido unitario a la conducta intersubjetiva. La vinculación es un requisito indispensable para que tenga sentido hablar de valores jurídicos, porque éstos a diferencia de los valores individuales, sólo se dan en una relación social, con la interferencia de sujetos, no se pueden concretizar los valores jurídicos si el sujeto se encuentra aislado, pensemos simplemente en el valor cooperación, o solidaridad, así como en éstos no es posible hablar de su realización sino se desarrollan dentro de una relación intersubjetiva, también en todos los demás valores jurídicos no lo es. Obvio

8) Mantilla Pineda, Op. cit., p. 408.

es que sí el derecho implica una relación de colectividad, si él mismo está sujeto al desarrollo social, por y para el conglomerado humano, también lo sean los valores jurídicos, soportes de la maquinaria jurídica. Como consecuencia de la característica de intersubjetividad propia de los valores jurídicos, se desprende el que sean valores exigibles, ya que su cumplimiento no puede quedar sujeto al arbitrio del individuo, sino a una legalidad objetiva (en éste caso constituida por el aparato jurídico y estatal), que le impone el cumplimiento aun en contra del querer individual, misión encomendada al Estado.

El número de valores jurídicos no es limitado, como cualquier otra parte de la especulación filosófica, participa de la variedad de opiniones, que concurren para el ensanchamiento o crecimiento de la conciencia valorativa, así como para la determinación de los valores jurídicos. Respecto de un sólo ordenamiento jurídico, ya no de todo el sistema jurídico, se pueden dar y se dan una o ambas posibilidades. De hecho, cada sistema jurídico instaura lo que podríamos llamar su propia tabla de valores jurídicos, así como su propia clasificación, preferencia o especialidad, tomando en consideración sus condiciones sociales concretas.

La axiología jurídica, esta lejos de poder postular una tabla de valores jurídicos única y completa. Sin embargo, entre los expositores representativos, encontramos la coincidencia, o acuerdo tácito respecto de los que algunos llaman los valores jurídicos fundamentales: Justicia, Paz, Seguridad, Orden; pero sin olvidar lo circunstancial que pueden ser.

Luis Recaséns Siches menciona dentro de su estimativa jurídica a los siguientes valores: Dignidad de la persona humana, libertad, paz social, seguridad, solidaridad, bien común, utilidad común en sus múltiples formas

(cultural, económica, sanitaria, etc.) y justicia. En lo que respecta a la enumeración anterior que no es taxativa, habla extensamente sobre la justicia y la dignidad de la persona humana como los dos valores perennes del derecho. En la seguridad ve una motivación radical de lo jurídico y una escala preliminar indispensable para llegar a la realización de la justicia.

Cossio realiza una valoración del plexo axiológico jurídico pero esquemáticamente, y propone a: La justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad y orden. Herrera Figueroa en su estimativa jurídica acentúa que el plexo jurídico deberá estar anclado en la existencia humana.

Todos los valores jurídicos señalados son valoraciones reales y efectivas dadas en una sociedad humana en un determinado momento histórico, con especiales circunstancias sociales, culturales y jurídicas. No se tratan de ideales abstractos de algún valor, sino de la estimación o preferencia que constituye el valor en sí, que es aceptado y que se traduce en la vida social. No debemos olvidar que no se trata de una axiología pura, abstracta, sino que por el contrario, condicionada por el ser del derecho, debe de ser aplicada, concretizada, ya que los valores representan proyectos de existencia y conductas humanas, a los que le son inherentes.

Como antes se mencionó, los valores presentan como una característica particular el que guarden entre sí relaciones de rango o jerarquía. Según Luis Recaséns Siches, hay especies de valores que valen más que otras clases.

Dentro del ámbito de la axiología jurídica el problema de la jerarquía de los valores también ha tenido múltiples respuestas. Basta pensar en que el rango o estructuración jerárquica de los valores es en sí un acto de preferencia para considerar que los diferentes tratadistas le han dado su

especial manera. Como argumenta Augusto Messer, no se puede probar lógicamente que un valor sea superior a otro, éste dato debe de presentarse con evidencia a nuestro sentimiento. De hecho todos los criterios de jerarquización de los valores pertenece a la lógica afectiva. Algo que es notable es el que la mayoría de los autores considere a la justicia como el valor de más jerarquía.

Con el criterio de la profundidad de la satisfacción como lo llama Scheler, él ha elaborado la siguiente jerarquía de los valores: 1) Valores de lo agradable y desagradable: placer-dolor; 2) Valores vitales: sano-enfermo, noble-ruin; 3) Valores espirituales, subdivididos en: a) estéticos: bello-feo; b) jurídicos: justo-injusto; c) teóricos: verdadero-falso; 4) Valores religiosos: santo-profano.

Mantilla Pineda, con "la ley de fundamentación axiológica" aporta la siguiente jerarquía de los valores: 1) Valores vitales: sano-enfermo, fuerte-débil, etc., 2) valores de la sensibilidad: agradable-desagradable, placer-dolor, etc.; 3) valores económicos: útil-inútil, etc.; 4) valores éticos en sentido amplio, subdivididos en: a) políticos: poder-impotencia, etc.; b) jurídicos: derecho-entuerto, etc.; c) morales: bueno-malo, etc.; 5) valores teóricos: verdadero-falso, etc.; 6) valores estéticos: bello-feo; 7) valores religiosos: santo-profano.

Como podemos observar, en ambas clasificaciones jerárquicas, los valores jurídicos se encuentran en un lugar intermedio, participan de ser tanto valores fundantes como fundados, porque son inferiores respecto a unos valores y son superiores respecto a otros.

En relación a la jerarquía que guardan los valores jurídicos entre sí, existe un sentimiento unánime o casi unánime respecto a considerar a la

justicia como el valor jurídico supremo. Pero también ocurre que respecto a los demás valores jurídicos, no existe un acuerdo. Hobbes ha sobreestimado el valor paz. Spinoza ha acentuado a los valores seguridad y paz. León Duguit el valor solidaridad, puesto que en él descansa todo el edificio del derecho.

Para Mantilla Pineda, toda jerarquización de los valores jurídicos debe fundarse en conexiones apriorísticas de dichos valores, partiendo de lo que llama criterios de la "profundidad de la satisfacción o de fundamentación axiológica". Siguiendo a Carlos Cossio aporta la jerarquización siguiente:



Respecto de dichos valores y jerarquización, menciona lo siguiente:

EL ORDEN: Es un valor jurídico de subordinación y coordinación. Su contravalor es la anarquía. Orden en general es la disposición concatenada y armónica de las cosas. En la organización social debe de ser una cualidad. El orden jurídico es el status de las personas y grupos sociales en la sociedad y el Estado determinado por el ordenamiento jurídico. Es un factor de conservación de las condiciones de coexistencia de los elementos sociales en cuestión. Las dos formas típicas de realización son la jerárquica y la igualitaria. El orden público es el orden jurídico traducido a la fase externa de la organización social y estatal. Es la represión de los brotes

de anarquía, de las manías revolucionarias, de los golpes de fuerza. Es el control de las fuerzas eruptivas que amenazan destrucción. Es en sí, la oposición sistemática de las fuerzas de orden a las fuerzas de desorden y anarquía.

LA SEGURIDAD: Es un valor de coordinación, su contravalor es la inseguridad. La seguridad es certeza. La certeza es la claridad de la ley y la infalibilidad relativa de los fallos judiciales, traducidas a la posesión pacífica de los bienes y al desenvolvimiento normal de las relaciones de convivencia. La seguridad jurídica es la tarea primaria del derecho. Es un paso necesario para la realización de la justicia.

EL PODER: Es un valor de subordinación, su contravalor es la impotencia. El poder es una noción capital para comprender la estructuración y funcionamiento de los grupos sociales. Hobbes y Spinoza concibieron al poder como fundamento de la filosofía política. En Nietzsche tiene el poder el carácter de principio absoluto que orienta la naturaleza, la vida, la sociedad.

Para Max Weber, poder es la posibilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra la resistencia y con cualquiera que sea el fundamento de esa posibilidad. En cualquier definición de poder, es elemento esencial la imposición de la voluntad ajena sobre la propia.

Hobbes distinguía dos especies de poder: una original y otra instrumental. El poder original es la eminencia de las facultades del alma (inteligencia) o del cuerpo. Es una cualidad personal íntima. El poder instrumental es el adquirido mediante la fuerza, los conocimientos, las artes, la virtud, etc. Puede el poder instrumental asumir tantas formas cuantos medios de poder hay.

Cualquiera que sea la forma de poder, siempre encontraremos una relación de subordinación entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. La vida humana entera está entrecruzada de relaciones de poder y rivalidad. Todo individuo es un centro de poder y a su vez un objeto de poder, que se evidencia de modo más claro en el poder colectivo, organizado, el Estado. El valor jurídico poder es de capital importancia tanto para el derecho público como para el derecho privado. El poder es un valor en virtud del cual un sujeto activo subordina a un sujeto pasivo, esto es en el ámbito del derecho privado. En el derecho público el poder o soberanía reside esencial y exclusivamente en el pueblo o nación. El legislador, el gobernador, el juez, realizan sus actividades en virtud del poder que les ha conferido el soberano directamente o indirectamente. También en el derecho privado el poder o facultad es un atributo determinado por la norma jurídica a las personas.

LA PAZ: Es un valor jurídico de coordinación, su contravalor es la guerra. Tanto la paz como la guerra son contrarios cuya síntesis dialéctica es la historia. La paz es la preparación para la guerra y la guerra el medio de volver a la paz.

Hobbes estima que la paz es el fin más alto del Estado. Ihering recalca que la paz es el fin primordial del derecho.

La paz jurídica es la convivencia ordenada y segura bajo un poder común. En atención a los sujetos, la paz jurídica puede dividirse en paz interna, nacional o estatal y paz externa, internacional o interestatal, la paz resulta de la seguridad, el orden, el poder, todos ellos en estrecha vinculación.

LA COOPERACION: Es un valor de coordinación y subordinación, su

contravalor es el aislamiento, la no-cooperación. No debe confundirse la cooperación con el socorro, o la ayuda moral. La cooperación jurídica contiene un elemento que no aparece en los sentimientos morales, el hacer conjunto y bilateral, es una exigencia mutua, conveniencia recíproca, convergencia de voluntades y de conductas. La cooperación surge como solución a la necesidad de realizar los fines supra-individuales.

LA SOLIDARIDAD: Es un valor de coordinación, su contravalor es la separación, la insolidaridad. Es una vinculación de propósitos de la vida comunitaria humana. Es la coexistencia en cuanto suerte en común. La solidaridad es un grado de la sociabilidad por fusión parcial de nosotros. La solidaridad jurídica es un elemento esencial en ciertas relaciones contractuales.

LA JUSTICIA: Es un valor fundado no fundante, es por tanto el valor jurídico más alto. Su contravalor es la injusticia. Ella preside el plexo axiológico jurídico. Justicia y derecho en sentido axiológico son idénticos. No hay derecho sin un grado de justicia; no hay justicia sin derecho.

Miguel Herrera Figueroa, al desarrollar su personal visión respecto al plexo jurídico axiológico, nos pone como valor central a la justicia y de ella parte para desarrollar la clasificación que en consideración personal dista mucho de las demás propuestas.

Retomando, él coloca a la justicia como el valor central, pretendiendo hacerla emerger del fondo de la existencia humana, precisamente de las relaciones existenciales entre los hombres. Sin entrar realmente a la exposición argumentativa que respecto a la justicia hace, dado que eso corresponde al siguiente capítulo de la presente investigación, arbitrariamente pasaremos a la exposición de su clasificación.

La clasificación parte de la división de los valores en tres grupos principales:

- 1) Valores jus-cosmológicos (orden, seguridad y poder).
- 2) Valores jus-societarios (solidaridad, cooperación y confraternidad).
- 3) Valores jus-personales (paz, concordia y prudencia).

Valores jus-cosmológicos: Dentro de todos los valores los que aparecen como los valores más firmes son los del mundo. Seguridad, orden y poder, valores de mundo por su exterioridad son llamados fuertes.

El orden asigna el lugar propio que corresponde a cada cosa, conforme a la disposición de algún plan. El orden es una estructura planificada, o como mínimo es estar sujeto a algo premeditado, al darse de esa manera se apunta a una teoría de coordinación, sin embargo, dado que el orden, la estructura planificada lo es de acuerdo a algo, ese algo no lo es absoluto. La estructura planificada revela un algo determinado pero, esto no, los fundamentos de lo planeado. El orden ensambla, subordina grados, disciplinas, establece jerarquías clasificadas de autoridades y estatuye prelacones.

El orden sólo vale como tal cuando supone positivamente la relación planeada y, se presenta como su contrario, como valor del signo negativo cuando se manifiesta hacia el desorden y se trastoca en indisciplinas desjerarquizadas por autoridades raquílicas.

Se da el orden jurídico en la cosa juzgada administrativamente, con sólo darse el derecho, pues él planifica, racionaliza la conducta en cuanto la conceptúa. El derecho como técnica social es uno de los medios más efectivos para imprimir a la conducta humana ciertas direcciones de racionalidad. El orden es el más fuerte valor de relación, de regular

combinación de aconteceres. Regula relaciones sucesivas de acuerdo a un plan de composición o constitución.

Un ordenamiento jurídico consiste ante todo, en concordar un orden que permita la convivencia humana entre los individuos sujetos a él. "Un orden injusto es cuando menos mejor que ningún orden, que un estado de anarquía." (9).

El derecho tiene como base el orden, y emerge a la vida para salvaguardarlo. Con el orden la vida social es posible. En el desorden no puede haber relación social, puesto que no se puede asegurar la convivencia humana: Es ahí donde se observa como la presencia del valor orden hace al fundamento axiológico último de lo jurídico, mostrando el tanto que de justicia o de injusticia porta.

La seguridad jurídica es un valor de conducta en su condición de ser otro. No se alude a la norma sino a los valores de protección inmersos en lo normado.

La seguridad es protección y su contravalor es la inseguridad. La particularidad de la seguridad jurídica está señalada en la protección al individuo, es en algún sentido fijeza, estabilización.

La seguridad como valor está presente en situaciones ciertas, firmes y tranquilas, de modo tal que la certidumbre, la firmeza y la tranquilidad certifican su positividad, y la incertidumbre la inestabilidad y la intranquilidad denotan su aspecto negativo.

Es en la proclamación de los derechos individuales derivados del status de cada persona considerada libre donde el valor seguridad adquirió su más
9) Herrera Figueroa, Miguel, **Justicia y Sentido**, Edit. Richardet, Argentina, 1955, p. 78.

alta estimación.

El valor poder está dirigido a afirmar la vida en relación. Es un valor instaurado en el mundo por el hacer del hombre y en estrecho contacto con la personalidad humana.

El poder es un valor avalado por la disciplina, donde no se da el poder hay indisciplina. En sentido jurídico está en la dependencia en que alguien está respecto a otro.

El poder asegura la relación de determinados patrones de conducta que imponen armonía en la convivencia social.

La vida, la naturaleza íntima del ser, es voluntad de poder. El hombre no busca el placer ni evita el displacer, lo que quiere es aumentar su poderío. Para Nietzsche la voluntad de poderío es la más primitiva forma de pasión. Tomas Hobbes en su Leviathan, da algunas ideas acerca del valor poder. Tener amigos es poder, tener siervos es poder. El tener riquezas y liberalidades es poder, porque procuran amigos y siervos. Reputación de poder, popularidad, éxito, afabilidad, prudencia, nobleza, elocuencia y buenas maneras constituyen poder.

El mayor de los poderes es el que se integra con los poderes de otros hombres por la constitución de una persona civil, tal como lo es el Estado. La cohesión social impone el valor poder. La sanción como acto coercitivo que asegura estabilidad al ordenamiento jurídico afirma su sentido en todo el plexo axiológico jurídico y en especial en el valor poder. El valor poder impone su presencia para que haya orden. A la comunidad organizada en Estado y a los órganos de la misma les está reservado el empleo de la fuerza porque el monopolio de ésta lo tiene la comunidad. El poder se vuelve indispensable en el derecho. La ciencia jurídica dosifica el poder, desde el empleado al

máximo en el penal para sancionar al delincuente hasta el de la ciencia del derecho civil donde casi es imperceptible.

Seguridad, orden y poder se constituyen en valores fundamentales del derecho porque éste, que es comportamiento intersubjetivo, necesita primariamente para realizarse efectivizar aquellos. En la estructura de lo humano están encuadrados al asegurar la primordial dimensión existencial de promover la coexistencia.

