



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO

DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO

BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO SOBRE LA EQUIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

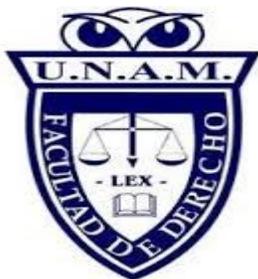
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

CESAR CASTRO ROSAS

ASESOR: LIC. JOSÉ LUIS CHIRINOS PALOMO

CIUDAD UNIVERSITARIA 2015.





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO  
E HISTORIA DEL DERECHO

ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS  
FDER/SDRHD/30/06/2015

**Dr. Isidro Ávila Martínez**  
Director General de la Administración  
Escolar de la U.N.A.M.  
Presente.

El alumno **CESAR CASTRO ROSAS**, con número de cuenta **302037670**, ha elaborado en este seminario bajo la dirección del **LIC. JOSÉ LUIS CHIRINOS PALOMO**, la tesis intitulada "**BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO SOBRE LA EQUIDAD**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

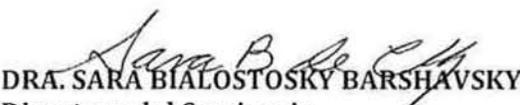
El **LIC. JOSÉ LUIS CHIRINOS PALOMO**, me ha comunicado que el trabajo se concluyó satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos para su presentación en examen profesional.

En mi carácter de Directora del Seminario, y después de haber revisado el trabajo, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **CESAR CASTRO ROSAS**, he inserto la leyenda que dice:

En sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"La persona interesada deberá iniciar trámites para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificación la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
Ciudad Universitaria, México, D.F., 08 de Junio del 2015

  
**DRA. SARA BIALOSTOSKY BARSHAVSKY**  
Directora del Seminario

C.c.p. Archivo.  
El interesado.



*Historia magistra vitae et testis temporum...*

(La Historia es el testigo de los tiempos, la antorcha de la verdad, maestra de la vida, mensajera de la antigüedad.).

Cicerón.

*In ómnibus quidem, maxime tamen*

*in iure aequitas spectanda est.*

(Ciertamente en todos los casos, pero principalmente en el Derecho, se ha de atender a la equidad.).

Paulo.

# BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO SOBRE LA EQUIDAD

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA.....	I
INTRODUCCIÓN.....	1
I.- GRECIA.....	7
1.1 Sofistas y Presocráticos.....	17
1.2 Sócrates.....	27
1.3 Platón.....	32
1.4 Aristóteles.....	38
II.- ROMA.....	41
2.1 Visión y pensamiento de los juristas romanos.....	43
2.2 <i>Aequitas</i> .....	56
III.- NEORROMANISMO.....	61
3.1 Somero origen del Neorromanismo.....	64
3.2 La equidad en el Neorromanismo.....	71
3.3 Caso especial: México.....	83
3.3.1 Sistemas indígenas.....	87
3.3.2 El periodo indiano.....	98
3.3.3 Época contemporánea.....	109

IV.- AUTORES CONTEMPORÁNEOS.....	133
4.1 John Rawls.....	134
4.2 Luis Recaséns Siches.....	153
4.3 Hans Kelsen.....	163
CONCLUSIONES.....	179
APÉNDICE.....	183
BIBLIOGRAFÍA.....	188

## AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

Quiero agradecer a todas aquellas personas que directa o indirectamente me ayudaron en la realización de este trabajo, ya que yo mismo soy una mezcla de tantas cosas, personas y en sí circunstancias que si alguno de todos los elementos enunciados faltaran no sería lo que soy en este momento, sin entrar a la cuestión de qué es mejor o peor (eso tal vez nunca lo sepa), y por ende muy probablemente este trabajo no existiría.

Debo enfatizar que hay grupos de personas bien definidos, que no por el orden en el que aparezcan significa que sean más importantes que otro grupo; todos son igual de preponderantes, pues si alguno faltara, no sería lo que soy. Son parte de mi circunstancia.

Antes de empezar a expresar la gratitud que siento por todos debo hacer una distinción que resulta vital para entender por qué decido dar las gracias y no solo dedicar este trabajo. La distinción en comento es la que hago entre un maestro(a) y un profesor(a). Las personas de la primer categoría, considero, además de enseñarte cosas de la escuela, propiamente dichas, te enseñan cosas de la vida, haciéndote mejor ser humano, consciente de tus fortalezas y debilidades, virtudes y defectos; pero más importante aún: te “pule” y hace maximizar estas virtudes y fortalezas mostrando, además, cómo controlar, mitigar o desaparecer esos vicios y debilidades. Es pues aquel individuo que te enseña la excelencia humana que tiene en su ser, y te muestra el camino a seguir para alcanzar la excelsitud misma, de la que por cierto, tácita o expresamente manifiestan estar en ese mismo camino que te revelan haciéndose acompañantes, tal vez con distinto camino, pero con esa meta en común.

En este sentido no es de extrañar que muchas veces seamos lo que somos por los maestros que tenemos y conocemos. Así, y con lo expuesto hasta aquí, quiero reconocer por supuesto a todos ellos, que me han forjado e incentivado a ser mejor, en todos los aspectos (mental, espiritual, académico, personal, etc.).

Todos mis maestros son importantes, no obstante los enunciaré en el orden en que los fui conociendo.

A mi primera maestra, mi madre: Fernanda Rosas Villasana. Mamá no sabes lo infinitamente agradecido que estoy en que me compartas tu sabiduría, conocimientos, enseñanzas, fortaleza, cariño y amor, desde el inicio de mi historia, hasta siempre; todo lo anterior y esa generosidad de enseñar lo que sabes, sin egoísmo alguno, me acompañará perpetuamente, eso lo sé y no es sorpresa decir que eres de las personas que yo más admiro, por todas estas cualidades que me han formado y templado, siendo de hecho que mucha de mi fuerza la obtuve gracias a ti. No tengo palabras ni forma de expresar todo lo que en estas escasas líneas puedo plasmar, ciertamente es inefable, pero lo intenté, ya que en efecto tú mereces la más alta distinción, gloria y reconocimiento. Yo sin ti no sé cómo sería, pero de lo que estoy seguro es que sería peor. Mamá, honor a quien honor merece, y este es solo un pequeño reconocimiento a la gran persona que eres, gracias. Mi respeto, admiración, amor y cariño sinceros.

A mis maestros(as) de primaria y secundaria, que con cariño lo(a)s recuerdo por la labor que hicieron en mis años de educación básica.

Gracias a mis maestros de la Escuela Nacional Preparatoria, quienes me mostraran el mundo que hasta ese momento no conocía e incentivaron mi amor por el saber; el estudio; la crítica en toda su amplitud; y por supuesto el amor a mi Universidad Nacional Autónoma de México. Maestros de la Preparatoria Número Uno, Gabino Barreda, los guardo en mi pensamiento y en mi corazón con mucho afecto y respeto. Por supuesto, en esta etapa preparatoria, agradezco a mi primer maestro del Derecho: Alfonso E. Ochoa Hofmann; gracias por haberme enseñado lo que era, y es, estudiar Derecho.

Mis queridos maestros de la Facultad de Derecho: María Martha del Pilar Rabago Murcio; Jorge Mario Magallón Ibarra; Rogelio Paredes Pérez; Benito Media Limón; José Alberto Frias Hermosillo; Rosa Elvira Vargas Baca; Jesús Alejandro Aguayo Terán; María Antonieta Magallón Gómez; Silvestre Constantino

Mendoza González; Francisco Javier Dorantes Díaz; Martha Patricia Irigoyen Troconis; Genny Mireya Baeza López. Maestros, gracias por hacer de mi estadía en la Facultad algo que siempre voy a recordar con una sonrisa en mi rostro, sus enseñanzas han fortalecido mi pretensión de convertirme en jurista, además de reforzar mi convencimiento por el Derecho. “Estoy donde quiero y debo estar.”

En este rubro agradezco, asimismo, al maestro de mi maestro, Rolando Tamayo y Salmorán, sus obras han sido de gran apoyo no solo al presente trabajo, también a mi vida académica; a Carlos Rodríguez Manzanera por mostrarme que el que yo creía el tope, no es más que otro nivel, revelándome la calidez de las personas que son como él. Con especial mención a mi maestro José Luis Chirinos Palomo, quien gracias a su apoyo y palabras de aliento me hicieran retomar este camino con más brío y entusiasmo cuando estaba por rendirme.

Agradezco a mis maestros que a través de sus obras han dejado mucho en mí: Sócrates, Platón, Aristóteles, Eduardo García Máynez; Hans Kelsen; Álvaro D’Ors; Lon Fuller; Alejandro Nieto; Luis Recaséns Siches; Mario de la Cueva; Herbert Lionel Adolphus Hart; Tomás Ramón Fernández; Robert Alexy; Ronald Dworkin...

A todos mis maestros(as), gracias.

Por supuesto, eternamente agradecido con la Institución que ha hecho posible todo esto, mi Universidad Nacional Autónoma de México.

Igualmente quiero mencionar a las personas más cercanas a mí: mis abuelos Agripina García Caballero; Benita Villasana Alvarado, que en paz descansen; Celestino Rosas Retana, que en paz descansen; Francisco Castro Ávila, que en paz descansen. Quien todavía tengo a mi lado en esencia y existencia le agradezco su atención y cariño, ya que junto con mis tíos, especialmente Víctor, sembraron en mí la confianza necesaria para que empezara este camino llamado vida. A los que ahora sólo me acompañan en esencia, agradezco que nos sigan cuidando, a todos y cada uno de sus descendientes, en sus respectivas ramas.

Tíos y primos, saben que son muchos, como también saben la relación que tengo con todos y cada uno de ustedes.

Ahora cualquier persona tiene una familia llamada amigos, los cuales se convierten en parte de tu vida desde el momento en que los conoces. De la Facultad de Derecho, mis amigos del primer semestre y de toda la carrera: Ana, Rafael, Aurora, Jacob, Itzel, Verónica, Elisa, Daniel...; mis amigos en general: Omar Alberto, Yazmín, Moisés, Karina, Jaén, Yaquelín, Juan Alberto, Paola, Josué, Isaí, Adán, Elena, Armando..., gracias a todos por su amistad.

He también de agradecer a mi padre, no porque me haya enseñado directamente, sino porque por mí mismo he aprendido. De tus defectos y errores sé lo que no debo ser ni hacer. A mis hermanas, solo el hecho de que no estoy solo.

Finalmente, dedico este logro a mi ascendencia, mis padres que sin su apoyo y paciencia no habría podido ser, a mis abuelos por sus cuidados pasados y presentes.

## INTRODUCCIÓN

La equidad dentro del Derecho ha tenido un lugar privilegiado a través de su historia, y considero que la historia del Derecho es precisamente la historia de la equidad. Tradicionalmente se le ha asociado con la justicia dando como consecuencia que se tenga que estudiar al mismo tiempo a la justicia y a la equidad aunque de forma diferenciada pero integral, para poder establecer o entender lo que sea la equidad.

La equidad y la justicia, no obstante que han sido tema de estudio desde tiempos antiquísimos hasta nuestros días, no poseen una conceptualización o definición que sea aceptada por todas las personas, en todos los tiempos y en todos los lugares. Se ha llegado a definir de tal o cual manera, dependiendo mucho el contexto y las circunstancias, sobre todo de la sociedad que los adopta o intenta adoptar, llegando a ser percepciones antagónicas entre sí<sup>1</sup>, sin embargo el elemento constante en todas estas es que se acepta que es algo bueno en sí misma, y por ello también se han tenido concordancias o intersecciones.

Ahora bien, y no obstante que pudiera sostenerse que la justicia (y la equidad) es(son) un(os) ideal(es) indefinible(s), no ha sido impedimento para que sean incluidos en muchos sistemas jurídicos de diversos países, siendo una herramienta eficiente y eficaz que ayuda al propio sistema a ser estable y, por así decir, duradero, principalmente en la tradición anglosajona (y sólo simbólicamente en el neo-romanismo). Lo anterior se ha logrado en gran medida porque se han establecido pautas y directrices respecto de estas ideas, y lo que en ese sistema cualquiera se entiende por justicia y equidad, siendo en la mayoría de las veces los órganos del poder judicial quienes las han establecido (es así como el sistema incorpora un elemento tan fundamental como la justicia y la equidad), y lo hace con el fin de que el mismo sea más justo y equitativo.

---

<sup>1</sup> No es igual la percepción que se tendrá de la justicia y de la equidad, por ejemplo, en un sistema capitalista a la de un sistema socialista.

En el ámbito del Derecho la equidad es elemento fundamental en la solución de problemas específicos que le dan el carácter eminentemente jurídico, el cual si se prescindiera de ella en las resoluciones de las que se hace mención solo quedaría el elemento legal, cosa que como se observará, se aleja de los principios y fundamentos del Derecho y su *praxis*, pues:

“<<El derecho es la vida>>, dijo Ihering, mucho más avanzado en la lista universal de juristas que Azorín en el rol mundial de literatos. Y la vida es, ante todo, realidad práctica. <<Primum vivere, deinde filosofare>>, se viene aseverando desde hace milenios.”<sup>2</sup>

No puede negarse de ninguna manera que la justicia y la equidad tienen su relevancia e importancia dentro del estudio jurídico; en todos sus campos, son tema de debate, comprensión y estudio. El lugar que ocupan es preponderante dentro del Derecho (hablando ius-filosóficamente); dentro de la sociedad y del Derecho positivo que en ella hay, como una luz que ilumina esa meta a la perfección tan esquiva que el ser humano siempre está tratando de alcanzar. Por poner un símil, dejarlos de lado sería como ir a la deriva en un océano tempestuoso, que tarde o temprano hundiría cualquier nave; sin ellos colapsaría inevitablemente la sociedad (cualquiera) y el Derecho que en ella hubiera. Hablar del *Ius* y de sus valores obliga a hablar, necesariamente, de la justicia y de la equidad; es seguir todo aquello que le da sentido, estructura y origen para que siga siéndolo y no se convierta en otra cosa.

Al hacer un examen de integración se podrá apreciar que muchos autores, incluyendo a los antiguos griegos y romanos, lo que buscan es mejorar al Estado y a la Sociedad a través de la justicia, ya que no puede ser de otra forma. Solo si el Derecho positivo y la sociedad son justos podrán prosperar, de lo contrario entrarán en un estado de decadencia, y posteriormente de crisis, que lo pueden llevar a su destrucción, total o parcial.

---

<sup>2</sup> ENTRENA KLETT, Carlos M.- La Equidad y el Arte de Juzgar, Editorial Aranzadil, 2ª edición, Pamplona, 1990, pág. 11.

Se debe recordar que si el Derecho vuelve a sus fundamentos intrínsecos, si se mantiene fiel a la justicia y a la equidad, ambos elementos constitutivos, podrá cumplir sus propósitos como medio de convivencia pacífica que llevan a alcanzar los fines del ser humano viviendo en sociedad: el bien común; la felicidad; el crecimiento positivo o bueno; la virtud; alcanzar con aun mayor cercanía la tan anhelada y esquiva perfección; etc.

Ahora bien, en la medida en que se dé a la justicia y a la equidad el lugar que se merecen dentro del Derecho y de la sociedad, así como hacer notar, aceptar y utilizar estos elementos en la práctica jurídica, será la medida en que el Derecho, en primera instancia, y la sociedad, en segundo término, puedan ser mejores.

Empecemos por familiarizarnos con lo que el diccionario de la Real Academia Española nos dice al respecto. La justicia es definida, en éste diccionario como “Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece. **Derecho**, razón, equidad. Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene.”<sup>3</sup> En cuanto a la equidad, el mismo diccionario nos dice que es “Igualdad de ánimo. Bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva.”<sup>4</sup>

Por su parte, en el diccionario de sinónimos, cuando buscamos a la justicia nos aparecen, precisamente como iguales: ecuanimidad; **equidad**; honradez; jurisprudencia; objetividad; etc.<sup>5</sup> Cuando buscamos a la equidad, la situación es similar, pues los resultados son: igualdad; ecuanimidad; imparcialidad; objetividad; rectitud; **justicia**.<sup>6</sup> Estas dos palabras se toman o pueden ser utilizadas, entonces, como sinónimas, ya que se implican recíprocamente, dando una primera

---

<sup>3</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, 2012, versión digital.

<sup>4</sup> Ídem.

<sup>5</sup> <http://www.wordreference.com/sinonimos/justicia> (al 18 de Marzo de 2015).

<sup>6</sup> <http://www.wordreference.com/sinonimos/equidad> (al 18 de Marzo de 2015).

aseveración, sin miedo a incurrir en error, que son idénticas, y que si hay, o acaso hubiera una diferenciación ésta sería solo de grado.

Haciendo alusión a las múltiples concepciones, puede formarse la idea de que:

“algo es justo cuando su existencia no interfiere con el orden al cual pertenece. En este sentido, la justicia es muy similar al orden o a la medida. El que cada cosa ocupe su lugar en el universo es justo. Cuando no ocurre así, cuando una cosa usurpa el lugar de otra, cuando no se confina a ser lo que es, cuando hay alguna demasía o exceso, se produce una injusticia. Se cumple la justicia sólo cuando se restaura el orden originario, cuando se corrige, y se castiga, la desmesura.”<sup>7</sup>

Y, ¿Cómo se ha utilizado normalmente a la justicia (para comprender de mejor forma a la equidad)?:

“En la historia del pensamiento la palabra “justicia” ha sido usada en dos acepciones de diferente alcance y extensión, incluso por los mismos autores: por una parte, la palabra “justicia” se ha usado y se usa para designar el criterio ideal, o por lo menos el principal criterio ideal del Derecho (Derecho natural, Derecho racional, Derecho valioso), en suma, la idea básica sobre la cual debe inspirarse el Derecho. Mas por otra parte, “justicia” ha sido empleada también para denotar la virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes. Así por ejemplo, en ese sentido lato, para Platón la justicia es la virtud fundamental de la cual se derivan todas las demás virtudes, pues constituye el principio armónico ordenador de éstas, el principio que determina el campo de acción de cada una de las demás virtudes: de la prudencia o sabiduría para el intelecto, de la fortaleza o valor para la voluntad, y de la templanza para los apetitos y tendencias. Sin embargo, Platón aplica el mismo principio de armonía al Estado y al Derecho. También Aristóteles, quien elaboró muy concienzudamente la teoría de la justicia en sentido estricto como pauta para el Derecho, usa asimismo la palabra “justicia” como expresión de la *virtud total* o perfecta, de la cual dice que consiste en una medida de

---

<sup>7</sup> FERRATER MORA, José.- Diccionario de Filosofía, Alianza Editorial 3ª edición, España, 1981, pág. 1830.

proporcionalidad de los actos, la cual representa el medio equidistante entre el exceso y el defecto.”<sup>8</sup>

Ahora bien, no hay que dejar de lado la gran aportación, sobre todo práctica, que el Derecho Romano da a la idea de justicia, en la que:

“Generalmente es aceptada la definición de justicia que da Ulpiano (*D.*, 1, 1, 10, pr.: justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo). Esta definición contempla la justicia como una virtud moral, la cual, sin embargo, para ser realizada supone un discernimiento acerca de lo que es suyo de cada quien. Este discernimiento corresponde propiamente a la jurisprudencia, o prudencia de lo justo (*justi atque iniusti scientia*, *D.* 1, 1, 10, 2), que es una virtud propia del entendimiento. A veces suele llamarse “justicia” a la virtud intelectual de discernir entre lo que es suyo de cada quien...”<sup>9</sup>

Del lado de la equidad, y aunque se le asocie con la justicia, tiene ciertos matices que conviene tener presentes. Equidad, del latín *aequitas- atis*, igualdad de ánimo.

“El antecedente histórico directo del concepto de equidad se encuentra en Aristóteles, quien habla de la *epiqueya* como la prudente adaptación de la ley general, a fin de aplicarla al caso concreto. La equidad era para Aristóteles, en sí, una forma de la justicia. Este concepto de Aristóteles ha perdurado a través del tiempo sin haber sido modificado en sustancia.”<sup>10</sup>

Podremos, siguiendo al Dr. Luis Recaséns Siches en el Diccionario Omeba, distinguir tres acepciones o ideas de la palabra equidad.

“Una de estas acepciones es equivalente a justicia. En este sentido, se entiende por equidad lo *fundamentalmente justo*. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan vocablos sinónimos.

---

<sup>8</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XII, Editorial Driskill, Argentina, 1990, pág. 652.

<sup>9</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas - Enciclopedia Jurídica Mexicana, tomo IV, UNAM, Editorial Porrúa 2ª edición, México, 2004, pág. 824.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 772.

Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra equidad es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como de aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular.

En tercer lugar se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse, las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo.”<sup>11</sup>

Puede notarse que tratar estos temas, y a la equidad en especial, no es tarea fácil, pero si no se hiciera llegaría un punto en el cual el Derecho se convertiría en simple ley, y el jurista pasaría a ser un ente extraño en un mundo de leguleyos... equidad, elemento inamovible, permanente, continuo en todas las formas de expresión jurídica y legal; variando solamente la intensidad en cuanto a su observación o acatamiento, dependiendo de las distintas formas de concebir, entender y desentrañar el Derecho, en las distintas etapas de la historia de la humanidad. Las ideas de justicia y de equidad han siempre estado presentes en toda sociedad, en todo pensamiento humano y por sobre todo en el *Ius*, y es obligación de todos, pero en especial de los *jurisprudentes* el que siga siendo así, aun dudando después de todos los conceptos habidos, y tal vez por haber, de su exactitud.

---

<sup>11</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Opere Citato, págs. 427 y 428.

## I.- GRECIA

Para el caso del capítulo a desarrollar, se analizarán especialmente algunos autores dentro de la cultura griega, que se consideran los más importantes, porque de una forma u otra dan pauta y luz sobre la equidad. Si bien en ocasiones no es expresa la mención, se logra inferir que se hace alusión a ella, al menos después de hacer un examen más acabado y con una mayor indagación, sobre todo en los sofistas y presocráticos; cosa distinta a lo que hace a Sócrates, Platón, Aristóteles, entre otros, en los que la justicia y la equidad tiene un papel central dentro de su filosofía.

En este sentido surge la cuestión ¿Por qué los griegos? Bien porque el pensamiento filosófico y jurídico, como hoy lo conocemos en occidente, tiene sus fundamentos sin lugar a dudas en gran parte de, si no es que en toda, la cultura helénica, desde la mitología hasta los estudios que grandes maestros y autores hicieron de su entorno a través de su observación y la filosofía. Otra razón por la cual los griegos son siempre citados en diversas investigaciones es porque buscan dar una explicación, a la vez mitológica-filosófica-racional a todo cuanto nos rodea, marca el inicio filosófico-racional de las ciencias, claro está con las diferencias que los mismos autores les imprimen, desde sus propias posturas y perspectivas. La cultura griega es punto de referencia y partida por lo que representa y por las aportaciones que dieron a todo el mundo, siendo quizá la filosofía el mayor de ellos.

Ya en la antigüedad la fascinación por los fenómenos jurídicos, sociales y políticos como hoy son entendidos, era tal que eminentes personajes (entre poetas, filósofos, políticos, etc.) trataron directa o indirectamente cuestiones de esta índole; se ve reflejado en sus escritos que han sobrevivido al paso del tiempo y que en la actualidad son todavía objeto de intenso estudio y debate. En este contexto la equidad ha tenido un lugar constante, llegando a ser, en algunos de

estos autores, tan relevante que realizan un análisis especializado respecto de ella, siendo tal vez Aristóteles el más claro ejemplo de ello.

Con el nacimiento de la filosofía estas reflexiones sobre la equidad tienen un desenvolvimiento y análisis tal que rayan en lo sublime y perfecto, que es al mismo tiempo, en la mayoría de las ocasiones, punto de inicio para empezar a hablar de este tema. Esto no significa que antes de los griegos no hubiera estudios o reflexiones respecto de esta abstracción, pero fue con ellos que estos ideales tienen una óptica aún más amplia y bella que hace de su estudio un parte-aguas en la concepción y análisis de este ideal.

En un primer instante, en la cosmovisión de los griegos, se fusiona lo divino con lo humano, lo mítico con lo científico, se armonizan los antagónicos que existen y existirán, para dar una explicación del Todo con la plenitud necesaria para que puedan verse todas, o casi todas, las aristas de él. Puede afirmarse que la mitología griega es el germen de prácticamente todo pensamiento filosófico, científico, y hasta jurídico, que dio la inspiración necesaria para que temas de gran relevancia e importancia pudieran ser estudiados racionalmente en la actualidad.

Si se es fríamente observador, se advierte que la equidad ha estado presente en las explicaciones del origen y creación del Cosmos (a través de la justicia), ya que el mito reúne en todo su trama los elementos constitutivos necesarios para que el universo pueda ser, y del cual la justicia es uno de ellos.

La racionalidad del hombre utiliza el mito para poder explicar, en esta primera fase, todo sobre el Todo, aglutinando íntegramente estos componentes, para posteriormente darles su lugar y explicarlos individualmente, tanto en el universo como en la sociedad. *Grosso modo* de la siguiente manera.

El cosmos (*Physis*<sup>12</sup>) contiene, en su ser, la energía (*logos*) que a su vez da paso al movimiento; que debe ser exacto, sin excesos ni carencias, controlado

---

<sup>12</sup> La palabra griega (φύσις, φύσεως: *physis, physeos*) que se traduce por *naturaleza* y que procede etimológicamente del verbo *phyo* (φύω), que significa brotar, crecer, hacer salir. Para los griegos, el

precisamente por *Dike* (justicia); para que este cosmos pueda existir, en completa e inimaginable armonía, sin que se auto-destruya y se retorne al caos y a la nada.

Esta es la perspectiva o modelo del Todo-Naturaleza, y es la que se tomará como referencia para explicar el Todo-Social, con los mismos elementos y funciones trasladados a la sociedad y al hombre que vive en ella:

El *logos* pasa de ser esa fuerza permanente que ata al Universo para que se conduzca como debe hacerlo y permita que haya movimiento, representada por la energía misma, a ser la esencia del hombre, *id est*, la razón. Con esta naturaleza racional empieza a desentrañar la verdad acerca del Todo, de su lugar en él y de sí mismo: El actuar o el movimiento del hombre debe estar regulado por la fuerza que obliga al mismo Cosmos, en rangos específicos, en los que no haya exceso ni defecto. Cosa que solo puede ser lograda o aprehendida con ayuda de su *logos*, su racionalidad, con el fin de salvaguardar su propia existencia, y que su sociedad pueda seguir, encontrándose esta en armonía, en movimiento y paz.

Sirva el siguiente cuadro para ejemplificar las equivalencias entre el Todo-Natural y el Todo-Social.

<i>Physis</i> /Cosmos/Universo/Naturaleza = Sociedad
<i>Logos</i> / Energía = Razón
<i>Dike</i> /Fuerza/Necesidad = Justicia

Las equivalencias de estos elementos tienen su razón de ser para el Todo-Social, pues sin razón no habría justicia (ni su entendimiento), y sin esta no podría ser posible la sociedad, sumando que la equivalencia se hace no solo por mera cuestión práctica, sino que sigue precisamente el orden que el Universo tiene, al pie de su estructura; por ende se le respeta y obedece.

---

termino *physis* tiene un sentido dinámico y hace referencia a aquella fuerza o fuente de donde nacen los entes. A partir de los sofistas (que oponen la *physis* a *nomos*) y sobre todo de Aristóteles (que entiende la naturaleza como esencia de las cosas y como principio interno de movimiento), esta idea adquirió un sentido metafísico en el mundo griego. <http://symploke.trujaman.org/index.php?title=Physis>. (al 7 de Mayo de 2015).

Sin embargo, antes de que todo esto tenga forma y fondo en el pensamiento filosófico, son los poetas los *médiums* para que estas ideas tomen configuración y se empieza a dar el estudio y análisis de los diversos temas, que como se observa tienen gran complejidad filosófica; donde se explica precisamente el Todo desde su origen. Lo mismo hace, por ejemplo, Rolando Tamayo, tomando las nociones de Hesíodo, para enseñar dónde emergen las ideas del sistema jurídico, en los siguientes párrafos.

"*Physis*, que al origen era completamente gobernada por dioses y demonios, va, paso a paso, a emanciparse de los dioses. Estos se convierten en elementos, fuerzas o propiedades de la Naturaleza. *Physis* se encuentra sometida a medidas, a reglas que le son inmanentes; *Physis* se transforma en un cosmos.

Este ordenado Universo (cosmos), el mismo para todos, no ha sido creado por ninguno de los dioses o de los hombres sino ha sido siempre y es y será un fuego siempre vivo que se prende según medidas y se apaga según medidas.

En el cosmos las cosas no son caprichosas, por el contrario ahí todo se produce por necesidad;... todo sucede... por necesidad. El cosmos no puede ser de otra manera sin negarse, pues existe un *logos* inmanente que lo gobierna. El *logos* que conduce la Naturaleza le impone contener *en sí* las medidas que la necesidad le determina. La poderosa necesidad le vigila y la traba en sus cadenas... Ya no se trata ahora de impresionar la imaginación, como en Hesíodo o Helenaicos, sino de introducir un orden armonioso y necesario.

Ahí, de donde emergen las cosas que existen, ahí mismo concluyen a su destrucción de modo necesario; pues se hacen justicia y dan reparación una a otras de su injusticia según los dictados del tiempo.

De aquí surge la idea de un orden natural necesario que es al mismo tiempo un orden de justicia. La Naturaleza es un ajuste de fuerzas. Todo exceso, todo aquello que rebasa las medidas, es castigado por la muerte o la corrupción. Límites y medidas son mantenidas celosamente por *Dike*, a cuyo servicio se encuentran las furias vengadoras.

Si *Physis* es, en sí, absoluta y necesaria, *Dike* (justicia), corolario de *Physis*, es fatal e ineluctable. *Physis* se encuentra, así, justificada por *Dike*, y esta es

inmanente al *logos* que ilumina al mundo y lo gobierna. Todo lo que ha sido, ha sido *justo por naturaleza*. De ahí que todo acontecimiento o comportamiento tengan que obedecer a las reglas inmutables de la naturaleza, las cuales son absolutamente justas. Los hombres tienen que respetar el equilibrio natural, puesto que, en tanto que natural, es justo. Las comunidades humanas, como todas las cosas, se encuentran sometidas a las mismas reglas contenidas en el *Dikaion-Physikon*, razón de ser del derecho consuetudinario. El proceso de retribución, más o menos arbitrario, de la vida social, que había sido transportado a la naturaleza, se convierte en inmutable y absoluto, puesto que natural.”<sup>13</sup>

Puede notarse que las ideas de naturaleza y justicia, en este primer acercamiento, se implican necesariamente, no puede pensarse o concebirse que la naturaleza, y el *logos* que la gobierna, puedan ser injustas, esto rompería con el todo y se volvería al caos, y muy probablemente a la nada (noción esta que tiene gran importancia para lo que siglos más tarde denominarán Derecho Natural). Después de lo anterior, del Inicio, se vuelve la vista a los dioses olímpicos para hacer una amalgama del uso de la racionalidad y de la mitología para tener una congruencia entre ambas explicando el por qué de las cosas y de los fenómenos. Mas lo que aquí interesa son por un lado la justicia, general y eterna, y la equidad, particular y temporal (caso concreto):

“Las formas en que se entrelazan razón y justicia en los símbolos de los mitos, según los narra Hesíodo, biógrafo de los dioses, en su “teogonía” e interpretan posteriormente poetas y filósofos, se hacen más estrechas y significativas a partir del segundo matrimonio de *Zeus*, consumado con la titánica *Temis* –cuyo nombre significa *ley eterna*-, hija o personificación de *Gea*, y es diosa de la justicia, legisladora y patrona de los oráculos humanos, que preside el orden regular del mundo a cuya facultad previsor se ajusta. Hijos de *Temis* son *Diké*, *Prometeo* y *Epimeteo*, deidades por las cuales el **lógos** transita de lo divino a lo humano y anuncian inexorables el destino de los mortales.

*Diké* es la diosa portadora de la balanza y armada de la espada, en quien la justicia sintetiza razón y poder, es la personificación de la justicia reparadora

---

<sup>13</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando.- Sobre el Sistema Jurídico y su Creación, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 1976, págs. 16 y 17.

(judicial), la que sanciona las transgresiones de la ley y castiga a los culpables de violar el orden impuesto por su madre.

En *Temis* y *Dike* convergen las facultades **previsoras** del **lógos** que guían a la conducta, las del cálculo basado en la regularidad y las que triunfan en las situaciones inciertas.

*Temis* es la razón universal legisladora, *Dike* la razón particular, reparadora y astuta, a ambas es común la capacidad previsor, pues así como es necesaria la previsión por el cumplimiento de la regularidad establecida, lo es también la previsión de su ruptura y de las medidas necesarias para restablecerla.”<sup>14</sup>

*Themis*<sup>15</sup> tiene un poder tan similar a *Dike* en sus funciones como deidad que se manifiesta al obligar tanto a dioses como a mortales a conducirse conforme a las normas de la justicia, mismas que obligan a la propia *Physis*, pero lo hace de una forma general. En caso de que los destinatarios no lo hagan, o transgredan esas normas eternas, entonces entrará en escena *Dike*, quien mandará a su vez a las *furias vengadoras* a castigar al(os), y sólo al(os), transgresor(es) de las *themistes*. Mientras que una es general, la otra es particular; la una justicia, la otra equidad.

“*Themis* (quien) conoce el destino que pende sobre los dioses y los hombres; de ahí que sea la consejera jurídica del padre de los dioses. Tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes recibían el nombre de *themistes*, lo que a su vez explica el hecho de que la conducta que coincide con el derecho se exprese por la fórmula es *Themis*.

“Los monarcas recibían su cetro, y con él las *themistes*, de su prototipo celestial, Zeus, rey de los dioses, considerado por Homero como fuente divina de

---

<sup>14</sup> PALACIO DÍAZ, Alejandro del.- Logós – Diké, Razón y Justicia en Grecia Antigua, Editorial Claves Latinoamericanas, México, 1998, págs. 18 y 19.

<sup>15</sup> **Temis** (en griego Θεμις *Themis*, que significa ‘ley de la naturaleza’ más que ‘autoridad humana’) *Temis*, la del ‘buen consejo’, era la encarnación del orden divino, las leyes y las costumbres. Cuando se le hace caso omiso, Némesis trae el justo y colérico castigo. *Temis* no era colérica: ella, ‘la de preciosas mejillas’, fue la primera en ofrecer a Hera una copa cuando volvió al Olimpo afligida por las amenazas de Zeus. *Temis* presidía la correcta relación entre hombre y mujer, la base de la familia legítima y ordenada, y la familia era el pilar del *dimos*. Los jueces eran a menudo llamados *themistopoi*, ‘sirvientes de *Temis*’. [http://es.wikipedia.org/wiki/Temis\\_\(mitolog%C3%ADa\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Temis_(mitolog%C3%ADa)) (al 7 de Mayo de 2015).

toda justicia terrenal. Homero usaba la palabra “*themistes*”, que parece significar reglas o regulación, para designar la autoridad de la costumbre y de la tradición oral.”<sup>16</sup>

Con todo lo anteriormente expuesto puede observarse que el *logos* ataba al cosmos junto a otros elementos, haciéndolo justo *per se*, esto en un plano general. Al pasar a un plano particular se vuelve la esencia del hombre, implicando, como en un principio, que cualquier cosa que tuviera que ver con el logos (la razón) fuera por este simple hecho, justa.

En pocas palabras, algo justo será siempre racional, y viceversa; tanto razón como justicia se implican recíprocamente.

Ahora bien, un papel distinto pero igual de importante que tiene el *logos* para la comunidad en sí, es que da a las relaciones que tienen los dioses, entre ellos mismos; las relaciones que tienen los humanos, entre sus semejantes, y la conexión entre estos dos, la posibilidad de existir. En el hombre el *logos* es aquel elemento indispensable para que haya comunidad pacífica y consciente, tanto para con los dioses, como para con los de su misma especie, para los dioses simplemente es algo inherente a ellos. La función que tiene el *logos* es distinta dependiendo que se trate del cosmos o de la sociedad, por ejemplo, mientras que para el universo es esa fuerza invisible que hace que el todo tenga un movimiento “justo”, para la sociedad es la herramienta por la cual los mandatos divinos pueden estar al alcance de los simples mortales, siendo a su vez, como se ha repetido en reiteradas ocasiones, la esencia del hombre, pues:

“En todo caso, la razón es impulso vital que une a hombres y dioses, rige en ellos y a través de ellos y por qué esto es así, porque la razón, el **Lógos**, la palabra, es en esencia y desde el principio, social, porque rige y gobierna, porque media entre unos y otros, dioses y humanos, la razón es también y al mismo tiempo, justicia. Los mitos, de mil formas diversas y un solo significado verdadero, así lo confirman.

---

<sup>16</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Opere Citato*, pág. 16.

Razón y justicia se entrelazan en los mitos griegos, testimonios poéticos del **lógos**, cuando ni una ni otra saben su nombre; pero ya rigen, inexorables el destino de los hombres y de los dioses.”<sup>17</sup>

De ahí precisamente que “razón” sea sinónimo de justicia<sup>18</sup>, todo aquello que sea irracional, o sea realizado con irracionalidad, dentro de una comunidad o sociedad cualquiera, será necesariamente injusto. Ambas palabras se implican recíprocamente y hacen alusión, al final de cuentas, a la misma cosa.

Siguiendo esta línea de ideas, es claro que el hombre no siempre hace uso de esta razón en su actuar cotidiano, o a pesar de esa racionalidad procede de forma injusta, es por eso que además de estas normas eternas debe haber normas especiales, que tienen su inspiración en las de la Naturaleza. Estas normas son necesarias e imprescindibles para la convivencia entre los hombres ya que el ser humano en sí no es un ente que siempre y en todo lugar este en conexión con el universo, pues dados sus apetitos, pasiones y vicios puede degenerar no solo su ser, también su entorno. Por ello es que debe respetar y acoplarse, primero, a estas normas eternas dadas a ellos por los dioses inspirando, después, sus propias normas terrenales, como se aprecia en las siguientes líneas: “Son los dioses los que han fijado las normas de la vida social, y los poetas, de todos los géneros, han alabado siempre su magnificencia.”<sup>19</sup>

A pesar de que, como se denota, la inspiración procede de los poetas, ellos mismos no están tan alejados de una gran verdad, como lo es que debe haber un respeto por aquellas normas jurídicas, sociales, culturales, políticas, para que la vida en comunidad pueda prosperar. Es, pues, la justicia idea medular en estas normas, de la vida en comunidad (universales y necesarias), que son al tiempo producto de ella, dadas, se repite, por *Themis*.

---

<sup>17</sup> PALACIO DÍAZ, Alejandro del, *Opere Citato*, pág. 17.

<sup>18</sup> Cónfer Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, versión digital.

<sup>19</sup> PALACIO DÍAZ, Alejandro del, *Opere Citato*, pág. 15.

La justicia, y por ende la equidad, en la cosmovisión de los griegos, es (son) pieza(s) elemental(es), necesaria(s), para que pueda existir y tener consistencia, no solo el cosmos sino también la sociedad y el estado, creación esta última del propio hombre que tiene que asociarse con sus semejantes para sobrevivir y progresar. Sin estos elementos integrantes y constitutivos, el todo está condenado a su corrupción y posterior destrucción, tanto el cosmos como la sociedad.

De esta fase mítica se pasa a una que busca dar explicación sobre el cómo la justicia, y la equidad (especie de aquella), son en efecto elementos inherentes a la sociedad desde una perspectiva un tanto más racional. Ya no se trata pues de nociones teológicas o mitológicas, se busca entender esos ideales dentro de la sociedad, estudiados a través de la filosofía y aplicados por la actividad jurisdiccional, sincronizándose con las leyes que gobiernan el cosmos (las normas impuestas por los dioses y a los dioses).

El pensamiento filosófico de los griegos pone de relieve y al descubierto las implicaciones y la importancia que tienen estos ideales dentro de cualquier comunidad, sea divina o humana. En efecto, mientras que en los dioses esta obligación es dada por la simple existencia del cosmos, para las comunidades humanas esta idea de justicia, y de equidad, solo es asequible por vía de la razón y de la filosofía, ya que, dada la naturaleza “libre” de los hombres y a su libre albedrío, solo con la razón y el amor por la sabiduría es que pueden detenerse a su propia destrucción, preguntándose a sí mismos sobre las razones de su hacer o no hacer, las consecuencias que estas conductas puedan acarrear y la solución pacífica de los inevitables conflictos que surgirán en la convivencia, menesterosa, de los hombres. Un ejemplo de lo imprescindible que es la existencia de métodos de solución de conflictos basados en estos ideales, justicia y equidad que son una y la misma cosa, es:

“la disputa judicial en el ágora que se describe en el escudo de Aquiles  
(Homero, *Ilíada*, 18.497-508):

Los hombres (*laoi*) estaban reunidos (*athrooi*) en el ágora; allí una disputa (*neikos*) había surgido, y dos varones disputaban (*eneikeon*) debido a un resarcimiento de sangre (*poines*) por el homicidio de un varón. Uno prometía (*eúkheto*) que iba a pagar todo, declarándolo ante la comunidad (*démoi*), pero el otro no quería (*anaíneto*) aceptar nada; ambos solicitaron un árbitro (*istori*) para llegar a un límite (*peîrar*). Los hombres aplaudían a ambos en defensa de uno o de otro; y por eso los heraldos (*kérukes*) contenían al pueblo (*laón*). Los ancianos (*gérontes*) estaban sentados en las pulidas piedras en el círculo sagrado y recibían en sus manos los cetros (*skêptra*) de los clamorosos heraldos, con los que se levantaban y por turno dictaban sentencia (*dikazon*). En el centro (*enméssois*) yacían dos talentos de oro, para dárselos (*dómen*) al que entre ellos dijera la sentencia más equitativa (*díken ithúntata*).<sup>20</sup>

Este pasaje muestra cómo es que estos ideales se hacen presentes en una polémica surgida entre dos personas; los protagonistas buscaban justicia, que tendría que ser dada por los componedores, los cuales a su vez, para dar un fallo determinado, tenían que conocer y allegarse de los hechos, ponderar y determinar lo que en ese caso en concreto del cual tenían conocimiento era lo más justo, ¿cuál es la decisión más justa?, ¿qué es lo justo aquí y ahora? ¿Cuál es la solución que hace que la justicia se manifieste en forma de equidad?

En resumidas cuentas, más que la solución es un proceso, es un mecanismo basado en la razón (el *logos*) para determinar lo que es la justicia para el aqueo y el hogaño de las distintas problemáticas que surjan en la comunidad, herramientas estas las más eficientes y eficaces para el desenvolvimiento de la justicia por medio de la equidad, que es la forma debida de hacer esto, prescrito y aceptado tanto por dioses como por la propia comunidad.

---

<sup>20</sup> [http://www.academia.edu/1180752/La\\_asamblea\\_ateniense\\_y\\_el\\_problema\\_del\\_estado.\\_Instauraci%C3%B3n\\_y\\_agotamiento\\_de\\_una\\_subjetividad\\_pol%C3%ADtica](http://www.academia.edu/1180752/La_asamblea_ateniense_y_el_problema_del_estado._Instauraci%C3%B3n_y_agotamiento_de_una_subjetividad_pol%C3%ADtica) (al 7 de Mayo de 2015).

## 1.1 Sofistas y Presocráticos

Hay que puntualizar que toda división, por muy razonada u objetiva que se trate de hacer, siempre tendrá dificultades. En este caso el establecer qué autores son sofistas y cuales son presocráticos es complicado y puede generar errores, mas esto se hace por mera cuestión metodológica, pues facilita la explicación del tema, ya que en términos generales cualquier autor anterior a Sócrates, o inclusive autores coetáneos a él, pueden catalogarse como presocráticos y ser a la vez Sofistas.

Tanto sofistas como presocráticos tienen como base de su pensamiento la percepción y visión mitológica, principalmente de los poetas y de lo que ellos escriben acerca de la justicia y de la equidad.

El *lógos* de los hombres empieza por tener protagonismo de tal forma que la razón pudiera explicar de manera más ecuánime estas dos abstracciones; se deja un poco de lado el mito para empezar la separación, lenta pero constante, entre lo divino y lo humano. Sin embargo no puede negarse que este vínculo es necesario, inclusive para que el propio *lógos* pase a formar parte ya no solo del universo, sino del hombre. Ese vínculo es como un hilo apenas perceptible, que hace que el hombre no pierda el camino lejano y arduo hacia las estrellas y la perfección, ya que es real y cierto que: “El interés hacia el mundo natural depende del interés hacia el mundo social y humano.”<sup>21</sup> Y, en mi particular punto de vista, en sentido inverso. Ir de un extremo al otro sin perder conexión ni caer en excesos, algo muy latente en el pensamiento de los Sofistas y de los presocráticos: el término medio.

Empecemos por enunciar a los llamados siete sabios (Cleóbulo de Lindos; Solón de Atenas; Quilón de Esparta; Bías de Priene; Tales de Mileto; Pítaco de

---

<sup>21</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A.- La Especulación Iusfilosófica en Grecia Antigua: Desde Homero hasta Platón, Editorial Temis, Colombia, 1990, pág. 45.

Mitilene; Periandro de Corinto), que no está de más decirlo, no se consideraban ellos mismos como tales<sup>22</sup>, y sin embargo fueron los que iniciaron una separación un tanto más visible entre las cosas divinas y las cosas humanas, que si bien aceptan tienen relación, también hay diferencias que conviene no pasar por alto; sobre todo que la vida humana no interesa, o no del todo, a los dioses, seres inmortales de gran poderío, ajenos o casi completamente inmunes a todos los males sufridos por el hombre causados por sus vicios y defectos<sup>23</sup>. Razón por la cual los mismos humanos deben valerse por sí mismos para poder llevar una vida conveniente a su propia existencia, y conveniente a su *polis*, de la cual ellos son parte, ensalzando una moral cautelosa y recatada en todas las cosas humanas.

Su sabiduría es más bien una sabiduría y una prudencia práctica, eficiente y eficaz para hacer frente a su propia existencia, siendo sus enseñanzas guía de la vida en comunidad. En efecto “como dice A. Andrewes, <<los Siete Sabios no eran filósofos en un sentido platónico cualquiera, sino sabios muy prácticos...”<sup>24</sup>, pues todas sus sentencias, citas, anécdotas, etc., son ejemplos de una prudencia, tal vez muy simplista, pero en definitiva con grandes verdades acerca de la naturaleza humana y su comportamiento. Son consejos para la vida de los hombres, que habitan con sus semejantes en una comunidad determinada, en la que todos, o la gran mayoría de estos consejos, se refieren a cosas concretas de acuerdo a condiciones especiales de lugar y momento<sup>25</sup>, en las que la idea del

---

<sup>22</sup> GARCÍA GUAL, Carlos.- Los Siete Sabios (y tres más), Editorial Alianza ediciones del Prado, España, 1995, págs. 211 y 212. “Es muy conocida la historia del trípode encontrado por los pescadores y enviado a los sabios por el pueblo de Mileto. Con que dicen que unos jóvenes jonios alquilaban una red de los pescadores milesios. Y al pescar izaron en ella el trípode y hubo disputas sobre él hasta que los pescadores milesios consultaron a Delfos. Y el dios dio este vaticinio:

Vástago de Mileto, ¿sobre el trípode interrogas a Febo? Quien sea el primero en sabiduría, suyo proclamo el trípode.

Así que se lo dan a Tales, y él a otro, y el otro a otro, hasta llegar a Solón. Este dijo que el dios era el primero en sabiduría y lo mandó de vuelta a Delfos.”

<sup>23</sup> Hay que recordar que en la mitología griega, los dioses del Olimpo tienen en sus acciones rasgos marcadamente humanos: ira, celos, coraje, miedo, lujuria, etc., sin que por ello dejen de ser dioses.

<sup>24</sup> GARCÍA GUAL, Carlos, *Opere Citato*, pág. 135.

<sup>25</sup> Nótese que estas características de especificidad en tiempo y lugar, serán las que diferenciarán a la justicia de la equidad, por conducto de otros autores.

término medio (*todo en exceso hace daño*) y una observación fría y objetiva, sin prisas, está latente<sup>26</sup>. También es de apreciarse que hay pensadores que:

“proclaman reglas de la vida en acertijos, anécdotas, en ingeniosas frases que hacen más asequible la prédica moralizadora y frases aladas que corren de boca en boca. Las máximas, reflexiones o sentencias de los siete sabios representan brillantemente el saber gnómico griego. Los siete sabios son legisladores, reformadores de constituciones y reguladores de la vida social.”<sup>27</sup>

Los siete sabios, pues, nos dan una enseñanza sutil, en la que se pide al hombre empiece a ser consciente de su propia naturaleza y de su propio entorno. Para que puedan existir cosas grandes, complejas y divinas, hacen falta las cosas pequeñas, simples y mundanas. Su sabiduría es una:

“Sabiduría en píldoras, condensada en unas secas frases indiscutibles y concluyentes: <<De nada demasiado>>, <<lo mejor es la medida>>, <<los malos son mayoría>>, etc., reflejan bien esa mentalidad astuta, calculadora, antipoética, que exhorta a una moral basada en la prudencia y la búsqueda de beneficios materiales.”<sup>28</sup>

Ahora bien, los presocráticos, en cuanto hace a su enseñanza y pensamiento, este nos llega de forma fragmentada e indirecta, ya que no se tienen obras completas de autores que hoy en día se consideren como tal, por lo que los rasgos que se le quieran atribuir a cualquier autor que pudiera ser considerado dentro de este bloque deben ser tomadas con cierto grado de reserva. Aunque la mayoría de los fragmentos que se tienen de estos autores siguen una línea muy similar a la de los “siete sabios” irán, poco a poco, preparando el campo para dar entrada a la genialidad filosófica, precisamente, de Sócrates, pues empiezan por tomar y estudiar la vida jurídica, política, social, etc., desde su propia perspectiva.

---

<sup>26</sup> Ejemplo de ello son las máximas que aunque parecen llanas encierran un gran valor práctico: *la moderación es lo mejor; nada con exceso; no tengas prisa en buscar nuevos amigos, pero una vez encontrados no tengas prisa en deshacerte de ellos; no desees lo imposible; la mayoría de los hombres son malos; en la confianza está el peligro; debes saber escoger la oportunidad; sé previsora con todas las cosas, etc.*

<sup>27</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, págs. 37 y 38.

