



**Universidad Nacional Autónoma de
México**

**Facultad de Estudios Superiores Aragón
Licenciatura en Derecho.**

“La justicia como bien jurídico tutelado”.

Trabajo de Investigación que para obtener el título de
Licenciado en Derecho presenta

Oscar José Guzmán Olivos.

Tutor Mtro. Ángel Munguía Salazar.

Cd. Nezahualcóyotl, Estado de México a 13 de febrero de 2019.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedicatoria(s):

A dios, por permitirme seguir adelante en la vida, cosechando triunfos y superación tanto personal como profesional.

A mis padres, hermanos y familiares por ser una familia comprensiva y tolerante aun en los momentos más difíciles y arduos de mi vida, los cuales me han alentado y apoyado ante los contratiempos que surgen dentro de la vida.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Aragón, por darme la oportunidad de ser parte de ella, ante la imperiosa demanda que esta tiene día a día, permitiéndome con esto poner en práctica los conocimientos que me fueron transmitidos en su momento por los profesores que me antecedieron en la profesión.

Al honorable y apreciable sínodo, que con sus enseñanzas cotidianas como profesores y director del presente trabajo, permitieron con sus opiniones la conclusión y terminación de la investigación que hoy se postula.

A mi asesor, por haberme alentado en los momentos de mayor desasosiego para que culminara la investigación de referencia que en este acto se presenta.



Prólogo.

Como una oposición a Platón, Aristóteles comienza denotando que al igual que lo había hecho en su análisis del concepto de *Bien*, la noción de justicia se utiliza con diversos significados.

Un punto de partida favorable para determinar los distintos usos se advierte al aludir que debemos considerar como injusto, lo anterior tanto respecto de un transgresor de la ley, como aquel codicioso mismo que en un momento determinado atentan contra la igualdad, al exigir más de los bienes y menos de los males que le corresponden.

En un primer sentido, por justicia debe comprenderse, en cierto modo, lo legal y, en un segundo aspecto, aquello que encierra la igualdad, siendo esto lo que no permite una generación de desigualdades no justificadas.

Al primer sentido se lo ha denominado **justicia universal** o **general** (*iustitia legalis sive universalis - sive generalis*), al segundo **justicia particular** (*iustitiaparticularis*).

Ambos tipos de justicia implican dos aspectos estrechamente ligados: Un aspecto objetivo (*dikaion*), que nos remite a



procedimientos e instituciones, y un diverso aspecto subjetivo (*dikaio synê*), el cual nos refiere un modo de ser (*hexis*),

caracterizado por un comportamiento consciente de respeto a las normas inherentes a los procedimientos e Instituciones.

La justicia es la virtud social por excelencia.

Aquello que distingue a dichos tipos de justicia consiste en que, mientras la justicia universal trata del conjunto de las relaciones sociales, es decir, del bien común; la justicia particular se enfoca a las relaciones de intercambio entre individuos dentro de la comunidad.

Aristóteles afirma que la justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales; en cambio, la justicia particular es una parte del total de las virtudes, que tiene como objeto la distribución e intercambio de bienes, así como la violación de las normas que presiden dichas actividades.

De suerte que es evidente que, al lado de la injusticia total, hay una parcial sinónima de ella, pues su definición está dentro del mismo género; ambas pues tienen la fuerza de ser definitivas con relación al prójimo, pero una tiene por objeto el honor o el dinero o la seguridad o algo que incluya todo esto y tiene por móvil el placer que procede de la ganancia, mientras que la otra se refiere a todo cuanto interesa al ser humano virtuoso.

En la *Ética Nicomaquea*, la justicia particular se caracteriza por ser un subconjunto de la justicia universal que se refiere a un tipo peculiar de actividades. Esta disonancia indica que el criterio de distinción entre justicia universal y justicia particular debe ser examinado con más detalle. Lo que queda claro, por el momento, es que no se trata de dos especies distintas de justicia, sino que la justicia particular, en cualquier caso, presupone a la justicia universal.

En una primera aproximación, podemos asumir que la distinción implica dos maneras de aplicar el concepto de justicia:

El primero en un sentido amplio o general y

El segundo, en un sentido especial o restringido.

Posteriormente, Aristóteles distingue, a su vez, dos tipos de justicia particular:

La justicia distributiva (*nemêtikon dikaion*), y aquella que desde Tomás de Aquino se denomina justicia conmutativa (*diorthôtikon* o, también, *epanorthôtikon*).

La primera, como su nombre lo indica, tiene que ver con la distribución de los bienes sociales, incluidos la distribución de los cargos públicos y los honores.

