



875209

32

UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“CONSIDERACIONES JURÍDICO-ÉTICAS DE LA PROCURACIÓN
Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA :

ALEJANDRA / SANTIBÁÑEZ NOGUEIRA

DIRECTOR DE TESIS

LIC. ADELA REBOLLEDO LIBREROS

REVISOR DE TESIS

LIC. YOLANDA ISABEL RUÍZ VÁSQUEZ

BOCA DEL RÍO, VER.

2001



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.

DEDICATORIAS

A DIOS...

A ti Señor por mantenerme siempre llena de fe y esperanza, por tu valiosa protección. Infinitamente Gracias.

A MI PADRE...

Por tu sacrificio algún tiempo incomprendido, por tu inalcanzable esfuerzo de que yo fuera alguien en esta vida, hoy podemos decir lo logramos. Te Amo Mucho.

A MI MADRE...

Ser más maravilloso del mundo ¡Gracias! Por el apoyo moral, cariño y comprensión que desde siempre me haz brindado, por guiar mi camino y estar junto a mí en los momentos más difíciles y felices. Te Amo Mucho.

A MI HERMANA JUDY...

Por todo el apoyo de hermana que siempre me haz dado, por ser mi confidente en mis tantísimas aventuras. Te Quiero Mucho.

A MI TÍA MAYA...

Por tu gran sacrificio, esfuerzos constantes y apoyo incondicional para que concluyera satisfactoriamente mi carrera profesional. Mi eterno agradecimiento para ti.

A MIS TÍAS...

Por su cariño y valioso apoyo familiar. Gracias.

A TI CORAZÓN...

Por ser fuente de mi inspiración, mi gran amor, mi confidente, mi amigo incondicional, por ser una parte muy importante en mi vida, por todos y cada uno de los momentos maravillosos que hemos pasado juntos, así como tus valiosos consejos. T.Q.M.

EN MEMORIA DE MIS PRIMOS RAFAEL Y ALVARO...

Por todos los consejos, cariño, protección que me brindaron. Siempre los llevaré en mi corazón.

EN MEMORIA DE MIS ABUELOS...

Por compartirme todas sus experiencias, cariño y amor.

A MIS PRIMOS Y SOBRINOS...

Por ser integrantes en todas y cada una de mis locuras.

A TAZ...

Por ser mi única compañía en mis noches de estudios y desvelos, por toda esa fidelidad hacia mí. Gracias.

A TODOS MIS AMIGOS...

Por su apreciable amistad, confianza y valioso apoyo. Los quiero mucho...

A MIS COMPAÑEROS...

Por compartir conmigo 5 años de la carrera. Gracias.

AGRADECIMIENTOS

**A LA LIC. YOLANDA I. RUIZ
VÁSQUEZ**

Por su apreciable amistad, confianza
y valioso apoyo. Gracias de todo
corazón. "Tía"

A MIS CATEDRÁTICOS...

Por brindarme parte importante de su
sabiduría jurídica en todo momento.

AAPAUNAM

Por todo el apoyo que me brindaron
desde el momento que empecé a
formar parte del alumnado becado en el
Sistema Incorporado de la UNAM.
Gracias

Gracias a todos aquellos que de alguna
manera contribuyeron en la realización
de este trabajo de investigación

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	4
1.1.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
1.1.2	JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.2	DELIMITACIÓN DE OBJETIVOS.	6
1.2.1	OBJETIVO GENERAL.....	6
1.2.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
1.3	FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	8
1.3.1	ENUNCIACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	8
1.3.2	IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.....	8
1.3.2.1	VARIABLE DEPENDIENTE.....	8
1.3.2.2	VARIABLE INDEPENDIENTE.....	9
1.4	DISEÑO DE LA PRUEBA.	9
1.4.1	INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL.....	9
1.4.1.1	BIBLIOTECAS PÚBLICAS.....	9
1.4.1.2	BIBLIOTECAS PRIVADAS.....	9
1.4.2	TÉCNICAS EMPLEADAS.....	10
1.4.2.1	FICHAS BIBLIOGRÁFICAS.....	10
1.4.2.2	FICHAS DE TRABAJO.....	10

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES

2.1 EL IDEAL DE JUSTICIA.	11
2.1.1 LA JUSTICIA EN EL DERECHO ROMANO.	11
2.1.2 JUSTICIA Y EDAD MEDIA.	13
2.1.3 EL MEDIEVO, UNA SOCIEDAD DE NO-PARTICIPANTES.	14
2.1.4 LA MODERNIDAD Y EL APARATO DE JUSTICIA: MONTESQUIEU.	15
2.1.5 LA JUSTICIA COMO ROSTRO DEL OTRO.	19
2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE MÉXICO.	20
2.2.1 LA ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO PRECORTESIANO.	20
2.2.2 EL PUEBLO MAYA.	21
2.2.2.1 LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL MAYA.	21
2.2.3 EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO TARASCO.	22
2.2.4 EL DERECHO PENAL ENTRE LOS AZTECAS.	23
2.2.4.1 LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL AZTECA.	25
2.2.4.2 LA ORGANIZACIÓN FORENSE DE LOS AZTECAS Y TEXCOCANOS.	27
2.2.4.3 EL PROCEDIMIENTO AZTECA.	28
2.2.5 LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO NOVOHISPANO.	28
2.2.6 EL DERECHO PENAL COLONIAL.	32
2.2.7 MÉXICO INDEPENDIENTE.	33

CAPÍTULO III**EL ESTADO MEXICANO: SOCIEDAD, PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

3.1	ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LA JUSTICIA EN MÉXICO.	35
3.2	EL ESTADO MEXICANO Y LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.	42
3.3	LOS INDÍGENAS Y LA JUSTICIA PENAL.	45
3.4	LA COSTUMBRE JURÍDICA.	46
3.5	LA SOCIEDAD CIVIL.	47
3.5.1	LA SOCIEDAD MODERNA ANTE LA PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA.	50

CAPÍTULO IV**LA JUSTICIA PENAL**

4.1	DEFINICIÓN DE LA JUSTICIA.	55
4.2	RELATIVIDAD DE LA JUSTICIA.	59
4.2.1	LA JUSTICIA EN EL DERECHO.	60
4.3	SU ESENCIA.	61
4.4	SUS ESPECIES: GENERAL O LEGAL, Y PARTICULAR; DISTRIBUTIVA Y CONMUTATIVA.	68

4.4.1 DISPUTA SOBRE LA JUSTICIA SOCIAL COMO UNA CUARTA ESPECIE.....	73
4.5 DIVERSAS RELACIONES DE LA JUSTICIA.....	74
4.5.1 JUSTICIA Y EQUIDAD.....	74
4.5.2 EL VALOR Y LA JUSTICIA.....	76
4.5.3 RELACIÓN ENTRE EL BIEN Y LA JUSTICIA.....	76
4.5.4 RELACIÓN ENTRE EL BIEN COMÚN Y LA JUSTICIA.....	77
4.5.5 RELACIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA JUSTICIA.....	78
4.5.6 DERECHO Y JUSTICIA.....	79
4.5.7 LA NORMA JURÍDICA ENCAMINADA HACIA LA JUSTICIA.....	80
4.6 EL SENTIMIENTO DE LA JUSTICIA.....	83
4.7 EL CONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LA INJUSTICIA.....	84
4.8 SÓCRATES Y LOS SOFISTAS.....	85
4.9 LA BIPOLARIDAD FORMAL DEL DERECHO.....	86
4.10 LA JUSTICIA INMANENTE.....	86
4.10 CULTURIZACIÓN DE LA JUSTICIA.....	87
4.12 VARIEDAD FORMAL DE LA JUSTICIA.....	87
4.13 HONESTE VIVERE.....	88

4.14 SUM QUIQUE TRIBUERE.	90
4.15 PROHIBICIÓN DE LA JUSTICIA POR PROPIA MANO.	90
4.16 EL DERECHO A LA JUSTICIA.	92
4.17 EL MOVIMIENTO PARA EL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA.	94
4.17.1 EL PROBLEMA DEL ACCESO A LA JUSTICIA.	97

CAPÍTULO V

PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA: DEMOCRACIA, NECESIDAD DE INDEPENDENCIA DE PODERES

5.1 LA JUSTICIA EN EL ESTADO DE VERACRUZ.	105
5.1.1 EL SISTEMA JUDICIAL.	107
5.1.2 JUSTICIA Y EL PODER LEGISLATIVO.	109
5.1.3 LA JUSTICIA Y EL PODER EJECUTIVO.	111
5.1.4 LA JUSTICIA Y EL PODER JUDICIAL.	111
5.1.4.1 LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA.	120
5.1.5 JUSTICIA Y ABOGACÍA.	124
5.2 LAS DIFERENTES PERSONAS QUE PROCURAN Y ADMINISTRAN LA JUSTICIA.	124
5.2.1 EL JUZGADOR.	124
5.2.2 ASPECTO IMPORTANTE DEL PODER JUDICIAL.	131
5.2.3 EL PODER JUDICIAL Y LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA.	135
5.2.3.1 MÉTODO.	135
5.2.3.2 NUEVO MODELO DE JUSTICIA.	135

CONCLUSIONES.....138

BIBLIOGRAFÍA.....142

INTRODUCCIÓN

El concepto de justicia y su materialización ha variado en el tiempo y en las diferentes culturas y sociedades. Como ideal ético, sin embargo, la justicia ha constituido desde siempre un anhelo universal.

La justicia como principio, ha sido materia de análisis para dos grandes corrientes de pensamiento que se han enfrentado a lo largo de la historia al tratar de definir el concepto de justicia: **subjetivismo y objetivismo**. Para la primera de esas corrientes – representada fundamentalmente por los sofistas griegos y por los modernos neopositivistas – es estéril todo intento de construir una idea de la justicia común a todos los hombres y válida para regular la convivencia humana. Los objetivistas – entre los que se encuentran Platón y la moderna crítica ética – si consideran posible, por el contrario, establecer un fundamento objetivo y universal de la idea de justicia.

Sin embargo, a pesar de su relatividad histórica y de las discusiones filosóficas, el análisis racional de la justicia permite concluir la existencia de un principio aceptado de modo general, al que la misma idea de justicia se asimila: la igualdad. Cuando se dice que todas las personas son iguales, se entiende no sólo que tienen un derecho igual de algún tipo, sino también que, a pesar de las muchas desigualdades existentes entre los seres humanos, todos están igualmente dotados de ciertas capacidades y necesidades básicas y compartidas. Sin embargo, la idea de igualdad no se ha entendido en un sentido rígido y absoluto; antes bien, su justa realización exige aceptar que las cosas iguales deben ser valoradas de igual modo y las desiguales de manera desigual.

Dar un contenido material al concepto de justicia es tanto como decidir cuáles han de ser los principios esenciales que han de regir las relaciones

humanas y establecer los fundamentos de la organización social. Ello significa decidir por ejemplo, sobre la propiedad privada, sobre la pena de muerte, sobre cuáles son los derechos fundamentales del ser humano que han de ser respetados por los demás y por el estado. Aunque no se haya podido llegar a conclusiones universalmente aceptadas en todos los terrenos, existe un proceso histórico de acercamiento entre concepciones diversas, que ha producido un consenso casi general en lo referente a algunas cuestiones fundamentales.

La esclavitud por ejemplo, aceptada por Aristóteles, y generalizada en todo el mundo hasta mediados del siglo XIX, no encuentra hoy defensores en el mundo civilizado. La pena de muerte vigente hasta no hace muchas décadas en la mayoría de los países, encuentra un rechazo bastante general. El derecho a formar sindicatos, negado por el liberalismo decimonómico, fue posteriormente aceptado de modo unánime.

Pero la justicia puede también considerarse como un concepto concerniente al orden social y garante del mismo y de igual manera como una expresión de los derechos de las personas en contraposición a las exigencias del orden social. Esa es la concepción del derecho, que utiliza igualmente el término justicia para referirse a todo el ámbito de principios y procedimientos que deben seguirse en la impartición que todas las leyes o todo lo que ocurra en un tribunal debe ser calificado como justo.

Una ley puede considerarse injusta si no se atiende a ciertas ideas morales de justicia. Por otra parte, una ley justa puede reputarse injusta si en su aplicación no se respetan las normas de equidad que deben exigir los procedimientos del sistema legal.

La justicia también admite ser también considerada como principio conservador o como principio reformador. El primero protege el orden

establecido de la sociedad y defiende la distribución establecida de derechos. El segundo exige la revisión crítica del orden social y una formulación de los derechos más adecuada a la idea de igualdad.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Formulación del Problema

1.1.1 Planteamiento del Problema.

¿Existe un adecuado sistema de procuración y administración de justicia en materia penal?

1.1.2 Justificación del Problema.

Esbozo algunos aspectos del deber del juzgador en la procuración y administración de justicia. Para ello, analizaremos en primer lugar la idea de justicia, luego el concepto del juzgador y por último, a manera de conclusión plantearemos la posibilidad de “un modelo de justicia”.

La Justicia.

La discusión acerca de que si la justicia es o no el fin propio del derecho, en el fondo se reduce a dilucidar si es posible contar con criterios objetivos, acordes con la voluntad del legislador y del juez, para conocer lo que es justo e

injusto en casos concretos, o dicho de otra manera, lo que corresponde a cada una de las partes involucradas en determinada situación.

Sin embargo, la justicia puede apreciarse como un juicio subjetivo de valor por la multiplicidad de apreciaciones representadas en las diferentes divisiones en que se desenvuelve el hombre, de tipo religioso, nacional, clase, profesiones, etcétera.

La **justicia** y la **legalidad** suelen ser homónimas al presuponer una sólida base jurídica como sustento del orden social dado, cuando una regla general es efectivamente impartida en los casos en que de acuerdo con su contenido debe aplicarse.

Por lo tanto, sólo en el sentido de legalidad puede el concepto de justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica.

Una de las grandes cuestiones de las que se han ocupado los filósofos del derecho es la de diferenciar, claramente, los conceptos de justicia y derecho. En efecto, liberar el concepto derecho de la idea de justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento no científico, así como en el lenguaje cotidiano, y porque esta confusión corresponde a la tendencia ideológica que trata de hacer aparecer el derecho positivo como justo. Si el derecho y la justicia son identificados y sólo un orden justo es llamado derecho, un orden social presentado como jurídico aparece –al mismo tiempo– como justo, esto es como moralmente justificado. La tendencia a identificar derecho y justicia es la propensión a justificar un orden social dado.

Por lo que al estudiar la administración de justicia en nuestro país nos encontramos con un gran problema: la inexacta aplicación del derecho, que

desvirtúa el ideal de justicia consistente dar a cada quien lo que le corresponde, es decir, determinar lo que es justo en los conflictos que surjan entre personas.

Hoy día la vida pública del país se encuentra degradada por la falta de seguridad jurídica que los ciudadanos encuentran en nuestras instituciones encargadas de la procuración de justicia <como los son los diversos órganos jurisdiccionales y las diferentes procuradurías que existen> su vida, salud y bienes.

La procuración de justicia necesita una mayor autoridad moral y rescatar la credibilidad que ha disminuido por la impunidad de actos criminales organizados y por la injusticia que en México se da.

En cuanto a la justicia que tenemos en México es necesario eliminar y combatir ciertos aspectos que han hecho de ella una gran incertidumbre y desconfianza en los ciudadanos mexicanos.

El propósito por el cual he decidido llevar a cabo el presente trabajo de investigación es con el afán de proponer nuevas ideas para obtener la procuración y administración de justicia de manera diferente en nuestro país, sin corrupción e injusticia, pero siempre apegados en todo momento a derecho.

1.2 Delimitación de Objetivos

1.2.1 Objetivo General

Realizar la procuración de justicia que exige la sociedad mexicana en la actualidad, forzosamente requiere del replanteamiento de los elementos constitutivos del proceso que deben de efectuar los cuerpos legislativos de

nuestro país, para que de esta forma concuerden con las necesidades sociales de justicia.

1.2.2 Objetivos Específicos.

- a) Estudiar los antecedentes de la procuración y administración de justicia en general.
- b) Analizar los antecedentes de los sistemas de procuración y administración de la justicia en materia penal.
- c) Señalar el pensamiento doctrinal en torno a los sistemas de procuración y administración de justicia.
- d) Estudiar los antecedentes de la procuración y administración de la justicia penal en México.
- e) Conceptualizar la justicia en sus aspectos dogmáticos.
- f) Conocer las diferentes personas que se encuentran vinculadas con la administración y procuración de justicia penal.
- g) Precisar el papel que juega el Poder Judicial de la Federación en la procuración y administración de justicia penal.
- h) Mencionar la esencia de la justicia penal.
- i) Examinar los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial con relación a la justicia.

- j) Justificar la existencia del Poder Judicial como satisfactor de intereses colectivos en cuanto a la justicia se trate.

1.3 Formulación de la Hipótesis.

1.3.1 Enunciación de la Hipótesis.

Si los sistemas de procuración y administración de justicia en el ámbito federal se apegan de forma irrestricta al marco jurídico positivo y vigente, reforman su estructura y funcionamiento <eliminando concomitantemente los vicios existentes en su seno>, capacitan a sus empleados y brindan una pronta y expedita función <acorde con lo dispuesto por el 17 constitucional>; reivindicarán la función de los sistemas de procuración y administración de justicia respecto de las personas que acuden a los mismos para resolver las controversias que afectan su esfera jurídica.

1.3.2 Determinación de Variables

1.3.2.1 Variable Dependiente.

El apego irrestricto al marco jurídico positivo y vigente, la reforma en su estructura y funcionamiento, la capacitación de sus empleados y el logro de una pronta y expedita procuración y administración de justicia en materia penal, son algunos de los medios por los cuales se puede reivindicar ante la sociedad un sistema ineficiente, corrupto y lento.

1.3.2.2 Variable Independiente.

La reivindicación de la función de los sistemas de procuración y administración de justicia respecto de las personas que acuden a los mismos para resolver las controversias que afectan su esfera jurídica.

1.4 Diseño de la Prueba

1.4.1 Investigación Documental

El presente trabajo de investigación fue realizado a través del estudio de diversas obras en materia Jurídica, Moral, Política, Ética y Judicial, así como en diversas leyes; todas ellas consultadas tanto en Bibliotecas Públicas como en Bibliotecas Privadas.

1.4.1.1 Bibliotecas Públicas

- Biblioteca de la Universidad "Villa Rica", ubicada en Av. Urano esquina Progreso, Fraccionamiento Jardines de Mocambo, de la Ciudad de Boca del Río, Veracruz.

1.4.1.2 Bibliotecas Privadas

- Biblioteca Particular, sito en José María Morelos y Pavón No. 14, Infonavit Tamsa, C.P. 94296, en la Ciudad de Boca del Río, Veracruz.
- Biblioteca Particular, sito en Recursos Hidráulicos No. 7, colonia Estatuto Jurídico, C.P. 94294, en la ciudad de Boca del Río, Ver.

- Biblioteca Particular, Corporativo Jurídico Cordero, sito en Arista No. 1236. Col. Centro, C.P. 91700, en la H. Veracruz, Veracruz.

1.4.2 Técnicas Empleadas

1.4.2.1 Fichas Bibliográficas

En las fichas bibliográficas deben de expresarse los siguientes datos: apellidos y nombre del autor, título de la obra, número de edición, lugar, año, editorial y número de páginas.

1.4.2.2 Fichas de Trabajo

Las fichas de trabajo contienen el tema, páginas consultadas y el extracto del contenido de los puntos investigados en los libros que figuran como fuentes de consulta en el presente trabajo de tesis.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES

2.1 El Ideal de Justicia

Al hablar de la historia nos sirve como apoyo para el presente, así pues en este apartado se pretende dar un breve recorrido histórico de los diferentes sistemas de procuración y administración de justicia penal.

2.1.1 La Justicia en el Derecho Romano

Iustitia es la realización de lo que intuimos como justo, y se manifiesta en la *constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi* (la constante, perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho). Este requisito de la atribución a cada uno del *ius suum* presupone una igualdad en el tratamiento, como ya enseñó la filosofía griega. Mas esta igualdad no significa necesariamente que la diosa ciega deba dar igual tratamiento a lo que en realidad es desigual, sino que permite –y exige– un tratamiento “proporcionalmente igual” (la justicia distributiva de Aristóteles), que sólo entre sujetos de rango e inteligencia semejantes, se convierte en un trato “absolutamente igual” (justicia conmutativa); así considerada, ésta es sólo un caso especial de la distributiva.

La **justicia conmutativa** domina con exclusividad el derecho civil. Si el derecho romano y el artículo 21 del código civil suavizan para algunos grupos humildes los defectos nocivos de su **ignorantia iuris**, y fijan los alimentos en proporción a las posibilidades y necesidades de los interesados, ello constituye una penetración de la idea de justicia distributiva en el terreno propio del derecho civil.

¿Qué debe agruparse en categorías de igual tratamiento?

Desde cierto punto de vista, el sabio merece trato igual al carpintero; desde otros, merece un trato legal privilegiado; y desde otros, en fin, precisamente el carpintero es quien debe recibir el beneficio de la ley.

La idea de la **justicia distributiva** que necesita establecer categorías con desigualdad de tratamiento, aunque dentro de ellas haya igualdad, nos lleva de la filosofía jurídica a la política social.

Desde algunas generaciones anteriores a la cristianización oficial del mundo antiguo, encontramos una intensa preocupación por este problema de la justicia distributiva, junto con la introducción, en la terminología jurídica, de todo un arsenal de términos como **benignitas, charitas, benevolentia, humanitas**, etc., ligados generalmente a determinando programa social.

¿Cuál es la relación entre la justicia distributiva y la aequitas?

Como justicia del caso concreto, o extrema individualización de las soluciones jurídicas, puede obrar tanto a favor del rico como del pobre. La equidad, incompatible con una aplicación mecánica del derecho positivo, tiene por lema el **fiat iustitia, pereat mundus**, la equidad podría poner en su escudo el **summum ius, summa iniuria**. Así, el interés colectivo, la equidad y la

seguridad jurídica ejercen un condominio sobre el derecho, no en armonía pacífica, sino en una viva relación de tensiones recíprocas, como observa Radbruch.

2.1.2 Justicia y Edad Media

Nuestro derecho, más que romano o hebreo, es medieval. Nuestros abogados y nuestra abogacía tienen un fortísimo sabor tomista, especialmente en las facultades privadas. La otra avenida –en general en las escuelas públicas– es Montesquieu, el fascinante mundo de la ilustración y del contrato social. Poco se reflexiona sobre los supuestos de ambas. Poco también acerca de los vasos comunicantes que las unen.

He aquí la formulación central del Aquinate, según Santo Tomás de Aquino, en relación con el tema que abordamos: ***“Iustitia es habitus secundum quem aliquis constanti et perpetue voluntate ius suum unicuique tribuit”***. Alrededor de este apotegma central, Santo Tomás despliega una serie de circunloquios como estos: ***“Est autem iustitia circa ea quae ad alterum sunt”*** ó ***“Iustus dicitur quia ius custodit”***.¹

Una constelación de conceptos es convocada para llegar a diversas formulaciones, porque el dominico medieval desarrolla su definición en diversos niveles de conceptualización, como si la luz de las categorías ganadas pasaran por un prisma de cristales conceptuales para ir ganando nuevas interlecciones. De esta manera enriquece el concepto:

Justicia es en primer lugar un *virtus*. En general: ***“virtus quae est rectitudo actus”***; y sólo metafóricamente es aplicada al hombre como ***“rectitudo ordinis in partibus hominis”***. Desde el plano moral, la *iustitia* es

¹ AGUERO, Saturnino y otros. LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA. Edit. PGR, p. 13

aquella virtud que *“ordinat omnium virtutum ad bonum commune”*. Desde el plano del conocimiento, *“iustitia quandoque vocatur veritas, quia est rectitudo impressa voluntati a rectitudo rationis, qua dicitur veritatis”*. Desde el plano social, la justicia deviene *Iustitia Generalis*. Y, entonces, se transforma en *“iustitia ordinans ad bonum commune”*, lo que, según sus definiciones, se transformaría en *“rectitudo actus ordinans ad bonum commune”*. Es entonces cuando podemos decir que nos encontramos en la ensión que nos ocupa, la de la justicia, su procuración desde el estado. Dirá el santo, en pleno medievo, que el príncipe tiene que considerar esa virtud *“quasi architectonice”* y los súbditos *“quasi ministrative”*. Pero para llegar, de aquellas concepciones tomistas de justicia a las actuales realidades constituidas por el Poder Judicial habrán de transcurrir varios siglos aún.²

2.1.3 El Medievo, una Sociedad de No-Participantes

El Medievo, a diferencia del mundo social que intentamos habitar, era una sociedad de no participantes, hecha para la no participación. Una sociedad donde todo lo social era invisible para los habitantes sociales. Centrada en Dios, teológicamente, usaba una ontología jerárquica por la que ordenaba al mundo, inamovible e intransformable. Una ontología ordenada como un gran árbol, a cuya sombra se arribaban príncipes y plebeyos. En ese orden así predibujado, simple y finamente articulado, las categorías resultaban fáciles de tallar, coherentemente: unas se sobreponían a otras. Claramente: cada una era preciosamente definida mediante una orfebrería intelectual que las iba burilando a la luz de las lámparas de los monasterios. En el medievo no hay oscilaciones, no hay incertidumbres. Una impresionante catedral conceptual sustenta una fe inamovible. No hay agonía de la vida cotidiana. Nos separan de esa época setecientos años.

² AGUERO, Saturnino y otros. Op Cit. p. 13

De esta manera, la justicia entra en un conflicto ideológico: el modelo teórico por el que entendemos que la justicia es una momia –su belleza se adivina, con todo, en su rostro y sus rastros- de setecientos años. Y la línea de choque de este modelo se encuentra en el descomunal viraje ejercido para que la sociedad medieval se transformara en su contrario: en una sociedad de participantes. No podemos tener un derecho cuyos fundamentos fueron elaborados para una sociedad de no participantes. Tampoco lo podemos tener si la participación es bloqueada o falsificada. La morada intelectual y social de nuestra justicia debe ser repensada.

La Reforma ocupó su sitio y políticamente fue la responsable - por el práctico de Calvino, más que por el místico de Lutero - de construir nuestros partidos políticos: las llamadas "bandas de los Santos". Pero esta reforma que escinde al mundo moderno del vientre del medievo-sin-participación, no podría ser comprendida sin el viraje anterior renacentista donde los Giodano Bruno morían en el combate agónico de traspasar la cerca que los separaba del futuro. El renacimiento ejecutó –por la mirada retroactiva al mundo griego- un viraje descomunal: del **teocentrismo** al **antropocentrismo**. Es en estas nuevas tierras donde la Reforma opera como pivote para conducirnos a la modernidad política, más allá de Maquiavelo.

2.1.4 La Modernidad y el Aparato de Justicia: Montesquieu

Con la ilustración – ese culto desmesurado a las virtudes de la razón tan apartado ya del medievo - Europa pasó definitivamente a las prácticas políticas de la modernidad. Montesquieu fue el encargado de idear la justicia como procuración al interior del aparato de Estado: ideó el Poder Judicial –a horcajadas entre el legislativo y el ejecutivo, entre la creación de la norma, el *ius* y su ejecución- el momento en que todavía los parlamentos eran la trinchera de

lucha contra la realeza. Había nacido el tercer poder. Los planos arquitectónicos del Estado Moderno contemporáneo estaban trazados.

Resulta sencillo, bajo esta premisa francesa, descubrir la semántica inscrita en todo poder judicial moderno: se trata de un aparato cuya función es, como dijera en los 70's, Dominique Charvert: *“Une bataille, un guerre ‘Civil’ que quotidiennement mène la justice pour imposer la norme social, soit entre des particulières soit entre des particuliers et la société”*. (Una guerra civil que mantiene cotidianamente la justicia por imponer la norma social entre los particulares y entre éstos respecto de la sociedad)³. Se trata de un aparato estatal cuya función es “civilizar” los conflictos sociales, sublimándolos para devenir conflictos morales de derecho: el bien, el mal, lo justo y lo injusto. Las danzas guerreras de la tribu para hacer justicia, sus ritos justicieros que hablan del enfrentamiento **ético - morales, ético - políticos**. El aparato judicial será el lugar donde se encuentran el poder y la libertad. Así no se establecerá la norma, se le dará vigencia.