Valores jus-societarios: La existencia humana sólo logra en la comunidad la plenitud de su ser. Los valores de solidaridad, confraternidad y cooperación conjugan su armonía en el mundo del hombre, un mundo con otros.

La solidaridad es la vinculación de propósitos de la vida comunitaria. Confraternidad es compañerismo es colaboración de hermanos. Cooperación es ayuda, participación del obrar social, hacer conjunto. Los tres valores comparten la característica de ser valores de co-existencia humana, sólo que cambiantes en su forma, en su modulación espacio-temporal, los tres entroncan en la dimensión societaria del ser del hombre que se define como "un ser ahí con".

Es precisamente en la capacidad gregaria del hombre, en la permanente búsqueda del concurso del semejante, en la mutua colaboración especialmente en los momentos difíciles o de común interés, donde tienen origen los valores jurídicos solidaridad, cooperación y confraternidad. El ingreso del individuo en sociedad, es la situación normal y adecuada a su condición humana, donde completa su personalidad y puede realizar la plenitud de su libertad. La unidad completa es la de todos a uno o sea la comunidad y dentro de ella la plenitud se alcanza con la congruencia, la generosidad y

la modestia. El bien común se nutre en estas cualidades.

Una fundamental dimensión en el hombre es su ser social, vivir en una comunidad humana, sujeto a determinados cánones impuestos por el desenvolvimiento de la vida colectiva. Los valores societarios implican la relación armoniosa del desarrollo comunitario humano, tienden a que, los componentes del grupo social resuelvan sus problemas individuales y propios en consonancia con las necesidades de todos, buscando la perfección del equilibrio comunitario nacional e internacional, la cohesión interna y externa del grupo social, consolidan las conexiones de grupos coadyuvando a la adhesión comunitaria.

La coherencia social actual, alberga los más afirmados valores de solidaridad, confraternidad y cooperación en el seno de la familia, en la división del trabajo social, y en las unidades políticas que van desde la ciudad a la nación.

Valores jus-personales: Tales valores se alinean en torno al valor concordia y aparecen en el derecho como valores de existencia, la concordancia supone la coincidencia de opiniones en una misma circunstancia.

Todo ordenamiento jurídico que evite hasta reducir a un mínimo las fricciones posibles, asegura el valor paz. Para ello no existe otro modo de aseguramiento efectivo que mediante la realización de los valores concordancia y prudencia. En los fundamentos de la ciencia política radica la realización pacífica y concorde mediante la prudencia.

La paz, es la ausencia de fuerza, la conformidad de todos en sus relaciones jurídicas. Kelsen en su Teoría General del Derecho y del Estado", dice que la paz en el derecho no es una condición absoluta de ausencia de fuerza, un Estado de anarquía, sino una condición de monopolio en favor de la comunidad para hacer imponer el respeto imprescindible, a ciertos

intereses: vida, salud, bienestar, etc. El empleo de la fuerza es una forma de sanción, se constituye en cierto sentido en un problema de existencia, donde la comunidad por intermedio de sus órganos se asegura al patentizar los valores de paz, concordia y prudencia.

La concordia es un valor pacífico, una virtud comunitaria que nace de la prudencia.

Aristóteles coloca a la prudencia entre las virtudes intelectuales. El rasgo distintivo del hombre prudente es el de ser capaz de deliberar y juzgar en forma conveniente sobre la bondad y la utilidad. Como valor personal es una virtud extremadamente flexible y proviene de que la vida misma es algo en lo que cabe siempre deliberación.

CAPITULO SEGUNDO

LA JUSTICIA

2.1. La Justicia como Fundamento del Derecho.

Dentro de lo que podríamos llamar el mundo de la abogacía, del jurista, aun también del legislador, existe una particular aceptación de lo que es el derecho en sí, para precisamente los estudiosos o profesionistas del derecho, basta recordar lo que todo jurista debe entender por norma jurídica, por conjunto normativo, por sistema jurídico, todos éstos, son conceptos cuyas características son o deben ser bien definidas por cualquier estudiante del derecho; sin embargo, en el derecho existe y se da una especial característica que si bien todos pueden observar, no todos se interesan por ella, se da a la vista de todos, y quizás por ello, no todos le den la importancia que como un concepto particular debiera tener. Esta característica que trato de acentuar es lo que podríamos llamar el aspecto psico-sociológico del derecho.

El derecho como todo fenómeno social, resulta de las acciones o reacciones de los individuos que viven en sociedad, es a través del procedimiento de su formación que se vislumbra el reflejo de los estados de conciencia de los individuos que han participado directamente o indirectamente en su formación. En contraste con los elementos en que se puede descomponer el derecho encontramos por una parte la costumbre, los pactos, las leyes, las instituciones, y por otra parte encontramos también elementos a los cuales también se les puede analizar como son las tendencias, las disposiciones, las creencias, los estados de ánimo, etc., a

los cuales podríamos llamar como ya mencionamos el aspecto psico-sociológico del derecho, o también como menciona Francesco Consentini la "conciencia social".

Es precisamente bajo este aspecto donde el derecho se presenta como un fenómeno que participa de ambas características la psicológica y la sociológica, por la vinculación que hay tanto de las conciencias como del aspecto colectivo, el derecho así, es un producto de la conciencia social, que obra por medio de una labor lenta, pero continua e imperceptible a veces.

La conciencia social resulta no sólo de las acciones y reacciones mutuas de las conciencias asociadas, sino también de la combinación de éstas con las de los individuos que se han sucedido por un largo transcurso del tiempo, es decir, la conciencia social participa también del archivo de la historia misma de la formación del derecho.

La conciencia social no es la simple suma de conciencias particulares, ni una pura abstracción que pueda existir sin las conciencias particulares, ésta se forma por un procedimiento de combinación, con nuevas síntesis que no podrían realizarse en las conciencias individuales, de donde se obtiene una formación nueva, en la que han participado los individuos en diferente proporción.

"La acumulación de los productos culturales y generalmente de todas las influencias de lo pasado y su armonización con todas las influencias presentes engendran en todo agregado social maneras comunes de pensar, de sentir, de querer, que constituyen la base de los procedimientos psíquicos individuales, sintetizándose en el conjunto, en la conciencia social."(10).

10) Consentini, Francesco, *Filosofía del Derecho*, Edit. Cultura, México, 1930, p. 117.

A diferencia de como aparece en las concepciones de la escuela histórica (Savigny, Puchta) y más tarde en los Herbartianos, la conciencia social no es una entidad por sí misma, distinta de la de los individuos aislados, algo superpuesto a las conciencias individuales, sino que, ella tiene sus raíces en las conciencias individuales, pero resulta de la combinación de las ideas de los sentimientos, de las voliciones, de las tendencias de los individuos por el hecho mismo de su convivencia, de la relación que se establece por estar en una sociedad.

La conciencia social contribuye a la formación del derecho a través de un largo y secular procedimiento de transformación y de adaptación, así, la génesis y el desarrollo del derecho, al igual que otras manifestaciones (lengua, moral, costumbres, etc.) aparece como la obra colectiva y secular de toda la sociedad.

En la formación de la conciencia social contribuyen también las idealidades ético-sociales que funcionan a la vez como condensadoras de la conciencia de una nación. Estas idealidades no se desprenden de un principio metafísico, o de esquemas lógicos, o de impulsos volitivos, sino que de una lenta formación en continua transformación. Constituyen un verdadero sistema, en el cual se armonizan un orden de cosas y un orden de acciones, son síntesis donde se comprenden todos los aspectos de la opinión pública, venciendo egoísmos y conflictos entre los varios elementos sociales.

La idealidad ético-social se va formando por efecto de la convivencia social en la psique individual; se da en estado latente en el ambiente social y sigue la evolución de la sociedad en todas sus partes, es así un reflejo de las exigencias sociales siempre en constante progreso y renovación. Existe una relación de interdependencia entre las idealidades y

el ambiente social, dado que, los fenómenos sociales presuponen los elementos psíquicos que actúan como fuerzas propulsoras; éstos no pueden actuar si no encuentran condiciones sociales aptas y adecuadas para recibirlos y desarrollarlos. En la medida en que el individuo en que se halla en el ambiente social y sufre su influencia, él también se opone al ambiente y con su acción lo modifica, transformando sus mismas condiciones de vida.

El ordenamiento jurídico, dadas sus implícitas limitaciones, no se llega a adaptar completamente nunca al ambiente social al cual debe de ordenar, disciplinar, no logra satisfacer todas las necesidades y aspiraciones sociales. Mientrás que los ordenamientos tienen una formación lenta, limitada en confines determinados, la vida social se transforma mucho más rápida e incesantemente, de manera que el ordenamiento jurídico en breve tiempo vuelve a ser atrasado, no reflejando ya los sentimientos, las ideas y las necesidades de la colectividad. Las idealidades sociales son precisamente la expresión de tales sentimientos, ideas, necesidades de las colectividades, se adaptan rápida y fácilmente a las nuevas tendencias de la opinión pública y se rebelan al derecho positivo el cual ha devenido inadecuado.

Las idealidades ético-sociales son los puntos de orientación que empujan el derecho a formular normas de conducta más congruentes con las condiciones de vida. Ellas no constituyen normas de conducta, ni son parte del organismo jurídico, pero a medida que se consolidan y se asocian a la concepción de ciertos modos de conducta que deben ser observados, se impone la necesidad de su observación. Es entonces cuando se forma la **opinio juris**, es decir, la convicción de la necesidad jurídica de una acción determinada.

Cuando la necesidad es reconocida, la norma se hace obligatoria en virtud de un procedimiento exterior y aquellas idealidades que se concretizan en un obrar, devendrán aceptados en la realidad.

Toda difusión tiende a la objetivación, los modos subjetivos de sentir y de pensar se transforman en modos comunes y si éstos se extienden a las colectividades, aparecen ya como formaciones psíquicas precisas e independientes de las conciencias individuales que les han formado.

Es la acción de la colectividad, es ella el actor preponderante ante el cual los legisladores ejercitan tan sólo una acción secundaria y subordinada. Sus acciones y concepciones adquieren importancia por su unión con la vida colectiva, porque son la continuación de la obra iniciada por la colectividad, de sus sentimientos y concepciones.

Es la conciencia social el campo en que la acción individual se desarrolla. La conciencia social es el conjunto de los productos elaborados por las conciencias de los individuos, que se difunden y objetivan en virtud de las idealidades ético-sociales y de las creencias.

La sociedad no se presenta como un grupo homogéneo, sino que se distribuye en grupos heterogéneos, con múltiples diferencias, con sus propias fisonomías, mentalidades, sentimientos, diferencias que originan la lucha por el predominio. Debido a que la fuerza social no se distribuye igualmente entre los grupos sociales, no todos los grupos influyen de la misma manera y proporción en la formación de los sentimientos y concepciones que constituyen la conciencia social, éstas consideraciones han servido para hacer notar el que en la conciencia social no siempre se expresa la colectividad entera, sino aquellas partes que tienen una fuerza social preponderante, sin embargo, también será inexacto atribuir a los grupos

sociales preponderantes una influencia exclusiva en la formación de la conciencia social, dado que también las clases de grupos de inferior influencia contribuyen aun cuando en diferente proporción, según su elevación y potencia política. Como Spinoza había hecho notar, un derecho tiene tanta eficacia cuanto hay de potencia en él, y relacionado con la anterior frase, un grupo social conquista sus derechos por el grado de potencia alcanzado.

El derecho es una manifestación social que implica no sólo una adaptación al ambiente social y natural, sino que requiere una especial reacción psíquica por parte de los individuos y grupos. Mientras más acentuada sea ésta reacción, mejor podrán desarrollarse las exigencias y capacidades de la colectividad, porque podrá desarrollarse mejor su acción transformadora. La actividad psíquica no podrá determinar transformaciones si no determinara las tendencias reguladoras de la actividad individual que se revelan como coordinación de voluntades y de actos, que prácticamente provocan adaptaciones determinadas y reglas de conductas. Se dan tantas reglas de conductas como tendencias reguladoras efectivas, provocadas por las necesidades. Se dan una serie de alternativas de acción y reacción entre la conciencia y la necesidad social, las necesidades sociales y la conciencia social provocan las tendencias reguladoras, las cuales a su vez determinan los actos que se coordinan en normas de conducta cada vez más determinadas. Las tendencias reguladoras, con el desarrollo de la conciencia, se funden y se coordinan, originando la conciencia normativa, es decir, la forma de conciencia que regula la actividad práctica de la vida.

La conciencia normativa es también una formación colectiva, realizada en virtud de los mismos procedimientos que forma la conciencia social.

La conciencia jurídica tiende a reflejar las necesidades y exigencias de la vida social y a adaptarse a ellas, no es sin embargo, un simple reflejo de tales necesidades y exigencias, porque implica criterios de valoración, principios directores, que no derivan de las necesidades de la vida, sino que están relacionados con aspectos psicológicos que empujan al individuo a reaccionar al mundo que se le presenta.

Las necesidades fenomenológicas, las experiencias de utilidad pueden así formar la materia, el contenido del derecho; pero el elemento formal que se superpone a tal contenido, es dado por los aspectos psicológicos, por las formaciones psíquicas que se resumen en la conciencia jurídica. Hay una relación de reciprocidad entre la acción y reacción del elemento material y el elemento psíquico.

La acción de la conciencia jurídica no concurre siempre de la misma manera y con la misma eficacia a la transformación del derecho en los diferentes períodos históricos. En la actualidad, dadas las relaciones sociales y la vida social que se revisten de una complejidad abrumante, el derecho se ha convertido en una obra esencialmente técnica, donde los legisladores y los juristas son las individualidades que lo realizan. En éste período histórico la acción de la conciencia jurídica se ejercita sólo de manera indirecta con la suposición de que tanto las ideas como los sentimientos dominantes se reflejan en el legislador y en el jurista, haciendo que su obrar se oriente por la dirección de la conciencia social.

El derecho como fenómeno que refleja no sólo las condiciones de existencia, sino que también se relaciona con las actividades psíquicas y además emana de nuestra conciencia, para estudiarlo se hace necesario no sólo la pura y simple comprobación del hecho, ni el examen de la leyes de su

producción y desarrollo, ni la aplicación que de él se hace, sino que se necesita elevarse a juicios de valoración; bien para examinar como el derecho debería ser respecto a lo que es, bien para poder dirigirlo según las aspiraciones tanto individuales como sociales, bien para establecer las pautas sobre las cuales se desarrolle, o para formular un mando que se imponga a la conciencia y a la voluntad.

El derecho positivo es necesariamente incompleto e imperfecto frente a las condiciones reales de la vida social, puesto que no puede dar satisfacción a todas las tendencias y aspiraciones de carácter colectivo de una comunidad. Toda investigación que pretenda dar el fundamento último del derecho, necesariamente implicará no sólo la valoración del derecho existente, sino también la valoración y afirmación de un derecho ideal, que quiere y debe realizarse en armonía con las nuevas aspiraciones de la conciencia.

El derecho ideal anhelado por las aspiraciones está fuera del derecho positivo, es algo separado de él, no puede tener otra justificación que la ofrecida por la moral y la realidad de la vida en comparación, y mutua transformación. La moral pone el problema del deber ser, designa las aspiraciones de la conciencia, considera y aclara el conjunto de los fines creados por nuestra conciencia, la moral es la fuerza estimuladora del derecho, en virtud de que es ella la que al evaluar a la realidad, y siendo la base del deber ser, la transforma, así dialécticamente.

El fundamento último del derecho no puede buscarse a base de las condiciones externas de la convivencia ya que el derecho es una emanación de las conciencias, un resultado de los procedimientos psíquicos. No se puede deducir de la causalidad mecánica, tal como se observa en la realidad de los

fenómenos, un criterio de valoración del hecho jurídico. La valoración debe derivar de la relación que se establece entre la conciencia y las cosas o el hecho jurídico, partiendo de los fines elaborados por la conciencia misma, obvio es que la conciencia a la que se ha estado haciendo referencia es la conciencia social, y no la individual que pudiera tener especial repercusión como la del legislador o la del jurista.

Nadie puede negar que el fin tiene valor, en cuanto tiende a dominar y dirigir la realidad, regular las condiciones de existencia, transformar el mundo fenoménico; que toda valoración objetiva exige una relación entre la conciencia y la realidad; pero además que dicha valoración parte de entender la relación que se establece, no tan sólo donde la conciencia es una simple expresión de la realidad, un entender y manifestar la realidad, sino que es una fuerza creadora que reacciona a las condiciones de hecho, las dispone, interpreta, las satisface de variada manera, las transforma. La conciencia es la fuerza creadora y la moral es la base del deber ser, juntas se relacionan para incidir en la realidad, para recrear el mundo fenoménico.

