

17
Zej



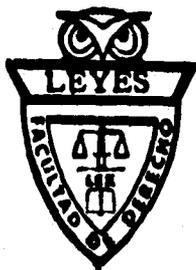
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"EL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL Y SU
IMPORTANCIA PARA EL ASEGURAMIENTO Y
PERMANENCIA DEL ESTADO DE DERECHO
EN MEXICO"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
CRISTINA ELIZABETH ALMAZO SOSA**



ASESORA: DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA

CD. UNIVERSITARIA, D. F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO
U. N. A. M.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

México, D. F., 13 de diciembre de 1995.

OFICIO APROBATORIO.

C. DIRECTOR GENERAL DE SERVICIOS ESCOLARES
FACULTAD DE DERECHO
U. N. A. M.
P R E S E N T E .

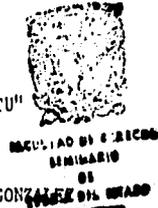
La Pasante de Derecho señorita CRISTINA ELIZABETH ALMAZO SOSA, ha elaborado en este Seminario bajo la dirección de la C. DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA, la tesis titulada:

"EL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL Y SU IMPORTANCIA PARA EL ASEGURAMIENTO Y PERMANENCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN MEXICO".

En consecuencia y cubiertos los requisitos -- esenciales del Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito a usted, tenga a bien autorizar los trámites para la realización -- de dicho examen.

A T E N T A M E N T E .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"


LIC. MARIA DE LA LUZ GONZALEZ GONZALEZ
DIRECTORA DEL SEMINARIO.



A DIOS:

*POR SER LA CAUSA PRINCIPAL DE TODO
AQUELLO QUE ME RODEA, SIN LO CUAL
NO HUBIERE LOGRADO NADA..*

A MIS PADRES:

*MIGUEL ALMAZO MORAN
BERTHA SOSA DE ALMAZO*

*COMO MUESTRA DE AMOR Y AGRADECIMIENTO
POR SU GRAN APOYO Y CONTRIBUIR A MI
FORMACIÓN PROFESIONAL.*

A LA DRA. MA. ELENA MANSILLA Y MEJÍA:

CON ESPECIAL AGRADECIMIENTO, POR HABER TENIDO

EL MAS GRATO HONOR DE SER MI ASESORA Y

CONTRIBUIR DE MANERA TOTAL EN LA ELABORACIÓN DE MI TESIS.

A MIS HERMANOS:

*JORGE, ALEJANDRO, GUADALUPE,
JESÚS, PATRICIA Y ALBERTO*

POR SU MOTIVACIÓN E INCENTIVOS.

A TI, ALEJANDRO MENDOZA G:

*QUIEN SIEMPRE ME BRINDASTE
TU CONFIANZA Y COMPRENSIÓN.*

A MI SOBRINO

CRISTHIAN EMMANUEL ALMAZO MARTÍNEZ:

*QUIEN CON SU TERNURA Y PUREZA,
LLENA MIS MOMENTOS DE FELICIDAD,
POR SER LA RAZÓN DE MI VIDA,
Y ALICIENTE PARA MI FORMACIÓN
PERSONAL Y PROFESIONAL.*

INDICE

EL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL Y SU IMPORTANCIA PARA EL ASEGURAMIENTO Y PERMANENCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO

	PAG.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1. EL ESTADO.	
1.1. CONCEPTO.....	1
1.1.1. ANTECEDENTES DE LA TERMINOLOGÍA DEL ESTADO.....	1
1.1.2. CONCEPTO GRAMATICAL.....	6
1.1.3. CONCEPTO JURÍDICO.....	7
1.2. EL ORIGEN DEL ESTADO.....	15
1.3. TEORÍAS.....	20
1.3.1. TELEOLÓGICAS.....	20
1.3.2. CONTRACTUALISTAS.....	21
1.3.3. NATURALISTAS.....	25
1.3.4. ETICO-ESPIRITUALISTA.....	27

CAPITULO 2. JUSTICIA, VIOLENCIA, Y DERECHO.

2.1. LA JUSTICIA.	28
2.1.1. CONCEPTO.	28
2.1.2. ANTECEDENTES EN LA IMPARTICION DE JUSTICIA	28
2.1.2.1. LA JUSTICIA PRIVADA	28
2.1.2.2. LA LEY DE TALIÓN	31
2.1.2.3. EN EL DERECHO ROMANO.	32
2.1.2.4. EN EL DERECHO INDÍGENA.	36
2.1.2.5. EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE	36
2.2. LA VIOLENCIA	39
2.2.1. CONCEPTO.	39
2.2.2. MANIFESTACIONES DE LA VIOLENCIA.	42
2.2.3. CLASES DE VIOLENCIA	43
2.3. EL DERECHO.	47
2.3.1. CONCEPTO.	47
2.3.1.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO	47
2.3.2. TEORÍAS DEL DERECHO.	48
2.3.3. FINES DEL DERECHO.	53

CAPITULO 3. EL ESTADO DE DERECHO

3.1. RELACIÓN DEL ESTADO CON EL DERECHO.	56
--	----

3.2. CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO	59
3.3. ANTECEDENTES DEL ESTADO DE DERECHO Y SU PROCESO DE FORMACIÓN,	60
3.4. FINES DEL ESTADO DE DERECHO	64
3.4.1. JUSTICIA	66
3.4.2. BIEN COMÚN.	68
3.4.3. SEGURIDAD JURÍDICA	70
3.4.3.1. CONCEPTO DE SEGURIDAD	71
3.4.3.2. ¿QUE ES LA SEGURIDAD JURÍDICA?.	71
3.4.3.3. LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA	73
3.4.3.3.1. CONCEPTO DE GARANTÍA	73
3.4.3.3.1.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO.	73
3.4.3.3.1.2. CONCEPTO JURÍDICO	74
3.5. EL ASEGURAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO	75
3.6. PROBLEMAS DEL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO	79
3.7. ¿ES EL ESTADO DE DERECHO INOPERANTE?.	80

CAPITULO 4. EL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL

4.1. ANTECEDENTES DEL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL	81
--	----

4.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	81
4.1.2. DEBATES EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.	85
4.1.2.1. PRESENTACIÓN Y DEBATE EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1856, DEL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL.	85
4.1.2.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1856.	91
4.1.2.3. PRESENTACIÓN DEL ARTICULO 17 EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1916.	93
4.1.3. REFORMAS AL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL.	94
4.1.4. TEXTO VIGENTE.	95
4.2. ANÁLISIS AL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL.	95
4.2.1. DERECHOS.	95
4.2.2. DEBERES QUE IMPONE.	97
4.3. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL.	103
4.4. FILOSOFÍA DEL ARTICULO DIECISIETE DE LA CONSTITUCIÓN. . .	107
CONCLUSIONES.	109
BIBLIOGRAFÍA.	111
HEMEROGRAFÍA.	114
LEGISLACIÓN.	114

INTRODUCCIÓN

La justicia por propia mano, es una práctica que actualmente acontece con frecuencia, y que no debe pasar por alto. El presente estudio pretende resaltar la gran importancia que tiene el artículo 17 constitucional que establece:

“Nadie puede hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Es una pena que en este siglo, de avances científicos, políticos, sociológicos, jurídicos, etc. la justicia, por mano propia, subsista, que la impartición de justicia sea ineficaz, y que a los tribunales erigidos para administrar justicia, se les tome como si no existieran, incumpliendo, ignorando u omitiendo su intervención.

En el presente estudio analizamos el Estado y el Derecho, su origen y teorías, la relación que existe entre ambos para la existencia del Estado de Derecho. Al efecto se hace un estudio histórico sobre la impartición de justicia y de la justicia por propia mano. Así como se analiza el gran valor que tiene el artículo 17, no sólo como garantía sino también para mantener el orden social.

Así en este orden de ideas, el desarrollo de esta investigación se divide en cuatro capítulos:

En el primero se estudia al Estado, su origen y diversas teorías que existen al respecto.

En el capítulo segundo, analizamos la justicia, en relación a sus antecedentes, la violencia en cuanto a sus manifestaciones, y al derecho respecto de sus distintas teorías así como sus fines.

El capítulo tercero, se refiere al Estado de Derecho, en el se analiza la relación que existe entre el Derecho y el Estado, los antecedentes del Estado de Derecho, sus fines y los problemas a que se enfrenta.

El capítulo cuarto, esta dedicado al estudio del artículo 17 constitucional, en él se analizan sus antecedentes a través de los diversos ordenamientos jurídicos de la antigüedad, el contenido de dicho artículo como garantía y como deber, y la investigación concluye con un el aspecto filosófico del tema en estudio.

CAPITULO PRIMERO

EL ESTADO

1.1. CONCEPTO.

Si queremos definir al Estado, tenemos que conocer sus antecedentes para así poder hablar directamente del concepto, por tal razón primero analizaremos la palabra Estado.

La palabra Estado a lo largo de la historia ha recibido diversas de denominaciones , al igual que se le han dado gran número de conceptos dentro de la Teoría del Estado, por lo que no puede decirse que exista sólo una definición. En este capítulo trataremos de buscar entre los diversos conceptos uno que abarque todo lo que la palabra Estado significa.

Empezaremos por estudiar los antecedentes del Estado, término que comenzó ha utilizarse en los siglos XV y XVI en Italia, y que analizaremos más adelante. Aunque el fenómeno político ha existido desde la antigüedad ha recibido diversos nombres en el transcurso del tiempo. //

1.1.1. ANTECEDENTES DE LA TERMINOLOGÍA DEL ESTADO.

En *Grecia*, "los griegos llamaron Estado *Polis*, que era idéntico a ciudad, razón fundamental por la cual la ciencia del Estado entre los Griegos hubo de construirse sobre el Estado Ciudad o sobre la Ciudad Estado, y nunca pudo llegar a comprender el Estado

como dotado de una gran extensión territorial".²⁾ Al respecto González Uribe señala que en las lecturas griegas y discursos, los historiadores, los filósofos, los poetas y dramaturgos incluyendo a los oradores y los hombres de Estado, utilizaron diversas denominaciones para indicar la realidad política de su tiempo. "Esas *Polis* constituyeron, pues la forma política fundamental de Grecia en su época de mayor esplendor. Su nombre mismo nos indica que no fueron Estados de gran extensión territorial como los que conocemos en los tiempos modernos, sino verdaderas ciudades con alguna extensión de terreno a su alrededor". Así mismo señala que la *Polis* estaba más arraigada a la comunidad que al territorio. "Los griegos ante todo, se identificaron con su comunidad, que era una comunidad política, cultural, económica y religiosa a la vez".³⁾

La razón por la que se dice que la *Polis* estaba más arraigada a la comunidad, lo podemos confirmar con Aristóteles en su libro "Política" (Libro Tercero) donde señala, "La ciudad en efecto, es una colección de ciudadanos".⁴⁾

En *Roma*, existió una evolución política semejante a la de Grecia, se emplearon distintas expresiones para designar la situación política de los romanos, pero al igual que en Grecia, se identificó más la pertenencia a la comunidad de ciudadanos como característica de lo político, que al hecho de vivir en un territorio determinado.⁵⁾

Los términos que se utilizaron en Roma, fueron; *populus*, para designar la reunión de individuos ligados por un acuerdo unánime en vista de su utilidad común; *res*

2. JELLINEK, Jorge *Compendio de Historia General del Estado* T. I. García Mayo, S. N. E. Edita Manuel de J. Nocumendi, México 1916 p. 41

3. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p. 143-145.

4. ARISTÓTELES. *Política* T. I. Antonio Gómez Pabledo, S. N. E., Edición de la U. N. A. M., México, 1961 p. 66

5. Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p. 145

publica, para designar la cosa común, o sea, no una forma constitucional determinada, sino una organización política cuya forma podía variar, era la simple colectividad tomada en su individualidad, en tanto que sujeto de relaciones jurídicas; *civitas* como una forma que adopta la *res publica*, y que consistía, en esencia en una comunidad jurídicamente organizada cuyo centro estaba constituido por una ciudad. (6)

Respecto del arraigo que la polis tenía con la comunidad, Jellinek señala lo siguiente "El Estado según la concepción de sus miembros se identifica con la comunidad de ciudadanos o *res publica*, con la comunidad del pueblo". (7)

En Roma el término *civitas* no fue el único que se utilizó para denominar a la comunidad jurídicamente organizada ya que con el transcurso del tiempo, en la última etapa de la evolución política romana, durante el Imperio, se cambió el término, de la *civitas*, como forma de la comunidad política, se pasó al *imperium*. Así de esta manera con la terminología romana se pasa a dar una importancia mayor al elemento poder que al elemento popular. (8)

Se le llama "*Edad Media*" o "*Medievo*" al periodo de mil años en la historia de Europa Occidental, que va del siglo V al XV de la era Cristiana. Se le ha calificado a esta época como oscurantismo, atraso, estancamiento, fanatismo y otros. El inicio del Medievo, se da con la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V. (9)

Los siglos del Medievo tuvieron como característica la coexistencia y lucha de formas variadas de poder. A principios del siglo IX de la era cristiana se crea el

6.- Cfr. GONZALEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa S.A., México, 1984 p. 143.

7.- JELLINEK, Jorge. *Compendio de la Teoría General del Estado*, Tr. O. García Mániz, S.N.E., Editor Manuel de J. Nucamendi, México, 1936 p. 120

8.- Cfr. GONZALEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S.A., México, 1984 p. 146

9.- Cfr. LÓPEZ PORTILLO Y PACHECO, José. *Orígenes y Teoría General del Estado Medieval*, Tercera Edición, IEPES PRJ, México, 1976, p. 66

Imperio Carolingio, con Carlomagno a la cabeza y a fines del siglo X se constituye el Sacro Imperio Romano Germánico, creado por Oton el Grande. Aquí se utilizó la denominación *Imperium*, en la que se acentuaba el poder de dominación del príncipe (imperio, empire). González Uribe, señala que existieron otras palabras, que se utilizaban para designar el poder del monarca, al igual que *imperium*, "...lo mismo puede decirse de la palabra latina *regnum*, de la cual derivaron *Reich*, en alemán; *regne*, en francés; *reign*, en inglés; *reino*, en español. Lo que se ponía de relieve no era el elemento territorial o el popular sino el de la potestad del monarca" (10).

En la Edad Media, debido a las grandes invasiones desaparecieron gran cantidad de ciudades, sólo persistió una de ellas, Bizancio, naciendo otras como, Venecia y Florencia. Desaparecieron las ciudades clásicas, y se edificaron castillos para protegerse de los ataques. Así surgió el Feudalismo en el que por medio de los castillos el señor feudal ofrecía protección, dando los siervos a cambio servicio y obediencia. (11)

González Uribe, señala que en la Edad Media, durante el Feudalismo existió una terminología especial para designar a la tierra que se le daba al señor feudal, era una región sobre la cual tenía jurisdicción, incluso, tenía, derecho de acuñar moneda, hacer justicia, hacer la guerra, se le llamaba también *señorío* por ser un pequeño reino dentro de uno grande. El poder político derivaba de la propiedad de la tierra. Originándose así otras denominaciones como *land* (tierra). Durante la baja Edad Media, también se utilizó el término "*ciudades*" para designar a la comunidad política. Las ciudades tuvieron sus

10 - CD GONZÁLEZ URIBE, Héctor *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p. 146.

11 - CD LÓPEZ PORTILLO Y PACIBCO, José *Génesis y Teoría General del Estado Moderno*, Tercera Edición, Editorial HEPES PRI, México, 1976 p. 67.

cortes o fueros; sus libertades y privilegios; sus gremios y universidades. En la baja Edad Media al alcanzar auge las ciudades y el derecho de gobernarse por sí mismas, se constituyeron en repúblicas. (12)

Al finalizar la Edad Media, desaparecen los señoríos feudales y surgen las naciones como Inglaterra, Francia, España.

Al decaer el poder de los Papás y emperadores, algunas ciudades llegaron a ser independientes constituyéndose así en repúblicas, tales como Venecia, Florencia, Génova, Pisa, y los Estados Pontificios, las cuales se desarrollaron no sólo en el comercio, la industria y las artes, sino también en la política. Así durante el renacimiento en Italia, en la ciudad de Florencia se usó por primera vez la palabra *Estado*, y aparece "*El Príncipe*", obra escrita por un político de Florencia de nombre Nicolás Maquiavelo.

(13)

Maquiavelo, en su libro habla de principados, clases de principados, como se adquieren, como se deben gobernar, porque se pierden, de los príncipes, sus deberes, y sus colaboradores. El capítulo primero llamado "De los distintos tipos de principados y del modo que se adquieren", se inicia diciendo "Todos los Estados, todas las soberanías que han ejercido y que ejercen autoridad en los hombres han sido y son repúblicas o principados". (14)

La palabra Estado utilizada por Maquiavelo, se extendió por toda la Italia, y Europa, y llegó a utilizarse en obras importantes de la literatura política, aun cuando

12 - Cfr. GONZALEZ URIBE, Hector *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrua S. A., México, 1984 p. 147

13 - Cfr. GONZALEZ URIBE, Hector *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrua S. A., México, 1984 p. 148

14 - MAQUIAVELO, Nicolás *El Príncipe*, S. N. E., Italia, México, 1949 p. 3.

también se seguía utilizando la expresión república para designar a la comunidad política. La denominación Estado llega a ser utilizada por grandes escritores como Loyseau, y William Shakespeare entre otros. En el siglo XVIII se amplía aún más el uso de la palabra Estado, introduciéndose el término en la literatura científica, y en la jurídica, así como en documentos políticos. En la actualidad se utiliza la denominación Estado para designar a la comunidad política total, aun cuando también se emplean otros términos como sinónimos de Estado, tales como: potencias, naciones, pueblos. (15)

La palabra Estado, es un término que ha prevalecido a lo largo de la historia por más de cuatrocientos años, y no se le puede considerar obsoleto. Una vez ubicadas históricamente las denominaciones anteriores a la palabra Estado, pasaremos a su análisis gramatical y etimológico para referirnos posteriormente a su concepto jurídico del Estado.

1.1.2. CONCEPTO GRAMATICAL.

La palabra Estado vista *Etimológicamente*; tiene su origen en la raíz latina Estado, "status", significa orden, regla, situación, jerarquización. (16)

En su acepción gramatical amplia "Estado equivale a manera de ser o de estar las cosas; es lo distinto a cambio. En la ciencia política, el 'Estado' también expresa una situación, algo que permanece dentro del cambio: la manera de ser o de estar políticamente. En un sentido amplio, Estado es la manera de ser o de estar construida políticamente una comunidad humana". (17)

15 - Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p 148-149

16 - Cfr. LÓPEZ PORTILLO Y PACHECO, José. *Genealogía y Teoría General del Estado Moderno*, Tercera Edición, Editorial IEPES FRI, México, 1976 p 58

17 - PORRUA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*, Vigésima Cuarta Edición, Porrúa, S. A., México, 1991, p 192

1.1.3. CONCEPTO JURÍDICO.

En relación a la definición de Estado, Jellinek ¹⁰ habla de dos tipos que son; *el tipo ideal y el tipo empírico* del Estado. "El problema de una ciencia del Estado y de las instituciones del mismo en general, consiste en buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado y las relaciones en que se encuentran". En relación a los "*Tipos ideales*" estos significan "...la lucha por hallar el mejor Estado y por dar una pauta para medir con ella las instituciones de Derecho Público existentes en un momento determinado". "...el 'Tipo ideal' de que se nos habla no se encuentra en un camino de investigaciones científicas, sino en la pura especulación, y no en una acción especulativa fría o circunspecta al menos; sino que los tipos ideales de Estado son originariamente expresiones profundas de las más hondas luchas políticas de una época y de sus partidos". "La especulación acerca del 'Tipo ideal', como toda especulación, descansa, en último término, en convicciones subjetivas".

"Al 'tipo ideal' se opone el 'Tipo empírico'."

"El tipo empírico se diferencia fundamentalmente del Tipo ideal en que de él no surge la exigencia de expresar un ser objetivo que trascienda de la experiencia; significa tan sólo la unificación de notas entre los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Mediante él ordenamos la variedad de los fenómenos al extraer de ellos lo que les es común lógicamente. Este 'Tipo' es una abstracción que en la mente del investigador se perfecciona y que frente a la pluralidad indefinida de fenómenos permanece como lo real". "Tales 'Tipos empíricos' habrán de

10 - JELLINEK, Georg *Teoría General del Estado*. Tr. Fernando de los Ríos, Segunda Edición, Editorial Albatros, Argentina, 1970 p 25-30

hallarse por vía inductiva, lo equivale a decir, mediante la comparación de los Estados particulares, su organización y funciones". El 'Tipo empírico' se obtiene "...por la extracción de las notas comunes que se ofrecen en una gran variedad de casos particulares".

En síntesis diremos que para Jellinek, el tipo ideal del Estado, es encontrar o realizar una construcción ideal del Estado perfecto, y el tipo empírico, se obtiene mediante la observación real de la historia, y de la comparación de Estados particulares.

De esta manera con el tipo ideal y con el tipo empírico elabora un concepto del Estado.