Cuando Montesquieu entregó su invento, la sociedad era 80% rural, la revolución industrial no se coronaba aún en Inglaterra, el mundo no había entrado la **Primera Guerra Mundial**, la sociedad metalmeccánico-fordista no había sido inventada, no había telégrafo, teléfono, radio, menos la T.V.

No habían muerto 40 millones de seres humanos en la **Segunda Guerra Mundial**. Las sociedades no se ritmaban – con **Ford y Taylor** - al toque de los relojes en el acuartelamiento fabril. **Hiroshima** no había espeluznado al mundo con dos disparos que mataron a 300 mil hombres. En Indochina nadie había sembrado los campos con “**bombas sensibles**”, artefactos explosivos que, conectados a un circuito electrónico y a rayos infrarrojos, reaccionaban ante todo lo que expidieran color a 36° (la temperatura del cuerpo humano).

³ COSACOV, Lázaro L. LA PEREGRINACIÓN DE LA JUSTICIA. Edit. Lemer. Buenos Aires, 1979. p. 25

La revolución electrónica no había tenido lugar. Nadie sabía lo que era un chip. El cuerpo humano era una anatomía que se empeñaban en dibujar y redibujar para beneficio cartográfico de los doctores, no un complejo sistema biológico – neural – energético - informativo como lo es ahora. No había ingeniería genética y a nadie se ocurría la posibilidad de híbridos biológicos hechos en laboratorio mediante el cruce de especie y adivinar el sexo de los nonatos.

Freud no existía; tampoco la psicopatología humana. Los proyectiles estratégicos no habían urdido la red de locura que rodea al planeta, mediante la cual puede ser destruida la tierra 19 veces consecutivas y ser aniquilados 300 millones de seres humanos, de los cuales 295 millones aún no nacían.

Ningún **Sputnik** había flotado –sedoso y helado- en el espacio nadie concebía que una flotilla de hombres pudiera vivir junto a las estrellas por un año entero, en un cosmódromo que hoy llamado **MIR** (Paz). Tampoco se concebía que un mensaje pudiera dar la vuelta en cuestión de instantes alrededor del “planeta azul”.

No existía, en suma, la **global village** que hoy es el mundo, ni los agobiantes exteriores que la convulsionan desde la caída del **Muro de Berlín** en Noviembre de 1989. Ningún avión invisible (stealth) había ingresado a un país, como Panamá, 1936 para tomar como rehén a su presidente señalado como narcotraficante.

No se pensaba que México, EUA y Canadá podían devenir en un inmenso mercado que competiría en otro entonces intangible, los países ribereños del **Pacific Rim**, proponiendo a las leyes, las soberanías, los poderes judiciales y sus jueces, los poderes legislativos y sus legisladores, los ejecutivos y sus

presidentes. Tampoco había delincuencia organizada industrial, logística, social, militar, financiera y políticamente a escala mundial.

Así pues, ¿a quien extraña que la maquinaria judicial montesquiana no tenga vigencia si fue diseñada para una sociedad rural de hace 200 años? Solo la circulación acelerada de la aldea mundial aunada a la masiva necesidad de uso de crédito motivaría su completo cataclismo. Se ha desarrollado aceleradamente la jurisdicción social (lo **jurídico - judicial** prevale la vida de la sociedad) pero no a aquellos niveles que hacen de la justicia un proceso popular, accesible y expedito. Los pueblos se encuentran en desventaja y de esta manera el aparato judicial entra en una crisis también descomunal: sus jueces aparecen –otra vez Charvet- ***“comme la garantie non pas de l’application de la loi á tous, mais plutot de l’exoneration de tout control legal de la activité de certains”***⁴ (Como la garantía no pasa de la aplicación de la ley a todos, los jueces deben de efectuar una vigilancia que exonere las actividades que legalmente se hacen). Una salida por la tangente vía el criterio negativo del no en lugar de por la vía de la inclusión del sí (legislar y procurar justicia a las poblaciones). Por ese camino los jueces hacen justicia de una manera tal que se convierten en los definidores reales del contenido mismo de la ley (por la discrecionalidad de la aplicación) y de su aplicabilidad (a quienes se aplica).

El aparato judicial de Montesquieu se ha quedado sin suelo histórico: ¿Qué significa hoy para estos atribulados días nuestros dar a cada quien lo suyo mediante un aparato de Estado dedicado a la procuración de justicia entre decenas de millones de seres humanos, de los cuales casi de la mitad son miserables y cuando la sociedad intenta ser de ciudadanos participantes?.

⁴ AGUERO, Saturnino y otros. Op. Cit. p. 17

2.1.5 La Justicia como Rostro del Otro

En medio de esta situación sin precedentes –por su magnitud y extensión- que hace inoperante la aplicación del derecho cuando aquellos a quienes se debe dar lo suyo son ya 5000 millones de seres humanos, uno se vería tentado a responder aquella pregunta por la vía de la modernización tecnológica o la puesta al día teórica: es decir, por la procuración de justicia expedita o por la redefinición de los fundamentos del derecho. Se pierde así el núcleo del problema y la naturaleza de la sociedad salvajemente darwiniana que habitamos.

Levinas es el hombre a quien nos conviene escuchar: en su obra monumental *Totalité et infinie* (totalidad e infinito), identifica la misericordia o caridad *“source d’un droit d’autrui passant avant le mien”* (surge de un derecho que tiende al bien), con la justicia *“ou le droit d’autrui-mais obtenue après enquête et jugement- s’impose avant celui de tiers”* o el orden del bien- que se obtiene de la aplicación judicial-, se hace imposible sin su aplicación). El otro aparece *“nudité humaine, plus extérieure que le dehors du monde-des paysages, des choses, et des institutions- la nudité qui crie son étrangeté au monde, sa sollicitude, la mort dissimulée dans son être”* (Un desnudo humano, más allá de su estructura –reflejado en paisajes, instituciones -, que en cierto momento visten el alma del mundo, y que aún con la muerte sirven de cobijo)⁵, rostro del otro, lenguaje original y originario del mundo del hombre. Escritura.

Este es el problema fundamental: una sociedad que tecnológicamente se ha híper complicado y perfeccionado (en algunos puntos de los planetas y de las sociedades) y simultáneamente incircuncisa del corazón incapaz del descubrir el rostro del otro, del radicalmente diferente, especialmente de quienes viven físicamente en la depauperada desnudez. En la sociedad hiriente y herida del

⁵ AGUERO, Saturnino y otros. Op. Cit. p. 18

puño de multimillonarios (en dólares y algunos en menos de un sexenio) y de millones de miserables. En esta incircuncisión arrogante la que constituye el origen de la pérdida de toda justicia. Habitamos en una sociedad fundada cremáticamente en el más arrogante desprecio por la desnudez del otro.

Habitamos en una sociedad sin personas. **Sin personas no hay diálogo, no hay diálogo sin democracia.** La democracia es el procedimiento que legitima a la autoridad. Sin justicia electoral, difícilmente habrá justicia civil y penal. Ni siquiera tenemos construido el marco social que permita la emergencia del rostro de los otros. Ese marco se llama democracia, o si se quiere producción común del poder político institucionalización del diálogo. No hay justicia sin democracia. Es este el *ius* fundamental: ver y escuchar, ser interpelado por el rostro del otro. Es este el derecho primigenio. Y desde este punto de inicio y de arriba, urge reconstruir ***ab imis fundamentis***, para poder luego procurarla, nuestra justicia.

2.2 Antecedentes Históricos en México

Después de haber precisado los datos históricos generales ahora cabe hacer mención los de nuestro país, desde la época Precortesiana hasta el México Independiente.

2.2.1 La Administración y Procuración de Justicia en el Derecho Precortesiano

Los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Toda vez que no existía unidad política ente los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correctos aludir únicamente al derecho de tres de los pueblos principales encontrados por los europeos poco después

del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el azteca. Se le llama derecho precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos.

2.2.2 El Pueblo Maya

Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los *batabs* o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.

Dice Chavero⁶ que el pueblo maya en su procuración y administración de justicia no usó como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables.

2.2.2.1 La Administración de la Justicia en el Derecho Penal Maya

El derecho penal era severo. El marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena capital del ofensor (la mujer infiel sólo era repudiada). También para la violación y el estupro existía la pena capital (lapidación). En caso de homicidio intencional se aplicaba la pena del Talión, salvo si el culpable era un menor, en cuyo caso la pena era la esclavitud. De igual modo se sancionaba el robo (grabándose en la cara de los ladrones de clase superior los símbolos de su delito). El hecho de que las casas carecieran de puertas sugiere un alto grado de

⁶ HISTORIA ANTIGUA Y DE LA CONQUISTA, MÉXICO A TRAVÉS DE LOS SIGLOS. Tomo I cap. X. p. 34

honradez popular. Un mérito del primitivo derecho maya era la diferenciación entre dolo (pena de muerte) e imprudencia (indemnización) en materia de incendio y homicidio.⁷

En algunos casos la pena capital fue ejecutada mediante ahogamiento en el cenote sagrado.

Contrariamente al sistema azteca, no hubo apelación. El juez local, el *batab*, decidía en forma definitiva, y los tupiles, policías-verdugos, ejecutaban la sentencia inmediatamente, a no ser que el castigo fuera la lapidación por la comunidad entera. Poco loable era la diferenciación de la pena la clase social. Había una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios.

2.2.3 El Derecho Penal en el Pueblo Tarasco

En cuanto a las leyes de los tarascos encontramos con relación a las penas estas eran caracterizadas por la crueldad. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o *calzontzi* se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se lapidaba. A quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.⁸

⁷ MARGADANT S., Guillermo F. INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO. Edit. Esfinge. México, D.F. 1994 Pág. 21

⁸ CASTELLANOS, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Edit. Porrúa 1995. p. 41

2.2.4 El Derecho Penal entre los Aztecas.

Su legislación no ejerció influencia en la posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. Este pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influyó las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Según estudios, llevados al cabo por el Instituto Indigenista Interamericano, los *nahoas* alcanzaron metas insospechadas en materia penal.

Expresa Vaillant⁹ que sus instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

De tal estado de cosas derivaron importantes consecuencias para los miembros de la tribu: quienes violaban el orden social eran colocados en un status e inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud; el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras, o por el propio pueblo.

En un principio escasearon los robos y delitos de menor importancia, cuando las relaciones de los individuos entre sí estaban afectas a la responsabilidad solidaria de la comunidad, pero a medida que la población creció

⁹ VAILLANT. LA CIVILIZACIÓN AZTECA. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1944. p. 153

y se complicaron las tareas y formas de subsistencia, aumentaron los delitos contra la propiedad y se provocaron otros conflictos e injusticias.

Por otra parte, el pueblo azteca, esencialmente guerrero y combativo, educaba a los jóvenes para el servicio de las armas; la animosidad personal se manifestaba en derramamientos de sangre, debilitándose la potencialidad guerrera de la tribu y fue preciso crear tribunales que ejercieran su jurisdicción en estos asuntos.

De acuerdo con la opinión de Esquivel Obregón,¹⁰ en tanto el derecho civil de los aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado; cada uno de los delitos se representaba mediante escenas pintadas, lo mismo las penas.

El derecho penal aztecas revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación,

¹⁰ ESQUIVEL OBREGÓN. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO. Edit. Polis. Tomo I, México 1937. p. 81

descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

Según el investigador Carlos H. Alba¹¹ los delitos en el pueblo azteca pueden clasificarse en la siguiente forma: contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio.

2.2.4.1 La Administración de la Justicia en el Derecho Penal Azteca

El derecho penal era, desde luego, muy sangriento, y por sus rasgos sensacionalistas es la rama del derecho mejor tratado por los primeros historiadores. La pena de muerte es la sanción más corriente en las normas legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue generalmente pintoresca y cruel. Las formas utilizadas para la ejecución fueron la muerte en hoguera, el ahorcamiento, el ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes a palos, el degollamiento, empalamiento, y desgarramiento del cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes. A veces, la pena capital fue combinada con la de confiscación. Otras penas fueron la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad fueron lugares de lenta y miserable eliminación. Penas más ligeras, a primera vista, pero consideradas por los aztecas como una insoportable ignominia, fueron las de cortar o chamuscar el pelo.

A veces, los efectos de ciertos castigos se extendieron a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

¹¹ CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. p. 43

La primitividad del sistema penal se mostró, *inter alia*, en la ausencia de toda distinción entre autores y cómplices: todos recibían el mismo castigo.¹²

Es curioso el hecho de ser noble, en vez de dar acceso a un régimen privilegiado, fue circunstancia agravante: el noble debía dar el ejemplo, *noblesse oblige*.

El homicidio se castigaba con la pena de muerte, salvo que la viuda abogara por la esclavitud. El hecho de que el homicida hubiera encontrado a la víctima en flagrante delito de adulterio con su esposa no constituía una circunstancia atenuante. La riña y las lesiones sólo daban lugar a indemnizaciones. Como el uso del alcohol fue muy limitado (por ley) y los indios andaban inermes (fuera del caso de guerra), parece que los delitos de lesiones no alcanzaron la frecuencia y gravedad que exigiera una mayor represión. Excesivamente dura parece, en cambio, la sanción por robo, rasgo que observamos en tantos derechos primitivos, y que se explica por la pobreza general y por el hecho de que, en una sociedad agrícola, cada campesino siente su escasa propiedad como producto de sus arduas labores. Observamos un gran rigor sexual, con pena de muerte para incontinencia de sacerdotes, para la homosexualidad (respecto de ambos sexos), violación, estupro, incesto y adulterio. También el respeto a los padres se consideraba esencial para la subsistencia de la sociedad; las faltas respectivas se podía castigar con la muerte.

Entre los delitos figuró la embriaguez pública (el abuso del alcohol dentro de la casa fue permitido), con excepción de ciertas fiestas, y de embriaguez por parte de ancianos. Nobles que se embriagaban en circunstancias agravantes (por ejemplo, dentro del palacio) incluso se exponían a la pena capital. Una

¹² MARGADANT S. Guillermo F. Op. Cit. p. 32

representación tan drástica sugiere la presencia de muy fuertes tendencias, consideradas antisociales.

Es de notarse que entre los aztecas el derecho penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito. Sin embargo, la tolerancia española frente a ciertas costumbres jurídicas precolombinas no se extendió al derecho penal de los aborígenes. En general puede decirse que el régimen penal colonial era mucho más leve para el indio mexicano que este duro derecho penal azteca.

2.2.4.2 La Organización Forense de los Aztecas y Texcocanos

Hubo una jerarquía de tribunales aztecas comunes, desde el *teuctli*, juez de elección popular, anula, competente para asuntos menores, pasando por un Tribunal de tres jueces vitalicios, para asuntos más importantes, nombrados por el *cihuacóatl*, hasta llegar, mediante un sistema de apelación, al tribunal del monarca, que se reunía cada 24 días. Parece que la figura cultural de Texcoco indujo en algún tiempo la práctica de que los casos no militares de Tacuba y Tenochtitlán recibieran su decisión final en Texcoco. Paralelamente a la justicia azteca común encontramos la justicia especial para sacerdotes, para asuntos mercantiles, surgidos del tianguis; asuntos de familia, delitos de índole militar, asuntos tributarios o litigios relacionados con artes y ciencias.

En Texcoco la situación era distinta. Allí, el palacio del rey contenía tres salas con un total de doce jueces, designados por el rey, para asuntos civiles, penales y militares de cierta importancia (con apelación ante el rey con dos o tres nobles). Además, hubo un número de jueces menores, distribuidos sobre el territorio, y hubo tribunales de comercio en los mercados. Los casos muy graves fueron reservados para juntas de los doce jueces del palacio, con el rey, cada doce días. Cada ochenta días los jueces menores tenían una junta de veinte

días con el rey, para los asuntos que, aunque menores, salían de lo común. Uno recibe la impresión, por todo lo anterior, de gran parte de la labor de los reyes que se dedicaban a los asuntos jurídicos.

2.2.4.3 El Procedimiento Azteca

El procedimiento era oral, levantándose a veces un protocolo mediante jeroglíficos. Las principales sentencias fueron registradas en pictografías, y luego conservadas en archivos oficiales. El proceso no podía durar más de ochenta días, y es posible que los *tepanlatoanis*, que en él intervenían, correspondían grosso modo al actual abogado.¹³ Las pruebas eran la testimonial, la confesional, presunciones, careos, a veces la documental (mapas de linderos) y posiblemente el juramento liberatorio. De un “Juicio de Dios” no encontramos huellas. En los delitos más graves el juicio era precisamente más sumario, con menos facultades para la defensa.

2.2.5 La Organización de la Justicia en el Derecho Novohispano

La justicia estaba sujeta a un régimen de múltiples fueros, con tribunales especiales, según la materia de la controversia o las partes del litigio. Todos los tribunales pronunciaban sus sentencias a nombre del rey, y este solía intervenir en los procesos mediante instrucciones ad hoc: la justicia virreinal estaba lejos de ser una justicia independiente.

Casos de poca importancia, entre colonos, podían ser juzgados ante un alcalde ordinario, con apelación ante el cabildo. En caso de conflictos entre indios, de poca importancia, un alcalde del pueblo indio respectivo pronunciaría la sentencia de primera instancia, que luego podía ser apelada ante el cabildo indígena. En asuntos más importantes, un alcalde mayor o corregidor

¹³ MARGADANT S. Guillermo F. Op. Cit. p. 73

pronunciaría la sentencia de primera instancia. De ciertos negocios hubo apelación ante las audiencias (México, Guadalajara), que también tenían competencia originaria en asuntos de gran importancia (como todo lo referente al Real Patronato de la Iglesia). En tales casos hubo una posibilidad de mandar el asunto luego al Consejo de Indias, para una decisión final.

Además, correspondía a la audiencia el control de la jurisdicción eclesiástica mediante el importante “recurso de fuerza” (*cognitio per viam violentiae*), institución contra la cual la iglesia en balde protestaba”.¹⁴

Este recurso, en caso de que el recurrente obtuviera éxito, llevó hacia una anulación de las actuaciones o de la sentencia – anulación que pudo ser parcial- y generalmente hizo regresar el proceso al tribunal eclesiástico en cuestión, en los casos en los que el estado sí reconocía que este tribunal era competente, pero consideraba al mismo tiempo que había comportado con Injusticia notoria o con violación de las reglas procesales. En caso de que el estado considerara que el litigio en cuestión no perteneciera a la jurisdicción eclesiástica, desde luego esta devolución no tuvo lugar.

Una rama especial de la justicia novohispánica era la que se refería a la protección de los indios. El obispo Juan de Zumárraga, “protector de los indios”, organizó un sistema de audiencias especiales para recibir quejas de los indígenas; el primer virrey Antonio de Mendoza continuó este sistema, dedicando dos mañanas por semana a la tarea de atender personalmente a las quejas de la población indígena; aunque se quejaba privadamente de que, en tales ocasiones, el calor y el hedor podían llegar a ser muy molestos, recomendó a su sucesor continuar con esta bondadosa costumbre. Como consecuencia de esta práctica, en 1591 un juzgado general de indios se estableció en México, a cuya organización y cuyo financiamiento se dedican las cédulas reales del 19 de abril

¹⁴ MARGADANT S. Guillermo F. Op. Cit. p. 73

de 1605 y 5 de octubre de 1606. Mediante un ligero aumento del tributo, el "Medio Real de Ministros", los indios mismos cubrieron el gasto respectivo.

Este nuevo juzgado no excluía la competencia de los alcaldes mayores y corregidores los indígenas estaban libres para optar entre órganos jurisdiccionales.

Además desde 1591, la corona dispuso que a cada audiencia debía ser adscrito un "protector de indios".

Paralelamente, para aquellos litigios entre indios y españoles, que hubieran sido resueltos en primera instancia por corregidores o alcaldes mayores, hubo apelación ante la audiencia.

El juicio de residencia, medida por la que Madrid trataba de conservar cierto nivel de honradez en la administración pública, y al que fueron sometidos todos los funcionarios de la Nueva España (desde el virrey hasta alcaldes, regidores, o trazadores de tributos) cuando se retiraron a la vida privada o cambiaron de función. Bajo un sistema de acción popular se reunían e investigaban todas las quejas concretas contra el ex funcionario, el cual, entre tanto, por regla general, no podía salir del lugar donde había ejercido sus funciones.

Los jueces en cuestión fueron designados ad hoc por la persona o el consejo que había hecho el nombramiento del ex funcionario por investigar (en términos de aquella época, la persona que "daba residencia").

Los juicios de residencia contra Cortés y contra los *sucesios* virreyes son importantes para nuestro conocimiento de la realidad político-social de aquellos tiempos. Bajos los últimos Borbones, también este loable rasgo de la

administración novohispánica cayó en decadencia. Un excelente virrey como Revillagigedo II, tuvo que pasar por todas las molestias del juicio en cuestión, mientras que su sucesor, el marqués de Branciforte, cuya gestión muestra aspectos dudosos – para formular la situación cortésmente- por ser cuñado de Godoy, recibió una dispensa al respecto (por otra parte, la administración de Iturrigaray, poco después, había causado tanta indignación que sus influencias y dinero no pudieron salvarlo del juicio de residencia, en el cual salió póstumamente condenado).

En materia fiscal encontramos varios tribunales, como el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Alcabalas, el Tribunal de Composición de Tierras, el de Montepíos, el del Estanco del Tabaco, del Estanco de Pólvora, etc. Además hubo tribunales especiales en materia eclesiástica y monarcal, en materia de diezmos, el fuero de la bula de la Santa Cruzada, el fuero de la Inquisición, el fuero de minería (1777, Tribunal de apelación desde 1791), el fuero mercantil (los consulados), el fuero de guerra, el fuero de mostrencos, vacantes y, para la represión de los salteadores, el fuero de la Santa Hermandad (27 de mayo de 1631), desde el 22 de mayo de 1722 el Tribunal de la Acordada, Tribunal Ambulatorio, independiente del virrey, que vigilaba por la seguridad en los caminos, procediendo mediante medias sumarias y enérgicas contra los bandidos. Desgraciadamente, con autorización de Lorenzo de Zavala, la mayor parte del archivo de este Tribunal –y parte de los archivos de la audiencia- fue vendida a los coheteros, como materia prima para sus artefactos, y a comerciantes como material de empaque.

En varios asuntos importantes, el Consejo de Indias tuvo la última palabra; además, algunas causas privilegiadas (como encomiendas importantes) –o sea los “casos de corte”- solían resolverse en primera instancia por este consejo.

2.2.6 El Derecho Penal Colonial

La Conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes; los integrantes de éstas fueron los siervos y los europeos los amos, por más que en la legislación escrita, como dice don Miguel S. Macedo, se declarara a los indios hombres libres y se les dejara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.

En anda de consideración influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado de cosas, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la Recopilación de Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto, la legislación de Nueva España fue netamente europea.

En la Colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios, "excusado de tiempo y proceso". Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos

personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga.

Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

2.2.7 México Independiente.

Apenas iniciado por Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de Noviembre del mismo año Morelos decretó, en su cuartel general de Aguacatillo, la abolición de la esclavitud, confirmando así el anterior decreto expedido en Valladolid por el Cura de Dolores.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mentalidad, el robo y el asalto. Posteriormente (1838) se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación.

Así pues, tenemos como resultado una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte

como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercer en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado.

CAPÍTULO III

EL ESTADO MEXICANO: SOCIEDAD Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA

3.1 Aspectos Dogmáticos de la Justicia en México

La definición del lugar y papel del derecho y de la procuración y la administración de justicia en el Estado y la sociedad adquiere hoy una significación especial en México y en otros países latinoamericanos. Su examen actualizado se ve sin embargo dificultado. La rapidez y complejidad de los cambios, la multiplicidad de problemas y conflictos, crean o amplían una brecha entre el derecho y la procuración y administración de justicia y las realidades sobre las cuales deben operar. Diversos enfoques **reduccionistas**¹⁵ perturban la toma de conciencia y la actualización superadora respecto a uno y a las otras.

Un primer **reduccionismo**, profesionalmente o tecnócrata asume el derecho como conjunto formalizado de normas estáticas con capacidad asegurada para regular las realidades y solucionar los conflictos, siempre en un sentido de conservación y defensa cerrada de intereses y poderes existentes. En esta perspectiva, el derecho, la procuración y la administración de justicia, tienden al divorcio respecto de las necesidades, aspiraciones y conflictos de la

¹⁵ CAPELLETTI, Mauro. DIMENSIONES DE LA JUSTICIA EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO. Edit. Porrúa. México 1997. p. 37

sociedad, de sus innovaciones y proyectos de cambio, y del diálogo con las ciencias sociales.

Un **segundo enfoque**, también simplificador y dogmático, de crítica incondicional y negación absoluta, reduce derecho y justicia a meras superestructuras, determinadas rígidamente por la infraestructura económica y por las modalidades del conflicto social y la denominación política. Ambos son juzgados meros reflejos, productos, instrumentos de la conservación, siempre y en todo caso obstáculos al cambio. Aunque entre sí, los dos enfoques coinciden en definir para el derecho y la justicia un papel menguado y negativo.

El problema requiere ser tratado desde una doble perspectiva, en términos de lo que el derecho y la justicia son en la sociedad, pero sobre todo dentro de la modernidad, y frente a los actuales retos del desarrollo, interno y de la integración en el **sistema mundial**.

Toda sociedad histórica se ha basado hasta el presente, en mayor o menor grado, en la escasez y la igualdad, la complejidad de las relaciones y estructuras sociales, las consiguientes contradicciones y conflictos, la falta de coherencia y cohesión espontáneamente logradas en el caos de iniciativas e intereses contrapuestos. Diferenciada en unidades y subsistemas relativamente independientes, la sociedad no puede organizarse ni funcionar como agregación mecánicas. Debe ser mantenida y regulada mediante un sistema formalizado e institucionalizado que asegure el ajuste de los componentes, la reducción de los conflictos, la integración, la coordinación, el control social. Requiere, en una palabra, la regulación centralizada, a partir y a través del listado, su aparato y su personal de gobierno y administración, la red de instituciones.

A partir de la necesidad de un grado relativo de cohesión, coherencia, estabilidad, equilibrio, y de capacidad de reproducción ampliada y de cambio

dentro del orden, **todo derecho es definible como un conjunto de valores, principios, normas y procedimientos que el Estado establece**, reconoce y sanciona para el cumplimiento de funciones básicas que aseguren la reproducción y el desarrollo del respectivo sistema.

El modelo hoy vigente en la mayoría de los países de relación entre Estado y sociedad, de imperio del derecho y de procuración y administración de justicia, data de pocos siglos atrás. Es producto y parte de la convergencia de las condiciones y procesos integrantes de la gran **constelación llamada modernidad: Estado - Nación, capitalismo, industrialización, cultura crítico - racional, democratización y democracias**, todo en los marcos de una mundialización de la economía y del sistema interestatal.

El Estado moderno impone su ley como la única y, como instrumentos de poder conexo, un aparato policial y judicial de procuración e administración de justicia que debe operar en un contexto de reglas establecidas. Ello responde a la necesidad de justificar y realizar su soberanía en lo interno y lo externo; creando y fortaleciendo sus bases en los grupos y actividades que contribuyen a generar riqueza y poder nacional. El nuevo derecho y el nuevo **Estado - Nación** que lo dicta y aplica, consagran ante todo los derechos de propiedad y contratación, sus corolarios y proyecciones, como garantía de seguridad de estabilidad y previsibilidad, y con ello las posibilidades de cálculo económico racional, de iniciativa, productividad y creatividad de individuos y grupos, y para el desarrollo nacional.¹⁶

Derecho y justicia responden, además a la necesidad del Estado moderno de obtener, para sí y para el respectivo sistema, legitimidad y consenso por el reconocimiento de libertades, derechos, garantías, para un número creciente de

¹⁶ BOBBIO, Norberto y Bovero Michelangelo. SOCIEDAD Y ESTADO EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA MODERNA. F.C.E. México 1986. p. 49

grupos cuyos intereses, demandas y presiones generan e integran un proceso general de **democratización**.