<sup>28</sup> GARCÍA GUAL, Carlos, *Opere Citato*, pág. 37.

Cosa con la que Sócrates empezará, para criticarla y anteponer “lo menos valioso a lo más valioso”. Esto es así porque:

“Es cierto que una característica común de los presocráticos, según los fragmentos existentes, es su preocupación por hallar el fundamento filosófico del cosmos; pero hay que tener presente que, aunque posiblemente justa, tal característica representa una simplificación, pues los problemas de la sociedad, la cultura o el individuo desempeñan un papel importante en varios de los presocráticos, como lo atestiguan los mismos fragmentos conservados. Todos los presocráticos tomaron parte muy activa en la vida política, jurídica, económica, moral, de sus respectivas *poleis*, como lo demuestran los pequeños datos biográficos conservados; por lo tanto, resulta inverosímil creer que no hayan dedicado buena parte de sus reflexiones a estos problemas.”<sup>29</sup>

Por un lado los fenómenos sociales tenían un lugar central en su pensamiento, y por otro buscaban el fundamento del todo en algo, es una etapa cosmológica en el que se trata de dar la explicación al cosmos sin tener que recurrir al mito, o tratar de hacerlo lo menos posible, con un pensamiento filosófico primario. Lo anterior lo manifiesta Hernán Ortiz Rivas:

“Es bueno insistir que la primera especulación filosófica jónica consiste en la trituración racional, sistemática, de los mitos religiosos de cada pueblo heleno, para fundamentar el ser en realidades materiales (el agua de Tales, el aire de Anaximenes, lo *ápeiron* de Anaximandro, el fuego de Heráclito, el *rus* de Anaxágoras, el átomo de Leucipo y Demócrito, etc.), así tengan connotaciones divinas. La cosmovisión mítica y religiosa va siendo desplazada por la filosófica y racional, de la cual surgen poco a poco varias escuelas rivales y antagónicas entre sí. Este es el significado profundo y radical del paso dialéctico del *mythos* al *logos* que dan los primeros filósofos jónicos, sin olvidar la influencia de la religión en la filosofía, al menos entre los pitagóricos, Jenófanes, Parménides, o Platón.”<sup>30</sup>

Por ejemplo, siguiendo con el origen y justificación del Todo, para Tales, considerado uno de los siete sabios y padre de la filosofía, el principio es el agua, porque todo ser vivo necesita de ella para poder vivir, incluso las semillas, inertes

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pág. 45.

<sup>30</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, págs. 39 y 40.

en apariencia, dejan ese estado al tener agua que las hidrate; elemento vital, es pues el *arche* (principio u origen) del que todo surge y al que todo retorna.

Por su parte un discípulo suyo, Anaximandro<sup>31</sup>, hace una reflexión aún más abstracta y racional de lo que hiciera su maestro, rebatiendo tal vez sin querer a las demás visiones que explicaban al *arche* por medio del viento o el fuego (Heráclito), u otro elemento. En consecuencia:

“La tesis de Anaximandro supone un gran proceso sobre la de Tales, porque objeta a su maestro que era ingenuo creer que el cosmos se apoya en el agua, pues ¿en que se apoyaría el agua? Tiene razón B. Farrington al sostener que Anaximandro sobrepasa con creces las enseñanzas de Tales. “El avance en lógica fue muy brillante dice B Farrington: en vez de explicar todos los estados de la materia en términos de otro estado, como Tales había hecho, Anaximandro los dedujo de una sustancia primaria que llamo ilimitado o indeterminado. Se trata de un gran progreso hacia la comprensión abstracta de la materia. La sustancia fundamental no es algo visible, o un estado de materia tangible; sino una especie de denominador común básico de todas las cosas sensibles al que llega por un proceso de abstracción. Para entenderlo no basta con la vista a los demás sentidos, sino que debe ser aprehendido por la mente.”<sup>32</sup>

Utilizando esta misma abstracción, o forma de razonamiento, es que da sustento a su forma de percibir el fenómeno social, trasladando la visión cosmológica a la social, con sus debidas analogías.

“La legalidad de la naturaleza regida por el *ápeiron*, que constituye la medula racional de la metafísica de Anaximandro, está correlacionada con la legalidad socio-jurídica de la *polis* jonia. La justicia se realiza siempre al cabo de las contraposiciones de las cosas, viene a ser el logro final e inexorable de un proceso de contrastes. La legalidad natural descubierta por Anaximandro presupone la legalidad social, la justicia cósmica tiene como fundamento la justicia humana esclavista.”<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> 94 Diógenes Laercio, ii 1-2 (DK 12 A 1). “Anaximandro, hijo de Praxiades de Mileto, afirmaba que el principio y el elemento es lo indefinido, sin distinguir el aire, el agua o cualquier otra cosa...”

<sup>32</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, pág. 48.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 49.

Para Anaximandro es pues, justificar la realidad social que el autor en comento observa desde su propia perspectiva, dando explicación al fenómeno esclavista, que en la antigüedad ha significado un gran beneficio para quien detenta el poder a costa de esclavos. La visión de este autor, en cuanto a la equidad no es tan clara, no obstante respecto de la justicia puede observarse que busca, en efecto, dar una explicación de las fuerzas fácticas que existen, no solo en el universo natural sino también en el universo social; fuerza y necesidad se ven así justificadas.

Pitágoras<sup>34</sup>, por su parte, hizo en su obra una reflexión del universo, y de la justicia, a través o con ayuda de los números y la matemática. Se explica así:

“En términos muy generales y amplios, puede decirse que las ideas filosóficas centrales de la escuela pitagórica son la inmortalidad del alma y su transmigración, el parentesco de todos los animales, la doctrina según la cual el origen y sustrato de las cosas son los números[...] puesto que los números son, entre estos principios, los primeros por naturaleza, y en ellos les parecía contemplar muchas semejanzas con lo que es y lo que deviene, más que en el fuego y en la tierra y en el agua, puesto que tal afección de los números era la justicia, y tal otra, el alma y el entendimiento, y otra, el tiempo oportuno, y lo mismo, por decirlo así, cada una de las restantes; y viendo, además, en los números, las afecciones y las proporciones de las armonías puesto que, en efecto, las demás cosas parecían asemejarse a los números en su naturaleza toda, y los números eran los primeros en toda la naturaleza, pensaron que los elementos de los números eran los elementos de todos los entes, y que todo el cielo era armonía y número. Y todas las

---

<sup>34</sup> 279 Sexto, *adv. math.* VII, 94-5. “Y, al indicar esto, los pitagóricos, a veces, tenían la costumbre de decir “todas las cosas son semejantes al número” y de jurar, a veces, su juramento más poderoso así: “No, por aquel que nos dio la *tetractys*, que contiene la fuente y la raíz de la siempre fluyente naturaleza”. Con la expresión “aquel que dio” querían decir Pitágoras (pues le deificaban) y con el término “la *tetractys*”, un número, que, por estar compuesto de los cuatro primeros números, causa el número más perfecto, como *e.g.*, el diez (porque uno, dos, tres y cuatro son diez). Este número es la primera *tetractys* y es llamada “fuente de la siempre fluyente naturaleza”, puesto que el universo entero es gobernado armónicamente (*sic*) y la armonía (*sic*) es un sistema de tres concordancias, la cuarta, la quinta y la octava y las proporciones de estas tres concordancias se encuentran en los cuatro números mencionados – en el uno, dos, tres y cuatro).

correspondientes que veían en los números y en las armonías con las afecciones y con las partes del cielo con el orden universal, las reunían y reducían a sistema.”<sup>35</sup>

En cuanto se habla sobre la justicia, también se hace apoyo sobre la idea numérica:

“los filósofos pitagóricos sostuvieron que la justicia también debía reducirse a ciertos números y figuras geométricas, cuyo fundamento estaba en relaciones de reciprocidad e igualdad entre los individuos y las cosas. La justicia para Pitágoras y sus discípulos era una relación matemática compuesta por factores iguales y recíprocos. La igualdad constituía la esencia de la justicia pitagórica representada para unos, por el número 4, cuadrado del primer número par, para otros, por el 9, cuadrado del primer número impar.”<sup>36</sup>

Reciprocidad e igualdad parte medular en la idea de la justicia, así:

“De la representación geométrica del número 4, por ejemplo, los pitagóricos obtienen que lo esencial de la justicia es la igualdad, porque los lados y ángulos de un cuadrado son iguales y se corresponden con los contrarios. Así resultan unos mismos números, tanto si se los suman como si se los multiplican. En consecuencia, la justicia no es solamente igualdad, sino doble igualdad.”<sup>37</sup>

Para la filosofía pitagórica la justicia tiene que ver con la igualdad, reciprocidad y armonía, en cuanto a las relaciones humanas, y sobre todo, en cuanto a las relaciones de delito y pena: el castigo debe ser igual al daño ocasionado, fundamento de la ley del talión, de conformidad a las características propias del delito.

Otro autor importante dentro de este bloque es Heráclito de Efeso<sup>38</sup>. Su postura filosófica está basada en la contraposición de los antagónicos, mas esta contraposición no significa destrucción ni caos, siempre que haya, como lo menciona Pitágoras, armonía. El cosmos, el universo, el mundo, el hombre, es un conjunto de muchas y vastas cosas, que no hacen más que complementarse,

---

<sup>35</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, págs. 54 y 55.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pág. 57.

<sup>37</sup> *Ídem*.

<sup>38</sup> 203 Fr. 10, Aristóteles, de mundo 5, 396 b 20. “Las cosas en conjunto son todo y no todo, idéntico y no idéntico, armónico y no armónico, lo uno nace del todo y del uno nacen todas las cosas.”

conectadas todas en interesante e inimaginable armonía. Aun cuando parezcan que son contrarias entre sí, en un “todo” hay de “todo” conviviendo, interactuando y armonizando. El *Cosmos* está compuesto de elementos que aparentemente se repelen, se autodestruyen al entrar en contacto, y en cierta forma es así, si es que no hay un equilibrio y una armonía, pero cuando estos elementos se equilibran y armonizan componen al universo para que sea. “De la oposición de los contrarios nace la más bella armonía.” La energía da paso al movimiento, que hace que todo fluya ordenadamente, cambiando las cosas y ajustándose en una danza eterna que equilibra y permite el cambio que al final de cuentas es necesario. Esta armonía de los contrarios conlleva cierta “tensión”, que no es más que el movimiento de la propia fuerza de ambos elementos idénticos entre sí.

El entender al cosmos así no es una paradoja, porque existe y existirá este dualismo eterno de los contrarios, y el negarlo significaría no darle su importancia y nulificar una gran verdad dentro del universo, e inclusive del individuo. Sin embargo este dualismo u oposición:

“no significa separación ni destrucción de los contrarios, pues en ellos está implicada una íntima unidad que es a la vez principio y fin de la contrariedad. Todo nace de la lucha, puesto que no existe oposición fundamental entre lo uno y lo múltiple, la presencia y la ausencia, la unidad y la diversidad, etc. Así tenemos en la antigüedad la primera formulación seria y rigurosa de la filosofía dialéctica.”<sup>39</sup>

Es así que los sofistas sostienen básicamente que el hombre no puede sobrevivir solo en la naturaleza agreste, y que así como en la naturaleza el más fuerte es que domina todo y a todos, lo mismo debe aplicarse a la sociedad, creada precisamente para que el ser humano pueda subsistir. Descubriendo así una arista, si bien polémica, cierta dentro del Derecho, “... devela la esencia del derecho y el Estado de todas las épocas al precisar que son instrumentos al servicio de los “fuertes” de ayer o de ahora.”<sup>40</sup> Siempre que esto se permita, claro está, haciendo del hombre un ser que vela solo por sus intereses incapaz de

---

<sup>39</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, pág. 62.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pág. 125.

poder alcanzar los más elevados ideales de los cuales los dioses son “expresión” de ellos.

El hombre es en consecuencia un ser con vicios y virtudes, que dada su naturaleza mezquina, necesita auto-regular su comportamiento para no destruirse a sí mismo y con él lo único que le hace sobrevivir en la naturaleza: su sociedad; de la que es parte y a la cual se debe adherir por su propia vulnerabilidad. Esta obediencia a las normas, naturales y humanas, no debe hacerse por una coerción, sino por convencimiento propio, independientemente del castigo que reciba por su comunidad también hay otro, metafísico si se quiere, que ejercerán las furias vengadoras, pues:

“En verdad, un hombre que infringe la ley queda libre de oprobio y de castigo en tanto no es observado por quienes guardan las convenciones. Distinto es el caso con la transgresión de los dictados de la naturaleza. Si estos son eludidos por alguien las consecuencias no son menos graves aunque nadie lo observe; y ello se debe a que la vergüenza no lo alcanza en virtud de la opinión de los hombres, sino de la verdad.”<sup>41</sup>

Por ejemplo:

“La justicia, para Antifón, consiste curiosamente en no transgredir en público los preceptos legales de la *polis*, pero en privado los ciudadanos deben guiarse por las disposiciones de la naturaleza. Esta tesis paradójica del sofista se funda en la distinción entre la *physis* necesaria y el *nomos* contingente. La violación de las leyes jurídicas es punible si la observan los signatarios del pacto social; en cambio, la transgresión de las leyes naturales se sanciona, sin necesidad de testigos. La punición no toma en cuenta a los seres humanos, pues se refiere a la realidad objetiva.”<sup>42</sup>

La función primordial de los sofistas era precisamente hacer asequible el conocimiento a todo individuo a través primordialmente de un discurso mundano, haciendo pasar, como lo exponen los filósofos posteriores, algo falso como verdadero y viceversa.

---

<sup>41</sup> Ibídem, pág. 127.

<sup>42</sup> Ibídem, pág. 131.

No obstante tienen una visión, hasta cierto grado, correcta de lo que es la sociedad, son críticos muy crudos de la naturaleza egoísta del hombre, de sus apetitos y de la satisfacción de ellos, haciendo énfasis en que cada hombre tiene la posibilidad de tener un freno para dominarlos por sí mismo, pero sin considerar a los demás. Hacen ver la vulnerabilidad y debilidad del hombre, que lo obliga a unirse a sus semejantes, paradójicamente solo para aprovecharse de ellos. Es una actitud de que el más fuerte es el mejor y por ende el que debe tener todo, o lo mejor del todo y lo más beneficioso para sí. La fuerza se traduce en beneficios que son reflejo de la “excelencia del alma”, la cual debe ser nutrida por las satisfacciones o placeres. Lo que por cierto será criticado de distintas formas, un ejemplo de ello es cuando en el diálogo de Gorgias, Sócrates hace ver que la retórica es en realidad un mal para el alma y que sus beneficios o placeres para el alma son solo aparentes, pues suplanta a la verdadera justicia con engaños agradables a los oídos de los ciudadanos pues “la retórica es para el alma lo que la culinaria es para el cuerpo”<sup>43</sup>, entendiendo que es alimento grato al gusto, pero dañino al cuerpo.

Los sofistas tienen una forma de ver al universo natural y social un tanto diferente a los siete sabios, ellos tienen una postura muy individualista y pesimista respecto del actuar del hombre, sobre todo en cuanto hace a sus instintos y apetitos. En pocas palabras si eres fuerte y bello tienes no solo el derecho, sino la obligación, de ser quien dirija a la sociedad. Cosa que posteriormente será refutada magistralmente por Platón a través de Sócrates.

En términos generales para estos autores la equidad en sí no tenía un lugar tan preponderante como la justicia. Ésta es una “justicia” muy simplista en la que reduce todo a la ley del más fuerte. Convirtiéndose así en una fórmula obsoleta y errada en nuestros días, solo para dar paso a la que se ha considerado, en la mayoría de las eras y autores, como la verdadera justicia: una justicia racional.

---

<sup>43</sup> PLATÓN, Gorgias, 464 a – 466 a.

## 1.2 Sócrates

El gran maestro que a pesar de nada saber, enseña mucho. Sócrates, para desgracia de la filosofía, no escribió obra alguna, tal vez porque no lo consideraba necesario, pues su filosofía era una forma de vida, algo que hacía naturalmente, su forma de ser en sí. Sin embargo se considera que bien sus lecciones pueden estar reflejadas en los diálogos de su discípulo Platón en los que era personaje principal.

Hombre de gran sabiduría, leal a sus ideales llevados hasta las últimas consecuencias, poseedor de un raciocinio en apariencia simple pero que encierra el camino para llegar, o tratar de hacerlo, a la verdad última. Sócrates propugnaba un respeto por la ley más que ningún otro hombre en la antigua Grecia, dispuesto a morir por acatar los fallos que de ella emanaran, antes que faltar a ella, por la simple razón de que gracias a su sociedad, la cual estaba regida por esas leyes, había podido llegar a ser lo que hasta ese momento fue, y no solo eso pues entendía que ese respeto a la ley iba más allá de propia individualidad:

“Sócrates llega hasta sacrificar su propia vida en aras del respeto a la ley y la sentencia judicial de la *polis* ateniense, porque son fundamento de la subsistencia, progreso y desarrollo del Estado y la sociedad.”<sup>44</sup>

Quizá la mayor enseñanza, polémica y paradoja que nos haya heredado nuestro maestro sea el juicio que se le siguió injustamente. En cuanto a enseñanza se refiere, él hace que tanto sus acusadores como todos sus oyentes, y lectores, se detengan un momento a analizar y pensar detenidamente lo que hablan y argumentan; polémica, por tratar cuestiones que al pueblo en general causa escozor a tal grado de no criticarlo de forma tal que haga ver sus deficiencias, como en su caso lo hizo; y paradójico porque a pesar de demostrar que todo es una trampa y una injusticia, acepta las consecuencias, no de los actos de sus acusadores sino de la ley, salvándola con el único objetivo de salvar a la

---

<sup>44</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, pág.168.

sociedad. En efecto, a pesar de que son muchos los diálogos en los que Sócrates es participe, es en su Apología y en el Critón donde puede observarse su visión, vida y filosofía.

El juicio contra Sócrates es muestra de que pelear por la verdad y la justicia, como la mayor virtud de todas, no es fácil, pero de una forma u otra se tienen los medios para hacer patente que ese ideal es el de más alto rango y tarde o temprano se revelará a todos y cada uno de los individuos la verdad de su dicho y de sus acciones, en voz de nuestro maestro:

“De manera que si ahora vosotros me dejarais libre no haciendo caso a Ánito, el cual dice que o bien era absolutamente necesario que yo no hubiera comparecido aquí o que, puesto que he comparecido, no es posible no condenarme a muerte, explicándoos que, si fuera absuelto, vuestros hijos, poniendo inmediatamente en práctica las cosas que Sócrates enseña, se corromperían todos totalmente, y si, además, me dijerais: <<Ahora, Sócrates, no vamos a hacer caso a Ánito, sino que te dejamos libre, a condición, sin embargo, de que no gastes ya más tiempo en esta búsqueda y de que no filosofes, y si eres sorprendido haciendo aún esto, morirás>>; si, en efecto, como dije, me dejarais libre con esta condición, yo os diría: <<Yo, atenienses, os aprecio y os quiero, pero voy a obedecer al dios más que a vosotros y, mientras aliente y sea capaz, es seguro que no dejaré de filosofar, de exhortaros y de hacer manifestaciones al que de vosotros vaya encontrando, diciéndole lo que acostumbro: ‘Mi buen amigo, siendo ateniense, de la ciudad más grande y más prestigiada en sabiduría y poder, ¿no te avergüenzas de preocuparte de cómo tendrás las mayores riquezas y la mayor fama y los mayores honores, y, en cambio no te preocupas ni interesas por la inteligencia, la verdad y por cómo tu alma va a ser lo mejor posible?’>> Y si alguno de vosotros discute y dice que se preocupa, no pienso dejarlo al momento y marcharme, sino que le voy a interrogar, a examinar y a refutar, y, si me parece que no ha adquirido la virtud y dice que sí, le reprocharé que tiene en menos lo digno de más y tiene en mucho lo que vale poco.”<sup>45</sup>

A pesar de que el juicio contra él llevado a cabo por sus enemigos es injusto, de que muchos presentes en el juicio lo saben e incluso él mismo lo demuestra a los escépticos, acepta las consecuencias y los resultados del fallo,

---

<sup>45</sup> PLATÓN, Apología de Sócrates, 29 c – 30a.

sea cual fuere, en virtud de que es más importante, para él, la subsistencia del orden y de la comunidad, que transgredir a su ciudad y sus leyes, condenándola así al caos. Por ello Hernán Ortiz Rivas explica que:

“La obediencia a las leyes y a las sentencias judiciales es necesaria para el mantenimiento del orden y la disciplina social. El interés general de la ley o la sentencia tiene mayor importancia y jerarquía que el interés particular del filósofo [Sócrates]. La sociedad, el Estado, el derecho no podrían subsistir si el cumplimiento de las leyes quedase al arbitrio de los individuos y no se reconociese validez y eficacia a las providencias de los jueces. “con razón puede considerarse a Sócrates, dice Recaséns Siches, como el primero que subraya la idea de certeza y seguridad jurídicas, que tanto acentúan el pensamiento jurídico contemporáneo.”<sup>46</sup>

La ley, como reflejo material de la justicia, debe estar por sobre todas las cosas:

“el Sócrates platónico procura explicar los fundamentos socio-políticos y jurídicos de tal actitud aparentemente fetichista de la legalidad estatal, los cuales siguen vigentes en ciertas tendencias de la filosofía del derecho contemporáneas que anteponen la seguridad jurídica del Estado a la justicia y sostienen que el cumplimiento de las leyes y sentencias, buenas o malas, justas o inicuas es preferible a la anarquía.”<sup>47</sup>

Sócrates apuesta por la legalidad más que por la justicia, pero esto lo hace porque es superior la comunidad al individuo, sin ella el individuo simplemente no podría existir o subsistir, y no por el valor que entrañan ambas cosas.

Ahora bien, haciendo una comparación entre la postura que asume este excelso autor hacia la legalidad con otro personaje, real o ficticio, que adopta una completamente distinta, debemos hacer mención de un poeta que muestra en una de sus obras la parte antagónica de la actitud de Sócrates. Refiérase a la Antígona de Sófocles.

---

<sup>46</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., Opere Citato, pág. 164.

<sup>47</sup> Ibídem, pág. 166.

En dicha obra Sófocles ha generado, desde entonces, grandes y acalorados debates respecto de la obediencia o acatamiento que se le debe a las leyes. La eterna pregunta: ¿se debe obedecer a una ley por el simple hecho de serlo u obedecer en todo momento al valor fundamental y supremo del Derecho: la Justicia? Surge la crítica y al mismo tiempo la cuestión de si se debe obedecer una ley solo porque fue creada por algún proceso formal o si se debe de obedecer porque es valiosa y justa. La polémica existe, aun en nuestros días, entre de la obediencia al Derecho (*Ius*) y la obediencia a la ley (*lex*).

Sófocles, con su obra *Antígona*<sup>48</sup>, plantea el serio cuestionamiento de obedecer una ley injusta o infringirla en aras de salvaguardar a la justicia. Como puede observarse:

“La importancia de la *Antígona* de Sófocles para la filosofía jurídica se manifiesta múltiplemente; por una parte, introduce un diálogo entre el poder estatal y el saber jurídico. El postulado de legalidad, conforme al cual el poder del Estado se expresa mediante la ley, según el esquema de Deleuze, queda demolido por obra y gracia de *Antígona* al oponer la verdad sin poder a un poder sin verdad como es el de Creonte. La heroica lucha de *Antígona* sometida a un proceso judicial breve y sumario donde confiesa que su “piadoso crimen” es contra el poder de Creonte expresado en una legalidad que no representa un estado de paz, sino de guerra...”<sup>49</sup>

Sófocles dio en su obra un tema sobre el cual la ciencia jurídica y la filosofía del Derecho siempre tendrán dificultades, por el gran contenido ius-filosófico que encierra: respetar, cuidar y obedecer a la justicia; u obedecer a la ley, sea cual fuere su contenido. Con esto:

“la tragedia sofocleana plantea un problema central de la filosofía del derecho: el de la existencia y relaciones entre las leyes escritas dictadas por los

---

<sup>48</sup> “*Antígona*- No fue Zeus el que los ha mandado a publicar [los decretos], ni la justicia que vive entre los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno.” [http://www.ual.es/personal/fjgarcia/MG\\_Texto38.htm](http://www.ual.es/personal/fjgarcia/MG_Texto38.htm) (al 15 de Mayo de 2015).

<sup>49</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, pág. 81.

gobernantes, a través del aparato estatal y que se hacen valer por la coacción, y las leyes no escritas que los humanos suponen originadas en los dioses o en la naturaleza; pero en todo caso independientes de la legislación del Estado, las cuales se fundamentan en claros intereses culturales como el derecho a la sepultura en la *Antígona*.”<sup>50</sup>

Sófocles introduce la crítica y cuestionamiento racional a la obediencia y acatamiento de las leyes; plantea esta posibilidad de criticar y cuestionar la norma en función a su contenido, a la justicia intrínseca que tiene o de la que carece, y en su caso desobedecerla. Pues no es falso que:

“la actitud valerosa de Antígona fue muy justa, así pueda resultar ilegal, diferente a la de su mediocre hermana Ismene, de abierta subversión política frente al poder tiránico de su tío Creonte, sin negarle su fondo de amor filial y el peso del trágico destino trazado a toda la familia edípica.”<sup>51</sup>

“debe prevalecer la justicia frente a la ley, la conciencia moral a la autoridad política, sin reparar en lo que actualmente se calificaría como atentado a la seguridad jurídica del Estado, en su doble aspecto de legislación y sentencia judicial.”<sup>52</sup>

Sin embargo se debe señalar que la desobediencia que Sófocles proclama sólo se da en circunstancias muy específicas. Se da contra una ley injusta, que ordena cosas que van en contra de este ideal superior, y que no tienen razón de ser. Ahora, si bien es cierto existe esa desobediencia, también es cierto que la misma tiene consecuencias dentro del orden establecido, y que como tales, en el caso de Antígona las acepta, llevándola a una sanción que termina con su existencia.

Se aprecia que el problema iusfilosófico de obediencia que heredan estos autores al mundo es tal, que no puede dejarse de lado, pues de hecho siempre acaecerá y será motivo de controversias y debates. La siguiente frase manifiesta

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 82.

<sup>51</sup> *Ídem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pág. 84.

lo que ambos personajes, al final decidieron: “Sócrates y Antígona siguieron caminos opuestos, pero los dos supieron dar oídos a su voz interior.”<sup>53</sup>

A pesar de que Antígona y Sócrates tienen situaciones similares, ambos toman sendas distintas, salvando su honor y respetando valores aún más importantes, incluso a costa de su propio bienestar.

### 1.3 Platón

Platón es el primer filósofo que da formalmente la importancia que se merece a la justicia (cosa que repercutirá enormemente en el pensamiento de Aristóteles, quien hablará en un apartado especial sobre la equidad y la justicia); vista ésta como la mayor de las virtudes, producto de la racionalidad; presente en argumentos lacónicos que no dan pie a refutación alguna, ya que tiene toda la razón. En boca, principalmente, de Sócrates, son argumentos, todos ellos, justos.

Para Platón la única forma que el estado puede ser virtuoso es que él sea dirigido por aquellas personas doctas en la virtud misma, que se encaminan a realizar lo “bueno” y lo justo, en beneficio de todos y no solo de algunos cuantos o inclusive en beneficio propio, aceptando en prácticamente todo su pensamiento la dualidad y armonía que existe en la naturaleza humana; entiéndase en esta dualidad el cuerpo y el alma del individuo. En efecto:

“La ontología platónica es pluralista porque reconoce la multiplicidad tanto de lo sensible como de lo inteligible[...] La eternidad de las ideas se identifica con la eternidad del espíritu, contrapuesta a la transitoriedad de la carne[...] Este dualismo idealista de Platón, nos permite concluir que para el pensador ateniense la política, el derecho y la justicia son los instrumentos que realizan la armonía, el control y la paz social en la *polis*, tesis diametralmente opuesta a la de los sofistas que ven en

---

<sup>53</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- “La Definición del Derecho”, Colección Biblioteca Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, México, 1960, pág. 256.

las normas jurídico-políticas unas simples convenciones humanas contrarias al orden natural de la humanidad.”<sup>54</sup>

Ahora bien, el autor en comento tiene una forma muy especial de conceptualizar algo en concreto, haciendo ver que muchas veces depende del contexto y no simplemente de la idea general, pues las especificidades de cada caso pueden dar lugar a resultados totalmente opuestos a lo que realmente se quiere expresar o alcanzar, de ahí que precisamente en todo momento la razón y la auto-pregunta deben estar presentes para corroborar que realmente cualquier cosa sea lo que en un principio creemos que es. Por ejemplo:

“Hablas con palabras muy bellas, Céfalo –dije-. Ahora bien, en cuanto a esto mismo que has mencionado, la justicia, ¿declararemos, como tú, que en todos los casos consiste en decir la verdad y en devolver lo que se recibe? ¿O bien éstas son cosas que algunas veces se hacen justamente y otras veces injustamente? Me refiero a casos como éste: si alguien recibiera armas de un amigo que está en su sano juicio, pero si éste enloqueciera y las reclamara, cualquiera estaría de acuerdo en que no se las debe devolver, y que aquel que las devolviese no sería justo, ni tampoco si quisiera decir toda la verdad a quien estuviera en tal estado...”<sup>55</sup>

Lo anterior quiere decir que la justicia debe ser matizada al momento y circunstancia determinada, pues en dado caso y solo si se dejase llevar por la primera impresión, es probable que se cometa alguna clase de injusticia. En este mismo sentido...

“en la *República*, Platón considera que las leyes no solo son innecesarias, sino incluso perjudiciales; lo primero porque la educación cumple mejor que ellas la función de descubrir la forma más conveniente de actuar en cada caso; lo segundo porque las leyes escritas pueden obstaculizar las decisiones siempre sabias que en cada circunstancia hayan de tomar los gobernantes.

La consigna de Platón pudo haber sido que el gobierno de la inteligencia y la razón es superior al gobierno de las leyes y las armas.”<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, págs. 175 y 181.

<sup>55</sup> PLATÓN, *La Republica*, 331c.

<sup>56</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, pág. 199.

Mantener el entorno social en un estado tal, para que la razón pudiera manifestarse sin traba alguna haciendo las distinciones necesarias que en su caso pudiera mostrar un acto o circunstancia determinada, era para nuestro autor lo más importante para el hombre, que debía llevarlo a cabo en todo momento de su vida. Sin embargo también está convencido que dada la complejidad que encierra la misma comunidad, acepta en un segundo término, y no porque sea la mejor opción, que la ley debe obedecerse en ausencia de esa perfección racional que el verdadero filósofo debe tener y del cual carece el *grosso* de la comunidad. Lo anterior porque la ley, se supone, es expresión fiel, o al menos trata de serlo, de la justicia.

Platón, a pesar de haber nacido en una familia acomodada, y que su destino pintaba para que fuera político en un sentido que a él repugnaba, al darse cuenta de cómo es que los políticos de su tiempo hacían uso de artilugios para conservar el poder y convertir al final de cuentas a la política en la lucha del poder por el poder, sacando en esta pelea lo más ruin y detestable de la naturaleza humana; decidió declinar para llevar un camino de rectitud y verdad a través de la filosofía. En efecto, para nuestro autor la verdadera política se refiere precisamente al buen gobierno, es una herramienta que, junto a la filosofía, sirve para cultivar la mente y el alma de los hombres para que ellos mismos sean virtuosos, *id est*, justos; poniendo como símil a la gimnasia y a la legislación pues ambas procuran la disciplina, la primera al cuerpo y la segunda al alma.

Caso análogo es el diálogo de *Gorgias*, el cual enseña que el poder no es el bien supremo, y que hablar elocuentemente haciendo pasar algo invalido como válido no es, por mucho, algo justo; el objeto del poder es hacer de este un medio para “educar” a los hombres en el camino de la verdad y la rectitud sin dejarse adormecer por “pseudo-saberes” que son dañinos al alma.

Platón está convencido que la idea y el pensamiento son las herramientas adecuadas para que el hombre pueda ser aquél ser virtuoso que hace de sus obras creaciones perfectas. Por ello es que, como muchos autores lo pueden

vislumbrar a través de sus obras, rehúye a las ilusiones, lo cual se vislumbra en el siguiente párrafo.

“Sin embargo, no dejaba de reflexionar sobre la posibilidad de mejorar la situación y, en consecuencia, todo el sistema político, pero sí dejé de esperar continuamente las ocasiones para actuar, y al final llegué a comprender que todos los Estados actuales están mal gobernados; pues su legislación casi no tiene remedio sin una reforma extraordinaria unida a felices circunstancias. Entonces me sentí obligado a reconocer, en alabanza de la filosofía verdadera, que sólo a partir de ella es posible distinguir lo que es justo, tanto en el terreno de la vida pública como en la privada. Por ello, no cesarán los males del género humano hasta que ocupen el poder los filósofos puros y auténticos o bien los que ejercen el poder en las ciudades lleguen a ser filósofos verdaderos, gracias a un especial favor divino.”<sup>57</sup>

No hay sabios, hay amor por la sabiduría: la filosofía, es la forma, el medio y el camino por el cual pueden ayudarse los hombres en su propia existencia y a ayudar a su entorno social. Cultivar no solo el cuerpo, también el alma es importante para ser pleno, dando importancia aún más a lo inmaterial que a lo material para ser virtuoso.

“...A partir de lo dicho ¿ves alguna salvación para el alma filosófica, de modo que permanezca en su quehacer hasta alcanzar la meta? Recapacita sobre lo anterior, pues hemos convenido en que son propias del filósofo la facilidad para aprender, la memoria, la valentía y la grandeza de espíritu...”<sup>58</sup>

Entonces ¿Qué es el filósofo?

“... el filósofo es el amante de la sabiduría, del espectáculo de la verdad, del conocimiento científico, de todo tipo de estudio que le haga patente la realidad en su totalidad. Es el sujeto grande en todo, “magnífico y magnánimo” que no siente gran aprecio ni por la vida ni por los bienes exteriores. Es el “amigo y pariente” de la verdad, la justicia, la valentía, el dominio de sí mismo; en suma de toda virtud.”<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> PLATÓN, La Republica, Carta VII, 325d y 326 – 326b.

<sup>58</sup> PLATÓN, La Republica, Carta VI, 494a – 494b.

<sup>59</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., Opere Citato, pág. 198.

Se observa que la idea de la equidad para Platón no está tan clara como lo está, por ejemplo, en su discípulo Aristóteles, mas la justicia, como ideal o abstracción, tiene un lugar central dentro de su pensamiento, y de este se pueden vislumbrar algunas características de la equidad, que posteriormente vendrá a pulir su más insigne discípulo.

La justicia se entiende que es fundamental para la subsistencia del Estado y de la sociedad, sin ella simplemente no pueden existir, y el hombre perecería en su medio, por ser débil para afrontar la naturaleza agreste y por no tener la capacidad de convivir con sus semejantes.

Es indispensable para el hombre en sí, ya que sin la justicia este llevaría una vida llena de excesos y defectos que acabarían destruyendo no solo a su cuerpo, también su alma y su entorno. Precisamente la justicia es la que hace que los ciudadanos se preocupen por su estado, sea cual fuere su forma de gobierno (monarquía, aristocracia o democracia) pues de ellos depende que la comunidad cumpla con su fin principal, el cual es dar las posibilidades plenas para que todo ciudadano sea feliz. Ahora bien, cualquiera que sea el gobernante debe ayudarse y servirse de la filosofía para alcanzar el pleno conocimiento de la justicia, si se quiere, teniendo como herramienta a la ley.

Aunque Platón no define lo que es la justicia<sup>60</sup>, ni la equidad, expone que es algo bueno en sí, y pone de manifiesto algunas de sus características: bondad; rectitud; valentía; conocimiento; medida, etc.; solo se llega a ella a través de la racionalidad y de la filosofía. Por ende todo aquello que sea malo, incorrecto, torcido, etc., y sin fundamento en la razón será injusto.

El hombre no debe olvidar esa parte inherente a él, esa conexión “divina” con la que necesariamente debe contar para que su vida y su obra tengan el equilibrio y la armonía necesaria para su propio beneficio y de sus semejantes. No debe abandonar su esencia general: la razón, que fue dada, o adquirida, para

---

<sup>60</sup> Es menester decir, desde este momento, que se considera que la justicia en sí es algo inefable, sin embargo, se sabe lo que es, o al menos se tiene la idea.

poder ser capaz de sobrevivir a su propia existencia. La justicia es el motor, la esencia del Derecho y objetivo de la política, de la verdadera política.

Es claro, solo con la razón el hombre puede aspirar a alcanzar los más altos anhelos de su propia condición. El entendimiento para todas las cosas, sean divinas o humanas, justas o injustas, objetivas o subjetivas, está dada por la capacidad para aplicar la razón, no basta solo la frialdad de lo objetivo, se necesita, por naturaleza, de lo subjetivo para tener un equilibrio, y la razón es lo que da la armonía o el movimiento al todo. Con Platón se inicia la analogía o la sinonimia entre razón, justicia y virtud<sup>61</sup>, cosa que repercutirá en los siglos subsecuentes, dando como consecuencia que todo aquello que no sea racional o virtuoso sea, por definición, injusto. Por ende está plasmado que:

“La enseñanza del mito de Cronos en las *Leyes* es doble: hay que imitar el gobierno de los *daimones* plasmando en las normas los dictados de la razón, parte inmortal de los humanos, y corresponde obedecerlas porque tienen origen y fundamento divino. De esta concepción teológica del derecho depende, más que de ninguna otra cosa, la salvación o la ruina del Estado y la ley.”<sup>62</sup>

Se puede asegurar que para nuestro maestro la justicia es pues la virtud máxima por la cual el hombre puede alcanzar la excelencia y perfección asequible a él, por ser precisamente la justicia suma de todas las virtudes, las cuales de forma separada no bastan (valentía, prudencia, templanza y justicia); lo realmente valioso es poseer la “virtud total”.

“... porque la justicia platónica debe entenderse como una síntesis dialéctica de todas las virtudes señaladas antes; más aún, es la virtud por excelencia o como dice el poeta Teognis “en la justicia se dan, juntas, todas las virtudes.”<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Todas ellas sinónimas entre sí.

<sup>62</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán A., *Opere Citato*, págs. 222 y 223.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, págs. 200 y 201.

Nuestro maestro heleno muestra, con gran atino, que sin la existencia de la justicia el todo humano (cuerpo, mente, alma) y su sociedad, están condenadas a la desaparición.

#### 1.4 Aristóteles

Aristóteles ha pasado a la historia como el filósofo que estableciera lo que hasta nuestros días ha quedado por sentado como lo más cercano a la equidad, teniendo contadísimas críticas a su pensamiento.

Para Aristóteles la equidad y la justicia no son “absolutamente idénticas, pero tampoco diferentes genéricamente”<sup>64</sup>. Esta situación, que marca que ambos ideales no son “absolutos”, se entiende que no son iguales, pero que algunas características le son propias indiferentemente, y sin embargo “o lo justo no es bueno, o lo equitativo no es justo si es diferente; o si ambos son buenos, son lo mismo”<sup>65</sup>.

Lo anterior se refiere más bien que la diferencia, si es que la hubiera, sería solo de grado y no de sustancia pues “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.”<sup>66</sup> Lo equitativo escapa a la ley y va más allá de las aspiraciones generales que han tratado de incorporar en ellas mismas el ideal de la justicia y que por alguna razón no hayan podido tener éxito en esta empresa, principalmente, como lo expone el mismo Aristóteles, porque la naturaleza de la ley es ser genérica, por tomar el caso corriente del actuar que se quiere regular; y es en esta generalidad en la que, de ser aplicada tal cual, la ley llega a ser inicua.

---

<sup>64</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1137b, 35.

<sup>65</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1137b, 5.

<sup>66</sup> <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm> (al de Junio de 2014).

En efecto “a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición en general.”<sup>67</sup>

Cada caso o controversia es diferente, y la ley por ser general no puede prever todos los casos posibles que pudieran surgir, pues fácticamente esto es imposible, de ahí que la ley se vea imposibilitada en establecer lo que sería justo en un caso determinado, sin que por esto ella misma esté mal. Más bien es labor de los peritos (juristas) en discernir lo que es justo e injusto para cada caso en concreto. Según Aristóteles “esta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general.”<sup>68</sup> Sumado a que la ley, como se menciona anteriormente, por su propia condición es general. Consecuentemente:

“La causa de que no todo pueda determinarse por la ley es que sobre ciertas cosas es imposible establecer una ley, sino que hace falta un decreto. Porque para lo indefinido la regla debe también ser indefinida, como la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma. Pues así también el decreto se acomoda a los hechos.”<sup>69</sup>

De lo anterior se concluye que la equidad es aún mejor que la justicia legal, pero no mejor a la justicia absoluta, acercándola más a la justicia sustancial; es pues la justicia específica o especial, establecer, en su caso y para todos los casos, qué es lo justo aquí y ahora.

Sin embargo salta una pregunta obligada: ¿qué es la justicia?

La justicia, tanto para Platón como para Aristóteles, es la virtud máxima. Para Aristóteles es perfecta porque no es practicada para uno mismo, como lo serían por ejemplo la valentía o la templanza, sino que se practica para con otro, o en relación con otro, por ello es la mejor de todas las virtudes. Así lo explica:

---

<sup>67</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1137b, 15.

<sup>68</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1137b, 25 - 30.

<sup>69</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1137b, 25 - 30.

“La justicia así entendida no es una parte de la virtud, sino toda la virtud, como la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio todo. La virtud y la justicia son lo mismo en su existir, pero en su esencia lógica no son lo mismo, sino que, en cuanto es para otro, es justicia, y en cuanto es tal hábito es absoluto, es virtud.”<sup>70</sup>

Para nuestro autor la idea de proporcionalidad en la justicia, y sobre todo en la equidad, debe estar inevitablemente asociada a este ideal, pues de no ser así se caería en injusticia. Es el término medio entre los extremos, ambos malos o viciosos. Tanto la virtud como la justicia se hallan en el centro, y de tambalearse hacia algún lado se estaría entrando a un vicio y un defecto.

Así, en resumidas cuentas, para Aristóteles, y para el que suscribe estas líneas, la equidad es: lo justo aquí y ahora.

---

<sup>70</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1130a, 5 – 10.

## II.- ROMA

El Imperio Romano alcanzó su esplendor y poderío en gran medida gracias a su Derecho, que organizó toda su estructura social, desde los cimientos hasta la cúspide de todo su “orden estatal”. En efecto el Derecho Romano es sin lugar a dudas fuste del Derecho mismo, expresión fiel y sublime de esta abstracción que es al mismo tiempo producto cultural y reflejo de la capacidad que tiene el hombre para convivir con sus semejantes y con su entorno en paz, equilibrio y armonía, siempre y cuando la virtud, la razón y la justicia guíen al hombre en su camino, en sus actos y rijan su vida.

Son tantas las virtudes del Derecho Romano que no obstante ser un Derecho antiquísimo se le sigue estudiando y aprendiendo, no solo en países de tradición romanista. Con los romanos se logró amalgamar lo divino y lo humano; entender lo justo y lo injusto, de forma tal que estuvieran en armonía y movimiento para solucionar cualquier problemática de forma eficiente y eficaz, lo que los griegos no pudieron, o no alcanzaron. En el Derecho (*Ius*) Romano la dualidad del mundo tuvo su máxima expresión equilibrando los antagónicos, tomando lo mejor de cada uno de ellos, para hacer una obra aún más acabada y perfecta (en la medida de lo humanamente posible), llevada a cabo a través de siglos de esplendor, siendo precisamente estos siglos de existencia la mejor prueba de la efectividad del invento romano que revoluciona al mundo: el Derecho y su Derecho.

En un principio la tradición jurídica de la antigua Roma era eminentemente oral y práctica, regida por las costumbres del pueblo romano, con una vinculación muy arraigada de la tradición y la religión, para ulterior y paulatinamente irse codificando o incorporándose en leyes, fórmulas, instituciones y principios.

Tanto el Derecho (*Ius*) como la ley (*lex*) están en armonía y equilibrio dentro de la vida social de los romanos, ajustándose con ello a los cambios inevitables de su misma convivencia humana, respetando en todo momento ese ideal y valor

jurídico superior: la justicia. En el antiguo Derecho romano la justicia y la equidad fungen no solo como uno de sus principios rectores, sino que, en el caso de la equidad, es particularmente importante dentro de la filosofía y doctrinas jurídicas, reflejadas en la *praxis* jurídica. La equidad como principio en el antiguo Derecho romano juega el papel primordial de remediar y ajustar las leyes generales a un caso particular, haciendo prevalecer a la justicia por sobre todo.

Lo anterior puede constatarse en toda la doctrina, jurisprudencia y teoría romanas, en las que la idea de la justicia, el humanismo y los valores que representan las más excelsas virtudes del hombre son inherentes a todo lo jurídico, además de la íntima relación que guarda, al mismo tiempo, lo jurídico con lo divino y lo humano. La equidad en el antiguo Derecho romano es latente y constitutiva tanto en el *Ius* como en la *lex*.

Para los romanos el Derecho era una combinación de tantas y vastas cosas, cada una de ellas situadas de tal manera que pudieran ser utilizadas en el momento y lugar oportunos, para que la justicia, en el que se fundaba todo y a la vez era lo supremo, pudiera tener su lugar, teniendo un sitio particularmente singular dentro del llamado Derecho Natural, sin con esto decir que aun dentro del *Ius Gentium* o el *Ius Civile* no hubiera este valor fundante y supremo a la vez.

A este Derecho Natural *grosso modo* lo entenderemos como:

“... el conjunto de derechos provenientes de la voluntad divina en relación con la naturaleza del hombre; son inmutables por su procedencia y absolutamente acordes con la idea de lo justo.”<sup>71</sup>

Es bien sabido que el Derecho Natural en Roma está muy ligado con la religión y con la naturaleza, entendida esta como naturaleza terrenal o del planeta tierra. Éste Derecho será inmutable y universal para todos los seres vivos en la tierra, tanto para animales como para los seres humanos, solo que mientras que los animales la siguen, respetan o acatan por vía de su instinto, los seres humanos lo hacen por medio de la razón, dada a estos por un dios para encontrar

---

<sup>71</sup> MORINEAU IDUARTE, Marta.- Derecho Romano, Editorial Oxford, 1998, p. 32.

este Derecho Natural que debían obedecer, pues en tanto natural, intrínsecamente justo.

En Roma y en el Derecho Romano el Derecho Natural estaba presente en su vida cotidiana, pues era indicador y directriz para el *ius scriptum*; ambos se complementaban, tanto en la praxis como en la teoría, para así conformar el verdadero Derecho.

Por ejemplo: en los Preceptos del Derecho<sup>72</sup>, en el concepto de Justicia<sup>73</sup> y el de Jurisprudencia<sup>74</sup> la presencia del Derecho natural es latente, regido por una racionalidad jurídica. En todos estos conceptos se tienen elementos tanto de Derecho positivo, por llamarle de alguna forma, como de Derecho Natural y, también, del *mos* (costumbre) romano.

Roma y el Derecho Romano son parteaguas en el pensamiento jurídico. Tan es así que, sin temor a equivocarnos, el Derecho debe de ser explicado en dos grandes rubros: antes de los romanos y después de ellos, por la trascendencia, aplicabilidad y gran contenido ius-filosófico que entraña y significa todo lo que su Derecho implicaba.

## 2.1 Visión y pensamiento de los juristas romanos

Como se ha dicho anteriormente, los juristas romanos tenían una forma *sui generis* de ver al Derecho. Entendían y utilizaban, de forma razonada, las cuestiones objetivas y subjetivas que al Derecho interesan, de tal modo que podían ser empleadas equilibrada y armonizadamente, para hacer prevalecer en todo momento esa parte iusfilosófica que al Derecho da sustancia, y sin la cual

---

<sup>72</sup> *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. BRAVO GONZALEZ, Agustín.- Derecho Romano "Primer curso", Editorial Porrúa, 20ª edición, México, 2003, pág. 22.

<sup>73</sup> *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius summ cuique tribuendi*. Ibídem, pág. 23.

<sup>74</sup> *Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Ibídem, pág. 25.

dejaría de serlo para convertirse en meras normas; me refiero por supuesto al valor supremo del Derecho: la justicia.

Empiécese por retomar que en Roma y en el Derecho romano el Derecho Natural estaba presente de manera habitual, y como lo comente en su oportunidad, era indicador y directriz para el Derecho Positivo; ambos “Derechos” se complementaban, tanto en la praxis como en la teoría, para crear verdadero Derecho. Para los romanos el Derecho era más que meras normas, pues lo jurídico hacía uso precisamente de ellas para tener algo más acabado, sustentado en principios y valores, abstracciones estos que se tenían muy presentes a la hora de discernir entre lo justo y lo injusto.

Con los Romanos, y sobre todo en su Derecho, se da puerta abierta a la estética del Derecho, a sus principios rectores, y a su capacidad de cambio y evolución a la par de la sociedad que pretendía regular (la razón de ser del Derecho romano era precisamente su “*mos*”, o sea su costumbre, la forma de comportamiento de esa sociedad romana). *Id est*, mientras que en la base, en sus cimientos, se encuentra la costumbre o moral del pueblo romano, en la cima se encuentra este valor, virtud, etc., esencia del Derecho, que regresa a la base en forma de principios y valores que el pueblo romano aspira aplicar a su propia conducta.

El Derecho Romano, como cualquier otro, no prescindió totalmente de las reglas y/o normas<sup>75</sup> escritas, aunque las orales y consuetudinarias hayan tenido su importancia y lugar. Sin embargo es gracias a las primeras que tenemos parte de la genialidad y grandeza jurídica que los romanos crearon y nos heredaron.