Georg Jellinek, en su libro de "Teoría General del Estado" nos habla de dos conceptos de Estado: *concepto social del Estado y concepto jurídico del Estado.* (19)

Señala que para conocer el concepto social del Estado, es necesario estudiar los hechos relativos a la vida del mismo.

Para Jellinek, en los elementos objetivos del Estado se encuentra una suma de relaciones sociales que se traducen en actividad entre hombres, pero estas relaciones entre hombres son exclusivamente una función, y la substancia que sirve de base a esta función es y ha de ser el hombre.

La substancia la forman los hombres. Es decir que sin el hombre el Estado no existe, porque el hombre es el que crea al Estado, el Estado es una función psíquica y los hombres forman la substancia.

Así el Estado consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres.

19 - Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tr. Fernando de los Ríos. Segunda Edición, Editorial Albatros, Argentina, 1970. p. 128-115.

Forman el substrato del Estado hombres que mandan y hombres que obedecen, existe además un territorio, elemento que va adherido al hombre, ya que sin el sujeto humano, no hay territorio, sino sólo una parte de la superficie de la tierra.

En el Estado hay relaciones de dominio, entre el dominador y los dominados, las cuales se deben ordenar. El orden se realizará mediante la relación de los elementos que están separados unos de otros reduciéndolos a unidades, cada una de las cuales tiene que descansar en un principio de unificación; y este principio que nos ha de dar la unificación de las relaciones de voluntad es el que se nos presenta como Estado.

Es el Estado el que encierra dentro de sí, a todas las demás asociaciones y el que forma la unidad social más necesaria. Todos los poderes coactivos de las asociaciones derivan del poder coactivo del Estado mismo; así que solamente la coacción del Estado es la que puede obligar a permanecer en la asociación. Nadie puede sustraerse al Estado.

El Estado tiene poder de mando, es decir que tiene la capacidad de poder hacer ejecutar incondicionalmente su voluntad a otras voluntades. Sólo el Estado es el que tiene ese poder ilimitado, incondicional, de vencer con la voluntad propia a todas las demás. Su fuerza la recibe originariamente de sí mismo, y jurídicamente no deriva su poder de ningún otro, sino exclusivamente de la propia asociación.

Así de ésta manera para Jellinek, el concepto social del Estado *"...es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio"*.

El concepto jurídico de Estado, dado por Jellinek es que: *"el Estado, es la*

corporación formada por un pueblo, dotado de un poder de mando originario y asentado en un determinado territorio; o en forma más explícita la corporación territorial dotada de un poder de mando originario".

De esta teoría de Jellinek destacan tres elementos: la asociación de hombres que se relacionan entre sí por un fin, el territorio y el poder de dominación. Y en su concepto jurídico, además de los tres aspectos ya mencionados, cita uno más que es lo jurídico, es decir el Derecho.

Hans Kelsen, ⁽²⁰⁾ nos dice que "...el Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico, el orden hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento", siempre y cuando la conducta humana no sea el objeto de la sociología, porque no puede haber dos conceptos de Estado (sociológico y jurídico) sino solamente uno, que sería el jurídico. Esos hechos son acciones de seres humanos, y tales acciones son actos del Estado, únicamente en cuanto se les interpreta con un orden normativo y cuya validez tiene que ser puesta de antemano.

Nos parece que el concepto de Kelsen, es inaceptable en relación a que no puede haber dos conceptos de Estado, sino solamente uno el Jurídico, consideramos que debe incluirse lo jurídico, lo sociológico, y lo político, ya que no se puede tener un Estado sin tomar en cuenta estas materias.

Herman Heller, en su obra "Teoría del Estado", ⁽²¹⁾ se refiere al Estado Como Unidad Organizada, Heller se hace una pregunta ¿cómo hay que concebir al Estado

20 - Cfr. KELSEN, Hans *Teoría General del Derecho, la y del Estado*. Tr. Eduardo García Maynez, Cuarta Reimpresión, U N A M., México, 1988 p 224,225

21 - HELLER, Herman *Teoría del Estado*. Tr. Luis Tobío, Tercera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1955 p 242-256

dato que es producido por muchos y sin embargo, él actúa unitariamente?. Heller hace algunas observaciones respecto al Estado, "El Estado es un centro real y unitario de acción, que existe en la multiplicidad de centros de acción reales y autónomos, ya individuales ya colectivos".

Nos dice que "el Estado es más que la suma de individuos que lo forman". "La unidad estatal no aparece, de hecho, ni como 'orgánica' ni como ficticia, sino como unidad de acción humana organizada de naturaleza especial". "El Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad soberana de acción y decisión". "El género próximo del Estado es pues, la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de la decisión y la acción. La diferencia específica, con respecto a todas las demás organizaciones, es su calidad de dominación territorial soberana". "La organización estatal es aquel "status", renovado constantemente por los miembros, en el que se juntan organizadores y organizados. La unidad real del Estado cobra existencia únicamente por el hecho de que un gobierno disponga de modo unitario sobre las actividades unidas, necesarias para la autoafirmación del Estado".

Por lo tanto Heller señala que: "el Estado no es un orden normativo; tampoco es el pueblo; no está formado por hombres sino por actividades humanas". Y los elementos del Estado como son: la ordenación, el pueblo, el territorio y los órganos del Estado, sólo adquieren plena verdad y realidad en su recíproca interrelación.

Sánchez Agesta, (22) en su libro de "Principios de Teoría Política", expresa

22 - Cfr. Cit por GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p 156-158

que el concepto del Estado puede estudiarse desde cuatro posiciones que son: deontológica, sociológica, jurídica y política. Las cuales coinciden en relación a los elementos generales del concepto específico, pero son distintas al referirse al carácter que sella la individualidad del Estado.

Nos dice que las deontológicas son "aquellas que nos proponen una idea del Estado determinándolo por un contenido específico de fines, normas o valores que debe realizar".

Por definición sociológica de Estado entiende aquella que lo concibe "...como una agrupación social cuya nota específica es la calidad de su poder".

Por definiciones jurídicas del Estado entiende que son "...aquellas que en estricto rigor derivan, de la escuela del formalismo jurídico que pretende reducir los problemas de la teoría política a fórmulas de Derecho".

La definición política que da del Estado es "...aquella en las que se hace hincapié en lo que el Estado destaca como una formación característica de la vida política".

Sánchez Agesta entiende al Estado como: "...una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico autónomo y centralizado, que tiende a realizar el bien común en el ámbito de esa comunidad".

Respecto a las posiciones de Sánchez Agesta, consideramos que cada una de las clasificaciones, lleva implícita lo que podría llamarse un elemento o una parte del Estado; la posición sociológica, lleva inmerso al grupo social (que es la comunidad de

personas o el pueblo); el concepto jurídico lleva implícita a la norma jurídica que va a regular a esa comunidad humana y a limitar el poder; el concepto político menciona en sí mismo al poder supremo que tiene todo Estado; y el concepto teleológico, señala el fin que el Estado debe de realizar, que es el bien común. Estas cuatro posiciones pueden ser tomadas en cuenta como base para la elaboración de un concepto del Estado más completo.

Adolfo Posada, en su libro "Tratado de Derecho Político" ⁽¹⁾ realiza un análisis respecto al concepto del Estado, el cual es importante mencionar, nos dice que para dar un concepto del Estado "...es preciso intensificar y ampliar la interpretación, sin abandonar el terreno de lo real, pero procurando penetrar y comprender la significación ideal finalista de los datos reales".

Nos habla de dos clases de elementos que componen al Estado, y nos dice "El análisis sereno y la interpretación racional de la realidad Estado, recogida más o menos fragmentariamente en las diversas concepciones políticas y jurídico-políticas, obliga a distinguir y a diferenciar en el Estado estas dos clases de elementos, igualmente reales y de valor positivo:

-Elementos externos y visibles.

-Elementos Internos, materialmente invisibles".

"I.-ELEMENTOS EXTERNOS Y VISIBLES, que componen el Estado ostensible, la entidad del Estado son: a) un espacio-territorio-land; b) una comunidad humana, ciudad, nación o mejor, pueblo-Volk-, esto es, grupo de hombres formando

1) - POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. T. 1, Quinta Edición, Librería Central de Victoriano Suárez, España, 1935, p 77-84.

comunidad 'espacial', de vida -con tradición e historia-; c) el poder o fuerza, que reside en la comunidad y que pone de manifiesto la 'capacidad' de la misma para vivir convenientemente organizada, con un sistema de actividades que atienden a la satisfacción de las necesidades comunes -funciones hoy definidas como servicios".

"II.- ELEMENTOS INTERNOS, MATERIALMENTE INVISIBLES - espirituales, íntimos-, de fondo, y que se sintetizan y expresan al Estado son:
a) La relación que consiste en el movimiento característico del Estado -el movimiento- ; se trata hemos dicho, de una relación definible como de obediencia o de acomodamiento;
b) La norma según la cual ha de producirse dicha relación; c) El contenido vital de la relación motivo de la norma".

"Sin desconocer el valor de esos dos grupos de elementos del Estado, reconocida la necesidad de su consideración total en la definición, la significación de cada grupo es distinta en la elaboración de la *idea pura* del Estado. La visión real del Estado como síntesis -orgánica- de país y pueblo con poder suficiente, quizá impide llegar a la raíz profunda de su ser íntimo. Los elementos externos -país, pueblo, poder constituido y actuante -bastan para apreciar las formas variables, aunque necesarias, de los Estados reales -históricos-, pero no nos revelan la naturaleza de su actividad generadora".

Después de lo analizado llegamos a la conclusión que el concepto de Estado que realiza González Uribe en su libro de "Teoría Política" es el más aceptable y completo, al señalar que el Estado es: "...una sociedad humana establecida permanentemente en un territorio, regida por un poder supremo, bajo un orden jurídico,

y que tiende a la realización de los valores individuales y sociales de la persona humana (bien público temporal según Dabin)".²⁴

1.2. EL ORIGEN DEL ESTADO.

El Estado al ser una estructura organizada, ha hecho surgir en todo investigador diversas interrogantes tales como: ¿cuando surgió el Estado?, ¿donde surge?, ¿por qué surge?, y ¿como surge?, por tal razón trataremos de hacer un estudio del origen del Estado, para tratar de responder a estas dudas que nos inquietan.

González Uribe en su libro de "Teoría Política"²⁵, realiza un estudio del origen del Estado, al cual haremos referencia en este análisis. Señala el origen del Estado con diversas interrogantes como son ¿de donde viene el Estado?, ¿cuándo y cómo apareció en la historia de la humanidad?, ¿qué es lo que explica su existencia hasta nuestro tiempo?, es un problema que tiene múltiples aspectos y por lo tanto puede estudiarse desde diversos puntos de vista.

Así González Uribe señala diferentes enfoques para el estudio del origen del Estado.

El primer punto de vista es el histórico, y el segundo el sociológico.

El origen del Estado, visto desde el punto de vista *histórico*, es el que nos va a responder a la pregunta ¿cuando nació el Estado?. Señala que este problema histórico puede ser tratado, a su vez desde dos ángulos diferentes o bien se considera al Estado en

24 - GONZALEZ URIBE, Héctor *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p. 162

25 - Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p. 441-450

términos generales y abstractos, como una institución que se presenta en un momento determinado en la evolución de los pueblos, o bien se le toma en términos particulares y concretos, con referencia a cierta comunidad humana, como por ejemplo, Inglaterra, Francia, Alemania, Estados Unidos, México o Argentina.

Señala que el problema del origen del Estado debe resolverlo la Historia Política, además de que no es suficiente para precisar el origen del Estado, el limitarse a la historia ya que: "...si se trata de precisar ¿cuándo?, ¿en qué momento? apareció el Estado, como tal, en la sociedad humana, el historiador se encuentra impotente, desarmado. Tiene que recurrir a los datos de la prehistoria, y ésta le revela que cuando acude a las fuentes de que puede disponer, encuentra en ellas que los primeros rasgos de organización política manifiestan ya un largo proceso evolutivo cuyo principio se pierde en la obscuridad de los tiempos. Es imposible, pues, como no sea aproximativamente, determinar el *cuándo* de la comunidad política, desde un punto de vista histórico. Cuando el historiador recoge signos o huellas de la institución 'Estado' es porque el proceso evolutivo se encuentra muy avanzado".

De este análisis encontramos que es imposible resolver dos de las interrogantes planteadas anteriormente que son el ¿cuándo? y el ¿dónde? surge el Estado

El ¿cuándo? significa precisar un periodo exacto en que nace el Estado. Pero no se puede especificar en que tiempo surge, debido a que el hombre desde que ha existido nunca ha vivido aislado, siempre ha vivido en sociedad. Encontramos entonces que cuando el ser humano comienza asociarse a otros y forma una comunidad, necesariamente debe de establecerse una organización para que se pueda mantener esa

unidad, en donde exista convivencia entre sus miembros. La organización y la comunidad son antecedentes del Estado. Dado que, una sola persona no puede formar un Estado, se necesita un gran número de ellos para formarlo, así el Estado ha existido desde que los hombres existen, aunque no como la gran estructura que en la actualidad existe. Podría decirse que el Estado surge, en el momento en que surge la humanidad y se organiza.

El ¿donde? surge el Estado, se refiere a establecer en que lugar exactamente, pero es imposible señalar en que sitio, aunque de acuerdo a la historia sobre los primeros pobladores de la tierra, podemos decir que es en el sitio donde se establecieron las primeras comunidades de hombres.

En relación al ¿como? significa al modo, a la manera en que surge el Estado, pero de acuerdo a lo señalado en el cuando y el donde, podemos decir que el modo, esta en el hombre, en su naturaleza instintiva de asociarse con otros seres humanos. Necesitándose de individuos dispersos que se unan por su misma naturaleza de sociabilidad, formando así una comunidad para su propia sobrevivencia.

El ¿por qué? surge el Estado, indica a la razón, a la causa. Podemos decir que el Estado surge por necesidad natural del hombre, porque este se une a otros individuos primeramente por su naturaleza de sociabilidad, pero después sigue unido a esa comunidad o grupo por necesidad para así subsistir y alcanzar los fines que tenga como persona.

Consideramos que las interrogante cuando, donde, como, y por que encuentran su respuesta en el hombre mismo.

El segundo punto de vista del origen del Estado es el *sociológico*, en este señala González Uribe que: "...no se trata de saber cuándo nació el Estado sino cómo, o sea, cuál es el proceso social que condujo a una sociedad a convertirse en Estado". "Lo que importa no es precisar el cuándo, histórico y temporal, sino el *modo* como surgió el Estado, aunque este modo este ligado siempre con un proceso evolutivo histórico. En el fondo se trata de hallar la función social del Estado, el por qué existe, y por que, en cierto momento, se hizo necesario su advenimiento". Nos dice que corresponde a la Sociología Política relacionada con la Historia Política y la Sociología General, resolver este problema. El cual tiene también un doble aspecto: puede plantearse en relación con el Estado en general, y también en relación con cada Estado en concreto.

Considera que para determinar como surge la organización política. "En primer lugar hay que diferenciar el *Estado* del *gobierno*. El *Estado*, como mero orden de una sociedad en la que existen ya múltiples lazos de convivencia, es anterior. El *gobierno*, como forma más perfecta de la coacción organizada, es posterior. Supone un proceso evolutivo, más o menos largo, que va de lo simple a lo diferenciado".

"Tomando en consideración este dato, podemos señalar varias etapas en la aparición del Estado con su gobierno: 1. El paso de la vida nómada a la vida sedentaria y el asentamiento de la población en un espacio territorial geográfico; 2. El tránsito de la indiferenciación primitiva a un 'status' más diferenciado, debido , básicamente, a la oposición de los sexos, de las edades y de las aptitudes, que da lugar a la cooperación doméstica y social; 3. La evolución de la familia hacia grupos sociales más amplios, poderosos y diferenciados, como el clan, la tribu, la fratria, la gens, al enriquecerse el

vínculo de consanguinidad con otros vínculos de solidaridad religiosa, económica militar y cultural; 4. La aparición de oposiciones y luchas entre los diversos núcleos jurídicos, que pugnan por imponer su derecho como superior al de los demás; 5. La diferenciación clara entre el grupo que llega a tener el máximo poder, y se constituye, por ello en el grupo gobernante, y el de los súbditos o gobernados. Sólo el primero puede reclamar el monopolio de la coacción". Señala que cuando se llega a esta última etapa es cuando ya ha aparecido el Estado con todas sus características, pero no se puede determinar en que momento preciso apareció, ya que cuando se encuentran algunos rasgos históricos es porque ya había existido una evolución previa cuyo origen en el tiempo no se puede precisar.

Nos dice que el Estado "en cualquier momento en que haya aparecido, es un fenómeno a la vez natural y voluntario. Es fruto de la espontaneidad y al mismo tiempo de la reflexión ... Es un orden social permanente: los Estados particulares podrán desaparecer y transformarse, pero los hombres buscarán siempre el Estado - con lo que implica autoridad y orden, para la paz y la justicia - a fin de vivir bien y sin zozobras". Debido a esta última conclusión, derivada del proceso sociológico de producción del Estado, se plantea el problema de su *origen filosófico*, en los siguientes términos "...cuando el hombre se detiene a meditar en el hecho de que el Estado sea un fenómeno natural y voluntario, espontáneo y reflexivo, a la vez, y de que sea un instrumento capaz de asegurar el orden, la paz y la justicia en la vida social humana, no puede menos de preguntarse acerca de la causa última de que esto suceda. Así se eleva al plano de la especulación filosófica y busca lo que en metafísica se llama *causa eficiente*, ósea, el

principio que, por su acción, es capaz de producir un ente determinado".

El tercer punto de vista para estudiar el origen del Estado es el *filosófico*, que se ocupa de "las fuerzas, intrínseca o extrínsecas, que dieron origen al Estado como tal, en términos generales".

En este punto de vista filosófico, existen diversas teorías, las cuales son: de carácter teológico, voluntaristas o del pacto, las de tipo naturalista y las de tipo ético-espiritual. Por el momento no hablaremos de estas teorías, ya que nos referiremos ampliamente a ellas, más adelante.

Un cuarto y último punto de vista del origen del Estado, que menciona González Uribe, es el *Jurídico*, "que se aplica a la consideración del nacimiento o aparición de los Estados en el seno de la comunidad jurídica internacional. Este punto de vista, aunque en un sentido amplio puede considerarse incluido en los demás, es de suyo propio de etapas más avanzadas de civilización, en las que el Estado es ya una entidad perfectamente diferenciada y puede plantearse el problema de su transformación en un ente jurídico autónomo".

1.3. TEORÍAS.

1.3.1. TELEOLÓGICAS.

El primer grupo de teorías al que nos vamos a referir es a las de carácter *teleológico*, las cuales consideran que el Estado tiene su origen en la voluntad divina.

Que Dios es el creador del Estado. Estas ideas son defendidas principalmente por el cristianismo.

Encontramos en la Epístola de San Pablo a los Romanos, capítulo XIII, vers. 1, señala "...que todos se sometan a las autoridades que nos dirigen .Porque no hay autoridad que no venga de Dios, y las que existen han sido establecidas por Dios".

Partidario de esta teoría es San Agustín, obispo de Hipona quien con su obra "La Ciudad de Dios", señala: "...como el poder político bien ordenado viene de Dios y como el pecado del hombre pervirtió el plan divino e hizo nacer la coacción política, con su secuela de molestias y exigencias".²⁶

Consideramos que las teorías teológicas, no estudian el origen del Estado, sino el elemento Poder, es decir el origen del poder, la justificación del poder.

1.3.2. CONTRACTUALISTAS.

El segundo grupo de teorías es la *voluntarista o contractual*, señalan que el Estado tiene su origen en la voluntad humana, mediante un convenio, de la cual los principales exponentes son: Rousseau, Hobbes, Locke.

Uno de los contractualistas es, Juan Jacobo Rousseau,²⁷ que señala en su libro: "El Contrato Social", que cuando los hombres, llegan a un punto en que hay obstáculos, que superan la fuerza de cada individuo, impidiéndoles su conservación en el estado natural. Entonces para sobrevivir en ese estado primitivo, el hombre tiene que cambiar su manera de ser. Como los hombres no pueden crear nuevas fuerzas, sino

26 - Cit por. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Quinta Edición, Perma, S. A., México, 1984 p 431.

27 - Cit ROUSSEAU, Jean Jacobo. *El Contrato Social*, Segunda Edición, Dirección General de Publicaciones, México, 1969 p 20-21

solamente vivir y dirigir las que ya existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepasar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad.

Así la fuerza y la libertad de cada hombre, constituyen los principales instrumentos para su conservación. Rousseau al efecto da la siguiente fórmula «Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes», esto solamente lo proporcionará el Contrato Social.

“Este acto de asociación convierte instantáneamente a la persona individual de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y hoy el de República o Cuerpo Político, el cual es denominado Estado cuando es activo, potencia en comparación con sus semejantes. En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de Pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. Pero estos términos se confunden a menudo, siendo tomados el uno por el otro; basta saber distinguirlos, cuando son empleados con toda precisión.”