De esta manera, el desarrollo del Estado de derecho es también correlativo al avance de la democracia como sistema político de participación ampliada extensible al mayor número dentro de los límites estructurales del respectivo sistema, según un conjunto de principios, valores, normas y procedimientos, el principio fundador y rector de la soberanía popular, da bases y justificativos a la sociedad y al Estado por la voluntad y la participación de ciudadanos con derechos, y por los fines comprometidos para su realización por gobernantes ya administradores. La **soberanía popular** se entrelaza así con el Estado de derecho y la supremacía de la ley. **Constitución y leyes instauran y consagran las libertades, derechos y garantías, cuya vigencia debe asegurar el Estado bajo pena de deslegitimación.**

En este proceso, el derecho tiende a escapar de todo poder que pretenda apropiarse de él, e instrumentarlo para negarlo. Los derechos del hombre y del ciudadano exceden a toda formulación ya producida, que en sí misma contiene las precondiciones y exigencias de una reformulación amplificatoria. Siempre extensibles, los derechos adquiridos son llamados a sostener derechos nuevos. Los derechos humanos no son asignables a un momento dado; su función no se agota en una forma histórica definida y al servicio de un grupo, interés y poder. No cesan de interrogar e interpelar al orden preestablecido, a los **intereses creados**, a los poderes vigentes, a las normas instituidas; fundamentan críticas, reivindicaciones y propuestas de reformas.

El basamento **cultural - ideológico y político** del Estado moderno, con todas sus limitaciones (inherentes y contextuales), es la búsqueda y realización de las libertades humanas, y algo de este fundamento ha ido pasando, -a través de luchas reivindicatorias de grupos, sectores y naciones -, a la realidad social y

política. Por sus valores proclamados (humanismo, pluralismo, reformismo) el derecho del Estado moderno y su impacto convocan a la crítica de sus defectos y disfuncionalidades, de sus insuficiencias y frustraciones: admite enmiendas, mejoras, superaciones. Este potencial reivindicatorio y transformador del derecho se proyecta al mantenimiento de los derechos adquiridos, y a su ampliación y desarrollo en diferentes niveles, aspectos y formas.

Por razones similares o paralelas, pero en todo caso convergentes, la integración de los países en la **economía globalizada** y el **sistema interestatal**, en un sentido de creciente interdependencia, y sus repercusiones bajo forma de cambios, reajustes y conflictos en el interior de los países latinoamericanos, también contribuyen a reafirmar la necesidad de vigencia real de las normas instituciones y procedimientos del Estado de derecho, con respecto a las relaciones internacionales y a los problemas y procesos internos.

El imperio del derecho y la procuración de justicia se reafirman así, en las condiciones específicas de México y América Latina y del mundo, como precondiciones, componentes y resultados de la racionalidad, la estabilidad y la previsibilidad que son indispensables para el crecimiento económico, la modernización, el desarrollo y la justicia social, la democratización, la soberanía y eficacia del Estado, y el progreso de una integración en la economía global y en el sistema político internacional.

El imperio del derecho adecuado a la procuración y administración de justicia se reafirma como necesidad frente al reto que, en el contexto de una frustración del desarrollo, estaría representado por las posibilidades (no fatalidades) de **regresión y descomposición en lo económico, social y político**.

Las insuficiencias y dificultades del crecimiento económico pueden manifestarse en formas de polarización y de lucha por la distribución de productos e ingresos, de satisfactores de necesidades básicas, de oportunidades y ventajas. Puede manifestarse también en la proliferación de actividades improductivas, especulativas, parasitarias, de viejas y nuevas formas de corrupción y criminalidad.

Ello puede ir acompañado por el debilitamiento y deterioro de grupos, estructuras y tejidos sociales, y consiguientemente su descarte como participantes y componentes indispensables para esfuerzos y logros significativos en el desarrollo nacional. Pueden multiplicarse las formas de **psicopatología**, de destrucción individual, de desorganización social, de conflictividad, de aflojamiento de los lazos de solidaridad y responsabilidad personal y social, de criminalidad, inseguridad y violencia.

Tendencias de descomposición y conflictividad en lo económico y en lo social se corresponden con patrones **culturales** de sobrevaloración del éxito económico y el poder en todas sus formas, por cualquier medio y a cualquier precio (especulación, corrupción, nuevas delincuencias organizadas). Patrones que también privilegian y estimulan la violencia, la agresividad y la destructividad para las estrategias y acciones individuales y grupales, y para imponerse en los conflictos de intereses. Todo ello en desmedro de una cultura política y jurídica de signo moderno y democrático.

En lo **político**, y en correlación con los fenómenos mencionados, podrían desarrollarse tendencias inquietantes a la conflictividad; a la intolerancia respecto a las diferencias y las divergencias; a la predisposición a las confrontaciones. La despreocupación o el desdén por la fijación y la aplicación de reglas abiertas y flexibles del juego social y político podrían ir en detrimento de los métodos y prácticas de negociación, concertación, logro de consensos en

relación a problemas y objetivos comunes, y a favor de soluciones puramente coercitivas y de estilos autoritarios.

De estas maneras y por estas razones, se afirman e incrementan la importancia del imperio del derecho y de la procuración y la administración de justicia, la necesidad de renovación y perfeccionamiento del sistema jurídico, y de refuerzo de su validez y vigencia.

Ello surge, como se ha dicho, de la acumulación de problemas y retos heredados y de los planteados por las crisis contemporáneas; de las amenazas de descomposición y conflictividad (económicas, sociales, políticas). Surge también de los requerimientos del crecimiento y la modernización; de las dinámicas participativas y democratizantes; de las exigencias de la integración en la economía global y en el sistema internacional. Imperio del derecho, autenticidad e inseparables del adecuado manejo de los problemas, de los conflictos y de los procesos de cambio en **el orden, la legalidad y la institucionalidad**. En conjunto, lo anterior conforma pre-requisitos y componentes de la legitimidad y eficacia del Estado, y del consenso respecto al modelo o proyecto de economía y sociedad, de política y desarrollo por el que la Nación en definitiva llegue a optar.

Es de destacar, sin embargo que los propósitos y los esfuerzos de afirmación de refuerzo y desarrollo del derecho de ejercicio y perfeccionamiento de la procuración y de la administración de justicia, no deben limitarse a una idealidad deseable pero irreal y malograda, a un doble discurso, ni a una pura forma de aplicación limitada o incierta.

Derecho y justicia pueden y deben implantarse en las conciencias y en las prácticas de los individuos, de los grupos, de las organizaciones y las instituciones. Pueden y deben revalorizarse y convertirse en necesidad y

exigencia para sectores significativos de la sociedad y el sistema político. Pueden y deben ejercer influencias y producir repercusiones colectivas de considerable potencialidad.

Asumido como realidad, como toma de conciencia, como voluntad de realización, de validez y vigencia, **el derecho puede convertirse cada vez más en base y eje de la vida cotidiana, privada y política**; tanto de las actividades y proyectos, como de los anhelos y realizaciones, de las personas y de los grupos, de las organizaciones e instituciones de la sociedad. Debe ser instrumento flexible y efectivo para la creación y desarrollo de las estructuras y las prácticas que contribuyan a dar forma y contenido, racionalidad y orden, estabilidad y seguridad, sin perjuicio del dinamismo permanente, a las fuerzas transformadoras y a los cambios progresivos que se revelen necesarios y convenientes para los intereses y objetivos de la Nación, de los grupos que la componen y de su Estado.

3.2 El Estado Mexicano y la Impartición de Justicia.

En los orígenes mismos del Estado, de cualquier Estado, hay una expresa invocación a la justicia. Cualquiera que sea la hipótesis que nos convenza a propósito del origen de la sociedad política, en todas ellas encontramos el propósito original de **salvaguardar** la seguridad de los más débiles frente a la efectiva capacidad de los fuertes de causarles impunemente algún daño.

Ajustar la conducta de todos a las reglas aceptadas por la comunidad, llámense usos, costumbres o leyes, parece ser el propósito original de esa diferenciación entre gobernantes y gobernados que da origen, para usar la expresión del profesor León Dugüit, a todos los gobiernos de la tierra.

Prueba de que no hay mayor gratitud de la sociedad que precisamente para aquellos, quienes por su sabiduría y firmeza procuran e imparten la justicia; es por ello que los nombres históricos de **Salomón, Licurgo, Solón o Justiniano**¹⁷, sobreviven a la incuria de los milenios como paradigmas de la más entrañable apetencia humana, que es la **justicia**.

De la misma manera, por más que cambien en el curso de los siglos las concepciones que se tengan acerca de las atribuciones y los cometidos del Estado - **y precisamente en nuestro tiempo esta materia se encuentra sometida a la más profunda revisión** - nadie ha puesto en duda todavía que es al Estado al que le compete procurar, derecho, Estado obeso o reducido a su mínima expresión, al llegar al esqueleto mismo de la organización política siempre encontraremos a las instituciones encargadas de dar a cada quien lo suyo. Son esas instituciones las que garantizan la verdadera paz social e incluso, por qué no, la concordia entre los individuos y los grupos de la sociedad.

De aquí que un Estado, que se renueva y revisa el fundamento de todo lo que hace y cómo lo hace, tenga que considerar, entre una de sus tareas esenciales, el perfeccionamiento de las normas que se relacionan con la procuración de justicia.

Es asombroso a este respecto que asuntos al parecer tan antiguos, tan explorados como los que conciernen al procedimiento penal, puedan ser materia de revisión y mejoramiento permanentes. Prueba de esto la tenemos en el reciente periodo de sesiones extraordinarias del Congreso, que introdujo reformas y adiciones a los artículos 16, 19, 20 y 119 de la constitución, todos ellos relacionados con la justicia penal y los derechos humanos.

¹⁷ CORDOVA, Arnaldo. SOCIEDAD Y ESTADO EN EL MUNDO MODERNO. Edit. Grijalbo. México 1986. p. 127

Entre estas modificaciones destaca lo relativo a las nuevas bases en materia de órdenes de aprehensión dictadas por la autoridad judicial; así como la precisión del término “**pena privativa de la libertad**” en substitución de “**pena corporal**”, a efecto de evitar abusos respecto de los individuos que han de responder finalmente por penas de menor grado; y el de “juicio de orden criminal” por el de “**proceso de orden penal**”.

Son de subrayarse también, las nuevas bases en materia de términos legales para la consignación de detenidos, particularmente en los casos de flagrancia o urgencia, y la correspondiente responsabilidad de las autoridades que no observen los términos legales, o incurran en violación de las garantías de los inculpados.

Destaca también la introducción, como respuesta a variantes actuales del delito, del concepto de delincuencia organizada y el reconocimiento de su mayor peligrosidad social. Junto a esto, la aparición del principio de caución asequible y la posibilidad judicial de graduarla, en atención a las condiciones económicas de quienes han de darla. Y la opción, a favor del inculpado, de renunciar al plazo máximo de duración del proceso si ello le permite, a su juicio, ejercer más cabalmente su defensa.

Otra innovación de entre las recientemente legisladas, y es que los careos procedan a solicitud del inculpado y siempre en presencia de su juez; pues si bien esta diligencia obligará a extremar el esfuerzo y la atención de quienes juzgan, ello garantizará que esta prueba y su valoración adquieran la gran importancia que puede llegar a tener en la determinación de la verdad legal, y de la que actualmente, por lo regular, carecen. Finalmente, una serie de principios recién legislados se refieren a la extradición, tanto entre entidades federativas como entre países. La intención del Congreso ha sido agilizar con estas normas procesos que, de otra suerte, resultan casi interminables.

Hay una cuestión que merece destacarse de modo relevante; la jerarquización constitucional que se hace de la condición de las víctimas u ofendidos.

De acuerdo a las reformas en la fracción X del artículo 20 de la constitución se establece que: **“En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el ministerio público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, a los demás que señalen las leyes”.**

De esta manera aparece en nuestra carta fundamental, por fin, el personaje usualmente olvidado en el drama del delito. Jueces, ministerio público, policía judicial, peritos, defensores y acusados han sido objeto de pródigas regulaciones en nuestras leyes penales; y todos, debe decirse, en el nivel jurídico más elevado esto es, en la constitución. La víctima, en cambio, precisamente el ofendido y humillado, comienza a desdibujarse apenas concluido el episodio delictivo.

Toda la atención pública se concentra en el autor del delito, y todas las normas se dirigen a tutelar su situación legal. Incluso la conmiseración de la opinión, que quisiéramos también muy viva para la víctima y sus familiares, se vuelca irrestricta para quien causó el daño.

3.3 Los Indígenas y la Justicia Penal

La justicia es el mayor reclamo de los pueblos indígenas; de manera reiterada lo han expresado. Así ha sido en el pasado, y seguirá siéndolo en el futuro cercano. Los casos de abuso son todavía muy abundantes, e indignantes.

Alcanzar un trato razonablemente justo requerirá un gran esfuerzo, que tendrá que ser realizado de manera sostenida durante largo tiempo.

Los indígenas son sólo uno de los sectores desprotegidos, es cierto; pero también es verdad que además son víctimas de una profunda discriminación social, compartida por amplios sectores de la población, y esto determina el trato que se les da en muchas circunstancias. A la discriminación que parece originarse en su pobreza, se suma la que se deriva del uso de sus lenguas, de sus formas de vestirse y, en general, de sus culturas. Esto no es sorprendente.

Esta discriminación arraigada permea a la administración de justicia penal. Por eso, para la atención apropiada a los casos de indígenas ha sido esencial el impulso que las altas autoridades de las dependencias correspondientes han dado a los programas de atención específica para ellos; y este continuará siendo un requisito fundamental en el futuro cercano, mientras se crean nuevas formas de trabajo en las instituciones.

En este punto, es necesario enfatizar que para los indígenas no se pretende ningún trato excepcional, sino solamente un trato justo con apego a derecho. Simultáneamente, se pretende que la legislación recoja, paulatinamente, a la costumbre jurídica indígena que pueda armonizarse con el derecho positivo.

3.4 La Costumbre Jurídica

La constitución establece que en los juicios y procedimientos agrarios se tomarán en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de los pueblos indígenas en los términos que establezca la ley. Para hacer realidad lo anterior, es necesario que las prácticas y costumbres se documenten.

3.5 La Sociedad Civil

En muchos casos de indígenas la intervención de las asociaciones civiles defensoras de los derechos humanos es no sólo importante, sino imprescindible.

Asimismo, lo ha sido la intervención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Considero que la participación de la sociedad civil tiene que ser aún más honda y amplia, para lograr modificar en medida razonable la operación de las instituciones que administran justicia, teniendo la posibilidad de acceder lo suficiente a los expedientes de los casos, para garantizar una supervisión real.

La sociedad es en esencia la unión moral de personas humanas para el bien común; no es, por su naturaleza, un ente sustancial, sino un ente intencional de relación, y su fin propio es el bien común el que, prescindiendo de las distinciones y sutilezas propias de los filósofos sociales, no es sino el conjunto de bienes y servicios que la colectividad social pone a disposición de sus miembros para que éstos alcancen su desarrollo pleno en todos los órdenes, material, cultural, moral, espiritual. Es un medio para que se realice un fin superior, y éste es el fin propio de la persona humana.

Dependiendo de las circunstancias históricas y sociales de cada comunidad humana, la sociedad ayudará al hombre a conseguir su fin individual garantizándole la necesaria libertad de acción, proporcionándole los suficientes medios materiales para su vida y desarrollo físico y psicológico, y lo más importante, creando la indispensable atmósfera de orden, justicia y seguridad para que ejercite su actividad tranquilamente y en armoniosa cooperación con sus semejantes.

La sociedad es absolutamente para los individuos, y éstos son relativamente para la sociedad, tanto cuanto sea necesario para que la sociedad exista y cumpla su fin, y en ello debe buscarse el equilibrio que elimine el individualismo extremo en detrimento de los derechos del individuo.

¿Cuál es el camino que conducirá a los pueblos al bienestar, y al progreso? El camino aceptable es el que reconozca capaz de forjar su destino individual, pero por otra parte plenamente solidaria con los demás hombres en la búsqueda del bienestar social. El nuevo orden mundial emergente al cual se van ajustando los países latinoamericanos, se caracteriza por la independencia asimétrica, la concentración del poder mundial en bloques, y la nueva división mundial del trabajo.

Los países latinoamericanos se incorporan casi totalmente a la hegemonía de los Estados Unidos, es evidente que estamos en el umbral de una confrontación entre nuevos bloques que luchan por la supremacía, y ante acontecimientos que modificarán en forma profunda la lucha económica; en esas condiciones, la armonía social dependerá, en gran medida, de la posibilidad de salir de la periferia de estos bloques y crear las condiciones económicas adecuadas para el desarrollo económico propio, derrotando en alguna forma el círculo vicioso de la deuda y la pobreza.

En la sociedad actualmente se requiere que se continúe avanzando sistemáticamente en el mejoramiento de la regulación de la estructura y facultades de los tribunales, con miras a una administración de justicia más rápida y eficiente.

Requiere mantener la preocupación constante por la protección y defensa de los derechos humanos; en ese proceso, vale la creación de nuevos órganos públicos para proteger los derechos de los gobernados, mismos que subsisten

junto con los órganos clásicos. Ejemplo de ello son, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y aunque de naturaleza diferente, la Procuraduría Federal del Consumidor que tiene facultades comunes a la defensa de los derechos de los individuos, aunque no primordialmente frente al poder público.

La defensa de los derechos humanos debe mantenerse como una prioridad real, y fundamental de la sociedad y del gobierno; se configura así, una fuerza social que nadie puede ya detener, y que se levantará ante las autoridades que se atrevan a violarlos.

Otro rasgo de la procuración de justicia en la sociedad moderna tendrá que ser, cada vez más, la actuación de tribunales u órganos de decisión en los que se permita la participación de los ciudadanos. Ejemplo de estos órganos son los tribunales o cuerpos arbitrales cada vez más usados como medios alternativos de componer los conflictos, particularmente comerciales, y los tribunales, juntas o comités para la resolución de disputas laborales.

En materia de justicia social, es evidente que nuestro derecho actual ha resultado insuficiente su función como medio de desarrollo en la libertad de algunas de las instituciones y de las personas que intervienen en la delicada responsabilidad de la prevención de conflictos, la procuración y administración de justicia; por ello, el mejoramiento de las normas que permitan hacer efectivos los principios de acceso a la justicia es requisito indispensable para este propósito.

La justicia social es un complemento indispensable de la libertad y la igualdad del hombre y, es evidente, que sin justicia social, éstas realmente no existen. Es oportuno recordar parte del testamento político del cardenal Jiménez de Cisneros, uno de los creadores del espíritu público que permitió a la comunidad hispánica alcanzar su grandeza histórica; expresó:

Dale a tu pueblo justicia antes que obras materiales, ejércitos, conquistas, creaciones artísticas y todos los demás bienes, incluso el trigo; porque sin justicia no tendrá la tranquilidad para usar las obras, de las conquistas, de la belleza y ni siquiera para digerir su pan.

Una sociedad con mayor bienestar social, con un pleno goce de libertades y con plena facultad para votar por sus gobernantes; un sistema político que permita el disfrute de una vida social y económica más justa, lográndose esto con una democracia plena.

Pero la procuración de justicia en una sociedad efectivamente democrática es un proceso que no puede partir tan sólo de la voluntad de una instancia pública, sino de la voluntad clara y constante de la sociedad civil entera. Por ello, el principal obstáculo para efectuar los cambios necesarios en la procuración de justicia en México es el presidencialismo. Este factor omnipotente es lesivo ya para muchos campos de la sociedad mexicana. Su omnipotencia subordinada de manera peligrosa para el desarrollo de México al Poder Judicial y Legislativo y a la vida sindical, económica y electoral de la sociedad entera. Creo que el presidencialismo decida por sí mismo desaparecer o atenuar su injerencia en sectores de la vida nacional que no le deben ya competir. Sin la desaparición del presidencialismo en México es imposible planearnos la posibilidad de un Poder Judicial y de un Poder Legislativo independientes y avanzados, es decir, democráticos.

3.5.1 La Sociedad Moderna ante la Procuración y Administración de la Justicia

La procuración de justicia en una sociedad moderna debe tener como punto de partida, la consideración de que los elementos constitutivos esenciales de su desarrollo tienen carácter substancial y procesal y deben estar plenamente

reconocidos por la legislación vigente. De ahí que el sistema de libertades deba corresponderse cabalmente con la vigencia plena de los derechos humanos, y no baste que el Estado actúe apegado a la letra de normas jurídicas positivas – Estado de legalidad- sino que si la conducta se ciña a los principios básicos de un Estado de derecho.

Además del reconocimiento declarativo de los derechos humanos, de los que México, a nivel internacional es signatario, y a nivel interno ha deseado mantener firmemente, se debe, en congruencia con ello, perfeccionar y actualizar el juicio de amparo para que sin discriminación de personas o grupos se conceda la protección de la justicia a todo particular a quien se vulneren sus garantías, por leyes o actos de autoridad.

La modernización del juicio de amparo exige que en materia de control de constitucionalidad de leyes y de los actos de autoridad, los veredictos de la corte protejan no sólo a la parte agraviada, sino que sean válidas erga omnes, pues así se imparte la justicia distributiva no sólo al obtenerla porque sus recursos así se lo permiten, sino porque sus derechos individuales, oponibles al Estado se respetan benefician por una sentencia de validez universal.

Se ha afirmado que la relación entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial deben ser armónicas, y que han de buscarse puentes entre ellos para su buen funcionamiento. Armonía no implica subordinación ni pérdida de independencia. Lo que ha sucedido en México es que el equilibrio de poderes establecidos en la constitución en el pasado fue lacerado por prácticas políticas hoy afortunadamente en vías de ser superadas, pero que dieron lugar a legislaciones al vapor y sin contrapesos.

Por ello, es indispensable lograr independencia entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y un equilibrio entre el poder del gobierno y de la

sociedad porque es un hecho histórico que cuando el poder se ejerce de manera discrecional, absoluta y sin contrapesos de equilibrio de poderes supone un arraigo del Poder Legislativo en el pueblo con una comunicación sistemática con sus respectivos distritos y con la opinión pública.

Aspecto degradado de la vida pública del país es la falta de protección para los ciudadanos en su vida, salud y bienes. La ignorancia sobre leyes morales y serias deficiencias en la formación de la conciencia moral han elevado los índices de delincuencia y de corrupción moral y deterioro la convivencia social. La impunidad de que gozan los asaltantes y transgresores de la ley son el principal incentivo para su proliferación hechos que guardan relación directa con la falta de atención debida por parte de las autoridades y con el escepticismo de buena parte de la sociedad respecto de los actos de procuración de justicia. El deterioro del respeto al orden jurídico positivo, la impunidad de muchos crímenes y la inseguridad jurídica hacen necesaria la restauración del sentido ético del derecho.

Por otra parte, la simple medida de eliminar de la nómina de la policía judicial a elementos corruptos o abiertamente responsables de delitos, no garantiza la seguridad de la sociedad, pues tales individuos no abandonan con ello su conducta, sino que simplemente dejan de estar escudados en una placa oficial. Si existen delitos comprobados por parte de quienes son eliminados de las corporaciones policiacas, la sociedad espera que sean sometidos a proceso judicial, pues de lo contrario seguirá a merced de sus arbitrariedades o delitos.

Resulta paradójico y totalmente injusto, que muchos delincuentes gocen de plena libertad e impunidad, mientras que ciudadanos comunes se ven envueltos en la persecución de la justicia, muchas veces por actos no comprobados, teniendo por ello que sufrir múltiples molestias en su persona y de

privación de la libertad, derivado esto de las conocidas "confesiones" obtenidas ante la presión de los diversos cuerpos policíacos.

En este sentido, la procuración de la justicia necesita una mayor autoridad moral y rescatar la credibilidad que ha disminuido por la impunidad de actos criminales organizados. Para que las fuerzas policíacas federales cumplan su misión, se requiere, asimismo, un cambio estructural que las arraigue y comunique con la sociedad.

Estos cambios inferen que el derecho positivo no debe ser una herramienta al servicio de quien más puede o más tiene, sino la garantía de los derechos humanos, que debe orientarse a la consecución del bien común. Este propósito requiere reforzar el combate contra la corrupción administrativa a todos niveles, elevar la calidad y la seriedad de las autoridades tanto administrativas como de las encargadas de impartir justicia a fin de que el Poder Judicial cumpla irrestrictamente con su noble y alta función de impartir justicia, es necesario dotar de fuero constitucional a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los magistrados de circuito y los jueces de distrito.

Al presentarse la procuración de justicia como la acción de un supremo dispensador, se produce una mentalidad mezquina y perezosa; y se entra en el camino de las insensateces más peligrosas, cuando se confunden los medios con los fines, pues la autoridad se cree justa cuando instaura un orden en todos los puntos, desatendiendo como prioritario dar ejemplo de justicia en todas sus actuaciones. Ciertamente es necesario hacer respetar la ley, pero es más urgente que la ley sea justa. Por desgracia, en su contenido, su redacción confusa o en el modo como pretende hacerse cumplir, no son pocas las leyes que provocan actos de Injusticia, aunque sean legales. En ese sentido, la procuraduría, asiento del abogado de la Nación y defensora de la sociedad, debería realizar un papel más activo en el perfeccionamiento de la ley.

La procuración de justicia en una sociedad moderna debe partir de la premisa de que siempre será mejor prevenir que corregir, por lo que, para alcanzar los fines, es fundamental que tanto las autoridades educativas como los cuerpos intermedios representativos y promotores de la sociedad, orientemos nuestro quehacer a promover el bienser y el bienestar sociales a través de acciones y programas que inculquen sistemáticamente la vivencia de principios y valores de la moral individual y familiar, social y los tradicionales de nuestra cultura, de los cuales el bien, la verdad, la justicia, la honestidad intelectual y moral, el respeto y la convivencia armónica, son el fundamento y sostén de la verdadera paz social.

Elo nos conducirá a consolidar la unidad e identidad nacionales, previendo la creciente participación de México en la economía internacional; y la necesidad de motivar al pueblo mexicano al trabajo y la participación entusiasta por su bienestar.

CAPÍTULO IV

LA JUSTICIA PENAL

4.1 Definición de la Justicia

Al abordar el tema de la definición de la justicia. Nef¹⁸ empieza por distinguir las acepciones **formal y material** del vocablo. Justicia, en el primer sentido, es conformidad de un acto, una institución o una norma a las prescripciones del derecho positivo. La sentencia 'justa', la resolución administrativa 'justa' el juez 'justo', todo esto es llamado así "en el sentido de apegado a la ley, de fiel a ella". En tales caso, el criterio para juzgar de la justicia de un comportamiento, un fallo judicial o una persona, lo ofrecen las prescripciones en vigor. Pero, en un segundo sentido, se hable de la justicia o injusticia de los preceptos legales, o de la justicia o injusticia de quien los formula.

Al jurista teórico suele bastarle la indicada dicotomía; pero existen otras manifestaciones que no guardan conexión con el derecho positivo. Así como hablamos del juez o del legislador 'justo', podemos aludir a la del destino. El problema es descubrir una definición aplicable a todos estos usos.

¹⁸ CORDOVA, Amaldo. Op. Cit. p. 132

Encontrar el género próximo, dice Nef, suele ser menos difícil que dar con la *differentia specifica*. Pero en el caso no ocurre lo propio, porque los conceptos superiores que las definiciones señalan son distintos siempre. A unos les parece que la justicia es una virtud, otros la conciben como acto, otros como intención. No pocos ven en ella una idea o un ideal, y muchos la caracterizan como una norma o exigencia. Por último, hay quien la define como valor.