Dentro de la justicia conmutativa, también llamada por otros correctiva, diferencia entre aquella que implica actos voluntarios por parte de todos los participantes y aquella que implica un acto

involuntario por una de las partes, esto es, aquella que implica un daño, así como la presencia de un juez.

Una manera de comprender esta última diferencia es relacionándola con la actual distinción entre derecho civil y derecho penal.

Las leyes representan el principal medio para formar a los individuos como miembros de la sociedad en general y como ciudadanos en particular, todos deben obedecerlas.

De acuerdo con Aristóteles el mejor gobierno es el gobierno de las leyes; pues, la única otra alternativa a este último sería el gobierno de un ser infinitamente sabio, capaz de controlar plenamente sus pasiones, lo que, como el propio Platón reconoció, no es una alternativa real o viable en el mundo humano.

A. Munguía Salazar.

INTRODUCCION.-

El presente trabajo de investigación deviene ante la necesidad imperiosa de efectuar la importancia de la justicia como un bien jurídico tutelado, lo anterior toda vez de que como se dejara precisado en el desarrollo del mismo, existe una serie de confusiones respecto no solo de dicho termino sino incluso del diverso que conlleva esta al hablar de la equidad, pero sobre todo de un bien jurídico tutelado como hasta estos momentos se ha dejado precisado, pasando entonces a una breve pero a la vez concisa referencia de dicho concepto.

Aristóteles advierte una conexión entre legalidad y justicia en el nivel conceptual, esto es, que la noción de legalidad implica de manera implícita una referencia a la justicia.

Como una referencia de esto se encuentra la aseveración de que ningún legislador puede afirmar, sin caer en una contradicción, que la ley que establece es injusta, pues ello sería afirmar que los ciudadanos deben someterse, no a la ley, sino a su arbitrio.

Lo anterior es así, en virtud de que de otra manera, se negaría el sentido normativo del orden civil y de la legalidad que lo conforma.

Pero entre el vínculo conceptual que une legalidad con justicia y el nivel empírico existe un abismo (no toda ley vigente es justa).

Ello exige establecer un criterio racional que permita juzgar críticamente la validez (el carácter justo) de las distintas leyes y normas empíricas.

Al respecto Aristóteles agrega:

Una ley particular es la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo, y ésta es unas veces no escrita y otras veces escrita.

De igual forma en cuanto a lo común, en cambio, es la ley conforme a la naturaleza, porque existe ciertamente algo comúnmente considerado como justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres.

Lo anterior da lugar a ciertos criterios en donde concurre la posición de Aristóteles a las posturas del tradicional iusnaturalismo, en un lugar cercano a Platón.

Es cierto que Aristóteles asume, al igual que Platón, la existencia de un orden natural (*kosmos*) que tiene como propiedad central la justicia (el equilibrio que mantiene ese orden).

Sin embargo, en contraste con Platón, Aristóteles afirma que la ciencia política y la ética no son ciencias, lo cual implica que del conocimiento teórico del orden natural no se puede deducir las leyes que deben regir en la *polis*.

Por otra parte, una vez que rechaza la tesis de aquellos sofistas que quieren reducir toda justicia a una convención o artificio social, Aristóteles admite que la propia justicia natural entre los seres humanos es variable, "quizá entre los dioses no lo sea de ninguna manera", "entre los seres humanos hay una justicia natural y sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural.

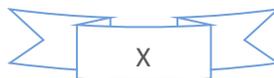
En cuanto al tema de justicia universal, ante todo es menester advertir que Aristóteles reflexiona desde un contexto social en donde no existe un amplio desarrollo del proceso de diferenciación funcional de la sociedad, como sucede en la modernidad. Por ello, cuando él habla de las leyes (*nomoi*) se refiere a todas las normas que regulan las relaciones sociales, es decir, no sólo habla del sistema jurídico, sino también de las costumbres en general. Precisamente, utiliza la noción de justicia universal porque "las leyes hablan de todas las cosas y tratan de realizar lo que conviene a todos.

Aristóteles parte del supuesto de que la legalidad implica la justicia, pues las leyes introducen un orden (*kosmos*) que hace

posible no sólo la convivencia, sino también la aspiración de alcanzar una vida buena.

Aunque el conjunto de normas imperantes en una sociedad concreta no cumplan plenamente con las exigencias de la justicia, su mera eficacia ya implica un mayor grado de justicia.

Lo anterior en comparación con aquellas sociedades en donde no existe un legalidad definida o donde ésta no se respeta.



“LA JUSTICIA COMO BIEN JURIDICO TUTELADO”.

CAPÍTULO PRIMERO. HISTORIA DE LA JUSTICIA.- 13

1.1 Consideraciones Previas.-13.

1.1.2 Ética y Moral.- 58

1.1.3 Prehistoria de la Justicia y la Ley.- 62

1.2. Época clásica.- 66.