Al haber un cuerpo jurídico vasto y caótico compuesto por normas escritas (*ius scriptum*) y no escritas (*ius non scriptum*), en las que la aplicación de estas

---

<sup>75</sup> D’ORS, Álvaro.- “Nueva Introducción al estudio del Derecho”. Editorial Cuadernos Civitas, España, 1999, pág. 69. Álvaro D’Ors hace una clara distinción entre regla y norma, que aunque a veces se hace referencia a ellas indistintamente, no significan, empero, lo mismo. “En efecto, <<norma>> es la palabra que significa la escuadra para hacer ángulos rectos, y la <<regla>>, en cambio, sirve para trazar líneas rectas. Así, en tanto éstas se limitan a señalar una dirección de rectitud, la <<norma>> viene a cerrar todo un conjunto coherente de preceptos, que sirven, no como guía, sino como marco para la prudencia judicial.”

dependía muchas veces de las personas que tuvieran poder (*potestas*) más que autoridad, se tuvo la necesidad de ordenarlas y sistematizarlas para que se hiciera una aplicación más cuidadosa, con el único fin de salvar a la justicia en cada acto o situación, concretamente en los abusos que los patricios ejercían sobre los plebeyos. Al respecto Agustín y Beatriz Bravo nos dan luz sobre este tema delicado que terminara en la codificación de las doce tablas:

“Parece que a la caída de la monarquía las pocas leyes que había fueron abrogadas, por lo que los plebeyos estaban completamente a merced de los patricios, éstos interpretaban a su antojo el derecho consuetudinario. Entonces, los *tribuni plebis*, Terentilio Arsa, entre otros, propugnaron por la confección de un código escrito aplicable a toda la ciudadanía.”<sup>76</sup>

Esta propugnación, aunque no fue al instante, sí tuvo un eco, materializándose en una comisión integrada por tres patricios que fueron enviados al sur de Italia para estudiar las legislaciones griegas de Solón y Licurgo, regresando en el año 541 a.C., momento en el que se nombró a diez patricios para redactar un código escrito (*decemviri legibus scribundis*), suspendiéndose así las magistraturas. Al finalizar este trabajo, un año después, fue plasmado en diez tablas que contenían la mencionada legislación, aprobado en los comicios por centurias. Tiempo después esta ley fue insuficiente para atender las necesidades que se tenían, y que para resolverlas se nombraron, nuevamente, otros *decemviri*, compuesto ahora por cinco patricios y cinco plebeyos, suspendiéndose de nueva cuenta las magistraturas. El resultado de esta última labor legislativa fueron dos tablas más, sumándose a las otras diez.

Así la “ley de las doce tablas” fue constituida, para posteriormente ser grabadas en bloques de bronce o madera para ser expuestas a todos los ciudadanos; siendo su principal función codificar:

“...el derecho consuetudinario que estaba aplicándose en esa época; se les tiene como fuente de todo el derecho público y privado –*fons omnis publici privati que est iuris*. Todo lo que de ellas dimana es calificado de legítimo, pues era

---

<sup>76</sup> BRAVO GONZALEZ, Agustín, Opere Citato, pág. 58.

la ley por excelencia. Tienen una importancia capital ya que fue la primera codificación completa que se hizo del Derecho Romano antes de Justiniano. Ninguna de sus disposiciones fue expresamente derogada, por lo que se puede decir que estuvieron vigentes hasta la época de Justiniano, año 565 de nuestra era.”<sup>77</sup>

Justiniano, fue quien ordeno realizar la gran compilación jurídica que lleva el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, en el momento que subió al trono, año 527.

Ahora bien, entre todas estas normas escritas que había, cabe hacer especial mención de las *regulae*<sup>78</sup> y el *Ius controversum*. De estas dos figuras conviene empezar con las primeras.

En este sistema jurídico en donde había normas escritas y no escritas relativas al Derecho Natural y al Derecho positivo las *regulae* eran, precisamente, reglas de solución de conflictos específicas, dadas por los propios juristas basadas, todas ellas, en la equidad, contenidas actualmente en el Digesto<sup>79</sup> (principalmente en el título 17 del libro 50), las cuales, por cierto, no tenían jerarquía ni definitividad entre sí. El Digesto que contenía a las *regulae* era un **formulario** de reglas para resolver, en su caso, alguna situación jurídica concreta; todas ellas inspiradas en la justicia, en su forma aún más pura y perfecta. Estas reglas o fórmulas para resolver casos concretos eran producto y resultado del ejercicio propio de los juristas, donde la justicia es, ante todo, el valor, principio, virtud, etc., a seguir.

Por su lado, el *Ius controversum*, parte y producto de la *Autoritas princeps* (“autoridad” emanada del gobierno romano), era un serie de mandatos o leyes dados solo por quien en determinado momento ejerciera el poder dentro del aparato gubernamental y administrativo, el cual solo era dictado a petición del

---

<sup>77</sup> Ibídem, pág. 59.

<sup>78</sup> “Regla” es la <proposición> que describe brevemente una cosa que existe. El Derecho no se toma de la regla, sino que la regla se crea a partir del Derecho que existe. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas, y, como dice Sabino, es como el compendio de una causa, que, si en algo está viciada, pierde su función. (*Paulo, en el libro décimo sexto a Plaucio*).

<sup>79</sup> IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia.- “Sobre las Diversas Reglas de Derecho Antiguo”, UNAM 2005, p. X, *Digesto* o *Pandectas*, es una compilación de *iura*, es decir, de fragmentos de obras de jurisconsultos, ordenada en el 530 y publicada en 533.

pontífice, que previamente había hecho un ejercicio jurídico, más o menos regular, para dar nacimiento a estos mandatos. Las *regulae*, el *ius controversum* (con sus debidas restricciones al igual que las *regulae*) y la **prudencia jurídica** (de la cual nacía la *Autoritas origi*), hacían que el Derecho Romano avanzara y evolucionara con la sociedad; dependiendo la situación de lugar, tiempo y forma, siempre apegados a equidad. En efecto era una mezcla de todos los elementos que componían al “Estado romano” y que se conjuntaban para poder llegar a lo verdaderamente jurídico.

Así en Roma había una distinción clara y objetiva de qué es lo que era el **Derecho** como tal y de qué era la **ley**; cómo es que ambas se producían y los efectos que daban a la sociedad romana; pues tenían diáfanas diferencias, entre las que destacaban la importancia y preeminencia en la sociedad romana del Derecho frente a la ley. El **Derecho**, como en este sistema secular se emprendió, era elaborado, creado o descubierto por juristas o *jurisprudentes*<sup>80</sup> en los que la idea de justicia estaba en lo más alto de todo el sistema, debajo y en su cobijo se encontraba todo lo concerniente a lo jurídico; la **ley**, por su parte, era consecuencia de aquella persona que tenía la potestad o el poder gubernamental de crearla, la ley es producto del poder. Ambas cuestiones con diferente valor jurídico para el Derecho romano. La ley es un simple mandato, el Derecho es una conjunción, armonía y movimiento de tantas y vastas cosas que necesitan necesariamente de la razón y la justicia para poder ser partes del Derecho, por vía de la prudencia jurídica. En efecto:

“... ha de destacarse que en Roma el derecho fue obra de los juristas, con su *auctoritas*, y apenas secundariamente por el poder público, con su *potestas*. Fritz Schulz ha hecho observar que, en cerca de quinientos años de cultura jurídica singularmente elevada, desde la guerra de Aníbal a Diocleciano, <<la promulgación estatal del derecho quedó en segundo plano circunscrita a determinadas funciones.>>

---

<sup>80</sup> *Ius, Iuris*.- Derecho, Justicia, ley. / *Prudentia, ae*.- prudencia, conocimiento, previsión, competencia. Que a este respecto *Iuris* se refiere al Derecho y *Prudentia* se refiere al conocimiento o competencia. Entonces el jurisprudente es aquel que tiene el conocimiento o la competencia necesarias del Derecho; es aquella persona que sabe del Derecho.

Conviene también reparar en la distinción entre *lex* e *ius*. Álvaro D'Ors ha precisado que en tanto el *ius* era el objeto de la jurisprudencia pontifical, la *lex* no empezó por ser parte integrante del *ius* o fuente del mismo, sino algo distinto, una decisión adoptada y publicada por los pontífices, grupo preponderante del pueblo, a solicitud o iniciativa de un gobernante. El *ius* como expresión de prudencia, tenía carácter intelectual y se apoyaba en la *auctoritas*, mientras que la *lex* representaba un momento netamente volitivo, basado en la *potestas*.

Notemos, sin embargo –con De Francisci-, que mientras actualmente el vocablo ley tiene <<un significado específico de norma jurídica emanada del Estado>>, en el lenguaje romano clásico la palabra *lex* indicaba <<cualquier regulación obligatoria dictada por quien se encontrara en situación de imponer su propia voluntad, y aceptada, explícita o implícitamente, por otras personas>>. Así se habla de *lex collegi*, de *legis venditionis*, *locationis*, etc... <<La *lex* pública tiene un carácter bilateral en cuanto representa el acuerdo entre el magistrado y el pueblo.>><sup>81</sup>

Esto es, que la ley, como en ese tiempo era y como en nuestro tiempo es, es una manifestación del poder público, de carácter volitivo más que intelectual en que la justicia puede o no ser parte integrante de ella. La ley es solo eso (desafortunadamente para el estudio y *prudencia* del Derecho, de forma gradual la ley se irá convirtiendo en primera instancia en parte importante del Derecho, para posteriormente tenerla como la única manifestación del mismo, siendo que, lo vuelvo a repetir, no es lo mismo y mucho menos tiene la misma relevancia).

Hasta aquí se ha hablado de dos figuras particularmente importantes, las cuales conviene analizar, explicar y entender más detenidamente: la *Autoritas* y la *Potestas*.

Recuérdese que en la antigua Roma, en un principio, los únicos que tenían el conocimiento del Derecho eran los pontífices, pues como lo he comentado en líneas anteriores la relación entre religión y Derecho estaba dada, estos eran un puente singular entre las cosas divinas y humanas. Por ejemplo, solo ellos sabían los días en que se era “licito” administrar justicia, así como los ritos y formalidades

---

<sup>81</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan.- “Metodología Jurídica”, Editorial Civitas S.A., España 1988, págs. 125 y 126.

que se debían hacer en un proceso judicial; en pocas palabras era un monopolio jurídico ejercido solo por estos sacerdotes, que registraban las fórmulas jurídicas en los *libri pontificales*. Solo ellos conocían las palabras exactas para que se generara una consecuencia jurídica determinada. Y:

“Para que comenzara el verdadero florecimiento de la jurisprudencia romana, era necesario sacar la ciencia del Derecho del reducido círculo de los sacerdotes, es decir, secularizarla.”<sup>82</sup>

Esto se hará, en un primer tiempo, mediante Cneo Flavio, quien era liberto del pontífice Máximo Apio Claudio. Él hará una compilación de todas estas fórmulas que los pontífices guardaban celosamente, para darlas a conocer al pueblo con el fin de que supieran los días, las formalidades y solemnidades que se debían realizar para que se les administrase justicia (y que por esta obra fue elegido edil en el 304 a.C.), dicho compendio recibe el nombre de *Ius Flavium*, que será, al igual que las *regulae* y el *Ius controversum*, formularios escritos del Derecho que ayudaran a comprenderlo de mejor manera<sup>83</sup>, no solo por aquellos que se dedicaran a su estudio sino también a la población en general. Sin embargo es gracias a los estudiosos del Derecho que a través de estos formularios se podrá dar rienda suelta a la imaginativa jurídica para crear, modificar y aplicar el *Ius* en las actuaciones cotidianas de los romanos con su medio social, esta imaginativa creadora tendrá un nombre, que es a su vez parte importantísima dentro de la creación del Derecho, pues con esta pieza se tendrá la certeza de que todo lo emanado por estas personas doctas en el Derecho serán o atenderán a lo justo, me refiero a la *Autoritas origi*, distinta a la *Autoritas princeps*.

Véase que *Autoritas*, traducido del latín al español, es Autoridad, y ésta a su vez es “**prestigio**” y “**crédito**” que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia.”<sup>84</sup> La *Autoritas origi*

---

<sup>82</sup> MARGADANT S., Guillermo Floris.- “*El Derecho Privado Romano*”, Editorial Esfinge, México, 1993, pág. 55.

<sup>83</sup> Se debe hacer énfasis en este punto, ya que mientras que el *Ius flavium* puede ser considerado como un compendio de Derecho adjetivo, las *regulae* y el *Ius controversum* puede ser catalogado como un compendio de Derecho sustantivo.

<sup>84</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, Opere Citato, versión digital.

en el Derecho Romano antiquísimo era precisamente ese prestigio social y calidad moral, adquirido por causa del conocimiento o prudencia jurídica, que solo los *jurisprudentes* tenían para crear Derecho. La *Prudencia* y la *praxis* del Derecho se combinaban para resolver conflictos que pudieran presentarse entre los romanos de forma eficiente y eficaz. Y sin embargo, no solo era resolver conflictos, pues también servía para encontrar la mejor forma de interactuar y convivir en sociedad con armonía y paz, hallando, claro y en su caso, la mejor solución a todo problema o situación (que no necesariamente tendría que ser un conflicto) que se les presentara, y en determinado momento en que hubiera que obtener una solución o resolución, se estaba a las circunstancias especiales de cada caso en concreto, resolviendo con JUSTICIA<sup>85</sup> para ese caso en particular: lo JUSTO<sup>86</sup> aquí y ahora; resolviendo con EQUIDAD<sup>87</sup>. La Autoridad original deviene de ese conocimiento y práctica del Derecho; y la importancia que tiene es que un jurisprudente (abogado o juez) podía cambiar en determinado caso las reglas (*regulae*) o el *ius controversum* para con ello crear Derecho o modificar el existente. Para José Ignacio Cano Martínez de Velasco esta es *equidad legal*:

“La equidad legal se produjo plenamente en la época postclásica y justineana y consistió en que la ley tenía que ser justa para ser derecho positivo. Si no era justa, no era derecho y procedía su inaplicación. En este aspecto, el juez era juez, no solo del caso concreto, sino de la ley misma. Si la consideraba contraria a la equidad, desproporcionada en sus consecuencias en más o menos de lo deseable (*lege ferenda*), desajustada a los tiempos, inadecuada al modelo social, excesivamente tolerante, inaceptablemente sancionadora, debía descartarla.”<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> LEMUS GARCIA, Raul.- “Derecho Romano (Compendio)”, Editorial Limsa 5ª edición, México, D.F. 1979, p. 18, Domiciano Ulpiano elaboró este clásico concepto sobre la justicia: “es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo”. (“Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.”).

<sup>86</sup> Diccionario de la Real Academia Española, *Opere Citato*, versión digital. Arreglado a justicia y razón.

<sup>87</sup> LEMUS GARCIA, Raúl, *Opere Citato*, pág. 18. “‘AEQUITAS’.- Siguiendo al profesor J. Arias en su *Manual de Derecho Romano* encontramos que “los romanos, en particular Cicerón, hablan de la ‘Aequitas’ en un sentido especial, reconociéndola como fuente del derecho: conjunto de reglas que reemplazan al derecho antiguo cuando éste se haya en oposición a un nuevo estado social”.

A LA EQUIDAD, según criterio dominante, se le concibe como la justicia de los casos particulares. En este sentido la justicia es para el derecho general lo que la equidad para el derecho del caso concreto.”.

<sup>88</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio.- “La Equidad en el Derecho Privado”, Editorial Bosch Editor, España, 2009, págs. 17 y 18.

No obstante el cambio antes referido, no se hacía por capricho o voluntad, se realizaba con razón y prudencia, cambiando las reglas existentes para que las mismas no faltaran a la justicia. El Derecho es producto y creación de la *Autoritas origi* de los juristas<sup>89</sup>, creado por una serie de fenómenos vastos y variados, que con ayuda de los operadores jurídicos, recopilan situaciones sociales, culturales, históricas, etc., para crear, llegar y cerrar nuevamente en lo jurídico.

La *Autoritas*, de la que se habla en este sentido, era una forma de producir Derecho por medio de la prudencia jurídica, de la práctica y del conocimiento jurídico sancionada por el propio pueblo romano; los operadores jurídicos (jueces y juristas) tenían la autoridad intelectual y moral suficiente por la cual creaban Derecho. No cualquiera podía tener esta Autoridad original, misma autoridad se los otorgaba todo el pueblo romano; era prestigio social dado solo a aquellas personas que se dedicaran al **estudio** y al mismo tiempo a la **práctica** del Derecho. Esta forma de creación del Derecho o de normas de Derecho tenía la garantía de que no podía irse en contra de la Justicia, pues al apegar las decisiones de los juristas a equidad la garantía estaba dada.

Ahora bien, puede observarse, actualmente, que había dos tipos de *Autoritas* o Autoridad, como lo indique en líneas anteriores, una era la facultad de los juristas para crear derecho: *Autoritas origi* (basada en la *Autoritas prudentium*); y la otra se originó por decisión de Augusto: la *Autoritas princeps*. Esta *Autoritas princeps* facultaba a la persona que la tuviera (sin que necesariamente esta fuera jurisprudente) para establecer dictámenes públicos, que en algunos casos tenían que ver con la administración pública del estado romano. Estos dictámenes públicos, de forma general, pasarán a la historia con el nombre de *ius controversum*. Dando como consecuencia que:

“Augusto, sin embargo, al fundar su poder en una personal *auctoritas principis*, vino a destruir, aunque no de un solo golpe, la antigua distinción entre

---

<sup>89</sup> Jurista debe entenderse como sinónimo de *jurisprudente*.

“autoridad” y “poder”, lo que no pudo menos de influir en el desarrollo de la vida jurídica...”<sup>90</sup>

Aunque la obra de Flavio, los *libri pontificales* en un compendio (*Ius Flavianum*); las *regulae*; la *Potestas* y la *Autoritas princeps* eran, de alguna forma y cada una con sus debidas excepciones y restricciones parte de lo que el Derecho romano significaba, todas ellas son elementos secundarios (o inclusive hasta terciarios), con una importancia relativa de las que el Derecho podía prescindir sin menoscabar en modo alguno el producto cultural que significa el *Ius*.

La llamada *Autoritas princeps* tiene mayor relación con la *Potestas*, que con la *Autoritas* en sí, véase por qué.

*Potestas* o potestad, como se ha señalado, es el poder público que en un tiempo determinado se tiene; y quien puede tenerlo es el monarca, el rey, el presidente en nuestro tiempo, etc., mas este sujeto no producirá Derecho, solo ley(es). Ahora en este sentido, debemos explicar que la ley, en la antigua Roma como en nuestros días, es producto de la ley misma, es un acto unilateral, no hay un ejercicio intelectual del *Ius*, solo de las reglas del poder del ente gubernamental. En la antigua Roma la *potestas*, volviendo a lo que ya he apuntado, es algo muy diferente del verdadero Derecho. La potestad de hacer leyes solo obedece al poder de la persona o ente que en ese tiempo lo tiene o ejerce, más no era, si quiera, parte del Derecho, ni como fuente; ni como vinculo; ni como norma jurídica; solo era ley y nada más, por no tener una prudencia especial, la cual era la jurídica.

Se puede refutar, sin embargo, que tanto la *Autoritas* como la *Potestas* tenían una “prudencia”. Lo anterior si bien es cierto, está desfasado de lo propiamente jurídico pues éste conocimiento era de diferentes tipos. Mientras que la prudencia de la autoridad respondía al conocimiento del Derecho, la prudencia de la potestad respondía a las reglas del poder. En efecto:

---

<sup>90</sup> D'ORS, Álvaro.- Elementos de Derecho Privado Romano, Editorial Pamplona, España, 1959, pág. 26.

“La Prudencia del juicio, sea del juez, que dicta sentencia, sea la de cualquier jurista, que dicta dictámenes, es una prudencia de autoridad, no como la prudencia del gobernante, que es de potestad. De la indistinción entre ambos tipos de prudencia resulta una confusión entre autoridad y potestad.”<sup>91</sup>

O sea:

“La prudencia del legislador es ya prudencia de gobierno y no de autoridad; por eso, el cambio legislativo no supone un cambio de saber –como si la ley anterior fuera <<falsa>> o errónea-, sino un ajuste de oportunidad. Así, no puede decirse del legislador que sea <<sabio>>, sino <<oportuno>>: la sabiduría es la de la autoridad de los autores materiales de la ley.”<sup>92</sup>

En otras palabras: los juristas, que al igual que:

“Los romanos, explica Álvarez Suarez, <<eran fieles a la íntima convicción>> de que el derecho <<suponía un cierto ordenamiento eterno e inquebrantable de las relaciones humanas, independiente del arbitrio de los magistrados y de las asambleas populares>>, <<que no por ello debía permanecer inmóvil e inmutable>>, pero estimaban deseable que se manifestase, expresare y desarrollase por sí mismo. Así, la tarea de la jurisprudencia consistía <<en acuñar del modo más perfecto posible las formas latentes y dinámicas que en el derecho residen>>”.<sup>93</sup>

Ahora bien, hasta este punto se han enunciado ya bastantes figuras que en el Derecho romano tenían una importancia a veces mayor, otras relativa, otras con coincidencias entre sí, etc., (*regulae, autoritas, potestas*, etc.), pero estas herramientas jurídicas sirven de distintas formas, según se siga un proceso u otro para utilizarlas, al tiempo que algunas son más propias para un proceso que para otro.

Recapitulando, se ha dicho que el jurista (juez o abogado) tenía la prudencia necesaria para resolver conflictos o situaciones jurídicas para la buena convivencia social. Pero no serviría de nada todo este conocimiento si no hubiera

---

<sup>91</sup> D'ORS, Álvaro, *Opere Citato*, págs. 75 y 76.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pág. 61.

<sup>93</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Opere Citato*, pág. 129.

un tipo específico de razonamiento jurídico, el cual sí se tenía en ese entonces. En el caso en concreto que se tuviera que tener una resolución de un juez, el razonamiento jurídico que se utilizaba por los juristas romanos era un tipo de razonamiento jurídico problemático, diferente a un tipo de razonamiento jurídico sistemático (el sistemático es el que se ha usado en México, por ejemplo y sin exagerar, en un 90%), así:

“... distinguimos dos tipos de métodos jurídicos que –siguiendo la terminología de Helmut Coing- denominaremos dogmáticos sistemáticos y empíricos-casuísticas, el método de los jurisconsultos romanos está claramente situado entre los segundos. Como ha escrito Kaser, la manera casuística de ver el derecho, o sea, desde la perspectiva del caso concreto, domina todos los periodos de la historia del derecho romano.”<sup>94</sup>

Por la forma casuística de pensar de los juristas romanos, en el sistema jurídico romano la forma de razonamiento jurídico o si se quiere su método jurídico para resolver los problemas que tuvieran que resolver, eran de”... problemática romana que ciertamente, resolvía lo que era justo y lo que no lo era, pero lo efectuaba con la previa noticia de las cosas divinas y humanas.”<sup>95</sup>

Entre las características de este razonamiento jurídico están:

1) Que el punto de partida es el problema (cuál es el problema jurídico por el que se está generando una discordia).

2) Para la solución de dicho problema se buscan resoluciones concretas, reales y posibles.

3) Los argumentos que en su caso se utilicen, tanto de una parte como de otra, no tienen jerarquía entre sí (tanto el *ius controversum* como las *regulae*, pues estas son solo formularios y nada más).

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 127.

<sup>95</sup> *Ídem*.

4) Hay dialéctica entre sus premisas, esto es, que puede haber contradicción entre ellas, pues no hay definitividad, ya que las circunstancias que den origen a determinada premisa pueden variar o desaparecer con el tiempo.

5) Consecuencia de la característica anterior, hay una revisión constante de los argumentos que les dieron origen.

6) Hay una aplicación **especial** de los argumentos que se utilicen para la solución del problema jurídico.

7) Por tanto, es una forma de pensamiento casuístico, resolviendo de acuerdo a EQUIDAD: lo justo aquí y ahora (que no quiere decir que sea lo justo en otro tiempo o posiblemente en otro lugar).

Lo anterior es que los jueces al administrar justicia y los juristas al realizar consultas,

“hallaban casos en que las reglas de Derecho, por su inflexibilidad o por no haber previsto modalidades más ricas, no podían ser aplicadas sin herir el sentimiento de justicia. Es entonces que en nombre de la equidad (*aequitas*) introdujeron atenuaciones, excepciones o nuevas normas. Fue una crítica al Derecho positivo y una posibilidad de su rectificación que la conciencia del pueblo romano permitió a los encargados de su custodia”<sup>96</sup>,

...los juristas.

Siendo así y entendido *grosso modo* la forma en que veían y pensaban el Derecho los antiguos romanos, y lo que el Derecho era en la arcaica Roma, solo resta decir que la belleza del Derecho romano no solo está en sus instituciones, sino también en su filosofía jurídica, filosofía que en nuestros días está muy, pero muy subestimada, o casi nula.

En otras palabras: la belleza del Derecho romano no solo está en su forma, sino también en su fondo.

---

<sup>96</sup> Ídem.

## 2.2 Aequitas

Este tema puede catalogarse como el meollo del Derecho romano y del propio Derecho, ya que en la *aequitas* romana se reduce todo el pensamiento jurídico de los juristas, desde los principios hasta su cima: la filosofía jurídica. Su principio fundamental: la justicia; su cima y objeto de estudio: ella, su aplicación y comprensión. En la equidad romana se condensan todos los elementos que hacen que el Derecho sea: elementos sociales, culturales, morales, económicos, políticos, etc. Sin llegar a la exageración, es válido sostener que desde ese entonces como ahora la equidad hace que el Derecho sea eso y no simples reglas implantadas por un poder político determinado. Hablar de la equidad en el Derecho romano no es hablar de una palabra sola, ya que ella encierra en el fondo y en sí misma el *arche* del Derecho, que no es otra cosa que un universo que pocos, en nuestros días, entendieron tan bien como lo hicieron los jurisprudentes romanos.

Pero ¿Qué es la *aequitas*? La equidad, en este primer acercamiento, hacía referencia a las cuestiones morales y **éticas** de la propia población romana, la forma de ser del pueblo romano, pues el Derecho romano obedece al comportamiento, precisamente, de los romanos; y dentro de estos, de los estudiosos del Derecho que discernían que la justicia debía estar presente en todo actuar del hombre; no tanto por coerción sino por conveniencia, la conveniencia y seguridad que da la sociedad a la unidad más pequeña: el individuo. La equidad es mejor aún que la justicia, en cuanto que ve caso por caso, más no la justicia sustantiva o perfecta. Por ello es que:

“*Aequitas* y *aequum*, son términos expresivos de la adecuación del derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva. El derecho ha de amoldarse o conformarse a las contingencias de cada hecho, negocio o relación, habida cuenta de esa mudanza cotidiana a que es llevada la vida social. De no ser así, el derecho conduce a la iniquidad: *súmmum ius summa iniuria*. La equidad interviene para

remediar estas contingencias y restablecer la justa proporción, el equilibrio debido entre el derecho y la vida de relación siempre en continuo cambio.”<sup>97</sup>

La *aequitas* o equidad, es claramente el ejercicio y la práctica de la virtud que los grandes filósofos griegos tanto pregonaban, pero que no pudieron inculcar o no supieron llevar a sus connacionales. La justicia del aquí y del ahora no es cosa fácil; saber, entender y aceptar que las condiciones y circunstancias cambian en la realidad humana hace que la justicia, que es algo universal y general, solo pueda manifestarse en la sociedad humana y en sus actuaciones de forma particular y especial. Cosa que fue llevado a la práctica, magistralmente por cierto, por los jurisconsultos romanos.

Es claro que la equidad en el Derecho romano era el pan de cada día, pues todo lo que se refiere a la sustancia del Derecho tiene relación con ella; tan es así que cualquier *regulae*, cualquier principio general del Derecho, cualquier axioma o máxima dentro del *Ius*, responde necesariamente a la justicia en primera instancia, para caer, inevitablemente en la equidad<sup>98</sup>. Concretamente:

“Derecho y equidad son una misma cosa, de modo que en el derecho romano postjustineano su diferenciación se remonta al pasado y tiene la connotación de una simple distinción académica.”<sup>99</sup>

Desde el antiquísimo Derecho romano, e inclusive hasta nuestros días, Derecho, justicia, razón, equidad, son entendidos como sinónimos, no solo por la significación que todas estas palabras tienen en común, sino porque, como se ha visto, a lo largo de esta etapa, y anterior a ella, con los griegos, la sustancia de todas estas palabras son una y la misma cosa, tal vez, difícil de poder conceptualizar, pero no de entender y llevar a cabo. Es inefable dada su

---

<sup>97</sup> BRAVO GONZALEZ, Agustín, Opere Citato, pág. 25.

<sup>98</sup> Ejemplos hay muchos, enúnciese alguno: “*PAULUS libro tertio ad Sabinum. Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.* / PAULO, en el libro tercero a Sabino. Es de acuerdo con la naturaleza que las ventajas de una cosa corresponden a aquel a quien corresponden las desventajas.” IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, Opere Citato, pág. 2.

<sup>99</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, Opere Citato, pág. 37.

indeterminación, pero no por eso deja de ser necesaria y asequible a la razón humana<sup>100</sup>, y a la prudencia específica de los juristas.

Para los romanos, juristas o no, la equidad era algo de suma importancia, de la que si se prescindiera, su sociedad quedaría a la deriva y a merced de los vicios que todo hombre tiene, carcomiendo poco a poco su propio entorno, dando como consecuencia que su comunidad desapareciera. Es, también, una abstracción eminentemente práctica, en el entendido de que tiene su más fiel expresión ante los juzgados a través de la labor jurídica de los jurisprudentes, logrando la proporcionalidad de las consecuencias y circunstancias de cada hecho en concreto para que la justicia pueda ser el rector de la solución de una polémica jurídica cualquiera, adaptando, o en su caso modificando o creando, las reglas y normas jurídicas de que disponen para lograr el cometido: salvar a la justicia.

Incluso:

“En la época clásica *iusticia* y *aequitas* están unidas, así como también la *aequitas* va unida a la *iuris ratio*[...] y se convierte en modelo de convivencia social; por lo que Constantino ordena que sea aplicada *in ómnibus rebus*.”<sup>101</sup> (En cualquier tipo de relación.).

La equidad para los jueces, a veces dejando de lado las pretensiones de los abogados, era resolver el conflicto que se les hacía saber con justicia, en primer término, y con equidad en el último; pues así como los juristas podían modificar las reglas y normas existentes para llegar a una solución equitativa, los jueces tenían, en uso de sus funciones, la obligación de comportarse de esa forma, resguardando y administrando justicia, y de igual forma, cambiar una regla concreta que para ese caso, de ser aplicada, se convertiría en una injusticia flagrante. Tan es así que, en tiempos algo avanzados, “Justiniano impone a los nuevos magistrados al entrar en el cargo el juramento de observar la equidad.”<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Todo ser humano sabe de antemano cuándo es que está obrando injusta e irracionalmente, y que finja demencia solo por el beneficio que obtendrá a costa de otros, es situación distinta.

<sup>101</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *Opere Citato*, pág. 41.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pág. 42.

La equidad tiene una importancia e inmanencia a lo jurídico de tal magnitud que no hablar de ella dentro de este rubro sería un defecto, casi tan igual como aquel físico que pretende estudiar física sin hablar de fenómenos físicos.

Avanzando un poco en el tiempo, en la época de los emperadores cristianos, por ejemplo:

“ninguna relación jurídica, ninguna acción procesal se sustrae a la equidad. La equidad está en el *ius*, aunque prevalece en él. Un derecho que discrepe de la equidad no es derecho, porque uno y otra coinciden. Hay una equidad legal y otra judicial: de ahí la concepción justineana de que *aequitas convenit et legislatori et iudici*. La imposición de que toda actividad jurídica debía ser realizada bajo los auspicios del *bonum et aequum*, permite adaptar la generalidad de la norma al caso concreto[...] La *aequitas*, además de la expuesta habilidad adaptativa del derecho, le ha dotado de flexibilidad suficiente como para que se fuese acomodando a los cambios de la Historia.”<sup>103</sup>

Claro está que la equidad era una forma por la cual el Derecho estricto podía verse modificado para resolver lo justo en un tiempo y lugar dados, haciéndolo por este hecho un Derecho flexible, capaz de adaptarse a los cambios, prescindiendo, me atrevería a decir por lo expuesto en el apartado anterior, de las normas o reglas emanadas del poder público.

Así pues, la *aequitas* romana es, además de un instrumento eminentemente práctico, una forma de ser dentro del Derecho romano, haciendo gala y honrando al Derecho mismo en el normal desenvolvimiento de los usos cotidianos, principalmente en los juzgados. Atempera, flexibiliza la norma jurídica para que pueda ser aplicada de forma tal que la justicia quede salvada.

Aunque eso no es lo principal, sino que la equidad está desde el inicio en el pensamiento de todo jurista para arreglar, componer y resolver cualquier problema jurídico que pudiera surgir, y en dado caso, sí hacer una flexibilización de cualquier norma jurídica, llámese *regulae*; *ius controversum*; etc. La equidad es,

---

<sup>103</sup> Ibídem, pág. 44.

en el Derecho romano, lo que se busca desde el inicio de toda controversia surgida entre los individuos, honrado de esta forma a la justicia.

### III.- NEO-ROMANISMO

El neo-romanismo surge de los escombros del Derecho romano que regía en el imperio romano, tomándolo como base para poder constituirse. No obstante que sus cimientos se encuentran en este Derecho, se separa en gran medida del pensamiento y visión de los juristas romanos, tomando mayoritariamente sus instituciones y estructura, dejando en un plano secundario a la verdadera jurisprudencia. Consecuencia de esto es que tiene características propias que lo diferencian radicalmente del Derecho romano con todo lo que ello conlleva (principalmente el nuevo enfoque que se le hace a la filosofía, teoría y prudencia jurídicas).

También es, sin lugar a dudas, la familia jurídica que tiene mayor número de países dentro de su haber, no solo por los territorios que ocuparon el antiguo imperio Romano, principalmente el continente europeo, sino también por los territorios conquistados por países que tienen tradición romanista, (Latino América), y por la recepción que de este sistema jurídico hicieron otros tantos en el continente africano y parte de Asia.

El neo-romanismo toma del antiguo Derecho romano, casi sin modificación alguna, sus instituciones (organización familiar y civil); sin embargo peca de no seguir el fondo, la esencia, sobre todo práctica, de este, *id est* que relega a la valiosísima estética filosófica-jurídica romanista hasta un plano que no es, ni por mucho, lo que para el Derecho romano era el *Ius*.

Sobre esta serie de ideas debe entenderse que el neo-romanismo es un producto de varios factores, entre los que se destacan los movimientos codificadores; el nacimiento del estado moderno; la exageración por el método científico; positivismo jurídico y positivismo; etc. De todas estas características se considera que la más importante, por lo que representa en el estudio del *Ius*, es que el hueco que deja el pensamiento y visión verdaderamente jurídicos, se reemplaza con doctrinas objetivistas y científicas a ultranza, tratando

fundamentalmente de implantar el método de las ciencias naturales y exactas tal cual como son aplicadas en ellas mismas, en el ámbito jurídico, sin importar que para las ciencias sociales y para el Derecho es errado hacer esto, por la simple razón de que el objeto de estudio es diferente entre ellas: hechos naturales para las ciencias naturales y, con sus debidas particularidades, en su caso las exactas, en los que los elementos no tienen relación con los investigadores y los resultados se dan; y hechos sociales para las ciencias sociales, en los que algunos de sus elementos tiene que ver con cuestiones metafísicas que escapan a lo netamente científico, como por ejemplo los principios, valores, ideales, aspiraciones, etc.

En efecto, mientras que en la ciencias naturales, la objetividad y el pensamiento positivista es el camino para conocer estos fenómenos; en la ciencias sociales, y sobre todo en el Derecho, esta visión acarrearía grandes conflictos que terminarían por perder el objetivo de toda sociedad de hombres, para dejarla a la deriva con su inevitable naufragio; ya que las ciencias sociales necesitan de elementos que en apariencia son irracionales y metafísicos, como son, de nueva cuenta, los valores, los principios y hasta los propios pensamientos y aspiraciones “buenas” de cada individuo, para tratar de encaminar su actuar, y el de su comunidad, a ellos, siendo, se considera, la justicia el mayor de todo este conglomerado, al que todo hombre en su sano juicio y en su ideal perfecto, desearía llegar: un estado utópico de justicia.

Y es precisamente la característica de una científicidad exagerada en el Derecho la que ha hecho de este sistema algo diferente al Derecho romano antiguo. En el caso de la equidad, pasa a ser un elemento tan poco común dentro del neo-romanismo que se le nulifica, a tal grado de no figurar de manera expresa en todo lo que puede constituir un sistema jurídico o legal cualquiera dentro de esta familia jurídica. En otras palabras: un sistema jurídico neo-romanista, como el nuestro, puede existir prescindiendo casi por completo de la equidad, cosa diametralmente opuesta al antiguo Derecho romano.

Así pues haremos notar, en el desarrollo del presente capítulo, el desenvolvimiento que tuvo la equidad en el neo-romanismo, haciendo un especial énfasis para el caso mexicano, comenzando con la obra unificadora de Justiniano.

Es bien sabido que el *Corpus Iuris Civilis*, es el punto de partida para el neo-romanismo. La recepción, estudio y análisis que de este gran compendio jurídico hicieron, en un primer momento, los glosadores y posteriormente los postglosadores; fue utilizada en el *mos italicus* y en el *mos galicus*; en la jurisprudencia *elegants*; la nueva perspectiva de los *usus modernus pandectarum*; las escuela histórica alemana y la íntima relación del Derecho romano con el Derecho canónico; además de la nueva perspectiva y crítica que hiciera el humanismo jurídico a las dos primeras escuelas jurídicas: reivindicar al hombre como el centro de todo y la lejanía que se hacía respecto de las fuentes históricas originales.

Todo lo anterior ha hecho de este sistema algo, si bien alejado del vetusto Derecho Romano, rico en posturas y pensamientos en el campo jurídico, con sus debidas críticas. Son partes de lo que una nueva perspectiva hizo del antiguo Derecho romano: un nuevo sistema jurídico.

Para el caso especial de México, al ser conquistado por los españoles, adopta este sistema jurídico. Sin embargo es de aclararse que antes de esto, en el territorio que actualmente ocupa la nación mexicana, existían culturas que tuvieron un "Derecho" propio en el cual la figura de la justicia y la equidad, aunque no del todo clara, estuvieron presentes. Y es aquí que entraremos a un análisis por tres de los periodos más representativos en la historia jurídica mexicana: en los sistemas indígenas, por ser nuestro pasado en común; el periodo indiano, que forjó gran parte de nuestro sistema jurídico; y por supuesto la época contemporánea, que nos pertenece y debemos moldear para llegar a algo mejor.

### 3.1 Somero origen del Neo-romanismo

Como se ha dicho en líneas anteriores, el neo-romanismo se fundamenta en el antiguo Derecho romano, siendo el *Corpus Iuris Civilis* la principal obra sobre la que se basaran los estudiosos del Derecho romano para configurar, tal vez sin quererlo, a este nuevo sistema jurídico. Al mismo tiempo, dentro de esta labor unificadora la de mayor relevancia es el Digesto o *Pandectas*, por la riqueza propiamente jurídica que encarna y representa. La compilación que ordenara Justiniano consta de cuatro partes sucesivas y diferentes entre sí, las cuales son:

“a) El *Código (Codex)*, que consiste en una colección de *leges*, es decir, de constituciones imperiales. Una primera edición fue preparada en el año 528 y publicada en el 529, más no llegó a nosotros como tal, sino en una edición modificada del 534.

b) El *Digesto o Pandectas (Digesta sive Pandectae)* que es una compilación de *iura*, es decir, de fragmentos de obras de jurisconsultos, ordenada en el 530 y publicada en 533. De toda la compilación ésta es la parte más extensa y, precisamente por estar compuesta de *iura*, es la que ha tenido mayor influencia sobre las épocas y legislaciones sucesivas hasta nuestros días.

c) Las *Instituciones (Institutiones)*, una obra elemental de relativa extensión, destinada a la enseñanza del derecho, que fue publicada el 21 de noviembre del año 533.

d) Las *Novelas (Novellae)*, un conjunto de constituciones posteriores al año 534 y que fueron publicadas por Justiniano hasta su muerte en el año 565.”<sup>104</sup>

Desde el inicio del Derecho romano hasta el *Corpus Iuris Civilis* se cataloga como “primera vida del derecho romano”; la “segunda vida” va de las últimas décadas del siglo XI y a través de unos ochos siglos después, para que las

---

<sup>104</sup> IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, *Opere Citato*, pág. X.

diversas codificaciones de índole neo-romanista en la Europa continental dieran reflejo especial a ésta última.<sup>105</sup>

Ahora bien, es de precisar que el gran desarrollo y estudio que se hizo del Derecho romano fue posible gracias a las primeras universidades surgidas en la edad media, así:

“Inferio inicio en Bolonia la Escuela de Glosadores, que durante cinco generaciones, mediante la redacción de “glosas” (“comentarios”) hizo la obra jurídica de Justiniano más consultable y comprensible.”<sup>106</sup>

Esta escuela tuvo especial importancia y valor jurídico porque su metodología y estudio se basaba fundamentalmente en el *Digesto*, obra de las cuatro que componen al *Corpus Iuris Civilis*, de mayor importancia y riqueza jurídica, por contener lo esencial del Derecho romano; tratando de ser fieles a la concepción y forma de pensamiento jurídico de la arcaica Roma, en las que se pueden diferenciar dos contribuciones al neo-romanismo y al estudio del Derecho romano en general:

“primero, separó el derecho de la retórica, como el canónico de la teología, y, segundo, que sus estudios no se basaron en extractos ni epítomes, ni en obras que no tienen tanta trascendencia jurídica como el *Codex* y las *Institutas*, sino en el que se encuentran concentrados el *iura* y las *leges*: el *Digesto*.”<sup>107</sup>

De alguna forma las anotaciones de los glosadores explicaban y aclaraban el sentido de los textos justinianos, mismos que trataron de mantener la esencia casuística de la jurisprudencia romana, al dar las soluciones que se adecuaban a la justicia para cada caso particular, respetando así a la antigua *aequitas*.

Posteriormente:

---

<sup>105</sup> Cónfer MARGADANT S., Guillermo Floris.- “Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª edición, México, 1997, pág. 28.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pág. 35.

<sup>107</sup> ZÁRATE, José Humberto.- “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Editorial McGraw-Hill, México, 1997, pág. 41.

“Acurcio, un erudito glosador, ya no clérigo sino un abogado laico, reunió en la “Gran Glosa” lo que él consideraba como lo más meritorio de las múltiples glosas. En esta combinación del *Digesto*, ya circundado por textos de los *Instituta*, del *Codex* y de las *Novellae*, con la Gran Glosa de Acurcio, se basa la próxima escuela, la de los Postglosadores, “Comentaristas” o “Post-Acursianos”, más inventiva y creadora, que mediante hábiles reinterpretaciones – a menudo fraudulentas desde un punto de vista histórico - hicieron el Derecho justiniano utilizable para fines forenses contemporáneos. Entre ellos sobresalen Bartolo de Sassoferrato (1321 – 1357) y su prolifero alumno Baldo (1327 – 1406).”<sup>108</sup>

Los postglosadores fueron más allá de las simples anotaciones, tuvieron el tacto de amoldar el antiguo Derecho romano a las exigencias y realidades sociales del tiempo y del lugar en el que se desenvolvían haciendo patente el uso de la equidad para los casos en los que tenían conocimiento, por ende su método era uno muy práctico. Bajo esta luz, y para algunos territorios ocupados en antaño por el imperio romano todavía su derecho era reconocido, en alguna medida, por sus gobernantes y sus gobernados. “Este *ius commune* fue aplicado en la práctica, en combinación con derechos locales, emanados del nuevo poder público.”<sup>109</sup> Siendo el producto de esta mezcla, al paso del tiempo, el Derecho nacional de cada territorio constituido como estado. Esta última etapa de la historia a la que se hace referencia es conocida como Renacimiento, la cual:

“marco un punto de reencuentro de la civilización europea al voltear la mirada a las fuentes clásicas en la literatura, pero también en el Derecho. A este movimiento, cuyo eje central era el ser humano, se le conoció como Humanismo[...] El Humanismo jurídico criticó los estudios que se alejaban de las fuentes originales y que generaban una confusión que menoscababa la verdad histórica[...], a diferencia de los glosadores y comentaristas, desarrollaron, como se afirma, un interesante sentido histórico al reconstruir el derecho romano clásico de los pasajes enmendados en el *Digesto*. Sabían latín y griego, y su atención se fijó en fuentes diversas a las del *Corpus Iuris Civilis*.”<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> MARGADANT S., Guillermo Floris.- *Panorama...*, Opere Citato, pág. 36.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pág. 37.

<sup>110</sup> LAN ARREDONDO, Arturo Jaime.- “*Sistemas Jurídicos*”, Editorial Oxford, México, 2007, págs. 34 y 35.

Del *ius commune* y de la obra y fama de los postglosadores empezó a surgir una división: el *mos gallicus* y el *mos italicus*. El primero teniendo un tinte más científicista e histórico, basándose, o tratando de hacerlo, en las fuentes originales del Derecho romano antiguo; mientras que el segundo siguiendo con la labor realizada por las escuelas precedentes, se enfocaban a prever las consecuencias jurídicas de un caso particular basadas en las enseñanzas ya adquiridas del estudio del Derecho romano.

El *mos gallicus*, debido a su emigración hacia Holanda, da origen a la *jurisprudencia Elegans*. Esta tiene especial importancia porque, además de hacer una conjunción del Derecho romano con la mentalidad del *mos gallicus* y el “Derecho” existente en Holanda, también explora territorios recónditos ocupados por los holandeses fuera de la Europa continental; consecuentemente la familia jurídica que se estaba gestando tendrá más naciones en su haber, claro con una mezcla posterior del Derecho anglosajón, por presiones de parte de los ingleses hacia estos espacios controlados por Holanda.

De las anteriores escuelas, sin poder hacer una reformulación de su método y del Derecho que hasta entonces habían utilizado para sobresalir en el mundo jurídico, surge con un auge especial en Alemania, como innovación de la *praxis* jurídica romana los: *Usus Modernus Pandectarum* que “significa una manera moderna de utilizar las *Pandectas*”<sup>111</sup>. Cosa que no es de extrañarse ya que como se sabe el Digesto es, por mucho, la más importante y valiosa fuente de jurisprudencia romana de las cuatro obras que componen al *Corpus Iuris Civilis*.

Ahora bien, la Escuela histórica del Derecho fue consecuencia de la resistencia que Alemania tuvo frente al embate de Napoleón en Europa. Esta corriente jurídica está representada básicamente por Karl Von Savigny, y tiene características muy similares a las de la Escuela Histórica:

A) La individualidad y variedad del hombre, dando la consecuencia de que no haya un Derecho universal para todos, sin importar los tiempos o los espacios

---

<sup>111</sup> Ibídem, pág. 36.

(contrario a la postura lus-Naturalista), en este sentido el Derecho no tiene su origen en la razón humana, sino en su actuar a través del tiempo, de la historia propiamente dicha.

B) La Irracionalidad de las fuerzas históricas<sup>112</sup>; en esta característica el Derecho no es un producto de la razón, es solo el producto de la historia. Hay un sentimiento de justicia e injusticia en el hombre, éste está gravado en sus corazones, este sentimiento se ha desarrollado a través del tiempo y se conduce de acuerdo a esta idea.

C) Pesimismo antropológico<sup>113</sup>; con la desconfianza al progreso humano así como la poca garantía que las reformas puedan dar a los problemas existentes, se infiere que se deben conservar las instituciones ya establecidas, pues éstas han sido creadas a partir de un proceso sólido y duradero: la Historia. Con ello en Alemania se logró imponer esta aseveración a tal grado que no fue sino hasta principios del siglo XX que Alemania hizo un código para los Alemanes. Esto fue así porque no se realizó un Código al vapor, sino que se tuvo que estudiar, investigar y recopilar el espíritu del pueblo alemán contenido en un Derecho eminentemente oral y consuetudinario, para poder hacer un código que contuviera sus reglas y principios, mismas que se habían estado gestando junto con la historia de ese mismo pueblo. Inclusive se ha dicho que este código, BGB, es aún mejor que el código Francés, pues el primero contiene la esencia del pueblo alemán, además de hacerlo de tal forma que se basaba no en una ideología política sino en la costumbre intrínseca de dicho pueblo.

D) Amor por el pasado<sup>114</sup>, entendiéndolo por tal que se valora aún más lo propio que lo ajeno, la creación consuetudinaria de reglas que normaran el actuar de los individuos del pueblo alemán, esto significó que la recepción de un Derecho extranjero como lo sería el Derecho romano era un Derecho no adecuado para el pueblo Alemán.

---

<sup>112</sup> Cónfer, BOBBIO, Norberto.- "El positivismo jurídico", Editorial Debate, España primera reimpresión, 1998, pág. 67.

<sup>113</sup> Cónfer, Ídem.

<sup>114</sup> Cónfer, Ídem.

E) Sentido de la tradición<sup>115</sup>, las normas consuetudinarias son precisamente expresión del sentir del pueblo, su espíritu (volksgeist), es producto de una evolución gradual y lenta en la que nacen normas de carácter consuetudinario. Es aquí en donde cobra fuerza la máxima fuente del Derecho por excelencia, la costumbre, no puede concebirse a las normas jurídicas sin ella, pues es ésta de la que emanan y no pueden pensarse sin el *mos* de cada pueblo, es por antonomasia su máxima fuente.

La escuela en comento entiende las diferencias intrínsecas de cada pueblo, hace ver que cada sociedad es diferente y que como tal necesitan reglas acorde a su entorno, que serán dadas a través de las costumbres de cada una de esas sociedades. Un Derecho debe ser hecho para una sociedad en particular.

No obstante, y

“...aunque todo el Derecho proceda del espíritu del pueblo, el Derecho popular debe ser exteriorizado (no creado) de diversos modos. Uno de ellos –la primera <<fuente>> de Derecho en importancia- es la costumbre, en cuanto forma más directa de manifestación del Derecho. En segundo lugar se encuentra la ley, que Savigny acepta (si bien excepcionalmente) en cuanto forma de expresión del Derecho ya creado por el pueblo, pero rechaza si se entiende como manifestación de la (falsa) idea de que el Derecho puede ser creado por el individuo o por la organización estatal. Y, en tercer lugar, se sitúa el Derecho de los juristas, que Savigny denomina también <<Derecho científico>>. Los juristas forman parte del pueblo, pero son también sus representantes en el campo del conocimiento del Derecho. Su labor no es, como se ha dicho, creadora de Derecho en sentido estricto, sino solo en el sentido de poner de manifiesto principios y normas implícitas en el Derecho popular.”<sup>116</sup>

En este sentido cabe hacer una especial mención al código prusiano, ya que da a la codificación y movimiento codificador una postura diferente con “una sistemática iusnaturalista interesante”, pues los encargados de hacerlo, a lo largo de dos grandes etapas, eran eminentes iusnaturalistas, culminando en un código

---

<sup>115</sup> Cónfer, *Ibíd*em, pág. 20.