Para Sócrates es la virtud de obediencia a la ley; para Platón, ya el acuerdo entre las partes del alma, ya la armonía de las clases dentro del Estado. Aristóteles –que primeramente recoge la noción platónica de la justicia como suma o síntesis de las demás virtudes- la estudia después como virtud específica, dedicándole las consideraciones que tan honda influencia han ejercido en los filósofos posteriores.¹⁹

Al enorme influjo del Estagirita –dice Nef- hay que atribuir el hecho de que “también en la Edad Media y en la época moderna sea la justicia considerada por muchos como una virtud, y que en numerosos pasajes aparezca la distinción entre lo justo como virtud universal y virtud particular”

Otros autores buscan el *genus proximum* en el concepto de acto. Que lo haga así resulta explicable cuando se reflexiona en que el hombre que posee la virtud de la Justicia y es, en general, llamado ‘justo’, puede alguna vez proceder injustamente. Y a la inversa: un solo acto de justicia no basta para convertir a nadie en ‘varón justo’.

Nef refiérese seguidamente a la célebre fórmula de Ulpiano. Cuando el famoso jurisconsulto define la justicia como *constants et perpetua voluntas, ius suum quique tribuendi* no piensa, según nuestro autor, en el sentido psicológico o filosófico del término ‘voluntas’. Spinoza, que se apoya en la

¹⁹ CÓRDOVA, Arnaldo. Op. Cit. pp.132,133.

definición romana, ha traducido 'voluntas' por 'intención', "lo que no aclara esencialmente el asunto".

"En la época moderna dominan otros conceptos. Se ve principalmente en la justicia una exigencia dirigida a la conducta y, sobre todo, al derecho. Se habla, por tanto, de su idea, y por tal se entiende una pauta o directriz. Acentúase el aspecto normativo y entonces se le designa como ley, como norma, como principio rector. . ." "La moderna 'ética material', la subsume, por su parte, bajo un concepto distinto. Para esa doctrina es la justicia un valor. Le corresponden los atributos propios de lo valioso, y se llega más la conciben, por ejemplo, Nicolai Hartmann y Eduardo Spranger. Entre los juristas, Julius Binder, por ejemplo, ha hecho referencia a su carácter axiológico".

¿Quién tiene la razón? —se pregunta Nef. Y responde: la tienen todos, sea que entiendan la justicia como virtud, conducta, intención, idea, norma, principio, ley o valor. Lo justo puede ser subsumido bajo todos estos términos, sin resultar por ello equívoco. Y es que en realidad no se trata de conceptos diversos sino, más bien, de distintas formas de manifestación de un solo objeto. Lo que salva la unidad conceptual es lo específico de la Justicia, que se mantiene invariable siempre. Habrá unidad de concepto si podemos demostrar que la diferencia específica es la misma en todo caso, sea cual fuere el género próximo. "Entonces podrá hablarse de un concepto unitario, pese a la posibilidad de que admitan diferentes nociones superiores". Además, los conceptos que suelen ser empleados como género próximo, si bien verbalmente son distintos y despiertan diferentes representaciones. "En el fondo coinciden todos" y, en rigor, son "facetas diversas del mismo fenómeno". Para percatarse de ello basta con examinar detenidamente algunos de los ejemplos citados. En el caso del legislador que expide leyes justas, verbigracia, perfectamente podemos decir que posee la virtud de la justicia. Pero ésta manifiesta en la expedición de dichas leyes y, por tanto, tradúcese en actos, en formas de conducta. Además, su

comportamiento es calificado de 'justo' en la medida en que se ciñe a una norma o criterio de justicia. Al mismo tiempo, a través de su tarea específica, el órgano legislativo realiza el valor del mismo nombre.

La noción que completa las diversas definiciones está en el concepto de igualdad o, para expresarlo con mayor rigor, en el de igualdad de tratamiento.

Por ello se habla de trato proporcional, de igual medida, de iguales derechos o deberes o de cierta compensación. Siempre se juzga que alguien procedió contrariamente a la igualdad, en vez de atenerse a ésta.

La forma de tratamiento que la justicia consiste e implica siempre cierta 'subordinación', cierta 'relación de poder'. El que debe dar a otro un justo tratamiento hállase, eo ipso, supraordinado a él.

Lo que es injusto vulnera la igualdad; lo justo es lo conforme a la ley y a la igualdad. Aristóteles añade: "Como todas las virtudes, la justicia es también un medio. El término medio entró lo desigual, es decir, lo igual". El vínculo entre las dos nociones es después subrayado por otros filósofos, especialmente por Cicerón y Santo Tomás.

Incluso en la definición de Ulpiano, que "no nació en el terreno de la filosofía, sino en el del derecho positivo", Nef encuentra una referencia a la igualdad. Cuando la justicia es definida como *constans et perpetua voluntas ius suum tribuendi*, la exigencia de que la *voluntas ius suum quique tribuendi* debe existir en todo tiempo, que ha de perdurar y, en este sentido, ser igual . . . *Constans* alude más bien al contenido de la igualdad. La voluntad ha de ser siempre igualmente firme, permanecer fiel a su contenido". Aún cuando la definición romana tiene el defecto de hallarse limitada al derecho positivo, cuya validez formal presupone sin plantear el problema ulterior de su justicia o

injusticia intrínsecas, no puede negársele el mérito de haber subrayado, con aquellos adjetivos, "que también en esta forma de lo justo, en que lo que está en juego es sólo la aplicación del derecho vigente, la igualdad es esencial, en cuanto dicha aplicación debe ser duradera, perpetua y firme".

4.2 Relatividad de la Justicia

El problema central de la doctrina de lo justo consiste, para Nef, saber cuándo debe aplicarse el principio de la justicia conmutativa y cuándo el otro principio.

El que da lo mismo a todos lo hace basándose en una igualdad real o, al menos, supuesta. Quien atribuye casas desiguales, en cambio, atiende a una desigualdad supuesta o de hecho. El legislador que concede iguales derechos de elección y de voto, juzga, en cambio, que todos los ciudadanos tienen la misma capacidad política, en tanto que el que limita esos derechos está convencido de que tal capacidad no es igual en todo caso.

Todo lo que es igual tiene, al menos en un respecto, que ser llamado desigual, amén de que en la mayoría de los casos, los objetos que en una o varias relaciones son iguales, en otra y otras defieren. La desigualdad y la diferencia se dan de modo concomitante y las cosas son siempre iguales o desiguales en cierto respecto.

¿Qué consecuencias encierra lo anterior para la doctrina de la justicia?

Si las cosas son iguales y desiguales a un tiempo, entonces habrá que partir de ambos aspectos, el de la igualdad y el de la diferencia. Esto indica que deben ser tratadas igualmente desde el punto de vista de la igualdad y desigualmente desde el otro punto de vista. "Las dos formas de tratamiento

tendrán entonces fundamento, serán objetivas, desde el ángulo visual de las cosas. Si las trato igualmente, invocaré su real igualdad para decir: 'igual a lo igual'. Si las trato desigualmente, invocaré su real desigualdad para decir: 'trato desigual a lo desigual'. Luego con estas fórmulas nada se adelanta. Parecen obvias, pero pierden valor práctico cuando queda en claro que todo lo comparable es, de modo simultáneo, igual y diferente, de manera que en los casos concretos ya no se sabe si lo que hay que atribuir es lo igual o lo desigual”.

Como todas las cosas –al menos en el orden del ser real- son, a la vez, iguales y desiguales, siempre será posible encontrar un fundamento, sea para tratarlas igualmente, sea para tratarlas en forma distinta. La aplicación de una u otra de las dos especies de justicia no está, pues, condicionada por las cosas mismas (que pueden justificar una o la otra), sino por el punto de vista que el sujeto adopta al juzgarlas.

4.2.1 La Justicia en el Derecho

Resulta que el derecho en su aspecto material, no determinado sólo por la justicia, sino por principios de otra clase.

Por ejemplo: con las finalidades atribuidas al castigo, en materia penal. Por importante que sea el papel de la llamada retribución, como exigencia de la justicia, no hay duda de que el ejercicio del derecho de castigar es también considerado como medio de realización de fines muy distintos del puramente retributivo. El que castiga al delincuente con la mira de hacerlo otra vez capaz de vivir en la comunidad, no basa el sistema penal sólo en la idea de lo justo. Lo decisivo para él no es imponer un sufrimiento al delincuente, sino lograr su regeneración. “Quien parte de la idea de la prevención tendré, a su vez, que llegar a otros resultados. Las diferentes posturas aparecen con gran nitidez cuando se discute la pena de muerte. Ésta puede ser justificada bien desde el

punto de vista de la justicia retributiva, bien por la necesidad de suprimir al autor de delitos graves, bien, por último, en ciertas circunstancias, de acuerdo con un propósito de intimidación y prevención”.

En este ejemplo revela el contenido de las normas jurídicas no está exclusivamente determinado por principios de justicia. El 'derecho justo' no coincide siempre con el 'correcto'. La corrección (o validez intrínseca) de aquellas normas se establece de acuerdo con criterios que nada tienen que ver con el de lo justo. Ponderar la relativa importancia de todos ellos y, por ende, la jerarquía de los valores que el orden jurídico debe realizar, es problema que, rebasa el marco de la teoría de la justicia.

4.3 Su Esencia

La justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social. Criterio ético, porque se trata de un principio destinado a dirigir obligatoriamente la acción humana. Y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe, de acuerdo con su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo; pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo excluye racionalmente toda discriminación en el trato a nuestros semejantes, sin razón objetiva suficiente.

Importar subrayar este fundamento ontológico del criterio de la justicia, que ya encontramos implícito en la definición de Ulpiano que habla de dar a cada quien lo suyo se determina muchas veces por el derecho positivo, éste a su vez se inspira en el derecho natural que tiene un fundamento ontológico. Así, por derecho natural que tiene un fundamento ontológico. Así, por derecho natural es suyo de cada persona humana su cuerpo y su espíritu, y todas sus potencias y

facultades; y suyos también son los actos que realiza con conocimiento de causa y voluntad libre; de manera que si tenemos presente que el objeto general regido por las normas, aquí comprendidas las jurídicas, son los actos humanos, el principio de imputación, entendido en un sentido amplio, al igual que el de responsabilidad, deriva de la justicia que manda dar y reconocer a cada quien lo suyo. No se nos debe imputar o atribuir actos que no hemos realizado, que no son nuestros sino de otros y de los cuales, por consiguiente, tampoco debemos responder; de ahí que jamás se justifique condenar conscientemente a un inocente o absolver a un culpable.

El ser humano, por razón de sus atributos ontológicos constituidos por su inteligencia y su voluntad libre, se convierte en autor de sus actos, en causa eficiente, y mediante su sentido valorativo concluye: debe atribuirse el acto y sus consecuencias a su autor (principio de imputabilidad); y debe el autor de un acto responder de éste y sus consecuencias (principio de responsabilidad). El acto y sus consecuencias por tanto, impliquen mérito o demérito, ganancia o perjuicio, utilidad o pérdida, por la naturaleza misma de las cosas, por este fundamento ontológico consistente en que el ser humano es la causa eficiente de sus actos, constituye lo suyo del sujeto agente, lo que se le debe atribuir o imputar por los demás, para bien o para mal, y de lo que debe responder.

Estas explicaciones muestran la importancia del criterio de la justicia, cuya obligatoriedad trasciende a la moral, en sentido restringido, y a la religión; pues también el mérito o demérito, moral o religioso de un acto, debe atribuirse precisamente a su autor, quien responde de tal acto ante su propia conciencia ética y ante Dios.

No es posible, en consecuencia, formular congruentemente un sistema de normas que constituya un orden ético que merezca este nombre, si se desconoce el criterio de la justicia y los principios que implica; y tampoco se

puede establecer un orden social, ya que en la esfera de lo social la justicia realiza, además, una doble función igualitaria y estructurante, de coordinación de las acciones en el primer caso, y de integración en el segundo. "El todo, dice Santo Tomás, es específicamente distinto de la parte: está constituido por el conjunto de las partes, pero unidas en una forma superior que da al todo su unidad y su naturaleza específica. La distinción específica del todo y de las partes permite entre el primero y las segundas la existencia de relaciones *ad alterum* y la aplicación de la noción de justicia"²⁰

Conviene advertir que aquí tratamos de la justicia como criterio racional de la conducta humana y no como virtud. Lo cual no significa que haya oposición entre la justicia como criterio y la justicia como virtud. Hay distinción, más no oposición; pues la justicia como criterio, aunque tenga el carácter de un principio práctico y no simplemente teórico, es un objeto ideal o ente de razón, dado que constituye un conocimiento; mientras que la justicia como virtud es un hábito, que tiene su asiento en la voluntad y no en la inteligencia.²¹ Sin embargo, como toda virtud es un hábito recto, postula cierta medida de rectitud, medida que en este caso se identifica con el criterio de lo justo: luego la justicia como criterio es la medida racional de la justicia como virtud, y por consiguiente no hay oposición entre ellas.

Recogiendo el pensamiento de Platón, cabe dividir la justicia –siempre como criterio racional– en individual y social; pues para él la justicia no representa un valor exclusivamente social, sino también una regla o medida de la conducta estrictamente individual, que regula la armonía entre las tres distintas partes del alma. La actividad de cada una de estas partes del alma, tiene su propia regla, a la cual corresponde una virtud; la regla y la virtud de la parte racional, es la sabiduría (*sofía*); la del ánimo o coraje, que nosotros

²⁰ DELOS O.P. J. Th. APÉNDICE II DE LA JUSTICIA DE LA SUMA TEOLÓGICA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO, trad. Francesa de M.S. Guillet, O.P., edición de la Revista de los Jóvenes, t. I p. 230

²¹ DE AQUINO, Santo Tomás. SUMA TEOLÓGICA. Edit Porrúa, México 1982. 1ª Itae, q. XLII, a. I

llamamos voluntad, es la fortaleza (*andria*); la de la parte apetitiva, correspondiente al apetito sensible, es la templanza (*sofrosyne*); y finalmente, es la justicia (*dikayusine*), la que establece el orden o jerarquía, la relación armónica entre estas tres partes del alma y sus operaciones. Así, la justicia individual establece un orden interior, una jerarquía entre las diversas potencias del hombre, considerado éste individualmente –no en sus relaciones con los demás hombres -, orden que al ser observado en la vida, hace del individuo un ser armonioso, un hombre justo. Esta justicia individual exige que la voluntad se someta en sus actos a los dictámenes de la razón, y que a su vez los apetitos sensibles se subordinen a la voluntad y, a través de ella, a la razón, ya que sólo de este modo reina la armonía en el alma humana.

La justicia social, por su parte, significa el principio de armonía en la vida de relación. Coordina las acciones de los hombres entre sí como partes del todo que es la sociedad civil, a la vez que ordena tales acciones al bien común, e integra de este modo el orden social humano. Y como la sociedad civil comprende un gran número de formas de asociación intermedias –familia, municipio, asociación profesional o de trabajo, sociedades utilitarias mercantiles y civiles, asociaciones deportivas, científicas, culturales, etcétera -, la misma justicia social establece la jerarquía de los fines perseguidos por estas sociedades, con miras a asegurar el bien común de la especie humana. Siendo que la justicia es el valor supremo que tiende a realizar el derecho, cumple una función estructurante, implica una jerarquía de valores, ordena la vida de relación entre los hombres, a fin de que cada uno se les reconozca lo suyo, esto es, las atribuciones dadas por la naturaleza humana que es común, y que por ser así, nos agrupa en la humanidad, en las naciones y en las agrupaciones intermedias, haciendo que a través de estas comunidades cada hombre cumpla con sus fines temporales y trascendentes.²²

²² KURI Breña, Daniel. HOMBRE Y POLÍTICA. Ed. Jus. pp. 116 y 117

La ordenación de las acciones y bienes de las personas, la realiza a la luz del criterio de la igualdad – de ahí que se diga que justo es lo que se iguala, y que la esencia de la justicia es la igualdad -; pero de una igualdad regida por los principios éticos fincados en el orden ontológico inscrito en la naturaleza humana; igualdad aritmética, si compara los objetos de las relaciones de que se trata, haciendo abstracción de las personas, por encontrarse éstas colocadas en el mismo plano, e igualdad geométrica o proporcional, cuando toma en cuenta tanto los objetos como las personas, y a éstas con las notas individuantes que se traducen en desigualdades de capacidad, de riqueza, de poder, etcétera. “La sociedad tiene una estructura jerárquica y orgánica; reposa sobre la diferenciación de las funciones sociales que entraña la de los Estados, de las clases y de los grupos. Desde este punto de vista, se puede decir que no hay dos miembros iguales en la sociedad; cada uno ocupa en ella un lugar proporcionando a su función y al papel que desempeña para asegurar el funcionamiento del organismo social”.

La jerarquía de los fines correspondientes a las distintas formas de asociación, la establece atendiendo a la importancia de la ayuda que éstas prestan al hombre para alcanzar su perfeccionamiento.

Así pues, en tanto que la justicia individual ordena los actos de los hombres al bien personal, la justicia social ordena sus acciones al bien común. “Cada uno de nuestros actos, dice Santo Tomás, aun aquellos que tienen por objeto nuestro bien, el más personal, pueden ser puesto en relación con el bien común; tiene un alcance social. Puede y debe ser realizado en vista del bien común, al mismo tiempo que en vista de nuestro bien propio; y es bajo esta condición como el acto adquiere todo su valor moral, ya que satisface a la virtud particular que lo rige, y a la justicia social”.²³ Si bien la cita se refiere a la justicia como virtud, su contenido es aplicable a la justicia como criterio, pues ya

²³ DELOS, O.P. J. Th. Op. Cit. p. 234

indicamos antes que toda virtud, por ser un hábito recto, postula un criterio racional de rectitud; y es claro que en casos como el presente, lo que se dice del hábito recto, se dice también del criterio de rectitud correspondiente. Debiendo aclarar que de acuerdo con esta terminología, la justicia individual viene a ser la síntesis de los criterios de rectitud que postulan las diversas virtudes morales que tiene por objeto el bien personal.

Casi todas las definiciones que se han dado de la Justicia, la consideran como virtud que se refiere siempre a lo social. Ya Aristóteles califica de "metafórica" la justicia que establece el orden entre las distintas partes del alma, a la cual había aludido ampliamente Platón; y Santo Tomás, insistiendo a este respecto en las enseñanzas del Filósofo, afirma que la justicia propiamente dicha, implica siempre relación a otro, "pues se dice que se ajustan las cosas que se igualan, y la igualdad es siempre con otro". Sin embargo, tanto Aristóteles como Santo Tomás admiten que analógicamente cabe hablar de la justicia como reguladora de los actos de un hombre en su aspecto interno, dado que se pueden considerar en un mismo hombre diversos principios de acciones, y a los actos como si emanaran de distintos sujetos.

En la definición que hacen los Pitagóricos conciben a la justicia como una correspondencia o igualdad proporcional entre términos contrapuestos, la cual puede expresarse en el número cuadrado.

Aristóteles entiende la justicia en un sentido latísimo como proporcionalidad de los actos (el justo medio entre el exceso y el defecto), principio de toda virtud; y en sentido general pero aplicado a la vida del Estado, la justicia es la virtud suprema, la suma y compendio de las demás virtudes del ciudadano; consiste en una proporcionalidad en la distribución de los honores, funciones bienes y cargas, y en una equivalencia en el cambio entre la prestación y la contraprestación, y entre la transgresión y la pena.

Para Ulpiniano la justicia consiste en dar a cada uno lo que le corresponde.

Domingo de Soto dice que la Justicia hace igualdad entre el que debe y el otro a quien le debe, y consiste en poner medio entre las cosas, por el cual haya igualdad entre los hombres.

Grocio define la justicia como equivalencia o proporcionalidad en los cambios y en la distribución, y analógicamente Puffendorf y Vico, quien asimismo distingue entre justicia conmutativa y distributiva: la primera es una igualdad aritmética entre los términos iguales, y la segunda establece una proporcionalidad geométrica entre los términos desiguales, para la atribución de dignidades y funciones.

Wolf lo propugna como principio de igualdad aritmética.

En Kant, la idea de igualdad se proyecta sobre la de libertad: "Libertad (independencia de la imposición del arbitrio ajeno), en cuanto pueda coexistir con la libertad de cada cual según una ley general".

Para Del Vecchio, la justicia exige que "todo sujeto sea reconocido (por los otros) por aquello que vale y que a cada uno le sea atribuido (por los otros) aquello que le corresponde"²⁴

De esta manera se relaciona el derecho en sentido subjetivo, como facultad o pretensión con la justicia; y ésta se reduce a una especie del bien, el bien exigible bajo la razón formal de "deuda". La justicia, expresa Verneersch, rige aquellos actos que necesariamente han ejecutarse en virtud de un título que

²⁴ PRECIADO Hernández, Rafael. LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Edit. UNAM. México 1986. p. 213

existe en otra persona; “lo suyo”, expresa el título que tiene cada persona frente a sus semejantes, como la “deuda” u obligación representa las prestaciones correlativas a ese título. La justicia satisface esta deuda adecuadamente, exigiendo perfecta igualdad entre la obligación y su cumplimiento.²⁵

Como puede verse, en estas definiciones no se identifica a la justicia con la idea de igualdad, sino que se refiere esta idea de igualdad a las exigencias de un orden fundado en la naturaleza misma del hombre: la justicia es la igualdad en el trato, en orden al bien individual y social del ser humano, y no simplemente la igualdad, como erróneamente lo han considerado quienes objetan, calificándolas de ingenuas y formales, estas definiciones.

4.4 Sus Especies: General o Legal, y Particular: Distributiva y Conmutativa.

La justicia propiamente dicha, la justicia social, se divide en **general o legal y particular**, y esta última se subdivide, a su vez, en **distributiva y conmutativa**. La justicia se divide en **general y particular**, según que considere los actos humanos en relación con lo que exige la conservación de la unidad social y el bien común, o en relación con lo que corresponde a los particulares entre sí o frente a la comunidad. La primera regula los derechos de la sociedad; la segunda los derechos de los particulares²⁶. Y a la **general** se le llama también legal, porque es propio de las leyes humanas determinar los actos debidos al bien común que la sociedad tiene el derecho de exigir. La justicia particular se subdivide en distributiva y conmutativa, porque el hombre tiene derechos frente a la sociedad –ésta debe signar y reconocer a cada uno su participación en el bien

²⁵ PRECIADO Hernández, Rafael. Op. cit. p. 214

²⁶ DE AQUINO, Santo Tomás. Op Cit. p. Ilae lae, q. 58 a 7

común -, y frente a sus semejantes o frente a la misma sociedad cuando ésta se coloca en el mismo plano que los particulares.

La justicia general o legal exige que todos y cada uno de los miembros de la comunidad ordenen adecuadamente su conducta al bien común. Según Verneersch, esta especie de la justicia prescribe (imperata) como debidos al bien común, los actos de varias virtudes impuestos a los ciudadanos, o por alguna ley positiva de la comunidad, o por su conexión necesaria con el bien común.²⁷ Rige, pues, tanto los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad como representante de la comunidad, como los deberes de los propios gobernantes, dado que también ellos están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común. El sujeto titular del derecho, el sujeto activo en las relaciones, que rige la justicia general o legal, es siempre pasivo u obligado, es el individuo, ya se le considere en su calidad de ciudadano o de gobernante.

La justicia distributiva, como su nombre lo indica, regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, asigna el bien común distribuible, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir. Tiene por objeto directo los bienes comunes que hay que repartir —expresa Verneersch—, y por indirecto solamente las cargas.²⁸ Y como no todos los particulares son iguales ni contribuyen en la misma proporción al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional. En este caso, la relación considerada por la justicia general, se invierte: ya que el sujeto activo, el sujeto titular del derecho para la justicia distributiva es siempre la personal-individual, mientras que el sujeto pasivo u obligado, es en este caso la autoridad política como representante de la comunidad.

²⁷ PRECIADO Hernández, Rafael. Op. Cit. p. 215

²⁸ Locus Cit. p. 214

Esto significa que la misma relación social está regida por la justicia general y por la distributiva –que es una especie de la justicia particular -, según que en ella se considere como sujeto del deber a los particulares, o a la comunidad como persona moral, respectivamente. Un ejemplo servirá para aclarar este punto. El impuesto es una carga establecida para el sostenimiento de la organización del Estado y de los servicios públicos, que se traducen en un bien común distribuido; de ahí que todos los miembros de la comunidad estén obligados a pagar proporcionalmente los impuestos; pero esta relación que se establece entre los particulares y la comunidad por razón del impuesto, puede ser contemplada ya sea desde el punto de vista del derecho que la comunidad tiene de exigir a cada uno de los particulares su aportación proporcional (caso de la justicia general), o bien desde el punto de vista del derecho que asiste al particular de que se le asigne precisamente la cuota proporcional a su situación concreta (caso de la justicia distributiva). Así, esta igualdad proporcional que debe observarse en los impuestos, puede ser violada por parte de la autoridad, o por parte de los ciudadanos: se infringe la justicia distributiva, cuando la autoridad asigna una cuota desproporcionada al particular; se infringe la justicia general, cuando el contribuyente deja de pagar la cuota que le corresponde. Y lo que decimos de las cargas económicas, es válido igualmente tratándose de prestaciones de otra índole, como la que representa el llamado impuesto de la sangre, el servicio militar obligatorio. Si quien está obligado a prestarlo logra eximirse mediante la presentación de un certificado falso, viola la justicia general o legal, ya que el incumplimiento del deber se traduce en un perjuicio para otro, pues otro que no estaba obligado a prestar el servicio, tendrá que ser llamado en su lugar; y los encargados de organizar el servicio militar obligatorio violan la justicia distributiva, cuando dedican a individuos que tienen una profesión o una habilidad especial, a tareas en que no se utilizan sus capacidades. Estas mismas consideraciones pueden hacerse a propósito del reparto de los bienes comunes y de los honores, así como de la distribución de los puestos públicos.

La justicia conmutativa, como su nombre lo indica, rige las operaciones de cambio –conmutar significa cambiar –, y en general todas las relaciones en que se comparan objetos, prescindiendo, de las personas, ya que debiendo considerarlas colocadas en el mismo plano, sobre un pie de igualdad, no hay razón para tomar en cuenta sus diferencias individuales. En este caso la idea de igualdad implícita en la noción de justicia, se aplica rigurosamente bajo la forma de una ecuación aritmética, en la que se comparan dos términos. La justicia conmutativa exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, entre el delito y la pena. Si se dice que se prescinde de las personas, es porque el carácter de esas personas en nada influye para determinar la equivalencia entre los objetos de la comparación, no porque se desconozca que jamás se dan relaciones jurídicas sino entre personas. Realmente lo que importa comparar de acuerdo con el criterio de la justicia conmutativa, son los objetos del cambio o, en su caso, la infracción y la sanción, o la actividad y su producto; se trata de una equivalencia en que sólo se contemplan dos términos, mientras que en la justicia distributiva la ecuación es geométrica –comprende cuatro términos –, ya que se atiende a los objetos de la relación y a la calidad o capacidad de las personas.²⁹ Si varias personas han contribuido con sus actos o aportaciones a crear una situación o alcanzar un producto, favorable o desfavorable, cada una de ellas debe participar en las consecuencias benéficas o perjudiciales de esa situación y en las utilidades o pérdidas del producto común, en la misma proporción en que contribuyó.

La justicia general y la justicia distributiva rigen relaciones que podemos llamar de integración y de subordinación, relaciones que se dan entre personas que no están colocadas en el mismo plano; pues la persona jurídica colectiva que es la comunidad, vale como un todo respecto de sus partes, en este caso los particulares. Las partes –las personas, sus bienes y sus actos- están ordenadas al bien común, contribuyen en la medida de sus capacidades a

²⁹ DE AQUINO, Santo Tomás. Op. Cit. Illae q. 61 a. 2.

mantener la vida del todo, integran la unidad "relacional" que es la sociedad civil perfecta; y por esto mismo están subordinadas al todo, a las exigencias del bien común, en cuanto a éste es necesario para la subsistencia y perfeccionamiento de las personas individuales. Las partes, los particulares, contribuyen a la integración y sostenimiento del ser social encargado de realizar el bien común, y participan individualmente al ser distribuido éste: en uno y otro caso se trata de relaciones entre las partes y el todo. En cambio, las relaciones que rige la justicia conmutativa, son las relaciones de coordinación que se dan entre las partes, entre personas colocadas en el mismo plano. El propio Estado, cuando interviene en una estricta operación de cambio, en una relación que por su naturaleza misma está regida por la justicia conmutativa, abandona su carácter de autoridad y contrata como particular: para la justicia conmutativa es igual que una compra la celebre el Estado o un particular, ya que en uno y otro caso el precio justo es el mismo y los derechos y obligaciones que derivan del acto para las partes, son idénticos.