El fundamento último, el criterio de valoración debe de buscarse así en las idealidades que la conciencia prepara y que se convierten en actos uniformes, en modos comunes de sentir y de pensar, haciendo así indispensable una norma reguladora.

Al entender que el derecho no es un producto dado e inmodificable, sino que se debe de hacer en conformidad con las necesidades y aspiraciones colectivas, se advierte que lo que ha sido regulado de una manera, bien puede ser regulado de otra. Se manifiestan entonces que ante nuevas necesidades que no encuentran satisfacción en el ordenamiento jurídico vigente, surgen nuevas aspiraciones y nuevas tendencias en la conciencia. Es

ahí donde surge la justicia que implica por una parte una valoración del orden jurídico existente; por otra parte el reconocimiento de una cierta divergencia u oposición entre el derecho positivo y el derecho ideal, expresión de la justicia.

La justicia se afirma y se diferencia del derecho como una valoración y una crítica a la vez del derecho positivo, procurando buscar su justificación en un principio exterior al ordenamiento jurídico. La idea de justicia es la forma específica y característica de la conciencia social y moral, e implica una valoración en las acciones humanas. Todo derecho, todo sistema jurídico es un ensayo para realizar una idea, es una conversión a hechos de la necesidad que está implícita en ella. "La idea del derecho corresponde a la vida social como es; la idea de justicia corresponde a la vida social como debería ser." (11).

11) Consentini, Francesco, *Op. cit.*, p. 168.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:**2.2.1 La Filosofía Griega.****2.2.1.1 Platón.**

Los pitagóricos fueron los primeros que intentaron definir conceptualmente la justicia, la redujeron a una relación de igualdad, como una medida y quisieron determinarla en forma matemática. Según Aristóteles, Pitágoras la concibió en forma precisa "la justicia es un número cuadrado", el cual es un compuesto de dos factores iguales, en este sentido la definición aportada enseña que la justicia es la relación de igualdad entre las personas que funcionan como términos de la relación. Este principio se aplicaba a varias relaciones, a la relación entre el delito y la pena, a la distribución en las cosas comunes, a las relaciones privadas entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. La justicia la objetivaron en el cuadrado geométrico, porque tiene cuatro lados iguales. Por su parte Iamblijós asimiló la justicia a otra figura geométrica, al triángulo rectángulo escaleno, en el cual la relación entre el cuadrado de la hipotenusa y la suma del cuadrado de los catetos introducen en la figura la igualdad, la finitud y la commensurabilidad. Polo Luccano, citado por del Vecchio, la define como armonía y paz de todas las virtudes.

La escuela pitagórica graba en el concepto de justicia características que evocan las ideas de igualdad, proporción, compensación. La balanza con que se representa simbólicamente a la justicia pesa y equilibra, da equidad a lo sopesado. Estas ideas de reciprocidad y proporción, ideas aritméticas,

inician el ciclo que desarrolla el valor justicia.

El filósofo fundador de la academia, Platón, en sus ideas representa evidentemente lo que conocemos por valores. Las ideas son conceptos genéricos, universales, inmutables y absolutos. Se establece una relación entre ideas y cosas que es doble: por una parte las ideas son modelos de cosas y por la otra las cosas participan de las ideas. Establece claramente una distinción de valor (virtud) y ente dentro de su filosofía.

En la filosofía platónica existen cuatro especies de virtudes: Templanza, Fortaleza, Sabiduría y Justicia.

La templanza es concebida como una especie de orden y dominio sobre los placeres y apetitos, como una dimensión armónica del ser, una concordia o un acuerdo.

La fortaleza la constituye la facultad racional que en medio de dolores y placeres prescribe lo que es peligroso o no, lo que la razón serenamente dicta. Como una especie de conservación que mantiene siempre la opinión legítima, sobre lo que es preciso tener o no.

La sabiduría toma como base al sano consejo, en la ciencia de lo que beneficia a cada una y a todas las facultades del alma.

En el sistema platónico de las virtudes cardinales, la templanza era la perfección de la sensibilidad, la fortaleza era la perfección de la voluntad y la sabiduría era la perfección del intelecto; la justicia sin especial materialización, daba la unidad con sentido totalitario. Platón toma de Polo Luccano, el sentido totalizante de la justicia, sistematizándolo y ordenándolo dentro de su sistema de virtudes.

La virtud según Platón es una y múltiple al mismo tiempo. Se tienen las tres virtudes, únicamente si se posee la cuarta que es la justicia, virtud por

excelencia, y como armonía espiritual también es felicidad, en ella y por ella se da el equilibrio recíproco y proporcionado de las otras virtudes.

Es por la justicia que se da la posibilidad de que las otras virtudes tengan existencia, les ofrece la posibilidad de nacer, y ya existentes, nacidas, ella también las conserva mientras existe. Puede consistir en que cada uno se ocupe de aquello que debe de hacer, al tiempo que asegura a cada uno la posesión de lo que le es propio.

Ya Platón atisba con su particular acento racionalista de su pensar, el planteamiento del valor justicia en un plano finito existencial, al aludir que el hombre combate por lo que cree justo, soportando y sufriendo toda clase de molestias hasta obtener el triunfo, hasta obtener la satisfacción o hasta encontrar la muerte.

La justicia representa dentro del sistema platónico la salud del alma, es por tanto la injusticia la enfermedad del alma. Pero salud, en el sentido de virtud fundamental, hermosura, buen estado, y enfermedad como vicio, fealdad, debilidad. En sí, la idea de justicia recibe su contenido de la idea del bien, que constituye su centro, su médula.

El pensar de Platón, es fundamentalmente y eminentemente intelectualista, es decir, sólo en un plano formal, en un plano ideacional; sólo las ideas son plenamente lo que son, de modo perfecto, auténtico, firme, evidente. El esquema de lo justo se contiene tan sólo en la pura idea de justicia. La tesis platónica desconoce los problemas prácticos que plantea la acción en el mundo fenoménico, en el mundo real.

Hans Kelsen vislumbró que la concepción platónica de la justicia era fundamentalmente metafísica, remitiendo el problema de la justicia al del bien, absoluto e inefable y que a su vez, reenvía al misterio de la

Divinidad. Kelsen sostiene que Platón es en el fondo un auténtico místico, y por ello al sumergir a la justicia en lo místico-religioso, nos da la visión de lo supremo como una experiencia incommunicable, inaccesible por conducto intelectual; no dando al final la solución en cuanto a lo que la justicia es.

Miguel Herrera sostiene que Platón si contesta a la pregunta por la justicia, dándole un tinte político, trasladando el problema de la justicia al del bien. La justicia reviste la forma del hombre perfectamente justo, y es la virtud por excelencia, virtud suprema que asegura el orden entre las partes, cuando exige que cada uno ejercite lo que le corresponde en relación al fin último del Estado. La imagen de la justicia trazada por Platón no corresponde en el Estado a la realidad, es una imagen reflejada de su teoría acerca del alma y de sus partes que se proyecta en grande a la concepción de sus estructuras políticas. El alma del hombre es el prototipo del Estado platónico. El tema central no es el Estado sino el Hombre con todas sus capacidades.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:

2.2.1 La Filosofía Griega.

2.2.2 Aristóteles.

En Aristóteles como en Platón, están confundidas las nociones morales y jurídicas. Lo justo está unido a lo honesto. Ambos se conectan con lo bueno dentro de la teoría general de las virtudes, en la cual la tesis aristotélica pone mayor acento en lo social, en las esencias de las expresiones sociales.

Sigue el camino iniciado por Platón en la consideración de esta problemática de las virtudes, pero puntualizando que la virtud no se encuentra en actos aislados sino en la orientación constante de las acciones, es decir, como hábito de elección, que según la exigencia racional, evita tanto el exceso como el defecto. Con ello hace patente la condición de alteridad, de conducta compartida con otra, hábito de proporción, que puede ser aritmética (justicia conmutativa), en tanto actúe la igualdad de los intercambios, o geométrica (justicia distributiva), en cuanto proporción recompensada al mérito. Toda felicidad consiste esencialmente en Virtud.

La "Ética a Nicómaco" es el más importante de los textos éticos de Aristóteles, y es en el libro V denominado Teoría de la Justicia donde desarrolla su pensamiento al respecto. Sin embargo, no es el único texto en el que hace referencia a la justicia.

Aristóteles distinguió dos clases de virtudes: las dianoéticas

(intelectuales), y las éticas (morales). Entre las primeras colocaba a la sabiduría, la inteligencia, el ingenio, la prudencia, etc., y entre las segundas incluía la libertad, la generosidad, la templanza, etc., centrandó el estudio de las mismas en lo puramente humano, desde que sólo buscaban el bien y la felicidad del hombre.

Aristóteles consideró a las virtudes como lo que somos y hacemos perfilados en el hábito, no como engendros de la naturaleza. Primero potencia, acto después. En el sistema de las virtudes se opera a la inversa, es decir, uno se hace justo practicando la justicia, y así, con las demás virtudes. Es el hábito constitutivo de nuestros actos el que selecciona y determina las virtudes.

En el sistema aristotélico, la justicia es la virtud completa. No es una virtud absoluta y puramente individual, sino que siempre aplicada con relación a los demás, a los otros, es decir, referida a la comunidad, debiendo estar orientada hacia afuera.

La justicia es una virtud especial que consiste en lo legal y equitativo. Es la ley la que establece que se viva de acuerdo al dictado particular de cada virtud, así como también prohíbe los actos inspirados en el vicio y correspondientemente, todo lo que prepara y conduce a la virtud entera y perfecta es del dominio de la ley. Es de hacer notar el hecho de que la ética aristotélica justifica en grande medida la moral cívica de su tiempo cuya expresión era aquel ordenamiento jurídico-estatal.

La justicia va aparejada por la equidad, por la igualdad, implica necesariamente por lo menos dos personas. Lo justo debe de acomodarse al mérito de los contendientes.

Lo justo también apareja proporción; distribución discontinua por falta

de un solo y el mismo término númerico graduador.

Al hacer la distinción de lo natural y lo puramente legal en la justicia social y el derecho civil político, señala la mutabilidad de las leyes humanas y de los derechos que ellas fijan, pero reserva una zona de absoluto a lo justo natural, siendo tal, inmutable. Es de hacer notar el que para Arsitóteles también hay cosas que siendo naturales, están sujetas a cambio, o modificación.

Concibe a los estatos legales como ideas generales que se relacionan como el universal y sus particulares, pues las acciones realizadas pueden ser muy numerosas, y sin embargo, cada una de las leyes que las norman es una, desde que el principio es general.

En el sistema de la justicia aristotélica hay una afirmación a lo que entiende como la rectificación de la justicia rigurosamente legal. Diferencia lo equitativo de lo legal. Lo equitativo es lo mejor. No es lo justo legal, desde que la ley necesariamente es general y lo mejor de la justicia se da en lo particular. El problema no está en la ley o en el legislador que la dispone y dicta, sino en su natural generalización. "La justicia conforta relación de alteridad que importe en cierta medida adecuación por la singularidad que representa lo equitativo..." (12)

La equidad es también una virtud y una virtud no diferente de la justicia misma, lo que es equitativo es también justo y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, pero no más que lo justo absoluto.

Aristóteles además de su doctrina sobre la justicia como medida general de la virtud, según Luis Recaséns también elaboró una teoría de la justicia como medida axiológica para el derecho y el Estado. Esa particular idea de

12) Herrera Figueroa, Miguel, *Op. cit.*, p. 33.

la justicia, aplicada al derecho y al Estado, comprende a su vez todas las virtudes ciudadanas relativas a la comunidad política, idea que hace consistir en una igualdad proporcional. La idea de justicia jurídico-política se diversifica en varias clases: A) Justicia distributiva, es la que se aplica en el reparto de los honores y de los bienes públicos y que se apunta al propósito de que cada miembro social reciba de esos honores y bienes la porción adecuada a su mérito, quedando con ello afirmado el principio de igualdad. B) Justicia emparejadora, sinalagmática o correctiva, es la reguladora de las relaciones entre términos intercambiantes y consiste en un principio de igualdad, la cual se puede subdividir en dos especies: 1) Justicia conmutativa, que es aplicable a las relaciones voluntarias de cambio, en las que se requiere que haya igualdad entre lo que se recibe y lo que se da, entre la prestación y la contraprestación; 2) Justicia judicial, que es aplicable a las violaciones, la cual exige que haya una igualdad entre lo dañado y la reparación, entre el delito y la pena.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:

2.2.2 La Definición Romana.

Es patente que en el Derecho Romano existía una especial vinculación entre los conceptos de justicia, derecho, equidad, así como también con los llamados preceptos del derecho, agregándose a ello, el que la definición de tales, prácticamente sólo nos la de un mismo autor, según las fuentes.

En las definiciones encontramos una especial referencia al aspecto filosófico, más que al jurídico, en tanto que con la influencia de la filosofía griega, se da un desarrollo en el ámbito filosófico y otro poco con el desenvolvimiento de la actividad de los jurisconsultos, la reflexión jurídica asumió también a la especulación filosófica.

El derecho nos es definido por Ulpiano, según Celso, como el arte de lo que es bueno y de lo que es equitativo.

Los preceptos del derecho nos establecen el vivir honestamente, no dañar a otro, y dar a cada quien lo suyo; ellos también son formulados por Ulpiano.

La Justicia Ulpiano la define como la voluntad firme y continua de dar a cada quien lo suyo.

La equidad en primera instancia es considerada como la idea de otorgar igual protección a todos los miembros de la sociedad, pero para el período clásico, se relaciona a la idea de norma jurídica, como la justicia del caso concreto, como la individualización de la sanción jurídica.

De *ius*, se deriva *iustitia*, de ahí, *iurisprudencia*; a la jurisprudencia

también Ulpiano la define, como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y lo injusto.

Las definiciones señaladas están en una estrecha relación de reciprocidad; por una parte la jurisprudencia hace referencia a la justicia, la definición de la justicia casi está incluida en los preceptos del derecho, el derecho hace referencia a la equidad y la equidad tiene incidencia en el derecho, todo ésto a nivel conceptual.

Cicerón en pasajes de sus obras, hace referencia a la justicia en función de las ideas siguientes: La justicia es algo que debe realizarse en la sociedad, consiste en atribuir a cada uno lo suyo; se aplica también a la distribución , de modo que cada cual reciba lo que le corresponde de acuerdo a su mérito o dignidad; coincide con los principios de equidad.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:

2.2.3 San Agustín.

El sentido totalista de Platón es retomado por San Agustín. El problema de la justicia se desenvuelve dentro de estos moldes totalizantes, en ellos priva además la perspectiva del tiempo, donde el todo se da como tal, condicionado a su relación con lo temporal.

En lo que respecta a su obra destacan por su relevancia en cuanto al tema de investigación sus escritos autobiográficos "Confesiones" agregando a tal sus obras "De libero arbitrio", "De civitate Dei".

La Edad Media planteó el problema ontológico y axiológico jurídico con inspiración universal teológica. Realmente no poseyeron ningún otro sistema de las propiedades universales del derecho y la moral fuera del metafísico, pero además la fundamentación metafísica se encontraba resquebrajada por la contradicción entre la teología (voluntad de Dios) y la necesaria conexión del Cosmos por el entendimiento humano.

En la ciudad de Dios, San Agustín fija el esquema salvador del Imperio Romano universal bajo el plan de la providencia, está centrada, en la convicción de que la Iglesia es fundación de Dios, mientras que el poder terrenal, las relaciones de señorío y propiedad, derivan del pecado original.

Es a partir de esta concepción, desde donde se construye todo el sistema axiológico al servicio celestial que condena como ciudad del diablo al Estado secular que no comulgue con la Iglesia.

Considera que la vida del hombre participa de la virtud y de los otros bienes del cuerpo y del alma, sin los cuales no se puede constituir la virtud, la bienaventuranza. Se puede dar que la vida esté sin virtud alguna, pero la virtud no se puede dar sin estar insertada en alguna vida.

Es en la vida y desde la muerte donde San Agustín visualiza los problemas de su ciudad terrena. La república sólo realiza su esencia como república cristiana y la justicia regla cumbre, debe de buscarse en Dios, en la voluntad divina expresada en la ley eterna. El poder político así entendido, viene de Dios y el único título para ejercerlo es que quienes lo detentan cumplan con los preceptos de la justicia.

Dada la dimensión terrenal y finita del hombre, impulsado por la bienaventuranza divina hace que la justicia virtud en sí tenga un sentido totalista. Donde no exista la justicia tampoco podrá haber derecho porque lo que se hace según el derecho se hace también justamente. También donde no hay justicia no hay unión, ni congregación de hombre donde medie el derecho, y por consiguiente tampoco pueblo, porque éste supone una comunidad de derecho fundada en el bien común. Donde no hay pueblo, no hay justicia y por consiguiente no hay república, pues sin justicia no puede haber derecho.