Rousseau, habla de un cuerpo político, que se forma por el contrato social, un cuerpo de poder, que es el Estado, pero también se refiere al poder, es decir a su justificación y no se refiere al origen histórico del Estado.

Otro autor partidario de la teoría contractual es Tomas Hobbes, (28) que en su obra "Leviatan", nos dice que en la generación de un Estado: "...el único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que, además sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquel y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera.* Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina *Estado*, en latín *civitas*."

28 - HOBBS, Thomas. *Leviatan*. Tr. Manuel Sánchez Sario, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1940 p 140-141

Thomas Hobbes, al igual que Rousseau, nos habla de un pacto que es la forma en que se crea el Estado, justifican al poder cuando nos dice Hobbes, que el pacto es el camino para erigir un poder común. Aunque sus pensamientos se diferencian porque, por un lado Hobbes señala que antes del pacto los hombres vivían en un estado de guerra, en un estado bestial, donde se atacaban unos a otros. Y Rousseau, nos dice que los hombres antes del contrato se encontraban en un estado de bondad innata, en donde eran libres y buenos por naturaleza.

Otro contractualista es John Locke, quien expone su teoría en su libro "Ensayo Sobre el Gobierno Civil", en el capítulo octavo referente al comienzo de las sociedades políticas, señala que: "...siendo, según se ha dicho ya, los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad. ... Una vez que un determinado número de hombres ha consentido en constituir una comunidad o gobierno, quedan desde ese mismo momento conjuntados y forman un solo cuerpo político, dentro del cual la mayoría tiene el derecho de regir y de obligar a todos".

1.3.3. NATURALISTAS.

Existe otro tercer grupo de teorías es el de las *naturalistas*, son aquellas que señalan que el Estado tiene su origen en factores puramente naturales.

Estas teorías sostienen que el "...Estado es la consecuencia -necesaria, ineluctable- de fuerzas puramente naturales, en las que poco o nada puede influir la voluntad del hombre. El carácter de esas fuerzas es variable: a veces es la simple geografía; a veces la ambición de poder y de conquista que lleva a unas razas a luchar contra otras en una continua pugna por el predominio o por la supervivencia: el darwinismo político, en el que, a semejanza de lo que ocurre en el mundo biológico, el más fuerte vence al más débil y las especies menos dotadas para la lucha por la vida acaban por extinguirse. El Estado viene siendo la consecuencia de un hecho de poder, de fuerza, de violencia." "O bien es el instrumento que van creando y perfeccionando las clases dominantes en la sociedad para imponer o perpetuar su dominio, como ocurrió en la sociedad esclavista de la antigüedad y en la sociedad feudal de la Edad Media y de los primeros siglos de la Era Moderna, o como sigue ocurriendo en la sociedad capitalista hasta nuestros tiempos. Así lo afirman Marx, Engels y sus seguidores. Y opinan que cuando desaparezcan las clases sociales y la consiguiente pugna entre ellas, desaparecerá también el Estado, que no tendrá ya razón de ser." ¹⁰

Estas teorías naturalistas son producto de fuerzas materiales, cuyos factores pueden ser sociológicos, económicos, militares, o político-biológicos, en donde no intervienen factores racionales o de valores, sino que domina el factor natural.

10 - GONZÁLEZ URIBE, Hector *Teoría Política, Quinta Edición*, Purnia, S. A., México, 1984 p.431-431

1.3.3. NATURALISTAS.

Existe otro tercer grupo de teorías es el de las *naturalistas*, son aquellas que señalan que el Estado tiene su origen en factores puramente naturales.

Estas teorías sostienen que el "...Estado es la consecuencia -necesaria, ineluctable- de fuerzas puramente naturales, en las que poco o nada puede influir la voluntad del hombre. El carácter de esas fuerzas es variable: a veces es la simple geografía; a veces la ambición de poder y de conquista que lleva a unas razas a luchar contra otras en una continua pugna por el predominio o por la supervivencia: el darwinismo político, en el que, a semejanza de lo que ocurre en el mundo biológico, el más fuerte vence al más débil y las especies menos dotadas para la lucha por la vida acaban por extinguirse. El Estado viene siendo la consecuencia de un hecho de poder, de fuerza, de violencia." "O bien es el instrumento que van creando y perfeccionando las clases dominantes en la sociedad para imponer o perpetuar su dominio, como ocurrió en la sociedad esclavista de la antigüedad y en la sociedad feudal de la Edad Media y de los primeros siglos de la Era Moderna, o como sigue ocurriendo en la sociedad capitalista hasta nuestros tiempos. Así lo afirman Marx, Engels y sus seguidores. Y opinan que cuando desaparezcan las clases sociales y la consiguiente pugna entre ellas, desaparecerá también el Estado, que no tendrá ya razón de ser." //

Estas teorías naturalistas son producto de fuerzas materiales, cuyos factores pueden ser sociológicos, económicos, militares, o político-biológicos, en donde no intervienen factores racionales o de valores, sino que domina el factor natural.

Partidarios de esta teoría son: Engels, Duguit, y Ludwig Gumplowicz entre otros.

Engels, (11) señala que "...el Estado no es de ningún modo un poder exteriormente impuesto a la sociedad; tampoco es la realización de la idea moral, 'ni la imagen y la realización de la razón', como lo pretende Hegel. Es más bien un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo determinado; es la confesión de que esa sociedad se pone en una irremediable contradicción consigo misma, y está dividida por antagonismos irreconciliables, que es impotente para conjurar. Pero a fin de que las clases antagonistas, de opuestos intereses económicos, no se consuman a sí mismas y a la sociedad con luchas estériles, hacerse necesario un poder que domine ostensiblemente a la sociedad y se encargue de dirimir el conflicto o mantenerlo dentro de los límites del 'orden'. Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se le hace cada vez más extraño, es el Estado."

Otro partidario es Duguit, quien sostiene: "...el Estado aparece desde que existen, en un grupo dado, uno o varios hombres que, detentadores de una mayor fuerza material, moral o numérica -la naturaleza de la fuerza dominante depende de los tiempos, de los lugares, de las civilizaciones- obtienen la obediencia de los demás hombres, de donde resulta que el Estado es un fenómeno de *poder, de fuerza*". (12)

11 - ENGELS, Federico: *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada, y el Estado*, Primera Edición, Editores Mexicanos Unidos, S. A., México, 1977, p. 195.

12 - Cit. por GONZÁLEZ UNIBE, Héctor: *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984, p. 449.

Ludwig Gumplowicz, naturalista considera "...que la naturaleza del Estado deriva de las fuerzas naturales de la sangre y de la raza como elementos primarios e instintivos que llegan a adquirir en el Estado un influjo consciente y configurador." (13)

1.3.4. ETICO - ESPIRITUALISTA.

La cuarta y última posición es la *ético - espiritualista*, que afirma que el Estado tiene su origen en la naturaleza racional y libre del hombre. De la cual González Uribe realiza un análisis completo y, señala que: "El común denominador de estas teorías es el considerar que la causa eficiente primaria del Estado es la misma naturaleza racional y libre del hombre que no encontrando en el individuo humano aislado la posibilidad de realizar plenamente todas sus capacidades y riquezas espirituales, busca la agrupación humana". Continúa diciendo al respecto que: "El Estado se origina en la naturaleza del hombre, pero no en la zona instintiva, irracional, subconsciente de la misma -en la cual predominan las concupiscencias depravadas y los impulsos egoístas y de dominación - sino en la zona consciente, racional y libre... Además el Estado tiene un fin moral: la vida buena de la multitud; la felicidad de los hombres. Y para ello debe de realizar valores fundamentales: el bien, la verdad, y la justicia". (14)

13 - Cit por GONZÁLEZ URIBE, Hector. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p 449

14 - GONZÁLEZ URIBE, Hector. *Teoría Política*, Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p 449,452

CAPITULO SEGUNDO

JUSTICIA, VIOLENCIA Y DERECHO

2.1. LA JUSTICIA.

2.1.1. CONCEPTO DE JUSTICIA.

Gramaticalmente la palabra justicia deriva del "latín *justitia*, que a su vez proviene de *jus*, que significa lo '*justo*'." (35)

"La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa por tanto en sí mismo y no derivado de otro superior". (36)

2.1.2. ANTECEDENTES EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.

Es importante hacer un análisis de la impartición de la justicia para conocer su inicio, su evolución y sus transformaciones, así como se ha aplicado en diversos sitios. Ya que lo que conocemos nosotros ahora sobre la impartición de justicia, no corresponde a la de sus inicios, debido a los diversos cambios de que ha sido objeto en el transcurso del tiempo, y de región a región.

2.1.2.1. LA JUSTICIA PRIVADA.

La venganza privada como forma de aplicación de la justicia consistió en lavar la afrenta al ofendido y a sus parientes, quienes podían hacerse justicia por mano propia.

La venganza de la sangre se realizaba por hechos graves, asumía un carácter

35 - *Disciplina Jurídica Mexicana*, T. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, Porrúa, S.A., U.N.A.M., México, 1988, p.1704

36 - *Enciclopedia Jurídica Ombra* T. XVII, S.N.E., Bibliográfica Ombra, Argentina, 1969 p. 656

colectivo, y era un derecho y un deber de la familia. Se podía no ejercer este derecho y cambiarlo, ya fuere por el pago de una multa o golpeando o azotando al culpable cuando se trataba de un agravio menor. Esta venganza, que era una obligación religiosa, sagrada, se tradujo en la reacción de los miembros del clan del ofendido, quienes perseguían al que había cometido el daño y lo castigaban por propia mano. Posteriormente este derecho se restringió, ya que sólo le era permitido, ejercerlo a los parientes más próximos. (17)

La venganza privada, era la consumada por el propio ofendido contra el ofensor. Y la venganza de la sangre, era la realizada por la familia del agraviado contra el agresor o sus parientes.

La venganza de la sangre es una forma ampliada de la venganza privada, que consistía en el desquite personal del ofendido contra el ofensor; y la única posible cuando el agredido era muerto o quedaba totalmente inválido. Esto obligaba a la familia de la víctima a castigar por sí la muerte del pariente en la persona de su agresor o en la de alguno de los suyos. (18)

El rigor de la venganza privada se modera con otra figura que es la *composición*, en la cual se reemplazaba la pena por una cantidad de dinero dada por el ofensor a la víctima, si ésta renunciaba a su derecho de venganza se obligaba a aceptar el dinero. Esta forma de indemnización en un principio fue voluntaria, pero con el tiempo paso a ser obligatoria. (19)

17 - Cf. *Enciclopedia Jurídica Omeba* Tomo XVII, S.N.E., DRISKILL S.A., Argentina, 1978 p. 493.

18 - Cf. *Diccionario de Derecho Usual* Guillermo Cabanellas T. IV, Cuarta Edición, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1962 p. 182-183.

19 - Cf. *Enciclopedia Jurídica Omeba* Tomo VII, S.N.E., Bibliográfica Omeba, Argentina, Año p. 978.

colectivo, y era un derecho y un deber de la familia. Se podía no ejercer este derecho y cambiarlo, ya fuere por el pago de una multa o golpeando o azotando al culpable cuando se trataba de un agravio menor. Esta venganza, que era una obligación religiosa, sagrada, se tradujo en la reacción de los miembros del clan del ofendido, quienes perseguían al que había cometido el daño y lo castigaban por propia mano. Posteriormente este derecho se restringió, ya que sólo le era permitido, ejercerlo a los parientes más próximos. (17)

La venganza privada, era la consumada por el propio ofendido contra el ofensor. Y la venganza de la sangre, era la realizada por la familia del agraviado contra el agresor o sus parientes.

La venganza de la sangre es una forma ampliada de la venganza privada, que consistía en el desquite personal del ofendido contra el ofensor; y la única posible cuando el agredido era muerto o quedaba totalmente inválido. Esto obligaba a la familia de la víctima a castigar por sí la muerte del pariente en la persona de su agresor o en la de alguno de los suyos. (18)

El rigor de la venganza privada se modera con otra figura que es la *composición*, en la cual se reemplazaba la pena por una cantidad de dinero dada por el ofensor a la víctima, si ésta renunciaba a su derecho de venganza se obligaba a aceptar el dinero. Esta forma de indemnización en un principio fue voluntaria, pero con el tiempo paso a ser obligatoria. (19)

17 - Cfr. *Enciclopedia Jurídica Omeba* Tomo XVII, S.N.E., DRISKILL, S.A., Argentina, 1978 p. 693.

18 - Cfr. *Diccionario de Derecho Usual* Guillermo Cabanellas T. IV, Cuarta Edición, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1962 p. 182-183.

19 - Cfr. *Enciclopedia Jurídica Usual* Tomo VII, S.N.E., Bibliográfica Omeba, Argentina, s/año p. 978.

Con la obligatoriedad que se le dio a la composición se empezó a restringir la voluntad de la persona para hacerse justicia por mano propia, ya que se le prohibió el ejercer un acto violento contra otra persona, y solo se le permitía exigir una indemnización.

Cuando el Estado aún no existía, estuvo en práctica la justicia privada, ya por mano propia, de un tercero o de un grupo. Al ser realizada la justicia por un tercero o por personas de cierta influencia en el grupo, por su fuerza, su poder o su inteligencia, se propició que declinara la justicia privada.

Durante el desarrollo del Estado, la justicia privada coexistió simultáneamente con la ejercida por aquel; posteriormente el Estado perfeccionó su aplicación y finalmente la ejerció como función propia. Quedaron sólo algunas excepciones, que por su utilidad permitieron la aplicación de la justicia por mano propia, por un tercero o como jurisdicción particular. La eliminación del ordenamiento jurídico de la autodefensa y de la venganza con la propia fuerza (o con la fuerza de los núcleos sociales menores, solidarios con el ofendido) en relación con la progresiva avocación del Estado de la función de «*hacer justicia*» fue el resultado de una milenaria evolución; sin embargo vemos que cuando se debilita la autoridad o la eficacia de los ordenamientos estatales, afloran nuevamente aquellos fenómenos primitivos y bárbaros de la vendetta de la sangre, la venganza y la guerra o la represalia privada familiar o de parte, y de tribunales clandestinos, como el de la Santa Vehme. (10)

Consideramos que a pesar del gran desarrollo que tiene el Estado, no sólo

jurídico sino político, social, cultural, económico, e industrial; el hombre continua con la venganza privada. Es muy lamentable que en la actualidad subsista todavía esa figura, pero más deplorable es observar como el Estado, la autoridad se muestra impotente para evitar que se lleve a la práctica.

2.1.2.2. LA LEY DE TALIÓN.

El talión fue la expresión de una venganza que ya no estaba regulada por los principios arbitrarios de la pasión y del interés. El talión representó una limitación objetiva de la venganza mediante la aplicación de un castigo en proporción a la ofensa. El talión, tanto como la composición fueron limitaciones objetivas de la venganza. El concepto del talión está claramente expresado en el libro del Éxodo, cap. 21, vers. 23-25. Y su principio se encuentra en el código de Hammurabi, en la legislación mosaica y en la ley de las XII Tablas. ⁴¹

El concepto de la Ley del Talión lo encontramos claramente en el Éxodo, cap. 21, vers. 23 al 25, en donde se expresa "...si la mujer muere, *pagarán vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe*". La ley del talión, es una ley que se emplea de acuerdo a la falta cometida.

En el Código de Hammurabi, encontramos el principio de la Ley de Talión, redactado de la siguiente manera, "Yo Hammurabi, soy el rey de la justicia, aquel a quien Shamash confió la ley. Mis palabras son elegidas; mis hazañas no tienen rival; sólo a los necios les parecen vacías...". "Si un señor destruye un ojo a un dueño de la

41 - Cfr. *Enciclopedia Jurídica Omeba* T. VII, SNE, Bibliográfica Omeba, Argentina, tomo p 978.

aristocracia, le destruirán un ojo". "Si rompe un hueso a otro señor, le romperán un hueso". "Si el buey de un señor acornea y el conejo apercibe de ello al señor, más este no le acojina los cuernos ni lo ata, y el buey le da muerte a un miembro de la aristocracia, su dueño pagará media mina de plata". (42)

La Ley Mosaica, tiene su origen en el Éxodo 24, vers 12, Dios da las Tablas de la Ley a Moisés, "Yavé dijo a Moisés: «sube a lo más alto del cerro y detente allí. Yo te daré unas tablas de piedra con la enseñanza y los mandamientos que tengo escritos en ellas, a fin de que las enseñes al pueblo». Esta ley contenía la ley del Talión analizada anteriormente. En el Éxodo 21, vers. 29, expresa "Más si el buey comeaba de tiempo atrás, y su dueño aun advertido no lo vigiló, y ese buey mata a un hombre o a una mujer será muerto a pedradas y su dueño también morirá".

Estas leyes que acabamos de analizar, eran las que regían en la antigüedad, los actos que realizaban las personas y las sanciones que les correspondían.

2.1.2.3. EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano, es donde mejor se plasma el carácter público de la aplicación de justicia. La separación del Derecho con la religión se hace ostensible, y su ordenamiento, adquiere un carácter jurídico. Con la ley de las Doce Tablas, se da inicio a la época fecunda del Derecho, se perfeccionan los ordenamientos y se armonizan con sus necesidades. La administración de justicia, se realiza por magistrados instituidos por la ley y provistos del *imperium* es decir, del poder de decidir. (43)

42.- "Jordania e Israel Un Destino Común" *El Esteta* Número 4, Mayo-Junio, México, Año I p. 14

43.- Cf. *Enciclopedia Jurídica Omeba* T. XVII. S.N.E., Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, 1969 p. 694-699

Kunkel Wolfgang, ⁴⁴ nos dice que la Ley de las XII Tablas, ordenamiento jurídico, que rigió gran parte del tiempo en el Imperio Romano. Combinaba rasgos arcaicos con otros más avanzados. Al parecer la ley parte, en amplia medida, de la venganza privada del ofendido, ya que el Estado sólo imponía penas en "casos de alta traición (perduellio) y en ciertos delitos religiosos graves; en otros términos, sólo intervenía la autoridad en los delitos que se dirigieran inmediatamente contra la comunidad. La misma persecución del asesino, se dejaba a la familia del difunto. Al parecer, las XII Tablas no contenían ninguna prescripción expresa sobre la pena del asesino. Sin embargo una vieja norma, que es de suponer provenga de la época anterior a las XII Tablas, señalaba que, en caso de homicidio involuntario ("si el venablo se le escapa a uno de la mano, más que lanzarlo"), el autor tenía que poner a disposición de los agnados del difunto un macho cabrío. Esto era un sustituto de la venganza. El macho cabrío debía ser presentado y sacrificado en lugar del autor del delito y de ahí se desprende de nuevo que los agnados podían ejercitar la venganza de la sangre sobre el que "hubiera matado conscientemente y con dolo". La venganza sólo se permitía cuando la culpabilidad hubiera sido declarada judicialmente. El que en venganza mataba a una persona no condenada era considerado a su vez como asesino. Los fragmentos conservados de las XII Tablas, no señalan nada en relación a lo que podía suceder cuando el asesino se daba a la fuga para eludir la venganza. Sólo existía una práctica posterior de negar agua y fuego al homicida fugitivo.

En el homicidio, el ofendido tenía el derecho de vengarse dando muerte al

44 - Cfr. KUNKEL, Wolfgang *Historia del Derecho Romano*, Tr. Romische Rechtsgeschichte, S.N.E., Ediciones Ariel, España, 1966. p. 35-39

asesino. En las XII Tablas se señalaban otros delitos por los que procedía la pena de muerte; la forma de ejecución de esta pena, reflejaba, más o menos claramente, la índole del delito, ya que el que incendiaba de propósito, debía ser quemado. Esto nos indica que la pena impuesta al delincuente se basaba en la ley del talión, derecho que tenía el ofendido contra el autor del delito siempre que la culpa estuviera determinada por una sentencia, ya que la pena se aplicaba de acuerdo al delito.

El ofendido, tenía derecho a elegir la sanción para el autor, en algunos delitos, por ejemplo en el hurto podía darle muerte cuando lo descubría de noche, si era sorprendido *in flagranti* podía llevarlo al magistrado, y desde este momento podía venderlo como esclavo o aceptar algún rescate por él. Pero si el ladrón no era sorprendido *in flagranti*, las XII Tablas negaban la venganza física a la víctima del hurto. Pero podía exigir la víctima del ladrón una composición, que consistía en el pago del doble del valor de la cosa hurtada.

Las sanciones que se aplicaban por delitos menores, condujeron a las penas pecuniarias y constituyeron el punto de partida para la evolución del "Derecho penal privado" del periodo republicano tardío y de la época imperial, el cual fue considerado como una parte del Derecho de obligaciones. En lugar de las acciones por asesinato y otros delitos graves, dirigidos a la venganza física, aparecieron desde el siglo II a.C. acciones penales que podía interponer no sólo el ofendido o su gens, sino también cualquiera, y cuyo fin consistió en imponer, de oficio, una pena al delincuente. Así surgió un derecho penal y procesal penal que no era ya una parte del *ius civile*, sino que se consideraba ahora como un *ius publicum*. Lo que el legislador quería era limitar los

delitos graves, la venganza en la persona del autor, y mantenerla bajo el control de los tribunales, así como aislarlo y al declararlo culpable, de esta manera, se evitaba el riesgo de incursiones armadas colectivas.