De ahí que como método o procedimiento para determinar lo justo en las operaciones de cambio, se atienda a que haya reciprocidad entre las personas, y para esto se procure la conversión de los términos. Cuando el vendedor dice al comprador: "Te vendo o te compro esta mercancía al mismo precio", puede decirse que está pidiendo un precio justo; y en general, es casi seguro que no se infringe la justicia conmutativa, en todos aquellos casos de contratos bilaterales en los que una de las partes está dispuesta a asumir, en las mismas condiciones del convenio propuesto, la situación de su contraparte. Claro está que resulta más difícil determinar la equivalencia entre la infracción y el castigo, particularmente cuando se trata de reparar daños que no son estimables en dinero, pero esta dificultad no resta validez al principio de la igualdad aritmética que postula la justicia conmutativa.

4.4.1 Disputa sobre la Justicia Social como una Cuarta Especie

Para Kleinhappl, Gandía y Gómez Hoyos además de la justicia general o legal, hay tres especies de justicia particular: la distributiva, la conmutativa y la social. Ellos estiman que la justicia social es la clase particular de justicia que tiene por objeto propio la repartición equitativa de la riqueza superflua. En la relación que rige, el sujeto pasivo son los poseedores de esa riqueza; el sujeto activo, los indigentes; el objeto material, las cosas superfluas; y el objeto formal, el derecho de los indigentes. "La característica esencial de la sociedad actual, apunta Kleinhappl, la constituye el hecho de estar ésta dividida en dos grupos principales, de los cuales uno dispone de las condiciones del trabajo (tierra, productos, herramientas); el otro nada puede tener como propio, si no son las fuerzas corporales y espirituales para trabajar. La justicia social tendrá que esforzarse en superar la separación del trabajo y de la propiedad, y unir de nuevo a ambos en una unión factible, en un solo poder. Es decir, tratar de proporcionar a los trabajadores las necesarias condiciones de trabajo"³⁰

Este concepto de justicia social fue creado como consecuencia de la situación creada con el desarrollo y los errores del capitalismo. Ahora bien, tenemos que la justicia social no se equipara a la general o legal, por que en ésta el sujeto obligado son los particulares, cada uno de ellos, y no la clase o grupo (el de los poseedores) como sucede en la justicia social; e igualmente se diferencia por el sujeto activo y por sus objetos material y formal, que en caso de la justicia general son, respectivamente, la comunidad, los bienes de los particulares, y el derecho de los indigentes; tampoco se confunde, por razones semejantes, con la justicia distributiva, toda vez que en ésta el sujeto pasivo es la comunidad, no los poseedores, el sujeto activo es cada uno de los particulares, no los indigentes, el objeto material es el bien común distribuible

³⁰ GÓMEZ Hoyos, Rafael. CONCEPTO JURÍDICO DE LA JUSTICIA SOCIAL. Revista "La Justicia" Número 176. México, D.F. 1942. p. 68

individualmente, no los bienes superfluos, y el objeto formal es el derecho de cada uno de los miembros de la sociedad a participar en el bien común, no el derecho de los indigentes; y por último, no equivale a la justicia conmutativa, porque ésta rige relaciones entre particulares o personas colocadas en un mismo pie de igualdad, mientras que la justicia social rige las relaciones entre grupos o clases sociales. Es que las tres especies clásicas de la Justicia rigen relaciones de subordinación y de coordinación, pero no se refieren a otro tipo de relaciones que también existe en la sociedad, desde el momento en que ésta no se integra directamente con individuos, sino que comprende una serie de asociaciones intermedias, de las cuales también forma parte el individuo: la familia, el municipio, las asociaciones profesionales o de trabajo, la sociedad (no sólo hay relaciones de los individuos entre sí) y con el Estado, sino también de los grupos sociales entre sí, cosa que se ve con mayor claridad en el caso del orden internacional.

Así pues, la justicia social no es un ideal exclusivo de la clase obrera, sino que es el principio de armonía y equilibrio racional que debe imperar en la sociedad perfecta, en el Estado y en la comunidad internacional.

4.5 Diversas Relaciones de la Justicia

4.5.1 Justicia y Equidad

La equidad no se identifica con la justicia, sino que la supone, puesto que se refiere a la aplicación del derecho. A pesar de que el derecho es una adaptación técnica de los principios racionales que rigen la actividad social humana, a las circunstancias concretas de la vida real, está constituido fundamentalmente por normas que contienen prescripciones de carácter general, relativas a las necesidades ordinarias de un medio social determinado, y que por esto mismo responde a las costumbres normales, a lo que ocurre más a menudo.

La equidad juega un papel importante en la aplicación del derecho, exige una particular prudencia en los jueces y encargados en general de interpretar la ley y de aplicarla. Esa prudencia que se requiere en quienes deben ejecutar órdenes, en este caso las órdenes o mandatos contenidos en la ley, prudencia que consiste en obedecer inteligentemente. Para Santo Tomás opone esta prudencia a la del jefe. Las dos tienen de común que orientan las actividades individuales en vista del bien público. La diferencia estriba en que la prudencia del jefe es la de un arquitecto que concibe el plan de conjunto y determina la tarea de los obreros. La otra es semejante a la iniciativa dejada a los artesanos en la realización de la obra. Existe un conjunto de circunstancias de hecho que éstos deben tener en cuenta en el momento de comenzar la obra. Así pues, la precisión de las instituciones legales no puede llegar hasta prever todas las situaciones posibles que son infinitas. En consecuencia, tenemos el papel de los subordinados es aplicar prudentemente las leyes a los casos concretos.

Asimismo, Santo Tomás dice: "frecuentemente ocurre que una disposición legal útil a observar para el bien público, como regla general, se convierta en ciertos casos, en extremadamente perjudicial", he aquí en donde interviene el principio de equidad, atemperando el rigor de la ley escrita, y restaurando en este sentido, el imperio de los fines esenciales del derecho, lo cual equivale hasta cierto punto, dentro de un régimen constitucional, a aplicar perfectamente la ley suprema, y no la secundaria que se le opone.

De esta manera, la equidad es el criterio racional que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo, con miras a asegurar que el espíritu del derecho, sus fines esenciales y sus principios supremos, prevalezcan sobre las exigencias de la técnica jurídica.

4.5.2 El Valor y la Justicia.

En muchas ocasiones el juicio se encuentra estrechamente ligada a la justicia; el juicio sirve para establecerlo que es justo; *iustum* es lo que responde al *ius*.

Así mismo la justicia está estrechamente ligada al *suum*; en la fórmula triádica de la justicia (*honeste vivere, neminen laeder, suum quique tribure*) en el primero y segundo de los casos tenemos que de los términos se resuelven en el tercero; no vive honestamente sin perjudicar a otro quien no atribuye a cada uno lo suyo. Pero, a su vez, el *suum* está estrechamente ligado al valor; cada uno debe tener según lo que vale, es decir, cuanto merece tener. Y, finalmente, el valor está estrechamente ligado a la medida y, por ende, a la comparación; el todo no puede ser comparado; sólo la parte puede encontrar un término de comparación; el todo no puede ser comparado; sólo la parte puede encontrar un término de comparación. El *uniquique suum* es el resultado de la comparación entre las partes en proporcionales a un todo.

En cuanto al *iudicium* sirve para establecer el valor del sujeto y así para conseguir la justicia; es justo que cada uno tenga lo suyo, es decir, lo que merece tener. Por eso el *ius* y *iustum* son dos aspectos de la misma cosa: mi derecho es lo que me corresponde según la justicia.

4.5.3 Relación entre el Bien y la Justicia

La justicia es también una especie del bien y está fundada en el ser, en datos ontológicos, objetivos.

La justicia no es simplemente la idea de igualdad aplicada a las relaciones del hombre con sus semejantes. Así pues, alude a esta idea de igualdad; pero

también se refiere a la idea de armonía, de jerarquía, de orden. Exige que a cada quien se le conozca su derecho, el poder moral de determinar la conducta de su prójimo bajo la razón formal de deuda, y esto no puede entenderse sino en relación con un orden social, que para ser humano, tiene que fundarse en la naturaleza libre y racional del hombre. En consecuencia, la justicia postula ese orden ontológico implicado en la noción del bien; es, en cierto sentido, la misma idea del bien aplicada a la vida social del hombre. Por eso se afirma que todo lo justo es necesariamente bueno, aunque no todo lo bueno es justo, ya que el bien es el género, y la justicia una de sus especies, de modo que tiene, lógicamente, menos extensión que aquél.

4.5.4 Relación entre el Bien Común y la Justicia

El bien común no sólo aprovecha a todos sino que requiere un esfuerzo común. Así, el bien común postula la justicia; pues es la justicia el criterio racional conforme al cual se asigna a cada hombre su participación en el bien común. En este sentido la justicia es un principio formal y rector con relación al bien común.

Pero desde el punto de vista de las realizaciones, el bien común comprende a la justicia, ya que ésta, en cuanto se traduce en un orden fáctico, instituido en una sociedad determinada, constituye un bien común. Y que no se diga que en tal hipótesis bien común y justicia designan la misma realidad – orden social humano –, que son términos sinónimos o equivalentes, con igual extensión; pues la noción de bien común se aplica a objetos que no están sometidos, cuando menos bajo el mismo aspecto, a la justicia. Así, por ejemplo, el lenguaje, la ciencia, las realidades, estrictamente no están regidas por la justicia, y sin embargo es indudable que constituyen bienes comunes: no son obras de un solo hombre, sino de generaciones, y aprovechan a todos. Luego, en este sentido, la justicia cae bajo la extensión del concepto bien común.

4.5.5 Relaciones de la Seguridad Jurídica y la Justicia

Le Fur sostiene que la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente contradictorias, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o del orden público que, bien comprendidas, tienen el mismo sentido, un poco como se dice indiferentemente libertades individuales o derechos públicos, según que uno se coloque en el punto de vista del individuo o de la sociedad, lo que otros también han llamado libertades necesarias o derechos fundamentales. Delos coincidió con ese punto de vista, afirmando que la justicia es elemento del bien común, y que la función de seguridad se ejerce entera en un cuadro de justicia y de derecho, en donde se afirma frente a frente la trascendencia de la sociedad sobre el individuo, y su subordinación a la persona individual.

Oponiéndose a estos dos autores encontramos a Radbruch que expresó que el bien común, la Justicia y la seguridad, ejercen un *condominium* sobre el derecho, no en una perfecta armonía, sino en una contradicción viviente. La preeminencia de uno u otro de estos valores, no puede ser determinada por una norma superior sino únicamente por la decisión responsable de la época. El Estado de policía atribuía la preeminencia al bien común, el derecho natural a la justicia, y el positivismo a la seguridad. Du Pasquier, admitió que entre el bien común y la justicia existen contradicciones ocasionales. La institución del ostracismo en Atenas refleja la supremacía del bien común en relación con la justicia. Después, entre la justicia y la seguridad, puede haber oposición: una jurisprudencia contraria al derecho, pero que ha enterado a la costumbre, no debe ser modificada bruscamente, sin advertencia.

Djuvara asumió que el bien común y la seguridad pertenecen, en efecto, al mundo de las realidades, mientras que la idea de justicia es, en su sentido propio, un simple ideal.

Así, la seguridad supone a la justicia, la que por su parte postula el orden social cuyo fin es el bien común, determinando de acuerdo con las exigencias ontológicas de la naturaleza humana. En consecuencia tenemos que los criterios de la seguridad, la justicia y el bien común están ordenados en una jerarquía en la que la seguridad es el valor inferior, el bien común es el valor más general, y la justicia cumple una función vinculatoria: un orden legal, eficaz y justo es un bien común, y el bien común, implica necesariamente relaciones justas y seguras entre los miembros de una sociedad.

Un ejemplo de las contradicciones entre la justicia y la seguridad la obtenemos de la cosa juzgada, cuya verdad legal prevalece sobre la justicia que implica la verdad real, aún cuando aquélla no corresponda a ésta.

La seguridad jurídica implica las nociones de orden legal, eficaz y justo y que, por consecuencia, no puede haber oposición o contradicción desde un punto de vista racional, entre la seguridad jurídica, la justicia y el bien común.

4.5.6 Derecho y Justicia

Lo que hoy es justo mañana puede ser injusto y viceversa. La sola precedente afirmación su materia y substancia, independientemente de su forma. La forma es el aspecto objetivo de la justicia; es el derecho, la ley, si se quiere. Y el que lo justo de hoy sea la injusto de mañana no le quita consistencia a la justicia ni la empaña tampoco con una especie de fragilidad. Es que la justicia se acomoda al devenir de la historia. El derecho es una aspiración a lo justo, debe serlo. Lo que sucede es que lo justo es cambiante históricamente. Una de las diferencias más impresionantes entre la Justicia y el Derecho es la sistematización que el derecho hace de las diferentes opciones o posibilidades de la justicia. La justicia es tan vasta que el derecho tiene que encuadrarla, reducirla a las especialidades que hay en la ciencia jurídica: derecho penal,

constitucional, civil. Internacional, etc. Y no es que haya una Justicia diferente para cada una de estas ramas o disciplinas del derecho. Lo que sucede es que la virtud de la sistematización, aquí, depende de realizar la idea de la justicia en el llamado derecho positivo.

La justicia es el alma de la norma jurídica, siendo ésta el recipiente, el continente del derecho.

El derecho aspira a ser la consumación de la Justicia. Lo que es la justicia lo recoge el derecho y le da forma, razonándolo. En consecuencia, la justicia es la idea del derecho. "Uno de los más importantes elementos de la religión cristiana es la idea de que la justicia es una cualidad esencial de Dios", dice Kensel. Por lo tanto, y si aceptamos dicha concepción, la **justicia** es indefinible en sí, sólo perceptible por la sensibilidad. En tal virtud al derecho le ha correspondido el papel histórico de aplicar, o busca aplicar, la justicia. El derecho es un intérprete de la justicia, un revelador de la justicia; con lo que prácticamente se afirma que la justicia es una revelación, o sea, una inspiración.

4.5.7 La Norma Jurídica encaminada hacia la Justicia

En la noción genérica de norma, decimos que el derecho persigue el perfeccionamiento de lo social, el bien común, instituyendo un orden justo, esto es, la estructura real de la norma jurídica es el deber de justicia.

Este deber tiene siempre como término correlativo el derecho subjetivo, pues la justicia supone una relación con otro, es *ad alterum* (de ahí la palabra alteridad). La justicia, enseña Santo Tomás, significa igualdad y, por tanto, implica relación con otro, ya que no es igual a sí mismo, sino a otros.³¹ Sin embargo, se habla de una justicia individual que considera al hombre en sí

³¹ DE AQUINO, Santo Tomás, Op. Cit. 1ª Illae, q. XLII, a. I.

mismo, y que tiene por objeto establecer la debida jerarquía entre las distintas potencias o facultades del alma –razón, voluntad y apetitos sensibles –; pero es claro que en este caso el término justicia se toma en sentido analógico, de acuerdo con la opinión del Estagirita. Puesto que pertenece a la justicia rectificar los actos humanos, es preciso que la alteridad que ella exige, exista entre dos agentes diferentes. Las acciones, en efecto, emanan de la persona y del todo, y no de la parte o de la forma o de la potencia. No se dice, hablando propiamente, que la mano golpea, sino que el hombre golpea con la mano... Luego, la justicia propiamente dicha exige la diversidad de los sujetos, y no hay justicia sino de un hombre con relación a otro. Pero se puede, en sentido figurado, considerar en un mismo hombre diversos principios: como la razón, lo irascible y lo concupiscible. Y es por esto, que se dice metafóricamente que hay una justicia en un solo y mismo hombre, en el sentido de que su razón manda a su irascible y a su concupiscible y que éstos obedecen a la razón... de donde el filósofo (Aristóteles) llama metafórica una justicia semejante.³²

Así pues tenemos que la justicia, entre las virtudes, tiene por función propia orientar al hombre en las cosas relativas a otro. En efecto, ella implica cierta igualdad, como su nombre lo indica: lo que se iguala se ajusta, dicese vulgarmente; ahora bien, la igualdad se define con relación a otro. Las otras virtudes, al contrario, no perfeccionan al hombre sino en las cosas que le conciernen personalmente. Síguese que lo que es recto en las obras de estas últimas, y a lo que tiende la intención virtuosa como a su objeto propio, no se define así sino relación al sujeto virtuoso, mientras que lo recto, en las obras de justicia, está constituido por su relación con otro, aun abstracción hecha del sujeto.³³

³² DE AQUINO, Santo Tomás, Op. Cit. 1º Illae, q. XLII, a. I t. I, p. 1

³³ DELOS, O.P. J. Th. Op. Cit. p. 230

No toda nuestra conducta social puede ser medida ni está regida por el criterio racional de la justicia. Nuestra actividad se inspira y obedece en un gran número de casos, a otros criterios, a otras especies del bien: a consideraciones de utilidad, de conveniencia, de cortesía, de gratitud, de patriotismo, de amor. Lo que hacemos por caridad, por amor, no es cosa a la que estemos obligados en justicia, no es algo que algunos de estos criterios, en cuanto rigen nuestras relaciones con nuestros semejantes, participan en cierta medida del criterio de la justicia, por lo cual se han considerado la religión, la piedad, la gratitud, la amistad, la liberalidad y algunas otras virtudes, partes potenciales de la virtud de la justicia.³⁴ Pero como la justicia exige dar a otro lo que se le debe conforme a la igualdad, en orden al bien común, es claro que en los casos antes citados y en otros muchos, estrictamente no cabe hablar de una deuda de justicia; ya porque se trate de un deber moral o religioso, como sucede en los actos de caridad, o porque no sea posible aplicar el criterio de la igualdad, como ocurre en los casos de piedad filial y religiosa, puesto que ni a Dios ni a nuestros padres podemos darles, con igualdad, lo que les debemos.

En cambio, aquellas relaciones sociales que son medidas adecuadamente al perfeccionamiento de la sociedad, a la realización del bien común que es su fin propio, son relaciones sociales de carácter jurídico. Es, pues, de acuerdo con el fin, como debemos clasificar las relaciones sociales en jurídicas y no jurídicas. Por lo que para Worms los hechos de relación en la sociedad se dividen en dos grupos según que en el fondo estén constituidos o dominados por la espontaneidad o la coacción. Los fenómenos de relación, espontáneos –dice este autor -, son las costumbres, la religión, la ciencia, el arte. La existencia de una coacción legal caracteriza al derecho, y la tendencia a una dominación coercitiva es la esencia de la política.³⁵

³⁴ RECASÉNS, Siches, LA TEORÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO O DOCTRINA SOBRE EL A PRIORI FORMAL DE LO JURÍDICO, t. I, p. 62

³⁵ PRECIADO Hernández, Rafael. Op. Cit. p. 121

También la justicia es una especie del bien y está fundada en el ser, en datos ontológicos, objetivos.

La justicia no es simplemente la idea de igualdad aplicada a las relaciones del hombre con sus semejantes. Claro que alude a esta idea de igualdad; pero también se refiere a la idea de armonía, de jerarquía, de orden. Exige que a cada quien se le reconozca su derecho, el poder moral de determinar la conducta de su prójimo bajo la razón formal de deuda, y esto no puede entenderse sino en relación con un orden social, que para ser humano, tiene que fundarse en la naturaleza libre y racional del hombre. Así la justicia postula ese orden ontológico implicado en la noción del bien; es, en cierto sentido, la misma idea del bien aplicada a la vida social del hombre. Por eso podemos afirmar que todo lo justo es necesariamente bueno, aunque no todo lo bueno es justo, y que el bien es el género, y la justicia una de sus especies, de modo que tiene, lógicamente, menos extensión que aquél.

4.6 El Sentimiento de la Justicia

Hay cosas que se sienten y se ven, y las hay que nada más se sienten sin poderlas ver. Sin embargo, sucede que el amor, que es algo que se siente, no se ve aunque podamos ver su objeto. El objeto del amor es así el ser amado. Pues bien, la Justicia tiene también su objeto. Lo es, por ejemplo, el ser justo y lo es también el acto justo, aunque hay objetos, en el caso, son derivaciones o desviaciones del valor que nos ocupa. La justicia se refleja en el individuo justo y en el acto justo.

Tu deber es luchar por el derecho, pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia. Esto es, que se pueden oponer derecho y justicia, y además que la justicia es evidentemente superior al

derecho, o sea, que es un valor, un paradigma. El derecho debe ser fiel a la justicia.³⁶

4.7 El Conocimiento de la Justicia a través de la Injusticia.

Quizás el mejor camino para sentir la justicia sea la ira, la indignación que causa en nosotros la injusticia. La historia de la Injusticia, por más desgarradora, es un anticipo de la revelación de la justicia.

Los pueblos que más la han anhelado o que más han luchado por ella son los que menos la han conocido, todo ello nos conduce a afirmar que la justicia es una necesidad, aunque es también una determinación, un fin que se desea alcanzar. Después de un lento y penoso peregrinaje en el laberinto del caos, de la desorganización social, los pueblos buscan la justicia. La perciben como algo que los puede salvar; y lo saben porque saben igualmente que la injusticia flagrante en que viven les impide el progreso social y espiritual. Adivinan la justicia, la intuyen, la conocen en el mundo de los sueños; y comienzan, poco a poco, a tratar de realizarla. Así nace el derecho.

Cuando Jesús de Nazaret fue llevado ante Pilato y admitió ser rey, agregó: "Yo por esto nací, y para esto vine al mundo, para dar testimonio de la verdad". Al replicar Pilato: "¿Qué es la verdad?", el escéptico procurador romano no esperaba ninguna respuesta, y ninguna dio el Santo; porque dar testimonio de la verdad no era lo esencial de su misión divina como rey mesiánico. Para lo que había nacido, era para dar testimonio de la justicia, de aquella justicia que quiso él realizar en el Reino de Dios, y por esta justicia murió en la cruz. Y así, por detrás de la pregunta de Pilato: "¿Qué es la verdad?", surge, de la sangre del Crucificado, otra aún mucho más apremiante pregunta, la eterna pregunta de la humanidad: "¿Qué es la justicia?"

³⁶ Mandamientos del Abogado.

“Ningún otro problema –continúa Kensele- ha sido tan apasionadamente discutido; por ninguna otra cuestión se ha derramado tanta sangre preciosa o llorado lágrimas tan amargas; sobre ninguna otra han meditado tan profundamente los espíritus más esclarecidos, de Platón a Kant; y sin embargo, esta pregunta está aún hoy sin respuesta. Parecería como si fuera una de esas preguntas con respecto a las cuales hubiera que renunciar, con resignada sabiduría, a encontrar una respuesta definitiva, para tratar apenas de formularla mejor”.

En realidad Kensele dice que la idea de justicia es una cualidad esencial de Dios.

Para Heráclito de Efeso, el defensor de la teoría de la constante mutabilidad de la materia, ha dicho: “No conoceríamos el nombre de la Justicia si estas cosas (las Injusticias, seguramente) no existieran”. Esto presupone que la Injusticia nos revela la existencia de algo superior que es la justicia. El acto injusto lleva en sí lo contrario igual que el acto es injusto en su reverso. Esto lo comprendemos al pensar en los efectos de una decisión judicial: es justa para uno pero injusta para otro.³⁷

4.8 Sócrates y los Sofistas

Sócrates se aproximó como pocos pensadores a la raíz del problema. Frente al embate de los sofistas Trasímaco, Glaucón y Adimanto, que pretendía materializar y racionalizar la justicia, el filósofo afirma que la justicia es ante todo una perfección interior, una virtud que radica en el alma. Sócrates habla de una perfección interior; digamos de un modelo íntimo, subjetivo, irrenunciable y al que se deben ajustar o acomodar los actos externos.

³⁷ CARRANCÁ y Rivas Raúl, EL ARTE DEL DERECHO. Edit. Porrúa, México, D.F. 1997 3ª Edición, p. 39

4.9 La Bipolaridad formal del Derecho.

Cuando nos enfrentamos ante dos argumentos según Demóstenes, abogado y orador sin tacha, solía antes de defender una causa encerrarse en su biblioteca que era una especie de hipogeo. Allí, en el silencio, meditaba; luego, lanzando como trueno su voz al aire, comenzaba a argumentar, primero a favor de su cliente y después en contra. Era aquella una especie de obra de depuración emocional intelectual. En la alquimia de su despacho, entre sombras e ideas, el formidable orador descubría la verdad guiado sólo por el sentimiento. Donde ponía su pasión, más coraje, allí estaba, palpitando y lúcida la raíz de la justicia. Es que a la verdad no se puede llegar sino por el camino del convencimiento. Y uno se convence de algo a través de lo que se siente, para más tarde pensarlo y razonarlo.

4.10 La Justicia Inmanente

La justicia, por lo tanto, necesita de la intuición pero también de la sabiduría. No es que la justicia se sepa, como se ha aclarado ya, sino que es imposible reducirla a un simple dato del temperamento. La justicia es humana por excelencia, esto es, en un sentido de la justicia o en una justicia inmanente; creo en la justicia platónica definida primero por Sócrates. El hecho es que cuando se habla de justicia, sin que pierda su trascendencia, se la humaniza inmediatamente. La justicia es así una idea que desconoce el mundo natural. En la naturaleza no hay hechos justos ni injustos; hay simplemente hechos. Mucho menos la naturaleza puede ser justa o injusta. La justicia es algo particular del hombre. Hay ocasiones en que la justicia se tiñe de una complejidad desconcertante, y su individualidad se reduce al ámbito de las distintas conciencias.

Así pues lo que es justo para mí no lo es para otros, y viceversa. Seguramente lo justo, en principio, será respetar los diferentes criterios de valor, si son honestos; con lo que la justicia queda garantizada en lo que toca a la variedad sin límite de la vida. Pero no es suficiente.

4.11 Culturización de la Justicia

La intuición es finalmente la mejor aliada de la justicia dado que las soluciones formales nunca son del todo satisfactorias.

Frente al subjetivismo de la idea de justicia buscamos un fundamento objetivo válido para todos. Pero la idea sigue firme e inalterable.

4.12 Variedad formal de la Justicia.

Hay que decir, en tal sentido, que esa variedad es explicable, comprensible. Lo difícil es compararla con la unidad material de la justicia. De tal manera es preferible ubicar sentimiento y emoción en esta última más que en aquella. Todos sentimos la justicia y la imperiosa necesidad de realizarla. El nudo se hace más grande, sin embargo, cuando hablamos de la justicia formal y del derecho positivo. Hay códigos cuyos legisladores han creído firmemente en la justicia que contienen, aunque a nosotros nos parezcan códigos injustos y pocos jurídicos. El problema de la justicia formal y del derecho positivo es de adaptación y con ello viene la tarea de la interpretación de los textos. El derecho define una cultura y también es definido por ella. Identificamos una cultura, lo mismo que una civilización, por el rasgo, carácter y contenido de sus preceptos jurídicos. Las sociedades humanas, precisamente por serlo, no se organizan de manera salvaje sino coherente, sistemática. Y cada sociedad defiende lo suyo, digamos su derecho. Hay derechos que se identifican y lo hay que se separan. Quizás por esto, es que la última perspectiva del derecho, a escala mundial, es

el derecho internacional. Se trata de hallar fórmulas de validez general que conduzcan a la paz. Kelsen por ejemplo, estudió el difícil problema de las relaciones del derecho internacional con los derechos internos. Según él estos últimos están subordinados al derecho internacional que concibe como un conjunto de normas jerarquizadas.³⁸ En dicha perspectiva "monista" el fundamento final del derecho se sitúa en una norma suprema, cuya existencia aparece como lógicamente necesaria. No se puede negar que Kelsen, aquí ve y distingue la justicia. Bertand Rusell, también, opina al respecto diciendo que la seguridad y la justicia necesitan un mando gubernamental centralizado que, para ser efectivo, se debe extender hasta la creación de un gobierno mundial.³⁹

4.13 Honeste Vivere

La vieja fórmula de los romanos no ha perdido fuerza en su intención: ***Honeste vivere, alterium non laeder, sum quique tribuere***; esto es una forma de expresión social de la justicia. En efecto, vivir honestamente es vivir en justicia. Quizás sea la justicia un principio indefinible en su substancia pero aplicable en su contenido humano. Es decir, que si yo vivo honestamente realizo una porción muy importante de la justicia, y así la conozco. La justicia es, por lo tanto, honestidad suprema que genera o debe generar honestidad.