<sup>116</sup> ATIENZA, Manuel.- “Introducción al Derecho”, Editorial Fontamara, México, 4ª reimpresión, 2007, p. 176.

prusiano que será antecedente, indirecto si se quiere, para la codificación en Alemania con una visión iusfilosófica apegada al Derecho Natural, parecida a lo que trato de hacer su homólogo francés Jean Jacques Régis de Cambacérès (1753 – 1824)<sup>117</sup>, intentando amoldar y componer el Derecho local con la jurisprudencia romana:

“el derecho romano había perdido mucho terreno, en beneficio del iusnaturalismo y de las tradiciones jurídicas locales: se nota en esta codificación que la recepción del derecho romano en Alemania no había sido irrevocable: ¡el derecho autóctono ya estuvo recuperando parte del terreno perdido, en Prusia!”<sup>118</sup>

Así, después de todas las escuelas y corrientes de pensamiento anteriores y otras, empieza a materializarse un fenómeno que vino a degradar en grado sumo la esencia del Derecho, en algunos países más que en otros. Me refiero por supuesto al movimiento codificador, iniciado formalmente por Francia y teniendo una reivindicación, apenas perceptible, en Alemania. La primera nación buscando hacer un código válido para todos los tiempos y para todos los lugares, en los que el Derecho se viera reducido a aplicar “textualmente” o de forma exegética la ley; la segunda nación, con más sentido común jurídico, realizando un código (BGB) para la nación alemana, en la que su fuente, y la de todo Derecho, es la costumbre.

La intención de que todo el Derecho estuviera codificado obedece más bien a una facilidad técnica y práctica. Pues el tener todo el Derecho legislado, en concreto en un código, en el que se esté reglamentada una determinada materia de forma sistemática, da el resultado de que solo es cuestión de ir al código correspondiente para saber qué hacer en determinado caso. En pocas palabras, reunir todo el material jurídico en un solo lugar de forma “organizada” y

---

<sup>117</sup> Cónfer, BOBBIO, Norberto, *Opere Citato*, pág. 81 y siguientes.

El proyecto original para el Código Civil francés tenía tintes marcadamente iusnaturalistas, en un intento de mantener la verdadera esencia de la Ilustración en temas de índole jurídico; haciendo prevalecer a la equidad por sobre cualquier otra cosa en caso de que no hubiera un precepto legal aplicable al caso concreto, consecuencia de ello “el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de la equidad. La equidad es el retorno de la ley natural y a los usos adoptados en el silencio de la ley positiva.”

<sup>118</sup> <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/553/30.pdf> (en su pág. 314, al 15 de Enero de 2015.).

“sistematizada” para que se tenga a la mano, y al mismo tiempo sea más fácil el acceso a estas reglas para todos (o al menos esa es la intención).

Este movimiento particular da una característica que sigue a toda la familia neo-romanista: no puede concebirse ningún Derecho que no esté codificado, ya que si no está en un código o en una ley simplemente no existe.

Pero en sí, ¿Qué es un Código? Álvaro D’Ors nos dice que propiamente los códigos no son colecciones de preceptos antiguos:

“sino cuerpos legales sistemáticos de nueva planta, cuyos criterios pueden ser antiguos, pero se presentan, en el momento de hacerse, como conjunto de normas nuevas, producidas por la prudencia del anónimo legislador, que los promulga como ley única.”<sup>119</sup>

De lo anterior es de donde emerge y nace la familia neo-romanista, en la que cada una de las anteriores escuelas y corrientes de pensamiento dará a esta familia características muy específicas que adoptaran los países que pertenecen a este sistema jurídico, inclinándose en algunos casos por ciertas singularidades que por otras, pero sin dejar de lado y sin olvidar, o al menos tratar de hacerlo, su tradición y su fuente en el antiquísimo Derecho romano.

### 3.2 La equidad en el Neorromanismo

Es bien sabido que el sistema neo-romanista tiene una gran tradición jurídica por ser el “heredero” inmediato del Derecho romano. Y esto es así ya que la gran mayoría de las instituciones, características, principios y valores que regían en el antiguo Derecho romano pasan a formar parte de este sistema jurídico, el neo-romanista o romano-germánico, casi sin modificación alguna. Pero no obstante que su base se encuentra en el antiguo Derecho Romano, tiene sus propias

---

<sup>119</sup> D’ORS, Álvaro.- Nueva..., Opere Citato, pág. 64.

características que lo hacen un nuevo sistema jurídico. Además de que cada país tiene su propia forma de interpretar y hacer suyo este antiguo Derecho, dando lugar a distintas formas de pensarlo, entre escuelas de pensamiento, doctrinas y teorías jurídicas.

A la caída del imperio romano, tanto de occidente (en el año 476) como de oriente (en el año 1453), su territorio, normas, leyes y razonamiento se fragmentaron, dando inicio así a que cada territorio contara, además de la base o fundamento del antiguo Derecho Romano, con sus propias normas, leyes, principios, valores, etc.; para partir de un inicio común, y continuar con una forma individual de evolucionar su propio Derecho.

Debe recordarse que en un principio la tradición jurídica de la antigua Roma era eminentemente oral y práctica, regida por las costumbres del pueblo romano, con una vinculación muy arraigada de la tradición y la religión, para ulterior y paulatinamente irse codificando o incorporándose en leyes. Como se ha mencionado, de todas estas recopilaciones y codificaciones, la de mayor importancia y trascendencia es sin lugar a dudas la obra que mando hacer el emperador Justiniano en su respectivo tiempo (482-565 d.C.).

En efecto el *Corpus Iuris Civilis* ha sido el basamento de prácticamente toda la doctrina, teoría y filosofía jurídicas que el pueblo romano heredara, principalmente, al mundo occidental. Este cuerpo jurídico está compuesto por cuatro grandes obras: Códice o *Codex*; Instituciones o *Instituta*; Digesto o *Pandectas* y las Novelas o *Novellae*.

Es esta gran compilación jurídica sobre la que se trabajara en el territorio que ocupara el antiguo imperio romano para que el neo-romanismo surja. Desafortunadamente la línea jurídica que seguía el antiguo Derecho romano, con el neo-romanismo ira declinando, de forma paulatina pero constante, en cuestiones legalistas, en algunos casos de proporciones descomunales, siendo precisamente la ley la herramienta para hacer esto; que busca a su vez ser la

única representación del Derecho, cosa que en la escuela exegética francesa se nota de una forma más que evidente.

En efecto, una característica singular del sistema neo-romanista es la codificación (aunque diferente en cada país de la familia neo-romanista). Esta se hacía con el fin de sintetizar, organizar y facilitar la creación, modificación y aplicación del Derecho, y aunque en principio esto se hizo con las mejores intenciones, ira degenerando la jurisprudencia romana, y con ello su forma de pensamiento para resolver cada caso en especial, al nivel de sustituir al *ius* por la *lex*. No obstante este cambio se fue dando de forma gradual, y en un comienzo este movimiento codificador no se apartó, de tajo, de los lineamientos fundamentales de la jurisprudencia romana en la que existía armonía entre el Derecho positivo y un Derecho Natural, pero al paso del tiempo la separación sustancial que hiciera este sistema jurídico entre el Derecho Natural, que contiene precisamente toda esta carga valorativa, ontológica y deontológica, y el Derecho positivo, que solo reconoce lo dado, que es en primera y última instancia la ley, se hizo tan evidente que llegó a un punto en el que se enalteció tanto al positivo en perjuicio del Natural, que no quedo otra salida que hacer depender a este de aquel, o en otros casos negar su existencia. Sin embargo esta transición tuvo cierta resistencia, aunque al final sucumbiera en la conformación y constitución de este sistema jurídico.

Un ejemplo claro de esta resistencia son los intentos, tristemente infructuosos de los encargados de realizar el código civil francés con tintes iusnaturalistas que entendían esta dualidad, entre un Derecho Natural y un Derecho Positivo, el primero sirviendo de guía al segundo. Estas personas se presentaron hasta el último momento con la firme convicción de que hay una parte dentro del Derecho en la que se encuentra a todas estas cargas valorativas para que haya un ideal que seguir, y con esta convicción buscaron se respetara el lugar y la importancia de esta parte de la jurisprudencia en su más pura expresión, siendo el artículo 9º del proyecto preliminar del código civil el más representativo y último intento, en el caso francés, por remediar esta decadencia legalista, que fue

al final de cuentas llevada a cabo por intereses políticos más que jurídicos. Dicho artículo del proyecto preliminar establecía que:

“En las materias civiles, el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos adoptados en el silencio de la ley positiva.”<sup>120</sup>

Por desgracia, esta puerta de entrada a la equidad y a la jurisprudencia en una forma de expresión sublime, fue sustituida por una adulación casi ciega a la ley y al estado, en el caso francés, y por un razonamiento de tipo sistemático, en todos los países que adoptan el neo-romanismo. Es un razonamiento jurídico en el que la solución a un problema singular, en caso de que no hubiera ley precisa, deba fundarse en alguna otra norma pero del mismo sistema jurídico, o en el caso más remoto en la “intención del legislador”, sin acudir a principios ni valores eminentemente jurídicos, sino solo legales o de intenciones, como sería la de los legisladores.

El hacer depender principios y valores jurídicos de la ley hace que ellos puedan quedar dentro o fuera de estas leyes, convirtiéndose así en parte integrante o no del Derecho positivo de cualquier país, llegando a la exageración de que si no se encuentran dentro de estas leyes o normas simplemente no existen en el mundo jurídico en general. Y es precisamente dentro de este sistema jurídico que la axiología jurídica depende, casi en su totalidad, de la ley.

La equidad que era pieza fundamental dentro del Derecho romano pasa a depender, desafortunadamente en el neo-romanismo, de la ley para poder siquiera figurar dentro de un ordenamiento jurídico cualquiera, visto desde una perspectiva muy radical.

El sistema neo-romanista, que basa gran parte de su estructura en el antiguo Derecho romano, suprime elementos trascendentales como la equidad y la jurisprudencia romana, en su más pura expresión, para cambiarlos por corrientes de pensamiento y teorías vanguardistas, positivo-científicas, que no aceptan

---

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto, *Opere Citato*, pág. 141.

valoraciones de cualquier índole. Por esto la forma de razonamiento jurídico casuístico que se venía usando en la antigua roma será suplantada con una forma de razonamiento jurídico sistemático, copiando solamente de la antigua jurisprudencia, casi idénticamente, todas sus instituciones jurídicas, dejando fuera toda esta carga valorativa, su fondo jurídico.

Se tiene la aspiración de subsanar o compensar en el neo-romanismo el vacío de la jurisprudencia antigua por doctrinas y teorías que buscan acercarse lo más posible al ideal positivista y científicista, ideas como la “seguridad legal”; el poder del Estado; la división de poderes; el nacimiento del estado moderno; la codificación del Derecho, etc. Doctrinas y teorías en las que no tienen lugar valoraciones de algún tipo, solo establecer lo dado con reglas generales, que eventualmente podrán ser específicas, pero sin lugar a laguna o vacío alguno. En otras palabras una plenitud de la ley.

Simplificar y suprimir la coexistencia y armonía que había del Derecho Natural con el Derecho positivo terminando con el triunfo de la potestad del estado sobre la autoridad del Derecho hizo del neo-romanismo solo una sombra apenas tenue de lo que era el Derecho romano, pues con este afán simplificador se sacrificó la libre práctica jurídica; la adaptación y evolución de un Derecho cambiante, por una “seguridad legal” y una potestad estatal.

Otra característica muy importante dentro del neo-romanismo que condiciona todo el universo jurídico, son las llamadas fuentes del Derecho. Como es sabido hay tres “tipos”: formales, reales e históricas. Siendo las formales los procedimientos que deben seguirse para la creación de las normas jurídicas; las fuentes reales aquellos elementos y variantes que de cierta forma influyen y determinan el contenido de una norma jurídica; y las históricas como todo aquel instrumento que ha servido al hombre a través del tiempo para plasmar una norma jurídica. Debe decirse que las más importantes en el neo-romanismo, sin que deje de existir la otra, son las fuentes formales e históricas, las primeras por la preeminencia que hay de la ley por sobre otros instrumentos jurídicos y su consecuente creación, y la segunda por obvias razones, pero la importancia que

haya entre estas tres dependerá totalmente del país del que se trate para establecer qué peso y papel desempeñaran en cada ordenamiento jurídico.

El papel de la equidad en estas fuentes es relativo, ya que depende el país del que se trate para que ella pueda ser protagonista en el sistema jurídico local, dependiendo de lo que da origen o nacimiento a su Derecho específico, o sea sus fuentes. Para el caso de las fuentes formales; legislación, costumbre y jurisprudencia en sentido lato, la equidad puede o no estar dentro de un régimen jurídico (salvo en la jurisprudencia, pues puede estar de forma más que fundamental, si y solo si su propio sistema así lo permite). En la legislación por ejemplo, el legislador no está obligado a incorporar en la leyes que él hace, valores tales como la equidad, aunque claro está su fin fuera buscar cierta justicia a la hora de crear su ley, pero esto no es necesario, basta con que se cumplan las formalidades y procedimientos que ordena su propio sistema, que casi siempre es la ley, para que ella misma pueda ser válida, legalmente hablando, y como alguna vez llevo a decirse: “el legislador es capaz de hacer todo, salvo convertir a un hombre en mujer y viceversa”.

Por otra parte, la costumbre dentro de las fuentes del Derecho es un elemento *sui generis*, pues aunque esta puede modificar de forma radical un sistema establecido, también está condicionada muchas veces al ordenamiento legal para que pueda cambiar ciertas reglas o normas. La costumbre tiene la posibilidad de cambiar todo un sistema jurídico de conformidad precisamente con los usos y las costumbres que un pueblo determinado pueda tener o ir generando, cambiando posiblemente con ello las apreciaciones, perspectivas y posturas de ciertos valores, tales como la equidad o la justicia; aunque debe decirse que este cambio sea dado de forma lenta y paulatina en el transcurso del tiempo, contando además con la aceptación de los integrantes de toda la sociedad para con esa costumbre.

Sin embargo la costumbre se construye a partir de las apreciaciones, y muchas veces de los sentimientos, de las personas que integran a toda una comunidad determinada. Esto es, se debe tener tanto la *inveterada consuetudo* (la

real existencia de una conducta reiterada a través de mucho tiempo) como la *opinio iuris seu necessitatis* (precisamente la opinión del pueblo de que esa conducta es aceptada como norma y por ende obligatoria). Y sin embargo, si un Derecho positivo determinado insta que la costumbre no tiene peso ni protagonismo alguno dentro de su sistema de normas, la costumbre, sea buena o mala, no es fuente de su Derecho positivo.

Es a través de la moral y la costumbre, como fuentes reales del Derecho, que se puede cambiar un ordenamiento legal, pero este cambio se hace de forma más discreta; indeterminada; mudando o innovando los valores categóricos y las normas obligatorias en una sociedad específica, o solo cambiando la apreciación o la obligatoriedad de estos elementos. En el caso específico de la equidad como fuente real del Derecho, esta se hace presente en la idea general de la comunidad de lo que es justicia, tanto en los cambios radicales y apresurados (principalmente en las revueltas sociales de mayor impacto: las revoluciones) como en los lentos y graduales (la moral y la costumbre).

Muchas veces una revolución empieza porque la realidad social que vive una clase determinada o gran parte de la sociedad está muy desfasada del sentimiento de justicia que esa determinada comunidad tiene como concepto de justicia. Para el caso de la costumbre y la moral, se piensa que están fundadas en una idea de justicia que esa sociedad acepta como válida, sin que por ello de verdad lo sea, llegando a cambiar o influir sobre las normas y la forma de ser hasta del propio Derecho positivo.

Las fuentes reales tienen la posibilidad de determinar todo el universo jurídico de una sociedad cualquiera, reclaman su lugar y tarde o temprano condicionan al Derecho positivo, sea de forma rápida y radical o lenta y gradual, en cualquier forma las fuentes reales se hacen sentir aun dentro del sistema neo-romanista.

Así la equidad tiene la posibilidad de ubicarse dentro del sistema neo-romanista como elemento activo dentro del Derecho, sin embargo está

condicionada a “existir” dentro del Derecho positivo de acuerdo a las fuentes de cada país, que muchas veces la de mayor importancia es la legislación, siendo su producto (la ley) el instrumento por el cual la equidad puede situarse dentro de un sistema jurídico específico. En el sistema neo-romanista, la equidad es importante, más no necesaria, para la existencia de un orden jurídico positivo.

En su caso, ¿Cómo se utilizaría la equidad en el neo-romanismo?

Toda herramienta jurídica<sup>121</sup> puede ser utilizada, dentro del propio universo del Derecho, para la creación, interpretación, argumentación y aplicación de normas jurídicas. Estas pueden presentarse al inicio, durante y/o después de cualquier hecho social que se suscite en una comunidad determinada; para el caso de la equidad, esta tiene la posibilidad de ser utilizada al momento de crear, modificar, interpretar o aplicar algunas de estas herramientas jurídicas de las que dispone el Derecho para llegar a un fin concreto y hacer presente a la justicia al propósito que se desea: para regular una actividad especial, disuadir o eliminar alguna otra, permitirla, obligarla, etc. Cuando una herramienta jurídica es utilizada dentro de una comunidad jurídicamente organizada se hace con la intención de conseguir cierto resultado dentro de la misma sociedad a nivel general o a un nivel más singular. Así pues tenemos cuatro formas de usar a la equidad; como creación, interpretación, argumentación y aplicación.

Normalmente cuando se da o surge la creación o la invención de una nueva herramienta jurídica es porque se ha presentado un inconveniente inédito que es imposible o muy difícil resolver con las herramientas que hasta ese momento existen, o que las herramientas halladas en ese sistema para resolver un problema ya manifiesto estén desfasadas, sean inoperantes u obsoletas para solucionar esa problemática. En el caso de la creación, la equidad como herramienta jurídica puede estar presente al originarse una nueva norma de Derecho positivo. Por ejemplo, al comienzo de una nueva ley o algunos preceptos de alguna ya existente, la cual puede estar inspirada precisamente en una idea de justicia que la sociedad en general acepta y con la que se busca dar solución a

---

<sup>121</sup> Como pueden ser fórmulas jurídicas; axiomas; principios; valores; formas de razonamiento jurídico etc.

una nueva traba con ayuda de la equidad en ella inserta. Mas debe hacerse la aclaración que al ser la ley una cuestión general, la equidad no juega su papel como tal, o sea de carácter especial o individualizador, sino que entra al juego en forma de justicia, para posteriormente, al hallarse un caso con características muy específicas que necesita una solución *ad hoc* con esa idea de justicia, la equidad surja y se manifieste.

Como se ha mencionado anteriormente, en el caso de nuevas leyes en el neo-romanismo, pueden estar inspiradas en valores tales como la libertad, la igualdad o la justicia (en el mejor de los escenarios) mas no es necesario que en ellas mismas estén insertas estas ideas axiológicas para que existan dentro de un ordenamiento jurídico determinado, inclusive lo que se busca en un estado cualquiera es hacer frente a un problema dado o nuevo, muchas veces con medios tan diversos, sin siquiera hacer una valoración de estos ideales.

Del lado de la actuación del juez su situación al actuar o desempeñar su papel se ve comprometida de conformidad a la libertad que tenga frente a la ley. Si dentro de sus atribuciones y facultades está permitido, por su propio sistema legal, a hacer uso de la equidad para crear nuevos enfoques a una ley o a normas jurídicas, el juez tendrá la posibilidad de usar las herramientas jurídicas que están a su alcance con equidad o inclusive hacer uso de ella para la creación, en últimas instancias, de normas jurídicas individualizadas. Muy relacionado con la creación de nuevos enfoques a leyes o normas jurídicas es la interpretación que se hagan a ciertas herramientas jurídicas con enfoques equitativos.

En la interpretación se busca establecer el sentido de las normas jurídicas, lo que quieren expresar o para lo que fueron creadas. En efecto “el lenguaje no consiste en una serie de palabras, sino en una serie de sentidos expresados simbólicamente, de mejor o peor modo, mediante vocablos.”<sup>122</sup> Los operadores jurídicos pueden hacer una interpretación en equidad de las normas jurídicas en uso de su actividad propia, si y solo sí su derecho positivo lo permite. Como

---

<sup>122</sup> RECASENS SICHES, LUIS.- “Tratado General de Filosofía del Derecho”, Editorial Porrúa, 17ª edición, México, 2003, pág. 655.

sabemos entre las características del neo-romanismo está la latente obediencia al Derecho escrito, porque se supone que en él se encuentran insertos todos los componentes que la sociedad y el estado necesitan para existir y estar en armonía, incluyendo por supuesto principios y valores jurídicos, por lo que si dentro de su Derecho positivo está la posibilidad de utilizar valores tales como la justicia y la equidad en la interpretación que se le haga a estas normas jurídicas, estos últimos valores tendrían la posibilidad de ser partes integrantes de ese sistema cualquiera; pero como tal el sistema neo-romanista, en cuanto a la interpretación de normas jurídicas en equidad, es solo una posibilidad que se torna remota si el Derecho escrito así lo establece, más si ha habido escuelas de pensamiento y hasta normas que tajantemente establecen la forma “correcta” de interpretar las normas jurídicas<sup>123</sup>.

Junto con la interpretación, y casi al mismo tiempo que ella, se encuentra la argumentación jurídica, esta tiene amplias posibilidades de acercarse a una utilización y uso factico de la equidad en la resolución de problemas concretos una vez que se ha hecho una interpretación de las normas, ya que los operadores jurídicos deben demostrar o convencer su dicho a los demás para cada problema o situación que se les haya presentado, mas esto no quiere decir que lo hagan haciendo uso de la equidad para motivar la razón de su perspectiva, que bien esto sería lo ideal. Desafortunadamente en el caso del neo-romanismo, la argumentación jurídica se reduce a hacer alusión a las leyes aplicables a un caso concreto que tiene una solución preestablecida, dando como resultado que la polémica o la litis muchas veces se trate de leyes y no de la solución a los problemas que se deben resolver. Sin embargo no es menos cierto que existan “casos difíciles”<sup>124</sup> que no tengan una solución preestablecida por las leyes, haciendo de estos asuntos verdaderos laboratorios jurídicos en los que se muestra que la ley se rompe al ser inflexible, y dar la posibilidad de entrada a valores como la justicia concreta, con la plausibilidad de que la equidad pueda hacerse presente.

---

<sup>123</sup> Por ejemplo la escuela de la Exégesis, o en el caso mexicano, el artículo 14 párrafo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>124</sup> “...pensar que los casos difíciles tienen respuestas correctas es un error jurídico.” DWORKIN, Ronald.- “La justicia con toga”, Editorial Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid-España, 2007, pág. 54.

La argumentación jurídica en el neo-romanismo es especialmente una forma de razonamiento sistemático en el que dado un sistema coherente y organizado; en el que todas sus piezas tienen un papel que desempeñar; la solución que se dé a una problemática determinada únicamente puede estar dentro de ese mismo sistema; no se pueden utilizar elementos o agentes extraños al sistema ya establecido (aunque sean legítimamente jurídicos), sólo los que integran y conforman a ese mismo sistema; dan como resultado que en la gran mayoría de los casos se haga una aplicación del Derecho positivo de manera literal<sup>125</sup>, que en más de las veces está escrito. En un neo-romanismo inflexible la argumentación jurídica no es una argumentación en el que se busque en primer término la respuesta a un problema concreto, sino que se busca saber, averiguar y decir cuál es la ley aplicable a esa problemática, que en ocasiones no da solución a ese inconveniente<sup>126</sup>. Mayoritariamente se reduce a establecer la ley a utilizar y no el problema a resolver, salvo en los “casos difíciles” que tienen solución por lo general hasta un tribunal constitucional.

Ahora bien, en la argumentación jurídica no solo se dan soluciones a problemas concretos, sino también es una herramienta que puede utilizarse para la elaboración de escuelas, teorías o doctrinas en las que dentro de sus principios y valores pueden figurar elementos axiológicos como la equidad, pues sus autores deben argumentar fehacientemente su postura y pensamiento de tal forma que sus argumentos tengan una sólida base y ninguna discrepancia, o aparentemente ninguna. Argumentar su postura desde un terreno axiológico en el que se busque dar un sustento **racional** y objetivo a ese modo de entender el Derecho, para que eventualmente pueda responder satisfactoriamente a las críticas que se le hagan y con las cuales busquen demostrar, en su caso, la inviabilidad de su dicho.

---

<sup>125</sup> Afortunadamente esta tendencia ha ido desapareciendo inclusive en nuestro país, siendo precisamente el poder judicial quien supera el legalismo a ultranza, con dos tesis aisladas concretas que al rubro dicen: “Interpretación de Normas Constitucionales y de normas legales. Sus diferencias.” E “Interpretación de la Constitución. Ante la oscuridad o insuficiencia de su letra debe acudir a los mecanismos que permitan conocer los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar por el constituyente o el poder revisor.”

<sup>126</sup> Al momento de contestar una demanda, cuando se oponen excepciones o defensas dilatorias, estas buscan detener el proceso al que están sujetas la o las partes, sin detenerse a dar solución al problema en sí.

Finalmente, la aplicación que se haga de la equidad en el neo-romanismo y en un sistema jurídico determinado, estará condicionada a la creación, interpretación y argumentación que en ese sistema esté permitido y que se haya hecho de antemano, solo si un sistema jurídico permite, dentro de su propia creación, interpretación y argumentación el uso de la equidad, es que podrá ser aplicada, de lo contrario solo quedara como un mero adorno jurídico en el que se le tendrá como ideal ejemplar e irrealizable. Antes de aplicar cualquier herramienta jurídica, esta debió haber sido creada conforme a las fuentes del Derecho; interpretada según los métodos permitidos dentro de su sistema (que empieza con el literal para poder, en su caso terminar con el método teleológico); y argumentada según lo permitan las propias reglas argumentativas que se empleen en el neo-romanismo o en el sistema del que se trate. La aplicación no es independiente de la creación, de la interpretación o argumentación, depende de todos y cada uno de estos modos para que pueda realizarse, es pues la serie de pasos que deben seguirse para que una herramienta jurídica, cualquiera, pueda ser utilizada plenamente.

En resumen, puede decirse que la utilización de la equidad en el sistema neo-romanista depende de las propias normas jurídicas, que en primera y por lo regular última instancia son las leyes. Y aunque estas las leyes, sean lo tangible dentro del Derecho, ellas mismas no pueden agotar todo el universo jurídico, pues por muy completas, acabadas o perfectas que se hayan pretendido hacer, estas son insuficientes para que el fenómeno jurídico pueda desarrollarse de forma más fluida y natural, ya que es muy difícil o no se tienen las formas adecuadas para incorporar a ellas elementos axiológicos y juicios valorativos como lo sería la equidad y la justicia. Como tal, no hay una utilización de esta herramienta jurídica llamada equidad dentro del sistema neo-romanista, solo pequeñas citas fugaces a ella, y en problemas complejos resueltos en tribunales de última instancia, por lo regular constitucionales.

### 3.3 Caso especial: México

México tiene un sistema jurídico complejo y en cierta forma complicado, no obstante pertenecer a la familia romanista, tiene que adaptar algunas de sus reglas y normas a la tradición jurídica del *Common law* por las relaciones jurídicas, comerciales, políticas, etc., que tiene con sus vecinos inmediatos del norte, tanto Estados Unidos como Canadá con sus especificidades, que tienen otro régimen jurídico y otra forma de entender al Derecho. No obstante se amolda a estas y otras circunstancias similares, sin dejar de lado su tradición romanista, heredada por la conquista española, para atender sus propias singularidades dentro de su Derecho positivo. “Consecuentemente, en el aspecto jurídico, el sistema romano-canónico se impondrá en nuestro país a través del Derecho castellano...”<sup>127</sup>, mismo que ha venido evolucionando y cambiando a las realidades jurídicas, sociales, culturales, económicas, políticas, etc., de nuestro país.

El sistema jurídico mexicano tiene el infortunio de que, al igual que pasa en el neo-romanismo en general, la parte axiológica, valorativa y sustantiva, en la que se puede situar sin problemas a la equidad, toma el mismo rumbo y destino que la mayoría de los Derechos positivos que pertenecen a esta familia jurídica, o sea, pasa a tomar un papel secundario frente a la ley y a las fuentes del Derecho, especialmente las formales, de la cual la costumbre, en México como en muchos otros países, no es fuente directa. Al mismo tiempo, se pretende implantar la conveniencia y las virtudes del Derecho escrito, en el que el lema es: “donde las leyes son claras y precisas el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho.”

Aunque la mayor riqueza y sublime manifestación del Derecho, como hoy lo conocemos, es sin lugar a dudas el Derecho romano antiguo, el neo-romanismo y el ordenamiento mexicano se alejan de esa perfección jurídica para llegar a una

---

<sup>127</sup> SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis.- “Historia del Sistema Jurídico Mexicano”, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990, pág. 25.

ilusión utópica del Derecho escrito (en el que si se cae en un legalismo a ultranza, hace del Derecho una herramienta más que jurídica, política).

Podrá notarse a lo largo de este título que la equidad (su idea o representación) en el territorio que actualmente compone al estado mexicano ha estado presente, desde las antiguas culturas mesoamericanas hasta nuestros días, aun con la grave deficiencia que nos hereda el neo-romanismo. En efecto, esta idea fundamental dentro del Derecho ha sido elemento del ordenamiento jurídico de prácticamente todos los asentamientos humanos que ha tenido este espacio, aunque no necesariamente con este nombre.

Ciertamente la idea de justicia, proporcionalidad e igualdad (posiblemente con otras palabras en las antiguas culturas, pero con la misma significación) ha desempeñado un papel primordial y central para que la convivencia entre seres humanos sea posible, o al menos llevadera.

Debe hacerse énfasis en que la nación mexicana es un “mosaico pluricultural”, producto de muchos factores, que intenta cohesionar todos sus elementos para el bienestar general y el bien común, y aunque en la actualidad esta pretensión se ve muy lejana y poco probable, por los grandes problemas medulares y periféricos de los que adolece toda nuestra sociedad, la intención está ahí, junto con la equidad, dependiendo en gran medida de los jurisprudentes para que estos fines puedan concretizarse y ser vinculantes para todos los integrantes de la comunidad, y no solo simples aspiraciones.

El presente título se dividirá en tres secciones: los sistemas indígenas; el periodo indiano; y la época contemporánea.

Para el caso de los sistemas indígenas, y a pesar de haber contado con una serie de normas que pueden ser consideradas hoy en día como jurídicas, no conforman actualmente al sistema legal mexicano como se debiera<sup>128</sup>, y sin

---

<sup>128</sup> En mi opinión por falta de conocimiento, ya que no se tienen registros tan elaborados y acabados de ordenamientos jurídicos de las antiguas culturas prehispánicas, como por ejemplo el caso del Derecho

embargo tienen gran importancia, por ser el antecedente de la nación mexicana, nuestros orígenes y raíces.

En el territorio que actualmente ocupan los Estados Unidos Mexicanos florecieron culturas que son hasta nuestros días parte de la identidad de México, más no toda, y sin embargo no podemos sostener que todos los mexicanos somos los descendientes directos de dichas culturas. Gran parte de la documentación, conocimientos, tradiciones, cultura, instituciones, etc., que tenían dichas sociedades fue destruida, saqueada o desaparecida por la conquista, fundamentalmente, que efectuó en ese entonces el reino español. Consecuentemente la mayoría de las culturas prehispánicas encierran hoy en día un sinnúmero de secretos y misterios que no han podido ser descubiertos y resueltos del todo. Por esta razón la estructura jurídica, política y social que se tenía hasta antes de la conquista española no influye en **gran** medida en el territorio que componía la Nueva España ni en lo que actualmente es México, se toma en cuenta y hasta cierto punto se le respeta, pero no tiene un impacto significativo en la estructura jurídica.

En el caso del periodo indiano, se analizará cómo es que surge; la mezcla del Derecho Castellano con las costumbres y normas de los naturales; y su desenvolvimiento en este “nuevo mundo”.

Efectivamente, el Derecho Indiano es un nuevo Derecho, diferente al castellano y a la estructura normativa de los que vivían en estas tierras. Aunque el Derecho castellano fue el que se aplicó en el nuevo territorio descubierto; con problemas reales por resolver; un océano que separaba un territorio de otro; y la resistencia constante de los indígenas a sus raíces y tradiciones, aunque ya pacífica; el Derecho Indiano surge como uno nuevo que prospera y rige por casi

---

romano. Y sin embargo siguen teniendo vigencia dentro de comunidades originarias que han sobrevivido todos estos siglos.

tres siglos, dejando al primero como supletorio de este. Es pues un Derecho español dictado para las Indias, para América.<sup>129</sup>

#### El Derecho Indiano:

“modeló a lo largo de varios siglos a la sociedad hispanoamericana. Lo que ésta es hoy no es posible comprenderlo sin considerar los valores culturales de ese Derecho indiano, los de la población indígena, donde esta subsiste, y los de las modernas corrientes liberales.”<sup>130</sup>

Finalmente, en nuestra época contemporánea expondremos que la equidad, no obstante tener muchas referencias a través de todo el sistema legal, no es, por mucho, la herramienta jurídica que podría ser, desde su estudio, aplicación e investigación, quedando presa de la ley.

Es claro que en la creación, interpretación, argumentación y aplicación del Derecho, en nuestros días, hay cierta intención de regresar a esos fundamentos que dan esencia al Derecho, pero desafortunadamente, al estar atrapados en un sistema de codificación, esta intención se ve más difícil de concretar, siendo realmente la interpretación, argumentación y aplicación las únicas vías factibles en las que estos valores fundantes pueden verse materializados<sup>131</sup> por una puerta minúscula que la relega hasta el último de los escenarios posibles en todo el pasillo legal del que se cuenta en el Derecho mexicano. Y aunque el panorama no es muy alentador, la equidad reclama su lugar: en las aulas; en los juzgados; y en la sociedad mexicana.

---

<sup>129</sup> DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio.- “Lecciones de Historia del Derecho Mexicano”, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 114.

<sup>130</sup> Ídem.

<sup>131</sup> Hay que ser sinceros. Los legisladores en México no son personas doctas en el Derecho, en términos generales, mucho menos tienen esa sensibilidad jurídica para plasmar en una ley valores y principios jurídicos, pues estos personajes, en México y en muchas partes del mundo, solo velan por sus propios intereses, y atacan, cuando quieren “demostrar” que están trabajando, un problema con soluciones banales, que no lo resuelven, con el único fin de asegurarse votos y un *status quo*, convirtiendo a la política en una lucha del poder por el poder.

### 3.3.1 Sistemas indígenas

En el territorio que ocupan actualmente los Estados Unidos Mexicanos, hubo culturas con una organización social, no tan diferente de algunas que han existido en el mundo, pero con costumbres un poco radicales en cuanto a sanciones se refiere. En el presente subtítulo se hablará, aunque de forma laxa, de la cultura Purépecha y Maya, con especial énfasis a la cultura azteca por tener fuentes un poco “más confiables” y numerosas en comparación con otras, y por ser el imperio más importante al momento de la llegada de los españoles; con el fin de tener un contexto relativamente amplio de lo que fueron los sistemas jurídicos indígenas y sus civilizaciones.

Dicho sea de paso, entre todas ellas hubo muchas coincidencias de diferente índole, *verbi gratia*: los conocimientos que se alcanzaron en la astronomía, la matemática, la arquitectura, la agricultura, entre muchas más, los que aún en nuestros días causan asombro y admiración; al mismo tiempo, el contraste a estos grandes avances es que no hubo un desarrollo tan elevado en otras ciencias o artes como en Europa o Asia<sup>132</sup>.

Resulta, pues, fascinante y a la vez melancólico adentrarnos en esta etapa, común a todos los mexicanos y tan poco conocida; porque a pesar de que todas estas culturas son parte de nuestra identidad como país, son demasiadas las personas que no las aprecian, al menos a un nivel mínimo que cualquier amante de la historia prehispánica quisiera; y cuando llegan a investigarlas más a fondo, las ven tan extrañas como aquellos peninsulares que vinieron al nuevo mundo por

---

<sup>132</sup> La metalurgia, por ejemplo, no fue, por mucho, lo que en la antigua Grecia, Roma o China fue. Otro ejemplo muy recurrente en este sentido es la falta de un desarrollo tan prominente, al otro lado del océano, de la física, con todo lo que esta ciencia tiene y da al hombre: rueda; polea; el conocimiento de las fuerzas; de la materia y su manipulación, etc.

Sin embargo muchos de estos factores están entrelazados, ya que en América no existían bestias de carga, por lo que no había forma de inventar algo para poder hacer uso de un animal que no existía, cosa que lleva a otra cuestión que da al continente americano otra singularidad: no habían animales domesticados para consumo humano, más que el guajolote y el xoloxcuintle, insuficientes estos para satisfacer la exigencia de una alimentación balanceada que otorgara nutrientes no solo al cuerpo, sino al cerebro.

primera vez; también y desafortunadamente, solo tenemos chispazos, pequeños bocetos y fragmentos de lo que era la vida en aquellos tiempos<sup>133</sup>, que al meditar sobre su forma de vivirla y de sus costumbres a la luz de toda la cultura que se implanto en nuestro territorio, ciertamente nos parece bárbaro y salvaje, tan raro, que podría resultar difícil creer que así actuaban y se comportaban los habitantes de esta faz de la tierra.

Con relación a lo anterior, en lo que respecta a las fuentes que tenemos, no debe perderse de vista que la información concerniente a ellas es relativa y debe ser “asida con pinzas”, porque realmente no tenemos la certeza de que los autores, descendientes directos de los naturales o hispanos, hayan tenido la objetividad necesaria para describir tal cual era la realidad en estas culturas, especialmente en lo que atañe a nuestra materia. Una postura similar a esta la enuncia Esquivel Obregón:

“Los primitivos misioneros, que pudieron recoger las tradiciones de labios de los mismos naturales que habían vivido bajo ellas, las tomaban tal vez de personas poco iniciadas en tales conocimientos, pues sabido es que en los pueblos primitivos la historia y la ritualidad son del dominio exclusivo de la clase sacerdotal, y los sacerdotes que quedaron después de la conquista debieron ocultar sigilosamente su carácter, y, si no lo lograban no han de haber sido ni muy comunicativos en lo que tocaba a sus antiguos dioses, que ellos han de haber continuado considerando como verdaderos y como enemigos de aquellos misioneros, ni muy dignos de fe en sus afirmaciones, pues sabido es cómo, en el mismo Egipto, en que se conservaban los hechos aun con inscripciones fonéticas sobre piedra, se adulteraban las

---

<sup>133</sup> En este sentido es sumamente interesante la obra bibliográfica que nos heredan algunos autores indígenas que son descendientes directos de personajes importantes, o si se quiere de un rango social alto, que habitaban estas tierras.

Véase por ejemplo el gran aporte que hiciera Fernando de Alva Ixtlilxochitl en sus obras: “Historia de la Nación Chichimeca”, “Obras Históricas”; Hernando Alvarado Tezozomoc: “Crónica Mexicana”; entre otros, en los que estos autores narran, en efecto, cómo era la vida antes, durante y después de la llegada de los españoles.

No obstante esta valiosísima reseña que nos brindan estos individuos, por ser una fuente directa o lo más cercano a ella de la vida de estas culturas, de su vida en común, se tiene el inconveniente, en nuestra materia, de que hablan en términos generales y no propiamente jurídicos, mas no por ello deben dejarse de lado para el estudioso del Derecho mexicano, ya que le ayudará a comprender de forma más diáfana el por qué de algunas cuestiones sociales y de idiosincrasia mexicanas que se han venido arrastrando desde aquellos tiempos, facilitándole la comprensión de su propia cultura, de su gente y por qué no, de sí mismo. Así, y dada la naturaleza de esta investigación, estas cuestiones de tinte general se dejarán fuera.

narraciones para seguir los gustos del vencedor o del gobernante que imperaba, y puede por ahí colegirse cuánto más podrían variarse los relatos confiados sólo a la memoria o a la pintura memorativa.”<sup>134</sup>

Ahora con esta advertencia de por medio, empiécese por comprender que los sistemas jurídicos indígenas son *sui generis*, pues su estructura y forma de pensamiento, y de ser, es diferente, por ejemplo a lo que ocurrió en otras partes del mundo, por las mismas circunstancias en las que se desarrollieron, y a pesar de esta singularidad hay ciertas ideas que existen a ambos lados del océano, tal vez con una similitud muy forzada, pero con cierta abstracción hacia ese camino, en el que se considera se hubiera llegado a la misma cuestión o concepto, hablando propiamente de la justicia y la equidad.

Así, y primero que nada:

“Para entender la organización social de los pueblos prehispánicos, especialmente de los aztecas, esto es del pueblo dominante en el territorio que hoy es México a la llegada de los españoles, es importante recurrir como marco teórico y como hipótesis de trabajo, al análisis que hace el marxismo de los distintos modos de producción, y en concreto al llamado *modo de producción asiático*, nominado así por Marx, ya que lo encuentra realizado en las sociedades asiáticas antiguas como China, la India, Egipto, Persia, etc. Se trata de una formación social caracterizada por el *tributo*, de ahí que, dado ese tipo de sociedad no sólo en Asia, sea mejor llamarlo *modo de producción tributario*.

Roger Bartra define el modo de producción asiático o tributario como “un sistema en el cual aparece un poder estatal muy fuerte –político y económico- que se basa en la explotación generalizada de las comunidades aldeanas comprendidas en el territorio dominado por el Estado, explotación que se realiza por medio de la extracción de excedentes de la producción aldeana a través del tributo en especie o en trabajo (raras veces en moneda).”

El modo de producción tributario es la continuación más directa de la comunidad tribal o “comunismo primitivo”; al igual que en éste, no existe propiedad privada de los medios de producción. Todas las tierras –principal medio de

---

<sup>134</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, T.- “Apuntes para la Historia del Derecho en México (Tomo I)”, Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 137 y 138.

producción en estas sociedades-, son propiedad del poder supremo, pasando a convertirse las familias o grupos en concesionarios de su dominio.

Los excedentes de producción pertenecen a la autoridad suprema o a cada comunidad local.”<sup>135</sup>

Excepcionalmente no podemos asegurar que la aseveración anterior aplicó para todas las culturas que existieron en nuestro actual México (la cultura Olmeca, Zapoteca, Tolteca, etc.), sin embargo, dadas las investigaciones realizadas a ellas, sumadas a las pocas fuentes y vestigios históricos que se tienen, puede aceptarse que la misma es, y solo hasta encontrar nuevos hallazgos que desmientan esta afirmación, verdadera. Entonces, este modo de producción dio la consecuencia de que no existiera una unificación de todos los territorios conquistados, sino más bien una sumisión muy onerosa para los pueblos que debían pagar tributo, con la amenaza latente de que pudieran volverse en contra de sus conquistadores, lo que por cierto ayudara a los españoles para conquistar a su vez a los aztecas.

En cuanto hace a los sistemas jurídicos indígenas, o su equivalente, que es lo que nos interesa en este primer acercamiento, cabe referir que en general existe un marcado exceso en el castigo, siendo la pena de muerte el común denominador en este rubro por transgresiones a reglas establecidas, a veces mínimas, cambiando solo la forma en cómo ejecutarla, que se puede encuadrar, en su caso, en un moderno Derecho penal, así como la aplicación de estas reglas a los casos concretos estudiando la naturaleza particular de cada uno de ellos: persona que las cometía, el modo, lugar, etc. La justificación a esta severidad en los sistemas en comento es que para estos lo más importante era la obediencia, casi ciega, de todo el pueblo en general hacia el “monarca” o “emperador” en turno, con un Derecho eminentemente consuetudinario y casuístico, dando por este hecho una:

“etapa cultural primitiva en que, como ha observado Sir Henry Sumner Maine, no existían preceptos de carácter general, sino lo que él llama *themistos*, es

---

<sup>135</sup> DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, Opere Citato, pág. 3.

decir, decisiones de casos concretos, sin sumisión a una norma general establecida.”<sup>136</sup>

Cosa, por cierto, muy parecida a la *aequitas* y a la forma de pensar de los jurisconsultos romanos.<sup>137</sup>

Con respecto a esta obediencia hacia el monarca, vale la pena hacer un examen más minucioso, porque tiene su razón de existir: estaba justificada por ser el emperador el que encarnaba a los dioses en el mundo terrenal, elegido al mismo tiempo como el más apto para gobernar, por todas sus virtudes y habilidades físicas e intelectuales. Era, en pocas palabras, casi un dios al que se le debía obediencia sin cuestionamiento alguno por su calidad divina; y a pesar de que tenía en él mismo una concentración tal de poder, su obligación y función primordial estaba con su pueblo: ser un buen líder, con todo lo que ello representaba en el mundo físico y en el espiritual, especialmente en la ideología de los aztecas.

Bien debe hacerse notar que, todos los autores que hacen un estudio serio a las culturas prehispánicas, en cuanto hablan de nuestra materia, hacen alguna referencia a ideales que muy difícilmente habrían tenido la connotación o equivalencia exacta en el lenguaje de los indígenas. Amén de lo anterior, como se verá en líneas subsecuentes, resalta muchas veces una palabra y escenas que se circunscriben a ésta, que permiten vislumbrar el ideal central en este trabajo: Equidad.

Si se acepta que cualquier unión organizada de hombres, más o menos numerosa, necesita para su subsistencia del Derecho y de la justicia, que se condensa en la equidad, las objeciones respecto de que hay un ideal universal, común a todos los hombres sin importar el tiempo o el espacio, no tienen razón de ser, pues, para el caso de los sistemas indígenas, desde el momento en el que se hace alusión, posiblemente influenciada por los conquistadores pero aun así, a esa palabra; que tiene “tribunales” para dirimir controversias y buscarla (todos los

---

<sup>136</sup> *Ibidem*, pág. 136.

<sup>137</sup> Ver Capítulo II.

autores concuerdan en que se tenía un aparato muy parecido al judicial como hoy lo conocemos para administrar justicia); ésta idealización está presente, y en la serie de ideas en cuestión, existe. Aunque si bien la representación que se tenía en estas tierras era muy radical en comparación con la visión europea, esto no resta valor a la imagen abstracta de este aspecto.

Ahora, pasando a una de las tres culturas que se van a especificar, la cultura Purépecha tuvo una tradición eminentemente guerrera, pues luego de las victorias militares que tuvieron sobre sus vecinos, los sometieron a su dominio y obligaron al pago de tributo. Las ciudades más importantes del imperio purépecha fueron Tzintzuntzan e Ihuatzio. Las funciones propias de la justicia se llevaban:

“...a cabo a nombre del *cazonci* [rey]. Este se reserva el conocimiento de los delitos más graves, los que tienen que ver con cuestiones de Estado o la encarnación de éste, que es el propio *cazonci*.”<sup>138</sup>

Prescindiendo por completo de instituciones encargadas de impartir justicia, como los tribunales, dejando estos asuntos en manos de los ancianos de la comunidad que realizaban juicios y procesos<sup>139</sup>, quienes:

“escuchaban al querellante y a los testigos, de los actos denunciados, y de inmediato resolvían mediante el castigo aplicable al infractor o su absolución total o parcial. En el caso de la cabecera del reino, se contaba además con la presencia del rey purépecha.”<sup>140</sup>

Puede notarse que, a pesar de haber prescindido de un aparato gubernamental que administrase justicia, había reglas necesarias de convivencia entre sus integrantes, las cuales debían ser respetadas, con la pena de ser sancionados si no se hacía de esa manera; dejando en manos de los ancianos esta tarea, personas que en toda América tienen, aun en nuestros días, la connotación de sabias, y por ende prudentes.

---

<sup>138</sup> DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Opere Citato*, págs. 34 y 35.

<sup>139</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo.- “Historia del Derecho Mexicano”, Editorial Iure editores, México, 2004, pág. 25.

<sup>140</sup> Ídem.

Por su parte, los mayas (siglos III y XVI d.C.) florecieron en la península de Yucatán, abarcando los actuales estados de Yucatán, Campeche, Tabasco, Quintana Roo y la mitad oriental de Chiapas, el Petén en Guatemala, y el occidente de Honduras y Belice.

Esta cultura tiene, al igual que todas las demás, fugaces vestigios de su sociedad, mismos que son insuficientes para afirmar o negar la existencia de la justicia o la equidad como la concebimos hoy en día o al menos en un nivel similar. Sin embargo, es claro que había normas que regulaban la conducta dentro de su comunidad, en las que las sanciones más comunes eran principalmente la pena de muerte o la esclavitud del infractor, con el único fin de mantener el orden y la obediencia de todos en general, dando por este hecho que, al menos, se tuviera un sentimiento de resarcimiento y retribución o proporcionalidad al que se le dañaba, en su persona o en su propiedad; teniendo especial protección el señor (cacique) o el emperador.

Dentro de esta aplicación de sanciones cabe hacer un reconocimiento especial al Derecho maya por haber introducido en su sistema jurídico la distinción entre delitos dolosos y culposos, sólo en caso del homicidio y del incendio<sup>141</sup>, siendo los primeros más severamente sancionados.

Puede observarse que entre los mayas existió esa intención de castigar proporcionalmente al infractor, de conformidad a la intencionalidad y al daño cometido, realizada con una abstracción parecida a la equidad, tal vez en su forma más primitiva, pero que en definitiva existía.