San Agustín no descuida a los otros valores del plexo axiológico, como la concordia, la paz, el orden. Estas virtudes con parentesco carnal son superiores a la carne a la que hacen vivir. Dichas virtudes son superiores al hombre y lo hacen vivir bienaventuradamente con su práctica iluminada por la virtud celestial.

Para San Agustín lo que constituye a una colectividad como un Estado es la práctica de la justicia. Maneja el concepto de justicia con una función teológica en el sentido de virtud civil, tal como es concebida por el

derecho romano. El orden social es concebido por San Agustín en estrecha concomitancia al orden celestial, el orden social funciona sobre los alcances y la orientación del orden celestial.

Es oportuno aclarar que en la obra agustiniana, no existe una filosofía moral, jurídica y política sistemática y autónoma. La ineludible cuestión del sentido del destino humano aparece en toda la producción agustiniana, de la misma manera subyace la problemática jurídica.

En su obra postula la idea de la temporalidad de la justicia. Hay una constante referencia al hombre carnal a su sentido interior, a sus verdades a través de Dios, quien es la fuente de todos sus pensamientos. La justicia al realizarse en la vida del hombre se funde con la caridad (la plenitud de la ley esta en la caridad), por eso requiere el modo de ser del derecho, como forma social de existencia. El derecho en algún sentido alberga la noción de ley eterna, de aquella que llevamos en nuestra alma, virtud que estatuye como justo que todas las cosas estén perfectamente ordenadas. Así el derecho es la realización de la justicia en la vida social. El derecho es siempre hacer humano, la vida con dimensión social, vida social en forma, hacer libre aunque unas veces se le conceptúe como hacer obligatorio y otras como lícito.

Sostiene que por la gracia obramos la justicia y somos libertados de la pena de la trasgresión de la normatividad, normatividad que es propia de la dimensión social. Dios es quien nos provee de la justicia por medio de la fe. Esta es aquella justicia divina, no por la cual Dios es justo, sino aquella por la cual nosotros somos por él. Si hubiese sido dada una ley capaz de vivificar, entonces realmente de la ley procedería la justicia. Pero es por medio de la gracia divina que es cumplida la ley perfectamente,

derecho romano. El orden social es concebido por San Agustín en estrecha concomitancia al orden celestial, el orden social funciona sobre los alcances y la orientación del orden celestial.

Es oportuno aclarar que en la obra agustiniana, no existe una filosofía moral, jurídica y política sistemática y autónoma. La ineludible cuestión del sentido del destino humano aparece en toda la producción agustiniana, de la misma manera subyace la problemática jurídica.

En su obra postula la idea de la temporalidad de la justicia. Hay una constante referencia al hombre carnal a su sentido interior, a sus verdades a través de Dios, quien es la fuente de todos sus pensamientos. La justicia al realizarse en la vida del hombre se funde con la caridad (la plenitud de la ley esta en la caridad), por eso requiere el modo de ser del derecho, como forma social de existencia. El derecho en algún sentido alberga la noción de ley eterna, de aquella que llevamos en nuestra alma, virtud que estatuye como justo que todas las cosas estén perfectamente ordenadas. Así el derecho es la realización de la justicia en la vida social. El derecho es siempre hacer humano, la vida con dimensión social, vida social en forma, hacer libre aunque unas veces se le conceptúe como hacer obligatorio y otras como lícito.

Sostiene que por la gracia obramos la justicia y somos libertados de la pena de la trasgresión de la normatividad, normatividad que es propia de la dimensión social. Dios es quien nos provee de la justicia por medio de la fe. Esta es aquella justicia divina, no por la cual Dios es justo, sino aquella por la cual nosotros somos por él. Si hubiese sido dada una ley capaz de vivificar, entonces realmente de la ley procedería la justicia. Pero es por medio de la gracia divina que es cumplida la ley perfectamente,

de modo tal, ésta fue dada para que buscara la gracia y la gracia concedida para que la ley se practicase. Según San Agustín, en Cristo y por Cristo es que se realiza en nosotros el ideal de justicia y de la ley plenamente. El fue el que la inscribió en el ser humano, en su corazón como caridad, que es la plenitud de la ley y el fin del precepto. Sólo los justos irán a la vida eterna y es la práctica de la justicia la que hará que el hombre conozca a Dios. Los hombres que obran naturalmente los dictámenes de la ley y tienen la ley escrita en sus corazones, abrazan la justicia de la ley con aquel íntimo afecto con que obra la fe en el hombre animada por la caridad.

Cuando al titular el capítulo XXIX con el rubro "La Justicia es un Don de Dios", San Agustín apunta que la justicia es hija de la fe. Para él obrar la verdadera justicia mediante la fe es salvación.

Es por la ley que se verifica el conocimiento de la falta, por la gracia de la curación del alma herida, por la curación del alma, la libertad del albedrío, por el libre albedrío, el amor de la justicia y por el amor de la justicia, el cumplimiento de la ley. Es por ello que, así como la ley no es aniquilada, sino que es reestablecida por la fe, puesto que sólo ella alcanza la gracia que hace cumplir las leyes, de idéntico modo, el libre albedrío no es aniquilado sino fortalecido por la gracia pues es la gracia la que cura la voluntad para conseguir que la justicia sea amada libremente. Donde está el espíritu ahí hay libertad. En el espíritu humilde se alberga la gracia que hace servir a la fuerza de la libertad para poder alcanzar la justicia la más perfecta de las obras humanas.

La libertad humana es insuficiente para lograr la perfecta justicia, ésta lleva implícita la ayuda de Dios. La ayuda de Dios consiste en amar más lo que vale más y en amar menos lo que vale menos.

San Agustín vislumbra la dimensión temporal de la virtud justicia al considerar que la justicia se da en la vida espiritual del justo, toda vez que señala que en otros siglos se permitieron a los justos cosas que no se les permiten ahora, y que mandó Dios a aquellos y a éstos cosas diferentes, según la diferencia de los tiempos, sirviendo unos y otros a idéntica voluntad. Los tiempos que preside la justicia no caminan parejos por ser tiempos de vida espiritual. Por eso, la justicia es virtud que puede contener simultáneamente de modo excelente y sublime preceptos muy diversos sin variar su índole propia y específica, porque es espíritu y, porque lo es, es temporal.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:

2.2.4 Santo Tomás.

Santo Tomás recoge los valores de orden que impregnaron toda la mentalidad medieval. Propiamente no da un sistema acerca del "valor", pero si importantes señalamientos referidos a las virtudes como sistema axiológico.

Distingue al tratar de las virtudes tres características tipos: "intelectuales", "teologales" y "morales o cardinales". Es entre las cardinales donde figura la justicia que como las otras virtudes de su especie, tiende a perfeccionar la voluntad o el apetito sensible en la búsqueda del bien, y específicamente, inclina al querer a que de a cada uno lo debido. Santo Tomás retoma la definición de justicia dada por el jurisconsulto romano Ulpiano, la justicia es la "constante y permanente voluntad de dar a cada quien lo suyo".

Estudia el derecho considerándolo particular objeto de la justicia. La esencia del derecho se encamina a ordenar la vida social y la justicia que también presupone la vida social, ordena al hombre en sus relaciones externas, es decir, sociales. El concepto de justicia y el de su contenido, el derecho, alude a la igualdad, armonía, proporción, que gira en torno del "dar a cada quien lo suyo".

Todo el sistema que gira en torno a la justicia es una síntesis del pensamiento tradicional que forma el pensamiento jurídico cristiano.

La filosofía de la cultura forjada por Santo Tomás tiene una

orientación donde prevalece el elemento universal especulativo centrado en la realidad viva del ser.

De la armónica naturaleza humana deriva el origen y las exigencias del orden familiar, comunal y nacional. Así funda sus valores culturales en bases ónticas a Dios como primera verdad y suma bondad, que es el lugar donde parte gnoseología, ontología y axiología. Su concepción del fin trascendente del hombre domina toda su filosofía pese al apego demostrado a los valores terrenales y temporales de la cultura.

Para él, la naturaleza humana son cuerpo y alma inescindiblemente unidos que constituyen un sólo todo estructural donde el alma obtiene perfección en la vida temporal al estar unida al cuerpo. Esta concepción apunta a introducir lo corporal y la experiencia sensible, en la consideración de la vida anímica del hombre.

El alma y el cuerpo, constituyen dos co-principios substanciales de un mismo ser, de una misma realidad, el hombre. De esta unidad real emerge la noción de personalidad y de ella la noción de bien común.

Persona y bien común se complementan en la vida comunitaria, en el seno de la comunidad política. Toda la actividad social pertenece al bien común que en la doctrina tomista es el objeto de la justicia legal. Es de hacer notar que el bien común difiere del bien privado y de la suma de los singulares, por su comunicabilidad a todos los miembros de la sociedad. También se diferencian por albergar en sí todos los valores relativos a un bien absoluto o fin trascendente del que la vida humana depende. Es decir, el bien común tiene dimensión terrenal, es temporal y causado por los miembros del cuerpo social, mientras que el bien divino es trascendente y a su vez es la causalidad de todo bien.

Entre las formas de justicia Santo Tomás siguiendo a Aristóteles encuentra a la justicia conmutativa y la distributiva, pero además supera ésta división bipartita, aportando la justicia legal o social, que mira la vida colectiva. Es precisamente en la dimensión social donde encuentra esta aportación.

Señala que la justicia es virtud general en su giro de justicia legal. Ordenada al bien común, al hombre, en su relaciones con otro. Tanto con otro individualmente como con otro colectivamente, es decir, según que el que sirve a alguna comunidad sirve a todos los hombres que de ella forman parte ya que es evidente que la parte lo es del todo, y cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo. Es de esta forma, que el bien de cada virtud y los actos de todas la virtudes que pueden pertenecer a la justicia, según ordene el hombre al bien común, a la justicia legal. A esta justicia ordenadora del bien común la llama virtud general y por idénticos fundamentos a toda justicia. La justicia social o legal proyecta ecuanimidad por su amplia capacidad de comunicación, de unión en el bien común.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:

2.2.5 Domingo de Soto.

Domingo de Soto es una de los teólogos juristas que durante el siglo de oro dieron renombre internacional a la intelectualidad española.

Para él, la justicia ocupaba un lugar importante entre las virtudes, por ser la justicia el fundamento de la vida social, es a la vez la guía de las demás virtudes y el medio de preparación para la bienaventuranza eterna.

Desde el inicio de sus disquisiciones sobre la justicia Soto deja en claro que no la toma en el sentido amplísimo que con frecuencia se le menciona en las sagradas escrituras y en la teología identificándola con todas las virtudes o en cualquiera de ellas.

En ese sentido, el hombre justo se identifica con el hombre virtuoso, y la justicia no tiene un objeto propio, sino que los objetos de las virtudes con que se identifican son su objeto. "En este sentido, pues, no entendemos aquí la justicia...Aquí se la considera como una virtud moral especial, y como una de las cuatro virtudes cardinales cuyo objeto es practicar lo que es justo." (13)

En este sentido en el cual entiende a la justicia la considera como una virtud esencialmente social, porque implica necesariamente una relación de ordenación entre el que la posee y los demás, por lo que la justicia no puede darse en el plano meramente interno e individual. La justicia necesita

13) De Soto, Fray Domingo, *De la Justicia y el Derecho*, E. I. E. P., Madrid, 1967, p. 5.

de dos supuestos distintos para establecer entre ellos la igualdad. Considera que la justicia es lo mismo que la igualdad, o el hábito de la igualdad, y la igualdad no se da sino sólo entre dos cosas.

Si la justicia es una virtud eminentemente social, orientada hacia el exterior del individuo, de ahí se desprende que su materia no son las voliciones en sí o bien otros actos internos, sino los actos exteriores y las cosas, por medio de las cuales los hombres se ordenan entre sí.

Como la justicia se diferencia de las demás virtudes en que estas ordenan al hombre en sí mismo, y la justicia en cambio tiene por objeto establecer la igualdad entre muchos, se sigue que la materia propia de la justicia son los actos exteriores y las cosas.

La justicia puede realizarse espontánea y tranquilamente entre los individuos, pero también sucede que con frecuencia las diferencias entre ellos acerca de la justicia dan lugar a litigios que deben ser resueltos mediante uno de los principales actos de la virtud de la justicia, que es el juicio. El juicio es principalmente acto propio de la justicia. Esta conclusión aparece clara en la misma composición y sonido de la palabra. Juicio efectivamente quiere decir, dicción del derecho. De donde se continua que juzgar es un acto que se refiere al derecho. Y el derecho queda acentado que es el objeto de la justicia, lo justo que establece la justicia entre las cosas. Por tanto, juzgar según su primitiva significación es lo mismo que decretar, definir lo que es justo y debido.

Cuando los individuos están de acuerdo y no hay oposición o pugna entre ellos, basta su juicio particular para determinar lo que es justo, es decir, para determinar lo que es conveniente para igualarlos y ordenarlos entre sí. Pero cuando ese acuerdo no se da se hace necesario el juicio público, que es

de la competencia de los funcionarios gubernamentales especialmente designados para esa actividad.

La facultad de juzgar considerada en abstracto es lícita, y de ella se deduce el hecho de que el juicio es el principal acto de una virtud tan excelsa como la justicia, que además es lícita. Sin embargo, para la licitud y rectitud del juicio en concreto, es decir, del juicio realizado en un caso particular por un juez determinado, se requieren tres condiciones a saber, que son: Que el juez tenga jurisdicción, que actúe impulsado por la justicia y que actúe impelido por la virtud de la prudencia, que en éste caso tiene por objeto discernir entre lo que es justo y lo que es injusto, con base en el derecho y en los hechos. Propiamente la justicia es una coacción; y nadie puede coaccionar a otro, si no se haya bajo su potestad; por tanto para que el juicio sea recto es necesaria la autoridad del que gobierna y del juez.

Es en la sociedad donde la justicia actúa, pretendiendo establecer en ella la igualdad; existen dos clases de orden particular y distinto que es del todo para con las partes y de las partes entre sí. Por tanto en conformidad con éstos dos órdenes hay también dos especies de justicia. La que media entre el todo y las partes, o sea, la que reparte justamente los bienes comunes entre los ciudadanos que se llama distributiva; y la otra que vigila por la igualdad de las partes entre sí, se llama conmutativa.

El oficio de la justicia es dar a cada uno lo que le pertenece. Pues dado que la razón de deuda en la justicia distributiva es distinta de la justicia conmutativa, estas virtudes son y se diferencian específicamente. Una cosa puede decirse que es del hombre de dos maneras: Una que es simple, por ser posesión suya propia y la otra, por ser en determinado sentido, es decir, no por ser propiedad suya, sino por ser propiedad del todo, de que el

hombre forma parte. Porque lo que es del todo, pertenece también en cierto modo a cada una de las partes. Es precisamente esta doble manera de considerar la propiedad de la cual nace una doble razón de deuda también a saber: la que nace por ser una cosa propiedad del acreedor, y la otra que nace por ser una cosa propiedad de la sociedad considerada en su conjunto. Es precisamente la distinción anterior la que determina y sirve de base para considerar que la justicia conmutativa y la justicia distributiva son dos virtudes diferentes y distintas.

Pero la diferencia específica entre las dos justicias -tipos-, no sólo se deriva de los diversos órdenes a los que se refiere (el orden entre los individuos entre sí, y el orden entre los individuos y la sociedad) y de los tipos de deuda que se deben de satisfacer (deuda individual en el caso de la justicia conmutativa, la deuda común o social en el caso de la justicia distributiva), sino también de los distintos grados de dificultad que se experimentan para entregar a un individuo lo que le pertenece o corresponde en su caso de miembro de la colectividad, y para devolverle lo que le pertenece inividualmente y sólo había recibido de él.

Según Soto, los temas de la justicia y de las leyes o del derecho están estrechamente relacionados, porque las leyes son el principal medio para el conocimiento y la realización de la justicia.

La justicia de una ley, la hace depender de todas sus causas, que son final, eficiente, material y formal. Final, es decir, que la ley se ordene al bien común, y así se considera justa la ley que se ordena al bien común y tiránica la que se ordena al bien particular. Además ha de ser justa en el sentido de la causa agente, es decir, que quien la promulgue no traspace los términos de su jurisdicción. En tercer lugar a de ser justa por la materia.