Podemos decir que la justicia privada continua viva pero sólo en los casos señalados, y con la previa declaración de culpabilidad. Hubo dos elementos importantes que hicieron que la venganza privada fuera perdiendo terreno en el Derecho, estos fueron la necesaria declaración de culpabilidad y las acciones penales a que nos referimos anteriormente.

Encontramos que existía una gran diferencia entre los distintos momentos de la justicia privada, ya que en los inicios de la venganza privada el ofendido podía juzgar y castigar al autor del delito, pero en el Derecho Romano al ofendido ya no se le permitía sancionar al delincuente, tenía que ser el magistrado el que lo declarará culpable y sólo mediante este procedimiento se podía castigar al ofendido. En los tiempos en que la justicia privada tuvo mayor práctica, los castigos que se aplicaron no estaban escritos como ordenamientos, fue en el Código de Hammurabi y en el Derecho Romano donde se crearon ordenamientos escritos para castigar a los que cometían algún delito.

Con la evolución del Derecho, desaparecen la venganza privada, la ley del talión y, la pena privada pasa a ser pública. De esta manera el Estado adquiere el monopolio de la sanción.

2.1.2.4. EN EL DERECHO INDÍGENA.

Es de gran importancia referirnos al Derecho que existió antes de la colonia, ya que sólo de esta manera podremos saber que instituciones jurídicas nos heredaron nuestros antepasados, y si estas continuaron en el México independiente o sólo constituyen una referencia legislativa que permitirá una comparación entre los distintos momentos de la aplicación de la justicia en México.

Encontramos que en el derecho indígena no existió una justicia privada, ya que no se aceptaba la venganza personal. Los habitantes no podían hacerse justicia por su propia mano ya que eso equivalía, a usurpar la capacidad jurídica del monarca. Pero el monarca si podía hacerse justicia por propia mano. Aunque existían excepciones para algunos delitos, esto ocurría cuando los deudos del occiso perdonaban al criminal en algunos homicidios. En tal ocasión sólo se castigaba al delincuente privándolo de su libertad en provecho de los deudos, en virtud de que los familiares del occiso habían perdido la aportación económica de un familiar; así el delincuente pasaba a ser esclavo temporal de la familia del desaparecido. (4)

En la época prehispánica existió un derecho muy avanzado.

2.1.2.5. EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE.

En esta época el gran desarrollo del Estado no permitía que el particular se hiciera justicia por mano propia, ya que la justicia se impartía mediante tribunales que tenían la función de juzgar las causas civiles y criminales.

45 - Cfr. Nuestra Constitución, "Historia de la Libertad y Soberanía del Pueblo Mexicano" T. V, SNE, I NEHRM, México, 1990 p 75-76.

Del análisis de las constituciones que han regido a lo largo de la historia de México, se puede afirmar que es al Estado al que corresponde la Administración de Justicia por medio de los tribunales, con esto se deja a un lado la justicia privada que existió en la antigüedad.

En la obra "Derechos del Pueblo Mexicano" ⁽¹⁶⁾ se encuentran como antecedentes de la administración de justicia en México, los siguientes:

La constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, en los artículos 242 y 245, establecía:

Art. 242 "La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales".

Art. 245 "Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado".

En el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822, se señalaba:

Art. 55 "La facultad de aplicar las leyes a los casos particulares que se controvierten en juicio, corresponde exclusivamente a los tribunales erigidos por ley".

El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824, establecía:

"Parte conducente.- todo hombre que habite en el territorio de la federación, tiene derecho a que se le administre pronta completa e imparcialmente justicia".

46 - *Derechos del Pueblo Mexicano*, "México A través de sus constituciones" T. IV, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1967. p 70-71.

El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 16 de junio de 1856, expresaba:

Art. 28 "...Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia".

En el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865, se regulaba el:

Art. 15 "La justicia será administrada por los tribunales que determina la ley orgánica."

El mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el 10. de diciembre de 1916, establecía:

Art. 17.- "...ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, y su servicio será gratuito..".

Este mismo texto sigue vigente en la constitución que actualmente rige.

En cuanto a los antecedentes encontramos dos puntos importantes:

- 1.- Que la administración de justicia es facultad exclusiva de los tribunales.
- 2.- Los particulares deben de abstenerse de aplicar la justicia por sí mismos.

Aunque la venganza privada está actualmente sancionada, ésta no desaparecerá del pensamiento de los hombres y de sus actos, porque si el particular no obtiene la justicia por los tribunales, la obtendrá por sí mismo, es decir por su propia mano.

El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 16 de junio de 1856, expresaba:

Art. 28 "...Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia".

En el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865, se regulaba el:

Art. 15 "La justicia será administrada por los tribunales que determina la ley orgánica."

El mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el 10 de diciembre de 1916, establecía:

Art. 17.- "...ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, y su servicio será gratuito.."

Este mismo texto sigue vigente en la constitución que actualmente rige.

En cuanto a los antecedentes encontramos dos puntos importantes:

- 1.- Que la administración de justicia es facultad exclusiva de los tribunales.
- 2.- Los particulares deben de abstenerse de aplicar la justicia por sí mismos.

Aunque la venganza privada está actualmente sancionada, ésta no desaparecerá del pensamiento de los hombres y de sus actos, porque si el particular no obtiene la justicia por los tribunales, la obtendrá por sí mismo, es decir por su propia mano.

2.2. LA VIOLENCIA.

Es un fenómeno que esta presente en cualquier lugar, y tiempo, con el cual vivimos constantemente.

2.2.1. CONCEPTO.

Analizaremos gramaticalmente la palabra violencia.

Violencia.- (Del lat. violentia). f. "Calidad de violento". "Acción y efecto de violentar o violentarse". Fig. "Es la acción violenta o contra el natural modo de proceder {haciendo uso excesivo de la fuerza}". Y la palabra Violentar.- "tr. Aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia". (17)

En el Derecho civil se habla de violencia física y violencia moral, el código civil señala: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

La violencia no sólo esta presente en el derecho civil, sino también en el derecho penal, ya que al dañar a una persona o sus bienes implica la realización de un delito el cual debe ser sancionado.

En el libro de Norberto Bobbio, (18) se encuentra un análisis sobre la violencia, entendiéndola a esta como "la intervención física de un individuo o grupo contra otro individuo o grupo o también contra sí mismo". Señala que la voluntad en la intervención

47 - Diccionario Enciclopédico Salvat Universal T. 20, SALVAT Editores, S.A., España, 1969. p. 171.

48 - Cf. Diccionario de Política, BOBBIO, Norberto y Nicola Matteucci T. II, Tr. Raúl Crisafio, Tercera Edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 1985. p. 1671-1673

física es un elemento indispensable para que exista la violencia. Dicha intervención física violenta tiene por objeto destruir, dañar, coartar. La violencia generalmente se lleva a cabo en contra de la voluntad del que la sufre, aunque existe una excepción como es el suicidio.

El concepto de violencia es un término muy amplio y diverso, el cual puede ser estudiado por distintos puntos de vista según el contexto ideológico en que la palabra se utilice.

En el Diccionario de Política y Administración Pública, ⁽⁴⁹⁾ se encuentran diversas definiciones de violencia, que estudiaremos bajo distintos puntos de vista que son los siguientes:

1.- Identificación de la violencia y el poder.

Hannah Arendt, ⁽⁵⁰⁾ menciona que entre las palabras "poder", "poderío", "fuerza", "autoridad", y "violencia" no hay diferencia, ya que aunque sean fenómenos distintos, todas son palabras que indican los medios que emplea el hombre para dominar a su prójimo, son sinónimos porque tienen como función el dominio.

Nieburg ⁽⁵¹⁾ considera a la violencia como: "la forma más severa y directa del poder físico bien sea utilizado por el Estado, los grupos privados o las personas".

Max Weber, ⁽⁵²⁾ señala que: "...el Estado se funda por una asociación obligatoria que organiza el poder. Y ha tenido éxito al tratar de monopolizar el uso legítimo de la fuerza física como medio de dominio dentro de un territorio".

49 - Diccionario de Política y Administración Pública T. II, Primera Edición, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, México, s/a p. 701-708

50 - Cfr. Ibidem, p. 702.

51 - Ibidem p. 701.

52 - Ibidem p. 701.

2.- La violencia como medio de represión social.

Al respecto Sorel, (10) señala que "...la violencia es la destructora del viejo orden social".

Julio Barreiro, (11) nos dice que la violencia "es el resultado de una situación de injusticia y opresión de unos seres humanos sobre otros, o del Estado sobre los individuos, colectividades, o grupos sociales, cuando actúan en el ejercicio ilegítimo o en el abuso del poder que se expresa mediante hechos de carácter compulsivo, que pueden llegar hasta diversas manifestaciones de la fuerza brutal, o a través de variadas formas de coacción psíquica, moral o técnica, ejercidas personal o colectivamente".

3.- La violencia como la necesidad que se tiene para alcanzar determinados fines.

Robert T. Gurr, (12) señala que la violencia es "...la amenaza o práctica de procedimientos violentos por parte de un partido o de una institución para alcanzar determinados fines dentro y fuera del orden político". La gente descontenta "...tiende a imitar los actos violentos de otras personas y especialmente si tiene la impresión de que la violencia esta justificada como medio para obtener algunos beneficios. Cuando la gente descubre que el uso de la violencia recompensa los riesgos que se corren suministrándole bienes o simplemente medios para desahogar su cólera, sin consecuencias graves, es probable que recurra a ella con mayor frecuencia y cuanto más común sea la violencia colectiva en una sociedad, mayor será el número de personas dispuestas a seguir los modelos de comportamiento que aquella proporciona".

51 - Diccionario de Política y Administración Pública T. II, Primera Edición, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, s.c., México, S.A. p 704

54 - Ídem

55 - Ídem, p. 705-706

4.- La violencia en la estructura social.

Al respecto Raúl Béjar, ⁽⁵⁶⁾ señala: "violencia es el ejercicio del poder para someter a los individuos y grupos sociales a los valores y sistemas de vida establecidos".

La violencia afecta a los individuos sobre su persona, por que genera una sensación de falta de control en ellos sobre su propio destino, y esto propicia la violencia.

2.2.2. MANIFESTACIONES DE VIOLENCIA.

Con base en los distintos enfoques vistos en el estudio de la violencia, señalaremos sus diversas formas de manifestación.

La violencia es un instrumento de dominación, que sólo es legítimo cuando lo utiliza el Estado; e ilegítimo, pero valido dentro de la lucha política cuando lo utilizan los individuos o grupos entre sí o contra el propio Estado. En esta definición encontramos una forma de manifestación de violencia, que es la *sanción o la pena* que realiza el Estado contra quien transgrede las normas jurídicas, la cual se traduce en una multa o privación de la libertad, pero nunca la muerte del infractor. Otra manifestación de violencia que lleva a cabo el Estado, es la que se realiza por medio de los cuerpos de policía o el ejército para detener a los grupos o individuos que protestan.

Además de las manifestaciones de violencia legítima, existen otras formas de violencia ilegítima, que son las que realizan los grupos, colectividades o individuos contra el Estado o contra otros grupos, las cuales se traducen en: marchas, huelgas,

56 - Diccionario de Política y Administración Pública T II, Primera Edición, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, s.c. Mexico, s/año p.208

amotinamientos, bloqueos, mítines, desorden civil, alzamientos armados, guerrillas, revoluciones, guerras.

Otras manifestaciones de violencia en donde se utiliza la fuerza física por un individuo o un grupo de individuos, para dañar a otra persona o colectividad, son el robo, homicidio, violaciones, amenazas y cualquier hecho delictivo.

Consideramos que cualquier manifestación de violencia que recaer en un individuo, limita su libertad y no le permite un desarrollo físico, ni espiritual.

2.2.3. CLASES DE VIOLENCIA.

Del análisis realizado anteriormente, encontramos que se manifiestan diversas clases de violencia, que son las siguientes:

1.- En un primer grupo encontramos la violencia colectiva, individual y personal. (Bobbio) (17)

Violencia Colectiva.- es la que se realiza por más de dos individuos contra otro u otros.

Violencia Individual.- es aquella que se ejecuta por una sola persona contra otros.

Violencia personal.- es la que efectúa un individuo sobre su propia persona.

2.- Otro grupo de Violencia, comprende a la directa y la indirecta. (Bobbio) (18)

Violencia directa.- es aquella que "afecta de modo inmediato el cuerpo del que la sufre".

Violencia indirecta.- es la que "actúa a través de la alteración del ambiente físico en que la víctima se encuentra"

17 - Cf. Diccionario de Política, BOBBIO, Norberto y Nicola Matteucci T. II Tr. Raúl Cifalino Tercera Edición, Siglo Veintiuno Editores México 1983 p.1671-1673.

18 - Ídem

3.- Un tercer grupo es la violencia física y moral. (19)

Violencia moral.- "Es la que se ejerce a través de medios de presión psicológica, que tuercen o desvían la voluntad de la víctima".

Violencia física.- "Se traduce en actos que, más que viciar, hacen desaparecer la voluntad de la víctima".

En el Diccionario de Política y Administración Pública, (20) se encuentran otras clases de violencia que son las siguientes:

1.- *Violencia legítima.*- Es la que realiza el Estado como instrumento de dominación.

Violencia ilegítima.- Es aquella que utilizan los individuos o grupos entre sí o contra el propio Estado

Esta violencia es también considerada como justificada e injustificada.

2.- *Violencia estructural.*- Es la que somete a los individuos y grupos sociales a los valores y sistemas de vida señalados.

3.- *Violencia injusta.*- Es aquella que se da por la opresión de unos seres humanos sobre otros o del Estado sobre los individuos, colectividades o grupos sociales, cuando se abusa o se desvía el ejercicio del poder.

4.- *Violencia encubierta.*- Es la que esta disimulada, oculta tras una práctica, tras un orden, dentro del anonimato de una oficina; violencia que amenaza y que subyuga, que se esconde detrás de un disfraz, que se insinúa en las leyes y en el orden.

Violencia Abierta.- La que es manifiesta, belicosa.

19 - *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., U.N.A.M., México, 1969 p.3245.

20 - *Cfr. Diccionario de Política y Administración Pública*, T. II, Primera Edición, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, a.c., México, s/año p. 701-708

5.- *Violencia de amenaza*.- Es cuando el ambiente o la situación que producen esa amenaza son en si de carácter violento. Aunque no sea tangible o no haya fuerza física.

6.- *Violencia instrumental*.- Es la que sirve para conseguir ciertos fines.

Violencia expresiva.- La que se da de manera explosiva. La violencia se da por la violencia misma.

Otra clasificación de la violencia, señalada en el Diccionario de Política y Administración Pública ⁽⁶¹⁾ son: la violencia manifiesta y violencia estructural.

1.- *Violencia Manifiesta*.- Es "...la forma más severa y directa del poder físico, bien sea utilizada por el Estado, los grupos privados o las personas, pues los seres humanos, debido a ella, son dañados somáticamente hasta el punto inclusive de morir".

La violencia manifiesta se divide en tres clases que son: violencia individual, respuesta violenta y violencia represiva.

Violencia individual.- Es la incapacidad somática o privación de la salud o cualquier acto que afecte la honestidad o el patrimonio de un sujeto o sujetos a manos de otros individuos.

Respuesta violenta.- Son todos los actos de violencia que se realizan en contra del sistema social, que desafían el monopolio del poder y que pretenden reformar o destruir el proceso social. Esta se da porque los individuos inconformes, no disponen de medios constructivos o institucionales para alcanzar las metas políticas sociales o económicas

61 - Cfr. *Diccionario de Política y Administración Pública*, T. II, Primera Edición, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, s.c., México, s/fdo p 709-713

que se han fijado, por lo que tienen que presionar a los que detentan el poder para provocar una reforma o un cambio. Se realizan actos grupales como son: marchas, manifestaciones, revueltas, boicots, inclusive puede llegarse hasta una revolución.

La respuesta violenta puede ser compulsiva y destructora, ya que implica el deseo de romper el *statu quo*.

Violencia represiva. - Es la manera en que reacciona el Estado a la respuesta violenta de los grupos inconformes. El Estado puede actuar de dos maneras: una con nuevas transacciones, nuevos arreglos, o bien en otro caso extremo puede responder a la violencia con la violencia, es decir, con la represión, es esta última reacción la violencia represiva. En esta respuesta el Estado utiliza sanciones o mecanismos y crea instituciones de represión organizada para su supervivencia, como son el ejército, la policía, el sistema carcelario y el lavado de cerebro.

2.- Violencia Estructural. - Pablo Freire ⁽⁶²⁾ señala que esta es: "...la relación de explotación, de dominación, de opresión". Galtung ⁽⁶³⁾ se refiere a ella como "...la causa de la diferencia entre lo potencial y lo actual, entre lo que podría ser y lo que es". Y Raúl Béjar la entiende como "...el ejercicio del poder para someter a los individuos y grupos sociales a los valores y sistemas de vida establecidos" ⁽⁶⁴⁾.

Esta violencia esta presente en la sociedad, por las condiciones y sistema de vida que se tienen en toda comunidad. Todas las injusticias que se den en una

62 - Cfr. *Diccionario de Política y Administración Pública* T II, Primera Edición, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, s.c., México, s/dto p 712

63 - Idem

64 - Idem

colectividad, en una sociedad son violencias estructurales, esta violencia da origen a la respuesta violenta y sucesivamente a la violencia represiva.

De la violencia estructural, nacen todas las clases de violencia.

Una forma en que se manifiesta la violencia estructural es cuando una colectividad impide a la mayoría de sus miembros la satisfacción de sus necesidades fundamentales, y esta se traduce: en el desempleo, la vagancia, la prostitución, el hambre, y la enfermedad.

2.3. EL DERECHO.

El derecho es una noción extremadamente amplia, de la cual existe un gran número de teorías y doctrinas que varían según el contexto ideológico en que se planteen.

2.3.1. CONCEPTO.

Primeramente antes de hablar del Derecho, es importante conocer su etimología.

2.3.1.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO.

La palabra "*derecho*" deriva del vocablo latino "*directum*" que, en su sentido figurado, significa "lo que esta conforme a la regla, a la ley, a la norma". "Derecho es lo que no se desvía a un lado ni otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin" .(1)

63 - VILLORO TORANZO, Miguel *Introducción al Estudio del Derecho*, Décima Edición, Porrúa, S.A., México, 1993. p 4

2.3.2. TEORÍAS DEL DERECHO.

Existen diversidad de teorías que tratan de definir al derecho, se ha estudiado principalmente por dos corrientes que son: 1) El *Iusnaturalismo* y 2) el *Iuspositivismo*.

1) Doctrinas Iusnaturalistas o del Derecho Natural.

Estas postulan "...que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido". (66)

2) Doctrinas Iuspositivistas.

Sostienen "...que el único Derecho que existe es el *Derecho Positivo*". "El Derecho Positivo, es el sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada". (67)

Entre estas dos teorías surge una problemática respecto a la definición del Derecho, que es el saber ¿cuál es el verdadero derecho, el de las normas promulgadas por la autoridad sin ningún contenido moral, o es la moral esencial en una definición del derecho?

García Maynez, (68) realiza un estudio de la definición del Derecho para resolver

66 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Tercera Edición, U N A M., México, 1986 p 128

67 - VILLORO TOMANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Séptima Edición, Porrúa, S A., México, 1987. p 8.

68 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *La Definición del Derecho*. S N F., Editorial Stylo, México, 1948. p 12.

esta interrogante y señala que: "En realidad, todos los autores admiten que el derecho es una regulación del proceder de los hombres en la vida social, y sólo discrepan en lo que atañe a la naturaleza de los preceptos jurídicos. Las divergencias fundamentales giran en torno al problema que consiste en saber si tales preceptos son normas auténticas o exigencias dotadas de una pretensión de validez absoluta, pero desprovistas, en ocasiones, de valor intrínseco".

García Maynez, menciona que existen tres objetos a que las definiciones del derecho suelen referirse "...son los llamados por nosotros *derecho formalmente válido*, *derecho intrínsecamente válido* y *derecho positivo*".

García Maynez ⁽⁴⁹⁾ define a cada uno de estos objetos como:

- 1.- "El Derecho formalmente válido es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en un determinado país y en una cierta época la autoridad política considera obligatorias". No es otra cosa que el derecho estatal.
- 2.- "Derecho intrínsecamente válido es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado".

"La validez intrínseca u objetiva de un precepto no deriva de la forma o estructura lógica del mismo, ni de las condiciones en que fue formulado, sino exclusivamente de su materia. *Objetivamente válido es el precepto justo*".

"El problema de la validez objetiva de las reglas de conducta que integran un sistema jurídico no puede plantearse desde un punto de vista formal. Tal cuestión no es propiamente jurídica, sino filosófica".