Por su parte, los aztecas:

“[...] representan una rama originalmente poco llamativa dentro de las chichimecas. Después de participar en la derrota de Tula (segunda mitad del siglo X), capital tolteca, los aztecas llegaron al valle de México dirigidos por su dios-protector, Huitzilopochtli. En el valle de México hubo en aquel entonces un conjunto de ciudades, viviendo en competencia militar y comercial, formadas por victoriosos

---

<sup>141</sup> Ibídem, pág. 19.

chichimecas, derrotados toltecas y pobladores autóctonos. Después de vivir algunas generaciones en un rincón relativamente tranquilo dentro de este tumultuoso mundo, o sea en Chapultepec, los aztecas, no muy felices con la política de sus poderosos vecinos, tuvieron que huir hacia una isla, en el lago de Texcoco, donde construyeron poco a poco su notable ciudad Tenochtitlan (¿1325 d.C.?) que, con el tiempo, absorbería su antiguo hogar, Chapultepec, y que se juntó mediante diques – al mismo tiempo carreteras- con tres puntas de la orilla. Ahora, su política era más hábil. Sobre todo, sus servicios de mercenarios para Azcapotzalco (mucho tiempo dominado por el glorioso déspota Tezozómoc) dieron buenos resultados para ambos, culminando esta colaboración en la derrota de Texcoco, en 1418. Entre tanto, desde 1383, los aztecas transformaron su gobierno aristocrático en monarquía, habiendo seleccionado un rey (el mexi) de pretendida ascendencia tolteca (aunque derrotados, los toltecas tenían todavía la reputación de superioridad cultural). Al lado del rey funcionaba un consejo de delegados nobles. Después de la muerte del ya centenario Tezozómoc (1426) junto con el exiliado pretendiente al trono de Texcoco, Netzahualcóyotl (reinante de 1431 – 1472) los aztecas destrozaron Azcapotzalco (1430), y toman la hegemonía adentro de una triple alianza con Texcoco y Tlacopan (Tacuba). Con apoyo en esta alianza, los aztecas logran extender su poder hasta Veracruz, más allá de Oaxaca y las costas de Guerrero (sin lograr imponerse a los tlaxcaltecas). Encontramos sus guarniciones hasta Nicaragua. En el noroeste, empero, tuvieron que respetar la independencia de los tarascos. Los príncipes de las tribus sometidas, ahora vasallos del emperador azteca, tenían que vivir con éste en Tenochtitlan, y su posición, a menudo, se acercaba a la de rehenes.”<sup>142</sup>

Los aztecas, al igual que la mayoría de las culturas prehispánicas, tenían en la cima de su estructura al emperador llamado en este caso Tlahtoani, que gobernaba con vastos poderes, pero con un amplio sentido de la justicia en todo su halo de potestad. El siguiente es un fragmento de lo que se recitaba al momento de que un Tlahtoani tomaba el poder:

“...excelso *Tlahtoani*, no bajas la cabeza, antes bien levántala con orgullo, piensa que has asumido el mando para engrandecer la semilla de tus progenitores, para fortalecer el tronco de que eres astilla.

---

<sup>142</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, T., *Opere Citato*, pág. 153.

Tranquila y apaciblemente toma asiento en el *icpalli* (silla del poder) y desde allí presta atención al que llegue a ti con sus lágrimas desbordando entre las manos, lleno de angustia, pidiendo justicia.

Toma, ase, alcanza lo verdadero. No olvides nunca que eres el representante ante los hombres de *Tloque Nahuaque*, quien te ha hecho su labio, su lengua, su oreja, su oído. Examina bien las cosas, haz luz sobre ellas, pésele a quien le pese.

No porque seas, el *Tlahtoani*, vayas a emplear el *icpalli* para hacer extravagancias, para despedazar a la gente, pasar encima de ella, arrebatarle las cosas, robarla, dilapidar sus bienes[...]

Ni tú, ni otros a quienes desearas favorecer, pueden enriquecer, engordar, emborrachar, a costa del esfuerzo ajeno.”<sup>143</sup>

Se aprecia que el *Tlahtoani* era, o tenía que ser, más que una potestad una autoridad que se desempeñaba con mano dura, haciendo uso precisamente del poder del sistema al que pertenecía y de su figura de poder intrínseco, siempre y de por medio, con *prudencia*.

Otra situación interesante de la anterior transcripción, es la noción de prudencia que debe guardar el *Tlahtoani* (...alcanza lo verdadero... Examina bien las cosas, haz luz sobre ellas, pésele a quien le pese...) así como de la proporcionalidad y la fórmula universal de “a cada quien lo suyo”, inherentes a la equidad (...Ni tú, ni otros a quienes desearas favorecer, pueden enriquecer, engordar, emborrachar, a costa del esfuerzo ajeno.). Estos aspectos, prudencia; proporcionalidad; y ecuanimidad, son temas que tienen íntima relación con la equidad y la justicia, pues las componen y constituyen, y son para esta y muchas otras culturas prehispánicas, situaciones concretas que forman el estado jurídico de ellas, aunque si bien es cierto, un poco desfasado de lo que el mundo occidental tiene o ha tenido como justicia y equidad, en cuanto a las sanciones se refiere.

---

<sup>143</sup> DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Opere Citato*, págs. 33 y 34.

La equidad, como justicia del aquí y del ahora, existe en estas tierras al resolver en cada caso en concreto, según los jueces o el propio Tlahtoani, lo que era justo y equitativo resolver de acuerdo a las propias situaciones jurídicas, sociales, culturales, económicas, etc., de esta cultura y lo que para esas personas era justicia.<sup>144</sup> Inclusive la costumbre era elemento importantísimo dentro de este contexto, resolviendo según las normas de cada reino o barrio, según fuera el caso, como lo esquematiza Esquivel Obregón:

“En la casa destinada a tribunal se reunían los jueces de la ciudad de México, y además otros procedentes de cada provincia, pueblo o barrio, para que administraran justicia, a fin de que cada quien fuera juzgado según las costumbres de su lugar, lo que nos indica que el derecho no era común a los pueblos del imperio, sino que cada uno conservaba sus normas jurídicas, como en el imperio romano antes de Caracalla y en el reino visigodo antes del Fuero Juzgo.”<sup>145</sup>

A su vez Rafael Sánchez Vázquez pone de manifiesto, citando a Fray Bernardino de Sahagún, la gran carga valorativa que tiene el ejercicio propio de las cuestiones jurídicas, con la *autoritas* de por medio que da la confianza necesaria a las instituciones judiciales que tienen este carácter, y la *prudentia* de los jueces para el ejercicio que se les encomendaba:

“Los mexicas tenían confianza y credibilidad en la administración de la justicia que se aplicaba en el teccalli o teccalco. De ahí que los jueces procuraban de hacer su oficio con mucha prudencia y sagacidad, y presto los despachaban con apego a criterios de imparcialidad. De ahí que elegían como jueces a personas que no fuesen borrachos ni amigos de tomar dádivas, ni fuesen aceptadores de personas, ni apasionados; encargábales mucho el señor que hiciesen justicia en todo lo que a sus amos viniese. Los mayores jueces se les llamaba tacutlatoque. Empero, los jueces que incurrían en cohecho, parcialidad en sus decisiones, se

---

<sup>144</sup> Se confirma una vez más una característica esencial en la equidad. Esta al ser una especie particular de la justicia, tiene el prodigio de que lo que es justo aquí y ahora, no necesariamente tiene que ser justo en otro tiempo y en otro espacio, la equidad es pues particular.

<sup>145</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, T., Opere Citato, pág. 188.

hacían éstos acreedores a penas de prisión en jaulas grandes. Hasta que fuesen sentenciados a muerte.”<sup>146</sup>

No es de extrañar la analogía que se hace, pues como múltiples autores escriben en este mismo sentido, la necesidad de que existan órganos encargados de resolver conflictos entre las personas de una misma comunidad es común a todos los pueblos de todas las eras, que tienen como fin último la realización de este ideal, o en su caso de otros, que deben amoldarse a este sentimiento que impera en ese sitio y hogaño.

En cuanto hace al procedimiento que se seguía en este órgano solucionador de conflictos de los aztecas, cabe hacer mención que el mismo 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. Las pruebas eran la testimonial, la confesional, presunciones, careos, a veces la documental (hubo mapas con 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, algo que, desde luego provoca la crítica del moderno penalista.”<sup>147</sup>

Comparando esta gran civilización con el romanismo, resta decir que los aztecas tenían una forma de entender a la justicia casuística y particular, similar a los antiguos jurisconsultos romanos. Por ello:

“La idea expresada por la palabra azteca es otra; no indica la obligación del juez de someterse a una ley o mandato; solo la de buscar la línea recta, es decir,

---

<sup>146</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael.- “Génesis y Desarrollo de la Cultura Jurídica Mexicana”, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 1.

<sup>147</sup> MARGADANT S., Guillermo Floris.- “Introducción a la Historia del Derecho Mexicano”, Editorial esfinge, 18ª edición, México, 2006, pág. 35.

usar su propio criterio. Cada caso tenía su ley. Claro está que el criterio del juez estaba influenciado por las costumbres y el ambiente social.”<sup>148</sup>

Así, y con los todos vestigios que se tienen, se puede observar que efectivamente, la más grande civilización que impero en el actual México a la llegada de los españoles, tenía una idea o abstracción similar u homologa a la equidad.

Terminando este laxo bosquejo de los sistemas indígenas, puede corroborarse que la equidad y la justicia son, en efecto, partes inherentes en una sociedad de hombres organizados, que, para el caso de la equidad, cumple con las características de especificidad en cuanto a tiempo y espacio, según lo que en la cultura occidental se ha establecido como tal, pero que nace con el fin de que la convivencia entre humanos pueda ser posible o llevadera.

Es una abstracción presente, aunque no con el mismo nombre, pero sí con la misma idea. La equidad existió como elemento activo y constitutivo dentro de los sistemas jurídicos indígenas, con una visión muy rigorista en cuanto a sanciones se refiere.

### 3.3.2 El periodo indiano

El cómo surge, se desarrolló y culminó en el territorio de la Nueva España el Derecho indiano viene a ser una etapa de la historia del Derecho mexicano, en general, y de la equidad, en particular, sumamente interesante, por la mezcla de factores de diversa índole jurídica que darán características propias a estas dos nociones. Hay que entender que “Toda la historia de la colonización española en América no es sino la lucha por levantar a las razas autóctonas al nivel alcanzado por los conquistadores”<sup>149</sup>, en muchos sentidos: científico; social; cultural, y por

---

<sup>148</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, T., *Opere Citato*, pág. 186.

<sup>149</sup> *Ibíd*em, pág. 191.

supuesto, jurídico. En efecto, se tuvo la intención, de algunos sectores de la sociedad española, de “educar” a los naturales de estas nuevas tierras descubiertas para que salieran de la “ignorancia” y el “pecado” en la que se encontraban, pudiéndose catalogar que lejos de ser una misión conquistadora fue una “piadosa”, aunque en la realidad haya sido la primera la que prevaleciera.

Para entrar al estudio de este tema necesitamos hacer un poco de historia. Debe recordarse que Colón salió del puerto de Palos de Moguer en 1492, en busca del país productor de oro, plata, especias, etc.<sup>150</sup>, encontrándose, tal vez sin querer, con un “nuevo mundo” que dará al reino de Castilla y Aragón la posibilidad, en años subsecuentes, de expandir su territorio en tierra y mar, además de grandes riquezas y grandes problemas.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> “Si nada más eso hubiera encontrado, el problema habría sido de técnica de producción y de transporte; pero encontraron también seres humanos, y esto creaba un nuevo problema: el de la convivencia de dos razas; es decir, el problema era jurídico. La técnica de producción y de transporte quedó relegada a un segundo plano.” *Ibidem*, pág. 192.

<sup>151</sup> Respecto de este punto es preciso enfatizar la gran relevancia jurídica que tuvieron las bulas Alejandrinas. Las bulas Alejandrinas fueron dadas por el papa Alejandro VI para mediar la problemática jurídica que había surgido, a raíz de los descubrimientos de Colón, entre los reyes católicos de Castilla y Aragón y el rey de Portugal a modo de arbitraje. “La primera, redactada y despachada en abril, siendo registrada unos días después, el 3 de mayo de 1493, estipulaba la adjudicación de todas las “*tierras descubiertas y por descubrir en la mar océano por la parte de occidente hacia las Indias, siempre que no perteneciesen a ningún príncipe cristiano*. En su segunda parte, se especificaba la concesión de privilegios espirituales u obligación de “*adoctrinar a los indígenas y habitantes dichos en la fe católica e imponerlos en las buenas costumbres*”.” La imprecisión de esta bula hizo que los reyes que se encontraban en controversia pidieran una nueva. “La segunda *Inter Coetera*, anotada el 4 de mayo de 1493, conocida como bula de donación-demarcación, seguía manteniendo la concesión de *islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir hacia el occidente y mediodía*. Era también de demarcación, porque establecía una línea divisoria trazada de norte a sur por el meridiano que pasa a cien leguas de las islas Azores y Cabo Verde, para delimitar las zonas de expansión de Castilla y Portugal en el futuro. A su vez, el pontífice, en esta segunda bula, retrotraía los derechos castellanos sobre las nuevas tierras a la Navidad de 1492, en lugar del 3 de mayo de 1493 que decía el anterior documento. Con esto, al parecer se pretendía evitar una posible recalada de naves portuguesas a raíz del éxito colombino; y bajo pena de excomunió se prohibía navegar a las Indias a cualquier persona, sin licencia de los reyes de Castilla.

La bula *Eximiae Devotionis*, si bien aparece como datación el 3 de mayo de 1493, fue promulgado el 26 de septiembre de ese año, recoge la concesión de privilegios espirituales que contenía la primera *Inter Coetera*. Este instrumento papal, fue también denominado de extensión y ampliación de la segunda *Inter Coetera*, mediante el cual se concretaba que los castellanos podrían ocupar y conquistar la India asiática siempre que navegasen por la ruta de Occidente y no se hubieran adelantado los portugueses, los cuales podían hacer lo mismo navegando por el Este.

En tanto, la corona lusitana no satisfecha con los privilegios otorgados a los reyes Católicos, en donde Portugal no salía beneficiario, continuó en sus reclamaciones hasta que ambas cortes se pusieron de acuerdo y firmaron el Tratado de Tordesillas, el 7 de junio de 1494, mediante el cual se dividía el mundo

Después de los viajes de Colón hubo una serie de expediciones al nuevo mundo que finalmente culminarán en la exploración y reconocimiento de gran parte del territorio que actualmente compone a los Estados Unidos Mexicanos. Así, después de una serie de percances, llegaría la primera estas a este territorio en 1517. En ella arribaron exploradores a la costa de la península de Yucatán haciendo un sondeo e inspección de manera somera; en el año de 1518, desembarcando en San Lázaro, se empezaron los recorridos a los territorios de Tabasco y Veracruz, así como la cuenca del actual río Grijalva.<sup>152</sup> Finalmente, el 18 de Febrero de 1519, un pequeño contingente comandado por Hernán Cortés (un grupo de poco más de 500 hombres con artillería y caballos), salió de Cuba para desembarcar en el actual puerto de Veracruz, de donde se trasladó a la ciudad de México-Tenochtitlán, y con ayuda de la Malinche (una doncella regalada a Cortés por un cacique de Veracruz) logro entrevistarse con Moctezuma, Tlatoani en turno<sup>153</sup>, para estudiar de forma más detallada las ventajas y debilidades de esta nueva cultura. Con toda la información recopilada, la avaricia y la cantidad de riqueza hallada, se empezó, por parte de los españoles, la empresa de realmente conquistar esta nueva tierra. Fue así que:

“Después de arduas batallas y un prolongado sitio a la ciudad azteca, cayó Tenochtitlán y fueron tomados prisioneros los últimos jefes aztecas, el 13 de agosto de 1521.”<sup>154</sup>

A la caída de la capital azteca y de la sumisión de los indígenas a los españoles<sup>155</sup>, los reyes católicos y los jurisperitos volvieron, de nueva cuenta,

---

conquistable entre las dos coronas ibéricas. La cláusula esencial decía “*Que se haga y señala sobre el Océano una línea de polo a polo, al oeste trescientas setenta leguas de las islas que se llaman de Cabo Verde. Las tierras que quedaren hacia el oeste corresponderán a la corona de España y las del este a Portugal.*”

El tratado de Tordesillas fue ratificado, por los Reyes Católicos Isabel de Castilla y Fernando de Aragón el 2 de julio de 1494, y luego por el rey de Portugal Juan II, el 5 de septiembre del mismo año. Mediante este acuerdo las relaciones internacionales entre ambos reinos volvieron a la normalidad por un tiempo.” <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/concursos2013/site/Historia%20de%20las%20Relaciones%20Internacionales%20Material%20de%20Estudio.pdf> (al 13 de Noviembre de 2014).

<sup>152</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Opere Citate, págs. 37 y 38.

<sup>153</sup> Ídem.

<sup>154</sup> Ídem.

su atención a problemas de naturaleza eminentemente jurídica: ¿cómo justificar la apropiación de un territorio ya ocupado de forma tal que no fuera contrario a la razón?; ¿Cuál sería la explicación a una invasión de tierras que ya estaban habitadas por autóctonos?; entre las cuestiones más importantes.

Como se sabe, estas interrogantes fueron resueltas, en la mayoría de los casos, gracias a las bulas alejandrinas, sin embargo no satisfacían del todo a los serios cuestionamientos y críticas que se les formulaban<sup>156</sup>.

En este sentido las preguntas que han sido objeto de grandes y acaloradas discusiones giran en torno a la situación de la ocupación en sí, porque lejos de querer disfrazar algo que de hecho se hizo con títulos “piadosos”, es una burla a la

---

<sup>155</sup> No todos los pueblos y culturas mesoamericanas fueron sometidos a la fuerza a la corona española, pues hubo quienes aceptaron esta ocupación de forma voluntaria, *v.gr.* Tlaxcala; ó también quienes mantenían cierta autonomía, por ejemplo en el territorio de Malacaxtepec Momoxco, actual delegación Milpa Alta.

<sup>156</sup> Respecto de este punto en concreto se tienen grandes y elaborados estudios, en los que se trata de explicar y entender: ¿Qué fueron las bulas alejandrinas? y ¿Cuál fue la repercusión jurídica que tuvieron para España y para el nuevo mundo?

Para el primer bloque arriba enunciado se tienen, entre otras, las siguientes cuestiones, que podemos calificar como las más importantes: ¿Las bulas alejandrinas fueron acaso una “donación papal”?; si se respondiera que sí, ¿el papa tiene legitimidad para hacer una donación de este tipo en el mundo terrenal? A este respecto puede formularse que no fue una “donación”, sino una misión evangelizadora. Sin embargo situada esta circunstancia, inclusive a nuestro tiempo, ¿Qué religión es la “verdadera”, que merezca ser enseñada e impuesta a todo ser humano? Otra justificación sería el erradicar las costumbres “salvajes” que se tenían en estas nuevas tierras, *v.gr.*: una religión politeísta, poligamia, sacrificios humanos, etc., pero estas ¿eran motivo suficiente para que se interviniera y se buscaran eliminar? No hay que olvidar, también, que las corrientes iusnaturalistas que en esa época estaban teniendo gran auge en autores españoles no veían con buenos ojos esta ocupación, pues ¿Qué acaso lo que buscaba el renacimiento, con las ideas iusnaturalistas que pudieran haber tenido cierto eco en distintos estratos sociales, culturales, académicos, etc., no era fundamentar y justificar todo acto humano en la idea de la justicia y que por ende, rechazaban toda acción injusta hacia cualquier persona, en cualquier lugar y en cualquier tiempo, aunado a que todo ser humano por el hecho de serlo tiene un derecho inmanente (Francisco de Vitoria)?

Ahora bien, una interrogante que bien puede formularse, y que viene a mostrar, en su caso, una arista fáctica es la siguiente: ¿no todos los actos que se fueron llevando a cabo en este nuevo territorio fueron hechos realizados, que por más que se buscaran justificarlos y legitimarlos en un valor como la justicia (guerra justa) fueron al fin y al cabo hechos consumados, en el que ya nada se podía hacer (como en el caso del amparo mexicano, que no procede cuando se ha consumado el acto reclamado)?

Para el segundo bloque al que se hizo referencia, la repercusión jurídica de las bulas alejandrinas fueron entre las más importantes las siguientes:

Vinieron a representar para la corona española la exclusividad de los territorios encontrados y conquistados (junto con Portugal) para que los naturales fueran evangelizados y encaminados a las “buenas costumbres”, con la consiguiente compensación que esta empresa requiriera, con pena de excomunión a quien desobedeciera este mandato de exclusividad. También, aunque solo en teoría, los territorios americanos fueron no una colonia sino parte integrante del reino español, así como que sus habitantes no eran esclavos sino súbditos de la corona española, en el que el trato hacia ellos debía ser en un marco de respeto e igualdad.

razón eminentemente jurídica que imperaba en el viejo continente en ese momento. En otras palabras: ¿esta ocupación era justa o injusta?, ¿sería lícito y justo hacer la guerra a alguien sin causa aparente? Sin duda se aparentó que lo que se estaba realizando en este nuevo mundo no era una conquista lisa y llana, sino más bien una misión de “salvamento” hacia los naturales, que los hispanos habían adquirido y debían realizar aun a su costa, claro está que con las recompensas propias de esa obligación (el dominio absoluto de todos los recursos de este nuevo territorio).

A pesar de este velo con el que se quiso disfrazar algo que sucedía y se llevaba a cabo en toda América Latina, el compromiso adquirido, al menos por parte de la reina católica, también era con el fin de hacer bien a los naturales, implantando en su pensamiento una visión, junto con juristas y teólogos, iusnaturalista hacia estos habitantes. El siguiente es un fragmento del testamento de Isabel la Católica, que deja en claro la postura de la que se hace mención:

“[...]suplico al Rey mi señor, muy afectuosamente, y encargo y mando a la dicha princesa mi hija y al dicho príncipe su marido, que así lo hagan y cumplan, y que éste sea su principal fin, y que ello pongan mucha diligencia, y no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas Indias y tierras firmes ganadas y por ganar reciban agravio alguno *en sus personas y bienes*, más manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean, de manera que no se excela cosa alguna lo que por las letras apostólicas *de la dicha concesión nos es inyungido y mandado.*”<sup>157</sup>

Actitud similar asumen la mayoría de los Frailes con pensamientos de corte iusnaturalista, en los que Bartolomé de las Casas tiene especial mención por tratar de que los naturales realmente tuvieran ese trato que tanto se pregonaba (aunque muchas veces de forma vehemente, impetuosa y desordenada, según algunos autores):

“Todos los infieles, de cualquier secta o religión que fueren, y por cualesquier pecados que tengan, cuanto el derecho natural y divino, y al que llaman

---

<sup>157</sup> <http://books.google.com.mx/books> (en su página 128, al 6 de Mayo de 2015).

derecho de las gentes, justamente tienen y poseen señorío sobre sus cosas que sin perjuicio de otro adquieren, y también con la misma justicia poseen sus principados, reinos, estados, dignidades, jurisdicciones y señoríos.”<sup>158</sup>

Con todas estas ideas de preámbulo, puede comprenderse que este periodo es único, no solo desde el ámbito jurídico; ya que representa la mezcla, forzada y voluntaria, de dos culturas y dos continentes que se amalgamarían para formar, al cabo de los algunos siglos, naciones independientes. Ahora bien, la anterior introducción era necesaria para vislumbrar como se fue configurando el fenómeno jurídico en la Nueva España. Bajo esta serie de ideas es menester puntualizar que aunque se pretendió que el Derecho español se aplicara tal cual en el territorio en comento, esto no pudo llevarse a cabo como se hubiera querido, por las propias circunstancias y situaciones que se generaban en este nuevo espacio (en el que debe aclararse, no se aplicó todo, sino solo el castellano “por depender el imperio ultramarino de la Corona de Castilla...”<sup>159</sup>), en el que pronto hubo la necesidad de amoldar y modificar este Derecho, dadas las realidades sociales, culturales, económicas, y de toda índole, para poder hacerles frente, surgiendo así el Derecho indiano (en el que por cierto también respetaba y obligaba la aplicación de normas positivas que los indígenas tuvieran, en tanto no contrariara al nuevo Derecho implantado). Este:

“Se le define como “...un ordenamiento jurídico con vigencia en las indias – incluyendo en ellas a los archipiélagos del Pacífico de dominación castellano-hispana- fruto tanto de una elaboración normativa desarrollada por las diferentes instancias administrativas y de la incidencia del derecho castellano, del derecho común y de elementos filosófico-jurídicos con el resultado de un conjunto dispositivo de obligado cumplimiento, bien a nivel general, bien a nivel provincial o local, bien, por otro lado, con obligada observancia para el conjunto de la población existente en el Nuevo Mundo a los diferentes niveles territoriales derivados de aquella obligatoriedad general, provincial o local, bien por el contrario, para uno u otro de los grupos socio-culturales distinguibles en la sociedad indiana, como un factor consuetudinario transitoriamente reconocido respecto de las comunidades indígenas y marcado por la diversidad como consecuencia del carácter personalista

---

<sup>158</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, T., *Opere Citato*, pág. 206.

<sup>159</sup> MARGADANT S., Guillermo Floris.- *Introducción...*, *Opere Citato*, pág. 37.

que sus ordenamientos habrían tenido en el periodo prehispánico y que conservarían en su evolución posterior.”<sup>160</sup>

Bajo este régimen jurídico en la Nueva España, la máxima autoridad, después de los reyes, era el Real y Supremo Consejo de Indias, que inclusive podía conocer de algunos asuntos jurisdiccionales de tercera instancia. Concretándonos a nuestro tema de estudio, diremos que:

“La justicia de primera instancia dependía de la población donde se aplicaba, ya que, por ejemplo, en un municipio común el primer órgano judicial era el alcalde; así, siguiendo la misma organización política, desempeñaban funciones judiciales el alcalde mayor, el corregidor, el gobernador, y en las capitales virreinales los alcalde de casa y corte en los juzgados de provincia.”<sup>161</sup>

La forma en cómo se administraba justicia era muy parecida a lo que en el antiquísimo Derecho romano se hacía, por tener el Derecho español en general, y el Castellano en particular, claros rasgos de *ius romanum*, entendiendo, básicamente, lo que este concebía por justicia, equidad y la práctica de estas. Por ello no es de sorprender que en la organización del Real y Supremo Consejo de Indias tuviera una importancia especial y particular el poder judicial (jueces y abogados, juristas ambos), tratando, en la medida de lo posible, aplicar el método de los jurisconsultos romanos, en lo que se refiere a su visión y pensamiento<sup>162</sup>, haciendo de la justicia y la equidad fundamento y fin de todo el universo jurídico que se estaba desarrollando, a través del uso de la prudencia jurídica y de las herramientas jurídicas con las que contaban, tanto de origen indígena como del hispano, para hacer de la equidad la herramienta *de iure* por excelencia. Por ello es que la forma que predominó en toda la organización colonial fue la judicial confiada a los doctos en esta ciencia, que además se practicaba de la forma más simple y jurídica que pueda haber:

---

<sup>160</sup> CRUZ BARNEY, Oscar.- “Historia del Derecho en México”, Editorial Oxford, 2ª edición, México, 2004, págs. 222 y 223 (citando a su vez a María del Refugio Gonzáles, El derecho indiano y el derecho provincial novohispano...).

<sup>161</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Opere Citato, pág. 54.

<sup>162</sup> Ver Capítulo II.

“[...] era oyendo a las personas que sostenían el pro y el contra en cada asunto, de cualquiera naturaleza que fuera, como el rey, el Consejo, las audiencias, los virreyes y demás autoridades resolvían cuanto problema se les presentaba, y era el poder judicial como hoy diríamos el que predominaba sobre todos los otros y el que, fuera del rey, los dominaba a todos en forma de visita y de juicios de residencia...”<sup>163</sup>

Como natural consecuencia, el Consejo de Indias tenía que estar al pendiente de todo lo relativo a los territorios descubiertos, con especial insistencia en lo referente al poder judicial (ya que solo con la justicia de por medio se podría tener, al menos un poco de bienestar para todos):

“... pero el conocimiento de litigios entre particulares habría embarazado de tal modo las otras funciones del Consejo que, tras de confiar las primeras instancias y aun ciertas apelaciones a las audiencias de los diversos reinos de Indias, todavía en 1528 se dispuso que todos los apelantes debían de presentarse ante el Consejo a continuar el recurso dentro de ochos meses, bajo pena de caducidad. Solo así el Consejo pudo ocuparse en la organización de las colonias, fundación de audiencias, obispados, conventos, consulados, universidades, etc.; en legislar sobre encomiendas, conservación y tratamiento de indios, expediciones de descubrimiento y conquista, misiones, tráfico marítimo, legislación en general, ya emanara de él mismo, ya de las diversas instituciones coloniales, que requerían aprobación por el mismo Consejo.”<sup>164</sup>

Se puede observar que este consejo hacía de la equidad algo inherente en su actuar, principalmente en asuntos jurídicos, ya que entendía la gran trascendencia, relevancia y beneficios, de tomar como parte integrante a este ideal en particular. Sobre este sentido, es conveniente hacer notar, en la práctica del Derecho, un recurso que hacía alusión precisamente a esta representación que trataba de materializarse en asuntos específicos; el llamado recurso de injusticia notoria:

“El recurso de *injusticia notoria* daba lugar a difíciles cuestiones que dividían a los tratadistas, en cuanto a qué debía de entenderse por injusticia notoria, y si

---

<sup>163</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, T., *Opere Citato*, pág. 301.

<sup>164</sup> Ídem.

sería necesaria la notoria injusticia para admitir el recurso. Elizondo proponía la fórmula siguiente: “es notoriamente injusta aquella sentencia cuya iniquidad aparece de la sola material lectura de los autos, o por no ser la decisión conforme a la demanda, o a lo deducido y probado por las partes, o cuando tenía contra sí la notoria resistencia del derecho, explíquese o no el error en la misma decisión”. La ley, sin precisar ninguno de aquellos puntos, se limitaba a establecer los requisitos de admisión, como sigue: “para la introducción de los dichos recursos preceda depósito de quinientos ducados de vellón, o fianza lega, llana y abonada hasta en esta cantidad, de la parte que lo introduxere, que ha de recibir por su cuenta y riesgo el escribano ante quien se otorgara, en que desde luego se le condena en caso de que el Consejo, con vista de los autos, reconozca haberse valido las partes del remedio del recurso, sin verificarse por él las causas y motivos que le justifiquen; y dicha condenación se aplique por tercias partes, la una para la cámara de S.M., otra para los jueces de la Chancillería o Audiencia de donde viniere el recurso, y la otra para la parte contra quien se intentare; quedando libres de las obligaciones de depósito o fianza los pobres que como tales hubieren litigado, y lo justificaren en el Consejo, cumpliendo con la de hacer caución juratoria en la forma ordinaria en la Chancillería o Audiencia donde litigaren, que es la misma forma en que por ley anterior están aplicados los quinientos ducados; y en estos casos se mandará por el Consejo traer copia de los autos; y con ellos se ha de pasar por la Sala de Gobierno, a quien privativamente toca la determinación del recurso, sin que de la que se diere pueda haber suplicación ni revista”. Por R.D., de 28 de julio de 1773, se aumentó el depósito o la caución a mil ducados.”<sup>165</sup>

Sin lugar a dudas una figura que entrañaba serias dificultades, sobre todo para el neo-romanismo dadas sus características<sup>166</sup>, que requería para su realización, se dejara de pensar en la forma que normalmente se hace en ese sistema jurídico: de manera cuadrada e inflexible; pues el ejercicio propio de la *jurisprudencia*, así como lo fue en estos juzgados, requiere precisamente de la flexibilidad de una “regla de plomo” para amoldarse a cada caso específico según equidad, teniendo así la posibilidad de ponderar, discernir y decidir lo justo sobre lo injusto; siendo este un medio por el cual se deseaba realizar la perfección jurídica; salvaguardando a la justicia, de acuerdo a las circunstancias particulares en el que se le hubiera lacerado de forma más que evidente, en cualquier asunto.

---

<sup>165</sup> Ibídem, págs. 854 y 855.

<sup>166</sup> Literalidad, formalismo a ultranza, aplicación exegética, etc.

Pero es en esta serie de argumentos donde puede encontrarse la mayor objeción, y que de hecho se formula al tratar sobre una definición de justicia y equidad: “no se tiene la certeza y seguridad de que lo que se considera que es justo, o equitativo, lo sea en verdad”. Sin embargo se considera que esto no es del todo cierto, pues aunque el ser humano, posiblemente no pueda comprender a la justicia en su totalidad (Kelsen), en algún lugar de su ontología hay un concepto que es común a toda su especie, y es precisamente sobre este pensamiento o “sentimiento” del cual los juristas hacen uso para ser los paladines de este ideal supremo; y del que por cierto también los antiguos romanos utilizaron en su Derecho, con la convicción y sapiencia de que su razón y fin era precisamente la justicia.

También, no debe pasarse por alto que la ley no “definía” qué debía entenderse por “injusticia notoria” (ya que no puede decirse eso en algo tan general como lo es la ley) y es razonable, ya que las situaciones humanas son tan vastas que no alcanzaría toda una historia para precisar en la ley lo que debiera entenderse por tal. Es claro, la justicia o injusticia de un acto es evidente cuando se entra al estudio de ese caso específico y particular; y es precisamente la generalidad de la ley la que obstaculiza el que se llegue a este punto. Por ello es que no se precisaba lo que era o debía ser la “injusticia notoria”, y solamente se limitaba a enunciar los requisitos de admisión, ya que la justicia o injusticia de un acto solo puede ser discernido por un jurista en el pleno ejercicio de su profesión.

Otro dato que salta a la vista de este recurso es que, muy probablemente, su interposición hubiera representado un gasto económico, físico y psicológico tal que difícilmente alguien hubiera hecho un uso eficiente y eficaz de él. Pero, en mi opinión, de haberse seguido desarrollando, perfeccionándose y llevado a cabo con un corte eminentemente jurisprudencial, simplificando su ejercicio en un territorio como lo era la Nueva España, habría sido una expresión mucho más fiel de la equidad, que difícilmente habría tenido remota comparación en cualquier otra parte del mundo, inclusive en nuestros días.

Figura similar e igual de importante en este orden de ideas, es el ejercicio encomendado a las audiencias (México, Guadalajara) en lo que correspondía al control de la jurisdicción eclesiástica, mediante el “recurso de fuerza”.

“Este recurso, en caso de que el recurrente obtuviera éxito, llevo 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 se había comportado con injusticia notoria o con violación de las reglas procesales.”<sup>167</sup>

Herramienta jurídica que pretendía restringir y limitar el creciente poder de la iglesia y sus “autoridades” en la Nueva España, amparándose a las cuestiones propias de la equidad, con hincapié en el tiempo y lugar a tratar. Por lo que ella era pieza fundamental, no sólo en el mundo jurídico de este periodo, sino en toda su estructura, con el fin primordial de evitar abusos del progresivo poder eclesiástico. Aunque desafortunadamente no haya tenido el éxito que hubiésemos querido, fue en su tiempo una figura jurídica de gran relevancia, especialmente para nuestro estudio, pues hacía de la equidad un elemento imprescindible para la protección de todas las personas a una figura casi omnipotente, que en caso de haber prosperado, habría dado la consiguiente anulación parcial o total del acto eclesiástico por la injusticia propia del mismo.

Así, y por todo lo dicho en este título, se afirma que en el Derecho Indiano se encuentran elementos que demuestran el conocimiento y práctica de la equidad como herramienta eficiente, con un grado apenas leve de eficacia, siendo un ideal que se pretendía fuera elemento inherente y constitutivo de todo el sistema jurídico indiano, como en el caso del Derecho romano. El simple hecho de que, desde la realeza hasta los juristas que se encontraban en el viejo como en el nuevo continente se le considerara y mencionara, desde ese momento la equidad estuvo presente, con la intención real de que fuera un componente factico y

---

<sup>167</sup> MARGADANT S., Guillermo Floris, Introducción..., Opere Citato, págs. 74 y 75.

vinculante para todo súbdito de la corona española, la cuestión de si se le haya llevado a cabo eficiente y eficazmente es otro tema.

El que se haya tenido la dificultad de la distancia no fue impedimento para que la justicia y equidad estuvieran presentes en el periodo indiano, en que el “poder judicial” prevalecía por sobre los demás, tratando de fundamentar toda la estructura de la Nueva España en estos ideales, confiando esta labor a los juristas, tanto jueces como abogados, con la plena seguridad de que no había otra forma de que el nuevo mundo alcanzara el esplendor del viejo continente, si no era a través de los principios en comento. Sin justicia simplemente no existiría la comunidad, sea cual sea.

### 3.3.3 Época contemporánea

La realidad actual está plagada de nuevos acontecimientos sociales, culturales, científicos, bélicos, etc., que nos ha tocado vivir para bien o para mal<sup>168</sup>, sumando los que ya traíamos de antaño, y no obstante todo lo nuevo no se puede prescindir de lo básico, de lo elemental, que para el caso del Derecho es precisamente la justicia y la equidad, sin ellas todo lo jurídico pierde su razón de ser.

Entrando al tema que nos interesa para el México de aquí y de ahora, en todo el sistema **legal** solo hay una referencia a la equidad que puede catalogarse como “importante” y expresa; todas las demás que en su caso hubieran son citas tácitas y/o de menor jerarquía. Así el único ordenamiento legal en el que la equidad sustancial tiene permitido hacerse presente, y dependiendo ciertas condiciones, es la Ley **Federal** del Trabajo en su artículo 17 que preceptúa:

“A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en sus reglamentos, o en los tratados a que se refiere al artículo 6º, se tomarán en

---

<sup>168</sup> Realmente a través de la historia de la humanidad estos acontecimientos siempre han estado presentes, solo que son diferentes para cada una de las eras en las que el hombre ha tenido que actuar.

consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la **equidad**.”

Solo en este artículo, expresamente la equidad puede ser tomada en consideración. En lo que hace a la constitución; códigos; leyes; reglamentos; etc., esta se presenta de forma tácita, y en algunos de los mencionados ordenamientos ni siquiera se encuentra la palabra como tal, y en su defecto, acompañada de otra que enfatiza un tipo especial de equidad, pero no en su forma sustancial: la justicia del caso concreto.

Aunque la sombra de la equidad pretenda estar en todas las **leyes** del sistema normativo mexicano, lo cierto es que dada nuestra tradición neo-romanista, si no se halla en el papel, en la ley en sí, resulta difícil que llegue a configurarse como elemento activo o constitutivo. Por ello, en términos generales, la equidad en México solo es un ente imaginativo, al que se le hacen referencias o alusiones tacitas, en algunos casos confundiéndola con derivados de ella *v. gr.*; equidad de género; carga fiscal proporcional; etc.

Ahora, la materia civil es supletoria de otras materias, sin embargo también es susceptible de contener en ella misma lagunas, y la forma en que se trata de integrar y subsanar esta inevitable cuestión de la ley es a través de su interpretación **jurídica**, o a falta de ley expresa “conforme a los principios generales del Derecho”<sup>169</sup>, cosa que si bien es buena, podría ser mejor, como lo hicieran o hacen otros países (cuando no hay precepto legal preciso) por ejemplo: Francia<sup>170</sup>; Puerto Rico<sup>171</sup>; Austria<sup>172</sup>; Egipto<sup>173</sup>; Japón<sup>174</sup>; España<sup>175</sup>; hasta el

---

<sup>169</sup> Contenidos tanto en la Constitución (artículo 14 párrafo cuarto) y en el código civil federal y del Distrito Federal (en su artículo 19 para ambos códigos).

<sup>170</sup> El proyecto del código civil francés, en su artículo 9 preceptuaba: “En las materias civiles, el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos adoptados en el silencio de la ley positiva.” BOBBIO, Norberto, *Opere Citato*, pág. 91.

<sup>171</sup> Art. 7 (en redacción de 1902): “Cuando no haya ley aplicable al caso, el Tribunal resolverá conforme a equidad, que quiere decir que se tendrá en cuenta la razón natural de acuerdo con los principios generales del Derecho y los usos y costumbres aceptados y establecidos.” ENTRENA KLETT, Carlos Ma., *Opere Citato*, pág. 114 (en su nota al pie de página).

propio código canónico<sup>176</sup>. A diferencia de México, estos países van más allá nombrando expresamente a la equidad; cosa que en nuestro sistema normativo no se da más que por el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo anteriormente citado.

Sin embargo cabría formular la interrogante de que ¿no todos los principios generales del Derecho tienen como sustancia y fundamento a la equidad?, y en efecto, en mi opinión es así<sup>177</sup>, pero también es preferible que las cosas se digan tal cual son, y que para la integración de las lagunas legales en primer lugar se enunciara a la equidad, seguida de los mencionados principios.

Bien, consecuencia de la aplicación de la ley conforme a su letra en el sistema normativo mexicano, no puede hacerse un uso de la equidad en su forma más pura y sustancial, o en el mejor de los casos, de modo natural y ordinario, salvo después de una lista de mandatos en los que no haya otra salida, haciéndola, desafortunadamente, por este hecho algo prescindible.

No obstante, y como se ha enunciado en líneas anteriores, el actuar de los juristas hace posible, de una u otra forma, la utilización de la equidad; siendo al mismo tiempo prueba fiel de que en la interpretación, argumentación, aplicación y

---

<sup>172</sup> Art. 7 (reformado en 1916): “Cuando un caso sea dudoso, debe resolverse según los principios del Derecho natural, teniendo en cuenta todas las circunstancias de aquel, cuidadosamente consideradas y pesadas”. Ídem.

<sup>173</sup> Art. 11 “En caso de silencio, de insuficiencia o de oscuridad de la ley, el juez se conformará a los principios del Derecho natural y a las reglas de la equidad.” Ídem.

<sup>174</sup> Art. 3 “En los negocios civiles, en defecto de la ley escrita, se debe juzgar según las costumbres y en defecto de éstas por la indagación de la razón y de la equidad.” Ídem.

<sup>175</sup> “El artículo donde la ley se ocupa de la equidad en el ámbito civil es el 3.2 del Código Civil, tras la reforma de 1974: “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.”” PRIETO DE PAULA CONCA, Javier.- “La Equidad y los Juicios de Equidad”, Editorial Difusión Jurídica, España, 2011, pág. 53.

<sup>176</sup> Canon 20 “Cuando sobre una materia determinada no existe prescripción expresa de ley, ni general ni particular, la norma debe tomarse a no ser de que se trate de aplicar alguna pena, de las leyes dadas para casos semejantes, de los principios generales del Derecho aplicados con equidad canónica, del estilo y práctica de la curia romana, del parecer común y constante de los doctores.” ENTRENA KLETT, Carlos Ma., *Opere Citato*, pág. 114.

<sup>177</sup> Incluso esta opinión la tomo a su vez de Eduardo García Máynez. Opinión, por cierto, que se expondrá más adelante.

creación de normas generales e individualizadas es donde puede tener algún protagonismo, por desgracia sin dejar de depender de la ley.

Dejándola de lado, y en cuanto hace a las tesis jurisprudenciales realizadas en México con relación a este ideal podemos enunciar las siguientes, que si bien no dan una definición de la equidad, se pretende puedan dar luz sobre ella:

**“RESOLUCIÓN FAVORABLE DIRIGIDA A LA CAAAREM, BENEFICIA A TODOS LOS AGENTES ADUANALES SEAN O NO MIEMBROS DE LA MISMA, PORQUE DE NO SER ASÍ SE ROMPERÍA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD.-**

Conforme al principio de **equidad**, no es necesario que un agente aduanal demuestre pertenecer a la Confederación de Asociaciones de Agentes Aduanales de la República Mexicana, para beneficiarse de una resolución favorable dirigida a ésta, en virtud de que la resolución beneficia a todos los agentes aduanales, sean o no integrantes de la citada Confederación, ya que no sería válido sostener que por el solo hecho de pertenecer o no a la misma se exentara del pago del derecho de trámite aduanero. Interpretar lo contrario equivaldría a dejar al arbitrio de la autoridad el decidir a quién le cobra y a quién no, creando con ello una desigualdad al otorgar a unos y a otros no, dicho beneficio. Carecería asimismo de sentido la resolución, si el pago de los derechos de trámite aduanero dependiera únicamente del demostrar si el agente aduanal pertenece a la Confederación. Es más, de aceptarse el criterio sostenido por la autoridad, ello traería un grave perjuicio, no sólo a los agentes aduanales, sino también a los importadores que son quienes finalmente tienen que cubrir los derechos de trámites aduaneros, pues para evitarlo tendrían que estar preguntando al agente si es miembro o no de la Confederación, exigiendo de esta manera que se cumpla con un requisito que la Ley de la materia no prevé en su artículo 160, para ser agente aduanal, ya que sólo requiere contar con una patente; rompiéndose de esta manera el principio de **equidad**.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> Juicio número 164/01-03-01-9/201/02-S1-02-03.- Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 14 de mayo de 2002, por mayoría de 3 votos a favor, 1 voto con los puntos resolutive y 1 voto en contra.- Magistrado Ponente: Luis Malpica de Lamadrid.- Secretaria: Lic. KAntunil Alcayone Arriola Salinas. (Tesis aprobada en sesión privada de 15 de octubre de 2002).

En el mismo sentido: V-P-1aS-125

Juicio número 699/01-03-01-2/252/02-S1-05-03.- Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 14 de mayo de 2002, por unanimidad de 5 votos a favor.- Magistrada Ponente: María del Consuelo Villalobos Ortíz.- Secretaria: Lic. María de Lourdes Vázquez Galicia. (Tesis aprobada en sesión privada de 15 de octubre de 2002).

Una resolución que favorezca a, en este caso, una confederación debe, de acuerdo al principio de equidad, beneficiar a todo individuo; de lo contrario habría una parcialidad y una desigualdad en el trato entre personas que son iguales, en su naturaleza jurídica, sin importar si son miembros o no de tal o cual federación o en este caso, confederación.

El principio de equidad aquí expuesto se refiere al trato igualitario entre todas las personas, que en este caso está dado en un beneficio frente a la autoridad aduanal. Entonces para el asunto en concreto, la igualdad tiene y juega un papel y peso importante dentro de la equidad, al grado de asumir que si se diera alguna diferenciación entre este tipo de personas se estaría rompiendo con el citado principio, ajustándose por este hecho a la equidad en sí;

#### **“MULTA EXCESIVA.**

En el texto constitucional respectivo, solo quedó consignada la prohibición de imponer multas excesivas, pero sin darse la **definición** de ellas, ni establecer normas que bastaran para calificar las sanciones pecuniarias, en los casos que se presentaran en la práctica. Por otra parte, el concepto exacto del Constituyente, no puede conocerse, debido a que en la sesión respectiva del congreso en que se votó el artículo 22, no llegó a tratarse la cuestión ni el dictamen de la comisión que lo formuló, contiene ideas sobre el particular. Por tanto, para establecer un criterio sobre la fijación de las multas, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia adopta la teoría que consiste en dejar el criterio prudencial del juzgador, en cada caso particular, la calificación de si una multa es excesiva o no, debido a que este criterio es el más jurídico y justo, dado que no es posible establecer una norma general que atienda a las condiciones económicas de cada infractor, que, en definitiva, es la única circunstancia que puede tenerse en cuenta para valorar con **equidad** el carácter de la multa aplicada; sin que pueda admitirse la tesis de que el criterio para juzgar si una multa es excesiva o no, depende de la aplicación

---

#### PRECEDENTE:

V-P-1aS-103

Juicio No. 675/01-03-01-5/54/01-S1-04-03.- Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 12 de febrero de 2002, por unanimidad de 4 votos a favor.- Magistrado Ponente: Jorge Alberto García Cáceres.- Secretario: Lic. César Edgar Sánchez Vázquez. (Tesis aprobada en sesión de 26 de febrero de 2002) R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año II. No. 21. Septiembre 2002. Pág. 281.

R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año III. No. 25. Enero 2003, pág. 43.

del máximo o mínimo que fije la ley, en correspondencia con la gravedad de la infracción, pues aun en el caso de que se aplique el mínimo, la multa podría ser excesiva para una persona, por el reducido valor de su patrimonio, y para otra no, por la cuantía de sus bienes, por lo que, para imponerla, debe tenerse presente en cada caso, dos elementos fundamentales: que exista correspondencia entre la cuantía de la multa y la fortuna y condiciones económicas del infractor, y que la sanción pecuniaria esté en proporción con el valor del negocio en que se cometió la infracción que se castiga.”<sup>179</sup>

La idea de la equidad en esta tesis jurisprudencial, enuncia la definición más simple de ella: “lo justo aquí y ahora” a cada caso particular y concreto. Toda resolución que busque aplicar la ley debe ser siempre aplicada de manera particular a cada persona y caso, pues al contrario de la anterior tesis, si se hiciera una aplicación de forma igualitaria, se estaría transgrediendo de manera más que flagrante el principio de equidad por imponer una carga igual a personas que tienen diferentes realidades económicas. De ahí que precisamente el juez en uso de la ciencia del Derecho utilice las herramientas a su alcance para resolver cada controversia que sea de su conocimiento de la forma más justa, ayudándose para ese efecto precisamente de la equidad;

#### **“DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE.**

El derecho a una reparación integral o justa indemnización es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, y no debe restringirse en forma innecesaria. Atendiendo a los criterios que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, es procedente el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual de ninguna manera debe implicar generar una ganancia a la víctima, sino otorgarle un resarcimiento adecuado. El derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño, a las víctimas y no a los victimarios. El daño causado es el que

---

<sup>179</sup> Quinta Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLVIII, Tesis Aislada (Administrativa), 14 de Abril de 1936, pág. 757.

determina la indemnización. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado, de manera que las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. No se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debe subordinarse a requisitos cualitativos. Una indemnización será excesiva cuando exceda del monto suficiente para compensar a la víctima. Sin embargo, limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada. Una indemnización no es justa cuando se le limita con topes o tarifas, cuando en lugar de ser el juez quien la cuantifique con base en criterios de razonabilidad, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y su realidad. Sólo el juez, que conoce las particularidades del caso, puede cuantificar la indemnización con **justicia y equidad.**<sup>180</sup>

La equidad da muestras de la relevancia e importancia que tiene en la solución de casos particulares para dar una solución justa a la problemática planteada, para la anterior jurisprudencia, se establecen los criterios que pueden existir en una solución justa, en el supuesto de que tenga que haber una indemnización. Dicha tesis establece que debe atenderse no a las características y circunstancias del victimario sino de la víctima, para que ella misma pueda encontrarse en el estado en el que se hallaba antes de sufrir el daño, y en caso de no poder hacerlo recibir una indemnización, la cual a su vez debe ser proporcional al daño sufrido, por lo que dicha indemnización no es una ganancia para la víctima o sus “sucesores”, pero tampoco una pérdida, sino es un resarcimiento **justo** del daño que ocasionó el victimario.