Porque así como no se debe de prohibir las cosas buenas según los tiempos y lugares, así tampoco han de mandar las cosas que son malas. Por último una ley ha de ser justa por parte de la causa formal. Porque siendo la ley una regla su rectitud y justicia han de matizarla de sobre manera, para que se observe con los ciudadanos, la misma proporción que ellos tengan con el cuerpo de la nación. Por tanto y desprendiéndose de las anteriores condiciones toda ley que sea hecha bajo ellas será obligatoria.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:

2.2.6 Hans Kelsen.

Es innegable el hecho de que Hans Kelsen en materia jurídica es uno de los más importantes tratadistas; en el trabajo que denominó "Que es la Justicia", plasma su particular visión primero respecto a lo que otros autores han tratado de definir respecto a lo que pudiera ser la justicia, y en segundo lugar su opinión de lo que podría ser la justicia. Es necesario reconocer que dicho estudio está hecho como una de las críticas más loables que en materia de justicia y de sus respectivas conceptualizaciones he podido encontrar; dada la tan nutrida argumentación, fortaleza basada en la lógica de estructura simple, consideramos oportuno exponer su argumentación, obvio es que está es sólo fragmentariamente.

La justicia es, ante todo, una característica posible, pero no necesariamente de un orden social. Sólo secundariamente es una virtud del hombre; pues un hombre sólo es justo cuando su conducta se amolda, concuerda con un orden que es considerado como justo. ¿Cuándo un orden es justo? Es justo cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La aspiración del hombre a la felicidad en la sociedad, es la aspiración de la justicia, así entendida la felicidad social es la justicia, felicidad que el orden social garantiza. En este sentido, identificó Platón la justicia a la felicidad, al afirmar que sólo el justo es feliz, y el injusto es desgraciado.

Es evidente que con la afirmación anterior (de que la justicia es la

felicidad), la cuestión respecto a la justicia no ha sido contestada, sino que ha sido sólo desplazada, porque ahora la pregunta es ¿Que es la felicidad?

También es obvio que un orden justo, es decir, que garantice a todos la felicidad, no puede existir, si se entiende por felicidad un sentimiento subjetivo (lo que cada uno considera como tal). En ese caso es imposible evitar que la felicidad de uno entre en conflicto con la felicidad del otro. Dado que nuestra felicidad depende a menudo de la satisfacción de necesidades, mismas que ningún orden social puede lograr. También es imposible un orden social justo aun en el caso de que la felicidad que se proponga sea, ya no la felicidad individual de todos, sino la mayor felicidad posible del mayor número posible. Jeremías Bentham, es precisamente el formulador de la definición que antecede, pero que también no es aceptable en virtud de que si a la palabra felicidad se le da un sentido subjetivo, como se le otorga en consideración de su especial naturaleza, pues individuos distintos tienen ideas distintas también de lo que es la felicidad. La felicidad que un orden social garantiza, no puede ser la felicidad tomada en un sentido individual-subjetivo, sino que debe ser colectivo-objetivo, es decir, que por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador el deseo de justicia es tan elemental, y esta tan hondamente arraigado en el corazón del hombre, por ser precisamente la expresión de su inextingible deseo de subjetiva y propia felicidad.

La idea de felicidad debe de sufrir un cambio de significado radical para que la felicidad de la justicia pueda llegar a ser una categoría social.

La idea de libertad es también identificada con la idea de justicia, así un orden social es justo cuando garantiza la libertad individual. Pero resulta obvio el comprender que la libertad, es decir, la verdadera libertad de toda coacción de todo tipo de gobierno, es incompatible con la idea del derecho, es incompatible con el orden social, cualquiera que sea éste.

Un orden social protege determinados intereses precisamente aquellos que la mayoría de los ciudadanos o miembros de la colectividad reconoce como valiosos y dignos de protección. Cuando aparecen conflictos de intereses es cuando aparece la justicia como problema. El problema de los valores, es ante todo, un problema de conflictos de valores. Este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido sólo y únicamente para el sujeto que formula el juicio y por ello es en este sentido relativo.

Como anteriormente se anotó Platón sostiene que el justo -quien se conduce legalmente- es feliz y el injusto -quien actúa ilegalmente- es infeliz. Sin embargo, también admite que en algunos casos el justo puede ser desgraciado y el injusto feliz. Pero -agrega Platón- es completamente necesario que los ciudadanos sometidos a la ley crean en la verdad de la frase, aunque no sea verdadero en algún caso; porque de lo contrario nadie obedecería a la ley. Se desprende de tales argumentos, el que el Estado o el gobierno, tengan el derecho de difundir entre la colectividad o los ciudadanos por todos los medios posibles, la doctrina de que el hombre justo es feliz y el injusto es desgraciado, aun y cuando ésto sea falso. Para Platón esta afirmación -que es una mentira- se hace necesaria, pues

garantiza la obediencia de la ley.

Según Platón, está autorizado el gobierno para hacer uso de todas aquellas mentiras que considere convenientes. Coloca así a la justicia por encima de la verdad. Sin embargo, no hay ninguna razón que nos impida colocar a la verdad por encima de la justicia, es decir, nada nos impide que la verdad sea colocada encima de la legalidad, y por consiguiente a rechazar la propaganda del gobierno por estar fundada ésta en la mentira, aun en el caso de que la mentira sirva para el logro de un fin bueno.

La solución que se da al problema de la jerarquía de los valores, al conflicto de intereses, será distinta según sea dada la respuesta por un cristiano, para quien la salvación del alma es más importante que las cosas terrenas; por un materialista, para quien no cree en la inmortalidad del alma; por un liberalista, para quien la seguridad económica es el fin del orden social; etc. La respuesta obtenida tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y por consiguiente, relativo.

Es de hacer notar, el hecho de que los verdaderos juicios de valor son subjetivos y que, por lo tanto, es y de hecho también se da, que existen juicios de valor contradictorios entre sí, ésto en ningún caso significa que cada individuo tenga su propio sistema de valores. En la realidad muchos individuos coinciden en sus juicios de valor. Esto se da en virtud de un sistema positivo de valores que no es la creación arbitraria de un individuo aislado, sino que es siempre el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo social determinado, bajo condiciones económicas dadas. Todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con la idea central de justicia, es un fenómeno social y, consecuentemente, diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. El hecho de que determinados valores sean en general reconocidos

dentro de una determinada sociedad es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman sus juicios. También es de hacer notar el hecho de que si varios individuos coinciden en un juicio de valor, eso no prueba en ningún caso que este sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo.

Aunque la pregunta acerca de cuál sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente, el juicio subjetivo y relativo, con el que en realidad se responde a la misma, es presentado, generalmente como un afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo, como norma de validez absoluta. Algo que es característica en el hombre es el sentir la necesidad de justificar su conducta; el tener una conciencia. Es precisamente la necesidad de justificación o racionalización quizás una de las diferencias más patentes que existen entre el hombre y el animal. Como el hombre es en medida variable, un ser racional, intenta racionalmente, es decir, mediante una función de su entendimiento, justificar una conducta que determina. La justificación racional es posible sólo en una medida mediante el cual debe lograrse un determinado fin. La relación de medio a fin es semejante a la relación de causa a efecto; por lo tanto es posible determinarse por procedimientos científicos racionales. Esto sin embargo, no es posible cuando los medios para lograr un determinado fin son medidas específicamente sociales. El estado actual de las ciencias sociales no permite tener una comprensión clara del nexo causal de los fenómenos sociales y por lo tanto, la suficiente experiencia como para determinar en forma precisa los medios adecuados para lograr un determinado fin social. Lamentablemente, no se tiene un conocimiento exacto de los fenómenos producidos por los efectos en el ámbito social, y es también cierto, que no es posible llegar al

conocimiento exacto, pues ello implicaría la experimentación, misma que en el campo de la vida social es aplicable sólo en una medida muy limitada. De ahí que el problema de la justicia, aun cuando se le reduzca a la cuestión de saber si una medida social es el medio para lograr un supuesto fin, no puede ser siempre solucionado racionalmente. Pero aun en el caso de que los problemas pudieran ser solucionados, la solución de los mismos no podría justificar completamente nuestra conducta, es decir, la justificación que nuestra conducta exige. Los medios no servirían para justificar el fin, y es precisamente la justificación del fin, lo que constituye la justificación de nuestra conducta.

Debe de agregarse a lo anterior, el hecho de que cuando se justifica algo, especialmente una conducta humana, como medio para un determinado fin, surge el problema de saber si el fin en sí mismo es justificable. Y esta cuestión conduce finalmente a la aceptación de un fin supremo que es precisamente el problema de la moral, en general y de la justicia, en particular.

Cuando se justifica una conducta humana como el medio para lograr un fin propuesto, cualquiera que sea éste, esta justificación es sólo condicional, depende de que el fin propuesto sea justificado o no. Una justificación condicionada y por consiguiente relativa, no excluye la posibilidad del contrario, puesto que cuando el fin no es justificable, tampoco lo es el medio.

Algo que también es patente, es que nuestra conciencia no se contenta con justificaciones condicionadas, sino que pide una justificación absoluta, plena, sin reservas. Es evidente que la conciencia no queda satisfecha con una justificación de nuestra conducta sólo como medio adecuado para un fin

cuya justificación es dudosa; exigiendo una justificación conductal con un último fin, es decir, que nuestra conducta concuerde con un valor absoluto. Algo como anteriormente se señaló, no es posible lograr por medio racionales. Toda justificación racional es esencialmente justificación de algo en tanto es medio adecuado y precisamente, el último fin no es medio para ningún otro fin. Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular, están más allá de la razón humana que sólo puede lograr una solución limitada, y por consiguiente relativa, del problema de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana.

Es la necesidad de una justificación absoluta tan fuerte, que supera a toda consideración racional. Por eso busca el hombre esa justificación, es decir, a la justicia absoluta, ya en la religión, ya en la metafísica. Sin embargo, al desplazar la búsqueda de la justicia en la religión o la metafísica, se desplaza también la justicia, de este mundo a un mundo trascendente. Será la característica esencial y su realización, la función esencial de una autoridad sobrenatural, de un Dios cuyas características y funciones son inaccesibles al conocimiento humano. Se hace necesario que el hombre, entonces crea en Dios, es decir, en la inexistencia de una justicia absoluta por que es incapaz de comprenderla o conceptualizarla, en virtud de ser la deidad inaccesible al conocimiento humano. Los que no aceptan ésta solución, y conservan la idea de los valores absolutos con el anhelo de poder definirla racionalmente y científicamente, se engañan a sí mismos, con esa ilusión de que es posible encontrar en la razón ciertos principios fundamentales que constituyen estos valores absolutos que, en verdad, están constituidos por elementos emocionales de la conciencia. La determinación de los valores absolutos de manera general y la definición de la justicia en

particular, que como se señaló se logran, son fórmulas vacías, ellas mismas dan pie a justificar cualquier orden social.

Kelsen hace una clasificación y agrupamiento de las numerosas teorías que sobre la justicia se han formulado desde los tiempos antiguos, en consideración a las anteriores argumentaciones, reduciéndolas en dos tipos fundamentales: Un grupo metafísico-religioso y el otro grupo racionalista o mejor seudoracionalista.

El clásico representante del tipo metafísico es Platón. La justicia es el problema central de toda su filosofía. Trata de solucionarlo desarrollando su teoría de las ideas. La idea fundamental a la cual están subordinadas todas las demás y de la cual obtienen su validez, es la idea del bien absoluto, la cual encierra en sí misma la idea de la justicia. Pero a la pregunta ¿Qué es la justicia? Coincide con la pregunta ¿Qué es lo bueno?, a la cual Platón nunca llega a contestar. Declara que no existe una definición de bien absoluto, sólo se puede dar una visión del mismo y tal especie de visión se hace efectiva en forma de vivencia mística que logran sólo aquellos que gozan de la gracia divina, además es imposible describir con palabras el objeto de ésta visión mística, es decir, el bien absoluto. De ahí parte para llegar a que no se puede dar ninguna respuesta al problema de la justicia. La justicia es un secreto de Dios que sólo confía a pocos, y que además nunca deja de ser secreto, pues no puede ser transmitido a los demás.

Es notable como se acerca a la filosofía platónica la de Jesús, cuyo contenido más importante es igualmente la justicia. Al rechazar la fórmula racionalista del antiguo testamento, con su principio de represalia, es decir, ojo por ojo diente por diente, Jesús proclama como la nueva y

verdadera justicia el principio del amor: el mal no debe de pagarse con el mal, sino con bien, amar al enemigo. Esta justicia está más allá de toda realidad social, de todo orden posible, el tipo de amor que proclama, no puede ser el sentimiento humano que llamamos amor. Primero porque está en contra de la naturaleza amar al enemigo, segundo porque también Jesús rechazaba el amor humano que une al hombre, sea de cualquier tipo. Quien quisiera seguirlo debía abandonar a su casa, padres, hermanos, esposa e hijos. El amor que enseña Jesús no es el amor de los hombres, es el amor de Dios, que hará que los hombres sean tan perfectos como su padre en el cielo. Es necesario admitir que el amor que Jesús predica supera todo conocimiento racional, y además supera todo orden positivo.

El tipo racionalista que por medio de la razón humana procura dar solución al problema de la justicia, es decir, definir a la justicia, está representado por la sabiduría popular de las naciones y también por algunos célebres sistemas filosóficos. La conocida frase que afirma que la justicia significa dar a cada uno lo suyo, ha sido aceptada especialmente por filósofos del derecho. Esta fórmula es completamente vacía, ya que la pregunta fundamental ¿Qué es lo que cada uno puede considerar como lo suyo?, queda sin respuesta. El principio sólo es aceptable cuando se supone que la cuestión de qué es lo suyo, está ya resulta de antemano; y sólo puede estarlo mediante un orden social que la costumbre o el legislador han establecido como moral positiva u orden jurídico. Pero esta fórmula, puede servir para justificar cualquier orden social, sea del tipo que fuere. Esta posibilidad de defender cualquier orden social por ser justo, explica la aceptación general de esta fórmula y muestra a la vez que una definición así de justicia es totalmente insuficiente, ya que ésta debe fijar un valor

absoluto que no puede fijarse con los valores relativos que una moral positiva o un orden jurídico garantizan.

Lo mismo puede decirse respecto al principio de represalia, pues no tiene sentido, a menos que se suponga la respuesta a las preguntas: ¿Qué es lo bueno?, y ¿Qué es lo malo? Pero estas respuestas no pueden ser evidentes, pues lo bueno y lo malo en las distintas épocas y pueblos, es diferente. El principio de represalia sirve para expresar la técnica específica del derecho positivo que vincula el mal del delito con el mal de la pena. Pero éste es el principio que subyace fundamentalmente en toda norma jurídica positiva, de aquí que todo orden jurídico puede ser justificado en tanto es realización del principio de represalia. Sin embargo, el problema de la justicia, es en última instancia, el problema de saber si un orden jurídico es justo en la aplicación del principio de represalia, este es el verdadero problema, el problema de la justicia del derecho, al mismo que el principio de represalia no da respuesta.

La represalia, es una de las múltiples formas bajo las que se representa el principio de igualdad que también ha sido considerado como esencia de la justicia. Este principio parte de la suposición de que todos son iguales y por consiguiente todos los hombres deberán ser tratados de la misma manera. Esta suposición es completamente falsa, pues, en verdad los hombres son muy diferentes, la exigencia de igualdad sólo puede significar que el orden social en el otorgamiento de derechos y en la imposición de deberes, debe no tomar en cuenta ciertas desigualdades. Pero cuales son las diferencias que el orden social debe de tener en cuenta, ésto el principio de igualdad no lo señala. Aun en los órdenes jurídicos positivos no existe coincidencia en los que respecta a que diferencias deben de ignorarse y

cuales deben de tomarse en cuenta. En el tratamiento que da un orden jurídico positivo cualquier diferencia puede ser considerada como esencial. Este principio es demasiado vacío para poder determinar la estructura esencial de un orden jurídico.

El principio especial de la llamada igualdad ante la ley, no significa otra cosa que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho al aplicar no establezca. Este principio difícilmente tiene algo que ver con la igualdad, expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido, y ésto es el principio de juridicidad o legalidad, que por su propia naturaleza es inseparable a todo ordenamiento jurídico sin importar que dicho ordenamiento sea justo o injusto.