1.2.1 Los griegos.- 66.

1.2.2 La Influencia Romana.- 82.

1.3. Edad Media.- 91.

1.4. Modernidad.-101.

1.5 Época Contemporánea.-103

1.5.1. Hans Kelsen..... 108.

1.5.2. John Rawls.-116.

**CAPÍTULO SEGUNDO. EL MÉXICO ACTUAL EN EL
AMBITO DE JUSTICIA.-**

..... 127.

2.1 El Derecho Prehispánico.- 127.

2.2 La Colonia.- 136.

2.3 México Independiente.- 142.

2.4 La Constitución de 1917.- 153.

CAPÍTULO TERCERO. LA JUSTICIA EN EL MÉXICO

ACTUAL.-	
178.	
Concepto.-	
178	
3.1 El concepto de Justicia.-	
178	
3.2 El concepto de Legalidad.-	
179.	
3.3 El concepto de Equidad.-	
182.	
3.4 La concepción del bien jurídico de Justicia en México.-	
185.	
3.5 Propuesta del principio de Justicia.-	
189.	

CAPITULO CUARTO.- EL PANORAMA DE LA JUSTICIA EN LA ACTUALIDAD.

191.	
4.1 La justicia como un bien común.....	
191.	
4.2 Los bienes jurídicos tutelados. Concepto.....	
194.	
4.3. La escala de bienes jurídicos tutelados.....	
197.	
4.5. La justicia en la actualidad.....	
198.	
Conclusiones.....	
201.	
Fuentes de Información	
203.	
Bibliográficas.-.....	
203.	
Enciclopedicas.....	
212.	
Virtuales.....	
213.	

CAPÍTULO PRIMERO. HISTORIA DE LA JUSTICIA.-

SUMARIO: 1.1 Consideraciones Previas, 1.1.2 Ética y Moral, 1.1.3 Antecedentes históricos de la Justicia, 1.2. Época clásica, 1.2.1 Los griegos precursores de la Justicia, 1.2.2 La Influencia en Roma, 1.3. Edad Media, 1.4. El mundo actual, 1.5 Época Contemporánea, 1.5.1 Hans Kelsen, 1.5.2. John Rawls.

1.1. Aristóteles advierte una conexión entre legalidad y justicia en el nivel conceptual, esto es, que la noción de legalidad implica de manera implícita una referencia a la justicia.

Dicho de otra manera, se negaría el sentido normativo del orden civil y de la legalidad que lo conforma. Pero entre el vínculo conceptual que une legalidad con justicia y el nivel empírico existe un abismo (no toda ley vigente es justa). Ello exige establecer un criterio racional que permita juzgar críticamente la validez (el carácter justo) de las distintas leyes y normas empíricas.

En este punto se introduce la conocida distinción entre justicia natural y justicia legal. "La justicia política, puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones indiferentes, pero que cesan de serlo una vez establecida (...)" (EN 1134b 20). Incluso en la *Retórica* se apela al pasaje de la tragedia *Antígona* de

Sófocles en el que se afirma: "No pensaba que tus proclamas tuvieran el poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy, ni de ayer, sino de siempre y nadie sabe de donde surgieron" (45-456). Más adelante Aristóteles agrega:

Respecto de la ley particular es la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo, y ésta es unas veces no escrita y otras veces escrita.

Común, en cambio, es la ley conforme a la naturaleza, porque existe ciertamente algo -que todos adivinan- comúnmente justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres.

Esto ha dado pie a que un gran número de intérpretes asimile la posición de Aristóteles a las posturas del tradicional iusnaturalismo, en un lugar cercano a Platón.

Es cierto que Aristóteles asume, al igual que Platón, la existencia de un orden natural (*kosmos*) que tiene como propiedad central la justicia.

Sin embargo, en contraste con Platón, Aristóteles afirma que la ciencia política y la ética no son ciencias, lo cual implica que del conocimiento teórico del orden natural no se puede deducir las leyes que deben regir en la *polis*.

Por otra parte, una vez que rechaza la tesis de aquellos sofistas que quieren reducir toda justicia a una convención o artificio social, Aristóteles admite que la propia justicia natural entre los seres humanos es variable, "quizá entre los dioses no lo sea de ninguna manera", "entre los seres humanos hay una justicia natural y sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural.

Ahora, de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables"

Recordemos que para Aristóteles el mundo humano, situado en la región sublunar, aunque forma parte de un universo perfecto, se caracteriza en sí mismo por una supuesta imperfección ontológica, que se manifiesta en su contingencia.