Esta tesis jurisprudencial tiene además otra virtud, pone de manifiesto que la ley y los legisladores carecen de la autoridad y prudencia jurídicas para poder establecer lo que sería en su caso una solución justa, por la propia condición de su naturaleza: su generalidad. Todos los casos entre sí son diferentes;

#### **“DIVORCIO. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA**

---

<sup>180</sup> Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XII, Tomo 1, Tesis Aislada (Constitucional), Septiembre de 2012, pág. 502.

**EL ESTADO DE MICHOACÁN, PERMITE RECLAMAR HASTA EL 50% DEL VALOR DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO Y NO SÓLO LOS LOGRADOS MIENTRAS SUBSISTIÓ LA COHABITACIÓN.**

El matrimonio, como acto jurídico, tiene diversos efectos en relación con las personas que lo celebran, los cuales generan ciertos derechos y deberes jurídicos correlativos entre los cónyuges. Uno de ellos es el atinente al sostenimiento de las cargas familiares que, por lo general, se satisface con la contribución económica que hagan los cónyuges al sostenimiento del hogar; sin embargo, hay ocasiones en que uno de los consortes decide dedicarse al desempeño del trabajo doméstico y, en su caso, al cuidado de los hijos, sacrificando así la posibilidad de recibir una remuneración por no ocupar ese tiempo en el ámbito laboral, lo que genera una desigualdad entre los bienes adquiridos por los cónyuges. Por ello, el legislador trató de igualar dicha situación equiparando el trabajo del hogar como una contribución económica tal como lo dispone el artículo 153 del Código Familiar para el Estado de Michoacán. Así, en el caso de que uno de los consortes quiera disolver el matrimonio y entable una demanda de divorcio, éste no quedará desprotegido, toda vez que el legislador contempló el trabajo realizado en el hogar y dispuso en el artículo 277 de la legislación familiar en comento, la denominada compensación económica por razón de trabajo, que le da derecho a cualquiera de los cónyuges que se encuentre en estado de desventaja a equilibrar la referida situación de desigualdad, otorgándole la posibilidad de reclamar hasta el cincuenta por ciento del valor de los bienes adquiridos durante el tiempo que duró el matrimonio, y no de los logrados solamente durante el tiempo en que cohabitaron, toda vez que el derecho-deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares existe en razón del matrimonio y se extingue junto con éste. Derivado de lo anterior, resulta claro que el hecho de que los cónyuges dejen de cohabitar no extingue el derecho-deber de contribuir al sostenimiento del hogar, toda vez que se trata de un derecho-deber independiente y no correlativo, tal como se desprende de la interpretación del artículo 263 de la codificación familiar del Estado. Por ende, si uno de los consortes contribuyó al mismo con trabajo en el hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, se trata de actividades que debió realizar durante la vigencia del matrimonio y no sólo en el tiempo en que cohabitaron, ya que el vivir juntos es un derecho-deber independiente y no correlativo al de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, por lo que no es obstáculo el hecho de que no vivan juntos para que uno de ellos se dedique preponderantemente al hogar y al cuidado de los hijos y el otro

siga aportando dinero al mismo. Además, estas actividades no necesariamente deben ser las únicas que realice, pero sí que lo haga en mayor medida.”<sup>181</sup>

La equidad está presente de forma tácita en la anterior jurisprudencia, en razón de que busca hacer equilibrar, preponderantemente, las condiciones económicas de los cónyuges a la hora de que se disuelva el vínculo matrimonial que los une. Hace prevalecer una simetría y una igualdad económica a la hora de disolverse el matrimonio entre el cónyuge que desempeñó trabajo doméstico y el que se dedicó de una forma preeminente a su ámbito laboral, ya que ambos trabajos desempeñados repercuten de distinta forma en el patrimonio individual de cada cónyuge. Esta indemnización procederá siempre y cuando se cumplan las condiciones que la propia ley de la materia establece, siendo una de ellas el que uno de los consortes se haya dedicado de forma exclusiva o casi exclusiva al trabajo en el hogar y al cuidado hijos, si es que hubiera.

La equidad se manifiesta en esta tesis jurisprudencial para igualar los patrimonios entre los cónyuges al término del matrimonio, si y solo si uno de ellos no pudo juntar un patrimonio similar al de su cónyuge en virtud de haberse dedicado al hogar y/o a los hijos. Es pues una justicia “equilibradora”;

#### **“ACCIÓN PAULIANA, NATURALEZA, FINALIDAD Y PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA (CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).**

El análisis sistemático y armónico del contenido de los artículos 2163, 2164, 2166, 2174, 2178, 2179 y 2964, todos del Código Civil para el Distrito Federal, lleva a establecer que la acción pauliana o revocatoria tiene su fundamento principal en la garantía patrimonial que tienen los acreedores sobre los bienes del deudor y que se traduce en una obligación de respeto de la expectativa de satisfacción de los acreedores, aunque también se basa en razones de **justicia y equidad** que exigen reparar el daño que se ha causado a otro. Por tanto, son presupuestos para que los acreedores impugnen un acto de enajenación celebrado por su deudor, los siguientes: a) Que el deudor realice un acto que no sea simplemente material, sino jurídico, puesto que está sujeto a ser anulado; b) Que de la celebración del acto de enajenación resulte o se agrave como consecuencia la insolvencia del deudor, por

---

<sup>181</sup> Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXIII, Tomo 1, Jurisprudencia (Civil), Agosto de 2013, pág. 492.

lo que mientras el deudor no sufra estado de insolvencia y la garantía de los acreedores sea suficiente, carecen de interés para impugnar los actos jurídicos realizados por su deudor, aunque impliquen una disminución patrimonial; y, c) Que la celebración del acto perjudique a los acreedores, en razón de que si no hay perjuicio no tendría el acreedor ningún interés en ejercitar la acción pauliana. Asimismo, debe tenerse en cuenta que si el acto de enajenación es posterior a una sentencia condenatoria o a la expedición de un mandamiento de embargo de bienes, se presume que la enajenación a título oneroso es fraudulenta. De modo que la acción pauliana tiene por objeto nulificar los actos y contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores, es decir, se ejercita con la finalidad de reconstruir el patrimonio del deudor, para que vuelvan a figurar en él los bienes que hayan salido del mismo por virtud del acto indebido que ha producido la insolvencia total o parcial del propio deudor.”<sup>182</sup>

La idea de la justicia en la acción Pauliana está dada con la afirmación de que no es justo que un deudor se ponga a sí mismo en estado de insolvencia en perjuicio de sus acreedores. Así lo que esta acción en concreto busca es evitar que un deudor se halle en estado insolvente para no pagar a sus acreedores una obligación que ya tenía hacia ellos, y evitar al mismo tiempo que los defraude, pues se debe pagar lo que es debido.

**“LEY MONETARIA. LA EXPRESIÓN EN MONEDA NACIONAL CONTENIDA EN LEYES, REGLAMENTOS, CIRCULARES U OTRAS DISPOSICIONES EN VIGOR CON ANTERIORIDAD AL 10. DE ENERO DE 1993, DEBEN CONVERTIRSE A LA NUEVA UNIDAD MONETARIA VIGENTE A PARTIR DE ESA FECHA, PARA PAGARLAS, COMPUTARLAS O EXPRESARLAS.**

De la interpretación literal del Decreto por el que se crea una nueva unidad del Sistema Monetario de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1992, se advierte que las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, circulares u otras disposiciones que entraron en vigor con anterioridad al 1o. de enero de 1993, se entenderán referidas a la unidad monetaria que se sustituye (viejos pesos), de manera que al computar, expresar o pagar esas cantidades en la nueva unidad monetaria, debe

---

<sup>182</sup> Novena Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Tesis Aislada (Civil), Mayo de 2003, pág. 1196.

aplicarse la equivalencia establecida en el artículo 1o. del mencionado Decreto, esto es, que cada nuevo peso equivale a mil viejos pesos (N\$1.00 = \$1,000.00). Ahora bien, debido a la claridad de las disposiciones contenidas en el decreto citado no es dable que se interpreten en forma diversa y que, con ello, se pretendan actualizar automáticamente las cantidades expresadas en la unidad monetaria sustituida (viejos pesos), pues ello equivaldría a crear una nueva norma legal, lo cual es facultad exclusiva del legislador. Por tanto, mientras no se promulgue una nueva ley o no se realice la reforma correspondiente de los ordenamientos vigentes al momento de aplicarse el Decreto referido, en cuanto a las expresiones en moneda nacional contenidas en ellos debe aplicarse la equivalencia prevista en el indicado artículo 1o., con estricto apego a los principios de legalidad y seguridad jurídica establecidos en el párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>183</sup>

En la presente tesis jurisprudencial la equidad entra en juego con el concepto de lo justo aquí y ahora; al actualizarse las cantidades que en un tiempo pasado eran válidas, pero que al día de hoy son erróneas. Además de que sería injusto pagar algo que no es debido, aunado a que las personas no tendrían la seguridad, y la seguridad jurídica, de las cantidades a tratar en los contratos, por ejemplo. Es pues actualizar las realidades sociales, culturales, y en este caso económicas, para que el trato entre los integrantes de la sociedad pueda darse sin mayores inconvenientes.

**“MULTA, EL CRITERIO PARA IMPONERLA ES LA PERCEPCIÓN NETA DIARIA DEL SENTENCIADO, SU DICHO TIENE VALOR DE PRUEBA PLENA, SI NADA LO DESVIRTÚA.**

Conforme a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la multa debe imponerse tomando en cuenta la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumarse el delito, es decir, integrada con todos los ingresos que el inculpado manifiesta percibir al rendir su declaración preparatoria, la que para esos efectos tiene valor de prueba plena si ningún elemento de convicción desvirtúa tal afirmación, por lo que resulta ilegal que por no existir en autos otra prueba que corrobore su declaración en ese aspecto, no

---

<sup>183</sup> Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Jurisprudencia (Común), Febrero de 2005, pág. 65.

deba tomarse en cuenta el salario que dijo percibir el acusado, aunque éste sea superior al salario mínimo vigente en la fecha de comisión del delito, ya que aceptar que dicho enjuiciado tenía obligación de aportar pruebas tendientes a la comprobación de que se habla, sería restar valor probatorio a la declaración del propio sentenciado, pues no existe precepto legal que exija la aportación de tales elementos de convicción. De lo anterior se desprende que, para imponer la sanción pecuniaria, debe hacerse con base en el salario que dijo percibir y no en el salario mínimo vigente, pues aunque ello beneficie al quejoso, resulta en desacato a lo establecido en el precepto legal mencionado, que creó el legislador para imponer la pena con **justicia y equidad**.<sup>184</sup>

La jurisprudencia expuesta, muestra que la sanción pecuniaria que se deba imponer a quien haya cometido un delito debe basarse en la percepción que él mismo manifestó ganar, pues sería imposible que lograra cumplir con una multa que estuviera fuera de sus posibilidades económicas y fácticas, además de que sería injusto imponerle una multa excesiva que consumiera gran parte de sus percepciones económicas, ya que pudiera tener otro tipo de obligaciones (civiles, familiares, penales, etc.), o en el caso contrario que diga percibir un salario mayor al mínimo, la multa debe ajustarse a este, pues no hay que olvidar que realizó una conducta tipificada como delito y a la cual debe responder. Cada caso en especial debe tener una multa ajustada al sujeto y a todas sus circunstancias. Es responder a la pregunta, como se ha dicho anteriormente: ¿“qué es lo justo aquí y ahora”?

**“HONORARIOS PROFESIONALES, DEBEN TASARSE EN EL MOMENTO DEL PAGO, NO CUANDO SE ADQUIRIÓ EL DERECHO A COBRARLOS.**

Si la sentencia no señaló como debieron valuarse los bienes conforme a los cuales se cubrirían los honorarios, los mismos deberán tasarse a la fecha en que se efectúe el pago y no a aquella en que se adquirió el derecho del profesionista a cobrarlos, la que no pueden ser otra, que la que tendrán al respecto dichos inmuebles. Estimar lo contrario atentaría contra los principios de **justicia y equidad** que deben regir a los contratos, pues en ellos debe haber simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, esto es, si el abogado se comprometió a asistirle legalmente para lograr el reconocimiento de

---

<sup>184</sup> Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Jurisprudencia (Penal), Mayo de 1996, pág. 131.

ciertos derechos hereditarios y la cliente a su vez se obligó a pagar por ello un porcentaje del valor de los bienes recuperados; al firmarse el convenio en que se le reconocían derechos y adquirirían bienes, nació la obligación de pagar al abogado sus servicios, es ahí cuando debieron valorarse los inmuebles y cumplir con la obligación contraída y desde luego, pagarse honorarios, atendiendo al valor que tenían los bienes en esa fecha, pues ya no se estaba ante una expectativa de derecho sino ante resultados palpables de manera económica; empero, como ello no ocurrió así y el abogado a su vez se vio precisado a iniciar un nuevo juicio para que le pagaran sus honorarios, durante ese lapso de tiempo se incrementó el valor de los bienes a valuar y en esa misma medida, debe acrecentarse la base a cubrir, pues ese aumento debe ser proporcional para el profesionista que no ha recibido el pago de sus servicios, los que deben cubrirse conforme a lo pactado por los contratantes en base a la mayor reciprocidad de interés; desde luego, buscando lograr la **equidad** en la relación contractual, conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 1778, del Código Civil de Jalisco, que dice, "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses y si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses".<sup>185</sup>

Todo trabajo merece una justa retribución o un justo pago, si se convino una retribución desde el principio, la misma debe ser cumplida, en concordancia a que todo contrato debe ser acatado y cumplido, el cual puede ser modificado si las condiciones cambian en el transcurso del tiempo. De hecho esta tesis jurisprudencial hace referencia indirecta a dos máximas dentro del Derecho Civil: *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, que tienen como único fin hacer presente a la equidad en los contratos, para actualizarlos y que no haya una injusticia a la hora de que sean cumplidos.

**“SENTENCIA, LIQUIDACION DE, FACULTAD DEL JUZGADOR PARA DECIDIR EN RELACION A LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).**

Si bien es cierto que el artículo 546, fracción III del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, otorga en favor de los jueces la

---

<sup>185</sup> Octava Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Tesis Aislada (Civil), Febrero de 1993, pág. 263.

facultad de poder resolver en relación a la liquidación de sentencia, empleando únicamente su arbitrio judicial, cuando la parte perjudicada no exponga nada o manifieste su inconformidad con la misma, sin embargo, cierto es también que el uso de esa facultad se encuentra restringida a decidir en forma "justa"; dicho en otras palabras, el fallo no puede descansar exclusivamente en el criterio arbitrario del juzgador, sino que atendiendo al término "justo" empleado por el dispositivo legal citado, éste debe apoyarse en principios de **justicia y equidad**, otorgándole a cada uno de los contendientes lo que con arreglo a la ley le corresponde y sin apartarse de las constancias de autos, pues de otra manera, al fallarse en relación con la liquidación de sentencia, bastaría con que el juzgador a su capricho fijara una determinada cantidad en perjuicio de una de las partes en conflicto, lo que constituiría una alteración a la forma en que se estableció y fijó la condena."<sup>186</sup>

En esta jurisprudencia se hace nuevamente referencia a la prudencia jurídica del juez en particular, y de la prudencia jurídica del jurista en general, quien debe discernir entre lo justo y lo injusto de acuerdo a cada caso en concreto que esté sometido a su conocimiento. Ahora bien ese discernimiento se hace dentro de los parámetros de los principios que al mismo Derecho dan sentido y sustento, entiéndase, aquellos principios ontológicos y deontológicos propios, siendo las más importantes la justicia, la equidad y la razón (si bien son sinónimas, en este contexto cada una hace alusión a una situación concreta). Es un discernimiento discrecional, que no arbitrario, dentro de rangos eminentemente jurídicos en el que el juzgador debe adentrarse en una ponderación que no debe salir de los parámetros de lo razonable (todo aquello que sea irracional es injusto), de lo equitativo (todo aquello que es inicuo, es injusto), de la honradez (todo aquello que sea desleal es injusto), lo imparcial (todo aquello que tenga un favoritismo, será injusto), etc.

Se entiende que el juzgador es un ser humano, pero no es cualquier ser humano, este debe ser un jurista, un jurisprudente que sepa discernir en la sociedad de la que es parte, lo que es justo e injusto, lo que es bueno y malo, siendo precisamente esa la diferenciación lo que lo distingue.

---

<sup>186</sup> Octava Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo V, Segunda parte-1, Tesis Aislada (Civil), Enero - Junio de 1990, pág. 473.

## **“ARRENDAMIENTO. REEVALUÓ FISCAL AUTORIZADO POR LA LEY INQUILINARIA DE VERACRUZ.**

No es necesario el certificado oficial del valor fiscal para que el propietario o el inquilino puedan promover a su favor la revaluación pericial del inmueble material del arrendamiento, ya que el artículo 3o. de la Ley Inquilinaria del Estado de Veracruz, esté animado por un propósito de la más pura **justicia y equidad**, que no puede ni debe sujetarse al interesado a la presentación de tal certificado para promover la referida revaluación, puesto que lo que interesa en la justificación de dicho valor real, que naturalmente puede lograrse por los medios de pruebas que sean idóneos al respecto, pero sin la exigencia de la aludida presentación del certificado.”<sup>187</sup>

La anterior jurisprudencia retoma actualizar las circunstancias a los momentos y las realidades que se viven, ya que puede ser el caso que en el tiempo en que se consagraron ciertos límites o alcances para determinar lo justo, eran condiciones, que al paso del tiempo fueron convirtiéndose en situaciones inicuas, lo que hace necesaria su actualización para concretar que lo justo en ese tiempo y en ese espacio determinado resulta injusto en el mismo espacio, en un tiempo diferente. La justicia del caso concreto, en un orden social, es relativa no universal;

## **“ANTECEDENTES DELICTUOSOS DEL REO.**

Los antecedentes delictuosos del reo no comprueban su responsabilidad en el último delito que se esté investigando y servirían tan solo para establecer el índice de capacidad delictiva del mismo; de otra suerte, siempre podría imputarse con éxito cualquier delito a quien tuviera antecedentes penales, lo cual pugna con un sentido medio de **justicia y equidad**.”<sup>188</sup>

No es justo condenar a alguien que, dada su actividad pasada, ha sido responsable de algún ilícito, no obstante que sea un indicador de que ha cometido crímenes, y de que pudo haber cometido el que se esté investigando, pero si no

---

<sup>187</sup> Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXIX, Tesis Aislada (Administrativa), 1954, pág. 444.

<sup>188</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXI, Tesis Aislada (Penal), 1953, pág. 2569.

hay pruebas contundentes de que lo haya hecho, el condenarlo sería cometer una injusticia aún más grave que no castigar a quien verdaderamente realizó el ilícito. Sin embargo, debe aportar, si es que conoce a los responsables, todo lo que sepa o le conste (nombres, domicilio, media filiación, etc.) para encontrar e iniciar el proceso respectivo contra esas personas, al tiempo que con ello podrá demostrar con aun mayor solidez su inocencia en el delito en el que se le quiera imputar cierta responsabilidad. Es, como se ha dicho, analizar y estudiar cada caso concreto e individualizado;

#### **“ACCIDENTES DE TRABAJO, BASES PARA FALLAR SOBRE LOS.**

Conforme a los artículos 36 y 81 del reglamento de las Juntas, que estuvo en vigor hasta la expedición de la Ley Federal del Trabajo, aquéllas debían fallar en conciencia, y a falta de leyes expresas, conforme a los principios generales de **justicia y equidad**; y de acuerdo con el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, los casos no previstos en ella o en sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso, y, en su defecto, por los principios que se deriven de la misma ley, por los del derecho común, en cuanto no la contraríen, y por la **equidad**; así es que si una Junta de Conciliación y Arbitraje adopta para los casos de riesgo profesional, realizado en una industria de concesión federal, la tabla de indemnizaciones por incapacidad que se encuentra en el Reglamento de Empleados de los Ferrocarriles Nacionales de México, casos para los cuales no existía la ley reglamentaria, no se falta a la **equidad**, puesto que se ha tomado una base justa para resolver equitativamente casos semejantes.”<sup>189</sup>

Anteriormente en México la prudencia y la autoridad jurídicas tenían más margen de ejercicio, en caso de que no hubiera leyes escritas. En el sistema jurídico mexicano la responsabilidad del juzgador para decidir conforme a los Principios Generales del Derecho, de los cuales la equidad forma parte integrante de todos y cada uno de ellos, estaba no solo permitido, sino obligado. Esta permisión y obligación debía realizarse bajo el cobijo de los principios y valores jurídicos inherentes al Derecho, en el que la justicia es la columna por

---

<sup>189</sup> Quinta Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIX, Tesis Aislada (Laboral), 1933, pág. 2744.

autonomasia, que no está de más recordar que debía de hacerse con discrecionalidad, nunca con arbitrariedad.

Con los ejemplos antes mencionados, si bien es cierto que la equidad no está como tal en el papel de las leyes, ella misma se hace presente y reclama su lugar, precisamente, en la *praxis* y ejercicio de los juristas, quienes son los únicos que entienden las repercusiones, alcances y límites de su ejercicio, asumiendo su papel de paladines de la justicia.<sup>190</sup>

Dejando ahora de lado las jurisprudencias, cabe finalmente en este subtítulo, hacer mención de un insigne maestro, no solo de la Facultad de Derecho de la UNAM sino de muchos juristas en México y el resto del mundo; refiriéndome concretamente al Doctor en Derecho don Eduardo García Máynez, maestro de generaciones por generaciones, ya que la conceptualización de la equidad que nuestro maestro da a la doctrina jurídica mexicana, en mi particular punto de vista, es una forma lacónica de decir lo que es y significa precisamente este ideal. Para él “equidad no significa otra cosa que solución justa de los casos concretos.”<sup>191</sup>

El maestro entendía al Derecho no solo como meras leyes, pues sabía que dentro de este producto cultural (*Ius*) existen **principios** y **valores**, siendo al mismo tiempo el medio más eficiente para que exista la convivencia pacífica de los hombres viviendo en sociedad.

García Máynez veía, de forma gráfica, al Derecho en una estructura tan integral y plena que inclusive gracias a esta forma de entendimiento es que hace su teoría más relevante e importante, *ius*-filosóficamente hablando<sup>192</sup>, comprendió la naturaleza ontológica y deontológica del Derecho para llegar a la conclusión que se manifiesta en todo su pensamiento.

---

<sup>190</sup> Claro que, a veces no es posible el hacerlo como todo buen jurista quisiera, pero precisamente en cada uno de los que son (yo próximo a convertirme) está esa obligación que deben respetar, cumplir y hacer cumplir... en la medida de lo humanamente posible.

<sup>191</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- Introducción..., Opere Citato, pág. 378.

<sup>192</sup> La teoría de los tres círculos.

Dado que la equidad está asociada e inmersa, muchas veces, con posturas iusnaturalistas, el autor en comentario para hablar de ella realiza la tarea de analizar el concepto de Derecho Natural, mismo que acarrea el problema de tener que saber necesariamente qué es naturaleza.<sup>193</sup>

Como es bien sabido, no hay unidad en lo que autores y formas de pensamiento entienden o aceptan como naturaleza, este concepto no ha sido descrito del mismo modo en las distintas tesis que buscan exponer y explicar al Derecho Natural, que tiene a su vez un criterio de justicia, en la mayoría de los casos, universal, inmutable y absoluto.

Sobre esta serie de ideas nuestro autor, después de haber analizado las distintas posturas y doctrinas de lo que se piensa que es el Derecho Natural así como naturaleza, a través de su obra hace una reflexión propia en el que expone su pensamiento y su postura. Para García Máynez el Derecho Natural es:

“...la regulación justa de cualquier situación concreta, presente o venidera, y admite, por ende, la variedad de contenidos del mismo derecho, en relación con las condiciones y exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por sí mismos y deben servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formulación de las normas a éstos aplicables.”<sup>194</sup>

En relación con los principios generales del Derecho, y en íntima conexión con la equidad, Eduardo toma una postura muy similar a la anterior:

“... en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros. Pues si se hace una interpretación positivista de la expresión “principios generales de derecho” y se sostiene que, para llegar al establecimiento de los mismos, tiene el juez que elevarse por inducción hasta las normas más abstractas que sea posible obtener, partiendo del estudio de la rica

---

<sup>193</sup> Pueden darse muchas explicaciones de lo que sea la “naturaleza”. Se tiene la posibilidad de adoptar puntos de vista concretos para explicar esta idea: biológico (Calicles), divino, cósmico (presocráticos), sociológico, psicológico, racional, etc.

<sup>194</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- Introducción..., Opere Citato, págs. 48 y 49.

multiplicidad de las disposiciones del derecho positivo, habrá que admitir que en el fondo de todas estas late el anhelo –logrado o no- que sus autores tuvieron, de hacer de las mismas preceptos justos. Todo derecho positivo representa, como dice muy bien Gustavo Radbruch, “un ensayo, desgraciado o feliz, de realización de la justicia”. Si esto es así, si la norma que manda al legislador hacer leyes justas y buenas, es la expresión del primero de los deberes de aquel, no puede decirse que la equidad difiera radicalmente de los principios generales del derecho. Tales principios han de ser justos: pero ser justo es también, para el legislador, un principio, el primer principio de acción.

El hecho de que la norma que ordena hacer leyes justas y dictar fallos equitativos sea la suprema norma, el más elevado principio, no nos autoriza para negar que dicha norma sea, a su vez, un principio general.”<sup>195</sup>

Como procedimiento de integración, la equidad es vista por nuestro maestro como una herramienta plausible que puede resolver los problemas que se presentan cuando se está frente a una “laguna legal” y se pretende resolver un caso concreto, así:

“Para cumplir esta tarea individualizadora no basta comprobar que el caso reproduce el supuesto legal, ni que las consecuencias que debe producir son las que indica *in abstracto* la disposición normativa. Tanto los sujetos, como los hechos y las consecuencias de derecho tienen que ser individualizados por el órgano aplicador, y su individualización exige el estudio de una serie de peculiaridades o características que no son las que el autor de la norma tuvo en cuenta al delimitar los ámbitos formal y material de aplicación del precepto.

La exigencia normativa de atender a la naturaleza de las cosas o, como preferimos decir, *de los casos*, vale, pues, lo mismo cuando hay que cuando no hay lagunas. Atender a la naturaleza del caso singular, y resolverlo equitativamente, es para nosotros lo mismo; tratándose, en cambio, de la tarea individualizadora, su función consiste en adaptar la regla genérica al hecho que el supuesto jurídico define.

Preguntémonos ahora: ¿qué relación existe entre los conceptos de *equidad* y *naturaleza de las cosas*? Explicada la equidad, en términos aristotélicos, como *justicia del caso concreto*, parece incuestionable que aquellas nociones están

---

<sup>195</sup> *Ibíd.*, pág. 377.

referidas a la misma exigencia normativa, esto es, a la que se expresa diciendo que tanto los órganos creadores como los aplicadores de normas jurídicas deben tomar en cuenta, al cumplir sus respectivas tareas, las peculiaridades esenciales de los asuntos que pretenden regular o resolver. El concepto de *equidad* ilumina más *la índole de la función*; el otro subraya *el aspecto objetivo* del problema. Pero como proceder equitativamente es volver los ojos a la naturaleza de las cosas –o los casos- y atender a ésta es ser equitativo, a fin de cuentas resulta que las dos nociones aluden a lo mismo, aun cuando lo hagan en distinta forma.”<sup>196</sup>

Puede apreciarse que el autor en referencia, entre otras cosas armoniza, en su pensamiento dos grandes “bloques” que muchos otros juristas han querido ver como antagónicos por siglos, dando a su vez lugar e importancia a la convivencia humana *per se*: La interacción del Derecho Natural con el Derecho Positivo; la unión que hay entre estos; y la inevitable afluencia del hombre viviendo en sociedad.

“Así como el derecho *positivo* aspira en todo caso a ser *justo*, el *justo* tiene el sentido y la misión de convertirse en *positivo*. Entre el ideal jurídico y el hecho de la positividad aparece la organización social encargada de realizar, a través del derecho vigente, los valores que constituyen el paradigma de los preceptos en vigor.”<sup>197</sup>

El Derecho no solo son las leyes positivas, también hay normas intrínsecamente justas, necesarias, inmutables, universales, etc., que están dentro del Derecho, que le forman parte y que de una forma u otra buscan y reclaman su lugar dentro del mismo. Y es precisamente en el interior de esta sección del Derecho que la equidad tiene su más amplia presencia, porque la equidad, desde un punto de vista aristotélico es la justicia del aquí y del ahora, y la justicia es a su vez el fundamento del Derecho Natural; esto es, se implican recíprocamente, y aunque la equidad no tenga una función tan evidente dentro del pensamiento y de la teoría de Eduardo García Máynez, está inmersa necesariamente en ella.

---

<sup>196</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Porrúa, 17ª edición, México, 2009, págs. 330 y 331.

<sup>197</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- *“La Definición del Derecho”*, Universidad Veracruzana, México, 1960, pág. 249.

En efecto la equidad es el medio perfecto e idóneo para que estas normas inherentemente justas, necesarias, inmutables y universales, que tienen el nombre de Derecho intrínsecamente válido en la teoría de este célebre autor, se hagan presentes en un caso específico dentro del Derecho, o mejor dicho, dentro de su praxis y las herramientas utilizadas por ella, como el maestro mismo lo expresa:

“Quien ha ejercido la judicatura o conoce a fondo los recursos de la actividad judicial, sabe muy bien que la interpretación es una especie de puerta secreta que permite al derecho natural introducirse en los dominios del positivo, para corregir o atemperar sus deficiencias.”<sup>198</sup>

García Máynez considera que es precisamente la interpretación una herramienta o forma en la cual el Derecho Natural en general, y la justicia en modo de equidad, en particular, pueden hacer del Derecho vigente un Derecho eficaz e intrínsecamente válido; llegando a ser por esta conjunción verdadero Derecho.

Como es por todos sabido, la percepción ius-filosófica del citado autor con la que busca explicar y demostrar lo que es el Derecho, la describe en su Teoría de los tres círculos, en los que cada uno de ellos representa una faceta o arista de lo que podría ser este. Pero aunque cada una de estas aristas o facetas lo sea no lo son todo, solo es una parte incompleta, con una visión parcial y tediosa del Derecho, que impide estudiarlo de forma racional y objetiva.

Los tres círculos de los que se ha hecho mención representan al Derecho eficaz; Derecho intrínsecamente válido y al Derecho vigente. El Derecho eficaz es la realización, aplicación y cumplimiento de las normas que regulan el actuar de los hombres que viven en sociedad, de las personas que integran a este mismo estado.

“Cuando los particulares están convencidos de que el orden en vigor realiza la justicia, las normas de éste son consideradas por ellos como intrínsecamente obligatorias, y la obediencia se produce de manera espontánea. La convicción de

---

<sup>198</sup> *Ibíd.*, pág. 244.

que un ordenamiento es justo no demuestra su justicia intrínseca, pero si condiciona su *eficacia*.”<sup>199</sup>

Ahora:

“Declarar que un precepto de derecho es *eficaz* significa que es cumplido por sus destinatarios o –a falta de cumplimiento espontáneo– aplicado o impuesto por órganos del poder público. Sostener que todo un sistema tiene eficacia significa, en cambio, que las prescripciones que lo constituyen son *normalmente* obedecidas o aplicadas.”<sup>200</sup>

El Derecho intrínsecamente válido está dado por los principios y valores esencialmente del Derecho Natural. Finalmente el Derecho vigente es el creado por el estado y sus instituciones, el cual ha cumplido todas las formalidades y procesos que el mismo sistema establece y obliga para que sea considerado, comúnmente, como Derecho oficial.

“Los objetos de conocimiento designados por los términos *derecho vigente*, *derecho intrínsecamente válido* y *derecho eficaz* no son, pues, especies diferentes de un género común, y las correspondientes nociones, si bien no se excluyen entre sí, tampoco se implican recíprocamente.”<sup>201</sup>

Cada una de estas dimensiones tiene una porción de lo que es el Derecho, pero si no interactúan entre sí y no se complementan, no pueden llamarse, según lo explica nuestro maestro, verdadero Derecho. En este sentido, las personas que busquen explicarlo desde una de las tres perspectivas antes aludidas tendrán solo una visión de él, y si se suma que no tienen la capacidad de abrir su pensamiento a otras posturas, que bien pueden ser válidas, rechazarán, muy probablemente, lo que para las otras dos es válido. Ya que:

“Lo que los órganos estatales consideran como derecho puede no serlo a los ojos de los particulares o del filósofo de la justicia, y lo que vale para éstos como tal no siempre tiene el mismo carácter para el jurista dogmático o el sociólogo

---

<sup>199</sup> *Ibíd*em, pág. 453.

<sup>200</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- *Filosofía...*, Opere Citato, pág. 510.

<sup>201</sup> *Ibíd*em, pág. 512.

jurista. Si sostenemos que el único derecho “auténtico” es el que *efectivamente* rige la vida de una comunidad en un momento dado de su historia, tropezaremos con iguales dificultades, porque la regulación eficaz no siempre se encuentra oficialmente reconocida, ni es tampoco, en todo caso, intrínsecamente válida [...] Lo que es derecho para los órganos estatales puede no serlo para el filósofo, y lo que éste considera como tal acaso no lo sea para el sociólogo.”<sup>202</sup>

Así para nuestro maestro, se puede encontrar al verdadero Derecho en aquel punto o sector en que convergen estas tres clases o tipos de Derecho:

“Dicho sector puede interpretarse como el caso *limite* o *ideal* de realización de la justicia en determinada circunstancia histórica. Cuando el derecho de un país reúne aquellos atributos, el objeto que los posee es jurídico tanto para el jurista dogmático como para el filósofo y el sociólogo. Ello no significa que los correspondientes criterios de validez pierdan su autonomía; quiere decir solamente que resultan aplicables, por igual a las normas que, de acuerdo con ellos, merecen el calificativo de “jurídicas”. Las representadas por el susodicho sector son “derecho” para los órganos del Estado en la medida en que proceden de las fuentes formales; “valen” para el filósofo en cuanto realizan los ideales jurídicos, y merecen para el sociólogo igual nombre en su carácter de ordenación *eficaz* de la convivencia humana.”<sup>203</sup>

Ahora bien es en el Derecho intrínsecamente válido donde se tiene que hacer cierto énfasis por contener inmanente e implícitamente a la equidad. Como se ha venido explicando, la equidad en el pensamiento de nuestro querido maestro está dada al entender la esquematización, así como los conceptos que componen a su teoría y su doctrina. Se puede decir sin miedo a equivocarse que la equidad juega, si bien un papel modesto, también importante y necesario, simplemente por ser parte inherente al Derecho intrínsecamente válido, que es una de las tres facetas de la teoría de los tres círculos. La equidad forma una parte indispensable dentro del Derecho intrínsecamente válido por ser ella la forma en la cual pueden hacerse presentes los principios y valores del Derecho Natural en un caso concreto y determinado, siendo la interpretación una herramienta eficiente

---

<sup>202</sup> Ídem.

<sup>203</sup> *Ibíd*em, pág. 514 y 515.

para ello y, dependiendo del sistema jurídico, también eficaz para que el verdadero Derecho pueda ser manifiesto ante los ciudadanos en común; ante los ius-filósofos y ante los órganos que componen al estado.

La equidad asimismo es una forma en la cual se tiene la posibilidad de integrar al Derecho positivo al momento de que éste presente una “laguna legal”, en la que no haya una ley aplicable al caso que en la realidad social se haya suscitado y que necesite una solución por haber, tal vez, intereses contrapuestos, siendo en su caso la solución más correcta jurídicamente hablando, dar una salida atendiendo a la equidad.

Así no basta con la ius-positividad, así como tampoco de la ius-naturalidad, se requiere de ambos para que puedan conformar lo que en conjunción con la aceptación y aplicación de las normas jurídicas por parte de la sociedad forman al verdadero Derecho.

#### IV.- AUTORES CONTEMPORÁNEOS

Primero que nada, ¿a quiénes se les puede considerar autores contemporáneos, sólo aquellos que están vivos; que escriben obras; que aun estando ausentes en este plano su pensamiento tiene intrínseca validez o que sea vigente?

Realmente para este capítulo en particular se tuvieron en cuenta estas cuestiones pues ¿no acaso las obras de los griegos Platón y Aristóteles aun haber pasado siglos, encierran grandes verdades explicando fenómenos que al parecer todo ser humano y sociedad tiene sin importar la época de que se trate?, y sin embargo no pueden ser tomados como autores contemporáneos, a pesar de que se siguen estudiando. O en otro segmento antes referido, por el hecho de que ya no estén entre nosotros grandes eminencias como García Máynez, Recasens Siches, Kelsen, Rawls, etc., ¿sus obras y pensamiento no tienen aplicación a la estructura que actualmente vivimos?

A veces la utilización de ciertas palabras dependen tanto del contexto, y un poco de su significación, que es necesario contemplar y tomar en cuenta las circunstancias en las que se encuentra para que puedan ser empleadas con propiedad y llegar así al mejor de los escenarios posibles, precisamente lo que hace la equidad.

Estos autores que se estudiarán en este capítulo fueron elegidos porque pueden ser considerados coetáneos de la época en la que estamos viviendo, y sobre todo que las formas de sus análisis tienen plena validez a la realidad jurídica que tenemos ante nosotros en este momento y en este espacio.

John Rawls; Luis Recaséns Siches y Hans Kelsen. ¿Por qué? Porque cada uno de ellos hace una reflexión muy interesante de la justicia, y a la vez un estudio de la equidad de forma particular (salvo Kelsen que solo habla de la justicia, pero las mismas interrogantes que se le formulan a esta pueden ser trasladadas a la equidad sin problema alguno), que deben ser tomadas en cuenta para entender de

mejor manera el pensamiento jurídico que vivimos hoy en día sobre este tema en particular, ya que cada una de sus posturas tienen algo de verdad, sobre todo desde el punto de vista en que la abordan, esto con el único fin de hacer lo que muchos realizan para comprender de mejor manera algo tan amplio, como lo es el Derecho: tomar lo bueno de distintas posturas para tener un conocimiento más integral.

En efecto Rawls “describe de forma sólida el papel de la justicia en la cooperación social y explica brevemente su objeto primario: la estructura básica de la sociedad.”; Recaséns Siches da a la equidad el mejor uso que, como herramienta jurídica, muchos grandes juristas han empleado sin siquiera saberlo: en la interpretación de normas jurídicas; y finalmente Kelsen analiza los diferentes conceptos de la justicia que se han formulado desde los griegos hasta nuestro siglo, llegando “a la conclusión de que no es posible una definición universalmente válida de lo que es justo.”, lo mismo para la equidad por depender de aquella.

#### 4.1 John Rawls

John Rawls (21 de Febrero de 1921, Baltimore, Estados Unidos – 24 de Noviembre de 2002, Lexington, Massachusetts, Estados Unidos)<sup>204</sup> era un filósofo político más que jurídico, pero no obstante esta peculiaridad, hace un estudio y análisis de un valor, que se considera no debiera ser limitativo del Derecho: la justicia, y con ella la equidad, a través de una crítica directa al utilitarismo clásico en el que “la mejor acción es aquella que procura la mayor felicidad al mayor número y la peor acción la que, del mismo modo, otorga miseria.”<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> <http:// analisispoliticojohnrawls.blogspot.mx/2008/08/vida-y-resea-bibliografica.html> (al 12 de Mayo de 2015).

<sup>205</sup> RAWLS, John.- “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpresión, México, 2012, pág. 34 (en su nota al pie de página).

Si esta máxima del utilitarismo fuera aplicada tal cual, se sacrificaría a determinados sectores, al final de cuentas individuos, de la sociedad en beneficio de una generalidad; cosa que no por el hecho de que haya un número mayor de personas beneficiadas deja de ser injusta, ya que:

“Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros.”<sup>206</sup>

Aunado a lo anterior, el autor en comento vuelve la vista a la legitimación del contrato social; de las instituciones fundamentales de la sociedad; de la economía y de la política. Así la “teoría resultante es de naturaleza sumamente kantiana.”<sup>207</sup>

En efecto:

“Rawls [en toda su Teoría de la Justicia] vuelve a estrechar el nexo entre Ética y Teoría política, reanudando una forma históricamente interrumpida de discurso de hondo aliento sobre cuestiones prácticas, morales y políticas, sustantivas.”<sup>208</sup>

También, nuestro escritor hace un análisis racional a las situaciones o circunstancias que pudieran concretizarse en cualquier sociedad organizada, así como de las condiciones que en su caso podrían imperar en ella y que influyen en el estado de bienestar de cada individuo, *verbi gratia*: haber nacido en una familia rica; crecido en un medio social cultivado; distribución de riqueza y posibilidades de autorrealización derivadas del desarrollo efectivo de talentos y capacidades naturales; etc.<sup>209</sup>, para equilibrarlos como elementos fácticos y racionales en su Teoría.

---

<sup>206</sup> *Ibíd*em, pág. 17

<sup>207</sup> *Ibíd*em, pág. 10.

<sup>208</sup> RAWLS, John.- “Justicia como Equidad materiales para una teoría de la justicia”, Editorial Tecnos, 3ª edición en la colección <<Filosofía y Ensayo>>, España, 2012. pág. 13.

<sup>209</sup> *Ibíd*em, pág. 37.

Se debe tener presente que:

“La Teoría de Rawls contiene en efecto, en *primer lugar* una *concepción* de la justicia social, es decir, un conjunto sistemáticamente articulado de principios sustantivos para juzgar de la rectitud de normas e instituciones[...] tal concepción consiste en cierto modo en una reconstrucción del ideario de la teoría política de la tradición liberal, dentro de una interpretación social-democrática, fuertemente democrática.”<sup>210</sup>

Teoría que al ubicarse en el ámbito de los principios aprehendidos de forma racional, hace de su argumentación una muy compleja, pues ciertamente se encuentra en un nivel de generalidad y abstracción muy elevado.<sup>211</sup>

Para Rawls “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.”<sup>212</sup> Entiende que la equidad es un elemento inherente de la justicia, haciendo precisamente en su teoría, a la justicia como equidad, de la que esta misma tiene una función especial en una sociedad organizada, vista desde el ámbito político y social:

“La justicia como equidad es una concepción política de la justicia, no una concepción general: se aplica primero a la estructura básica y entiende que esas otras cuestiones de justicia local, así como las cuestiones de justicia global (lo que yo llamo derecho de gentes), reclaman por méritos propios una consideración aparte.”<sup>213</sup>

“No concebimos la justicia como equidad como una doctrina moral comprehensiva sino como una concepción política que se aplica a esa estructura de instituciones políticas y sociales[...] la justicia como equidad es utópica siendo realista: examina los límites de lo practicable desde un punto de vista realista, esto es, hasta qué punto puede un régimen democrático en nuestro mundo (dadas sus

---

<sup>210</sup> Ibídem, pág. 18.

<sup>211</sup> Ídem.

<sup>212</sup> RAWLS, John.- Teoría..., Opere Citato, pág. 17.

<sup>213</sup> RAWLS, John.- “La Justicia como Equidad una reformulación”, Editorial Paidós, España, 2000, pág. 34.

leyes y tendencias) lograr la completa realización de los valores políticos que le son propios o, dicho de otro modo, la perfección democrática.”<sup>214</sup>

Rawls intenta en su pensamiento proporcionar a estos tiempos, en los que se ha perdido la fe y confianza en las instituciones del estado, una base filosófica y moral para la estructura, y sus componentes más necesarios como lo son las instituciones, de sociedades que dicen ser democráticas; para así tener herramientas con qué afrontar la cuestión de cómo es que se han de entender valores tan elementales y constitutivos de estas comunidades, como lo son la igualdad y la libertad<sup>215</sup> (ambos valores peligrosos si se llevan al extremo<sup>216</sup>).

Puede apreciarse al final del día que la equidad es la idea fundamental en el concepto de justicia, mismo que no es completamente compatible con el utilitarismo en su forma clásica, como se apuntaba anteriormente. Rawls considera a la justicia sólo como una virtud de instituciones sociales, y no se ocupa, en absoluto de la justicia como virtud de acciones particulares o de personas<sup>217</sup>. Todo su pensamiento es una serie de principios emanados y fundamentados a su vez en la justicia (principios de la justicia social)<sup>218</sup>, en su forma de virtud de instituciones sociales, en el que se busca haya un nivel de vida óptimo de todos los miembros de la comunidad con una distribución apropiada de beneficios, cargas, derechos y deberes.

Estos miembros son a su vez personas libres; encontrándose en un nivel de ordenación entre ellas; embarcándose en una actividad conjunta; estableciendo o reconociendo, racionalmente, reglas que imponen las actividades a realizar,

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, pág. 36.

<sup>215</sup> *Ibidem*, pág. 27.

<sup>216</sup> Si no hubiera una diferenciación a la hora de aplicar y llevar a la práctica estos valores se caería sin lugar a dudas en una injusticia de proporciones descomunales. Un ejemplo es que al aplicar una ley fiscal sin distinción alguna, se estaría, en su caso, actuando injustamente por tratar a personas que posiblemente no pudieran soportar una carga tributaria fuerte (para ellos), y por otro lado un impuesto “mínimo” para otros. La igualdad si bien es necesaria, por ningún motivo debe ser siempre aplicada de forma indiscriminada.

Para el caso de la libertad recorro a una frase de Ronald Dworkin, que deja en claro lo que quiero expresar: “La libertad plena para los lobos es la muerte para los corderos.” DWORKIN, Ronald.- *“La Justicia con Toga”*, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-España, 2007, pág. 123.

<sup>217</sup> RAWLS, John.- *Justicia como Equidad materiales...*, Opere Citato, págs. 78 y 79.

<sup>218</sup> Cónfer Opere Citato, RAWLS, John.- *Teoría...*, pág. 18.

delimitando, de nueva cuenta, las respectivas cuotas de beneficios y cargas resultantes de esa unión y cooperación<sup>219</sup>. Así:

“Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Esto implica que cada uno tiene una concepción de lo que son pretensiones legítimas, y piensa que es razonable que los otros la reconozcan tanto como él. Si se piensa en los principios de justicia como surgiendo de la forma descrita, entonces esos principios definen ese tipo de concepción. Una práctica es justa o equitativa, pues, cuando satisface los principios que los que en ella participan podrían proponerse unos a otros para su mutua aceptación en las circunstancias antes mencionadas. Las personas embarcadas en una práctica justa, o equitativa, pueden mirarse unas a otras abiertamente y defender sus respectivas posiciones –si parecieran cuestionables- por referencia a principios que es razonable esperar que cada uno acepte.”<sup>220</sup>

Ahora bien, piénsese que estos individuos viven en un régimen constitucional que incorpore en ella misma a las libertades que tienen que ser protegidas por la constitución<sup>221</sup>, en el cual el poder político es:

“al mismo tiempo el poder de ciudadanos libres e iguales que forman un cuerpo colectivo. Así, el poder político es el poder de los ciudadanos, un poder que se imponen a sí mismos y mutuamente como ciudadanos libres e iguales.”<sup>222</sup>

De conformidad con los principios por los cuales deciden estar juntos, bajo la sombra de la racionalidad:

“donde la racionalidad (a diferencia de la razonabilidad) se entiende como es habitual hacerlo en economía. Así, las partes son racionales en el sentido de que pueden ordenar sus fines últimos de forma consistente; deliberan guiadas por principios tales como; adoptar los medios más eficaces para los propios fines; seleccionar la alternativa que con mayor probabilidad promoverá esos fines;

---

<sup>219</sup> RAWLS, John.- Justicia como Equidad materiales..., Opere Citato, pág. 90.

<sup>220</sup> Ídem.

<sup>221</sup> RAWLS, John.- Teoría..., Opere Citato, pág. 189.

<sup>222</sup> RAWLS, John.- La Justicia como Equidad una..., Opere Citato, pág. 70.

programar las actividades de tal modo que pueda satisfacerse un número mayor de fines, y no menor.”<sup>223</sup>

Las ideas anteriores configuran la noción de la justicia como equidad en los siguientes términos:

“[...]que quienes participan en una práctica común son considerados como poseedores de una libertad original e igual, y que sus prácticas comunes se consideran injustas a no ser que sean acordes con principios que personas puestas en esas circunstancias y relacionadas de ese modo podrían libremente acordar las unas frente a las otras, y así aceptarlos como equitativos.”<sup>224</sup>

Dentro de esta terminología se debe tener en cuenta al concepto “justicia como imparcialidad”, que en su caso, además de contener los elementos anteriores, se suma la cuestión de que estas personas, libres y racionales, tienen una disposición particular en promover sus propios intereses, aceptando sus principios en una posición inicial de igualdad. O sea que:

“En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social[...] Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. Supondré, incluso, que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios.”<sup>225</sup>

En otras palabras, en:

“esa posición se presume que hay una ausencia de información, en particular se da por supuesto que las partes no conocen su posición social, ni sus

---

<sup>223</sup> Ibídem, pág. 127.

<sup>224</sup> RAWLS, John.- Justicia como Equidad materiales..., Opere Citato, pág. 100.