Una más de las aplicaciones del principio de igualdad es la llamada regla áurea, que dice: No hagas a los demás lo que no quieras que a ti te hagan. Lo que cada uno quiere es que no le hagan aquello que le cause dolor y lo que desea que le hagan es lo que le cause placer. Entendida así, la regla conduce a no causar al prójimo dolor sino brindarse placer. Sin embargo, sucede que al proporcionarle placer a un individuo se le causa dolor a otro. Además de que al violar la regla surge el problema de saber como hay que conducirse ante el infractor de la misma. Este es el problema de la justicia precisamente, pues si nadie causara dolor al prójimo sino sólo placer, no habría problema alguno de justicia. En el caso de aplicar la regla cuando ha sido infringida, se conduce a consecuencias absurdas. Nadie desea ser castigado, el delincuente por tanto no puede ser castigado. La interpretación estricta de la regla nos lleva a la abolición de toda moral y del derecho. Interpretando la regla con un criterio objetivo, su

significado debe de ser: Condúcete con los demás como éstos deban de conducirse contigo. Pero ¿Cómo deben de conducirse?, ésta es la pregunta de la justicia, a la cual la regla no da respuesta, sino que la presupone, y puede presuponerla, porque lo que ésta presuponiendo es precisamente el orden moral positivo y el derecho también positivo.

Si se substituye el criterio subjetivo contenido en la regla áurea por la regla conduce a la siguiente exigencia: Condúcete de acuerdo con las normas generales del orden social. A pesar de ésta formulación tautológica, sirvió de base a Emmanuel Kant, para la formulación de su frase que constituye si imperativo categórico que constituye el resultado esencial de su filosofía moral y correspondientemente su solución al problema de la justicia. El imperativo categórico afirma: "Condúcete de acuerdo con aquella máxima que desearías se convierta en ley general." (14). Así la conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos. Pero, ¿Cuáles son las normas que podemos o debemos desear que sean justas y por consiguiente obligatorias para todos? Esta es la pregunta fundamental de la justicia, a la cual el imperativo categórico no da respuesta.

Todo precepto de cualquier orden social es compatible con el imperativo categórico, pues no dice otra cosa sino que el imperativo categórico señala que el hombre ha de conducirse de acuerdo con las normas generales, el imperativo categórico, así como el principio de "a cada quien lo suyo", o la regla áurea, pueden servir de justificación a cualquier orden social en general y a cualquier disposición general en particular.

14) Martínez Ortiz, Elsa, *Ensayos filosóficos*, Antología, Edit. UNAM, México, 1987, p. 136.

La filosofía aristotélica es otro significativo e infructuoso intento de definir a la justicia absoluta, mediante un método racional, científico o cuasi-científico. Aristóteles enseña que la conducta justa es el término entre hacer el mal y sufrir el mal. Lo primero es demasiado, lo segundo, poco. En este caso su fórmula que dice que la virtud es el punto medio entre dos vicios, no es adecuada, pues la injusticia que se hace y la que se sufre no son vicios o males, sino que es una sola la injusticia que el uno hace al otro y que éste sufre de aquél. En este sentido la justicia es simplemente lo contrario de la injusticia. Pero Aristóteles no da respuesta a lo que es la injusticia, sino que la presupone como algo evidente, que es injusto aquello que para el orden moral y para el derecho, ambos los positivos, es injusto. Consiguiendo con ello, no definir la justicia, sino fortalecer el orden social existente establecido por la moral y el derecho, positivos.

Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa a su contraria. Si hay algo que podemos asimilar de la experiencia pasada es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, es decir, que el juicio con que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. "La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y por lo tanto, conflictos de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: Satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posible demostrar que ésta y no aquella es la solución justa, si se supone que la paz social es el valor supremo, el

compromiso aparecería como la solución justa. Pero también la justicia de la paz es sólo una justicia relativa y en ningún caso absoluta." (15)

"El principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de tolerancia, es decir, la exigencia de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aun cuando no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas y por lo tanto, no impedir su exteriorización pacífica. Es claro que de una concepción relativista no puede deducirse derecho alguno a una tolerancia absoluta, sino únicamente dentro de un orden social positivo que garantiza la paz a los a él sometidos y les prohíbe la utilización de la violencia, pero no limita la exteriorización pacífica de sus opiniones. Tolerancia significa libertad de pensamiento. Los más altos valores morales fueron perjudicados por la intolerancia de sus defensores." (16)

"En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debe de conformarse con la justicia relativa. Puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia." (17)

15) Agüero Aguirre, Saturnino, *Lecturas de Filosofía del Derecho*, Edit. Anales de Jurisprudencia, México, 1992, p. 31.

16) *Ibidem*, p. 32 y 33.

17) *Ibidem*, p. 34.

LA JUSTICIA

2.2 Definiciones sobre la Justicia dadas por:

2.2.7 La filosofía jurídica contemporánea.

Herrera Figueroa pretende darnos la solución del problema de la justicia armonizando a los que él considera como los genios helénicos y cristianos.

Reune la dimensión totalizante vista por Platón, enlazada a la alteridad impuesta por Aristóteles, más el tono existencial y temporalizante de San Agustín, agregado al tono social de Santo Tomás.

Argumenta que la dimensión temporal y social de toda justicia, concilia la tensión de su objetividad con su íntima subjetividad, la dimensión absoluta de su valer con la relativa y temporal de su acontecer. Lo justo se aprende en las acciones y actos justos que realizan los individuos. Al insertar el problema de la conducta humana, quedan implicados los aspectos individual y social que envuelven al ser humano y la ley natural es la fortificación de la ley eterna por el hombre, criatura racional.

Considera que el hombre experimenta su propio ser como un deber ser que tiene sus cimientos en la realidad que le envuelve, que es su radical y primario sentido. La dimensión social del vivir, no es un agregado a la vida humana sino uno de los modos originarios de co-pertenencia. Al constituir la solidaridad humana la condición por excelencia de nuestro ser de hombres, el carácter esencial de convivencia, subyace en el sentido colectivista de toda justicia. Para él es patente que de los desarrollos de las ideas de totalidad y alteridad de la justicia que San Agustín temporaliza se

comproben lo cambiante de lo justo y consiguientemente, de la categoría justicia en concreta reciprocidad. Es así la justicia un valor, y el valor es una espiritualidad objetiva. La justicia queda instaurada como condición indispensable de convivencia humana, agregando a ello la dimensión terrenal, temporal, que conulga con la bienaventuranza eterna, pero enclavada en el tiempo.

En otro sentido Ross, considera que la justicia es la igualdad, pero con algunas variantes. Como principio del derecho la justicia delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en conflicto en la vida social de la comunidad.

Ross, dota a la idea de la justicia de una fuerza motivadora, la cual ayuda para dar una comprensión intuitiva de su concepto. Al hacer el análisis de la justicia, señala: Que si la igualdad es tomada en sentido absoluto, significa que todos, cualesquiera que sean sus circunstancias, deberán hallarse exactamente en la misma posición de los demás (a cada uno lo mismo). Pero resulta obvio que tal consideración de uniformidad no puede ser lo que se considera como justicia. Es requisito de la justicia que se hagan distinciones de manera tal que las ventajas y las cargas, derechos y deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta las circunstancias condicionantes. Así, la exigencia de la igualdad debe de ser comprendida en un sentido relativo, es decir, como una exigencia de que los iguales esten tratados de la misma manera. Significando un requisito previo para la aplicación del principio de igualdad, el que haya un criterio para determinar que es lo que se puede considerar como igual. Es decir, que las diversas formulaciones de justicia para grupos o contextos diversos incluyen además de la idea de igualdad, una pauta de evaluación, que ha de ser

aplicada como requisito previo a la definición de la categoría cuyos miembros deben de ser tratados con igualdad. Para ejemplificar su anterior argumento se vale de las siguientes variantes:

A cada uno según su mérito.- El criterio dado en la fórmula son los méritos morales o el valor moral de una persona, y la idea es que la justicia exige una relación proporcionada entre el mérito y el destino que a uno le espera.

A cada uno según su contribución.- Sostenida con frecuencia en la teoría política, como principio en favor de la justa retribución o participación en el producto. La relación es concebida como en el intercambio, en éste caso entre prestaciones por parte de la persona y la comunidad.

A cada uno según sus necesidades.- Es la fórmula de la justicia sostenida por la teoría comunista para la comunidad plenamente socializada. Donde cada uno deberá contribuir de acuerdo con su capacidad y recibir de acuerdo con sus necesidades. Este principio es aplicado de manera creciente en materia de protección social.

A cada uno según su capacidad.- Relacionado con el anterior, la diferencia estriba en que el criterio relevante es la capacidad para la distribución de las ventajas.

Ross considera que la fórmula de la justicia contiene dos elementos: La exigencia formal de igualdad y el criterio formal y material para la determinación de la clase a la que pertenece y se le aplica la norma de igualdad.

Leonard Nelson, sostiene que la justicia significa el parejo equilibrio de todos los intereses afectados por una cierta decisión, partiendo de la

conciencia moral general y jurídica, sostiene que la suprema norma de acción que determina el deber del hombre se caracteriza como sigue:

1) Es restrictiva, es decir, no ordena realizar ciertos fines, sino que pone límites a nuestra libertad de actuar.

2) Este límite restrictivo consiste en la exigencia de que en la persecución de nuestros intereses se debe tener también en cuenta los intereses de los demás.

3) Esto último se expresa en la exigencia de que la persona que realiza la acción tome en consideración los intereses afectados por ella, sean o no propios. Debe de considerarlos entre sí sin atender a los individuos, o como si fueran todos intereses propios.

Estos tres factores unidos por Nelson, le dan como resultado la siguiente formulación de la norma de justicia: "Nunca actúes de manera tal que no aprobarías la acción si todos los intereses afectados fueran tuyos."

(18)

Mantilla Pineda siguiendo a Aristóteles, respecto a la justicia considera que en sentido general es la disposición que nos capacita para desear y cumplir actos justos. Por justo entiende: a) Lo que es conforme a la ley, o b) Lo que es imparcial e igual. Estos sentidos en él, definen respectivamente a la justicia universal y la justicia particular, es decir, como una virtud general y como medida que dice la relación a otro.

Agrega además que la justicia es un valor social eminentemente, ya que no hay justicia individual, subrayando el carácter relacional de alteridad de la justicia, es decir, su carácter de condición con otro.

18) Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Edit. EUDEBA, Argentina, 1963, p. 270.

Rompiendo con el título del inciso en que nos encontramos, brevemente señalaremos algunas de las concepciones que respecto a la justicia han dado autores modernos:

Hume, considera que la justicia se funda en una especie de convención que consiste en que cada acto singular es realizado con la expectativa de que los otros realicen lo mismo, y con el sentido de que ese apoyo del acto de todos es el factor decisivo al elegir la conducta.

Rousseau, dice que el primer sentimiento de la justicia nos viene de la que nos es debida, y su contenido es una especie de principio de reciprocidad en tanto que consiste en que yo obre como si fuese otro.

Henry Sidgwick, propugna que el principal elemento de la justicia es una especie de igualdad, es decir, de imparcialidad en la observación de ciertas reglas generales que asignan o distribuyen bienes o males a los individuos.

Lasson ve la esencia de la justicia en la forma de universalidad y de carencia de contradicciones, por medio de la cual la razón, reduce a armonía y unidad todas las diferencias y oposiciones.

En consideración de Stammler, la justicia consiste en la idea formal de una completa armonía según la cual debe de ordenarse toda materia jurídica, así como todos los propósitos humanos.

Giorgio del Vecchio, considera que la justicia exige que todo sujeto sea reconocido por los demás, en aquello que vale y que a cada uno le sea atribuido, también en relación a los otros, aquello que le corresponde.

Roscoe Pound, sostiene que la justicia exige la satisfacción armónica del mayor número de intereses humanos, con la menor fricción y la menor pérdida, así la justicia es la reglamentación que logra con un mínimo de fricción y de desgaste, el mejor equilibrio armónico de la mayor cantidad de

intereses o demandas de los individuos.

Limentani, insiste en que la justicia es alteridad, es decir, condición de ser otro, y que consiste en una proporción entre hombre y hombre, de modo que la igualdad es la esencia de la justicia. El individuo justo considera a los otros hombres como iguales así mismo y como iguales entre sí, en tanto que hombres, porque reconoce en ellos la esencia de lo humano. Sin embargo, también hace notar que esta igualdad no excluye el reconocimiento y la consideración de muchas desigualdades. La justicia reclama un tratamiento desigual en tanto que los hombres son desiguales y un trato igual en tanto que son iguales.

Alessandro Levi, sostuvo análogamente que la justicia reclama que los hombres sean tratados y considerados como iguales, a la vez también que de un trato diferente donde no se de la igualdad. La justicia vive precisamente en esta contradicción entre desigual-igual.

Emil Brunner, autor que pone de manifiesto la diferencia entre el amor y la justicia; el amor, es siempre personal y subjetivo, además de la suma total de los bienes morales, en tanto que la justicia, se refiere no a la persona directamente, sino a algo que le pertenece, implicando la idea de pertenencia, la justicia atribuye a cada uno lo suyo, actúa a la vez uniendo y separando, une en la medida en que coloca a los individuos en la estructura social que a todos abarca, y separa en la medida en que a cada uno atribuye sólo lo suyo, que es precisamente lo que no es de los demás. Traslada la idea de la justicia al no albergarla en la ética de las personas, a la ética de los ordenamientos o de las circunstancias. La idea de la justicia implica dos conceptos: El de la ley (aspecto racional), la cual determina lo que le corresponde a cada cual; y el de igualdad, el cual

exige que todos sean tratados equitativamente, es decir, proporcionalmente de modo que a cada uno se le asigne lo que le corresponde según la ley.

Coing, observa que el pensamiento de la justicia incluye siempre las ideas de igualación, equilibrio, compensación; Heinrich Kipp, retoma la máxima a cada cual lo suyo, mostrando que es necesario una referencia a la realidad de cada ser humano, que exige también una congruencia en las relaciones humanas y los bienes, entrañando por ello un valor de verdad.

Robert Briner, sostiene que subjetivamente la justicia se manifiesta como un sentimiento de igualdad, y se eleva a una referencia objetiva que se basa sobre todo en la calidad espiritual del hombre, y en la presunción de la voluntad divina.

Rafael Preciado, define a la justicia como armonía e igualdad postuladas por el orden ontológico y que coordina las acciones entre los hombres y las ordena al bien común. Luis Legaz Lacambra, dice respecto a la idea de justicia que es el equilibrio y la proporcionalidad entre todas las cosas que sólo Dios puede percibir y ordenar. García Máynez considera a la justicia como el valor objetivo de una ordenación jurídica, consistente de modo negativo en no atentar contra el derecho ajeno, relacionándolo con el decálogo, y además, desde el punto de vista positivo en las ideas de libertad y de igualdad.

Recaséns Siches, desplaza de la justicia al problema sobre el criterio de estimación de la idea de igualdad. "...lo decisivo de la Estimativa Jurídica no consiste en descubrir que la justicia exige una igualdad o proporcionalidad, sino en averiguar cuáles sean los criterios de valor que deban ser tenidos en cuenta para promover la equivalencia o la armonía entre los términos de una relación jurídica. De tal manera, que la idea de

justicia nos abre la puerta a un paisaje filosófico mucho más hondo, más rico y más complicado, a saber: El campo de la valoración jurídica. No basta saber que los términos de una relación deben de igualarse o armonizarse; lo fundamental y más importante consiste en averiguar los criterios de valor que deban ser tenidos en cuenta para establecer normativamente esa equivalencia o proporcionalidad." (19)

Para Mora Barba, si el derecho es el objeto de la justicia, porque es el que debe de realizarla, y dado que, el derecho es algo eminentemente social, es en la sociedad donde los hombres deben de ordenarse con base a la igualdad o proporción. Para él, el elemento esencial de la justicia no es sólo la igualdad sino también la proporción porque la justicia tiene como característica ordenar al hombre en todo aquello que se refiere a los demás, de ahí que no se puede resolver el problema de la justicia con referirlo al ámbito social, agregando además de que la justicia para no ser formulada vacía, es decir, ni estática, ni relativa, ni inmutable, se debe de relacionar con la proyección histórica del hombre. Concluyendo, la justicia es concreta, porque como es valor, sólo existe cuando se realiza por el hombre.

Para Consentini, la justicia aparece como un hecho moral y autoritario, a la vez, como expansión de una fuerza social que actúa en correspondencia con las exigencias morales de las conciencias asociadas, exigiendo de los individuos una cultura moral, y del poder colectivo, una conciencia de sus funciones en correspondencia con las finalidades sociales.