49 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *La Definición del Derecho*. S. N. E., Editorial Stylo, México, 1948 p. 29, 19, 98, 198.

3.- "Derecho positivo es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que efectivamente rigen la vida de una comunidad en un cierto momento de su historia".

En cuanto al Derecho Positivo señala "la nota de *positividad* es independiente de los atributos de validez formal y validez intrínseca. *Positivo es todo ordenamiento que se cumple*", "...la positividad es el hecho de la observancia de tales normas".

"Hay tres distintos objetos de conocimiento a los que se ha dado el nombre de derecho. Cada uno de estos objetos corresponde a un punto de vista *sui generis*, y sólo puede ser conocido a través de un método específico. Las nociones referidas a tales objetos no se excluyen entre sí, pero tampoco se implican recíprocamente, ya que cabe hablar de un derecho formalmente válido que no sea positivo ni tenga validez intrínseca, o de un derecho justo desprovisto lo mismo de positividad que de vigencia o, por último, de un derecho positivo injusto, no reconocido por el poder público. Pero es claro que cuando se alude a esos objetos, tal cosa no se hace en un sentido absoluto sino sólo desde un cierto punto de vista. Lo que es derecho para los órganos estatales puede no serlo para el filósofo, y lo que éste considera como tal acaso no lo sea para el sociólogo".⁽⁷⁰⁾

Respecto a estos tres objetos García Maynez ⁽⁷¹⁾ señala un principio fundamental, "el de que esas notas no se excluyen, sino que pueden coexistir en un mismo precepto, e incluso en todo un sistema jurídico". "Pero si bien aquellas nociones

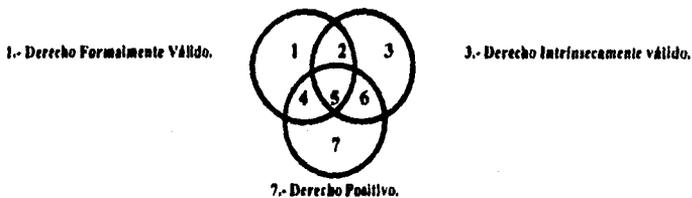
70 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *La Definición del Derecho*. S. N. E., Editorial Stylo, México, 1948. p. 190

71 - *Ibidem* p. 83.

no se contraponen, tampoco se implican recíprocamente, al menos cuando se trata de preceptos aislados”.

Señala García Maynez que “la combinación de los tres conceptos descubre siete diversas posibilidades, cada una de las cuales encuentra su fundamentación teórica en alguna de las doctrinas elaboradas en torno a la noción del derecho”.

Cada uno de los círculos corresponde a una de las tres nociones del derecho.



La teoría de los “tres círculos” de García Maynez, señala (12) :

- 1.- La sección número uno “...corresponde al concepto de un derecho formalmente válido, pero desprovisto de positividad y de validez intrínseca”.
- 2.- El sector número dos, “...corresponde a preceptos que poseyendo validez formal e intrínseca, carecen empero de eficacia”.
- 3.- El espacio del número tres “...es el de normas o principios jurídicos ideales que el legislador no ha sancionado, y que tampoco tienen positividad”.
- 4.- El cuarto sector “...es el de los preceptos dotados de validez formal y de positividad, pero carentes de valor intrínseco”.

12 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *La Eficacia del Derecho*. S.N.E., Editorial Stylo, México, 1948 p 84-89

5.- La sección número cinco, "*representa el caso ideal: el de un derecho dotado de vigencia, intrínsecamente justo y, además positivo*".

6.- La sección número seis "*corresponde a las reglas consuetudinarias no reconocidas de manera oficial, cuyo contenido es intrínsecamente valioso*".

7.- En la séptima sección, se trata de reglas consuetudinarias naturalmente eficaces, pero sin valor formal ni validez objetiva.

García Maynez nos dice que: "...aun cuando podamos decir con bastante precisión qué se entiende por derecho positivo, qué por derecho vigente y qué por derecho intrínsecamente válido, aun no sabemos qué sea el derecho *en sí mismo*, pues las mencionadas expresiones sólo corresponden a lo que el sociólogo, el jurista dogmático y el filósofo jurista *consideran como tal*". Por lo que García Maynez se pregunta ¿designan las tres denominaciones objetos distintos entre sí, o sólo uno de ellos merece el nombre de derecho?

De acuerdo a lo expresado por García Maynez, consideramos que estas tres notas no son objetos distintos entre sí, sino que son un solo objeto con tres diferentes puntos de vista.

Y así lo expresa García Maynez ⁽⁷¹⁾ al decir: "Los análisis emprendidos al exponer la teoría de los tres círculos nos revelaron que si bien los conceptos de *validez intrínseca, validez formal y positividad* no se implican recíprocamente, tampoco se excluyen entre sí, por lo que cabe admitir que los atributos que designan concurren

71. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *La Definición del Derecho*. S. N. E., Editorial Srylo, México, 1948, p. 202.

alguna vez en una regla de conducta, o incluso en un conjunto de preceptos. Una disposición legal, debidamente promulgada, puede ser, a un tiempo, eficaz y justa. En tal coyuntura, los tres atributos coinciden en un solo precepto, como pueden concurrir en todo un cuerpo de leyes, o en la generalidad de las integrantes de un sistema. La reunión de las tres notas en todos y cada uno de los preceptos que forman un ordenamiento constituye el caso *límite* o *ideal* de la realización de la justicia en una sociedad jurídicamente organizada. Un orden cuyas normas realizasen plenamente los valores jurídicos, no sólo en la etapa de la formulación, sino en los estadios finales de la *aplicación* y el *cumplimiento* sería un orden perfecto, y merecería sin duda el nombre de derecho, desde cualquiera de los tres puntos de vista. En este caso límite, las diversas perspectivas referiríanse a un *mismo objeto*, por lo que habría que considerarlas como *facetas distintas de una sola realidad*. El filósofo juzgaría tal realidad a la luz de la idea de justicia; el sociólogo vería en ella una organización *eficaz* de la convivencia humana, y el jurista dogmático tendría que interpretarla como un conjunto de reglas bilaterales de conducta cuya unidad estaría condicionada por la posibilidad de referir esas mismas reglas a la constitución o norma fundamental de un Estado concreto".

2.3.3. FINES DEL DERECHO.

García Maynez ⁽⁷⁴⁾ nos dice que el Derecho tiene como fin la realización de valores por aquellos que crean la ley, por los que la aplican y por las personas a quienes se dirige.

74 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, Sexta Edición, Porrúa, S. A., México, 1969 p 412-415

“Todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores”.

“...el derecho es un orden concreto creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas-integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público”.

“Cuando se asevera que el derecho ha sido instituido para el logro de valores, con ellos se indica -en lo que al mismo atañe- un elemento estructural de todos los ordenes: su *finalidad*. Este elemento, ...*pertenece a la esencia de lo jurídico*, ya que no podríamos llamar *derecho* a un orden no orientado hacia valores como la *justicia*, la *seguridad* y el *bien común*, para no mencionar ahora sino los *fundamentales*”.

García Maynez, señala las relaciones y diferencias entre los fines y los valores:

“...la relación entre *fines* y *valores*; los segundos condicionan a los primeros, no a la inversa. En el caso del Derecho habrá que decir, por consiguiente: *los valores jurídicos* sirven de fundamento a los *fines* que aquel tiene la misión de realizar. Hacer que la *justicia* reine es y debe ser aspiración de los creadores, aplicadores y destinatarios de sus normas, por que la justicia es *valiosa*, y lo valioso *debe ser*”.

“Los valores no son únicamente sustentáculo de los fines; fundan, así mismos el *deber* de realizarlos. Pero ello exige que el hombre convierta el cumplimiento en meta de su obrar. Retornando al ejemplo: la justicia *debe ser* porque vale; consecuentemente, *obligado estoy a realizarla*. Tengo, pues, que hacer de su realización una *finalidad* mía

y, por tanto, *elegir y poner en práctica* los medios que me permitirán llevar a cabo mi propósito".

"Tanto los creadores como los aplicadores y los destinatarios de las normas del derecho jamás han de perder de vista, al desempeñar sus funciones o acatar sus deberes, los valores que, sea como órganos del Estado, sea como simples particulares, sirven de base y orientación al cumplimiento de sus respectivas tareas".

CAPITULO TERCERO

EL ESTADO DE DERECHO

3.1. RELACIÓN DEL ESTADO CON EL DERECHO.

Con base en lo analizado en los capítulos anteriores, respecto al Estado y al Derecho observamos que existe una relación entre ambos, porque cuando nos referimos a uno necesariamente tenemos que hablar del otro.

González Uribe ⁽¹⁾ en relación al Derecho señala que: "...considerado especialmente en su aspecto de Derecho Positivo aparece siempre en íntima vinculación con el poder político que lo define lo garantiza y le da vigencia efectiva".

Nos dice que entre el Derecho y el Estado existe una interrelación continua "...de tal manera que puede decirse, con razón que todo Estado que trate de justificarse ante la conciencia jurídica y moral de los hombres tiene que ser un Estado de Derecho".

"El Derecho aparece así, en el horizonte político-estatal, como la concretización o institucionalización del orden. Frente a la espontaneidad, iniciativa y dinamismo del poder político por una parte, y la libertad de acción y organización de los ciudadanos por la otra, el Derecho representa el elemento de peso, de tradición, de resistencia, que da una estructura formal, firme y segura, a las actividades políticas".

"El Derecho positivo debe, naturalmente, ajustarse a las exigencias éticas de

todo Derecho. Debe ser un Derecho justo. Pero tiene que cumplir también fundamentalmente, la misión de establecer la seguridad en la vida social"

Este fin al que debe encaminarse el Derecho no lo puede lograr por si solo, sino que necesita de la ayuda del Estado, al respecto González Uribe nos dice que: "...el papel del Estado es de extrema importancia en la tarea de definir, aplicar y dar vigencia inmediata al Derecho Positivo, aún bajo la amenaza de una sanción. Pero no toca al Estado, crear en todas sus partes y aspectos ese Derecho".

"...el Estado tiene una realidad social y unos fines espirituales que piden una cierta organización y unas ciertas normas de convivencia. Esa organización y esas normas las proporciona el Derecho. ...ese Derecho no es creado por el Estado, sino que corresponde a valores sociales que anteceden y van más allá del poder político: la justicia, la seguridad, el bien común. Pero si, requiere, ineludiblemente del Estado, para ser definido, aplicado y sancionado. Sin el monopolio de la sanción, que históricamente recayó en el Estado, el Derecho se vuelve un ideal ineficaz y sin vigencia. El Estado, por otra parte, al centralizar y convertir en funciones exclusivas suyas la definición y sanción del Derecho, garantiza con toda la fuerza de que dispone, la seguridad jurídica, con lo cual promueve eficazmente el orden y la paz de la sociedad".

González Uribe expresa que de la relación que existe entre Estado y Derecho, no debe haber un desconocimiento del Derecho por parte del Estado, ni tampoco el de la identificación del Estado con el orden jurídico, sino que hay una continua interpenetración de ambos. Una permanente tensión dialéctica de colaboración y armonía. Señala, que "...el derecho es connatural al Estado. Es la atmósfera misma en

que el Estado vive y se desarrolla. Y es también el principio fundamental de su legitimidad y justificación. Por esa razón todo Estado de nuestros días debe ser un Estado de Derecho”.

González Uribe expresa que: “Estado y Derecho son realidades que lejos de oponerse se armonizan y complementan. Se implican mutuamente de manera esencial y necesaria, para cumplir su misión. Esto significa que los dos tienen que realizar un fin y que ese fin, en la medida en que responde a los valores éticos, justifica tanto al Derecho como al Estado”.

Porrúa Pérez ⁽⁷⁶⁾, reproduce un esquema del profesor Manuel Pedroso, quien hace más comprensible la relación que existe entre Estado y Derecho.

La letra (E) dentro de un paréntesis significa al Estado; y la letra (D) en medio de otro corresponde al Derecho.

“(E) - (D) ¿Cómo ligarlos? ¿Que relación existe entre ellos?. Tomándolos en forma aislada, no existe uno sin el otro: El Derecho sin el Estado no es nada.
Estado sin el Derecho tampoco es nada. El Estado sin el Derecho es un simple fenómeno de fuerza.

(E) sin (D) Un simple fenómeno de fuerza.

76 - PORRÚA PÉREZ, Francisco Teoría del Estado. Decimasegunda Edición, Porrúa, S. A., México, 1979 p 157-158.

La proposición contraria, el Derecho sin el Estado, es una mera idealidad normativa, una norma sin efectividad.

(D) sin (E) Una mera idealidad normativa, norma sin efectividad.

La teoría de Kelsen, Estado igual a Derecho, da como resultante la confusión de una parte sustancial (el Derecho) con el todo (el Estado)

(E) = (D) Confusión de una parte sustancial (el Derecho) con el todo (el Estado).

La posición correcta es la siguiente: Estado con Derecho, lo que equivale al "Estado de Derecho" moderno.

(E) con (D) = "Estado de Derecho" moderno".

3.2. CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO.

Es importante conocer el significado de Estado de Derecho para no caer en el error de afirmar que, si un Estado contiene un sistema de normas jurídicas se pueda considerar como Estado de Derecho. Ya que para ser Estado de Derecho debe de reunir ciertas características de las cuales hablaremos adelante.

Elías Díaz, ⁷⁷ dice: No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, en un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es

77. Cf. DÍAZ, Elías *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Octava Edición, Ed. Temis, S.A., España, 1981, p. 17-18

Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva -a veces intencionadamente- a la confusión.

Elías Díaz, define al Estado de Derecho como: "...el Estado sometido al Derecho, es decir el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el «imperio de la ley»: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la «voluntad general». El Estado de Derecho, como Estado con poder regulado y limitado por la ley, se contraponen a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente, o al menos insuficiente regulado y sometido al Derecho".

"Las ideas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, aparecen, pues, como centrales en el concepto del Estado de Derecho en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales".

3.3. ANTECEDENTES DEL ESTADO DE DERECHO Y SU PROCESO DE FORMACIÓN.

Una vez que conocemos el concepto de Estado de Derecho, surge una interrogante: ¿en qué momento se crea el Estado de Derecho?, ¿a partir de qué momento

se considera a un Estado como Estado de Derecho?. La solución a estas interrogantes sólo la encontramos al analizar sus antecedentes.

Elías Díaz, (14) realiza un estudio sobre los antecedentes históricos del Estado de Derecho, y señala que el Estado de Derecho se institucionaliza de modo coherente por primera vez y con cierto carácter general tras la Revolución Francesa en los Estados liberales del siglo pasado.

En la Edad Media existieron textos legales que establecían cierta protección jurídica a derechos considerados fundamentales, y que podemos considerar como antecedentes de las modernas declaraciones de derechos. Así tenemos como ejemplos: en España el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188; y en Inglaterra la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra de 1215. Estos textos medievales fueron concesiones otorgadas por los soberanos, bajo presión, eran decretos y cartas otorgadas que emanaban directamente de los monarcas sin que hubiere ninguna intervención legislativa del pueblo.

El *Bill of Rights* inglés de 1689, aparece ya como pacto o convención entre el rey Guillermo de Orange y el pueblo representado en el parlamento, aunque las garantías para la protección de lo pactado eran insuficientes y carecían de la institucionalización jurídica, la que comenzó a lograrse, y no de manera total, en los textos constitucionales de los siglos XIX y XX.

Finalmente esa democratización de los textos fundamentales continuó con la *Declaration of Rights* del Estado de Virginia en los Estados Unidos de América, en

1776; tal declaración fue formulada y aprobada por los representantes del pueblo reunidos en Convención o Asamblea. Aquí se trataba ya de una carta que no era otorgada por un soberano, como la *Carta Magna* de 1215; tampoco se trató de un pacto entre el rey y el pueblo, como el *Bill of Rights* de 1689. Se trataba más bien de una declaración emanada del pueblo, como único soberano.

Elías Díaz, señala que "...estas tres etapas van a conducir precisamente a la formalización del sistema político liberal en términos de Estado de Derecho, proceso que comienza a realizarse en el siglo XIX tras la amplia difusión lograda por el ideario político de la Revolución francesa, que a estos efectos puede concretarse en la *Declaration des droits de l' homme et du citoyen*, del 26 de agosto de 1789, dada por «los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional»".

La Revolución francesa, marca el momento en que se inicia el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales; desde un punto de vista institucional jurídico, con ello se generaliza la fórmula de lo que después se llamara Estado de Derecho.

Ricardo Combellas, ⁽⁷⁹⁾ explica como se asocia el Estado de Derecho a la Revolución francesa y porque se considera herencia de ella, y al efecto destaca dos razones: 1) "En primer lugar, la pretensión de universalidad de la Revolución. Sus actores querían, en expresión apasionada y romántica, una revolución, un cambio radical, no sólo para Francia sino para el mundo. Como muy bien lo resalta la frase testamentaria de

79 - COMBELLAS, Ricardo "El Estado de Derecho herencia de la Revolución Francesa". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Vol 35, No. 77, Venezuela,

1990 p 196

Robespierre del 8 Thermidor: 'la primera revolución basada en los derechos de la humanidad'. El estilo de la declaración de Derechos es universal, es un mensaje a todos los hombres, a la humanidad, como lo patentiza su resolución de exponer solemnemente, ...los derechos, naturales inalienables y sagrados del hombre'.²⁾ "En segundo lugar, el mismo hecho de ser un acontecimiento radical y violento, de corta duración en términos históricos, que intentó cambiar tantas cosas en tan poco tiempo, irradió una influencia, y la convirtió en un símbolo de destrucción de todo viejo orden, del *statu quo* que, en cualquier latitud, se extendió con fuerza a través del orbe. En consecuencia, las ideas y las instituciones fraguadas por la Revolución se expandieron rápidamente y dieron al acontecimiento un prestigio de fundación y fundamentación de hechos y situaciones posteriores, muy por encima de lo que a ella directamente correspondía".

Es importante aclarar que el origen del término Estado de Derecho es diferente al proceso de creación del mismo. Porque aunque el Estado de Derecho se formara en la Revolución francesa, no significa que en este periodo comenzara a designársele como tal. Esta denominación empieza a utilizarse antes de la Revolución francesa. "...Estado de Derecho (*Recht sstaat*) y su elaboración teórico- conceptual, es fundamentalmente obra de autores alemanes, creación del genio filosófico de Kant, Humboldt y Fichte, y del genio jurídico de Gneist, Bachr y Von Mohl, para citar solo a los más representativos".⁽⁴⁾

80 - COMBELLAS, Ricardo "El Estado de Derecho Ilícencia de la Revolución Francesa". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Vol. 35, No. 77, Venezuela, 1990 p. 116

3.4. FINES DEL ESTADO DE DERECHO.

Así como el Estado y el Derecho persiguen determinados fines, también el Estado de Derecho se encamina al logro de los mismos.

González Uribe, (11) dice que para afinar la figura del Estado de Derecho contemporáneo, no sólo basta establecer una serie de técnicas para mantener al Estado dentro de los límites del Derecho e impedirle toda acción arbitraria y abusiva, sino que hay que señalarle una tarea positiva de *servicio* con base en los valores fundamentales de la persona humana y del bien común.

Además, señala que el documento actual en que se ha expresado más claramente es en la Carta Encíclica del Papa Juan XXIII sobre: "la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad", y que se intitula, por sus primeras palabras, *Pacem in Terris* (11 de abril de 1963).

En relación a esta Encíclica Sánchez Agesta (12) realiza un análisis en el cual señala: "...encontramos la afirmación de un Estado de Derecho al servicio del bienestar y la justicia social y que el Papa valora positivamente las siguientes posiciones en el mundo contemporáneo:

A) La tendencia a someter el poder público a un régimen de derecho, o aún más positivamente, a establecer un *Estado de Derecho* de contenido positivo al servicio de la *dignidad de la persona* (A, a-d).

11 - Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Tercia Política*, Quinta Edición, Porrúa, S.A., México, 1984 p 225

12 - Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Tercia Política*, Quinta Edición, Porrúa, S.A., México, 1984 p 225-226

B) La intervención del poder público para tutelar y promover los derechos y, muy especialmente para realizar un progreso social, realizando un equilibrio de los derechos, compensando las desigualdades naturales y sociales y asegurando a todos el desenvolvimiento de su personalidad; esto es, un régimen de *bienestar y justicia social* (B, e-f) como función subsidiaria del Estado.

C) El establecimiento de un orden que respete la libertad, la iniciativa y la responsabilidad de los ciudadanos, no sólo garantizando sus derechos y deberes, sino en cuanto está abierto a una participación de todos en la vida pública y a una concorde colaboración en la realización del bien común (C, g). Si entendemos democracia, no como una forma de gobierno, sino como un clima de vida pública en que todos participan responsablemente de una obra común, podríamos decir que hay una aprobación implícita de la tendencia que señala el *espíritu democrático*, como opuesto, en este caso, el totalitarismo (PT 78).

Tales son los tres rasgos dominantes de las estructuras políticas contemporáneas que el Papa aprueba como tendencias conformes con el principio fundamental de la convivencia”.