<sup>225</sup> RAWLS, John.- Teoría..., Opere Citato, pág. 25.

talentos y capacidades peculiares –esto es, sus activos innatos. No saben cómo les han ido las cosas en la lotería natural.”<sup>226</sup>

Que tiene que ser interpretada de manera tal que en cualquier momento se pueda adoptar su perspectiva<sup>227</sup> o función, esto es, que bajo este estado asumirán y deliberaran las condiciones aplicables a todos para un concepto de justicia y equidad. Con todos estos elementos de por medio, ahora queda enunciar los **dos principios** de justicia que las personas integrantes de una cooperación social muy probablemente escogerán:

“**el primero** exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que **el segundo** mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad.”<sup>228</sup>

Son estos dos principios sobre los cuales girará la teoría de la justicia de Rawls y del cual emanan todos los demás, asignando valores que concuerden a la concepción de la justicia mediante criterios éticos-razonables, tratando de poner al margen, lo más que se pueda, a la intuición que se tienen de algunos de estos valores por parte de las personas, sustituyendo el juicio moral por el prudencial.<sup>229</sup>

Ahora bien, es sabido que una concepción de la justicia invariablemente estará ligada a la moralidad de las personas, de forma individual y en conjunto, de la que dependerá para que estos mismos individuos desarrollen a su vez, dentro de su contexto o circunstancias, un sentido de la justicia acorde a su moralidad, particular y general; consecuencia, precisamente de lo anterior, es que cada una de estas personas adquirirá una habilidad para juzgar las cosas justas así como las injustas, en las que, de conformidad a los principios antes señalados, puede amoldarse y configurarse una concepción de justicia razonada e invariable entre todos los integrantes de la sociedad. Así:

---

<sup>226</sup> RAWLS, John.- Justicia como Equidad materiales..., Opere Citato, pág. 119.

<sup>227</sup> RAWLS, John.- Teoría, Opere Citato, pág. 137.

<sup>228</sup> *Ibíd*em, pág. 27.

<sup>229</sup> *Ibíd*em, págs. 51 y siguientes.

“Una concepción de la justicia caracteriza nuestra sensibilidad moral cuando los juicios cotidianos que formulamos son acordes con sus principios. Estos principios pueden servir como parte de las premisas de un argumento que conduzca a los juicios correspondientes. No entendemos nuestro sentido de la justicia hasta que sabemos, de un modo sistemático que abarca un ámbito de casos, lo que son estos principios.”<sup>230</sup>

Claro está que esta concepción se tendrá en el *grosso* de la población, sin embargo los que poseen la *prudencia* necesaria para no solo juzgar sino saber, ponderar y conocer la justicia a un nivel aún más elaborado son las personas que la estudian, para el discernimiento y distinción entre lo bueno y lo malo, siguiendo lo primero y alejándose de lo segundo: los juristas.

En esta secuencia de ideas el “equilibrio reflexivo” entra en el acto explicando la forma en cómo los principios escogidos por **todos** los integrantes de la sociedad serían los mismos que detallarían su sentimiento de la justicia de una vez y para siempre, ya que:

“de acuerdo con el objetivo provisional de la filosofía moral, se podría decir que la justicia como imparcialidad es la hipótesis de que los principios que serían escogidos en la posición original son idénticos a aquellos que corresponden a nuestros juicios madurados y que por tanto estos principios describen nuestro sentido de la justicia.”<sup>231</sup>

Este estado de prudencia, en el que se tiene la capacidad de discernir entre lo justo y lo injusto, solo se alcanza después de que una persona ha sopesado varias concepciones propuestas, y/o bien ha revisado sus juicios de acuerdo con una de ellas, o se ha mantenido fiel a sus convicciones iniciales<sup>232</sup>. Sin embargo no deja de ser un elemento importantísimo que da luces para entender lo que, en determinadas circunstancias podría aceptarse como justicia para uno y/o muchos. En su caso, esta aceptación traería aparejada una “justicia formal” que se merecería el respeto de todos los que están interactuando en la comunidad a la

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, págs. 55 y 56.

<sup>231</sup> *Ibidem*, pág. 57.

<sup>232</sup> *Ídem*.

que pertenecen, la cual es la “adhesión a principios o a la obediencia al sistema”<sup>233</sup>, que asegura el cumplimiento de las expectativas legítimas, configuradas en la mayoría de las ocasiones en leyes de carácter abstracto.

A este respecto debe puntualizarse, sin embargo, que:

“La inevitable vaguedad de las leyes en general y el amplio ámbito concedido a su interpretación favorecen la arbitrariedad al tomar decisiones que sólo la lealtad a la justicia puede mitigar.”<sup>234</sup>

Esta lealtad a la justicia debe ser respetada en todo momento, de lo contrario, la atracción de hacer lo que se pueda para tener, aparentemente, un beneficio a corto plazo, puede llevar a los individuos a olvidarse de la justicia y el bienestar de todos, solo por un confort pasajero, que a la larga perjudicará al mismo que transgredió los principios aceptados por todos. Por ello es que la justicia sustantiva y la justicia formal tienden a ir juntas, y por tanto que al menos las instituciones evidentemente injustas no sean nunca, o casi nunca, consistentemente administradas.<sup>235</sup>

Ahora bien, todas estas ideas y conceptos solo pueden prosperar en un régimen democrático con prerrogativas básicas para los individuos, como son: la libertad política (poder acceder a los mecanismos del estado en cuestión sin restricción alguna, más que el mero respeto y obediencia a los principios aceptados); libertad de expresión y reunión; libertad de conciencia y pensamiento; libertad de la persona; derecho a la propiedad y garantías de seguridad penal, en las que la formación de principios deben regular y satisfacer los principios fundamentales de la justicia, y estos tienen que estar acordes al sistema que mejor los proteja (siendo precisamente la protección de estas garantías el primero de estos principios). Las garantías en comento no pueden verse **amenazadas** o **comprometidas** de ninguna forma, aun cuando haya mayores ventajas sociales o económicas; ninguna de estas libertades es absoluta, sin embargo están

---

<sup>233</sup> Ibídem, pág. 66.

<sup>234</sup> Ibídem, pág. 67.

<sup>235</sup> Ídem.

proyectadas para formar un sistema, y este ha de ser igual para todos<sup>236</sup>, a menos que una desigualdad manifiesta redunde en una ventaja para todos, y en su caso, a los menos favorecidos, sin menoscabar las mencionadas garantías.

Haciendo énfasis en el segundo de los principios, distribución de la riqueza, el ingreso y la accesibilidad a los puestos de autoridad y responsabilidad, habrá de ser consistente tanto con las libertades de igual ciudadanía como con la igualdad de oportunidades<sup>237</sup>, para que el sistema pueda ser coherente y no colapse. Aquí la cuestión de mayor dificultad recaería en la enunciación de estas garantías, como el propio autor lo enuncia:

“Es difícil, y quizá imposible, dar una especificación completa de estas libertades con independencia de las particulares circunstancias sociales, económicas y tecnológicas de una sociedad dada. La hipótesis es que la forma general de una lista semejante podría ser ideada con suficiente exactitud como para sostener esta concepción de la justicia. Por supuesto que las libertades que no estuviesen en la lista, por ejemplo, el derecho a poseer ciertos tipos de propiedad (por ejemplo, los medios de producción) y la libertad contractual, tal como es entendida por la doctrina del *laissez-faire*, no son básicas, y por tanto no están protegidas por la prioridad del primer principio.”<sup>238</sup>

Ya a estas alturas, en los que los dos principios han quedado salvados, y se ha enunciado la importancia de ellos, puede entrarse a “jugar” dentro de la estructura diseñada, con el fin de fortalecerla con elementos de los mismos principios. Uno de estos es el llamado principio de eficiencia, el cual:

“afirma que una configuración es eficiente siempre que sea posible cambiarla de modo que beneficie a algunas personas (al menos a una) sin que al mismo tiempo dañe a otras personas (al menos a una). Así, la distribución de una provisión de mercancías entre ciertos individuos es eficiente si no existe una

---

<sup>236</sup> *Ibidem*, pág. 69.

<sup>237</sup> *Ídem*.

<sup>238</sup> *Ídem*.

redistribución de estos bienes que mejore las circunstancias de al menos uno de estos individuos sin que otro resulte perjudicado.”<sup>239</sup>

Otro de los principios es el de “diferencia”. Este es aceptable tanto si eres favorecido como si no lo eres en la sociedad, es decir, si tienes o no una posición ventajosa o acomodada, pues corresponde a un significado natural de la fraternidad, a saber, a la idea de no desear tener mayores ventajas salvo que sea en beneficio de los que están peor<sup>240</sup>, en el entendido de que en la medida en que todos los integrantes tengan un nivel óptimo de vida será el beneficio para todos y no solo hacia los que tienen una posición ventajosa; a su vez este principio sirve de guía juzgando las desigualdades económicas y sociales de la estructura básica<sup>241</sup> distribuyendo estas ventajas de forma que no se transgreda el segundo de los primeros principios.

Juega un papel igual de importante el llamado principio de participación, pues de él deriva precisamente el que la ciudadanía este en íntima participación con su comunidad, de la que es parte, para cumplir y hacer cumplir los principios aceptados por todos, en los que el principio de participación está inmerso tanto como un derecho y una obligación. Este principio:

“[...] obliga a aquellos que ostentan la autoridad a responder a los intereses del electorado. Los representantes no son meros agentes de sus electores, ya que tienen una cierta discreción y se espera que ejerzan sus juicios al aplicar la legislación. En una sociedad bien ordenada deben, no obstante, representar a sus electores en el sentido sustantivo: deben tratar de aprobar una legislación justa y eficaz, ya que este es el primer interés del ciudadano en el gobierno, y, en segundo lugar, deben **fomentar** en sus electores otros intereses, en tanto sean congruentes con la justicia.”<sup>242</sup>

Dentro de este entramado de principios, puede haber cierta dificultad en cuanto a que algunos principios no son compatibles con esta teoría. Ejemplo de

---

<sup>239</sup> *Ibíd.*, pág. 73.

<sup>240</sup> RAWLS, John.- Justicia como Equidad materiales..., Opere Citato, pág. 140.

<sup>241</sup> RAWLS, John.- Teoría..., Opere Citato, pág. 80.

<sup>242</sup> *Ibíd.*, pág. 215.

este último caso es el principio de perfección, importante para una teoría teleológica cualquiera:

“que dirige a la sociedad a proyectar las instituciones y a definir los derechos y obligaciones de las personas, para maximizar los resultados de la excelencia humana en el arte, la ciencia y la cultura. El principio, obviamente, es más exigente cuanto más alto sea el ideal en cuestión.”<sup>243</sup>

Muchas veces, el querer alcanzar la perfección y sobrevalorarla, lleva a sacrificar ciertas cuestiones que son igual de importantes. En una teoría de la justicia como la plantea Rawls, la perfección, si bien pudiera ocupar un lugar dentro de las aspiraciones de los miembros de la comunidad, esta debe ser fríamente sopesada, y en este proceso de *prudentia* seguramente quedaría fuera del sistema, pues forzosamente requeriría sacrificar a las personas menos favorecidas, cosa que, con el velo de la ignorancia y en la posición original, pudiera ser contraproducente para las personas en general, pues desconocen si tienen o no las aptitudes, oportunidades y condiciones favorables para llegar a este estado de perfección y no ser parte de las menos desfavorables que en el camino a la perfección seguramente perecerían.

Rawls como se puede notar, en toda su teoría se sirve de palabras y frases que ayudan a esquematizar de forma más sucinta sus ideas, como de hecho se ha visto a lo largo de este título. Un ejemplo más a esta característica es el llamado criterio “maximin”:

“Se trata de la regla de elección que pide que, en una distribución cualquiera, se considere en primer lugar la situación más desfavorecida (la del individuo que se beneficia menos de la distribución) y que se juzguen preferibles a cualquiera otras las distribuciones que consiguen hacer dicha situación lo mejor posible (que den un máximo a quien se halla en una situación de mínimo). En la medida en que los individuos que deben efectuar una elección bajo las condiciones del “velo de ignorancia” hacen frente a la incertidumbre, esta regla es análoga a la que conduce a privilegiar las reglas que hacen todo lo favorable posible la situación de quienes se encuentran en la situación social menos envidiable. En palabras de

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, pág. 299.

Rawls: <<La regla maximin nos dice que debemos jerarquizar las alternativas conforme a sus peores resultados posibles.>><sup>244</sup>

Dentro de toda su terminología, salta a la vista uno que se puede dar por hecho pero que debe ser puntualizado. Este es el de “la estructura básica de la sociedad”, entendida como una empresa cooperativa para beneficio mutuo. Dicha estructura:

“es un sistema público de reglas que definen un esquema de actividades que conducen a los humanos a actuar conjuntamente de modo que produzcan una suma mayor de beneficios, al mismo tiempo que le asignan a cada uno ciertos derechos reconocidos al compartir los productos. Lo que una persona haga dependerá de lo que las reglas públicas digan qué tiene derecho a hacer, y, a su vez, lo que tiene derecho a hacer dependerá de lo que haga. La distribución que resulte se obtendrá satisfaciendo las pretensiones, las cuales se determinarán por lo que las personas emprendan a la luz de todas las expectativas legítimas[...] La idea intuitiva es estructurar el sistema social de modo tal que, sea cual fuere su resultado, éste sea siempre justo, al menos mientras se mantenga dentro de cierto ámbito.”<sup>245</sup>

Ahora, dentro de la estructura en comento, la justicia puramente procesal hace que de una forma u otra, los resultados sean siempre justos, en cuanto no salga de los límites y alcances establecidos de antemano. El autor se ayuda de una división para explicar esta noción de justicia puramente procesal, en perfecta e imperfecta: la primera sería el que una persona dividiera un pastel en partes iguales y dejara escoger a todos primero para después tomar su parte, esto es, se asegura que, de esta forma, le tocará la parte más grande, puesto que él fue el que dividió el pastel de forma justa, y aun tocándole el último turno estaría obteniendo su parte de acuerdo a los principios ya aceptados por todos. Mientras que una “justicia procesal imperfecta se ejemplifica mediante un juicio penal. El resultado es que el acusado sea declarado culpable si y sólo si ha cometido la falta que se le imputa.”<sup>246</sup> Todas estas nociones, de estructura básica; de velo de

---

<sup>244</sup> <http://www.alcoberro.info/V1/rawls.htm> (al 27 de Noviembre de 2014).

<sup>245</sup> RAWLS, John.- Teoría..., Opere Citato, pág. 89.

<sup>246</sup> *Ibíd.*, pág. 90.

ignorancia; de orden lexicográfico; de posición menos favorecida; así como de justicia puramente procesal, son ejemplo de que al combinarse dan una concepción razonable de la justicia. “No puede esperarse que ninguna de ellas funcione por sí misma, pero correctamente combinadas pueden servir bastante bien.”<sup>247</sup>

Ahora, todo esto tiene un objetivo al que las mismas personas aspiran, y este es el tener un estado en el cual tengan un bienestar con determinados bienes sociales primarios (derechos, libertades, oportunidades y poderes) en un plan de vida que lo haga lo más racional posible a largo plazo, en circunstancias razonablemente favorables. Sin embargo no hay, una vez establecidas las reglas del juego, forma de garantizar en todo momento la protección de todos los intereses que las personas naturalmente tendrán, por ello es que Rawls hace uso de un principio emanado de los dos primeros para salvar este inconveniente: el de compensación. “Este principio afirma que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo.”<sup>248</sup> De tal forma que cualquiera que se encuentre en esa situación no vea menoscabada su calidad de vida por estas circunstancias ajenas y pueda tener un desenvolvimiento pleno dentro de esta sociedad ordenada, extendiéndose esta característica a las generaciones futuras.

La cuestión aquí está en entender que todos los individuos de una sociedad ordenada están interrelacionados, y entre ellos, los que por azares del destino tuvieron dentro de la distribución de talentos una posición ventajosa hacia todos los demás, en la medida en que no usen esos talentos para ayudar a los que no fueron premiados, será la medida en que también sufran las consecuencias de esta desigualdad, perjudicando a la larga sus propios intereses, algo que Rawls entiende a la perfección y trata de explicar exhaustivamente, como por ejemplo al

---

<sup>247</sup> *Ibidem*, pág. 93.

<sup>248</sup> *Ibidem*, pág. 103.

tratar de uno de los principios que se aplican a los individuos: el principio de imparcialidad:

“El principio mantiene que a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y como lo definen las reglas de una institución, sólo si se satisfacen dos condiciones: primera, que la institución sea justa (o equitativa), esto es, que satisfaga los dos principios de la justicia; y segundo, que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses. La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión.”<sup>249</sup>

Ahora bien, esta obligación tiene rasgos característicos que las distinguen de otras exigencias morales, pues surgen como resultado de nuestros actos voluntarios, estos actos pueden consistir en compromisos expresos o tácitos, tales como los contratos y las promesas, pero también pueden no serlo, como en el caso de la aceptación de beneficios<sup>250</sup>, en la que la cooperación conjunta es necesaria para mantener el acuerdo que a todos vincula, inclusive llevándolo al extremo más sencillo, como podría ser un juego deportivo, en el que se participa con la obligación de jugar conforme a las reglas y con espíritu deportivo.<sup>251</sup> No solo en este contexto es necesaria la existencia de deberes morales, sino también lo que Rawls llama deberes naturales, como el de ayudar a otro cuando lo necesita o está en peligro, siempre y cuando se pueda hacerlo sin riesgo o pérdida excesivos; el deber de no dañar o perjudicar a otro; el deber de no causar sufrimiento innecesario<sup>252</sup>, etc. (en términos jurídicos: los preceptos del Derecho).

“Desde el punto de vista de la justicia como imparcialidad un deber natural básico es el deber de justicia. Este deber nos exige apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables. Nos constriñe también a

---

<sup>249</sup> *Ibíd.*, pág. 113.

<sup>250</sup> *Cónfer*, *Ibíd.*, pág. 114.

<sup>251</sup> *Cónfer*, *Ídem*.

<sup>252</sup> *Cónfer*, *Ibíd.*, pág. 115.

promover acuerdos justos aún no establecidos, al menos cuando esto pueda hacerse sin demasiado costo para nosotros.”<sup>253</sup>

Sin embargo, pueden existir, como de hecho hay, acciones supererogatorias. “Estas acciones son actos de benevolencia y piedad, de heroísmo y auto sacrificio.”<sup>254</sup> Las cuales si bien no son exigidas, serían recomendables que se hicieran, pues enaltecen no solo a las personas que las realizan, sino también a su sociedad.

Rawls hace una serie de reglas para crear los principios, digámoslo así, derivados, sobre los cuales descansa su teoría y que ayudan a fortalecer los dos primeros:

a) Deben ser generales, esto es, no tener nombres propios o descripciones definidas, con el fin de que todo individuo pueda entenderlas sin mayor problema.<sup>255</sup>

b) Los principios han de ser universales en su aplicación (tienen que valer para todos, por ser personas morales).<sup>256</sup>

c) Carácter público, *id est*, el objeto de la condición de publicidad es que las partes valoren las concepciones de la justicia como constituciones de la vida social públicamente reconocidas y totalmente efectivas.<sup>257</sup>

d) Una concepción de lo justo tiene que imponer una ordenación de las demandas conflictivas. Esta necesidad surge directamente del papel que desempeñarían sus principios para concertar las demandas competitivas, los principios de lo justo y de la justicia se aceptan precisamente para no recurrir a la fuerza y a la astucia.<sup>258</sup>

---

<sup>253</sup> Cónfer, *Ibidem*, pág. 116.

<sup>254</sup> Cónfer, *Ibidem*, págs. 117 y 118.

<sup>255</sup> Cónfer, *Ibidem*, pág. 130.

<sup>256</sup> Cónfer, *Ibidem*, pág. 131.

<sup>257</sup> Cónfer, *Ibidem*, pág. 132.

<sup>258</sup> Cónfer, *Ibidem*, pág. 133.

e) Deben tener carácter definitivo. Las partes han de considerar al sistema de principios como tribunal supremo de apelación en materia de razonamiento práctico.<sup>259</sup>

Estos cinco puntos se resumen de la siguiente manera:

“una concepción de lo justo es un conjunto de principios, de forma general y universales en su aplicación, que han de ser públicamente reconocidos como tribunal final de apelación para jerarquizar las demandas conflictivas de las personas morales. Los principios de justicia se identifican por el papel que desempeñan y por los sujetos a los que se aplican.”<sup>260</sup>

Ya en este punto salta, necesariamente, el término de sistema jurídico, el cual, para Rawls, debe ser un orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular su conducta y asegurar el marco para la cooperación social<sup>261</sup>, en el que se vean respetados los principios y libertades que las mismas personas se han impuesto y obligado a cumplir en pro y en favor de los intereses de su comunidad, que retorna en un beneficio para todos. Sin embargo, este “deber de obedecer leyes generales y particulares puede ser rechazado en situaciones en que la opinión colectiva es suficientemente injusta.”<sup>262</sup> En su caso, haciendo uso de las objeciones de conciencia, que es parte de la libertad de pensamiento, que ayuda a la sana crítica del orden aceptado. Sobre esta línea: “la injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación es razón suficiente para seguir con ella.”<sup>263</sup>

Una posible decisión sobre el cumplimiento o no de una ley injusta es la desobediencia civil, la cual es un acto público y pacífico contrario a la ley, en el que se aceptan las consecuencias de esta desobediencia, pero que busca, en el

---

<sup>259</sup> Cónfer, Ídem.

<sup>260</sup> Ibídem, pág. 134.

<sup>261</sup> Cónfer, Ibídem, pág. 222.

<sup>262</sup> Ibídem, pág. 275.

<sup>263</sup> Ibídem, pág. 321.

fondo, ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno<sup>264</sup>, en el que si bien se les transgrede, se mantiene la fidelidad al sistema, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta.<sup>265</sup> Pero “emplear el aparato coercitivo del Estado para mantener instituciones manifiestamente injustas es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen derecho a resistir.”<sup>266</sup>

“Así, la justicia es la virtud de la práctica allí donde existen intereses competitivos y cuando las personas se sienten facultadas para hacer valer sus derechos unas frente a las otras. En una sociedad de santos en la que todos convinieran en un ideal común, si es que tal comunidad puede existir, no habría disputas acerca de la justicia.”<sup>267</sup>

La teoría de John Rawls viene a ser una teoría de la justicia muy interesante, pues si se le hace una reflexión objetiva y racional, realmente no se tienen grandes objeciones; además de ofrecernos un concepto de la justicia que, en lo personal viene a demostrar que la justicia es un concepto universal a todo ser humano viviendo en sociedad.

Los términos velo de ignorancia, posición original y los dos principios de la justicia como equidad, sirven para revelar que con estas abstracciones se puede tener un concepto de justicia similar sin importar el sistema de producción (pues inclusive podría existir o no la propiedad privada, siempre que los dos principios se respeten); o la religión que se pretenda tener (siempre que haya un miramiento a los principios aludidos), pues al no saber qué posición, atributos virtudes y ventajas tendremos en la sociedad, es claro que buscaremos que haya una serie de libertades y oportunidades para que, en dado que caso que nos situemos en la clase más baja de la sociedad, no perezamos en ella, pues “sé que yo necesito de ti y tú de mí, pero no voy a pedir más de lo que tú puedes ofrecer, y por ende no pidas más de lo que yo puedo dar.”

---

<sup>264</sup> Cónfer, *Ibídem*, pág. 332.

<sup>265</sup> Cónfer, *Ibídem*, pág. 334.

<sup>266</sup> Cónfer, *Ibídem*, pág. 354.

<sup>267</sup> *Ibídem*, pág. 129.

En efecto, el que se busque en esta teoría que las personas menos aventajadas o menos favorables se vean más beneficiadas, en la medida de lo posible, de este “contrato social” no quiere decir, en modo alguno, que estas puedan deslindarse o desembarazarse de las obligaciones que tienen para con la comunidad de la que son parte. Esta comunidad, es cierto, busca que todos sus integrantes o “socios” tengan un nivel que beneficie a todos, pero también pide de todos su cooperación en lo que les atañe. No es que una vez que desaparezca o se quite este velo de ignorancia, y descubrir que se es parte de una, o la clase “baja”, se tenga, por este hecho, el derecho de nada hacer en beneficio de todos y de sí mismo. En pocas palabras, en esta comunidad todos tienen el deber, e inclusive la obligación, de hacer lo que les corresponde para poder ser beneficiarios de las ventajas que otorga la vida en comunidad, pues de otra forma estarían transgrediendo este acuerdo expreso en la teoría y tácito en la práctica, que se tiene y que, dadas estas circunstancias, sería, como lo es, un parasito, que lejos de ayudar perjudica.

La obra de John Rawls es una obra inacabada, que tiene sus puntos finos, y que, conforme pasa el tiempo se va perfeccionando y modificando, modificaciones, sin embargo, que son mínimas, dando por esta situación una teoría, además de contemporánea, muy bien elaborada que explica que la justicia puede ser, con los elementos de los que se ayuda, una realidad sin importar las circunstancias de una sociedad dada. Se considera que esta teoría da luces, muy claras, de que la justicia es un ideal que no puede ser entendido y aprehendido más que de una forma racional, en la que es la única vía, por cierto, de poder acercarnos lo más que se pueda a lo que es la justicia perfecta, haciendo notar, por enésima vez, que la justicia y la equidad son elementos fundantes e inherentes de toda sociedad, sea cual sea o fuere.

En este último párrafo si se debe hacer una disensión. En mi opinión, la racionalidad de la que Rawls habla es un tanto corta, porque aunque en economía se utilice ese criterio, se considera que de ser asumido tal, a la larga podría acarrear consecuencias contraproducentes. Por ejemplo si el fin es tener mucho

dinero, y se hace todo lo necesario para hacerlo, queriendo los medios, al final si estos medios son malos en sí mismos y produjeran un resultado dañino no solo a otros sino a sí mismo, sin importar que se respeten los dos principios, se estaría siendo irracional, *verbi gratia*, la tala de árboles: se requiere una organización muy bien estructurada, genera mucho dinero, pero al final destruye la naturaleza que da aire, agua, etc. al que está destruyendo un bosque, perjudicándose a sí mismo y a los demás. La racionalidad debe ir más allá de la economía, debe ser una racionalidad prudencial-jurídica. Esa es la única objeción que tengo a este modelo teórico.

#### 4.2 Luís Recaséns Siches

Nacido en Guatemala; hijo de padres españoles; catedrático de nuestra *alma mater*, el Doctor en Derecho Luis Recaséns Siches es un autor al que se le ha negado, por mucho, el merecido reconocimiento a su obra y pensamiento. Su contribución ius-filosófica para el tema que nos atañe es de tal importancia que, en lo personal, se considera pieza fundamental para comprenderlo de una forma más integral, pues hace de la equidad una pieza real y vinculante en cualquier sistema jurídico.

El autor en comento desentraña el problema principal que tiene inmersa la equidad, su función dentro del Derecho como herramienta jurídica eficiente y eficaz, lo que él mismo llama: “Nueva perspectiva de la equidad”, en la que al mismo tiempo da cuenta que la ciencia del Derecho tiene su propia forma de ser en cuanto a conocimiento científico se refiere.

Para empezar con esta “nueva perspectiva” primero es necesario entender la forma en cómo es que el conocimiento científico jurídico es enseñado, y en su caso aprendido. El Derecho no puede ser analizado como otros objetos de estudio (los fenómenos físicos, biológicos, etc.) pues este es *sui generis*, ya que cuenta

dentro de su haber con valores, principios, productos culturales, conductas humanas, etc. Por esta razón para ser abordado, debe tener su propia metodología y **lógica**, con una importancia fundamental al momento que se aplican las normas jurídicas a casos concretos.

En efecto, en cuanto hace a la aplicación de la norma jurídica, desde comienzos del siglo XIX y hasta un poco entrado el siglo XX, se sostuvo la doctrina, hoy considerada notoriamente errónea, de que la norma individualizada (sentencia judicial y resolución administrativa), es un silogismo, en el cual la premisa mayor está representada por la *norma general* (ley); la premisa menor por la constatación de los *hechos relevantes jurídicamente calificados*; y la conclusión por el *fallo* o sentencia<sup>268</sup>. Es desacertado pensar que la norma especial es un silogismo lógico, porque las leyes en el Derecho no son, o deben ser, aplicadas de manera mecánica, ya que lo que se trata o se estudia no son fenómenos naturales (físicos, químicos, etc.), sino fenómenos sociales y conductas realizadas por hombres que viven en determinada sociedad. No se deduce el mismo resultado para una misma acción cuando se trata de conductas de individuos, que tienen principios, valores, reglas, circunstancias, etc. En pocas palabras: la conducta humana, y el Derecho, no son una ecuación que tenga una respuesta “correcta” en todo tiempo y en todo lugar<sup>269</sup> pues depende, para su “solución”, de los eventos, ya mencionados, que susciten.

La reflexión que nos enseña nuestro maestro, en este primer acercamiento, es que la forma de pensar de un jurista no debe ser tan cuadrada al momento de aplicar una ley cualquiera, comparándola con un silogismo lógico, pues aunque puede que tenga esta estructura, dentro del mismo se tienen situaciones sociales que el verdadero jurisprudente trata con una racionalidad y sentido común propias de la ciencia jurídica, lo que hace precisamente que la consecuencia no siempre

---

<sup>268</sup> RECASÉNS SICHES, Luis.- “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 2000, pág. 195.

<sup>269</sup> Incluso debe recordarse que la ciencia, cualquier ciencia, como tal es falible, y que lo que hoy se acepta como válido, correcto o acertado, puede que en un futuro no lo sea, o que dependa de otros factores, *verbi gratia*: las leyes de Newton, que solo tienen validez en la tierra o en donde se cumplan circunstancias similares, más no en el espacio exterior.

deba ser la misma, pues está condicionado a la eventualidad de cada caso específico (no es la típica fórmula *si “a” es “b”; “b” es “c” por lo tanto “a” es “c”*).

Ahora bien, cuando Recaséns Siches explica a la equidad, inicia haciendo un análisis, de lo que a su vez Aristóteles reflexionó, a modo de remembranza al autor heleno, para aclarar lo que puede ser catalogado o entendido como justicia y equidad; la importancia de este examen es que, por un lado toma un concepto racional de ambos ideales y por otro, se hace notar que en ocasiones el Derecho positivo al ayudarse de las leyes que son generales y abstractas, no obstante buscar en la medida de lo humanamente posible estos valores en la sociedad, tienen la dificultad de materializarse por la propia condición humana. Precisamente por eso es que:

“El pensamiento filosófico-jurídico de Aristóteles ofreció anchas y flexibles vías, así como fértil inspiración, al desenvolvimiento ulterior del Derecho, con su distinción entre lo que es justo por naturaleza y lo que es justo por virtud de costumbre o ley positiva, así como también con la diferencia que estableció entre Derecho en general y reglas jurídicas particulares.”<sup>270</sup>

En efecto, el actuar de la humanidad no alcanzaría, siquiera remotamente, a “encajonarse” en reglas universales y válidas para todas las circunstancias, los tiempos y lugares, en que las mismas, sin importar algo, sean justas. Lo anterior es ciertamente inviable a través de leyes; lográndose cristalizar sólo al momento de que ellas son individualizadas. Así:

“Observa Aristóteles que el Derecho positivo está formulado verbalmente en reglas universales. Pero sobre ciertas cosas no es posible formular una norma universal que sea correcta para todos los casos habidos y por haber. En los casos en los que es necesario formular una norma universal, pero esto no es posible hacerlo correctamente de un modo absoluto, la ley positiva toma en consideración el caso usual, corriente, aquel que suele presentarse de ordinario; aunque no por eso la ley ignora la posibilidad de que su fórmula general resulte errónea o inadecuada para otros tipos de casos diferentes del caso típico habitual que ella tomó en cuenta.

---

<sup>270</sup> RECASÉNS SICHES, Luis.- *“Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pág. 10.

Sin embargo la ley, al formular la norma para el tipo usual o corriente de casos, procede correctamente. El error que resultase de aplicar esa fórmula a tipos diferentes de casos no es un error que esté en la ley, ni un error que haya cometido el legislador, sino que es algo que está en la índole misma de las cosas, pues la materia de los asuntos prácticos es de tal índole (diversa, varia) desde un comienzo –es decir, la discrepancia está en el caso, y no en la ley.”<sup>271</sup>

Tomando en consideración lo que nuestro insigne maestro heleno nos enseñara, Recaséns aprehende además la visión y pensamiento de los antiguos romanos y su jurisprudencia (la máxima y sublime expresión del Derecho), ya que recibieron de la filosofía fecunda inspiración, que fue de gran ayuda para que se diera el tránsito del Derecho estricto a las normas inspiradas en la equidad y en la idea del Derecho Natural.<sup>272</sup> Con ello Recaséns Siches muestra lo absurdo que es caer en un legalismo a ultranza y en la posibilidad de pensar en formas de interpretación jurídicas, en las que el Derecho se ve desplazado por la ley. La ley es parte importante dentro del Derecho pero no lo es todo; en él hay forzosamente, por ser un producto cultural, elementos axiológicos que hacen de su práctica manifestación de juicios estimativos y valorativos del más alto grado por su propio valor intrínseco, haciéndose presentes de una u otra forma.

La excesiva positividad o científicidad que se le ha querido imprimir a la jurisprudencia o ciencia jurídica, ha sido un atraso y un obstáculo para el Derecho y su libre desenvolvimiento, lejos de ser lo que en las ciencias exactas y naturales de hecho es: una pieza de vital importancia para saber de antemano qué es lo que va a pasar.

Esta característica previsor (certeza) busca ser trasladada al Derecho en forma de “seguridad”, que más allá de poderse realizar, entorpece la función de la *praxis* jurídica, confundiendo, además, el lugar que ocupa dentro del Derecho;

“Claro que certeza y seguridad no es el valor supremo hacia el cual se encamina el Derecho. Por el contrario, con el Derecho se aspira a realizar valores

---

<sup>271</sup> RECASÉNS SICHES, Luis.-“Tratado General de Filosofía del Derecho”, Editorial Porrúa, 10ª edición, México, 1991, pág. 656.

<sup>272</sup> Ídem.

mucho más altos en la jerarquía axiológica, se aspira a cumplir con las exigencias de la justicia y también con las del séquito de otros valores por la justicia implicados.”<sup>273</sup>

En otras palabras, el Derecho “es un *medio especial* de realizar aquellos valores y fines cuyo cumplimiento se considera indispensable en una determinada sociedad”<sup>274</sup>: la justicia.

Lo anterior no significa, en absoluto, que dentro del Derecho no haya una seguridad o certeza **jurídica**, pero es distinta a la seguridad meramente legal.

En tanto que la seguridad y certeza **jurídicas** estarán dadas y condicionadas por todo el universo del *Ius*; la seguridad legal, que es lo que muchas veces se propugna, estará dada sólo por la *lex*; por el conglomerado de leyes, que **no necesariamente son intrínsecamente válidas**.

Como lo expone nuestro maestro:

“El Derecho es seguridad; pero, ¿seguridad en qué?: seguridad en aquello que se considera justo y que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines.

Desde el punto de vista estimativo, debe afirmarse terminantemente que la justicia y los demás valores inherentes a ésta deben suministrar la orientación del Derecho; y que, por lo tanto, lo que el Derecho debe proporcionar es precisamente *seguridad en lo justo*. Ahora bien, certeza y seguridad son los valores funcionales que todo Derecho realiza por su mera existencia, sea cual fuere su contenido.

Sin embargo, no se debe exagerar esta observación más allá de sus límites correctos. No debe interpretarse las funciones de certeza y seguridad, que esperamos que el Derecho realice, en términos absolutos. Lo que el Derecho puede ofrecernos es solo un *relativo grado* de certeza y seguridad, un *mínimum indispensable de certeza y seguridad* para la vida social[...] no hay nada absoluto

---

<sup>273</sup> RECASÉNS SICHES, Luis.- *Nueva Filosofía*, Opere Citato, pág. 20.

<sup>274</sup> *Ibídem*, pág. 21.

en la vida humana, y que, por consiguiente, no tendría sentido que al Derecho le pidiésemos una certeza y seguridad absolutas.”<sup>275</sup>

Se ha tenido el espejismo de que es más importante defender una seguridad legal que los más elevados valores que al Derecho dan sustancia; con la justificación de que es mejor que se tengan, de antemano, las “reglas del juego” que una sociedad determinada da a sus propios integrantes, a una “puerta de entrada a la anarquía”; sin razonar que esta es la única grieta por la cual el ser humano puede acercarse al más alto de los valores jurídicos y humanos.

Si bien es cierto la “seguridad” legal de la cual “gozan” algunos sistemas jurídicos, incluyendo el nuestro, da cierta expectativa y firmeza sobre lo que se está o no permitido hacer, también es cierto que estas reglas, en muchas de las ocasiones, no satisfacen el elemento jurídico ni social al, tal vez, ser catalogadas por sus integrantes, o por la mayoría, como reglas injustas o antijurídicas; dando como resultado que se ponga en tela de juicio la obediencia a ellas, por sus propios destinatarios.

Ahora, aunado a lo anterior, otro problema que acarrea la inflexibilidad del razonamiento netamente científico en general, con una ciencia *sui generis* como lo es la *jurisprudencia* en un sistema jurídico preponderantemente escrito como el nuestro, es que se tiene la falacia de que TODO actuar humano debe estar contenido en una ley escrita para que pueda existir en la realidad jurídica de este Derecho positivo pues “solo este existe”; derivando en una exagerada actividad del o los órganos legislativos, en la que ni siquiera ellos saben las leyes que existen, ni mucho menos de lo que hablan, creando un caos legislativo, jurisdiccional y hasta social, por no saber, de todo ese universo de leyes, cual es la aplicable a la problemática concreta; cayendo en un axioma que se sabe desde hace siglos: “Mal gobierno, muchas leyes.”<sup>276</sup> Ninguna sociedad, por avanzada o permanente que sea o aparente, puede aglomerar todo acto humano en leyes, ya que:

---

<sup>275</sup> Ídem.

<sup>276</sup> Tácito.

“Ni si quiera en esas sociedades relativamente estables puede haber una ordenación jurídica que anticipe todos los cambios y todas las nuevas combinaciones de hecho que vayan a surgir en el futuro.”<sup>277</sup>

Cosa, por entero diferente, a la plenitud hermética del Derecho, la cual no debe ser confundida, pues ella “expresa que el orden jurídico positivo *debe dar solución* a todo conflicto que se plantee”<sup>278</sup>, más no que se encuentre en una ley general.

Es, claramente una diferenciación entre lo que pudiera ser aceptado como el Derecho en sentido formal y el Derecho en sentido material; en el que se hace a este último, en el pensamiento de nuestro maestro, elemento incuestionable y fundamental dentro del *ius*; que debe estar presente en todo momento, fundamentalmente a la hora de trasladarse a la *praxis* jurídica, contenida en el Derecho en sentido formal. O sea, uno es el complemento del otro para ser verdadero Derecho.

En relación con la idea anterior, nuestro autor en comento hace una diferenciación respecto de los modos o formas con las que la razón humana debe abordar diferentes objetos de estudio de acuerdo a la metodología de las ciencias que las estudian; diferencias que hay respecto de la lógica utilizada para las ciencias exactas y naturales, y la lógica usada para las ciencias sociales, y en específico, del Derecho. *Id est*:

“La lógica que forma el armazón de las Ciencias naturales no es la lógica toda, sino sólo una parte de ella. Los productos de cultura requieren para ser captados, otros instrumentos mentales[...] no solo se proclama que hace falta una nueva Lógica para tratar los productos históricos de la Cultura, sino además, también, una doctrina de los valores.

Por mi parte, yo he llegado en mis últimos trabajos a poner de manifiesto que la lógica tradicional de tipo matemático, tanto la de la raíz aristotélica como la de orientación kantiana, *la lógica de “lo racional”*, no es toda lógica sino tan sólo una

---

<sup>277</sup> RECASÉNS SICHES, Luis.- Nueva Filosofía..., Opere Citato, pág. 22.

<sup>278</sup> *Ibidem*, pág. 23.

región o provincia de ella. La Lógica tradicional es sólo el *logos* de lo *racional puro*, que sirve para la aprehensión de las conexiones ideales, y también para el conocimiento de los hechos de la naturaleza[...] Es pertinente aquí destacar tan sólo que a la acción humana –de la cual el Derecho es una forma- le es propia una lógica diferente de la lógica de lo racional o de la razón físico-matemática, a saber: la *lógica de lo razonable*.<sup>279</sup>

Esta lógica es precisamente el método adecuado para poder aplicar, de forma **justa**, esas normas jurídicas generales y abstractas que tienen existencia dentro de un ordenamiento establecido, teniendo por este hecho la posibilidad fáctica de realizar el valor supremo del Derecho por vía de equidad, o en su caso, el valor o los valores que ese ordenamiento acepta como los de más alto grado (que sin miedo a equivocación se asegura es la justicia, o la idea de ella estaría presente). En efecto “una norma jurídica no puede ser *verdadera* ni puede ser *falsa*. Puede ser justa o injusta, conveniente o inconveniente, eficaz o ineficaz.”<sup>280</sup>

Por lo explicado hasta ahora, en la concepción de Recaséns Siches, la equidad toma especial importancia dentro del Derecho porque es precisamente ésta la herramienta por la cual el Derecho al momento de aplicar las normas jurídicas, entre ellas a las leyes, hace honor a su valor fundante, inherente y esencial, dando la consecuencia, y al mismo tiempo la posibilidad, de que la convivencia pacífica entre seres humanos sea posible, haciendo uso, se repite, de la lógica de lo razonable. Pero ¿cuál es esta?

“La lógica tradicional pura –en cualquiera de sus manifestaciones- es el instrumento adecuado para tratar con las ideas puras *a priori* –tales como los axiomas lógicos, las leyes del silogismo, los principios matemáticos, etc.-, y para la aprehensión de los hechos de la naturaleza. Por eso se la suele llamar *lógica físico-matemática*. Pero la lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos; por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia –incluyendo la práctica del

---

<sup>279</sup> RECASÉNS SICHES, Luis.- “Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX”, Editorial Porrúa, 1er tomo, México, 1963, págs. 70 y 71.

<sup>280</sup> *Ibíd*em, pág. 536.

Derecho- hay que emplear *un tipo diferente del logos*, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta; hay que manejar el *logos de lo humano*, la *lógica de lo razonable*, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo *racional*, pero diferente de esta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia.”<sup>281</sup>

Lo anterior significa que la forma en cómo se estudian las llamadas ciencias exactas y naturales, no es la forma en la que se debe estudiar, o al menos no del todo, las ciencias de lo humano, de la cultura, y en especial énfasis del Derecho.

El Derecho tiene una razón de ser especial y por ello no puede aplicarse la lógica formal, ya que tienen distinto campo de acción. Dado que:

“[...] la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.”<sup>282</sup>[...] “Dice Ortega y Gasset: “Al oponer la razón vital a la razón física matemática no se trata de conceder permisos de irracionalismo. Al contrario, la razón histórica es aún más racional que la física, más rigurosa, más exigente que ésta. La física renuncia a entender aquello de que ella habla”, pues se limita a explicar nexos causales entre hechos ininteligibles, mientras que la razón vital no acepta nada como mero hecho, quiere comprender.”<sup>283</sup>

O sea, en la naturaleza los hechos suceden y ya, no hay una razón o voluntad por la cual ocurren, solo existen; mientras que en las ciencias de lo humano, hay “razones” por las cuales sucede algo; y son precisamente ellas las que dan destino y dirección al actuar humano. “Si sentimos que hay *razones*, esto quiere decir que estamos en el campo del logos.”<sup>284</sup> Y por ende de lo racional.

---

<sup>281</sup> Ibídem, pág. 541.

<sup>282</sup> RECASÉNS SICHES, Luis.- Nueva Filosofía..., Opere Citato, pág. 157.

<sup>283</sup> Ibídem, pág. 130.

<sup>284</sup> Ibídem, pág. 129.

Ahora bien, más importante aún es la aplicación e interpretación que se haga de las normas jurídicas a un caso en particular: siempre se debe resolver el problema en cuestión a lo que es justo aquí y ahora, o lo que es lo mismo, resolver en equidad.

Luis Recaséns Siches explica que en cuanto hace a la interpretación jurídica no hay formas o métodos, sino que hay **uno solo**, el cual es precisamente en equidad, y:

“... lo que en verdad debiéramos desechar de una vez y para siempre es el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación (literal, subjetivo, subjetivo-objetivo, objetivo, consuetudinario, histórico, analógico, equidad, etc.). Solía hacerse referencia a estos métodos, cuando el jurista se sentía obligado a legitimar la solución que estimaba como justa, usando para ello artificios de lógica que la presentasen como de estricto acuerdo con la ley, cuando tal acuerdo no resaltaba a primera vista como evidente. Entonces se pensaba en cuál sería la decisión justa; y después se probaba cuál de los métodos tradicionalmente registrados y admitidos podría ser presentado, en la *mise en scène* de la sentencia, como habiendo llevado a esa conclusión. Había que ir ensayando uno por uno aquellos métodos para ver cuál entre ellos podía ser presentado como el camino que condujo a la solución satisfactoria. Ahora bien, el análisis que he ofrecido del ejercicio del *logos de lo razonable* o de lo humano, aplicado a la interpretación jurídica, supera aquella pluralidad de métodos. Ante cualquier caso, fácil o difícil, hay que proceder *razonablemente*, percatándonos de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, o de las complementarias que produzca el juez en armonía con dicho sistema positivo, y, conjugando lo uno con lo otro, y lo otro con lo uno, llegar a la solución satisfactoria.

Pero ¿Qué quiere decir eso de la “solución satisfactoria?” Satisfactoria, ¿en qué sentido? Satisfactoria, ¿de qué? Satisfactoria desde un punto de vista estimativo, desde un punto de vista de valoración. Satisfactoria de lo que el orden jurídico considera como sentido de justicia.”<sup>285</sup>

Para Recaséns Siches la interpretación en equidad es la única forma en que se deben analizar las normas jurídicas, cualquiera que estas sean, para

---

<sup>285</sup> *Ibíd.*, págs. 174 y 175.

resolver lo que es justo aquí y ahora, en el caso especial, que es al final de cuentas, la esencia misma de la equidad, la justicia y el Derecho.

No hay formas de interpretación jurídica, existe sólo **la forma de interpretación jurídica**. Cosa que todo jurista, sea juez o abogado, debe tener presente al momento de que conoce cualquier asunto de cualquier materia, su función y misión es resolverlo de forma equitativa, teniendo presente que la solución que se adopte aquí y ahora, probablemente tendrá que cambiar al paso del tiempo o al cambio del espacio, por las características propias de la condición humana; y aunque se tenga pavor de que esta forma de pensar y razonar lleven a la destrucción de la sociedad, este es infundado, pues en particular se considera que, siempre y cuando la razón esté de antemano, el ser humano tendrá una concepción de la justicia muy similar entre sus semejantes<sup>286</sup> que le ayudará a preservar precisamente lo que le hace vivir y sobrevivir en este mundo. Cualquiera que sea su ideología, su religión, etc., si la racionalidad está presente en el pensamiento de cualquier hombre, la idea o representación de la justicia, y de la equidad, reclamará su lugar.

Así, se sostiene que la equidad es imprescindible, inherente y esencial al Derecho, la sociedad y al hombre, cosa de la que, en particular, Recaséns Siches, hace más que demostrarlo, exponiendo de forma clara, precisa y racional esta cuestión, de la cual, estoy seguro muchos autores y el que suscribe estamos en total acuerdo.

#### 4.3 Hans Kelsen

Nacido en Praga (1881); profesor de filosofía del Derecho en la Universidad de Viena (desde 1917); Colonia (1929); Ginebra; y tres años más tarde en Praga (1936), donde permaneció hasta 1940, cuando se trasladó a Estados Unidos, por

---

<sup>286</sup> Ejercicio que hizo magistralmente John Rawls.

el estallido de la segunda guerra mundial; allí enseñó Derecho en la universidad de Harvard, y ciencia política en la universidad de Berkeley (1942), en la misma ciudad falleció el 19 de abril de 1973.<sup>287</sup>

Hans Kelsen es un pensador ius-filosófico angular para entender el fenómeno jurídico en cualquier latitud, considerándose que quien no ha discernido a Kelsen no ha comprendido al Derecho en su forma o estructura más general, siendo su obra más importante, la Teoría Pura del Derecho, un texto obligado para cualquier jurista, aún con las debidas críticas que se le pudieran formular, y que por cierto no tocaremos en este trabajo.

Ahora bien, el tema de la justicia<sup>288</sup> es de vital importancia para nuestro autor, que dedica una obra (¿Qué es la justicia?) significativamente pequeña en cantidad, pero inmensa en calidad y esencia, para tratar precisamente un ideal que ha sido “la pregunta eterna de la humanidad”<sup>289</sup> (similar a lo que se ha realizado en este trabajo, dividido en capítulos a través de los cuales se hace un análisis temático más que cronológico, en el que trata las cuestiones axiológicas, políticas, sociales y, en su caso, culturales, que rodean a esta abstracción. Y aunque nuestro maestro haya tenido infinidad de obras ius-filosóficas, en este apartado nos avocaremos a la obra especializada en cuestión, pues en ella está precisamente condensado el pensamiento de nuestro autor sobre este ideal).

En efecto:

“Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres –desde Platón a Kant. Y sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizás sea porque es una de esas preguntas para las cuales

---

<sup>287</sup> <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.htm> (al 29 de Diciembre de 2014).

<sup>288</sup> El estudio que hace Kelsen de la justicia bien puede ser tomado en consideración para la equidad, ya que cualquier cuestión que se le formule a la primera puede, sin problema alguno, ser formulada a la segunda, al aceptar que ambos ideales se implican recíprocamente esta situación es comprensible y aceptable.

<sup>289</sup> KELSEN, Hans.- “¿Qué es la Justicia?”, Editorial Fontamara, 22ª reimpresión, México, 2009, pág. 7.

vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva sino tan sólo procurar preguntar mejor.”<sup>290</sup>

En este sentido pregunta Kelsen, para empezar a entender qué sea la justicia, ¿Qué es lo que realmente significa la afirmación de que un orden social sea justo?:

“Significa que ese orden regula la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que todos encuentren en él su felicidad. La aspiración a la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, concentrar la felicidad, y por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social.”<sup>291</sup>

Sobre esta serie de ideas el autor en cuestión inicia su estudio y análisis de lo que distintos pensadores de diversas sociedades, a través del tiempo, han entendido por justicia, empezando con la reflexión que Platón hace sobre ella. En un primer acercamiento, el autor heleno afirma que sólo la persona que es justa puede ser feliz y por ende el injusto será desgraciado. Sin embargo esto no contesta, en opinión de Kelsen, la pregunta fundamental, y en cambio engendra una nueva interrogante: ¿Qué es la felicidad?<sup>292</sup>

En este terreno, en el que la felicidad suele ser eminentemente subjetiva, Kelsen da cuenta de que, en su caso, un orden justo que garantice a todos su propia felicidad simplemente no puede existir, ya que la felicidad es, en última instancia, lo que cada uno considera como tal. “En este caso, es imposible evitar que la felicidad del uno entre en conflicto con la felicidad del otro.”<sup>293</sup> Reforzando esta afirmación con un ejemplo muy coloquial, el amor:

“El amor es la más importante fuente de felicidad y de desgracia. Supongamos que dos hombres aman a una misma mujer y que ambos –con o sin razón- creen no poder ser felices sin ella. Pero de acuerdo con la ley, y tal vez de

---

<sup>290</sup> *Ibíd*em, pág. 8.