Aparece la justicia como una función reguladora de los actos humanos y de las relaciones sociales, asumiendo tres distintos aspectos: Uno negativo,

19) Recaséns Siches, Luis, *Op. cit.*, p. 491.

en cuanto implica la limitación de la actividad de los individuos, a fin de que no se convierta en un obstáculo en la exteriorización libre de la actividad ajena, es la justicia represiva que corresponde al no dañar a otro; un aspecto positivo, en cuanto implica la asignación a cada cual de lo que le corresponde en virtud de su mérito, es la justicia distributiva la que adapta y proporciona las funciones a las variadas aptitudes y que corresponde al dar a cada quien lo suyo. El tercer aspecto también es positivo, lo da la reciprocidad, por el que se pretende que los demás observen con respecto a uno lo que deben de observar hacia ellos, y tal aspecto corresponde a la justicia conmutativa, que regula los cambios.

De las funciones que señala de la justicia, se pueden distinguir como observa algunos caracteres formales. Un carácter de universalidad, en cuanto que se extiende a todos los seres humanos y a todas las relaciones; un carácter de objetividad en cuanto que concierne a las cosas y no a las personas, y sobrepasa toda particularidad de personas y condiciones, tendiendo a la generalidad, porque asume sólo las características esenciales en las cuales puede establecerse el principio de igualdad en las relaciones humanas; un principio de igualdad, en cuanto exige una igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones; el principio de proporcionalidad, en cuanto que adapta su criterios de igualdad a la naturaleza de la relación.

En su opinión, la justicia se presenta como un principio de orden, de armonía, de equilibrio en las relaciones sociales, al tratar de conciliar las luchas y conflictos.

Señala que todos los caracteres constituyen en su conjunto la idea de justicia, pero que el principio de justicia no sólo es una idea, sino que también es un sentimiento y como tal, es activo, operativo, alimentando a la

conciencia.

El sentimiento revela un doble aspecto: el resentimiento, que viene determinado por la violación de la justicia o por la protesta de la conciencia contra la desarmonía o la desigualdad de tratamiento, tal sentimiento se expresa con la desaprobación; el sentimiento de satisfacción, que constituye la forma positiva y viene determinada por el restablecimiento del orden o por observar el equilibrio, se expresa con la aprobación.

Ambos aspectos del sentimiento inspiran la pena y el premio. En el principio de justicia actúan y se armonizan la idea de justicia y el sentimiento correspondiente en proporción variable.

LA JUSTICIA

2.3 Elementos de la Justicia.

¿Qué es la justicia? Para contestar a la pregunta formulada debemos de partir de: ¿Donde nace la justicia?

La idea de justicia, la primera idea y que además parte no de una pura idea, sino de un sentir, se forma a partir de su contrario, es decir, que para formarse una idea de justicia, se debe de partir de la injusticia. Cuando se habla de la injusticia, se refiere al mundo fenoménico, a la injusticia de la realidad que se vive. Sólo cuando un acto lo estimamos como injusto, sólo entonces sentimos primero a la injusticia y paralelamente a la justicia como su contrario, formándose con ello la primera idea de justicia, que en sí misma es más sentimiento (se parte del fenómeno, de lo que aparece para llegar a la idea del fenómeno, a la idea de lo que aparece, el fenómeno a través de los sentidos, en esta forma se siente). La justicia así entendida es esencialmente reivindicación de sí.

Aunque es una aporía en sí misma, nos sirve para entender y argumentar lo siguiente: Si todo en el mundo real fuera "justo", la justicia no existiría porque no sería motivo de atención, sólo lo que nos llama la atención, por el hecho de la trascendencia, le dedicamos un espacio en la reflexión; el hombre inicialmente se interesa por lo que no entiende, por lo que le asombra, por lo que capta su atención. De ahí, y con relación a lo anterior, si no hubiera injusticia, el hombre no conocería a la justicia.

Del hecho que precede, simple por demás, se puede desprender y destacar el que la justicia está referida a la vida humana, al acontecer en la

existencia del hombre, al mundo fenoménico, a lo que se le presenta al hombre. Es precisamente en este acontecer, en éste llegar a ser lo que se es, lo que acontece, en el que la justicia tiene sentido, porque lo toma de la existencia humana, fuera de ella no tiene sentido la justicia en sí misma. Es de aclarar que se habla de sentido, no de validez porque el hecho de que no se realice en la existencia, no implica que no sea válida, la validez no lleva aparejada la forzosa realización, sino implica la pretensión de ser cumplidos. Cuando un acto se valora, se piensa: "No es justo"; y de ahí, entonces se piensa: "Lo que es justo es". La referencia de la justicia a la realidad de la vida del hombre, es lo que se llama objetividad.

La objetividad del valor justicia se da en el ser, en el ser de la existencia humana y aunque no se realice el ideal de justicia, previamente formado, tiene una pretensión de ser concretizado, de ser incrustado en la vida del hombre. Es de hacer notar, para salvar la aparente contradicción por lo anterior, que la idea de justicia no es previa a la existencia, lo que se da es una relación de reciprocidad, de la existencia se va a la justicia y de tal, a la existencia nuevamente, y así consecutivamente.

Cuando la realidad se presenta como injustificada, nace la justicia, reclamando ser plasmada en la realidad, misma que es hecha por el hombre que al actuar parte de la estimación, del juicio estimativo de la idea de justicia.

Esto sirve para recalcar y entender a la justicia como el fundamento del derecho, porque teniendo por antecedente lo ya mencionado, y en consideración a que el derecho es además de un tutelador de valores, es una pretensión, un querer ser, que parte de la idea de un juicio de valor, es decir, la normatividad se funda en la estimación, y la justicia en sí misma

implica eso, pero a su vez, es su fundamento porque el valor de "justicia" condiciona el ser "derecho", porque el valor es una categoría más primaria que la categoría ser.

La justicia participa de dos elementos que le forman, separadamente ninguna podría constituirla, pero en asociación, la justicia tiene su expresión, su desarrollo. Los elementos que le forman son: La equidad y la conciencia social (el elemento psico-sociológico). Como valor que es la justicia participa de las mismas características de cualquier valor, al igual que adolece de las mismas particularidades.

Es precisamente la característica de la objetividad de los valores, de la cual se parte para poder establecer que la justicia está constituida por dos elementos. Emergen de esta característica por el hecho de que ambos son e implican una relación entre dos o más sujetos, es decir, forzosamente tanto la equidad como la conciencia social se desarrollan entre los individuos que pertenecen o forman un núcleo social. Sólo se puede hablar de equidad donde podemos hacer una comparación y tal implica necesariamente el objeto a comparar y el que le sirve de base, punto de referencia o fundamento para la comparación; no se puede comparar la unidad consigo misma, la diferenciación es la base de la comparación y donde no hay diferencias, no hay diversidad, es decir, como mínimo dos elementos; donde no hay diferencias se habla o se hace referencia a la misma y única cosa. Por otra parte el elemento psico-sociológico, en sí mismo es un producto desarrollado por la convivencia humana, está referido a la existencia humana, participa de ella, vive por y a través de ella; no hay elemento psico-sociológico donde no hay relación de individuos, donde no se da un núcleo comunitario, aunque éste sea el más simple y limitado; debe de

entenderse como núcleo comunitario a un estado de organización intersubjetivo que parte de lo común, es decir, de la pertenencia, de la identificación.

Tanto la equidad como el elemento psico-sociológico están referidos a la existencia humana, son objetivos, porque se dan en la concreción de las conductas en el existir humano que hace y se hace.

LA JUSTICIA

2.3 Elementos de la Justicia:

2.3.1 La justicia y la equidad.

La equidad fue considerada por Aristóteles como la norma que el legislador hubiera dictado para el caso concreto, si hubiera podido preverlo; fue comparado al régulo lesbio, que al ser de plomo, no es la medida rígida, como lo es la norma de derecho, sino la medida elástica, adaptable que se puede amoldar a los objetos, es decir, toda las relaciones mudables o divergentes de la vida social, todas las nuevas exigencias y necesidades de la convivencia social.

Consentini, respecto a la equidad nos dice que es definida como la justicia del caso o de la relación concreta, o como la justicia de la individualidad de la relación. Agrega que la equidad, como la justicia, aparecen como un conjunto indeterminado de normas que no forman parte del derecho positivo, sino que se relacionan al derecho ideal, síntesis de las aspiraciones colectivas. La equidad es un reflejo de las relaciones éticas. Está patente en el poder discrecional del juez, que al analizar el caso concreto singulariza el derecho.

Las ideas que han definido a la equidad son en mi parecer erradas, ya que lo que podrían definir es al segundo elemento de la justicia, la conciencia social.

Equidad partiendo de lo que la propia raíz etimológica nos señala, se desprende de *aequitas*, palabra de origen latino, que se divide en *atis*, "de", y *aequus*, "igual", es decir, de lo igual. Si entendemos a la equidad

como lo igual, el problema ahora es saber ¿Qué es lo igual? y ¿Cómo poder determinarlo? Lo igual es aquello que es semejante en naturaleza, calidad, cantidad, condición, o clase, lo que es parecido. La igualación es hacer iguales, hacer que los objetos, cosas o individuos sean parecidos o semejantes en cuanto a su naturaleza, calidad, cantidad, condición o clase. Corresponde pues a la equidad, como elemento de la justicia hacer semejantes a los que pueden no serlo, y de hecho no lo son. En las relaciones intersubjetivas, se iguala a los sujetos al colocarlos en una situación que los balancee, considerando los elementos que pueden intervenir para establecer esa semejanza. Aquí es evidente el papel que juega el derecho como vehículo para desarrollar al valor justicia, no sólo como su fundamento y aspiración, sino también como su razón de ser. Le corresponde el papel de sentar las bases a través de su normatividad, para que lo que de hecho no se presenta como igual, de derecho sí lo sea. Típico caso se presenta en el derecho laboral donde la ley toma en consideración la desigualdad que existe entre los trabajadores y el patrón, tal derecho es en sí mismo un intento por igualarlos.

La equidad es entonces el establecimiento de semejanzas entre los individuos por parte del derecho, tomando en consideración las características propias del tipo de relación jurídica que se establezca. Queda aunado a la equidad la legalidad, es decir, el apego a la normatividad, el respeto a lo que los ordenamientos jurídicos señalan y establecen, a la observancia de las garantías jurídicas.

LA JUSTICIA

2.3 Elementos de la Justicia:

2.3.2 La justicia y la conciencia social.

La conciencia social participa tanto del aspecto psicológico, como del sociológico, es el resultado de la estrecha relación de ambos, de la interacción, de la combinación, síntesis, función de la cual participan; en la conciencia social concurren los sentimientos, ideas, voliciones, tendencias, que comparten los individuos por el hecho mismo de la convivencia, por el vivir en comunidad.

La conciencia social es el elemento que hace a la justicia evolucionar, que hace que tenga un desarrollo, el cual cuando es una manifestación efectiva de los individuos que constituyen el grueso social, participa de las variaciones de la evolución social, es a través de la conciencia social que la justicia puede asumir las formas que real y efectivamente necesita el conglomerado, la colectividad, en ellas se expresan los sentimientos, ideas, necesidades que la sociedad requiere, siente u opina como los en ese momento deseados.

La conciencia social y su especial rama la conciencia jurídica son el elemento transformador del derecho, porque en ella se manifiestan los menesteres que la sociedad jurídicamente precisa, es a través de ella que pueden tener una expresión dichas necesidades.

En virtud de que el derecho tiene una formación lenta y limitada, los ordenamientos jurídicos siempre guardan con respecto a la realidad de la que emanan y pretenden ordenar un atraso, como consecuencia de la evolución

sociológica quedan como inadecuados muy rápidamente, como impropios para regularla efectivamente. Sólo cuando el derecho permita que la conciencia social se manifieste, cuando tenga un cauce dentro del mismo derecho para que le nutra, sólo entonces el derecho participará de la rapidez en la evolución de la sociedad, estará acorde con las necesidades imperantes propias de la colectividad.

La forma más apropiada para que el derecho, en los ordenamientos jurídicos la conciencia social tenga vida, es permitiendo que participe no sólo en su formación y de manera indirecta, sino principalmente en su actualización en el hacerse efectivo en cada caso concreto, en el permitir la participación de la sociedad en la resolución de los problemas que se plantean en el ser jurídico, en la práctica jurídica. En éste sentido es muy ilustrativo el Derecho Romano y en especial la intervención que tuvo el pretor y la dimensión biinstancial de su procedimiento. Así como en el Derecho Romano la incidencia directa de la conciencia social le permitió el desarrollo armonizado a las necesidades sociales, así debe de ser la forma en que la conciencia social tenga aplicación y vinculación al derecho actual, para que éste se nutra del devenir de la comunidad, permitiendo actualizarse en cada momento. La intervención no sólo del especialista del derecho, sino también del lego, le permitirá absorber nuevas perspectivas, a la vez que visualizar nuevos horizontes.

CAPITULO TERCERO

LA JUSTICIA Y SU APLICABILIDAD

3.1 La Tradición Griega.

Antes de llegar al estadio de la ejecución de las decisiones por autoridades centralizadas, existió un estadio de control sobre la defensa privada mantenido por ciertas autoridades que intervienen para conservar la paz de la comunidad.

Originalmente los gobernantes en virtud de su preponderancia social estaban predestinados a actuar como árbitros. Una vez que el Estado se consolida la función arbitral del gobernador evolucionó, convirtiéndose en una institución jurídica, la jurisdicción, la cual habría de pasar a los magistrados de la polis, y más tarde a los tribunales populares.

Los griegos de los siglos V y VI antes de Cristo, alcanzaron una muy desarrollada organización social así como también las instituciones procesales muy elaboradas. A la par de ese desarrollo se encuentra la organización de la sociedad.

El más antiguo registro de un proceso jurisdiccional en la antigua Grecia es el que el Dios Hefestograbó en el escudo de Aquiles:

"La gente estaba reunida en el lugar de la asamblea. Aquí una disputa había surgido y dos hombres disputaban sobre el precio de un hombre asesinado; uno, afirmaba haber pagado todo, exponiendo su caso al pueblo; mientras que el otro negaba haber recibido algún pago y ambos estaban dispuestos a obtener una resolución de manos de un componedor. La gente aclamaba a ambos, tomando partido de uno u otro lado y los heraldos estaban

conteniéndolos atrás. Los viejos se encontraban sentados en asientos de piedra en solemne círculo y tenían en sus manos los bastones de los heraldos de fuerte voz. Entonces ellos se levantaban y pronunciaban su juicio, uno por uno. En el centro estaban dos talentos de oro para darlos a aquel de entre ellos, que pronunciara la decisión más justa." (20)

Es evidente que el paisaje describe un genuino proceso jurisdiccional. El análisis de este testimonio permite determinar algunos de los rasgos relevantes del primitivo proceso jurisdiccional.

El texto Homérico menciona dos veces que ciertos funcionarios, los heraldos, intervienen en el proceso. Por otro lado, menciona que los viejos eran aquellos que efectivamente se pronunciaban en torno a la cuestión, de manera consecutiva, uno por uno.

La participación de una autoridad resulta obvia con la sólo mención de los heraldos. Son ellos los que a lo largo de toda la historia Griega aparecen como servidores de la autoridad establecida. En los tiempos Homéricos los heraldos tienen está específica función: Interferir y parar los combates. La tarea del heraldo consistía en el mantenimiento del orden en la asamblea pública, impidiendo que la gente tomara partido. Como señala el verso, los heraldos mantenían el orden entre el público. Es por ello que la mención de los heraldos hace patente la intervención del Imperium de la autoridad gobernante en la preparación del proceso.

Los viejos eran ciertos representantes de la comunidad con cierto respeto, posiblemente cabezas de clanes, los cuales habían sido investidos por la autoridad, en este caso por los heraldos del poder de decisión,

"ellos sostenían los bastones que los heraldos habían puesto en sus manos". Con la designación de los jueces, el procedimiento *in iure* terminaba.

Cierto es que el texto homérico no se refiere a un sólido sistema judicial, sin embargo, aunque de carácter primitivo, se describe un verdadero proceso jurisdiccional. Esto se hace incuestionable por el hecho del carácter público de la ceremonia, por la participación de la gente y los talentos mencionados en el verso. En cuanto al carácter público del procedimiento, éste se revela, por el hecho de que se llevaba a cabo en el lugar de reunión de la comunidad. Homero sitúa a la ceremonia en el lugar consagrado para la discusión y resolución de las cuestiones públicas propias de la polis. El ayopá, es tan sagrado para los griegos como el *comitium* para los romanos. MacDowell afirma que la razón por la cual las decisiones eran pronunciadas en el ayopá, era porque las decisiones debían estar de acuerdo con los sentimientos del pueblo reunido. Levy-Bruld, sostiene que el proceso jurisdiccional implica la intervención del grupo social. Todo proceso expresa la opinión del grupo a través de la decisión judicial.