Estamos de acuerdo en que el fin de todo Estado de Derecho es estar al servicio de los valores fundamentales de la persona humana y del bien común, para que estos se realicen. En relación a estos surge una interrogante, ¿cuales son esos valores fundamentales de la persona humana y que se entiende por ellos?.

Para dar respuesta a esta pregunta nos apoyaremos en García Maynez, ⁽¹⁾ ya que realiza una clasificación tripartita de los valores jurídicos, estos son los siguientes:

a) *Valores jurídicos fundamentales.*

Son fundamentales "...porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino". Como son la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Estos son a los que nos referiremos principalmente.

b) *Valores jurídicos consecutivos.*

Se les denomina así por ser "...consecuencia inmediata de la *armónica realización* de los fundamentales". Son la libertad, la igualdad y la paz social.

c) *Valores jurídicos instrumentales.*

Se le da tal nombre a "...cualquier medio de realización de los de carácter fundamental y de los consecutivos". Las garantías constitucionales y, en general, todas las de procedimiento, valen instrumentalmente en la medida en que fungen como medios de realización de valores de cualquiera de las otras especies".

Analizaremos sólo los valores fundamentales, por ser los que interesan en este estudio.

3.4.1. JUSTICIA.

En el capítulo segundo definimos a la justicia como un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa por tanto en sí mismo y no derivado de otro superior.

81.- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *Filosofía del Derecho*. Sexta Edición, Porrúa, S.A., México, 1989. p. 439

La idea de justicia a lo largo de la historia ha tenido diversos cambios en cuanto a su significado.

Nicolai Hartmann, ⁽⁴⁾ en relación a la justicia señala que esta "...puede ser considerada como virtud o como valor social. En el primer aspecto no es lo que objetivamente concuerda con la ley, ni representa tampoco un derecho ideal. El derecho ideal constituye el objeto a que se orienta la intención del varón justo. Cuando se dice que una ley o determinado ordenamiento jurídico son "justos", no se alude a la justicia como virtud, sino al valor objetivo de tal o cual ordenación de la convivencia humana. El hombre justo, es decir, el que práctica la justicia, es el que procede rectamente o tiende hacia la rectitud; el que ve siempre a sus semejantes como iguales. La justicia aparece entonces como actividad virtuosa, o valor ético *stricto sensu*".

"La consideración de la rica multiplicidad de los valores hasta hoy descubiertos, demuestra que la justicia no es el más alto entre ellos. Sobre todo cuando dejarnos de interpretarla como virtud y la concebimos como valor objetivo de una ordenación. Desde este punto de vista no representa un máximo, sino un mínimo de exigencia moral. Frente a la conducta del hombre, tal exigencia empieza por manifestarse de modo negativo: no cometer injusticias, no atentar contra el derecho ajeno, no invadir la esfera de libertad de los demás, no causar daño a terceros, etc. ... Examinada desde este ángulo, la tendencia implícita en el valor de lo justo resulta puramente conservadora, no constructiva. Trátase de la protección de bienes elementales: vida, propiedad, familia, etc. Si la justicia se agotase en tal protección, habría que considerarla como un valor

44 - Cf. por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *Elementos del Derecho*. Sexta Edición, Porrúa, S.A., México, 1987 p 458-460

instrumental para el logro o aseguramiento de los valores que tales bienes representan. Pero lo justo no es sólo un valor medio, ni tiene un sentido puramente negativo. Detrás de aquellos bienes hay algo moralmente positivo, a saber, la esfera de libertad de la persona. Como ordenación objetiva de la vida social, inspirada en la idea de la igualdad, es el derecho una instancia protectora, pero no únicamente de los valores más bajos, sino también de los de rango superior, a los que no se refiere de manera inmediata. Los espirituales sólo pueden florecer en el seno de una sociedad en que la vida, la propiedad, la libertad y el honor se encuentran eficazmente protegidos. La justicia no tiene por objeto la realización directa de aquéllos, pero sí el aseguramiento de las condiciones en que puedan realizarse”.

3.4.2. BIEN COMÚN.

En relación a este Henkel Heinrich, (11) expresa lo siguiente: “Como supremo orientador del derecho, el *bonum commune* únicamente puede ser una meta social: perfeccionar las relaciones interhumanas que caen dentro del ámbito de su regulación”.

Henkel, señala que no se debe equiparar el *bonum commune* a cualquiera de los elementos de la idea del derecho, ya se trate de la justicia, de la adecuación a un fin o de la seguridad jurídica. Pero si el bien común ha de servir como supremo criterio orientador, “debe superar o, mejor dicho, servir de remate o coronamiento” a los contenidos jurídicos específicos de aquella idea.

11 - Cit. por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *Ética del Derecho*, Sexta Edición, Porrúa, S.A., México, 1989 p 481-489

"Relativamente al bien común, Henkel distingue dos dimensiones: la de *anchura* y la de *profundidad*. La primera aparece ante nosotros cuando se advierte que el concepto de "bien", comprendido en el de *bonum commune*, abarca tanto el bienestar material de la sociedad cuanto el de sus miembros, aunque no se agote en ellos. Bajo tal concepto caen asimismo todos los supuestos y relaciones, tanto los de orden económico como los espirituales, éticos, artísticos, etc., nacionales o internacionales, en cuya ausencia ni la totalidad ni sus componentes pueden alcanzar su desarrollo".

"En su dimensión de *profundidad*, el bien común es una meta ideal hacia la que deben tender lo mismo la sociedad que quienes la forman. No se trata del estadio final 'de una utópica sociedad perfecta', sino del punto a que debe dirigirse la que se preocupe por su perfeccionamiento. El *bonum commune* es punto de orientación y medida del obrar social y, especialmente, de la ordenación jurídica de los vínculos interhumanos".

Henkel concluye de su estudio que: "...el bien común que toma en cuenta las legalidades ontológicas exige una relación de equilibrio entre el interés general y los intereses individuales. Aun cuando aquel bien, como buena constitución de la vida colectiva, represente un valor supraordinado al bienestar de los individuos, sólo puede realizarse "en éstos y para éstos". La obtención del bienestar general demanda, por ende, la constante compensación y el permanente equilibrio de los intereses comunes y privados, así como la cooperación de los individuos con vistas al logro de los fines colectivos. Para que la idea del bien común se convierta en "fuerza motriz" y factor "estructurante" del orden social, hacen falta medios que permitan su máxima realización en la vida comunitaria. La sociedad los crea a través de infinidad de *instituciones*. De

éstas, la más amplia es el Estado, cuya justificación, forma, esencia, fines y tareas deben precisamente fundarse en la idea del bien común. "Los individuos no existen para el Estado, sino éste para los individuos".

"Sin justicia, el *bonum commune* no puede existir, aun cuando, preciso es recordarlo, la primera es condición necesaria, más no suficiente del segundo".

García Maynez ^(m) opina al respecto que "...el bien común se alcanza cuando todos los miembros de una sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes". "El bien común no se logra simplemente otorgando derechos que a menudo resultan letra muerta, porque a la *posibilidad normativa* de ejercitarlos no corresponde una *posibilidad real*. Y muchas veces, el verdadero problema consiste en crear las condiciones necesarias para que, quienes legalmente tienen un derecho, dispongan también de los medios indispensables para hacerlo valer".

3.4.3. SEGURIDAD JURÍDICA.

Antes de analizar dicho término, pasaremos a definir a la seguridad.

3.4.3.1. CONCEPTO DE SEGURIDAD.

Deriva "(del lat. *securitas, -tatis.*) f. Calidad de seguro".

SEGURO.- "(Del lat. *securus.*) adj. Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo". m. "Seguridad, certeza, confianza". (17)

3.4.3.2. ¿QUÉ ES LA SEGURIDAD JURÍDICA?

Para poder entender el sentido de esta, haremos referencia a la tesis de Teodoro Geiger (18) sobre las dos dimensiones de la seguridad jurídica.

1) La primera dimensión consiste en la "*seguridad de orientación, o certeza del orden*".

Se presenta "...cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas". Esta se refiere al "que".

La seguridad de orientación se obtiene gracias al empleo de una serie de medios. "En el plano de la actividad legislativa, el más importante consiste en la *claridad, precisión y congruencia* de las prescripciones legales; en el de la actividad jurisdiccional, en la correcta inteligencia de esas prescripciones por parte de los encargados de aplicarlas, y en la formación de una jurisprudencia bien definida y libre de antinomias".

2) La segunda dimensión se refiere a la "*seguridad de realización, o confianza en el orden*".

"Se halla referida a la eficacia del sistema que los abarca". Se confía en que los derechos serán ejercitados y las obligaciones habrán de cumplirse. Pero esta "...no solo

87 - Diccionario Enciclopédico Salm T 24, Salvat Editores, S.A., España, 1985 p 1166-1167

88 - Cf. por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, Sexta Edición, Porrúa, S.A., México, 1989 p 477-479

exige el cumplimiento de las normas por los particulares; demanda, sobre todo, la *correcta aplicación* de aquéllas por los órganos del poder público”.

La *seguridad de realización* esta condicionada por los actos de obediencia y aplicación de las reglas ordenadoras, porque de estos actos depende la eficacia de un sistema de derecho. Pero lo que se persigue con las normas jurídicas eficaces, es que esa *efectividad* sea valiosa. “...Si las normas vigentes son justas y se hallan dirigidas hacia el bien común, el cumplimiento y la aplicación de aquéllas realizan plenamente el valor de seguridad, en las dos dimensiones que distingue Geiger”. “...*seguridad jurídica y eficacia del sistema* son lo mismo. La efectividad de las reglas ordenadoras engendra entonces un sentimiento de *confianza* en el orden, y hace que en él coincidan las notas de *vigencia, justicia y eficacia*”.

García Maynez, ^(m) señala: “...para valorar positivamente la eficacia de un sistema de derecho es necesario atender a su contenido”. “La seguridad se halla siempre referida a lo *asegurado*, y el valor de la misma o, mejor dicho, del *aseguramiento*, deriva del que tenga *lo que se quiere asegurar*”. “Si, en el ámbito del derecho, la finalidad que el aseguramiento persigue es la eficacia de los preceptos vigentes, *ésta no puede valer por sí misma, sino en función de lo asegurado*. Lo que en el caso se pretende asegurar es el acatamiento de tales preceptos por todos sus destinatarios, particulares u órganos del poder público; *luego la seguridad jurídica, en sus dos dimensiones, sólo puede valorarse positivamente cuando garantiza la eficacia normal de un conjunto de*

prescripciones justas". Porque si garantizara un conjunto de prescripciones injustas, se valoraría negativamente.

Entre la seguridad jurídica y la justicia, existe una relación señalada por Franz Sholz ⁹⁰ en la definición siguiente: "Seguridad significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para dicha tutela y goza de la confianza, en quienes buscan el derecho, de que éste será justamente aplicado".

3.4.3.3. LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Es necesario definir primero el término garantía, para así pasar a hablar de las garantías individuales, refiriéndonos principalmente a la de seguridad jurídica.

3.4.3.3.1. CONCEPTO DE GARANTÍA.

Definiremos a la garantía atendiendo primero a su acepción etimológica y gramatical para después interpretarla jurídicamente.

3.4.3.3.1.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO.

"Garantía. 1a. acep. F. y A. *Garantie*.- It. *Garanzia*.- E. *Garantia*. (Etim.- De garante). f. pl. "Derechos políticos de los ciudadanos en tiempo normal".

90 - Cit. por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *Enciclopedia del Derecho*, Sexta Edición. Porrúa, S.A., México, 1989 p. 479

"Garante. (Etim.- Del *ant.* alto al. *werento*). (1a. acep.). m. El que se constituye fiador del cumplimiento ú observancia de lo que se promete en un pacto, convenio, alianza ó tratado celebrado entre dos o más potencias". (11)

"Parece ser que la palabra "garantía" proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. "Garantía" equivale, pues, en su sentido lato, al "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo". Jurídicamente, el vocable y el concepto "garantía" se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas". (12)

3.4.3.1.2. CONCEPTO JURÍDICO.

"*Garantías Constitucionales.*- Instituciones y procedimientos mediante los cuales la Constitución política de un Estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados".

"Cuando se habla de *garantías*, sin más especificación, se entiende hecha la referencia a las 'garantías constitucionales'." (13)

91 - Enciclopedia Universal. Ilustrada T 25, ESPASA-CALPE, S.A., España, 1924 p 731

92 - HURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Decimonovena Edición, Porrúa, S.A., México, 1983, p.161

93 - Diccionario de Derecho PINA VARA, Rafael de. Decimosegunda Edición, Porrúa, S.A., México, 1984 p 281.

Ignacio Burgoa, entiende por garantía individual a la relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado como sujeto activo, y el Estado y sus autoridades como sujetos pasivos. La garantía de acuerdo con Burgoa es el derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado, con la obligación correlativa, a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar este derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo. La previsión y regulación de la citada relación se plasma en nuestra Ley fundamental. ⁹⁴

Ignacio Burgoa, de acuerdo al contenido mismo de los derechos públicos subjetivos, clasifica a las garantías individuales en: de igualdad, de libertad, de propiedad, y de seguridad jurídica.

Las garantías de seguridad jurídica, implican "*...el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summun de sus derechos subjetivos*". ⁹⁵

3.5. EL ASEGURAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO.

Al respecto González Uribe, ⁹⁶ expresa que: "...no basta, pues, decir que todo Estado, por su connaturalidad con el Derecho es -mecánica-automáticamente- Estado de Derecho. Esta fórmula implica más bien un compromiso fundamental: el de que el poder

94 - CÉ BURGOA, Ignacio *Las Garantías Individuales*. Decimosexta Edición, Porrúa, S. A., México, 1983 p 187.

95 - *Ibidem*. p 194-198

96 - GONZÁLEZ URIBE, Héctor *Teoría Política*. Quinta Edición, Porrúa, S. A., México, 1984 p 204, 223-225.

político, para mantener en condiciones normales, el equilibrio entre la libertad y el orden normativo, se someta a éste y no traspase sus mandatos. Y el de que el propio orden jurídico encarne satisfactoriamente, en cada época, los valores de justicia y seguridad en que reposa la comunidad humana a la que se pretende servir. De otra manera, se legitimarían, por su pura formalidad exterior. Estados tan monstruosos como los totalitarios de cualquier género”.

“Un Estado de Derecho, debe superar las etapas de violencia, arbitrariedad y despotismo”. “...el Estado debe vivir normalmente en el ambiente de un orden jurídico, claro, definido y eficaz, en el cual sus funciones y atribuciones estén especificadas con exactitud y los abusos de las mismas puedan ser sancionados”. Esto sólo lo va a lograr el Estado sujetándose a una serie de requisitos.

Para que se pueda lograr el aseguramiento del Estado de Derecho se deben cumplir ciertas condiciones. González Uribe señala dos condiciones esenciales para que se logre realizar el Estado de Derecho que son las siguientes:

- “1) El conocimiento de la primacía de los valores éticos del Derecho con la consiguiente voluntad de someterse a ellos, y
- 2) Una técnica o conjunto de técnicas que hagan haccedera y práctica esa sumisión. Cuales sean esas técnicas será la Constitución Política de cada país y las leyes que de ella se deriven las que lo decidan”.

En nuestro país esas técnicas se deben sujetar a ciertos principio básicos como los siguientes:

1.- "La existencia de una constitución o ley fundamental de preferencia escrita y rígida, que establezca con toda claridad cuáles son los órganos del Estado y delimite sus atribuciones y competencias respectivas. Esa constitución tendrá siempre la *supremacía jurídica* y a ella deberán ajustarse todas las leyes, reglamentos o decretos".

2.- "El establecimiento por la constitución de una serie de *garantías* para la persona humana, tanto individuales como sociales, que no puedan ser alteradas o violadas por ninguna ley o autoridad, de cualquier jerarquía que sean, sin que automáticamente se incurra en el vicio de anticonstitucionalidad".

3.- "El reconocimiento estricto del principio de *legalidad*, conforme al cual ninguna autoridad podrá actuar, en el ámbito de su competencia, si no hay alguna ley o norma de carácter general que se lo permita. Junto con este principio se da la *garantía de audiencia*, que impide privar a alguien de sus derechos sin previo juicio en que se le dé oportunidad de defenderse, o sea, sin el *debido proceso legal*".

4.- "La *división* y equilibrio fundamental de los poderes públicos con un sistema de frenos y contrapesos, para evitar los abusos y extralimitaciones, de tal manera que se logre que el poder quede delimitado en sus funciones desde dentro, por la organización misma institucional del Estado".

5.- "La posibilidad de que los ciudadanos participen en los asuntos públicos mediante un *gobierno representativo*, con organización electoral, que permite controlar el poder desde afuera".

6.- "El libre juego de los *medios de información social* -prensa, radio-difusión, televisión, cine, publicidad- que forman y canalizan la opinión pública y crean un

ambiente de constante vigilancia de los actos de los poderes públicos y de censura de las arbitrariedades”.

7.- “La organización por la constitución y las leyes fundamentales del país de una serie de recursos administrativos y jurisdiccionales, por medio de los cuales se pueden modificar o anular los actos de los poderes públicos lesivos de los derechos fundamentales de los ciudadanos o que alteran el orden constitucional. Según la legislación de cada Estado, este sistema de recursos puede llevar a una verdadera supremacía del poder judicial, que enjuicia y modera los actos de los poderes legislativo y administrativo”. En nuestra Constitución Política, el juicio de *amparo*, permite ejercer un constante control jurisdiccional sobre las leyes o actos de las autoridades públicas.

Además de estos principios que acabamos de mencionar para lograr el aseguramiento del Estado de Derecho, González Uribe destaca otros como son: “...todos aquellos procedimientos -cualesquiera que sean- que tiendan a evitar ventajas y privilegios indebidos para individuos o corporaciones, mediante un régimen de igualdad legal; a prevenir abusos en el ejercicio del poder; a eliminar la arbitrariedad en las decisiones; y a crear la seguridad jurídica en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, por medio de definiciones ciertas de lo que se puede hacer y de lo que está prohibido”.

Como ya se mencionó, anteriormente, el Estado de Derecho también debe servir a los valores fundamentales de la persona humana y del bien común, para realizar el aseguramiento de este.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

3.6. PROBLEMAS DEL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO.

Con base en las condiciones necesarias, señaladas por González Uribe, para asegurar un Estado de Derecho, y de acuerdo con el estudio de los fines del Estado de Derecho ya analizados, observamos que el Estado de Derecho persigue los fines de justicia, bien común y seguridad jurídica, así como también cumple con los requisitos para su aseguramiento sólo en teoría y no en la práctica, y es este el problema que se presenta frente al Estado de Derecho.

González Uribe, ⁹⁷ señala, como otro problema el que no se le puede llamar Derecho a aquel que está manejado por la voluntad de un grupo gobernante, de un partido político que prevalece o de una clase social que predomina. Por lo tanto consideramos que mucho menos se le puede llamar Estado de Derecho.

Rizquez Iribarren, ⁹⁸ señala: "...como puede hablarse de Estado de Derecho, cuando el ejercicio de éste está reservado a las minorías, las que tienen carnet del partido político dominante o dinero para ejercer el derecho".

"El Estado en nuestros países no realiza los derechos de las grandes mayorías de la población por cuanto ni siquiera les cubre la posibilidad de satisfacer sus necesidades elementales, pese a que esos derechos están consignados en la teoría legal". Este autor añade que "...el esquema mental de la Ley no tiene aplicación en la práctica y que a la realidad social no le alcanza la aplicación de los preceptos legales...".

97 - GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Temas Políticos*. Quinta Edición, Porrúa, S.A., México, 1989. p 203.

98 - RIZQUEZ IRIBARREN, William. "El Estado de Derecho Incorporado". *Actas Procesales de Derecho Vivo*, Vol. X, No. 30, Venezuela, 1973. p 263-263

Consideramos que no se puede llamar Estado de Derecho, al Estado en el que no existe seguridad jurídica para sus habitantes, porque la impartición de justicia es insuficiente, por ser el poder público débil o por la negligencia de sus órganos quienes no logran imponer el respeto al derecho, o porque algunas normas jurídicas sean injustas; por lo que la gente tiene que recurrir a la violencia para hacerse justicia por su propia mano.

3.7. ¿ES EL ESTADO DE DERECHO INOPERANTE?

Con base en los problemas a que se enfrenta el Estado de Derecho, consideramos que teóricamente si existe un Estado de Derecho, pero en la realidad de nuestro país, en la práctica no funciona, no opera como un verdadero Estado de Derecho.

Por lo tanto no puede hablarse de un Estado de Derecho Eficaz, sino de un Estado de Derecho inoperante.

CAPITULO CUARTO

EL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL

4.1. ANTECEDENTES DEL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL.

Antes de hacer un estudio de tal artículo transcribiremos íntegramente el precepto vigente:

Art. 17.- *“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”.

Este artículo se ha ido modificando a través del tiempo.