<sup>291</sup> KELSEN, Hans.- *“Teoría General del Derecho y del Estado”*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimpresión de la tercera edición, México, 2010, págs. 6 y 7.

<sup>292</sup> *Cónfer*, KELSEN, Hans.- *¿Qué...?*, Opere Citato, pág. 10.

<sup>293</sup> *Ídem*.

acuerdo con sus propios sentimientos, esa mujer no puede pertenecer más que a uno de los dos. La felicidad de uno provoca irremediablemente la desgracia de otro. Ningún orden social puede solucionar este problema de una manera justa, es decir, hacer que ambos hombres sean felices. Ni el mismo célebre juicio del Rey Salomón podría conseguirlo.”<sup>294</sup>

No puede existir un orden que subsane todos los inconvenientes que acaecen por situaciones fundamentalmente subjetivas, ni mucho menos a situaciones de orden natural, en cuanto a las diferencias que hay entre personas sanas y enfermas; inteligentes y tontas, etc.<sup>295</sup>, aunque se haga el intento de nivelar esas desigualdades, las mismas existen y al final de cuentas, en cierta medida, menoscabar a una clase o sector mayoritario en pro y beneficio de un sector minoritario es, como se puede constatar, injusto. Así la afirmación de Platón, en el sentido de que la justicia es la felicidad no responde, a juicio de nuestro maestro, satisfactoriamente la interrogante de ¿Qué es la justicia?

Tampoco lo hace el utilitarismo de Jeremías Bentham (la mayor felicidad posible del mayor número posible), magistralmente refutado por John Rawls<sup>296</sup>, pues no porque haya un número mayor de beneficiados, sacrificando la felicidad de algunos, deja de ser injusto, porque la felicidad de la que se habla no puede ser una felicidad individual-subjetiva, sino colectiva-objetiva que engloba a toda persona que forma parte de una sociedad determinada.

“Esto quiere decir que por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador y que son dignas de ser satisfechas. Tales, por ejemplo, la necesidad de alimentos, de vestido, habitación y otras del mismo estilo[...] El deseo de justicia es tan elemental y está tan hondamente arraigado en el corazón del hombre, por ser precisamente la expresión de su inextinguible deseo de subjetiva y propia felicidad.”<sup>297</sup>

---

<sup>294</sup> Ídem.

<sup>295</sup> Cónfer, *Ibíd*em, págs. 12 y 13.

<sup>296</sup> Ver 4.1.

<sup>297</sup> KELSEN, Hans.- ¿Qué..., Opere Citato, pág. 14.

Ahora bien, para que pueda ser trasladada la visión de la justicia, del ámbito individual al colectivo, debe tener una metamorfosis similar a la que acaece con la libertad, y en este mismo sentido:

“La idea de libertad es a menudo identificada con la idea de justicia y, así, un orden social es justo cuando garantiza la libertad individual. Como la verdadera libertad, es decir, la libertad de toda coacción de todo tipo de gobierno, es incompatible con el orden social, cualquiera que éste sea, la idea de libertad no puede conservar la significación negativa de un mero ser-libre de todo gobierno. El concepto de libertad debe aceptar la importancia que tiene una determinada forma de gobierno. Libertad debe significar gobierno de la mayoría y, en caso necesario, contra la minoría de los súbditos. La libertad de la anarquía se transforma así en la autodeterminación de la democracia. De la misma manera, se transforma la idea de justicia, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que protege determinados intereses, precisamente aquellos que la mayoría de los sometidos a dicho orden reconoce como valiosos y dignos de protección.”<sup>298</sup>

Recordando que, precisamente, no puede prevalecer la libertad frente a la justicia, pues esto acarrearía que los más vulnerables, sean quienes sean, queden a merced de los más poderosos. Pero en cuanto se hace una protección a ciertos intereses, la dificultad ya no solo recae en aclarar el sentido de la justicia en este nuevo esquema, también acarrea la cuestión de saber, de todos estos intereses humanos cuáles son los que verdaderamente valen la pena proteger y en su caso, cuál es la jerarquía entre ellos. Puesto que no puede refutarse que:

“el conflicto de intereses aparece cuando [...] el uno puede ser realizado únicamente en la medida en que el otro es pospuesto, o cuando es inevitable el tener que preferir la realización del uno a la del otro y decidir cuál de ambos valores es el más importante y, por último, establecer cuál es el valor supremo.”<sup>299</sup>

Siendo, en opinión del maestro vienes, “imposible decidirse de una manera **científico**-racional por cualquiera de estos juicios de valor fundados en tan contradictorias concepciones.”<sup>300</sup> Lo que sin duda tiene razón, desde ámbito

---

<sup>298</sup> Ibídem, págs. 15 y 16.

<sup>299</sup> Ibídem, pág. 16.

<sup>300</sup> Ibídem, pág. 20.

científico, puesto que estas cuestiones son prácticamente imposibles de resolver por la misma condición de la pregunta en que no hay cabida para situaciones valorativas, sin embargo se considera que en el campo racional sí tienen una solución, aunque sea de forma relativa.

Sobre esta interrogante por ejemplo, puede argumentarse que la vida humana es el valor que prevalece sobre todos los demás, y:

“La consecuencia de esta concepción es la prohibición absoluta de dar muerte a un ser humano aún en caso de guerra o de pena capital. Esta es, como se sabe, la posición de los que se niegan a prestar servicio militar o rechazan por principio la pena de muerte. Opuesta a esta posición hay otra convicción moral que sostiene que el valor supremo es el interés y el honor de la nación. Por lo tanto, todos están obligados a sacrificar su vida y a matar en caso de guerra a los enemigos de la nación, cuando los intereses y el honor de ésta así lo exijan.”<sup>301</sup>

Otro ejemplo que esquematiza esta problemática es la situación de un esclavo o un prisionero de guerra, donde la fuga es prácticamente imposible, se formula la interrogante de si el suicidio es moral o no.

“La solución depende de la decisión que determina cuál de los dos valores, vida o libertad, es superior. Si la vida es el valor más alto, el suicidio es injusto, si lo es la libertad y si una vida sin libertad no tiene valor alguno, el suicidio no es entonces tan solo permitido sino exigido. En este caso sólo es posible una solución subjetiva, una solución que únicamente tiene valor para el sujeto que juzga y que en ningún caso alcanza la validez universal que posee, por ejemplo, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este último es un juicio de realidad y no de valor.”<sup>302</sup>

Kelsen también analiza, sobre esta misma línea de pensamientos, que la problemática que surge al ver limitados, de forma extrema o considerable limitación, la libertad individual frente a un sistema económico libre, o de economía planificada, dependerá de que se decida qué valor es más importante: si el valor de la libertad individual o el valor de la seguridad económica. Obviamente refiriéndose a los sistemas de producción capitalista y socialista. En los que cada

---

<sup>301</sup> Ibídem, págs. 19 y 20.

<sup>302</sup> Ibídem, pág. 21.

uno de ellos tendrá una visión de la justicia, cambiando radicalmente una de otra. Pues mientras uno apela por el sentimiento individualista y liberal, el otro defenderá o se inclinará por la seguridad económica.<sup>303</sup> En su caso la solución que pretendamos dar a todos estos problemas, en opinión de Hans Kelsen, es “nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia” y por ende carecerá de científicidad y objetividad.

Kelsen se ayuda de otro ejemplo que cae inevitablemente en este contexto. Si un médico descubre que su paciente tiene una enfermedad incurable que en poco tiempo provocará su muerte ¿el medico deberá decir la verdad al enfermo, o puede mentir y decir todo lo contrario?

“La decisión depende de la jerarquía que se establezca entre ambos valores: verdad o compasión. Decir la verdad al enfermo equivale a mortificarlo con el temor de la muerte, mentir significa ahorrarle este sufrimiento. Si el ideal de la verdad es superior al de la compasión, el médico debe decir la verdad, en caso contrario deberá mentir. Pero cualquiera que sea la jerarquía de estos dos valores, es imposible dar a esta pregunta una respuesta fundada en consideraciones científico-rationales.”<sup>304</sup>

En efecto, a lo que Kelsen quiere llegar con toda esta serie de ejemplos es que la solución al problema de la jerarquía de los valores, del cual la justicia es el mayor de todos, es al final de cuentas difícil de superar con una metodología fundamentalmente científicista, ya que esta dependerá de a quien se le pregunte sobre esta jerarquía; a un cristiano o a un materialista; al liberalismo o al socialismo, “la respuesta tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y por lo tanto relativo.”<sup>305</sup>

Ahora bien, al ser el hombre un ser social, la percepción que se tengan de los valores dependerá en gran medida del círculo social en el que se desenvuelva, *verbi gatia*, familia, tribu, clan, casta, profesión, etc., los que darán un parámetro de lo que es la justicia.

---

<sup>303</sup> *Ibíd*em, pág. 22.

<sup>304</sup> *Ibíd*em, pág. 23.

<sup>305</sup> *Ibíd*em, pág. 26.

“La conducta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande come al pequeño, tanto en el reino animal como en el humano. Pero cuando un “pez humano”, movido por sus instintos, se conduce de esta manera, procura justificar su conducta ante sí mismo y ante los demás y tranquilizar su conciencia con la idea de que su conducta con respecto al prójimo es buena”<sup>306</sup>

Aquí la relación que se tiene entre medio y fin, es similar a lo que ocurre en la naturaleza con la causa y el efecto, sin embargo esta relación no puede ser abordada igual a lo que ocurre en las ciencias sociales y al Derecho, pues en este caso se tienen que contar con las razones para llegar a determinado fin. Ahora las razones surgen porque, como lo enuncia Kelsen, el hombre es un ser racional y tiene la necesidad de justificar su conducta frente a sí mismo<sup>307</sup> y a los demás para calmar esa “conciencia”, a la que el autor hace referencia, y pensar que lo que están haciendo es bueno y correcto. Cosa similar sucede con el legislador al momento de crear las leyes, en las que pretende saber cuál sanción es la más justa para disuadir la comisión de ciertas conductas. Desafortunadamente, y esto es inevitable<sup>308</sup>, no existe la fórmula ni tenemos el conocimiento exacto que nos permita llegar a saber esa “ecuación” mágica para establecer este resultado universal.

Ahora ¿el fin justifica los medios? En opinión del que suscribe ni el fin justifica los medios ni los medios al fin, ya que si cualquiera de ellos es “incorrecto”, dentro del campo de la Ética y la moralidad, la empresa debe dejarse de lado por la “maldad” intrínseca de cualquiera de sus dos elementos.

Es bien sabido que todas las cuestiones abstractas anteriores, son de difícil solución, y que inclusive Hans Kelsen afirma están “más allá de la razón humana que sólo puede lograr una solución limitada –y en este sentido, relativa- del

---

<sup>306</sup> *Ibidem*, pág. 30.

<sup>307</sup> Es en este momento en el que se pudiera refutar a Kelsen sobre la **racionalidad**, ya que como lo dice Recaséns Siches, la lógica que se utiliza en el Derecho es la de “lo razonable” y es por esta razón que se necesita justificar razonablemente la conducta humana de acuerdo al ideal fundamental del Derecho: justicia.

<sup>308</sup> Cada hombre, e inclusive uno mismo, responderá de diferente forma a circunstancias iguales, pues su calidad humana no le permite ser una máquina para que a determinados factores se obtenga un resultado igual en todos los tiempos y en todos los lugares. Sinceramente considero que esta “fórmula” no existe.

problema de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana.”<sup>309</sup>

“Pero la necesidad de una justificación absoluta parece ser más fuerte que toda consideración racional. Por esto busca el hombre esta justificación, es decir, la justicia absoluta, en la religión y en la metafísica. Pero esto significa que la justicia es desplazada de este mundo a un mundo trascendente. Será la característica esencial y su realización la función esencial de una autoridad sobrenatural, de una deidad cuyas características y funciones son inaccesibles al conocimiento humano. El hombre debe creer en la existencia de Dios, es decir, en la existencia de una justicia absoluta, pero es incapaz de comprenderla o sea de precisarla conceptualmente. Los que no pueden aceptar esta solución metafísica del problema de la justicia pero conservan la idea de los valores absolutos con la esperanza de poder definirla racional y científicamente, se engañan a sí mismos con la ilusión de que es posible encontrar en la razón humana ciertos principios fundamentales que constituyen estos valores absolutos que, en verdad, están constituidos por elementos emocionales de la conciencia. La determinación de valores absolutos en general y la definición de la justicia en particular que de este modo logra, son fórmulas vacías mediante las cuales es posible justificar cualquier orden social.

Por esto no es extraño que las numerosas teorías sobre la justicia que se han formulado desde los tiempos antiguos hasta hoy, puedan ser reducidas a dos tipos fundamentales: uno metafísico-religioso y otro racionalista, o mejor dicho, pseudo racionalista.”<sup>310</sup>

Con lo anterior, pásese a examinar precisamente, las concepciones metafísicas de la justicia:

“El clásico representante del tipo metafísico es Platón. La justicia es el problema central de toda su filosofía. Para solucionar este problema desarrolla su célebre teoría de las ideas. Las ideas son entidades trascendentes que existen en otro mundo, en una esfera inteligible, inaccesible para los hombres, prisioneros de sus sentidos. Representan esencialmente valores, valores absolutos que deben ser realizados en el mundo de los sentidos aunque, en verdad, nunca pueden serlo completamente. La idea fundamental a la cual están subordinadas todas las demás y de la cual obtienen su validez, es la idea del bien absoluto; esta idea desempeña

---

<sup>309</sup> KELSEN, Hans.- ¿Qué..., Opere Citato, págs. 35 y 36.

<sup>310</sup> Ibíd., págs. 36 y 37.

en la filosofía de Platón el mismo papel que la idea de Dios en la teología de cualquier religión. La idea del bien encierra en sí misma la idea de justicia, esa justicia a cuyo conocimiento aspiran casi todos los diálogos de Platón. La pregunta: ¿Qué es la justicia? Coincide con la pregunta: ¿Qué es bueno? o ¿Qué es lo bueno? Platón realiza en sus diálogos numerosos intentos para responder a estas preguntas en forma racional. Pero ninguno de estos intentos conduce a un resultado definitivo. Cuando parece haberse logrado una definición, aclara inmediatamente Platón por boca de Sócrates, que son necesarias aún otras investigaciones. Platón remite con frecuencia a un método específico de razonamiento abstracto, libre de toda representación sensible, la llamada dialéctica que –como él afirma- capacita a aquellos que la dominan, para comprender las ideas. Pero el mismo Platón no emplea este método en sus propios diálogos o al menos no nos comunica los resultados de esta dialéctica. Llega incluso a decir taxativamente que la idea del bien absoluto está más allá de todo conocimiento racional, o sea más allá de todo razonamiento. En una de sus cartas, la VII, en donde da cuenta de los motivos profundos y de los últimos fines de su filosofía, declara que no puede existir una definición del bien absoluto sino tan sólo una especie de visión del mismo y que esta visión se hace efectiva en forma de vivencia mística que logran solo aquellos que gozan de la gracia divina; además, es imposible describir con palabras el objeto de esta visión mística, es decir, el bien absoluto. De aquí –y ésta es la última conclusión de esta filosofía- que no se pueda dar ninguna respuesta al problema de la justicia. La justicia es un secreto que Dios confía –si es que alguna vez lo hace- a muy pocos elegidos y que no deja nunca de ser tal pues no puede ser transmitido a los demás.”<sup>311</sup>

Dentro de esta sección de las concepciones metafísicas de la justicia, Kelsen hace hincapié en que la idea de Platón se acerca mucho a la prédica de Jesús, donde la justicia tiene un papel central. Mientras que el nazareno rechaza la fórmula “racionalista” del antiguo testamento “ojo por ojo, diente por diente”:

“Jesús proclama la nueva y verdadera justicia, el principio del amor: el mal no debe pagarse con el mal sino con el bien, no rechazar el mal sino el delincuente y amar al enemigo.”<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> Ibídem, págs. 39, 40 y 41. (lo subrayado es mío para hacer énfasis en cómo hasta Kelsen, tácitamente, acepta que la justicia en sí es algo “bueno”, aunque también sea inefable).

<sup>312</sup> Ibídem, pág. 42.

Claro que este amor está más allá de toda realidad social de cualquier orden posible, ya que el ser humano no es, en efecto, “un ángel, pero tampoco un demonio”<sup>313</sup>. Además, Jesús rechaza el amor mundano que hay entre los hombres (el amor que une a un hombre con una mujer, el amor de ambos que los une a sus hijos, etc.). “El amor que enseña Jesús no es el amor de los hombres. Es el amor que hará que los hombres sean tan perfectos como Su Padre en el Cielo, que hace salir el sol sobre los malos y buenos y llover sobre justos e injustos.”<sup>314</sup> Es, en pocas palabras algo que escapa a la comprensión humana y a su racionalidad, no podemos entenderlo, y por ende tampoco a la justicia.

Ahora bien pasando a las formulas vacías que existen sobre la justicia, Hans Kelsen hace una revisión rápida de ellas para dejar en claro, según una científicidad a ultranza, nada dicen. Son básicamente dos, en los que el autor hace uso de estas a través de ejemplos para dejar ver que realmente no solucionan el problema de explicar ¿Qué es la justicia?

La primera: “dar a cada quien lo suyo”, atribuida a uno de los siete sabios de la Grecia antigua, en opinión de Kelsen es fácilmente demostrable la calidad de vacía. ¿Qué es lo que cada uno puede considerar realmente como lo suyo? Esta cuestión solo puede ser solucionada cuando ya se sabe de antemano lo que es lo suyo de cada quien, de conformidad a un sistema normativo, por leyes o por costumbre, en el que se establecen los lineamientos sobre los cuales una persona puede asumir que le corresponde tal o cual cosa.

“Por esto, la fórmula “a cada uno lo suyo” puede servir para justificar cualquier orden social, sea este capitalista o socialista, democrático o aristocrático. En todos ellos se da a cada uno lo suyo, solo que “lo suyo” es en cada caso diferente.”<sup>315</sup>

---

<sup>313</sup> “Si los hombres no son demonios tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible.” HART, H. L. A.- “El Concepto de Derecho”, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina 1992, pág. 242.

<sup>314</sup> KELSEN, Hans.- ¿Qué..., Opere Citato, pág. 43.

<sup>315</sup> *Ibíd*em, pág. 46.

Segunda: “bien por bien, mal por mal” (principio de represalia). Antes se hace una aclaración que viene a ser una pregunta fundamental en la filosofía en sí, ¿Qué es lo bueno y qué lo malo?, en dicho de Kelsen estas ideas han cambiado a través del tiempo dependiendo según los distintos pueblos que han establecido su visión de maldad o bondad. Ahora bien en la maldad de la pena para la maldad del delito se expresa, a través de este principio, la técnica especifica el Derecho positivo, mas esto acaece en cualquier norma jurídica positiva<sup>316</sup>, y viene a ser el gran inconveniente de la justicia sin dar solución a la misma: ¿Cuándo una pena será justa para un delito determinado?

Este mismo principio está asociado, en cuanto a simetría se refiere, al principio de igualdad, en el sentido de que todos los hombres son iguales y por ende deben ser tratados de la misma manera. Pero esto no puede ser llevado lisa y llanamente, pues sería absurdo tratar a los niños de la misma manera que a los adultos, los locos igual que los cuerdos. ¿Cuáles son pues las diferencias que deben ser tenidas en cuenta y cuales las que no? Esta es la pregunta decisiva, y el principio de igualdad no da respuesta alguna a la misma.<sup>317</sup> Lo mismo que sucede con la igualdad ante la ley, pues es ella la que delimita esa igualdad, y como lo expresa el mismo Kelsen: “este principio difícilmente tiene algo que ver con la igualdad. Expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido.”<sup>318</sup> ¿Y qué hay de este principio cuando es trasladado a las relaciones laborales?:

“La verdadera igualdad y, por lo tanto, la verdadera y no la aparente justicia, se logra únicamente en una economía comunista, en donde el principio fundamental es: de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades[...] el principio comunista de justicia –en tanto éste pretenda ser considerado como tal– termina en la norma. De cada uno según sus capacidades reconocidas por el orden

---

<sup>316</sup> Cónfer, *Ibíd*em, pág. 47.

<sup>317</sup> Cónfer, *Ibíd*em, pág. 49

<sup>318</sup> *Ibíd*em, pág. 51.

social comunista, a cada uno según las necesidades determinadas por este orden social.”<sup>319</sup>

Otra forma de aplicación del principio de igualdad es la fórmula conocida con el nombre de regla áurea: “no hagas a los demás lo que tú no quieras que a ti te hagan”. Llevada esta regla al absurdo se podría pensar que el delincuente no debe ser castigado, pues yo no quisiera que se me castigase, aun cometiendo un delito, pues en dicho de Kelsen, cierto es que a nadie le gusta que lo castiguen. Más bien:

“Su significado debe ser: concúctete con los demás como éstos deban conducirse contigo; y, en realidad, éstos deben conducirse de acuerdo con un orden objetivo. Pero, ¿Cómo deben conducirse? Esta es la pregunta de la justicia. Y la respuesta a la misma no la da la regla de oro sino que la presupone. Y puede presuponerla porque lo que está presuponiendo es precisamente el orden de la moral positiva y del derecho positivo.”<sup>320</sup>

Ahora bien, la regla aurea, llevada a un grado aún más objetivo lleva a centrar la atención al célebre imperativo categórico de Kant, que constituye el resultado esencial de su filosofía moral y su solución al problema de la justicia. Este imperativo afirma: “concúctete de acuerdo con aquella máxima que tu desearías se convirtiera en ley general”<sup>321</sup> Pero, interroga Kelsen: ¿cuáles son estas normas que podemos o debemos desear que sean obligatorias para todos?, él mismo contesta que es precisamente esta cuestión la pregunta fundamental de la justicia, lo que hace que esta fórmula sea vacía.

Al volver su atención a Aristóteles da cuenta que en toda su filosofía ya están presupuestos ciertos elementos que se supone deben ser explicados; y que su ética es una ética de la virtud, en la cual la justicia es la más alta, la virtud perfecta. Primero para determinar las virtudes o, lo que es lo mismo, responder a la pregunta ¿Qué es lo bueno?, el autor heleno se sirve de un método geométrico-matemático para responder que:

---

<sup>319</sup> Ibídem, pág. 53 y 55.

<sup>320</sup> Ibídem, pág. 58.

<sup>321</sup> Ibídem, pág. 60.

“la virtud es el punto medio entre dos extremos, es decir, entre dos vicios: el vicio de exceso y el vicio de defecto. Así por ejemplo, la virtud del valor es el punto medio entre el vicio de la cobardía, “falta de coraje”, y el vicio de la temeridad, “exceso de coraje.” Esta es la conocida doctrina del mesotes. Para poder juzgar esta doctrina es necesario tener en cuenta que un geómetra sólo puede dividir una línea en dos partes iguales si se supone que los dos puntos finales están ya dados; en este caso, el punto medio está también ya dado con ellos, es decir, está dado de antemano.”<sup>322</sup>

Sin embargo esto implica saber qué es el vicio y qué la virtud, lo que Aristóteles lo presupone, en dicho de Kelsen, en la moral tradicional de su época, respondiendo así a las cuestiones de ¿Qué es lo malo; lo bueno, el vicio y la virtud?, dejando “librada la respuesta de esta pregunta a la moral positiva y al orden social existente.”<sup>323</sup> O en otras palabras, es la autoridad quien determina todos estos factores, incluyendo la justicia o injusticia, y lo bueno y justo será aquello que lo es para el orden social existente, en el que se conserva y mantiene este orden.

### Y ¿Qué hay con el Derecho Natural?

“La teoría del derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas que surge de la naturaleza: de la naturaleza en general, o de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón[...] Si se supone que la naturaleza es creación divina, sus normas inmanentes –el derecho natural- son expresiones de la voluntad divina. En este caso, tiene la teoría del derecho natural un carácter metafísico. Cuando se hace derivar el derecho natural de la naturaleza del hombre en cuanto ser dotado de razón –sin hacer referencia a un origen divino de esta razón-, cuando se acepta que puede encontrarse el principio de la justicia en la razón humana –sin necesidad de recurrir a la voluntad divina- aparece la teoría del derecho natural con ropajes racionalistas.”<sup>324</sup>

---

<sup>322</sup> Ibídem, pág. 64.

<sup>323</sup> Ibídem, pág. 65.

<sup>324</sup> Ibídem, págs. 69 y 70.

En dicho de Kelsen, la postura metafísica no puede ser tenida en cuenta precisamente por su falta de cientificidad, mientras que la posición racionalista es evidentemente insostenible, ya que en la naturaleza las cosas son un conjunto de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, o en otras palabras: “De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o suceder.”<sup>325</sup> Las normas jurídicas solo pueden emanar de la voluntad del hombre para limitar o delimitar su propia conducta, no de una voluntad divina, si se excluye la visión metafísica, o de los hechos que solo son.

Ahora, en este mismo sentido, no es sorpresa que, dentro del iusnaturalismo, sus adeptos no se hayan puesto de acuerdo en lo que es la naturaleza o la justicia y que muchas de sus concepciones sean diametralmente opuestas entre sí. No obstante esto, están de acuerdo que la justicia juega un papel central dentro del Derecho Natural, aunque no todos se pongan en un mismo sentido de lo que esta palabra sea.

Finalmente, en cuanto hace al absolutismo y relativismo respecto a nuestro tema, Kelsen dice algo muy acertado:

“Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto.”<sup>326</sup>

También, si hay una justicia absoluta, mediante una lógica Aristotélica, no puede haber una justicia relativa, y que si bien es cierto que a lo que, en nuestro entendimiento como hombres, podemos aspirar es solo a describir la justicia relativa, ella misma necesita de la tolerancia de todos para que la vida en comunidad sea, de hecho, posible. Siendo, en opinión de Kelsen, la democracia, como forma de gobierno, el camino más favorable que garantiza la libertad y tolerancia, que necesita, a su vez, la ciencia para que florezca.

---

<sup>325</sup> *Ibidem*, pág. 71.

<sup>326</sup> *Ibidem*, pág. 75.

Hans Kelsen dice, que no ha sido capaz de responder a la pregunta con que empezó el ensayo, en el cual nos concretamos, y que sería presunción suya hacer creer a los lectores que pudo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron:

“En realidad, yo no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.”<sup>327</sup>

Precisamente con estas palabras termina Kelsen, para decirnos algo que muchos nos resignamos a saber, la justicia es un ideal que la humanidad sigue buscando, pero aún a pesar de los siglos, no lo ha encontrado, y que no por ello desiste en su empresa.

---

<sup>327</sup> *Ibíd.*, pág. 83.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a lo investigado, analizado y aprendido, no solo en el presente trabajo, sino en toda la carrera (pues desde que se entra a la facultad uno se da cuenta que éste ideal está en todas partes, pero en ningún lugar; todos hablan de ella pero nadie puede decir qué es), con la intención de develar que, en mi caso, no dejaré de pensar, meditar y estudiar sobre ella ya que precisamente esta labor me acercará más a ser jurista, se llega a las siguientes conclusiones.

Primera.- La justicia es sinónima de la equidad y viceversa (convergiendo en este mismo juego de sinónimos la razón, ya que para que algo sea justo debe ser también racional). Es, como lo expone Aristóteles, una y la misma cosa, y su aparente disimilitud sólo está dada por el grado de generalidad o especificidad, siendo la justicia general, mientras la equidad especial.

Segunda.- Este ideal en efecto ha estado presente prácticamente en todos los tiempos y en todas las culturas siendo los distintos autores que lo tratan prueba de ello. La abstracción de que no es algo bueno, valido, racional o justo cualquier cosa que no busque la excelencia humana, es común a cualquier comunidad de hombres que se han preocupado, al menos un poco, por la filosofía, cambiando muy poco la perspectiva de esta excelencia, en la que la justicia, y por ende la equidad, son piezas fundamentales de esta anhelada perfección.

En este sentido se concuerda cabalmente con Lon Fuller cuando expone la “moral de aspiración”; en la que ella misma da una idea general de esta excelencia a la que debemos aspirar, sin que por ello proporcione las indicaciones seguras para lograrla. Eso ya depende de cada persona.

Tercera.- El hombre, a pesar de todo, no ha podido dar una definición única y universal de la justicia ni de la equidad, por depender de ella, sin embargo, no deja ni dejara de perder protagonismo en el pensamiento jurídico, político, social, cultural, etc., para seguir siendo tema de análisis, comprensión y discusión.

Cuarta.- Los romanos y su Derecho tenían muy clara la forma de utilizar a la equidad, sobre todo en la *praxis jurídica*, como una idea, si bien “rebuscada”, eficiente y eficaz, que hacía que su Derecho evolucionara de conformidad a esa justicia especial (no por nada su duración de más de mil años).

Aunado a lo anterior se sabía claramente cuál era el lugar que tenía dentro del *Ius* (central, medular, esencial, etc.), cosa de la que vergonzosamente el neo-romanismo se apartó en grado sumo, en mi opinión, para decadencia del propio Derecho.

Quinta.- Los juristas de hoy deben buscar la forma de reivindicar a la equidad para que la *lex* no desplace al *Ius*, y no se tenga si quiera la idea de que se llegue un día a prescindir de los hombres virtuosos (jueces y abogados) para decidir sobre un asunto de Derecho, y sean los ordenadores, las computadoras o una fórmula matemática quienes hagan ese trabajo.

Sexta.- El Derecho exige de sus estudiosos y de sus estudiantes más allá de la simple objetividad.

Requiere de la racionalidad que permita entender los beneficios y peligros que encierran la objetividad y la subjetividad por sí mismas; comprender que se necesita de la objetividad para que nuestras emociones y sentimientos no nublen el pensamiento y visión de lo que algo es y al mismo tiempo no dirijan nuestro actuar; pero también que los valores e ideales son esa luz, lejana pero real, a la perfección y sublime existencia del hombre mismo, sin las cuales estaríamos perdidos en un océano en el que “como ya nada importa, todo vale.”

Implica saber cuándo es necesaria la objetividad; cuando es necesaria la subjetividad y por sobre todo, la combinación de ambas al servicio de la justicia, siendo la razón, en todo momento y en todo lugar, la que gobierne nuestra vida en general. La razón por encima de la objetividad y de la subjetividad.

Séptima.- La equidad, como la justicia, tienen un grado muy alto de indeterminación. Consecuencia de ello, se ha buscado elogiar una certeza legal

que asemeje una “verdadera científicidad”, en perjuicio y menosprecio de los principios y valores que son eminentemente jurídicos.

Sin embargo en este camino hacia una objetividad pura se olvida por completo, o al menos así pareciera, que la ley es solamente una manifestación del poder público, que tiene carácter volitivo más que intelectual; que no es más que una mera referencia, y como tal debe tener su verdadero lugar dentro del Derecho: solo como instrumento jurídico (el más simple por cierto), que puede haber dentro de todo el universo del Derecho. Consiguientemente no debe tenerse a la ley en un pedestal, porque nunca tendrá el mismo valor ni la importancia que tiene TODO el *Ius*.

Octava.- Es claro que aún en un sistema ultra formalista las leyes buscan, en el peor de los casos, un mínimo de justicia y que, al ser la ley como la justicia algo general, la única forma en que esta se materialice es por vía de la equidad, por ello es que debe ser más familiar su presencia, para que al llegar a un juicio esto sea, como en el antiguo Derecho romano, algo normal.

Novena.- Luis Recaséns Siches está en un acierto al señalar que toda norma jurídica tiene una y solo una forma de interpretación, la que se hace en equidad. Así, todo jurista antes de empezar a resolver cualquier problema jurídico debe pensar en buscar la solución más justa para el aquí y el ahora, y una vez tomada, proseguir por el camino que lleve a ella; en otras palabras, se debe cambiar la forma de pensar, *id est*, de iniciar con la ley y terminar con ella, pasar a analizar el problema, pensando con equidad para terminar en una solución al problema de manera justa (claro está que en este camino estará presente la ley, mas su importancia es secundaria).

Décima.- La justicia absoluta aun no es conocida o comprendida por el hombre, y puede que tal vez nunca lo sea; pero en definitiva este “hermoso sueño de la humanidad” está presente, en el corazón o en la razón del hombre. Existe y es misión de todo jurista no desistir en su búsqueda y en su defensa, pues somos sus humildes paladines.

Décima primera.- No es cierto que no tengamos, todos los hombres de la faz de la tierra, una noción o idea, por diferentes que podamos ser, de la justicia y de la equidad; inclusive todos y cada uno de los seres en comento sabemos cuándo es que estamos obrando mal e injustamente, solo que fingimos demencia solo por un aparente beneficio.

Décima segunda.- La equidad es algo tan vasto que en este trabajo se hizo un enfoque eminentemente romanista, no obstante en el sistema de *Common law* existe la *equity* que al igual que la equidad es un mundo, el cual sólo he visto desde el espacio, y no he conocido a profundidad como lo he hecho con la equidad, sin embargo, y para no dejar sin atender este mundo, es que se anexa un apéndice a esta tesis, que no por ser un agregado deja de ser importante.

Décima tercera.- En efecto, la justicia y la equidad, son elementos fundantes e inherentes a toda sociedad humana.

Décima cuarta.- Termino con una afirmación de Lon Fuller, que inclusive hago mía y estoy totalmente de acuerdo con ella. Desde que la conocí me convenció y me ayudó a entender más este ideal, valor, principio... y que en estas líneas quiero reproducir:

“[...]podemos saber lo que es evidentemente injusto sin comprometernos a decir con determinación cómo sería la justicia perfecta.”

## APÉNDICE

Como se comentó en líneas anteriores, en este tema de la equidad hay todo un sistema jurídico en nuestros días que es aún más fiel a la idea de la *aequitas* que el propio neo-romanismo, en todo ámbito: filosófico, académico, jurisprudencial, etc., aunque reniega de la influencia romana. El *Common Law* es ciertamente el sistema jurídico contemporáneo que le ha dado el lugar que merecidamente tiene la equidad, y que por ello no podía dejar de explicarse, aunque de forma laxa.

Ahora bien, el Derecho anglosajón, especialmente el Derecho inglés, tiene especificidades en cuanto a este tema se refiere, muy interesantes, que no conviene dejar de lado en un trabajo de estas características, con el tema central que se estudia.

En efecto:

“Más que ningún otro derecho, el derecho inglés, es un espejo del acontecer histórico del país. El sistema legal de Inglaterra se ha ido configurando a lo largo del tiempo gracias a la confluencia de distintos elementos; en particular las diversas fuentes jurídicas, que reflejan las distintas ideologías, doctrinas, instituciones y una manera específica de pensar, todo lo cual constituye lo que se puede llamar la tradición jurídica inglesa.”<sup>328</sup>

El *Common law*, traducido literalmente es ley Común, y debe interpretarse como Derecho común. Este Derecho entendido como aquellas normas que regulan la conducta de los individuos de acuerdo con la costumbre que ellos mismos tienen respecto de ciertas circunstancias.

No obstante que el Reino Unido de Gran Bretaña no fue conquistado como tal por los romanos, en cierta medida sí hubo una penetración del Derecho Romano en ese territorio. En parte por una invasión parcial que impulsó Claudio en el siglo I, hasta el siglo V “abarcando la conversión al cristianismo de los

---

<sup>328</sup> MORINEAU, Marta.- “Una Introducción al Common Law”, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, segunda reimpresión, 2004, pág. 9.

anglosajones en la época de San Agustín de Canterbury, fuera ya de la influencia romana, en el año de 596.”<sup>329</sup>; en el Derecho Canónico que se utilizó en diversas resoluciones de la iglesia inglesa, etc.

Ahora, debe hablarse de una distinción en el Derecho inglés que tiene una repercusión importante para el tema en análisis. En Inglaterra hay diferencia entre el *common law* (Derecho común o consuetudinario) y el *statute law* (Derecho estatutario o legislativo). El *Common law* es:

“un Derecho consuetudinario típicamente anglosajón que surge directamente de las relaciones sociales y es recogido por los jueces nombrados por el rey; en una segunda fase, se convierte en un Derecho de elaboración judicial, en cuanto que está constituido por reglas utilizadas por los jueces para resolver las distintas controversias (reglas que se convierten en vinculantes para los juicios sucesivos, según el sistema del precedente obligatorio). Al *common law* se contraponen el *Derecho estatutario*, establecido por el poder soberano (es decir, por el rey, y, en un segundo momento, por el rey y el parlamento).”<sup>330</sup>

Esta característica es muy similar a lo que existía en Roma respecto de la *Autoritas* y la *Potestas*, la primera de ellas, la Autoridad para crear Derecho, y la segunda la potestad para crear leyes, cosa que como ya se ha visto, no es lo mismo y tampoco tienen la misma importancia. Cuestión que en el Derecho inglés está más que entendida, ya que: "En Inglaterra ha permanecido nominalmente siempre en vigor el principio por el que el Derecho estatutario es válido en cuanto no contradice al Derecho común: el poder del rey y del Parlamento debía estar limitado por el *common law*." Esto se debió, principalmente porque:

“En el siglo XIV, los particulares, cuando no pudieron obtener justicia de los tribunales reales, empezaron a llevar sus quejas directamente al rey, quien a su vez, las turnó al canciller, como la persona idónea para resolverlas, siendo, como era, el funcionario más cercano a su persona, considerado, además, como el guardián de la conciencia del monarca. De ahí que, para encargarse de estos asuntos, el canciller tuviera que crear un nuevo tribunal, que fue el Tribunal de la Cancillería[...]

---

<sup>329</sup> LÓPEZ MONROY, José de Jesús.- “Sistema jurídico del Common law”, Editorial Porrúa, México 2006, pág. 5.

<sup>330</sup> BOBBIO, Norberto, *Opere Citato*, pág. 50.

El tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*), al principio funcionó como tribunal de equidad. De tal forma, el canciller, para llegar a una decisión, debía tomar en cuenta las circunstancias especiales del caso, la intención más que la forma y procurar, además, hacerlo en el menor tiempo posible.”<sup>331</sup>

Consecuencia de lo anterior es que en el desarrollo histórico del Derecho inglés existió una doble jurisdicción, que resolvía de distintas formas una controversia, por un lado, y en un primer momento, se resolvía de acuerdo con el *imperium* del soberano; del Derecho estatutario que el soberano emitiera para sus súbditos a través de los tribunales reales, pero en muchos de los casos esta aplicación rígida de ese Derecho no era muy **justa** por no acoplarse ni ajustarse a la controversia en concreto que pretendía resolverse, por ello surgieron los tribunales de la Cancillería que resolvían en base a la *equity*, resolución más encaminada a la *prudencia* del Derecho, con la cual los jueces ya no resolvían únicamente, de una forma rígida, con los estatutos que el monarca o en su caso el parlamento hacían, sino que una vez estudiados estos al caso en concreto solo se tomaban como referencia y se resolvía con base en el principio paladín del Derecho: la Equidad.

La *equity*, como forma específica de justicia, lo justo aquí y ahora, tiene un importante lugar en el Derecho inglés (contradiendo así la idea iuspositivista de que el Derecho no necesariamente es **justo**). Si bien a veces las leyes no son justas, las resoluciones que pretenden resolver las controversias deben ser hechas por equidad, siendo por este motivo justas.

En este sentido debe expresarse que en el *common law*, se sostiene y acepta la idea de que sólo es Derecho lo que el juez dice que es Derecho, o en otras palabras: “...en el derecho anglosajón las leyes cobran su alcance efectivo cuando los jueces lo definen en sus casos y en la medida en que lo hacen (*judge*

---

<sup>331</sup> MORINEAU, Marta, Opere Citato, pág. 17.

*made law*).<sup>332</sup> Austin precisamente en este sentido enuncia algo muy cierto: “es mejor el Derecho Judicial que un mal código.”<sup>333</sup>

Con todos estos elementos de por medio no es de extrañar que el historicismo jugara un papel central dentro de esta forma de concebir al Derecho. Precisamente con la nación inglesa, donde se germina la idea del historicismo, misma que después se desarrollará en forma más latente en Alemania, la fuente primaria del Derecho es la costumbre, la forma de ser de la sociedad; y no las leyes, sean estas emanadas de la potestad de un soberano o de actos de un órgano legislativo. “Este historicismo, muy adecuado a la modalidad tradicionalista de Inglaterra, se mantiene siempre subyacente en el pensamiento jurídico anglosajón...”<sup>334</sup>

La mayor virtud del *Common Law*, en mi opinión, es precisamente que este sistema se funda en la costumbre del pueblo. La práctica reiterada de actos voluntarios fue el que moldeó, con el paso del tiempo, las reglas que regularían la convivencia humana; la forma de ser de ese pueblo, que junto con los sentimientos y razones o entendimientos de todos los individuos de ese entorno social, formó su propio sentido, que es al final del día la máxima expresión del Derecho consuetudinario.

Otra gran virtud del *Common Law*, dentro del Derecho inglés es que tiene una forma de positivismo jurídico muy especial, adecuada para su forma de ver y entender al Derecho, que beneficia a la equidad, tal y como debe ser. Este ius-positivismo es el positivismo empírico, o naturalista inglés, llamado así porque su base es precisamente un derecho consuetudinario con resoluciones apegadas a la equidad, “... donde el sistema del *common law* era, con gran optimismo, considerado como perfecto porque se fundaba y era expresión del Derecho Natural.”<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> R. AFTALIÓN, Enrique .- “Introducción al Derecho”, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p. 256.

<sup>333</sup> BOBBIO, Norberto, *Opere Citato*, pág. 125.

<sup>334</sup> *Ibidem*, pág. 257.

<sup>335</sup> *Ibidem*, pág. 108.

Así, debe aceptarse que la labor de la *equity* en el sistema jurídico anglosajón es algo de admirarse, y que debería ser copiado para beneficio del propio Derecho en el neo-romanismo. Lo que el *Common law* hace con la *equity*, es algo muy similar, con diferencias mínimas propias de la época, a lo que la *Aequitas* era en el Derecho Romano, y que los juristas tienen la obligación de que se siga haciendo, con las características propias del tiempo y del lugar.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ARISTÓTELES.- Ética Nicomaquea, Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª edición, México, 2012.
2. ATIENZA, Manuel.- Introducción al Derecho, Editorial Fontamara, 4ª reimpresión, México, 2007.
3. BOBBIO, Norberto.- El positivismo jurídico, Editorial Debate, España primera reimpresión, 1998.
4. BRAVO GONZALEZ, Agustín; BRAVO VALDÉZ, Beatriz.- Derecho Romano primer curso, Editorial Porrúa, 20ª edición, México, 2003.
5. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio.- La Equidad en el Derecho Privado, Editorial Bosch editor, España, 2009.
6. CRUZ BARNEY, OSCAR.- Historia del Derecho en México, Editorial Oxford University Press, 2ª edición, México, 2004.
7. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio.- Lecciones de Historia del Derecho Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2005.
8. D´ORS, Álvaro.- Elementos de Derecho Privado Romano, Editorial Pamplona, España 1959.
9. D´ORS, Álvaro.- Nueva Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Civitas, España 1999.
10. DWORKIN, Ronald.- La Justicia con Toga, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-España, 2007.
11. ENTRENA KLETT, Carlos M.- La Equidad y el Arte de Juzgar, Editorial Aranzadi, 2ª edición, España, 1990.

12. ESQUIVEL OBREGON, Toribio.- Apuntes para la Historia del Derecho en México, Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 2004.
13. FLORIS MARGADANT S., Guillermo.- Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Editorial esfinge, 18ª edición, México.
14. FLORIS MARGADANT S., Guillermo.- El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1993.
15. FLORIS MARGADANT S., Guillermo.- Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª edición, México, 1997.
16. FÜLLER, Lon L.- La Moral del Derecho, Editorial Trillas, México, 1967.
17. GARCÍA GUAL, Carlos.- Los Siete Sabios (y tres más), Editorial Alianza ediciones del Prado, España, 1995.
18. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, 11ª edición, México, 1999.
19. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa 56ª edición reimpresión, México, 2004.
20. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.- La Definición del Derecho, Colección Biblioteca Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, México 1960.
21. HART, H. L. A.- El Concepto de Derecho, Editorial Abeledo-Perrot, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992.
22. IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia.- Sobre las Diversas Reglas del Derecho Antiguo (Digesto 50.17), Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Filológicas – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2005.

23. KELSEN, Hans.- Teoría General del Derecho y del Estado, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimpresión de la 3ª edición, México, 2010.
24. KELSEN, Hans.- ¿Qué es la Justicia?, Editorial Ariel S.A., Barcelona-España, 1991.
25. LAN ARREDONDO, Arturo Jaime.- Sistemas Jurídicos, Editorial Oxford, México, 2007.
26. LEMUS GARCÍA, Raúl.- Derecho Romano (compendio), Editorial Limsa, 5ª edición, México D.F. 1979.
27. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo.- Historia del Derecho Mexicano, Editorial Iure editores, México, 2004.
28. LÓPEZ MONROY, José de Jesús.- Sistema jurídico del Common law, Editorial Porrúa, México 2006.
29. MORINEAU IDUARTE, Marta; IGLESIAS GONZÁLEZ, Román.- Derecho romano, Editorial Oxford, México, 1998.
30. MORINEAU, Marta.- Una Introducción al Common Law, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, segunda reimpresión, 2004.
31. ORTIZ RIVAS, Hernán A.- La Especulación Jusfilosófica en Grecia Antigua: Desde Homero hasta Platón, Editorial Temis, Colombia, 1990.
32. PALACIO DÍAZ, Alejandro del.- Logós – Diké, Razón y Justicia en Grecia Antigua, Editorial Claves Latinoamericanas, México, 1998.
33. PLATÓN, Diálogos (I), Editorial Gredos, 2ª reimpresión, España, 1985.
34. PLATÓN, Diálogos (II), Editorial Gredos, 1ª reimpresión, España, 1987.
35. PLATÓN, Diálogos (IV Republica), Editorial Gredos, 1ª reimpresión, España, 1988.

36. PLATÓN, Diálogos (VII Cartas), Editorial Gredos, *non locus, non data*.
37. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier.- La Equidad y los Juicios de Equidad, Editorial Difusión Jurídica, España, s.a.
38. R. AFTALIÓN, Enrique.- Introducción al Derecho, Editorial Abeledo-Perrot, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1990.
39. RAWLS John.- Justicia como Equidad: materiales para una Teoría de la Justicia, Editorial Tecnos, 3ª edición, España, 2012.
40. RAWLS, John.- La Justicia como Equidad; una reformulación, Editorial Paidós Ibérica, México, 2002.
41. RAWLS, John.- Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpresión, México, 2012.
42. RECASÉNS SICHES, Luis.- Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa 6ª edición, México, 1981.
43. RECASÉNS SICHES, Luis.- Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 2000.
44. RECASÉNS SICHES, Luis.- Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
45. RECASÉNS SICHES, Luis.- Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX primer tomo, Editorial Porrúa, México, 1963.
46. RECASÉNS SICHES, Luis.- Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX segundo tomo, Editorial Porrúa, México, 1963.
47. RECASÉNS SICHES, Luis.- Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, 17ª edición, México, 1991.
48. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael.- Génesis y Desarrollo de la Cultura Jurídica Mexicana, Editorial Porrúa, México, 2001.

49. SCHOFIELD, M., et al.- Los Filósofos Presocráticos (Historia Crítica con Selección de Textos, Parte I), Editorial Gredos, 2ª edición, versión española de Jesus García Fernandez, *non locus, non data*.
50. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis.- Historia del Sistema Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990.
51. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando.- Sobre el Sistema Jurídico y su Creación, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, México 1976.
52. VALLET DE GOYTISOLO, Juan.- Metodología Jurídica, Editorial Civitas S.A., España 1988.
53. WITKER VELAZQUEZ, Jorge; LARIOS VELASCO, Rogelio.- Metodología Jurídica, Editorial Mc Graw Hill 2ª edición, México, 2002.
54. ZÁRATE, José Humberto.- Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Editorial McGraw-Hill, México, 1997.

#### OTRAS FUENTES

- Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, versión digital.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XII, Editorial Driskill S.A., Argentina, 1990.
- Enciclopedia Salvat – Diccionario, Editorial Salvat, México, 1983.
- FERRATER MORA, José.- Diccionario de Filosofía, Alianza Editorial 3ª edición, España, 1981.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2007.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas – Enciclopedia Jurídica Mexicana - UNAM, Editorial Porrúa 2ª edición, México, 2004.

## PÁGINAS DE INTERNET

1. <http://www.wordreference.com/sinonimos/justicia>
2. <http://www.wordreference.com/sinonimos/equidad>
3. <http://symploke.trujaman.org/index.php?title=Physis>.
4. [http://es.wikipedia.org/wiki/Temis\\_\(mitolog%C3%ADa\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Temis_(mitolog%C3%ADa))
5. [http://www.academia.edu/1180752/La\\_asamblea\\_ateniense\\_y\\_el\\_problema\\_del\\_estado.\\_Instauraci%C3%B3n\\_y\\_agotamiento\\_de\\_una\\_subjetividad\\_pol%C3%ADtica](http://www.academia.edu/1180752/La_asamblea_ateniense_y_el_problema_del_estado._Instauraci%C3%B3n_y_agotamiento_de_una_subjetividad_pol%C3%ADtica)
6. [http://www.ual.es/personal/fjgarcia/MG\\_Texto38.htm](http://www.ual.es/personal/fjgarcia/MG_Texto38.htm)
7. <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>
8. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/553/30.pdf>
9. <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/concursos2013/site/Historia%20de%20las%20Relaciones%20Internacionales%20Material%20de%20Estudio.pdf>
10. <http://books.google.com.mx/books>
11. <http:// analisispoliticojohnrawls.blogspot.mx/2008/08/vida-y-resea-bibliografica.html>
12. <http://www.alcoberro.info/V1/rawls.htm>
13. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.htm>