Cualquier sociedad se hunde y se desprestigia si cae en la deshonestidad. La honestidad conlleva a la conducta y la expresión de los pensamientos. Un hombre honesto es en lo que hace y en lo que dice; pero obviamente es honesto, como consecuencia de lo anterior, en lo que piensa. La vida es primero pensamiento y luego decisión y conducta. De aquí que el derecho protege todos aquellos calificativos propios de la honestidad. Sin embargo la compostura, la decencia y moderación en la persona, acciones y palabras, cobra relevancia

³⁸ CARRANCA y Rivas, Raúl, Op. Cit. pp. 50 y 51

³⁹ Locus Cit. pp. 53, 54 y 55

suma en el derecho penal, pues si bien este protege los bienes jurídicos de mayor relevancia, entonces la honestidad es vital en la vida del individuo y de la sociedad.

Vivir honestamente, por lo tanto, es despreciar la indecencia y grosería de un mundo que quiere ser nada más frívolo, sin visión de horizontes ni aguas profundas en que bucear el espíritu. La honestidad es la congruencia con lo humano y lo humano es lo que enaltece al hombre. La honestidad substancial es ser limpio en los pensamientos, en las palabras y en las acciones. En la unidad de lo que se dice y hace con lo que es, se encuentra la justicia, distinguiéndose así por su fuerza de unidad.

El camino que conduce a la honestidad es precisamente el de la pasión ya que el que no es apasionado suele engañarse a sí mismo o engañar a los otros; lo que sin duda resulta deshonesto. La pasión es la entrega a una causa, a un principio, a un semejante. No es vivir porque sí sino vivir comprometido. No es hablar por hablar sino decir lo que se piensa y se cree. La pasión va comprometiéndonos con la honradez moral. Todo esto significa que el abogado apasionado no defiende por defender. Al contrario, defiende con tal honestidad que la defensa es esencialmente suya.

Así pues la expresión *honeste vivere*: vivir honestamente es comenzar por la vida inmediata de uno, la cotidiana; y luego llevar la honestidad a los planos superiores de la actividad intelectual y profesional. Y comenzar por la vida inmediata es ser honesto en lo humano, en lo vital; serlo con todas las fuerzas del alma y de la biología.

4.14 Sum Quique Tribuere

El dar a quien lo suyo es compleja condición de los tribunales y, de hecho, el alma de la jurisprudencia.

Lo suyo es lo que delimita la posesión del otro frente a la mía; es decir, lo que da a las cosas un dueño; con esto nace el derecho de propiedad. Resulta que la equidad es una especie de parámetro que determinara las diferentes zonas de influencia que el hombre ejerce sobre posesiones abstractas y concretas. Sólo la ley es capaz, fundada en la justicia, de establecer las fronteras que sirvan para fijar "lo suyo". O sea lo que para mí es mío puede ser cuestionado por otro, y viceversa. La ley es una intérprete de la justicia, crear nada más en la ley, olvidando su substancia, es no distinguir lo imponderable entre "lo suyo" y "lo mío", entre lo que es de ti y lo que es de mí.

4.15 Prohibición de la Justicia por Propia Mano

En la mayoría de los pueblos primitivos, los agravios u ofensas cometidos contra el miembro de un grupo son vengados directamente por los miembros de ese grupo. Lo más común es que el homicidio acarree la muerte del ofensor, pero no sólo en esos casos. Así, por ejemplo, entre los indios comanches, la muerte del caballo favorito de un hombre podía castigarse con la muerte del transgresor.

Una larga tradición de pensamiento nos dice que la solución de los conflictos entre los seres humanos debe concentrarse en manos de una institución fuerte e imparcial. Si la solución de estos conflictos se deja a las partes, a la venganza privada, corriéndose el riesgo de que la violencia se transmita de generación en generación y acabe por destruir a los grupos en conflicto. Para ello, el Estado, que pone fin a la venganza, expresa la victoria de

la razón sobre el instinto animal (Grocio)⁴⁰. Ante el Estado natural de guerra que existe entre los hombres, únicamente queda la solución que la concentración del poder en manos de un soberano que imponga orden.

Sin embargo, esta visión simple parece una racionalización después del surgimiento del Estado para legitimar el monopolio de la violencia en sus manos. Así pues la venganza privada responde a un sistema fundado en una especie de intercambio, con reglas y limitaciones que operan en la mayoría de los casos.

En cuanto a lo demás, no es del todo exacto, ya que el sistema vindicatorio haya desaparecido con la centralización y especialización del poder político, sino que la pena, la venganza entre otras formas de composición pueden coexistir en distintas proporciones. Por ejemplo, en la Atenas democrática el homicidio acarrea, según las circunstancias, la venganza privada, el pago de una indemnización o la persecución pública. En Roma, hasta fines del siglo II a.C., se hace la distinción entre crímenes privados, que son sancionados mediante un procedimiento que combina la pena y la venganza. Entre las tribus germánicas en el Europa anterior al siglo XII existía indemnizar, con dinero, las ofensas que causara el miembro de un grupo contra un miembro de otro grupo. Dicha indemnización tenía claramente la función de detener la venganza privada y de facilitar la mediación y la conciliación. Así también se realizaban asambleas para la solución de conflictos, pero las partes tenían que estar de acuerdo en someterse a su decisión.

En realidad, la venganza predomina en sociedades basadas en el parentesco, en grupos cuya solidaridad es reforzada precisamente por el sistema vindicatorio. Más sin embargo, la poca complejidad de la estructura social, las escasas alternativas de comportamiento no impiden que el sistema vindicatorio

⁴⁰ DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. MÉXICO A TRAVÉS DE SUS CONSTITUCIONES. Tomo III Edít. M.A. Porrúa Gpo. Editorial, edición I. pp. 578, 579, 580.

se desborde ocasionalmente, por ejemplo, cuando no hay paridad de fuerzas entre los grupos en conflicto o en situaciones de cambio social rápido y de aculturación.

En la actualidad, ya no se funda en los grupos, aísla al individuo frente al Estado y de ahí, la pena incide en el vínculo que une al individuo con el resto de la sociedad, a través del Estado.

Pero no todos los conflictos jurídicos que existen en la sociedad moderna son de naturaleza penal. Es decir, el Estado permite formas de solución de los mismos que no necesariamente implican su intervención como tercero imparcial, con poder de mando, como ocurre, en el arbitraje por ejemplo.

El monopolio que tiene el Estado de la violencia legítima no significa que estén prohibidas todas las formas de autodefensa, esto es, de solución de un conflicto por una de las partes.

4.16 El Derecho a la Justicia.

El derecho a acudir a los tribunales se ha concebido tradicionalmente como un derecho individual. Sin embargo, la tendencia a la socialización del derecho en el siglo XX le han dado a esta facultad una proyección y un contenido social, porque se trata de lograr una justicia real y no sólo formal. Para obtener esto, el derecho necesita acudir a la jurisdicción del Estado se ha convertido en un verdadero derecho a la justicia, entendida ésta como un valor social que debe ser realizado.

Por ejemplo, otras garantías tradicionales, relacionadas al derecho de acudir a los tribunales, como la igualdad ante la ley o la garantía de audiencia, se transforma también al entrar en contacto con esta nueva concepción. En el

primer caso tenemos que ya no se trata sólo de una igualdad formal de las partes en juicio, sino de lograr, por compensación, su igualdad real. En el segundo caso, la posibilidad de que las partes sean escuchadas va acompañada del otorgamiento de facultades amplias al juez quien, como director del proceso, puede suplir las deficiencias en las actuaciones de las partes y allegarse todos los medios necesarios para llegar a una resolución justa.

El Derecho que todo individuo posee al acceso a la jurisdicción se explica de la manera siguiente: la obligación que tiene el Estado de instituir la administración de justicia como servicio público. Para ello, debe crear los tribunales u organismos de administración de justicia, cuyo acceso debe estar, en lo posible, libre de obstáculos innecesarios.

Cabe mencionar que la justicia que impartan estos organismos debe ser pronta. En cuanto al proceso penal, la necesidad de una situación pronta es tan evidente, por el valor de los bienes comprometidos (la libertad y el patrimonio de la persona), que la propia Carta Magna prevé los plazos mínimos en que los tribunales deben dictar sus fallos⁴¹. En relación con los demás plazos y términos, la constitución remite a la ley respectiva. Esto es, el legislador no puede establecer plazos arbitrarios, sino que éstos han de ser razonables, en función del necesario equilibrio que debe haber entre la deseable celeridad del procedimiento y el tiempo suficiente para que las partes y el juzgador realicen las actividades que les correspondan.

Pese al principio constitucional, encontramos la lentitud de los juicios y el consiguiente rezago (se inician en un periodo determinado más juicios de los que se pueden resolver) han sido una plaga constante de nuestros tribunales. El Estado para erradicar este grave problema debe de realizar una serie de cambios, como la creación de un número suficiente de juzgados y tribunales, que

⁴¹ Constitución Política de los Estados Mexicanos Artículo 20. Edit. Porrúa. México 1997

se repartan de manera eficiente la carga de trabajo, sino que también es imprescindible simplificar y concentrar los procedimientos, por ejemplo, a través de la oralidad. Así pues, la organización judicial también requiere funcionar de manera eficiente, utilizando los métodos y las técnicas más recientes (informática) y contando con un personal capacitado. Los abogados y la preparación influyen también grandemente en la calidad y la eficiencia de la administración de justicia.

Para que se llegue a la meta deseada se debe no solamente con la reforma a las leyes procesales, sino que se requiere además de una modificación de las conductas, de los hábitos de trabajo, de una cultura incluso. En nuestro México queda aún mucho por realizar para dar cabal cumplimiento a todos y cada uno de los preceptos constitucionales, pese a los esfuerzos que se han hecho en los últimos años.

Cabe mencionar que existen también varios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos reconociendo el derecho de individuo de acudir a los tribunales del Estado.

4.17 El Movimiento para el Acceso Efectivo a la Justicia.

No obstante al acceso a la justicia real y efectiva, existe aún unas series de barreras, que impiden al individuo o grupos, acudir a la justicia.

En los últimos años se ha realizado en muchos países del mundo, como parte de la política del Estado social o de bienestar, un movimiento para el acceso a la justicia, que en varias etapas ha creado mecanismos e instrumentos para abatir dichas barreras.

1. **De tipo económico.** La justicia es costosa para el que la solicita. A pesar de que en nuestra Constitución Política Federal prohíbe las costas judiciales, esto es, los pagos que hay que hacer por los servicios que prestan los tribunales. Sin embargo, independientemente de que se respete esta prohibición, hay muchos otros gastos ocasionados por los juicios: las copias; la contratación de peritos, entre otros pequeños o grandes gastos.

En la actualidad, el proceso en sus distintas ramas, se ha vuelto sumamente técnico y complejo, de modo que, aunque el orden jurídico lo permita, prácticamente es imposible iniciar y terminar con éxito un juicio sin la asesoría del experto en derecho es el abogado. Asesoría sumamente costosa.

Consecuencia de ello, hay varios modelos que se han seguido para facilitar el acceso de las personas de escasos recursos a la asesoría jurídica:

- El modelo "caritativo" consiste en que se exime al litigante no pudiente de las costas judiciales, cuando éstas existen (beneficio de pobreza), por un lado, y completamente, se establece la obligación honorífica que tienen los abogados de proporcionar voluntariamente servicio gratuito a estos litigantes, y
 - El otro modelo, acorde con los principios del Estado benefactor, instituye un cuerpo de asesores jurídicos, contratados y pagados por el propio Estado (ejemplo la defensoría de oficio o asesoría jurídica que varias procuradurías prestan) o bien, se crea un fondo para pagarle a los abogados particulares.
2. Existe, también barreras de **tipo organizativo** para acudir a la justicia. Por ejemplo el consumidor aislado que se ve perjudicado en sus derechos por un producto defectuoso, carece a menudo de información, motivación

y fuerza económica para llevar a juicio al proveedor. A pesar de ello, este interés del consumidor forma parte de un interés social más amplio (interés difuso), el de grupo de consumidores que hayan adquirido el mismo producto, de modo que si el consumidor obtuviera la reparación del daño, su victoria aislada en nada aprovecharía al grupo no organizado del que forma parte impediría que el proveedor siguiera fabricando productos defectuosos.

3. Otras de las barreras son de **tipo cultural**, por ejemplo, de idioma, pero también cuando existe desconfianza hacia las instituciones de la justicia y esto constituye un motivo para no acudir a ellas.

Sin embargo, los modelos y mecanismos que intentan ampliar el acceso a los tribunales y mejorar su desempeño no pueden evitar los inconvenientes y las desventajas de la justicia judicial, que residen sobre todo en la formalidad del procedimiento y en que las partes no tienen más que dos alternativas: ganar o perder.

Consecuencia de ello, en los últimos años ha aumentado el interés a la forma alternativas de justicia, como la mediación, conciliación y el arbitraje, y en general, en las representadas por instituciones como el **Ombudsman** entre otras.

Las formas alternativas de justicia pretenden resolver los conflictos de la vida social sin formalidades y de manera rápida, flexible y barata, a través de la búsqueda de una solución que obtenga, en lo posible, el consenso de las partes o que, como en el caso del arbitraje comercial, provenga de miembros que gocen de reputación y credibilidad en la misma comunidad a la que pertenecen las partes.

A pesar de estas nuevas formas de justicia tienen también sus límites, el Estado ha reconocido las ventajas que ofrecen y así, por ejemplo, ha creado instituciones especiales que operan de este modo (procuradurías, comisiones de derechos humanos); ha iniciado su incorporación a la justicia formal (la audiencia de conciliación en el proceso civil) o ha aceptado promoverlas, como parte de sus compromisos internacionales (arbitraje comercial).

4.17.1 El Problema del Acceso a la Justicia

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido.”
(Aristóteles, Ética a Nicómaco, Libro V, Capítulo X).

En nuestras sociedades latinoamericanas, las anteriores décadas se han caracterizado por graves confrontaciones políticas y militares. Aún se recuerdan las imágenes de estudiantes y trabajadores protestando contra gobernantes militares, guerrillas urbanas y rurales en pleno combate, graves tensiones y convulsiones sociales que caracterizaban a casi cualquier país de la región. Semejantes hechos reflejaban la reacción de diversos sectores ante las grandes desigualdades sociales, la intolerancia política y las graves violaciones a los derechos humanos. Por fortuna, en la actualidad la regla general es que las naciones del continente —si bien no han logrado todavía erradicar las causas que provocaron la violencia política— hacen intentos por dirigir sus destinos hacia la consolidación de la democracia; en ese marco, se hace necesario

colocar en un sitio privilegiado los métodos racionales y civilizados para solucionar los conflictos de cualquier índole.

Dentro de ese escenario diferente, el fortalecimiento de la institucionalidad dentro de cada país juega un papel de singular importancia, ya que se intenta salir de la arbitrariedad del poder oficial para construir en ellos verdaderos estados democráticos de derecho. En ese marco, conviene resaltar el trabajo que debe desempeñar el órgano judicial y su aporte al afianzamiento de la democracia, pues su debilidad y dependencia en el pasado hicieron propicio el ambiente dentro de cual se gestaron las aberraciones más grandes contra la dignidad humana.

En este orden de ideas, los gobiernos latinoamericanos contemporáneos están bajo el gran peligro de convertirse en "pseudo democracias" o "democracias insuficientes", porque si bien se debe reconocer que la mayoría de ellos han sido electos mediante el funcionamiento de los distintos sistemas electorales, parece ser que tal formalismo en muy poco ha contribuido al desarrollo social y económico de los sectores más vulnerables y numerosos de la región. Unido a esto, los niveles de violencia, delincuencia, impunidad y violaciones a los derechos humanos ensombrecen el panorama global y relativizan los logros obtenidos hasta ahora. Por ello, si de verdad se quiere transitar de la "democracia formal" a la democracia participativa fundada en la justicia social, se debe contar con un órgano judicial suficientemente fuerte, cuyos servicios se vuelvan accesible para toda la población, que sea independiente y actúe con firmeza sobre la base de la legalidad.

Es que no puede negarse que es en el campo de la administración de justicia donde se determinan la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales; ahí, también, se prueba y comprueba mediante hechos concretos si los principios y normas democráticas —que finamente escritas y

formalmente declaradas, forman parte de nuestras constituciones políticas y tratados internacionales— son capaces de aplicarse al caso concreto o a la vida diaria de la población en general.

Desde esta perspectiva nos encontramos que —pese a los esfuerzos realizados— quienes poblamos la región latinoamericana todavía no encontramos en nuestros sistemas la justicia que queremos y necesitamos, para garantizar así el salto de calidad hacia la democracia real. En México, como la referencia más inmediata que tenemos para abordar la problemática, son claros indicadores y referencias que, subrayados en la carátula de un expediente de las oficinas judiciales, no dejan de ser —por el momento—una mala carta de presentación para las autoridades encargadas de la investigación de los delitos y la aplicación de la justicia. De ahí que haya surgido con fuerza, la necesidad de reformar el sistema judicial, y para tales efectos diversos sectores de la sociedad, han efectuado diagnósticos que identifican los problemas en el órgano judicial y las causas de los mismos, así como se han llevado a cabo algunas evaluaciones y propuestas de solución sobre la problemática. Dentro de estos esfuerzos ha adquirido capital importancia el tema del acceso a la justicia, como uno de los aspectos esenciales a considerar para que el poder encargado de impartir la justicia mejore y consolide sus funciones.

Cabe mencionar que las dificultades del acceso a la justicia en el continente americano y como las distintas expresiones de la sociedad civil están realizando esfuerzos para propiciar esta posibilidad de que todas las personas puedan acudir al sistema judicial, cuando se quebrantan las leyes y normas vigentes en cada Estado.

Pero vale la pena preguntarse ¿a qué nos referimos cuando hablamos de acceso a la justicia?. Sobre este punto algunos plantean que el concepto se refiere a "la posibilidad de toda persona —independientemente de su condición

económica o de otra naturaleza— de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país, y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas”, otros en cambio dimensionan el término desde una óptica más comprometida con las víctimas de situaciones injustas y dicen que, cuando se habla de acceso a la justicia se hace referencia a “un conjunto de derechos relacionados con garantías recogidos y reconocidos”, tanto por las constituciones de los Estados como por los tratados internacionales. En esta última concepción, se vinculan el acceso a ciertos recursos judiciales efectivos idóneos y pertinentes con la pretensión de los interesados, así como también el acceso de los individuos a las garantías judiciales de un proceso justo.

El problema que se plantea con estas afirmaciones, es que si el acceso a la justicia no se entiende como un derecho, sino simplemente como una organización de un sistema o de un servicio, puede caerse en la tentación de considerar a la administración de justicia únicamente como un “servicio” y a los usuarios del sistema como “clientes”, olvidándose que los que acuden ante el órgano jurisdiccional como usuarios son en definitiva titulares de ciertos derechos —entre ellos— el derecho de avocarse al sistema de justicia. Por tanto, la primera aproximación al concepto de “acceso a la Justicia” mencionado es —por decirlo de alguna manera— influenciada por tendencias un tanto comerciales o mercantilistas, en cuyo caso podría admitir incluso —en extremo— el que la administración de justicia deje de ser gratuita y se convierta en un “servicio” remunerado por el que lo utiliza.

Encaminada la idea de que debe entenderse que el acceso a la justicia por encima de todo es un derecho, se plantea la discusión obligada sobre los principales problemas que impiden que, cualquier miembro de la sociedad de cualquier Estado, pueda exigir la reposición o la reparación justa cuando se le vulnera un derecho consagrado en las leyes nacionales o en los tratados

internacionales. Dentro de esta problemática, debemos distinguir —al menos— tres tipos de problemas para el acceso a la justicia, a saber: problemas de carácter estructural, problemas relacionados directamente con los actores del sistema de justicia y problemas relacionados directamente con los sectores usuarios del sistema de justicia.

Los problemas de **carácter estructural**, más relacionados con la organización, ordenamiento y funcionamiento del sistema judicial constituyen en sí mismos los mayores obstáculos que enfrenta la población al momento de intentar reivindicar sus derechos. Entre ellos tenemos expresiones claras como la impunidad, vinculada no solamente a la falta de investigación o al encubrimiento de los hechos violatorios de los derechos humanos, sino también al hecho de que muchas veces se aparenta una investigación, pero no se investiga hasta el fondo del asunto, sino que solamente se cumplen ciertos requisitos legales superficiales para justificar la existencia de un caso o de un expediente de investigación en marcha, aunque no marche. No menos importante resulta el problema de la existencia de legislaciones especiales que sirven para escapar del control jurisdiccional, léanse leyes de amnistía y fueros especiales, ambas expresiones de actual vigencia en nuestro Estado, la primera de ellas que sirve de pretexto formal y que impide el justo esclarecimiento y juzgamiento de crímenes de guerra y de lesa humanidad, que se cometieron en nuestro país durante la guerra civil; y en la segunda sin duda existe mucha relación entre las legislaciones especiales que impiden el actuar inmediato del sistema judicial y la impunidad, con la salvedad que en el caso de las leyes especiales, éstas introducen por la vía formal la no reparación ni reivindicación de los derechos de muchas personas que se han visto vulneradas por diversos actos violatorios de los mismos.

Otro problema estructural de particular importancia en nuestro país lo constituye la legendaria “corrupción”, secreto a gritos en los distintos niveles

judiciales, la cual todavía no ha sido debidamente afrontada por las autoridades, quienes hasta la fecha, solo han efectuado algunos intentos tímidos para enfrentarla. Debemos tomar en cuenta que al referimos al problema de la corrupción, no nos referimos estrictamente al acto físico del soborno o el cohecho, sino también a otro tipo de acontecimientos que han incidido en nuestro sistema de justicia, como por ejemplo, el hecho de que las plazas y despidos de jueces sean asignados por la Suprema Corte de Justicia; que se permita —por omisión— que jueces y litigantes, fiscales y procuradoras entren en conflictos de intereses o en incompatibilidades por motivos de parentescos, matrimonios o relaciones sentimentales entre ellos, siendo que estos hechos menoscaban las posibilidades de que los usuarios del sistema reciban de éste una adecuada atención, y este último mal también es parte de una corrupción estructural quizás vinculado a características culturales como el compadrazgo. A estos problemas de estructura que impiden el acceso a la justicia, puede agregarse la existencia de débiles controles disciplinarios internos para los actores del sistema de justicia: policías, jueces, fiscales, defensores, procuradores, empleados, etc.

En el segundo tipo de problemas sobre el acceso a la justicia, más relacionados con los actores que forman el sistema de administración de justicia, podemos mencionar la deficiencia de las técnicas de investigación policial y del ministerio público y la lucha de poder que se suscita entre ambos, sobre todo cuando en las nuevas tendencias del derecho procesal penal se subordina a la policía bajo el control de los fiscales. Deben resaltarse por otro lado los graves problemas que se generan cuando no se toman en cuenta las recomendaciones que emite la Comisión Nacional de Derechos Humanos en nuestro país. A estos obstáculos hay que agregar las faltas de capacitaciones de agentes del ministerio público del fuero común, la desigualdad de remuneraciones entre ellos y la falta de un código de ética de funcionarios y litigantes que permita también

cierto grado de cultura ética entre los actores del sistema y que en suma permitan que éstos desempeñen sus puestos y roles con mejor rigor y eficiencia.

Finalmente, pero no menos importante, tenemos los problemas que tienen que ver con los afectados en sus derechos o usuarios del sistema; más que todo cuando éstos son sometidos de alguna manera a exclusión social por diversas maneras, como sus situaciones particulares que pueden estigmatizarlos negativamente como: la pobreza, homosexualidad, género, edad. Además, en nuestro país se ha notado que últimamente se están dando prácticas diferentes de discriminación en contra de las personas que acuden al sistema, tales como la negación oficial sobre los hechos que se reclaman y la descalificación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en contra de quienes se tejen los más dispares y ofensivos comentarios con el afán de persuadirlos a desistir de sus legítimas pretensiones.

Una aplicación escrupulosa del instrumento de la mediación bajo estos valores, lleva a un estudio de la ética como el punto de confluencia entre la práctica y los valores específicos que son necesarios para su eficacia.

¿Cómo podemos establecer dichos valores, dentro del proceso de integración de un modelo de justicia?

Solamente estando conscientes de los permanentes dilemas éticos que la observación cuidadosa de los valores propone a lo largo del proceso. Una discusión de estos dilemas nos lleva a ponderar los siguientes temas:

Como consecuencia de estos planteos, podemos ver que el profundo cambio cultural que la mediación está proponiendo otro paradigma de las interacciones humanas, felizmente más democrático y conducente a un mejor respeto por los derechos individuales en la práctica diaria.

No basta tener nuevas leyes, un nuevo ordenamiento jurídico, nuevas instituciones, si el acceso a la justicia sigue siendo restringido. Si bien es cierto que el ciudadano común está consciente de que tiene derechos, muy pocos saben cómo o qué hacer para hacerlos valer ante una instancia de administración de justicia.

CAPÍTULO V

PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL: DEMOCRACIA, NECESIDAD DE INDEPENDENCIA DE PODERES

5.1 La Justicia en el Estado de Veracruz

Desde comienzo de la década de los noventa, a escala mundial se ha percibido un proceso de cambio y transformación de los sistemas políticos.

La democracia como forma de Estado y de vida ha contado con la adhesión y la voluntad de los pueblos latinoamericanos.

Si bien la democracia es ante todo una forma de vida, necesita tener demócratas. Todos y cada uno deben aprender el significado del concepto de democracia. El aprendizaje comienza en la familia, continúa en las escuelas y universidades y deriva en la necesidad de un permanente trabajo de formación política. Depende del consenso permanente y voluntario de los ciudadanos y de la coincidencia de valores, ideas e instituciones que pueda generarse a partir del mismo.

Democracia significa participación y no abstención necesitando el abierto compromiso del ciudadano con su Estado y su constitución.

La democracia como sistema político y forma de vida sólo es estable y efectiva si genera identidad cultural, estabilidad económica, justicia social y consenso político. Un factor significativo en el apoyo político es un Estado de derecho eficaz.

El problema que enfrenta hoy el mundo en general y Latinoamérica en particular, es la creación de una democracia que sea a la vez posible e históricamente realizable. En otras palabras, un gobierno que funcione y que sea el mejor posible en las circunstancias modernas, siendo esencial para la misma la división e independencia de poderes, con la consiguiente credibilidad de la ciudadanía en cada uno de ellos.

Esta credibilidad se logra mediante actos cotidianos que demuestren vocación de servicio en quienes ejercen la función pública, transparencia en su accionar y responsabilidad por las decisiones tomadas.

Asistimos diariamente a declaraciones de principios por parte de políticos, pero cuando estos llegan a sus cargos se "olvidan" de ellos y así el respeto a las Instituciones y a la independencia de poderes, con cuya invocación convencieron a la ciudadanía para tener acceso a la función, se dejan de lado sin escrúpulo alguno.