4.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el libro **Derechos del Pueblo Mexicano** (99) encontramos como antecedentes

99 - **Derechos del Pueblo Mexicano** “México A través de sus Constituciones” T. IV, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1967, p. 70-71

los siguientes:

1.- En la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, se expresaba lo siguiente:

"Art. 242.- La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales".

"Art. 245.- Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado".

2. El Decreto Constitucional Para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, establecía:

Art. 202.- "En el Supremo Tribunal de Justicia no se pagarán derechos".

3. El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1822 expresaba:

Art. 55.- "La facultad de aplicar las leyes á los casos particulares que se controvertien en juicio, corresponde exclusivamente á los tribunales erigidos por ley".

4. El Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de mayo de 1823, señalaba:

Base 7a. "Parte conducente.- Los individuos de la nación mexicana no deben ser juzgados por ninguna comisión. Deben serlo por los jueces que haya designado la ley. Tienen derecho para recusar á los que fueren sospechosos: lo tienen para pedir la

responsabilidad de los que demoren el despacho de sus causas: de los que no las sustancien como manda la ley: de los que no les sentencien como declare ella misma. Lo tienen para comprometer sus diferencias al juicio de árbitros ó arbitradores".

5. El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, fechada en la ciudad de México el 31 de enero de 1824 establecía:

"Parte conducente.- Todo hombre que habite en el territorio de la federación, tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia".

6. El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856, expresaba lo siguiente:

Art. 28.- "Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia".

En este artículo, se agregó una nueva disposición que en los textos legales anteriores no se había señalado, era la prohibición de que "Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho".

7. La Constitución Política de la República Mexicana, sancionado por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, señalaba:

Art. 17.- "Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre

expeditos (sic) para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales".

Este mismo texto se presentó en el Proyecto de Constitución de 1856, y sólo se le agrego la última parte del artículo, en la Constitución de 1857.

8. El Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865, establecía:

Art. 15.- "La justicia será administrada por los tribunales que determina la ley orgánica".

9. El Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1° de diciembre de 1916, expresaba:

"Art. 17 del Proyecto.- Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, y su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

El texto de este artículo está inspirado en el artículo 17 de la constitución de 1857, sólo se agrego la frase "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma", también se mejoró la redacción del artículo, y se aclararon algunos puntos.

10. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917, ¹⁰⁰ señala que:

"Art. 17.- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

El texto de este artículo, es una reproducción íntegra del artículo 17 del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, del cual sólo se aclaró su redacción al ser aprobado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

4.1.2. DEBATES EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

4.1.2.1. PRESENTACIÓN Y DEBATE EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1856, DEL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL. ¹⁰¹

El artículo 17 de la Constitución de 1857, fue presentado como el artículo 28 en el Proyecto de Constitución de 1856.

100 - *Historia del Pueblo Mexicano "México A través de sus Constituciones"* T. II, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1967, p. 636-637

101 - ZARCO, Francisco *Cronica del Congreso Extranordinario Constituyente (1856-1857)*, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 513, 519, 520, 910.

DEBATES EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE.

SESIÓN DEL 21 DE AGOSTO DE 1856.

"El 28 dice:

'Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia'.

El Sr. MORENO pregunta qué quiere decir la última parte del artículo.

El Sr. ARRIAGA contesta que los tribunales deben administrar justicia a todas horas.

El Sr. RUIZ está en favor de la primera parte del artículo, puesto que no introduce ninguna novedad y que sólo sanciona lo ya establecido; la 2a. le parece excelente, pero no prevé los casos de propia defensa conforme a derecho natural.

El Sr. ARRIAGA dice que estos casos son las excepciones de la regla general y que en ellos se recobra la cosa y no el derecho.

El Sr. Ruiz dice que el que recobra la cosa recobra el derecho que a ella tiene. El artículo está en términos tan absolutos que no da lugar a ninguna excepción.

El Sr. CASTAÑEDA cree que, si el artículo se omite, no hace falta y, si se deja, puede causar algunos inconvenientes. No se trata de nada nuevo, y lo dispuesto en el artículo, con algunas excepciones, es conforme a los principios del derecho civil.

El Sr. GUZMÁN da algunas explicaciones en favor del artículo.

El Sr. RAMÍREZ opina que el derecho nunca debe fundarse en la fuerza y, en cuanto a la última parte, no cree posible que los tribunales estén abiertos de día y de noche.

El Sr. ARRIAGA rectifica y el Sr. Ruiz pide que el artículo se divida en partes.

Hecha la división, la primera parte que dice: "Nadie puede ser preso por deudas de un carácter civil", es aprobada por unanimidad de los 92 diputados presentes..."

SESIÓN DEL 22 DE AGOSTO DE 1856.

"La 2a. parte del artículo 28 del proyecto de Constitución, que dice: "Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho", fue aprobada sin discusión por 45 votos contra 34.

La 3a., "Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia", fue aprobada por 51 votos contra 19.

Los sres. Zarco, Gómez, Llano, Cendejas, Mata, Ramírez (D. Ignacio), Olvera, Gambou, Anaya Hermosillo, Moreno, Arriaga, Castellanos, Contreras Elizalde, Langlois y Blanco presentaron la siguiente adición al artículo: "Quedan abolidas las costas judiciales". Fue admitida por una considerable mayoría y pasó a la comisión de Constitución. Esta suscrita por tres de los individuos de esta comisión. Sin embargo, quién sabe si será tiempo de que no se venda la justicia".

SESIÓN DEL 26 DE ENERO DE 1857.

"La Comisión de Constitución presentó un dictamen consultando que la adición de muchos diputados que pidieron la abolición de las costas judiciales pasara a la comisión de Ley Orgánica de Justicia.

El señor ZARCO se opuso al dictamen, diciendo que se quería esquivar otra cuestión, retirar otro artículo, emplazar indefinidamente todo bien para el pueblo, porque aunque

se ha nombrado una comisión para presentar la ley orgánica de justicia, nada ha hecho, ni nada hará, y, aunque hiciera, no queda tiempo para discutir su proyecto.

Los autores de la adición han querido que no se venda la justicia, que su administración sea enteramente gratuita, y han creído que este principio debía ser consignado en un artículo de la Constitución porque afecta a los derechos del hombre y a las garantías individuales.

La comisión debió resolver, de una manera categórica, en pro de la adición, si participa de estas ideas o en contra, si la arredraron las dificultades de la Hacienda Pública y la consideración de que no están bien pagados los jueces y los magistrados.

Triste es que el pueblo, a quien se llama soberano, contribuyendo a todas las cargas públicas, tenga que comprar la justicia como compra la gracia, los sacramentos y la sepultura.

Ya que el Congreso en la acta de derechos deja al pueblo la horca porque no hay Hacienda, el grillete porque no hay Hacienda, librello al menos de las costas judiciales y haga que el derecho y la justicia dejen de ser mercancías.

El señor ARRIAGA dice que abunda en las ideas del preopinante y nada tiene que contestar a sus razones; pero que la comisión de Constitución creyó que no se trataba de un punto capital, sino de una mejora que bien puede conseguirse más tarde por medio de una ley secundaria. Añadió que por su parte no había inconveniente en modificar el dictamen, si así lo deseaba el Congreso.

El señor MORENO sostuvo que la administración de justicia debe ser gratuita y que los magistrados deben ser pagados por el erario y no por los litigantes.

El señor BANUET, declarando que no es juez ni magistrado, sino litigante que paga derechos, opina que la abolición de las costas judiciales, mientras no se asegure el puntual pago de los jueces, equivale a poner en subasta pública la administración de justicia, porque en verdad hombres que estén reducidos a la miseria y carezcan de todo recurso para su subsistencia necesitan ser héroes para ser íntegros.

El Sr. ANAYA HERMOSILLO ataca vigorosamente el dictamen pintando los abusos del cobro de costas, que raya en el exceso cuando hay jueces que no tienen asignado ningún sueldo y viven exclusivamente de lo que cobran a los litigantes. Opina que los jueces deber ser pagados como lo permitan las circunstancias del erario y severamente castigados los que falten a su deber.

El Sr. ZARCO cree inútil insistir en la cuestión, cuando la comisión, por medio del Sr. Arriaga, ha declarado que no tiene nada que contestar.

La mejora que se reclama debe ser punto constitucional, y así lo comprendieron los señores de la comisión que suscribieron la adición de que se trata.

Suponer que la poca puntualidad en los sueldos equivalga a poner en subasta pública la administración de justicia es hacer una gratuita ofensa a la magistratura de la República, que tiene la gloria de haber visto vivir y morir en la miseria a Figueroa y a D. Juan B. Morales sin que faltaran jamás a su deber.

Si la razón del Sr. Banuet ha de mantener las costas judiciales, sería preciso establecer costas administrativas, costas parlamentarias, etc., porque todos los funcionarios están mal pagados y no es conveniente poner en subasta pública la fidelidad de los empleados, la conciencia de los diputados, la lealtad de los militares.

El dictamen es reprobado.

Puesta a discusión la adición que consulta la abolición de las costas judiciales, la apoya con muy buenas razones el Sr. Degollado (D. Joaquín), quien opina que, mientras no sea gratuita la administración de justicia, no se habrá conseguido el objeto de la asociación.

Hace notar también que, no obstante que ahora hay sueldos para los magistrados y extorsiones para los litigantes, hay quejas contra la Corte de Justicia y contra el último juzgado, de manera que no son las costas lo que da integridad a los jueces.

El Sr. MATA cree que la generalidad en que está concebida la adición hace que se extienda a los tribunales de los Estados, y opina que esto es atacar la soberanía que para su régimen interior les concede el sistema federal.

El Sr. GARCÍA GRANADOS dice que precisamente los autores de la adición quieren que no haya costas en ningún tribunal de la República, incluso los de los Estados, y hasta en los juzgados eclesiásticos.

El Sr. MARISCAL desea que la cuestión se examine de una manera práctica puesto que no es menester probar lo que todo el mundo siente.

Lo que debe verse es si, atendido el estado de la Hacienda, es posible alcanzar la reforma que se desea.

Hace notar que en ningún país se han abolido completamente las costas judiciales.

El Sr. RAMÍREZ (D. Ignacio) distingue entre la cuestión especulativa y de principios y la práctica de administración. Al Congreso toca resolver la primera y dejar la segunda al Gobierno o a los poderes constitucionales.

Se ha dicho siempre que los gobiernos son un mal necesario que se sostiene por la ventaja que resulta de la buena administración de justicia.

Si la sociedad paga al Gobierno, ¿por qué ha de tener que comprar la justicia?. El pago de costas es absurdo, es abusivo, es un controprincipio insostenible.

El Sr. MORENO dice que, si otros países no han abolido las costas judiciales, ésta no es razón para mantenerlas en México.

En otras partes subsiste la prisión por deudas, mientras en México no existe esta pena.

La adición queda aprobada por 66 votos contra 15."

4.1.2.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1856.

Mantilla Molina ⁽¹⁰²⁾ señala una serie de realidades que acontecieron en el México independiente, las cuales influyeron en el Congreso Constituyente de 1856 para crear el texto del artículo 28 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856.

Mantilla Molina nos dice: "Si nuestras leyes no proclamaban, en términos generales, la facultad de hacerse justicia por sí mismo, si no solían encomendar al propio agraviado la imposición de la sanción jurídica, en la realidad social que rodeaba a los

102 - MANTILLA MOLINA, Roberto L. "Sobre el Artículo 17 Constitucional" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T VIII, Nums 31-32, 14-I-De, México, 1958, p 150-151

Constituyentes del 56 existían costumbres -corruptelas si se quiere- que si no reconocidas formalmente por el ordenamiento jurídico, si eran toleradas por él, y, con frecuencia encontraban el apoyo de los órganos estatales formalmente constituidos: las autoridades, en el sentido usual".

"Las características feudales del agro mejicano en muchas ocasiones erigían al terrateniente, sino en señor de horca y cuchillo, si a lo menos, en lo que, en términos medioevales, se llamaría señor de *baja justicia*. Ciertamente que por lo que resulta de los documentos que nos transcriben sus deliberaciones, ni el congreso reunido en 1856, ni el que comenzó sus sesiones en 1916, se enfrentó directamente a estos abusos. Pero no le eran desconocidos, ni podía tolerarlos".

"En los debates de 1856, ...hay más de una alusión, con obvia repulsa, a esta suerte de justicia (?) privada, en virtud de la cual el hacendado ejercía no sólo poderes de dueño de la tierra, sino de señor de los hombres. Se alude -y se reprueban- los atentados contra las personas, las prisiones, los azotes, de que usaban y abusaban los hacendados; VALLARTA habla de los que se erigen en jueces sin autoridad, destierran e imponen trabajos para cobrar deudas". "Como el Saltillo dista a veinticinco leguas, no puede haber vigilancia y así ha habido ejecuciones, prisiones, azotes y toda clase de excesos". "...ARRIAGA quiere que el propietario concurra a los tribunales como los demás ciudadanos, y que la propiedad 'no se convierta en título de autoridad'; MATA propugna porque 'las dificultades que se susciten entre particulares no sean decididas por una de las partes, sino por el juez'; Ignacio RAMÍREZ denuncia que 'los grillos los aplican los dueños de hacienda' y también AMPUDIA 'refirió los grandes abusos que en sus

haciendas cometían los propietarios', y se habla con horror de las *tlapixqueras* a las que se alude como verdaderas cárceles privadas."

"Los constituyentes de 56 conocían esta realidad y la repudiaban. No podían consentir que en lo futuro una ley consagrara como jurídicas estas prácticas; era preciso vedar esta posibilidad al legislador ordinario. Intuyeron la fórmula acertada, y quedó plasmada en el artículo 17; habría de reiterarse 60 años después, al formularse una nueva constitución, cuando aun no habían desaparecido en la campiña las prácticas que se habían censurado en el anterior constituyente".

4.1.2.3. PRESENTACIÓN DEL ARTICULO 17 EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1916.

El texto de este artículo fue presentado como artículo 17 del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza.

18a. SESIÓN ORDINARIA CELEBRADA la tarde del miércoles 20 de diciembre de 1916, se leyó el dictamen siguiente sobre el artículo 17 del Proyecto de Constitución. (101)

"Art. 17.- Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma y ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley y su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

101 - Datos de las Debates del Congreso Constituyente Querétaro 1916-1917 Tomo I, No. 31, Querétaro, 20 de diciembre de 1916, Edición Facsimilar, LIV Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1989 p. 501-502 ó 36-37

19a. SESIÓN ORDINARIA CELEBRADA el jueves 21 de diciembre de 1916. 1009

El artículo 17 es puesto a votación y es aprobado por unanimidad.

4.1.3. REFORMAS AL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL.

Con la intención de que las leyes federales y locales establecieran los medios indispensables para que los tribunales ejecutaran sus resoluciones de manera independiente, de acuerdo a su ámbito de competencia, se reforma el artículo 17 constitucional por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el martes 17 de Marzo de 1987, con el cual se agrega al precepto el párrafo tercero, y se aclara su redacción. El artículo 17 queda de la siguiente forma:

"ARTICULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil".

4.1.4. TEXTO VIGENTE.

La disposición del artículo 17 constitucional, reformado por el decreto publicado en Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1987, entró en vigor el 18 de marzo de 1987, y aun esta vigente.

4.2. ANÁLISIS DEL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL.

Una vez realizado el estudio de los antecedentes del artículo 17, pasaremos a interpretar el contenido de la disposición, para comprenderla y conocer los derechos que concede y las obligaciones que impone.

Ignacio Burgoa, en quien nos basaremos, realiza un análisis del artículo 17 constitucional respecto a las garantías de seguridad jurídica que contiene.

4.2.1. DERECHOS.

En el Artículo 17 constitucional, párrafo último que señala "Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil", en este precepto encontramos un derecho, el de no ser apisionado por deudas civiles.

Así lo expresa también Ignacio Burgoa, (105) al decir que en el artículo 17 constitucional, párrafo último, se encuentra una garantía de seguridad jurídica, que es la siguiente: *"Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil"*. Expresa que de esta garantía de seguridad jurídica, el gobernado tiene: "...un derecho subjetivo público, consistente en la facultad de oponerse jurídicamente a cualquiera autoridad estatal que pretenda privarlo de su libertad a virtud de una deuda civil contraída a favor de otro sujeto. La obligación que se establece para el Estado y sus autoridades, emanada también de dicha garantía, estriba en la abstención que éstos contraen en el sentido de no privar al titular del derecho subjetivo correlativo (gobernado) de su libertad por una deuda que no provenga de un hecho calificado expresamente por la ley como delictivo".

Otro derecho que contiene el artículo 17 constitucional, lo encontramos en el párrafo segundo, que expresa: *"Toda persona tiene derecho a que se administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales"*.

Al respecto Ignacio Burgoa (106) señala que: "La garantía de seguridad jurídica establecida en favor del gobernado en este caso, se traduce en la imposibilidad que tienen las autoridades judiciales de retardar o entorpecer indefinidamente la función de

105 - BURGOA, Ignacio *Las Garantías Individuales*, Decimosegunda Edición, Porrúa, S.A., México, 1985 p.618-619

106 - *Ibidem* p.611

administrar justicia, tienen, en consecuencia, la obligación de sustanciar y resolver los juicios ante ellas ventilados dentro de los términos consignados por las leyes procesales respectivas. La obligación estatal que se deriva de esta garantía de seguridad jurídica es eminentemente positiva, puesto que las autoridades estatales judiciales o tribunales tienen el deber de actuar en favor del gobernado, en el sentido de despachar los negocios en que éste intervenga en forma expedita de conformidad con los plazos procesales".

En relación a la parte última del segundo párrafo que establece: "*...su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales*", esta disposición, tiene el deseo de no tratar a la justicia como un objeto en venta, que se da al mejor postor.

4.2.2. DEBERES QUE IMPONE.

En el párrafo primero del artículo 17 constitucional que señala: "*Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho*", establece para los particulares la doble obligación de abstenerse de contravenir dichas prohibiciones.

Al respecto, Ignacio Burgoa ¹⁰⁷ nos dice: "En términos estrictos, esta disposición constitucional no contiene una garantía individual propiamente dicha". Porque la garantía individual es "...una relación jurídica existente entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por otro, en virtud de la cual se crea para el

107 - BURGOA, Ignacio *La Garantía Individual*, Decimosegunda Edición, Porrúa S.A., México, 1983, p. 629

primero un derecho subjetivo público y para los segundos una obligación correlativa". Y como este precepto constitucional, "...no establece para el gobernado ningún derecho subjetivo ni para el Estado y sus autoridades una obligación correlativa, sino que impone al sujeto dos deberes negativos: *no hacerse justicia por su propia mano y no ejercer violencia para reclamar su derecho*". "Además, de esta obligación negativa, el artículo 17 constitucional, en la parte que comentamos, contiene tácitamente para los gobernados un deber positivo, anexo a aquélla, y que estriba en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos".

Contrariamente a la opinión de Burgoa en relación al párrafo primero del artículos 17 constitucional, Mantilla Molina ⁽¹⁰⁸⁾ señala: "El artículo 17 viene a excluir del ordenamiento jurídico mejicano la posibilidad de una norma jurídica que encomiende al mismo lesionado por la conducta que debió omitirse, la imposición de la correspondiente sanción. *Y así en cuanto impone una restricción al poder legislativo, constituye verdaderamente una garantía individual*". "...el artículo 17 si concede a los gobernados un derecho: el de que el órgano encargado de aplicar la sanción por las infracciones a las normas jurídicas que puedan cometer, no sea la misma persona cuyos intereses se lesionan por la infracción, es decir, el derecho a que el órgano tenga un grado mínimo de imparcialidad. Claro es, que ello impone al Estado una obligación correlativa: la de no dictar leyes que permitan erigirse en órgano del Estado, y, por ende aplicar sanciones a las personas cuyos intereses -o si se prefiere cuyos derechos subjetivos- han sido atacados".

108 - MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Sobre el Artículo 17 Constitucional" *Revista de la Facultad de Derecho de México* T. VIII, Núm. 31-32, Julio-Diciembre, México, 1958 p. 146-148

Mantilla Molina continúa con su posición y crítica la tesis de Ignacio Burgoa respecto del párrafo primero del artículo 17 constitucional, señala el primero: "Y no es exacto que el artículo 17 *por sí mismo* imponga a los gobernados dos deberes negativos: a lo menos, no se los impone con el carácter de deberes jurídicos. Pues para que el hacerse justicia por propia mano acarree una sanción, o para que ésta se imponga por el ejercicio de la violencia, es necesaria una norma jurídica, diversa del precepto constitucional, que así lo establezca. Al particular que, aun con el propósito de hacer valer un derecho, invada una propiedad ajena, o penetre sin el consentimiento del arrendatario en los locales que tiene arrendados, o tome por sí mismo el bien que había confiado en depósito y cuya restitución se le niega, etc., se le impondrá una sanción no con base en el artículo 17 de la Constitución, sino con base en el precepto del Código Penal, que castiga el despojo de inmuebles, el allanamiento de morada, el robo, las lesiones, etc. Por último, y aunque esto quizá nos aleje de nuestro tema, debemos notar que tampoco es exacta la afirmación de BURGOA de que además de esta obligación negativa, el artículo 17 constitucional en la parte que comentamos 'contiene tácitamente para los gobernados un deber positivo, anexo a aquella, y que estriba en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos'. Es evidente que el titular de un derecho puede abstenerse de reclamarlo, y que la persona a quien la ley de una acción en juicio, puede abstenerse de ejercitarla, sin que en un caso o en otro pueda decirse que tiene el deber positivo de reclamar su derecho o de ejercer su acción".