El público reunido no eran simple espectadores, la gente reunida tenía participación, esto es evidente por el hecho de que las partes, durante sus alegatos se dirigían al público no a los viejos. La presencia de la gente no es incidental, sino que es un requisito esencial del proceso señalado por Homero. Esto prueba la función de control que ejercía la comunidad sobre el proceso.

Los viejos pronunciaban su decisión uno por uno, y al que diera la decisión más justa se le entregarían los talentos de oro. Correspondía a la gente reunida la determinación de la decisión más justa, a través de la

aclamación. Esto es fácil de entender si consideramos que en la exposición de los argumentos, las partes se dirigían al público y no a los viejos.

También en el "Euménides" de Esquilo se encuentran ciertas características señaladas anteriormente, específicamente el juicio de Orestes.

Una venganza perpetrada por las Irinnas en contra de Orestes se da. Orestes busca protección y se refugia en el templo de Palas Atenea, pidiéndole un juicio que lo libre de su males. A la llegada de las Irinnas, Orestes, ruega a Palas porque lo libre de su infortunio, para conseguir un proceso que lo libre de las Irinnas. En conjugación las Furias consideran que Orestes no tiene derecho a un proceso, por lo tanto debe de ser objeto de un acto de venganza. Atenas protege y comienza el procedimiento preeliminar, pero manifiesta que no le es lícito decidir un litigio y que enviará el caso a un tribunal. Una vez que la causa se le ha sometido, designa jueces y establece un tribunal. Terminada la fase *in iure*, Atenea ordena a los heraldos contener a la gente, iniciando la etapa *apud iudicem*, declarando visto el proceso, Atenea se dirige a los jueces y les dice que pronuncien su voto y conforme a su juramento, pronuncien su veredicto.

El proceso de Orestes muestra un parecido notable con el que aparece grabado en el escudo de Aquiles ya señalado; respecto a los caracteres ya señalados con relación al anterior análisis; el proceso de Orestes, nos sirve para recalcar los elementos ya señalados, robusteciendo lo anterior.

LA JUSTICIA Y SU APLICABILIDAD

3.2 La Tradición Romana.

El procedimiento de las legis acciones, correspondientes al llamado derecho antiguo, se encuentra separado, dividido entre dos autoridades diferentes en funciones judiciales perfectamente separadas, pero no vinculadas. Esta bipartición del proceso romano, que perdura ya hasta muy avanzados periodos de su desarrollo, es además de una característica especial, muy determinante.

El procedimiento se divide en dos fases: La actuación se desenvuelve ante diferentes autoridades, diferentes lugares, y en diferentes tiempos, esta división es atribuida a Servio Tulio. La primera etapa in iure tenía lugar ante un magistrado, el cual tenía como función la supervisión de la substanciación de todos los preliminares, al principio, fue el rey, después el cónsul y recayo en el pretor. La segunda etapa, apud iudicem, se caracterizaba por que en ella se decidía la controversia, el juez, era un particular en función de autoridad. El procedimiento romano de las legis acciones era un drama de dos actos. El acto primero era ante el magistrado, su objeto era determinar la cuestión y nombrar un juez que conociera del problema y lo decidiera. El acto segundo tenía lugar ante el juez. En la fase in iure se llevaban ante el pretor solemnes ceremonias, que finalizaban con la designación del juez.

Las ceremonias constituían la introducción necesaria del antiguo proceso romano, dramatizando el origen de la administración de justicia. Era la ceñida imitación de la serie de actos que con seguridad habrían de

realizar en la vida privada las personas, pero que con la intervención de los órganos de administración de justicia calmaban su contienda.

Dos individuos disputaban algo, el pretor se interponía y paraba el combate, mistificándolo, para que al final la decisión de un juez resolviera el problema.

El magistrado disponía del *dare iudicem*, en tanto que investía a los jueces; del *iudicare ubere*, la facultad de emitir el mandato de juzgar, y la supervisión de la secuela del procedimiento *apud iudicem*.

En el proceso, los adversarios se someten a una ceremonia pública ritualizada en la cual la función de la autoridad, es determinar el método que deberá ser usado. El carácter público de la ceremonia refleja la incidencia del interés de la comunidad. Es en Roma el procedimiento judicial fundamentalmente público. El objeto de la primera etapa, es decir, de la llamada *in iure*, es que el funcionario impidiera cualquier combate armado y, arreglara y conduciera el procedimiento. Pero su función se limita sólo a eso, porque será el juez el que resuelva la controversia.

El procedimiento anterior resultó ser tan eficiente, que sirvió de modelo para el desarrollo de la protección interdictal. Si observamos el funcionamiento de los interdictos, podemos considerarlos como objetos o instrumentos para obtener la protección administrativa a través de rápidos procedimientos.

El especial sentido jurídico romano, habría de hacer de lo interdictos uno de los medios más eficaces para la terminación de las controversias.

El interdicto emanaba de la facultad ejecutiva del pretor, no de su jurisdicción. El pretor otorgaba el interdicto, no era un simple agente que aprobaba lo que las partes acordaban, de ahí que el interdicto en contraste

con la fórmula, se redactaba como un orden dirigido a las partes.

Algo que debe hacerse notar, es que el interdicto no resolvía la controversia. En el procedimiento interdicial la fase propiamente interdicial concluye con la decisión del pretor respecto a negar o conceder el interdicto. Si lo concede, el pretor abre una *causae cognitio sumaria*, en la cual da por ciertos los hechos del peticionario, para otorgar el interdicto, pero al otorgarlo no resuelve jurídicamente la controversia, sino que abre el proceso.

Como es de entender, el proceso en sí conserva aun las dos etapas, las cuales están perfectamente diferenciadas durante todo el Derecho Romano Antiguo y Clásico, lo que procedimentalmente corresponde a las acciones de la ley y al procedimiento formulario, es con el advenimiento del Imperio, donde el procedimiento extraordinario, así llamado en un principio desplaza a los anteriores, éste se da en un proceso paulatino que se inicia aun dentro de la época clásica. El procedimiento extraordinario elimina las dos etapas que se daban, conservando sólo aquella en la que se desarrolla todo ante la magistratura, desligando al particular que funcionaba como juez en el anterior, ya entonces es el magistrado el que también resuelve la cuestión.

LA JUSTICIA Y SU APLICABILIDAD

3.3 Aspectos filosóficos-jurídicos de la justicia en la aplicación actual.

Como anteriormente se señaló en los incisos precedentes, tanto en el procedimiento romano, como en el griego, podemos encontrar la específica y particular referencia a la intervención de los dos elementos que se señalaron como constitutivos de la justicia. Por una parte la intervención de una autoridad, de un personaje que representa a la organización social y por otro lado a la intervención directa del elemento social que implica la intervención del elemento psico-sociológico ya apuntado. Es patente que con la intervención del heraldo por parte del derecho griego y del pretor en el romano, estaba presente la intervención jurídica centralmente organizada, en ella se manifiesta la regulación del procedimiento por parte de ambas autoridades, su papel no es decir cual es la resolución al conflicto, sino establecer los cauces por donde debe desarrollarse la conflictiva jurídica para tener un respaldo socio-estatal.

Es en esa intervención donde la equidad se presenta, el pretor y el heraldo tratan de que los contendientes tengan cierta igualdad en el proceso, garantizan la legalidad del mismo y la nutren con su especial intervención en el caso del pretor, figura romana.

Por otra parte la separación del proceso en dos instancias, ante personajes diferentes también le nutre, porque la segunda instancia que es donde se decide la controversia es llevada ante no la autoridad central, sino ante el particular, miembro social, en el caso del derecho romano y por

la sentencia dictada por los ancianos y la última decisión reservada al pueblo, en el caso griego.

En ambos sistemas encontramos perfectamente definidos a los elementos de la justicia, la equidad y la conciencia social.

Nuestro derecho participando de la tradición española y a través de ella del derecho eclesiástico, al no dar cabida para la manifestación del conglomerado, automáticamente perdió la vitalidad que requiere, para tener un desarrollo paralelo al de la sociedad. En el sentido que he manifestado de entender a la equidad, ésta se da en cualquier sistema jurídico, en cuanto tienda a la igualación de los sujetos y la legalidad, no así la conciencia social.

Recordando al amparo, figura por demás propia del derecho mexicano, originalmente en el procedimiento se le daba la participación a la sociedad, a los individuos para que lo decidieran, desafortunadamente el legislador encargado de su redacción, pensó que eso le desfavorecería y suprimió fraudulentamente esa referencia, con ello logró quitarle la vitalidad y consiguientemente la capacidad de transformación. Precisamente al suprimir la intervención de la sociedad en la formulación de las resoluciones de nuestro amparo, dada la trascendencia del mismo, suprimió también con ello, la posibilidad de evolucionar paralelamente el derecho positivo mexicano con la sociedad actual. Es a todas luces loable el esfuerzo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza para hacer evolucionar al derecho, pero es insuficiente, la realidad en que estamos envueltos, está en un plano de desarrollo adelantado al del derecho actual.

Al hacer del derecho un producto exclusivamente técnico, se le privó de una evolución al ritmo de la sociedad. El jurista le imprime el sello

particular de su profesión, sin embargo, la vida jurídica, los ordenamientos jurídicos no pretenden regular tan sólo el acontecer del jurista sino el de cualquier sujeto.

En la medida en que al sujeto social se le permita incidir en el mundo jurídico, en esa medida ambos se enriquecerán, el sistema jurídico participará de la vitalidad del devenir social, y el sujeto participará de la vitalidad del derecho.

CONCLUSIONES

Primera.- De lo expuesto se desprende que la justicia es un valor, es decir, es un objeto ideal, una esencia ideal con la peculiaridad de que tiene una especial referencia a la objetividad, además de una pretensión de ser realizada en el mundo concreto, a través de la acción humana; como valor, contiene las características propias de los mismos, es decir, tiene validez aunque no se realice el ser real del valor justicia, pero aunque se da la independencia tiene la especial vocación de ser realizado, así la realidad que no realiza a la justicia se presenta ante todos como injustificada. También en la justicia se da la dualidad de los valores, a la vez tiene un valor negativo que lo auto-implica, o aun mejor, es el aspecto negativo el que implica al positivo, la injusticia crea a la justicia.

Segunda.- Dentro de la jerarquización de los valores, es la justicia el de más alto rango, es el valor fundado respecto a todos los demás valores jurídicos.

Tercera.- La justicia hace necesaria su inserción en la realidad de la existencia humana, es la categoría más primaria dado que es la categoría de la cual parten los demás valores y de ellos, la realidad humana, ya que al ser condicionada por la posibilidad de ser, y el ser queda encaminado a los valores, así, específicamente la justicia condiciona el ser del derecho, la forma que va asumiendo el derecho. Todo acto de normatividad, supone un juicio de valoración dirigido a la justicia o tendiente a ella.

Cuarta.- Sólo es posible hablar de justicia dentro del marco de la vida del hombre, pero además de la vida en relación, pues forzosamente, primero en ella se actualizan y segundo porque la justicia implica a la alteridad,

el derecho se instituye en la experiencia humana y social, el valor justicia justifica la experiencia jurídica como una actividad humana y social, es en la vinculación, en la bilateralidad donde se da el ser con otro, donde se establecen relaciones de sujeto a sujeto.

Quinta.- La justicia y el derecho dentro del marco axiológico son idénticos no puede haber derecho sin un grado de justicia, y no hay justicia sin derecho.

Sexta.- La justicia es el valor central precisamente porque nace de las distintas relaciones existenciales entre los hombres, de la concreción de la vida humana.

Séptima.- El derecho es un fenómeno social producido por la conciencia social, la justicia se afirma y se difiere del derecho porque es una valoración crítica del derecho positivo, la idea de justicia es la forma específica y característica de la conciencia social, a su vez, el derecho es un ensayo para realizar una idea, la realidad jurídica; el derecho mismo, corresponde a la vida social como es, la idea de justicia corresponde a la vida social como debería ser. El derecho positivo nunca puede satisfacer todas las tendencias y aspiraciones de la sociedad, en ese sentido es incompleto y por lo mismo imperfecto frente a las condiciones reales de la vida humana, la justicia como fundamento último del derecho, hace una valoración del mismo, del que realmente deviene, y a su vez, afirma un derecho ideal, superior que quiere y debe realizarse en congruencia con las aspiraciones de la conciencia social, ese derecho ideal, es en sí mismo la justicia.

Octava.- El derecho constituye el real contenido histórico de las ideas diferentes de la justicia, pero debemos recordar que la conciencia social se

renueva, transformando así a la justicia, por ello ningún sistema jurídico la puede agotar, porque todos los ordenamientos jurídicos adolecen de la estaticidad que el codificarlos envuelve. Por eso, el que las instancias renovadoras del derecho son extremadamente lentas en comparación con la transformación social.

Novena.- De las definiciones citadas, sólo algunas comporten algunas ideas de las expresadas; como menciona Kelsen, a la justicia como cualquier valor, si se pretende dar un concepto o definición, adolecerá, de la que si pretende ser absoluta, puede ser ampliamente atacada, las críticas que se le pueden hacer, nacen precisamente del hecho de que olvidan la especial particularidad misma que las crea, es decir, que así como son productos de sus propias y especiales circunstancias en que fueron creadas, participan de tal condición. En la definición aportada se tiene presente lo antes expuesto. También es de hacer notar el que la definición participa de los elementos que sirven a su vez de fundamento ideológico y soporte intelectual de los autores citados. Se retoman la alteridad, la conexión entre la objetividad que en ella concurren, la idea de totalidad, la referencia a la equidad, la comprensión intuitiva de su concepto, su dimensión social, la formación de una convención, el surgimiento de la justicia a partir de su contrario.

Décima.- La justicia es el fundamento del derecho, es la forzosa y necesaria vinculación entre la equidad y la conciencia social, es la expresión de la conciencia social, es decir, es una idea socialmente producida y referida especialmente al ser con otro, a las relaciones sociales, donde la equidad es el marco en que se desarrolla y expresa.

BIBLIOGRAFIA

- Aguero Aguirre Saturnino, *Lecturas de Filosofía del Derecho*, Edit. Anales de Jurisprudencia, México, 1992, 499 pp.
- Batiffol, Henri, *Filosofía del Derecho*, Trad. Lilia Gaffuri, Edit. EUDEBA, 2da. ed., 1972, 118 pp.
- Battaglia, Felice, *Curso de Filosofía del Derecho*, Trad. Elias de Tejada, Edit. REUS, Madrid. 1951, 377 pp.
- Consentini, Francesco, *Filosofía del Derecho*, Edit. Cultura, 2da. ed., México, 1930, 538 pp.
- De Soto, Fray Domingo, *De la Justicia y el Derecho*, E.I.E.P., Madrid, 1967, 240 pp.
- Doxa, *Problemas Abiertos de la Filosofía del Derecho*, Edit. Univesidad de Alicante, Alicante, 1984, 275 pp.
- Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, Edit. Esfinge, 14ta. ed., México, 1986, 530 pp.
- García Máynez, Eduardo, *Ensayos Filosófico-Jurídicos*, Edit. UNAM, México, 1984, 423 pp.
- García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Edit. Porrúa, 39va. ed., México, 1988, 444 pp.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Edit. UNAM, 5ta. ed., México, 364 pp.
- Herrera Figueroa, Miguel, *Justicia y Sentido*, Edit. Richardet, Argentina, 1955, 155 pp.
- Kuri Breña, Daniel, *La Filosofía del Derecho en la Antigüedad Cristiana*, Edit. UNAM, 4ta. ed., México, 77 pp.
- Mantilla Pineda, *Filosofía del Derecho*, Edit. Universidad de Antioquia,

México, 1961, 453 pp.

Martínez Ortiz, Elsa, **Ensayos Filosóficos**, Antología, Edit. UNAM, México, 1987, 287 pp.

Mora Barba, Alejandro, **Introducción al Estudio del Derecho**, Edit. Méndez, México, 1977, 164 pp.

Petit, Eugene, **Tratado Elemental de Derecho Romano**, Trad. José Fernández González, Edit. Epoca, México, 1977, 717 pp.

Ross, Alf, **Sobre el Derecho y la Justicia**, Edit. EUDEBA, Argentina, 1963, 375 pp.

Recaséns Siches, Luis, **Tratado General de Filosofía del Derecho**, Edit. Porrúa, 6ta. ed., México, 1978, 717 pp.

Tamayo y Salmorán, Rolando, **El Derecho y la Ciencia del Derecho**, Edit. UNAM, México, 1986, 239 pp.

Xirau, Román, **Introducción a la Historia de la Filosofía**, Edit. UNAM, 10ma. ed., México, 1987, 501 pp.

Zea, Leopoldo, **Introducción a la Filosofía**, Edit. UNAM, 9na. ed., México, 1983, 257 pp.