Todos los días salen a la palestra "supuestos defensores de la democracia" que proclaman **JUSTICIA, TRANSPARENCIA, VERACIDAD, TOLERANCIA, IGUALDAD, SOLIDARIDAD**, pero cuando se trata de juzgarlos por incumplimiento de sus deberes o por actos de corrupción se consideran víctimas de persecución política, denunciando **INJUSTICIA, FALTA DE INDEPENDENCIA EN LOS PODERES, etc.**

Es más conveniente para aquellos políticos que son denunciados o citados por el Poder Judicial hablar de "**corrupción en la justicia**", logrando lamentablemente, que la ciudadanía dude de la misma.

Lo afirmado no significa que no existan casos de corrupción en la Justicia, pues cotidianamente asistimos a conductas que parecieran inocuas, pero que en el fondo son corruptas, como los vicios procesales que concluyen modificando de hecho las reglas del procedimiento, vulgo "jurisprudencia de mesa de entradas".

Por ello hemos considerado hacer un pequeño análisis del sistema judicial.

5.1.1 El Sistema Judicial

a) Credibilidad

La justicia durante mucho tiempo ha sido considerada como el último garante de los derechos de las personas gozando de respeto y consideración.

Pero según un estudio realizado en 1994 por el Instituto Gallup de Argentina "La justicia padece actualmente una profunda crisis de credibilidad dentro de la sociedad. Esta falta de credibilidad genera en la población opiniones negativas que apuntan, principalmente, a la excesiva lentitud o demora en la resolución de las causas y a su creciente politización. A los ojos de la población la justicia deja entonces de cumplir su función esencial: deja de ser justa y equitativa. A su vez, este deterioro provoca una marcada sensación de desprotección. La gran mayoría de la gente se siente poco o nada amparada por la justicia y sostiene que ésta no salvaguarda sus derechos sino que sólo favorece a los más ricos y poderosos".

La suerte de la administración de justicia se encuentra unida a la independencia de los poderes del Estado y al funcionamiento de cada uno de ellos, como así también a la sociedad que necesita saber y comprobar que sus derechos serán respetados y amparados.

Todos los sectores de la sociedad concuerdan mayoritariamente que algo debe hacerse para solucionar este problema, pero no coinciden en un plan de reformas para lograrlo. Por otra parte se debe tener en cuenta que para solucionar el problema deben coincidir: el gobierno, los miembros del Poder Judicial, los magistrados y funcionarios, colegios de abogados, los sindicatos de empleados, instituciones gubernamentales, y la sociedad en general ya que la respuesta al problema no se puede encontrar en forma independiente sino todos los sectores involucrados.

b) Lentitud de los Procesos

Hoy para muchos mexicanos, la justicia se caracteriza por ser lenta, burocrática, injusta y parcial.

Se han reformado algunas normas procesales que en algunos casos pueden agilizar los procesos, pero la celeridad depende del juez de la causa.

La informatización en la justicia no es realmente eficiente por falta de capacitación de los empleados judiciales y en los casos de juzgados que han tratado de implementarlo por su cuenta se les ha impedido hacerlo, pese a que ello no provocaba erogación alguna ya que era aportado del propio peculio de jueces y funcionarios.

De la labor interna de los Juzgados es importante señalar que año tras año se van acumulando tareas y que los intentos cíclicos de "aliviar" y "acelerar" el trámite de los expedientes judiciales resulta infructuoso.

Mayoritariamente el contacto diario del público se efectúa a través de los empleados de las mesas de entradas. Estos pueden clasificarse, en forma de diferentes sub-grupos, desde cuando incide en su conducta, en forma positiva o negativa la valoración individual de su labor y el interés personal que conlleva. Una nueva subclase la conforman los "meritorios", es decir empleados "no permanentes" *ad honorem*, pero a quienes se considera como miembros de la familia judicial. Es decir, que el hecho de que el empleado posea el nombramiento respectivo o carezca del mismo hará variar su actitud y forma de atención.

La actitud y eficiencia en la atención difiere, también, según el control a que pueden verse sometidos los empleados por sus superiores.

Esto nos lleva a un tema crucial en la justicia como es el de quienes se desempeñan en ella.

5.1.2 Justicia y Poder Legislativo

Con relación a la dependencia o independendencia de la Justicia respecto de las decisiones del legislador referentes a la elección de magistrados, presupuestos, el Poder Legislativo del país descansa como ya es sabido en el Congreso de la Unión, ambos cumplen con la llamada **función legislativa**: que consiste en la formulación de normas jurídicas generales.

El Poder Legislativo de Veracruz, está depositado en la Legislatura del Estado que estará integrada por 24 miembros nombrados popularmente en

elección directa por la mayoría relativa en los distritos electorales uninominales y con 16 diputados que serán electos por representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas.⁴² Dentro de las facultades y obligaciones que le impone la constitución local están las siguientes:

- ▣ Fijar anualmente los gastos públicos y decretar las contribuciones con las que hayan de ser cubiertos, en vista del presupuesto que el ejecutivo presente.
- ▣ Tomar cuentas al gobierno, cada año, o cuando le parezca oportuno, de la recaudación o inversión de los caudales públicos.
- ▣ Otorgar o negar su aprobación a los nombramientos de magistrados que les someta el gobernador así como designar a los magistrados del Poder Judicial.
- ▣ Funciona como órgano controlador de controversias entre el Ejecutivo y los integrantes del Judicial.

Como se puede observar, en nuestro sistema de gobierno existe una clara dependencia e interrelación entre todos los órganos del poder, lo que permite un mayor control de autoridad que garantiza.

⁴² VARIOS AUTORES. LA JUSTICIA COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ. Edit. ONU. p. 581

5.1.3 La Justicia y El Poder Ejecutivo

Nuestras leyes fundamentales de 1857 y 1917 establecen el depósito del Poder Ejecutivo de la Federación en “un solo individuo” o “Presidente de la República”.

El Poder Ejecutivo es una función pública administrativa, o sea, una dinámica, energía o actividad en que parcialmente se manifiesta el poder de imperio del Estado.

La órbita competencial del presidente se compone primordialmente de facultades administrativas, en cuyo ejercicio este alto funcionario realiza actos de muy variada índole. El conjunto de estos actos integra la función administrativa, la cual en su implicación dinámica, equivale a la administración pública del Estado.

5.1.4 La Justicia y El Poder Judicial

Para poder comprender la importancia de la función que guarda la procuración y administración de justicia es necesario señalar la importancia del derecho en el contexto de un Estado moderno y democrático.

En primer lugar, el derecho es una decisión política por excelencia, toda vez que es fruto de la interacción de las fuerzas sociales, económicas y culturales representadas en los órganos del Estado.

Esta interacción sólo puede reflejar un consenso social básico si se realiza mediante procedimientos democráticos, tanto para efectos de la integración de los órganos como para el ejercicio de su función.

El proceso democrático, más allá de la expresión estadística de un consenso, tiene una función cognoscitiva.

Por su naturaleza dialéctica significa el método social más razonable para el diagnóstico de la realidad y la prognosis racional que da base a la definición legislativa. Toda expedición de una ley se basa en un pronóstico histórico, que guarda como expectativa la solución de un problema dado.

La simbiosis entre conocimiento y consenso permite encontrar en la ley, la expresión de valores culturales y aspiraciones sociales que asumen, en razón de su reconocimiento estatal, la calidad de bienes jurídicos.

En este contexto, el Estado moderno se justifica como la estructura que busca la ordenación armoniosa y funcional de todas las realidades que en su interior conviven y que se conjugan en su núcleo que es el ser humano.

Estado y derecho son conceptos indisolubles, puesto que son las expresiones más acabadas para lograr la aspiración humana de una vida social ordenada.⁴³ Un anhelo de las sociedades civilizadas es el de poder conducirse en la realización de su desarrollo espiritual y material de acuerdo a procedimientos racionales que respeten la esencia de cada uno de sus miembros, posibiliten la cooperación en el esfuerzo común y establezcan mecanismos de compensación que tiendan a abatir las desigualdades propias de una realidad social.

Así, el respeto a los derechos humanos, el ejercicio racional y razonable de las libertades, la democracia y la solidaridad social, son los principios sobre los que se sustentan la noción de legalidad y de Estado.

⁴³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. ESTUDIOS DE JUSTICIA PENAL. Edit. Porrúa. México 1992. p. 85

El Estado de derecho, idea misma que afirma la indisolubilidad de ambos conceptos, se sustenta primordialmente en dos pilares: la verificación de procedimientos políticos de orden democrático, que vinculan a la naturaleza humana y a la cultura con la legalidad, y la existencia de órganos estatales que garanticen la aplicación de esa legalidad a la realidad.

Es innegable que en todas las sociedades existe cierta tensión entre normatividad y normalidad. Desde el momento mismo en que el derecho es la expresión de una aspiración, acusa una distancia frente a la realidad. Uno de los deberes primarios del Estado es el de resolver dicha tensión bajo procedimientos racionales y razonables, es decir, el de conectar al mundo del ser con el del deber ser.

No todos los componentes del Estado interactúan frente a esta tensión de manera igual, así por ejemplo, una de las paradojas del ser de un partido político es que por su definición aspira a modificar el Estado de cosas y su expresión simbólica que es el derecho, pero que dicho cambio lo debe hacer desde la legalidad misma. Lo anterior no sucede en relación a los órganos del Estado garantes de la legalidad, puesto que éstos como tales, sólo se limitan a aplicar la ley, no ciertamente de manera mecánica, sino bajo el desarrollo de los principios que la sustentan.

La relación dialéctica entre permanencia y cambio, que se expresa en esta interacción, es la garantía de la estabilidad de un orden y de su mutabilidad en función de la libertad y el progreso.

En cuanto a lo político, resulta necesario señalar que la consolidación de la democracia habrá de construirse a partir de una procuración y administración de justicia electoral en doble vertiente; una, la que está a cargo predominantemente del ministerio público y los jueces ordinarios; y otra, la que

corresponde aplicar específicamente a los tribunales electorales. La primera en la persecución, juzgamiento y castigo de aquellos que mediante el delito socavan el respeto al voto popular y con ello la base misma de las instituciones. La segunda aplicando la ley como vía insustituible para la solución de los conflictos que plantean los comicios.

La participación que recientemente se da al Poder Judicial en esta materia no es de poca monta, ya que la noble función de la Judicatura habrá de sustituir al cuestionable procedimiento de la autocalificación.

Ahora bien, para que tengamos un modelo de justicia legal, en México de los próximos años, lo primero que uno debe preguntarse es: si la procuración de justicia y su administración son funciones de igual naturaleza.

Tanto la procuración como la administración de justicia tienen como finalidad la aplicación de la ley a un caso concreto. Asimismo ambas funciones presuponen la existencia de un conflicto de intereses. En la procuración, se actúa a partir de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o bien ante la violación de derechos de quejosos, menores de edad o discapacitados. En la administración, el juez conoce de la controversia que le plantea una parte, ya sea de naturaleza pública o privada.

Sin embargo, nuestro orden jurídico concede a ambas funciones sentidos distintos aunque necesariamente complementarios. Por una parte, el procurador al ejercitar la acción penal da lugar a la intervención jurisdiccional; para tal efecto, se sujeta a un método previo de conocimiento que le permita ejercitar la acción bajo dos condiciones: la de no afectar indebidamente la libertad y la honra de un gobernado al llevarlo ante la jurisdicción penal y por otra, la de preservar a la legalidad como un instrumento eficiente de tutela de los bienes y valores insitos en la norma penal. A su vez, el juzgador, con independencia de los

criterios del procurador, ha de conducir un proceso acusatorio y por ende dialéctico, para determinar la procedencia de las consecuencias de derecho. Mientras que el procurador promueve y requiere justicia, él la dicta.

La procuración y la administración de justicia en México viven hoy una realidad ambivalente.

Por una parte, las estadísticas acreditan que hay una afluencia numerosa de ciudadanos que acuden a estas instancias a plantear sus pretensiones; cientos de miles de expedientes así lo acreditan.

Sin embargo, dichas instituciones se perciben por muchos ciudadanos como elitistas, a las cuales acceden preferentemente el poderoso o el ilustrado, afectadas frecuentemente por la corrupción o la ineficiencia, sujetas a influencias coyunturales, es decir, a modas y modos de procurar y administrar justicia.

Es necesario bajo un primer enfoque simplificar el acceso a la justicia y reforzar su credibilidad.

La legitimidad de las instituciones, no sólo se da en razón de los aspectos formales que dan lugar a su integración, es necesario construir en el ejercicio de sus funciones una vinculación permanentemente con la comunidad.

En este sentido, el facilitar el acceso de la comunidad a las instituciones es un cargo de legitimación de su ejercicio. La simplificación de reglas y procedimientos legales, no son actos, como sostienen algunos, de abandono del Estado frente a sus deberes, muy al contrario son actos de autoafirmación, puesto sólo en la medida que el Estado asume aquellas funciones que una adecuada valoración de prioridades aconseja y una posibilidad administrativa de cumplirlas permite, es capaz de consolidarse ante la sociedad. La complejidad

de reglas y la expansión desmedida de atribuciones, desvinculan al Derecho de la realidad y con ello, a la noción estatal de la historia.

Es obvio que los procedimientos legales están condicionados por una parte, por el principio de certeza jurídica que los ha de hacer racionalmente aptos para ser procesos de conocimiento de una realidad, y por la otra, por los principios de libertad y seguridad individuales que impiden que tales procedimientos atenten contra la dignidad del ser humano, substrato natural de toda institución social, cultural y estatal.

Especialmente en materia penal, la reforma legal necesaria debe consolidar el respeto a principios éticos de orden universal que garanticen una adecuada relación entre los fines de la pena y la tutela de los derechos humanos.

El principio de culpabilidad en su sentido político debe ser considerado como un límite a la facultad punitiva del Estado que no puede ir más allá del reproche penal basado en la capacidad del autor para motivarse de acuerdo a las exigencias de la norma, de ahí, que el derecho judicial debe desarrollar criterios tendientes a dar contenido a este principio, reforzando la cultura judicial del derecho penal del acto.⁴⁴

Ya hemos escuchado y hoy recordamos que sólo puede sancionarse a los hombres por lo que hacen y no por lo que son, por lo que han hecho y no por lo que se presume puedan hacer. Debe de proibirse a la peligrosidad como un criterio de individualización de la pena, toda vez que la misma implica un pronóstico, la mayoría de las veces arbitrario, sobre la eventualidad de que el autor cometa un nuevo delito.

⁴⁴ VALENZUELA FEIJOO, José. MÉXICO Y EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA CRISIS ESTRUCTURAL. UNAM. México 1990. p. 234

El principio de lesión al bien jurídico constituye la garantía política del derecho penal. Los bienes jurídicos no son otra cosa que los valores de la persona y de la cultura reconocidos por el Estado.

Es este sentido, la presencia necesaria del bien jurídico como componente de la norma penal, asegura a los gobernados que la fuerza del derecho a cargo de la autoridad no ha de ser empleada para beneficio exclusivo de las pretensiones de un grupo por poderoso que sea. Este principio es un imperativo democrático.

El principio de presunción de inocencia apela a una condición ético-jurídica y constituye un recurso metodológico en el proceso de verdad que supone un procedimiento penal que se construye a partir del respeto a derechos fundamentales.⁴⁵ Este principio puede sintetizarse en la regla *nulla poena sine contradictio* que significa entre otros aspectos, la carga de la prueba por parte de la acusación, la eliminación de las presunciones arbitrarias de orden legal en perjuicio del acusado y la valoración de las pruebas como resultado de un proceso dialéctico de conocimiento.

Otra materia que debe analizarse es la relativa a la tutela y protección de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución. La reciente reforma al artículo 102, apartado B de nuestra Carta Magna constituye un avance importante en la lucha por el respeto a los derechos humanos, sin embargo, dicha reforma partió del reconocimiento de que la insuficiencia de controles legales eficaces, es una de las causas que han dado lugar a la violación de estos derechos.

Es necesario revisar fórmulas y procedimientos que garanticen el acceso a la justicia sobre todo aquellos que menos tienen.

⁴⁵ RAWLS, John. TEORÍA DE LA JUSTICIA. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1993. p. 156

Es este sentido también ha de reformarse la práctica judicial, sobre todo cuando ha llegado al extremo de no admitir demandas de amparo, los fines de semana, cuando se trata de actos que afectan la libertad salvo los de la incomunicación. Tales prácticas contradicen principios fundamentales del juicio de amparo que tiende a la oportunidad de protección de garantías y que se expresan en medidas tales como la interposición de la demanda por vía telegráfica o inclusive por comparecencia personal de persona distinta al quejoso.

En cuanto a los órganos en sí ya se ha dicho que la procuración y la administración de justicia actúan siempre bajo el presupuesto de la verificación de un conflicto dado, de decir, se distinguen de otros órganos del Estado en cuanto a que su papel es conducir y solucionar los conflictos que aparecen en la comunidad. De ahí que deban orientarse por principios no sólo de honestidad y eficiencia, sino también e autonomía e imparcialidad.

En materia de autonomía especialmente, la procuración de justicia presenta un dilema: la dependencia jerárquica del procurador al titular del Ejecutivo ha sido profundamente cuestionada. Desde hace décadas don Luis Cabrera le planteaba a don Emilio Portes Gil, entonces Procurador General de la República, la incompatibilidad que existía entre la función del ministerio público como representante social en el ejercicio de la acción penal y como parte en los juicios de amparo con la función de este órgano como asesor jurídico de la administración.⁴⁶

La práctica institucional ha venido dando tal razón a la posición de Cabrera que hoy la asesoría jurídica al ejecutivo se ve prestada por una serie de direcciones generales, coordinadas por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia. Con lo anterior, dicha función del ministerio público

⁴⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 92

se ha visto reducida drásticamente. Sin embargo la dependencia jerárquica existe y, por ende, la contradicción subsiste.

La tesis inversa que sustenta la adscripción del ministerio público al Poder Judicial también presenta serias objeciones, ya se ha sostenido aquí que sus funciones son distintas y que su confusión orgánica conlleva el riesgo de la desnaturalización de una sobre la otra.

En este caso, como otros, creo que debemos optar por una solución ecléctica. En nuestro sistema constitucional no es novedosa la adscripción formal de órganos autónomos a la administración que cumplen funciones reguladoras e inclusive jurisdiccionales. Un ejemplo lo constituyen la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Tribunal Agrario o el Banco de México. Un esquema similar podría ser aplicable a los órganos de procuración de justicia.

En este contexto de ideas, también debemos señalar que la autonomía no es sinónima de autarquía o aislamiento. La autonomía e independencia de un órgano constituyen condiciones para que éste pueda actuar con imparcialidad y eficiencia, pero no son excusa para que este órgano esté sin control alguno, toda vez que se deben de prever mecanismos que garanticen el cumplimiento de sus deberes.

El principio de división de poderes requiere que los controles inter-órganos funcionen efectivamente. La experiencia europea, especialmente la francesa, la italiana y la española en materia de consejos de la magistratura, significan un punto de comparación interesante, sobre la forma en que deben de participar la administración, el Poder Legislativo y la sociedad en la supervisión de la función jurisdiccional.

El desplazamiento de la administración del órgano, de la instancia última de revisión a este tipo de consejos, por una parte se justifica en una división adecuada del trabajo y por la otra garantiza de mejor manera la autonomía entre las instancias, al mitigar el poder administrativo de las capas superiores sobre las inferiores.

La procuración y la administración de justicia son garantía de moralización de la vida pública y de estabilidad en la convivencia entre seres humanos racionales y libres. La Nación, está urgida de superar la tentación del poder que se expresa en la vieja máxima, "a los leales, justicia y gracia, a mis adversarios, simplemente la ley". Consolidemos un México en el cual la justicia, la gracia y la ley amparen a todos los mexicanos.

5.1.4.1 La Administración de la Justicia

La organización y funcionamiento de nuestros diversos poderes judiciales y en general nuestro organismo de administración de justicia han sido los adecuados, ya que hasta ahora y en la medida de nuestras circunstancias políticas y sociales han garantizado la independencia y preparación de nuestros jueces.

Sin embargo, dicha preparación y formación de nuestros jueces hasta ahora adoptado empieza a agotarse, de tal suerte que debemos pensar en consecuencia de ello buscar la forma de revitalizar nuestra organización jurisdiccional para que esos organismos administradores de justicia puedan cumplir mejor la función que tienen encomendada.

Más aún, si echamos mano del derecho comparado podremos observar cómo en otros países, con nuestras mismas características y nuestra misma formación, han comenzado, partiendo de una organización judicial similar a la

nuestra, a ensayar nuevas formas cuyos resultados son excelentes, por lo que nada nos impide el aprender de ellos lo bueno y lo viable.

¿Cómo podemos mejorar la administración de justicia en nuestro país?, para lo cual a su vez nos tenemos que cuestionar ¿cuál es el objetivo fundamental de todo tribunal?, a lo que responderemos: en primer lugar garantizar, efectivamente, la supremacía del Estado de derecho; de ahí la importancia y trascendencia de la idoneidad de los jueces; en segundo lugar el dotarlos de las condiciones necesarias para el buen desempeño de su función y, en tercer lugar, el garantizar a la sociedad que dichos jueces cumplirán adecuadamente la misión que se les tiene encomendada.

En otras palabras, podemos decir que tenemos que cuidar los procedimientos de formación, selección y promoción de los miembros del Poder Judicial, las garantías judiciales, la administración de la Judicatura y el régimen de responsabilidades de jueces y magistrados.

Por razones históricas la administración de justicia en nuestro país se ha dispersado, pues en vez de encomendarse únicamente al Poder Judicial, se ha creado de manera asistemática una gran cantidad de Tribunales especializados, independientes del mencionado poder, estableciendo en ocasiones un verdadero caos institucional, con un elevado costo económico. Sin embargo, por las mismas razones históricas, pensamos, no es éste el momento de buscar la unidad en la jurisdicción.

Desafortunadamente, no solo basta con un título de licenciado en derecho para ingresar como funcionario judicial, ya que el mencionado documento académico no garantiza una adecuada preparación de su titular en el campo de la ciencia jurídica, es necesario crear escuelas judiciales donde se dé una

formación especializada, intensa y extensa, mediante la cual se pueda satisfacer mejor la necesidad de preparación de candidatos a la Judicatura.

Hay un esfuerzo por crear institutos y centros de especialización judicial en los diversos sistemas jurisdiccionales, en los cuales se les dan conferencias más o menos aisladas a los propios funcionarios judiciales, sin embargo creo que ello no ha sido suficiente.

Uno de los aspectos más cruciales son los procedimientos de selección de un titular de la Judicatura. Analicémoslos brevemente.

El hecho de que los más altos cargos de los diversos sistemas jurisdiccionales sean designaciones del correspondiente Ejecutivo, con ratificaciones del Legislativo, no garantiza la idoneidad de los candidatos, sobre todo en un sistema como el nuestro, de predominio del ejecutivo. En este sentido, podríamos apoyarnos en el derecho electoral para una posible solución: si el ejecutivo formula ternas para que dentro de ellas el legislativo escoja a la persona más adecuada, e incluso para la elaboración de esas ternas se institucionaliza la posibilidad que los interesados –colegios, barras, escuelas, etc.- formulan listas propuestas de posibles candidatos a la magistratura, darán mayor solidez al procedimiento.

De igual manera podemos decir que el actual sistema de designación de jueces y magistrados inferiores por las instancias superiores, que actualmente está en vigor, a través de concursos de oposición abiertos y concursos de méritos pueden garantizar más la objetividad del procedimiento y evitar la formación de cotos de poder, el clientelismo y la endogamia en los diversos sistemas jurisdiccionales.

Es más, si las facultades de designación de jueces y magistrados inferiores se retiran de los organismos superiores en la jerarquía jurisdiccional y se encargaran a organismo autónomos e independientes, sería todavía mejor. Estamos en presencia de los llamados consejos superiores de la magistratura que se han instaurado en tanto países y que han dado espléndidos resultados.

En cuanto a las garantías judiciales como son: asegurar la permanencia en el cargo, la remuneración decorosa –inclusive vincularla a los salarios de la rama ejecutiva- y la no transferencia involuntaria del destino, son cuestiones que debemos de proteger para obtener buenos resultados en la procuración y administración de justicia evitando así corrupciones entre los funcionarios a los cuales se les encomienda dicha función.

Al hablar de la administración de la judicatura no estamos propiciando el volver a crear secretarías de justicia, pues implicaría subordinación al Ejecutivo, pero por otro lado, es muy importante considerar que los jueces, magistrados y ministros deben dedicarse exclusivamente a su alta función jurisdiccional y dejar de preocuparse por labores de administración.

Cuando se habla de la administración de justicia en nuestro país es común que se le critique por la corrupción. En este sentido, pensamos, que un par de medidas que se deben tomar para, si no suprimirla, sí reducirla considerablemente, son: el establecimiento de sueldos decorosos, preferentemente vinculados a los sueldos en el Poder Ejecutivo y un adecuado sistema para exigir responsabilidades oficiales a los miembros de los miembros de los tribunales del país.

5.1.5 Justicia y Abogacía

Como fin primordial, los abogados postulantes deben ejercer ante los tribunales, sin perder de vista el papel coadyuvante en la búsqueda de la verdad, en este sentido, el ejercicio de la profesión de abogado no debe estar desvinculado de la ética y ser consecuente con la verdad.

Ante esta realidad, no se pueden soslayar los actos de corrupción de los impartidores de justicia, los cuales tienen dos vertientes: por una parte, la que corresponde a los propios juzgadores, quienes, en algunos casos, faltan a la confianza depositada en ellos, y a los deberes contraídos para con la sociedad, y por otro lado; la que corresponde a los malos litigantes, que están al acecho de la primera debilidad del juzgador para cultivarla y sacar partido de ella.

Es por ello que en Veracruz, a través del Instituto de Especialización Judicial, el cual fue creado en 1987, se ha venido haciendo un esfuerzo de forma ininterrumpida, por promover la capacitación, especialización y actualización de los aspirantes a servir a la sociedad a través del poder judicial.

5.2 Las Diferentes Personas Relacionadas con la Procuración y Administración de la Justicia

5.2.1 El juzgador.

¿Cuál es la función del juzgador? Decir el derecho. Por ello cuando se ha concluido el proceso legislativo, la norma jurídica sufre una transformación; deja de servir a las finalidades genéricas que motivaron su creación para convertirse ella misma en un fin, y de este modo es aplicada por el juez, quien no debe verse sometido a ninguna influencia externa para realizar esa función.

De ahí la indispensable autonomía de la función judicial y su total desvinculación de los demás poderes. El juez dice y aplica el derecho; sus resoluciones se apegan a la ley, no son fruto de su personal opinión aunque, siendo perito en derecho, está ampliamente capacitado para conocer el sentido de la norma, su dimensión jurídica y humana y la forma como debe actuar.

La sujeción al derecho no implica que se le considere un mero factor de realización, ya que su tarea es la de llevar el derecho al campo de las realidades y hacer el necesario ajuste entre la disposición que va aplicar y el hecho concreto del que se está ocupando. Esta facultad de interpretación da flexibilidad a la ley y favorece su función básica de regular las relaciones humanas. Pero para que el Poder Judicial realice plenamente sus finalidades, es esencial que no esté subordinado a los otros poderes estatales.

Ya hemos visto que la norma una vez creada por el legislador, cobra vida autónoma y realiza sus propios fines. E igual ocurre con la administración pública: La justicia no puede estarle subordinada, porque su misión es determinar el derecho y esta facultad suprema no puede quedar supeditada al mandato o disposición de las autoridades. Si el derecho como ciencia tiene libertad para establecer sus fines, su campo de acción y su funcionalidad; la proyección de esos principios a la práctica es, precisamente, la independencia judicial.

Esta independencia es de tal amplitud, que no sólo se refiere a la administración pública o al Poder Legislativo, sino que se extiende a la propia organización de tribunales. Aun cuando existen tribunales de diversas instancias y por lo tanto una jerarquía dentro del Poder Judicial, estos órganos superiores sólo pueden imponer prescripciones, orientaciones o interpretación de la ley a los inferiores a través de la jurisprudencia.