Consideramos que la tesis de Burgoa, en relación al párrafo primero del artículo 17, es más aceptable y estamos de acuerdo con su opinión, al señalar que este precepto

no encierra una garantía individual, sino dos deberes negativos que son: el no hacerse justicia por sí mismo y no ejercer violencia para reclamar su derecho. Pero no estamos de acuerdo respecto a la última parte de la tesis de Ignacio Burgoa, al señalar que esta disposición del artículo 17 "contiene tácitamente para los gobernados un deber positivo, anexo a aquélla, y que consiste en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos". Creemos que es inexacta esta afirmación, por dos razones: 1) primero porque el párrafo segundo del artículo citado que señala: "*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que...*", viene a complementar la doble prohibición que establece el párrafo primero, de que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.. Por lo tanto el acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia, no es un deber positivo, sino un derecho que el gobernado puede ejercer en el momento que lo necesite pero dentro de los términos que la ley establece. 2) porque ese "deber positivo tácito", no se encuentra señalado de manera expresa en el párrafo primero del artículo 17, sino en el párrafo segundo, pero no como deber, sino como derecho.

El estudio realizado por Mantilla Molina, en relación al párrafo primero del artículo 17 constitucional, en el cual afirma que este artículo si concede a los gobernados un derecho e impone una obligación correlativa al Estado, consideramos que es inaceptable porque Mantilla Molina realiza tal aseveración con base a deducciones tácitas del artículo 17, ya que en este no se encuentra expresamente señalado que las personas que formen parte de un juicio, es decir el ofendido no puede erigirse en

autoridad que juzgue y sancione a la parte agresora, ya que de lo contrario sería hacerse justicia por su propia mano. Mantilla Molina relaciona este derecho de la imparcialidad con el hacerse justicia por sí mismo, en atención a que si se transgrede el derecho que tienen las partes, en un litigio de que exista la imparcialidad por parte del juez, para no conocer asuntos de los que el tiene algún interés, se aplicaría una justicia por sí mismo; pero como ya lo mencionamos el artículo 17 no señala expresamente la interpretación que Mantilla Molina hace de esta norma. Otra razón por la que no aceptamos tal afirmación, es porque esta doble prohibición no esta dirigida a las personas que tienen el carácter de autoridad, sino a los particulares, a fin de que se abstengan de hacerse justicia por sí mismos, ya que esta función de administrar justicia sólo le corresponde a los tribunales para ello establecidos.

Creemos que Mantilla Molina incurre en este error, porque centra los antecedentes del artículo 17, en el Derecho Romano, ya que en esta época el ofendido estaba facultado para hacerse justicia por su propia mano, es decir aplicar la pena al agresor con la previa declaración de culpabilidad, o también podía el ofendido, en ciertos delitos, juzgar y condenar a su agresor. Pero el artículo 17 constitucional, no tiene su origen en los antecedentes del Derecho Romano, sino en los antecedentes del México independiente ya que la realidad de esta época, motivó al Constituyente de 1856 a plasmar, en el texto de la Constitución, la prohibición de que "ninguna persona podrá ejercer violencia para reclamar su derecho", y al Constituyente de 1916, a complementar tal disposición con la frase "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma". La

intención del legislador fue crear dos prohibiciones para los gobernados y no para las autoridades como señala Mantilla Molina.

Ignacio Burgoa ⁽¹⁰⁾ reprueba las afirmaciones de Mantilla Molina, así el primero señala: "Consideramos que nuestro impugnador no tiene razón. En efecto, de la relación jurídica que entraña la garantía individual, según hemos aseverado reiteradamente, se deriva en favor de todo gobernado un derecho subjetivo público, y a cargo de toda autoridad del Estado la obligación correlativa". La simple lectura del artículo 17 constitucional nos advierte la imposibilidad de "hacerse justicia por sí mismo" y de "ejercer violencia para reclamar un derecho" esto, no implica, de ninguna manera, un derecho, sino una obligación negativa, es decir, de no hacer o de abstenerse de hacer, el hecho que el artículo 17 constitucional no prevea ninguna sanción por infringir la obligación negativa que la Constitución establece, a cargo de todo gobernado, no excluye tal obligación, cuyo incumplimiento puede traducirse en la perpetración de los delitos que señala Mantilla Molina. Sería contrario a la índole de la Constitución que ésta previese las sanciones en que incurran quienes la infrinjan, "...ya que, en esta inadmisibles hipótesis, saldrían sobrando todos los ordenamientos secundarios, entre ellos, primordialmente, el Código Penal. Esta observación nos parece tan obvia, que sería innecesario aducir diversos ejemplos de distintas disposiciones constitucionales que establecen obligaciones y prohibiciones sin fijar expresamente sanción o pena alguna para su incumplimiento o transgresión".

101. Cf. BURGOA, Ignacio *Las Garantías Individuales*. Decimonovena Edición, Porrúa, S.A., México, 1985 p. 610

4.3. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTICULO DIECISIETE CONSTITUCIONAL.

El texto que integra el párrafo primero, es el siguiente: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

Como ya mencionamos anteriormente, la facultad que tenía el ofendido de hacerse justicia por mano propia, sólo existió en el Derecho Romano, y no se transmitió a nuestro derecho. Gracias a la evolución del Estado, del Derecho y de la Administración de Justicia, se perdió su regulación en los ordenamientos jurídicos consecuentes. Por lo tanto el párrafo primero del artículo 17, no motivo su creación en las prácticas realizadas antiguamente en el derecho romano, sino en la realidad que acontecía en el México independiente.

En el México independiente, como ya hemos hecho referencia anteriormente, existían prácticas que realizaban los dueños de las haciendas contra las personas que tenían alguna deuda con ellos, debido a la distancia que existía entre la vigilancia y la administración de justicia, los hacendados se hacían justicia por sí mismos, ya que a los trabajadores que tuvieran alguna deuda con ellos y no la pudieran pagar los castigaban con azotes o los encerraban en las bodegas de la hacienda. Esta realidad que acontecía en el país en aquella época fue lo que motivo a los constituyentes de 1856 a crear en el artículo 28 del Proyecto de Constitución el precepto "Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho". Como estas costumbres injustas realizadas por los hacendados se seguían cometiendo hasta el constituyente de 1916, este amplió la disposición del artículo 17 y estableció: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni

ejercer violencia para reclamar su derecho", para terminar con estos abusos, y proteger a la clase débil y obligar al hacendado a abstenerse de realizar las funciones de la autoridad.

En la actualidad, las haciendas han desaparecido, y existe mayor número de tribunales para administrar justicia, por lo tanto esas prácticas corruptas que existieron en el pasado ahora han dejado de existir. Actualmente han surgido otros medios por los que la gente se hace justicia por su propia mano, y que acontecen día con día, como es el *linchamiento*, este se da cuando se considera que la administración de justicia es pésima o insuficiente, lo que lleva a juzgar y sentenciar a una o varias personas, sin acudir a los tribunales previamente establecidos para ello. Esta clase de justicia no se realiza por una sola persona, sino por toda una colectividad que se reúne para ese fin.

En el linchamiento, la gente se hace justicia por si misma y ejerce violencia, lo cual se ha vuelto una costumbre. A esta práctica es a lo que se le conocía en el Derecho Romano como Derecho consuetudinario; es decir una costumbre aceptada por el pueblo, pero sin ninguna validez formal o jurídica y sin ningún valor objetivo intrínseco, de acuerdo al inciso 7 de la teoría de los tres círculos de García Maynez de la cual hablamos en el capítulo segundo.

Señala García Maynez (110) que "la costumbre carece de valor intrínseco, aun cuando los que la practican abriguen la convicción de que realizan la justicia". Jellinek (111) al respecto considera que "...la repetición de determinadas formas de

110 - GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *La Definición del Derecho*. S N E. Sityo, México, 1948 p 89

111 - Cit por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo *La Definición del Derecho*. S N E. Sityo, México, 1948 p 90

comportamiento acaba por engendrar, en la conciencia de quienes las practican, la idea de que son obligatorias”.

La práctica del linchamiento es una costumbre antijurídica e ilícita, ya que al realizar la justicia por mano propia, la multitud invade la esfera de actuación de otra persona, y puede llegar incluso hasta privarlo de la vida, de su patrimonio o lesionarlo. Se emplea además la fuerza y la violencia sin que la ley le confiera a la multitud la facultad de juzgar y sentenciar; por lo tanto, al no actuar conforme a lo que marca la ley la conducta se vuelve ilícita. Si el ordenamiento jurídico permite al individuo ejercer la fuerza física, su actuación no sería ilícita porque este actuaría conforme a la norma. Al hacerse justicia por sí mismo y ejercer violencia para reclamar su derecho, se esta violando un precepto constitucional por lo tanto se incurre en un delito.

Montiel y Duarte, *op. cit.* señala “...nadie ha podido hacerse justicia por su propia mano, cualquiera que sea la naturaleza y evidencia de su derecho”. Añade que el establecimiento de jueces y magistrados supone que ellos, y sólo ellos, pueden emplear los medios de coacción y apremio, “pues -razona- ninguna sociedad medianamente organizada ha podido dejar abierta la puerta para que el individuo pueda hacerse justicia por su propia mano”.

Es importante señalar, respecto a la afirmación de Montiel y Duarte, que teóricamente el Estado si le impide al particular la realización de la justicia por sí

mismo, al plasmar esta prohibición en la constitución, pese a esta restricción, el hacerse justicia por su propia mano continua. Tolerar que sigan ocurriendo estos actos, destruye el orden social, y convierte al Estado de Derecho en una en una anarquía en donde sólo impera la desorganización. Si no existe un orden social, no puede darse la justicia, la seguridad y el bien común y por lo tanto, no puede hablarse de un Estado de Derecho.

No debe confundirse la justicia por mano propia, ni el ejercicio de la violencia para reclamar un derecho, con la legítima defensa. Al respecto Ignacio Burgoa (11) señala que la prohibición del artículo 17, "...se funda moral y socialmente en la ilicitud de la venganza privada y de la coacción para reclamar un derecho efectivo o supuesto, así como el *desideratum* de mantener la paz dentro de la sociedad". Es lo que se llama el "derecho del más fuerte" o el "derecho de la fuerza", por lo tanto la transgresión a este precepto tiene la naturaleza de conducta antijurídica. Y la legítima defensa, se refiere al derecho a defenderse contra cualquier agresión, "...consiste en la potestad lícita y natural de todo hombre para repeler un ataque que ponga en peligro su vida, es decir, 'enfrentar con nuestros elementos de fuerza individual y privada un peligro presente que amenaza nuestra persona o nuestros intereses'."

11) - BURGOA, Ignacio. *Los Crímenes Individuales*. Decimosegunda Edición, Porrua, S.A., México, 1985 p 630-631

4.4. FILOSOFÍA DEL ARTICULO DIECISIETE DE LA CONSTITUCIÓN.

El artículo 17 constitucional, como toda norma jurídica, persigue los mismos fines del derecho, es decir la realización de los valores de justicia, seguridad y bien común.

Tienen el deber de cumplir con el valor justicia:

- 1) el legislador, creador de la norma justa.
- 2) los particulares como receptores de la norma.
- 3) Los órganos del poder público encargados de aplicar correctamente la norma.

El incumplimiento de cada uno de los obligados da lugar a diferentes consecuencias, si el legislador crea una norma injusta altera el orden y propicia impugnaciones, si el particular incumple lesiona a su contraparte, y si los órganos del poder público aplican la norma incorrectamente violan los derechos fundamentales del ser humano.

Cualquier incumplimiento que se presente puede llevar a la violencia para obtener justicia por propia mano con lo cual se genera un Estado de inseguridad. De los cuales podemos mencionar desde épocas pretéritas el obedeceace pero no se cumpla, o resistencia pasiva, la resistencia activa y peor aun el linchamiento, en el cual la colectividad juzga y sentencia sin recurrir a los órganos competentes para ello, y sin estar facultados por la ley, por lo tanto estos actos son contrarios a derecho, y deben ser

sancionados, pero el Estado deja impunes estas conductas ilícitas, por ser realizadas colectivamente lo que impide al órgano del poder público el aplicar la sanción, por desconocer al directamente responsable. Como la multitud logra su fin sin recibir pena alguna, va a recurrir con mayor frecuencia a este tipo de prácticas, que de no reprimirse se convertirán en una costumbre.

Al infringirse la disposición jurídica del párrafo primero del artículo 17, que prohíbe hacerse justicia por sí mismo, y ejercer violencia para reclamar un derecho, hay un agravio a la sociedad y un desconocimiento del derecho y de la justicia. El órgano del poder público debe aplicar correctamente la norma, e imponer una sanción, de lo contrario, el ordenamiento jurídico se vuelve ineficaz, por no haberse logrado la satisfacción de los principios de seguridad y legalidad jurídicos. Lo que llevará a la anarquía y a la destrucción del Estado de Derecho.

Suele ocurrir que el poder público aplique sanciones a la colectividad, cuando las conductas antijurídicas lesionen los intereses del Estado y por el contrario cuando se trata de actos que lesionan a los particulares los deja impunes, lo que implica una doble ofensa, la ya recibida por la conducta ilícita y la ignorancia de estos actos por parte de la autoridad con lo cual tácitamente los permite.

CONCLUSIONES

1.- El Estado es la sociedad humana, establecida permanentemente en un territorio, gobernada por un poder supremo, bajo un orden jurídico, que tiende a la realización de los valores de la persona.

2.- El Estado tiene su origen en la naturaleza racional, libre y necesaria del hombre, porque sin él, el Estado no existe.

3.- Toda concepción del Estado debe estar formada por aspectos, jurídicos, políticos, sociológicos y filosóficos, para que se le pueda considerar como Estado de Derecho.

4.- La violencia es consecuencia de las injusticias que imperan en los ordenamientos jurídicos, así como en los sistemas de vida sociales establecidos.

5.- La terminación de la violencia sólo se consigue con la creación de un sistema de normas justas que permitan la realización de los valores, creando así una sociedad de orden y paz.

6.- El Derecho es un orden normativo, que regula la conducta de los hombres en sociedad, y tiene como fin la realización de la justicia, la seguridad, y la igualdad, por quienes crean, y aplican la ley en beneficio de la comunidad.

7.- Es verdadero derecho sólo aquél que está dotado de vigencia, positividad y es intrínsecamente justo, de lo contrario, no sería un derecho perfecto.

8.- El Estado y el Derecho son distintos uno del otro, pero entre ambos existe una interrelación en la que no pueden existir uno sin el otro. El Estado sin el derecho es una simple fuerza y viceversa el Derecho sin el Estado es una idealidad de la norma.

9.- El Estado de Derecho no sólo es aquel que se rige por un ordenamiento jurídico, sino aquel que además de tener un sistema de normas jurídicas controla y regula el poder y la actividad del Estado por la ley.

10.- La justicia por mano propia, mediante el uso de la violencia, tiene su origen en un sistema social injusto, en los ordenamientos jurídicos represivos, en la administración de justicia ineficaz, y en la impunidad de los actos violentos realizados.

11.- La justicia por mano propia, destruye el orden social y convierte al Estado de Derecho en una anarquía, en donde impera la desorganización.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aristóteles. Política. Tr. Antonio Gómez Robledo, S.N.E., Edición de la U.N.A.M., México, 1963.
- 2.- Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Decimonovena Edición, Porrúa, S.A., México, 1985.
- 3.- Díaz, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Octava Edición, Ed. Taurus, S.A., España, 1981.
- 4.- Engels, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada, y el Estado, Primera Edición, Editores Mexicanos Unidos, S. A., México, 1977.
- 5.- García Maynez, Eduardo. Filosofía del Derecho, Sexta Edición, Porrúa, S.A., México, 1989.
- 6.- García Maynez, Eduardo. La Definición del Derecho, S.N.E., Editorial Stylo, México, 1948.
- 7.- García Maynez, Eduardo. Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, Tercera Edición, U.N.A.M., México, 1986.

- 8.- González Uribe, Héctor. Teoría Política, Quinta Edición, Porrúa, S.A., México, 1984.
- 9.- Heller, Hermán. Teoría del Estado, Tr. Luis Tobio, Tercera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.
- 10.- Hobbes, Thomas. Leviatan, Tr. Manuel Sánchez Sarto, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1940.
- 11.- Jellinek, Jorge. Compendio de Teoría General del Estado, Tr. G. García Maynez, S.N.E., Editor Manuel de J. Nucamendi, México, 1936.
- 12.- Jellinek, Georg. Teoría General del Estado, Tr. Fernando de los Ríos, Segunda Edición, Editorial Albatros, Argentina, 1970.
- 13.- Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Tr. Eduardo García Maynez, Cuarta Reimpresión, U.N.A.M., México, 1988.
- 14.- Kunkel, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. Tr. Romische Rechtsgeschichte., S.N.E., Ediciones Ariel, España, 1966.
- 15.- Locke, John. Ensayo Sobre el Gobierno Civil. Tr. Amando Lázaro Ros, Primera

Reimpresión, Aguilar, México, 1983.

16.- López Portillo y Pacheco, José. Génesis y Teoría General del Estado Moderno, Tercera Edición, IEPES PRI, México, 1976.

17.- Maquiavelo, Nicolás. El Príncipe, S.N.E., Harla, México, 1989.

18.- Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado, Vigésima Cuarta Edición, Porrúa, S.A., México, 1991.

19.- Posada, Adolfo. Tratado de Derecho Político, T. I., Quinta Edición, Librería General de Victoriano Suárez, España, 1935.

20.- Rousseau, Juan Jacobo. El Contrato Social, Segunda Edición, Dirección General de Publicaciones, México, 1969.

21.- Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Décima Edición, Porrúa, S.A., México, 1993.

22.- Zarco, Francisco. Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente. (1856-1857), Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

HEMEROGRAFIA

- 1.- "Jordania e Israel: Un Destino Común". Saber Ver. Número 4, Mayo-Junio, México, Año I.
- 2.- Combellas, Ricardo. "El Estado de Derecho Herencia de la Revolución Francesa". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Vol. 35, No. 77, Venezuela, 1990.
- 3.- Mantilla Molina, Roberto L., "Sobre el Artículo 17 Constitucional". Revista de la Facultad de Derecho de México, T. VIII., Nums. 31-32, Jul.-Dic., México, 1958.
- 4.- Ríquez Iribarren, William. "El Estado de Derecho Inoperante". Actas Procesales de Derecho Vivo. Vol. X, No. 30., Venezuela, 1973.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 101a. Edición, Porrúa, S.A., México, 1994.

OTRAS FUENTES

- 1.- Derechos del Pueblo Mexicano. "México A través de sus Constituciones". T. II.,
XI.VI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1967.
- 2.- Derechos del Pueblo Mexicano. "México A través de sus constituciones". T. IV.,
XI.VI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1967.
- 3.- Nuestra Constitución. "Historia de la Libertad y Soberanía del Pueblo Mexicano".
T. 9, S.N.E., I.N.E.H.R.M., México, 1990.
- 4.- Epístola de San Pablo a los Romanos, Capítulo XIII, Vers. 1.
- 5.- Libro del Éxodo, Capítulo 21, Vers. 23-25, 29.
- 6.- Libro del Éxodo, Capítulo 24, Vers. 12.
- 7.- Diario de los Debates del Congreso Constituyente Querétaro 1916-1917. Tomo I,
No. 31, Querétaro, 20 de diciembre de 1916, Edición Facsimilar, LIV Legislatura
de la Cámara de Diputados, México, 1989.
- 8.- Diario de los Debates del Congreso Constituyente Querétaro 1916-1917. Tomo I,

DICCIONARIOS

- 1.- Diccionario de Derecho. PINA VARA, Rafael de., Decimosegunda Edición, Porrúa, S. A., México, 1984.
- 2.- Diccionario de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. T. IV., Cuarta Edición, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1962.
- 3.- Diccionario de Política. BOBBIO, Norberto y Nicola Matteucci. T. II., Tr. Raúl Crisafio, Tercera Edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 1985.
- 4.- Diccionario de Política y Administración Pública. T. II., Primera Edición, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, a.c. México, s/año.
- 5.- Diccionario Enciclopédico Salvat. T. 24, Salvat Editores, S.A, España, 1985.
- 6.- Diccionario Enciclopédico Salvat Universal. T. 20, SALVAT Editores, S.A. España, 1969.
- 7.- Diccionario Jurídico Mexicano. T. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tercera Edición, Porrúa, S.A., U.N.A.M., México, 1989.

8.- Diccionario Jurídico Mexicano, T. III. Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Segunda Edición. Porrúa, S.A., U.N.A.M., México, 1988.