Podrán en todo caso, los de mayor jerarquía, revisar lo actuado por jueces inferiores, o bien, a petición de parte –salvo casos de revisión forzosa expresamente previstos por la ley- determinar si se aplicó correctamente la norma en el caso a debate, y esto puede conducir a una nueva resolución, pero dejando a salvo la independencia del juez.

El juez tiene plena garantía jurídica de independencia en sus fallos; también debe ser totalmente ajeno a toda influencia superior y alejar de sí el temor a correcciones disciplinarias de sus superiores. La protección de la independencia judicial es de carácter legal, mediante disposiciones que la garanticen el libre ejercicio de sus funciones, pero sobre todo son las de carácter moral, aquellas que derivan del nivel ético del juez, de su rectitud y energía, y de su calidad humana, las que realmente aseguran esa independencia.⁴⁷

Ya hemos precisado que la tarea del juez no se reduce, como opina Montesquieu, a la mera aplicación de la Ley en forma literal y estricta. El juzgador es, primordialmente, un jurista, cuyo dominio de la ciencia del derecho lo capacita para una función menos limitada y más trascendental: la de crear el derecho allí donde la ley calla, la de interpretar la norma para establecer los límites de una obligación o de un derecho y las consecuencias de los actos humanos en los graves problemas de la convivencia social. El propio legislador le da amplitud para apreciar razonablemente los hechos, tomar en cuenta las costumbres, valorar la buena o mala fe de las partes, etc. Es su calidad humana, moral y ética profesional, la mejor y más importante garantía de justicia que se ofrece a la sociedad.

La facultad de juzgar, es una facultad del Estado para regular la función social considerada en abstracto, es lícita y se colige del hecho de que el juicio es el principal acto de una virtud tan excelsa como la justicia misma.

⁴⁷ CASTRO, Juventino V. LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA. Edit. Porrúa 1989. p. 68

La misión del juez es en extremo arduo, no siempre se aprecia hasta qué punto llega a serlo en determinados caso, y contra cuántas dificultades tiene que luchar ejercer su misión. Por ello, para que un juez cumpla con las funciones que le son encomendadas debe poseer las condiciones físicas y morales para llevar a cabo su función; pero no solamente el vigor físico, la salud, el celo, sino también los conocimientos jurídicos amplios y en constante renovación. El juez debe estar dotado de habilidad y honorabilidad, así como de perspicacia, pues no son pocos los interesados en engañarlo durante el procedimiento.

Hablamos de su cultura porque ésta debe ser muy amplia, abarcando conocimientos en distintas áreas del saber, así como de innumerables ciencias auxiliares del derecho.

Un célebre maestro de la Universidad de Graz, Austria, aconsejaba que sólo se designase para juzgador a aquellos jurisconsultos que acreditaran poseer conocimientos jurídicos y que tuvieran una cultura completa, además de que deberían consagrar su actividad al ejercicio de la responsabilidad que se les encomienda y aumentar el caudal de su experiencia en todos los momentos de su vida.

Para realizar su cometido, el juzgador tiene que estar dotado de una suma de condiciones meritorias exigibles a los seres humanos.

Este tipo ideal debe contar con una inteligencia clarísima, profundos conocimientos jurídicos, celo incansable, abnegación completa, perseverancia a toda prueba, y conocimiento de los hombres, de sus pasiones, amén de una amplia cultura en las diferentes ramas del saber universal. Esas dotes, si no se alcanzan en grado eminente de perfección, debe al menos lograrse el justo medio, indispensable para el honrado cumplimiento de la misión que se le encomienda.

Una cualidad indispensable, ingénita, es la de que el juez debe de hallarse dotado de gran energía y firmeza de ánimo, pues estamos convencidos que nada denigra más a la administración de justicia que un funcionario débil o indolente. Existe un principio que afirma: "Si te sientes débil no seas juez; mas si lo eres, sé enérgico y firme".

Para desempeñar la función de juzgador, el juez debe reunir, además de los requisitos formales que establecen las leyes, el saber jurídico, vocación para el ejercicio del cargo y probidad moral.

Calamandrei asevera en su *Elogio de los Jueces*:

El Estado siente como esencial el problema de la elección de los jueces, porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sin razón e imprimir, indeleblemente, una marca sobre la inocencia.⁴⁸

Otra cualidad que se exige al juzgador es la exactitud y escrupulosidad de sus actos, pues el funcionario judicial debe probar y verificar por sí mismo la certeza de los datos que le suministren las partes.

Kant hablaba de tres virtudes que deben de coexistir para garantizar la paz social: sabiduría, valor y templanza, de las cuales ha menester el juzgador a fin de cumplir con eficacia su labor, puesto que al interpretar la ley e impartir la justicia con pureza, requiere poseer los mayores valores éticos.

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. DERECHO PROCESAL CIVIL. Colecciones Clásicos del Derecho. Tomo 2. Edit. Harla. p. 157

La grandeza del abogado alcanza su máxima misión en la función de juzgador, es decir, de juez. Juez que valora a contrapunto la realidad con la normatividad en la dramática búsqueda que dé una solución que vertebre y articule, no que fracture, la convivencia ni agravie al hombre, tiene que ser realizada para alcanzar ese ideal que es la justicia. Lo que el juez decide o puede decidir, está escrito en la ley, no es una posibilidad, sino un poder, una obligación, por lo tanto se busca que los tribunales superiores de justicia sólo redunde en beneficio de la impartición de justicia.

La labor del juzgador preocupa a toda la sociedad, al gobernante y al gobernado por igual, al que le sobra y al carente de recursos, al ilustrado como al iletrado. Ahora consideramos nosotros que es importante que la administración de justicia cuente con los mejores elementos expertos en las diferentes disciplinas del saber jurídico, por ello los concursos para la selección de jueces han sido públicos y abiertos, para que sólo integren la función judicial los mejores preparados y los que tengan mayor vocación hacia la impartición de justicia, que sean poseedores de valor y honorabilidad a toda prueba.

Las decisiones justas también encuentran su más firme apoyo en las leyes y éstas en la administración recta de justicia, pues a su sombra se confía la certidumbre jurídica de la propiedad, la familia, el honor y la vida.

En el perfeccionamiento de la administración de justicia se toman en cuenta los derechos humanos, haciendo posible la justicia a las clases sociales más desprotegidas, garantizando a los justiciables el acceso igualitario a los tribunales, modernizando las formas de asistencia jurídica y de orientación a la ciudadanía, previniendo conductas ilegales. Día con día, la democracia y la justicia es directriz en nuestro marco de derecho.

No tenemos la menor duda de nuestra obligación: modernizar la administración de justicia, llevando a cabo un proceso articulado, participativo y en permanente evolución; proporcionar a la ciudadanía una mayor y mejor impartición de justicia, adaptando el marco legal a los cambios que exige la praxis, asumiendo nuestras responsabilidades, ora como servidores públicos, ora como juzgadores, valiéndonos de una legislación en adecuación permanente para que responda mejor a la realidad socioeconómica de México.

Sólo las características de honradez y eficacia del mecanismo judicial, permitirán a los justiciables tener fe en el derecho, evitando que la corrupción y degradación social se institucionalice. ¡No podemos dejar que crezca la abulia, que reine la mediocridad, que impere la complicidad en perjuicio de la administración de justicia!

Lo que sí es importante, es modernizar la institución, mejorar los procedimientos, tecnificar la actividad del juzgador permanentemente para que se adecúe a la realidad social.

Es en el cumplimiento de la Ley donde encontramos el verdadero respeto al ejercicio de las libertades; nuestro orden jurídico establece el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones, entre la autoridad y el individuo, entre el orden y la libertad, conservando de esta manera la paz social que el país necesita para seguir progresando.

Quienes han realizado esta actividad profesional siempre dedicando la capacidad y mejor esfuerzo en su realización, tendremos como meta principal de nuestras vidas, lograr que con la aplicación de la ley se realicen los valores de la justicia y la seguridad jurídica para que así se alcancen los ideales que la sociedad ha plasmado en la norma jurídica.

5.2.2 Aspectos Importantes del Poder Judicial

Aquí planteo estas tres interrogantes:

- a) ¿La división de poderes proclamada por Montesquieu, responde a la realidad política del Estado contemporáneo?
- b) ¿El llamado Poder Judicial es realmente un Poder del Estado? Y,
- c) Dado el texto de los artículos 49 y 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ¿se puede afirmar, con argumentos jurídicamente válidos, que todos los tribunales federales forman parte del Poder Judicial de la Federación?

Para dar respuesta al primer interrogante, es pertinente hacer las siguientes reflexiones:

Jean Touchard en su *Historia de la Ideas Políticas*, nos comenta que:

La doctrina de la separación de poderes no tiene en Montesquieu el alcance que le han atribuido sus sucesores. Se contenta con afirmar que el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, no deben encontrarse en las mismas manos; pero de ningún modo piensa en preconizar una rigurosa separación entre los tres poderes, una atribución conjunta e indivisa del poder a tres órganos, la co-soberanía de tres fuerzas políticas,...⁴⁹

La concepción moderna de la división de poderes corrige la ya superada tesis de poderes públicos colocados en disposición perpetua de resistirse y maniatare. Más acordes a las necesidades sociales como a los principios

⁴⁹ VALENZUELA FEIJOO, José. Op. Cit. p. 245

políticos, los trazos modernos y contemporáneos, de la separación de poderes, conforman una auténtica distribución de funciones. Montesquieu formuló su teoría de la división de poderes en términos de legalidad mecánica del poder, que fuera algo más que un llamado meramente moral a no actuar despóticamente, a respetar la libertad como supremo valor del hombre.

Ahora bien, ¿dentro de esta distribución constitucional de funciones, los órganos judiciales están dotados de potestad, esto es, de Poder Político?

El concepto de poder político lleva insitos dos elementos, que se identifican como el mando y la obediencia. En el orden jurisdiccional ambos derivan de la propia naturaleza de las normas jurídicas, cuya observancia e interpretación vinculatoria en casos de controversia, ha encomendado el constituyente, en el orden federal, al Poder Judicial de la Federación, cuya función –la función jurisdiccional- se concreta en mandatos de cumplimiento obligatorio. Aún más, el poder político de los órganos judiciales se impone a los otros dos poderes del Estado, pues aquél, por mandato de nuestra norma suprema, tiene atribuida la defensa jurídica del orden constitucional y la salvaguarda y restauración de los derechos fundamentales del hombre, tanto individuales como sociales, cuando son transgredidas por los órganos de cualesquiera de los tres poderes del Estado. Es así, el juicio de amparo –proceso constitucional por excelencia -, el máximo exponente del poder político del Estado.

Juan Montero Aroca, distinguido jurista español, que ha incursionado profundidad en el tema, afirma:

Políticamente no puede desconocerse que en el Estado democrático moderno el poder judicial ha de ser uno de los poderes públicos, no pudiéndose

seguir sosteniéndose, como hacía Montesquieu, que el poder de juzgar era en cierta manera nulo.⁵⁰

Sostiene, sin ambages, que el poder judicial participa del poder político, el cual en toda sociedad democrática dimana del pueblo. Cabe apuntar al respecto que así lo consagra el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Surge ahora el último interrogante: ¿Cuál ha sido la evolución y cómo está integrado actualmente el Poder Judicial de la Federación?

Sobre este tópico, al tratar de la potestad y la función jurisdiccionales, el autor y maestro español supracitado, nos comenta:

Doble significación constitucional del Poder Judicial. En la Constitución la referencia al poder judicial puede entenderse en un doble sentido y cabe así hablar de órganos dotados de potestad jurisdiccional en general, que podríamos llamar poder judicial político, y dentro de los anteriores unos órganos concretos con potestad jurisdiccional, que serían el poder judicial organización.

La constitución española, a semejanza de la mexicana en su artículo 94, emplea la expresión "Poder Judicial", en un sentido organizativo, no así en su concepción política. En este último aspecto, como bien lo apunta Montero Aroca, se conceptualiza a todos los órganos del Estado, que dotados de potestad jurisdiccional están previstos por la propia constitución.⁵¹

Cuando Montero Aroca se refiere al Poder Judicial como conjunto integral de órganos dotados de potestad jurisdiccional por la Constitución, comprende a

⁵⁰ VARIOS AUTORES. Op. Cit. p. 583

⁵¹ CASTRO, Juventino V. Op. Cit. 72

aquellos que no forman parte de la estructura monolítica tradicional, como son, en España, el Tribunal Constitucional, los Tribunales Militares, el jurado y los Tribunales consuetudinarios y, el Tribunal de cuentas. Nos refiere textualmente que en este primer sentido (en el de Poder Político) integran el poder Judicial todos los órganos que, revestidos de determinadas garantías, tienen atribuida potestad jurisdiccional. Puede afirmarse, concluye, que todos los órganos a los que se atribuye potestad jurisdiccional son el Poder Judicial.

La prevalencia que, a partir de 1917, tiene la democracia como sistema de vida del pueblo mexicano, fundada en su constante mejoramiento económico, social y cultural, así como en la insoslayable preocupación de crear instituciones jurídicas de impartición y de procuración justicia, garantes del irrestricto respecto a los derechos fundamentales del hombre, ha trascendido el marco estructural del Poder Judicial de la Federación previsto por el artículo 94 de nuestra carta primaria. Existen diversos tribunales que aun cuando son ajenos a su órbita formal, conforme a este precepto de nuestra ley suprema, sin embargo, lo integran como poder político.

5.2.3 El Poder Judicial y La Procuración de Justicia

Cuando se habla de un "modelo de justicia", esta última palabra se está utilizando en sentido figurado para referirse a la estructura, organización, funcionamiento y tendencias de los tribunales judiciales y jurisdiccionales de nuestro país, conclusión pragmática que es acorde con las finalidades generales de los tribunales judiciales y jurisdiccionales.

5.2.3.1 Método

Si hemos de pensar con seriedad y sensatez en el modelo de Justicia que nos depara el futuro próximo, considero necesario partir de las raíces históricas

de las instituciones judiciales; asimismo, tomar en consideración los problemas que han enfrentado a lo largo de su existencia, la forma en que se han resuelto esos problemas, cómo han repercutido tales soluciones en la estructura, organización y funcionamiento de los órganos correspondientes, las constantes que puedan descubrirse y, en fin, las tendencias más relevantes y características que se han puesto de manifiesto, para que a través de inferencias pueda obtenerse de manera prudente y con cierto fundamento, en vía de consecuencia, el resultado que se busca.

Considero que tal método contribuirá a evitar conclusiones insubstanciales y soluciones ligeras y extralógicas.

5.2.3.5 Nuevo Modelo de Justicia

A pesar de haber entrado en vigor las reformas constitucionales y a través de las leyes ordinarias, más que un nuevo modelo de justicia en el ámbito del Poder Judicial, lo que posiblemente se requiera sea una evaluación ponderada, equilibrada y objetiva de los resultados obtenidos con este nuevo modelo que ya está viviendo el Poder Judicial, bien para rectificar el rumbo o bien para ratificar la ruta y proponerse nuevos objetivos en la misma dirección.

Pero mientras llega ese momento, partiendo de la subsistencia de los principios, tendencias y soluciones que históricamente han venido predominando, que el futuro inmediato nos depara las siguientes pautas y retos:⁵²

1. Proseguirá la tendencia a desconcentrar la Justicia, haciendo llegar a todos los ámbitos del país más y mejores Tribunales Colegiados de Circuito,

⁵² CAPELLETTI, Mauro. Op. Cit. p. 167

Tribunales Unitarios y Juzgados de Distrito, así como los Tribunales del Fuero Común.

Esto implica el serio desafío de seleccionar personas que al mismo tiempo que posean una limpia vocación jurisdiccional, tengan también la preparación debida para el desempeño de la función. La solución ideal a este problema sería el establecimiento de la carrera judicial, pero como no existe, la Suprema Corte ha tomado algunas previsiones.

Actualmente ya se nombra para un puesto de responsabilidad a quien ha demostrado tener experiencia en la materia y un historial de que derive su inclinación a la carrera.

Además ha establecido el Instituto de Especialización Judicial, con tan buenos resultados, que ya tiene extensiones en varios Estados y tienden a multiplicarse.

Justo es decir, sin embargo, que en este aspecto la Suprema Corte requiere del auxilio de las universidades del país, en cuyos maestros recae la responsabilidad de preparar a las nuevas generaciones.

2. Continuará la tendencia a la especialización, que marca la diferencia entre lo bueno y lo mejor. Al principio sólo había órganos especializados en la Suprema Corte; fuera de ella empezaron a existir en el Distrito Federal, actualmente, ya hay también en Jalisco y Veracruz.

Otros de los retos de gran trascendencia son aquellos que cuentan la unificación expedita de los criterios interpretativos de los Tribunales Colegiados de Circuito, la vigilancia prudente del personal y la atención cuidadosa del ámbito administrativo.

3. Es de esperar, asimismo, que persista el rechazo a la limitación de la acción de amparo y que, por lo contrario, ésta se amplíe, no sólo en lo referente a la procedencia y al establecimiento de reglas procesales más llanas, realistas y humana, sino también en cuanto a los efectos de las ejecutorias de amparo, que en ciertos casos podrían llegar, eventualmente, hasta a invalidar algunos ordenamientos generales. Sin embargo, esto ameritaría reformas prudentes y cuidadosas por tener más dificultades de las que aparenta.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La idea de **justicia** es un anhelo dado en el contexto del devenir histórico de los hombres, cuya noción y materialización ha sido una cuestión ampliamente debatida por un sinnúmero de grandes pensadores, que desde la antigüedad señalaron la importancia de tal idea como un medio de pacificación social.

A pesar de su relatividad histórica y las discusiones filosóficas en torno a ella, el análisis racional de la justicia permite afirmar que ésta se consagra como un principio aceptado de forma general. De esta forma, la justicia es un concepto concerniente al orden social <que al mismo tiempo es garante del mismo>, un reflejo de la expresión de los **derechos de las personas** en contraposición a las exigencias que el propio orden social establece; así pues, la justicia se convierte en el **arque** que da origen al derecho, en donde aquél término justicia, se utiliza incansablemente como preámbulo para todo el ámbito de principios y procedimientos inherentes al mundo normativo del deber ser.

SEGUNDA. Sin lugar a dudas, la justicia es la base teleológica para la creación y aplicación de toda regulación creada a efectos de delimitar la esfera jurídica de los particulares, en donde, cualquier contravención a la norma produce que la ley y su aplicación sean por naturaleza justas.

Por lo anterior, tenemos que el derecho tiene como finalidad lograr la convivencia armónica de la sociedad a través de la búsqueda de la justicia. Ahora bien, dicho cometido no se deja al libre albedrío de la sociedad, sino que requiere ser instaurado en el seno del ente denominado Estado, que entre otros elementos que lo integran, trae aparejada el de una estructura gubernamental

que engloba tres poderes y una serie de dependencias y organismos por los cuales actúan aquellos actúan.

TERCERA. En este orden de ideas, en el presente trabajo me he avocado a analizar el problema de la justicia penal en México, en sus ámbitos de procuración y administración, que corresponden a la esfera de competencias de los Poderes Ejecutivo y Judicial de nuestro país, analizando los problemas que enfrentan los citados sistemas.

He dicho que la procuración y administración de justicia atraviesan por una grave crisis estructural en virtud de la falta de igualdad de oportunidades ante la ley <que atañen principalmente a indígenas, pobres, mujeres y analfabetos>, así como de la ineficiencia, lentitud, y corrupción de las personas que laboran tanto en las procuradurías como en los órganos jurisdiccionales. Es por ello que las máximas autoridades del Estado deben buscar los medios por los cuales se perfeccione la función de las procuradurías y de los órganos judiciales con el afán de que éstos cumplan satisfactoriamente los cometidos para los que fueron creados <un reclamo de la sociedad, que la autoridad estatal está obligado a escuchar>.

CUARTA. El Estado tiene la obligación de combatir la impunidad de los actos contrarios al marco jurídico que afectan la esfera jurídica de los particulares en todos los aspectos que la norma regula <tanto en el derecho público como en el privado> mediante una pronta y honesta impartición de justicia, que no transgreda las garantías constitucionales de las personas, en donde a la sociedad le corresponde jugar un papel activo en defensa de sus derechos fundamentales.

En este contexto, la procuración de justicia <primera fase de la impartición de justicia>, tiene que responder a los reclamos sociales, que hoy exigen eficacia

y honestidad en el combate a la impunidad. Hoy día, vivimos en una crisis generalizada en que también se encuentra inmersa la justicia, la cual tiene básicamente dos vejámenes a saber: los elementos formales de la incapacidad institucional, y <por llamarlo de alguna forma> la institucionalización de las múltiples deficiencias y vicios por parte de la sociedad que entiende al sistema de Justicia como un problema y no como una solución a sus reclamos.

QUINTA. No puede negarse que los sistemas de procuración y administración de justicia <donde se determinan la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales>, son funciones en extremo complejas, toda vez que se prueba y comprueba mediante hechos concretos si los **principios y normas** emanadas de un Estado Democrático y de derecho como el nuestro <escritas y formalmente declaradas en el marco jurídico>, son capaces de aplicarse al caso concreto o a la vida diaria de la población en general. Consecuentemente, dentro de estos esfuerzos ha adquirido capital importancia el tema del **acceso a la justicia**, como uno de los aspectos esenciales a considerar para que los poderes encargados de administrar o impartir la justicia, mejoren y consoliden sus funciones.

SEXTA. Para conseguir que los multicitados sistemas de Justicia enmienden su rumbo se han propuesto diversas alternativas que den una solución efectiva a las demandas sociales inherentes al tópico de referencia. El tema de **Consideraciones Jurídico-éticas de la Procuración y Administración de Justicia Penal**; además del enriquecimiento teórico sobre su fondo; nos permite vislumbrar las dificultades que el sistema de procuración y administración de justicia presenta en nuestro país, y cómo las distintas expresiones de la sociedad civil están realizando esfuerzos para propiciar que sus expectativas sobre el particular se materialicen <es por ello que esta propuesta debe ser retomado de forma sucesiva para irse complementando>

El tema de mi tesis forma parte de la agenda cotidiana de las instancias que trabajan en la búsqueda de la democracia participativa y del respeto a las garantías individuales; de ahí que el derecho y su cimiento de justicia este hoy por hoy en boga. Aspectos vinculados con la reforma del ministerio público y del sistema judicial; la capacitación de los agentes del ministerio público, jueces y otros funcionarios judiciales; la ampliación de los espacios de asistencia legal a la población; la extensión del conocimiento de los derechos y obligaciones hacia los ciudadanos; son sólo algunos de los medios que contribuirán a un efectivo servicio de justicia.

SÉPTIMA. Garantizar un orden justo para todos los sectores de la población requiere que todos los involucrados en ella homologuen sus criterios para perfeccionar las instituciones jurídicas existentes y crear nuevas, pues sólo así se fincará verdaderamente una solución práctica a la crisis de un sistema que parece no tener solución. Si todos nos involucramos para mejorar el ámbito y hábitat de la Justicia, habremos solucionado en parte un problema que nos incumbe a especialmente a quienes comenzamos el ejercicio de derecho.

En caso contrario, ineluctablemente el ejercicio de nuestra profesión nos hará infaustos. Los avatares de los sistemas de procuración y administración de justicia son muchos, pero las expectativas que se pueden crear en torno a los mismos para corregirlos son aún más y dependen no sólo de una idea, sino de la puesta en práctica de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

Obras Consultadas:

- **ABBAGNANO, Nicola.** DICCIONARIO DE FILOSOFÍA. Edit. Fondo de Cultura Económica. 1998.
- **BENITEZ TREVIÑO, Humberto.** FILOSOFÍA Y PRAXIS DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA. Edit. Porrúa.
- **BOBBIO, Norberto y Bovero Michelangelo.** SOCIEDAD Y ESTADO EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA MODERNA. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1986.
- **CALAMANDREI, Piero.** DERECHO PROCESAL CIVIL. Colección Clásicos del Derecho. Tomo 2. Edit. Harla.
- **CAPELLETTI, Mauro.** DIMENSIONES DE LA JUSTICIA EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO. Edit. Porrúa. 1997.
- **CARNELUTTI, Francisco.** DERECHO PROCESAL CIVIL Y PENAL. Vol. 4. Edit.
- **CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl.** EL ARTE DEL DERECHO. Edit. Porrúa. México, D.F. 1997.

- **CARRILLO FLORES, A. LA JUSTICIA FEDERAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** Edit. Porrúa. México, 1973.
- **CASTRO, Juventino V. LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA.** Edit. Porrúa.
- **CASTRO, Juventino V. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA ANTE LA LEY INJUSTA.** Edit. Porrúa.
- **COBO, Diódoro. IDEAS Y DOCTRINAS ECONÓMICO - SOCIALES Y POLÍTICAS.** México 1962.
- **CÓRDOVA, Arnaldo. SOCIEDAD Y ESTADO EN EL MUNDO MODERNO.** Edit. Grijalbo. México 1986.
- **COSACOV, Lázaro L. LA PEREGRINACIÓN DE LA JUSTICIA.** Edit. Lerner. Buenos Aires, 1979.
- **DE AQUINO, Tomás. TRATADO DE LA JUSTICIA.** Edit. Porrúa. México 1987.
- **DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS.** Edit. Porrúa.
- **DELOS O.P. J. Th. APÉNDICE II DE LA JUSTICIA DE LA SUMA TEOLÓGICA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO.** Trad. Francesa de M.S. Guillet, O.P., edición de la Revista de los Jóvenes
- **ENCICLOPEDIA HISPÁNICA.** Encyclopaedia Britannica Publishers Inc. México 1992.

- **ENCICLOPEDIA MICROSOFT® ENCARTA® 98 ©.** 1993-1997 Microsoft Corporation.
- **FEIERABEND, Rosalind L. “EL PAPEL DE LOS GOBIERNOS EN LAS INVESTIGACIONES SOBRE JUSTICIA”**, en Revista Internacional de Ciencias Sociales, vol. XXX, núm. 4. UNESCO. París, 1978.
- **FLORIS MARGADANT, Guillermo. DERECHO ROMANO.** Edit. Esfinge. México 1992.
- **FLORIS MARGADANT, Guillermo. INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO.** Edit. Esfinge. México 1994.
- **GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. ENSAYOS FILOSÓFICOS-JURÍDICOS 1934-1979.** Edit. UNAM. México 1984.
- **GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO.** Edit. Porrúa. México 1987.
- **GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. ESTUDIOS DE JUSTICIA PENAL.** Edit. Porrúa.
- **PÉREZ PORRÚA, Francisco. TEORÍA DEL ESTADO.** Edit. Porrúa. México 1992.
- **PICHARDO PAGAZA, Ignacio. INTRODUCCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO.** INAP - CONACYT. México 1984.
- **PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.** UNAM 1986.

- **RAWLS, John.** TEORÍA DE LA JUSTICIA. Edit. Fondo de Cultura Económica.
- **TENA RAMÍREZ, Felipe.** DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Edit. Porrúa. México 1993.
- **VARIOS AUTORES.** DERECHOS DEL PUEBLO. MÉXICO A TRAVÉS DE SUS CONSTITUCIONES. Tomo III. Edit. Porrúa.
- **VARIOS AUTORES.** DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1981.
- **VARIOS AUTORES.** LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO. PGR. México 1992.
- **WEBER, Max.** ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1988.
- **WEBER, Max.** EL POLÍTICO Y EL CIENTÍFICO. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1992.

Legislación Consultada:

- ♦ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** Edit. Porrúa. México 1997.
- ♦ **LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL.** Edit. Porrúa. México 1997.

- ♦ **LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.** PGR. México 1997.
- ♦ **REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.** PGR. México 1997.

Revistas Jurídicas Consultadas:

- ❖ **DEFENSA FISCAL.** México, 2000. Número 16.
- ❖ **FLORES GARCÍA, Fernando.** “IMPLANTACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL EN MÉXICO”, en Revista de la Facultad de Derecho de México, núms. 37-40. México, 1960.
- ❖ **ISLAS, O.** “PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DERECHOS HUMANOS”, en Revista Mexicana de Justicia, núm. 4 Vol. V. México, 1987.