Detrás de esta peculiar cosmovisión se encuentra un problema fundamental que recorre toda la filosofía aristotélica, el cual también ocupa un lugar central en los últimos diálogos platónicos, a saber:

La tensión entre la búsqueda de la unidad del Ser y el reconocimiento de la pluralidad empírica.

Además, en el caso de Aristóteles dicha cuestión se encuentra entrelazada con un interés práctico. Su objetivo no sólo es definir

una *polis* ideal, sino, desarrollar el arte de la política, para lo cual se requiere reconocer la pluralidad propia del mundo humano.

No sólo, en efecto, se debe considerar el mejor régimen, sino también el posible, e igualmente el que es más fácil y el más accesible a todas las ciudades.

Actualmente, en cambio, unos buscan sólo el más elevado y que requiere muchos recursos, y otros, que hablan con preferencia de una forma común, suprimen los regímenes existentes y alaban el de Laconia o algún otro.

Pero es necesario introducir una organización política tal que los ciudadanos, partiendo de los regímenes existentes, sean fácilmente persuadidos y puedan adoptarla en la idea de que no es tarea menos reformar un régimen que organizarlo desde el principio, como tampoco es menos desaprender que aprender desde el principio.

Ello nos indica que vale la pena examinar con más detenimiento la complejidad que encierra la teoría aristotélica de la justicia, poniendo entre paréntesis la posterior distinción entre positivismo jurídico e iusnaturalismo.

Hemos dicho que Aristóteles reconoce ya una diferenciación entre las costumbres y las leyes que conforman la justicia política (lo que hoy entendemos por Derecho).

En un principio afirma que las costumbres y en general las leyes no escritas son superiores, porque ellas trascienden las intenciones y decisiones de los individuos particulares, en la medida que emanan espontáneamente de la dinámica social.

La vigencia de estas leyes no escritas presupone un amplio grado de aceptación, lo que representa una cierta garantía de su justicia, aunque, como veremos más adelante, no una certeza de ello.

En cambio, la vigencia de las leyes estatuidas por el poder político depende, en primer lugar, de la capacidad coercitiva de este último.

La vigencia de la legalidad política, en tanto elemento artificial, no presupone ninguna garantía de justicia.

Frente a este hecho, Aristóteles sostiene que debe existir una correspondencia o adecuación entre la leyes estatuidas por el poder político y las costumbres, pues sólo de esa manera puede darse una armonía entre la sociedad y su orden civil, entre *oikos* y *polis*.

En una sociedad democrática se requiere instituir leyes democráticas, así como en una sociedad aristocrática deben establecerse leyes aristocráticas.

Esta afirmación encierra la tesis, ampliamente reconocida a lo largo de la historia del pensamiento político y jurídico, respecto a que la eficacia de la legalidad política se encuentra más en la aceptación de los ciudadanos, que en la coacción y que dicho consenso se alcanza cuando existe una cierta correspondencia entre las costumbres y la leyes jurídicas.

Pero aunque esta correspondencia entre costumbres y legalidad política tiene una importancia técnica fundamental no resuelve el problema de la justicia. En tanto las costumbres son contingentes y, por tanto, variables en los distintos contextos sociales, podemos encontrar costumbres injustas que propicien una normatividad política igualmente injusta.

En una comunidad de fanáticos religiosos, por ejemplo, puede darse un amplio consenso en torno a normas dominadas por esa visión del mundo intolerante.

Es decir, el simple consenso empírico no ofrece una certeza de la validez racional de las reglas.

Si en un principio se afirmó la superioridad de las costumbres, ahora desde la perspectiva de la contingencia social, resulta que las leyes políticas pueden adquirir una mayor jerarquía en la medida que son estatuidas en condiciones de libertad.

La *polis* aparece como el espacio social que potencialmente puede convertirse en el ámbito por excelencia de la justicia, en tanto se respete la libertad de sus miembros.

Dicho de otra manera, aunque las leyes que configuran la justicia política son las que pueden ser más fácilmente injustas, por ser un artificio que depende de la voluntad humana; también, bajo condiciones de igual libertad, pueden convertirse en el paradigma de la justicia.

La evidencia que atribuye Aristóteles a este principio se encuentra relacionada con dos tesis:

a. - Las acciones para que puedan ser calificadas, de manera estricta, como justas o injustas, tienen que ser realizadas de manera voluntaria.

b.- Nadie puede actuar injustamente consigo mismo.

Respecto a la primera tesis es necesario aclarar que Aristóteles reconoce que un acto involuntario puede ser causa de un daño.

Pero, al no poder ser imputado al sujeto, este no puede ser calificado de injusto. "cuando los hombres cometen estos daños y equivocaciones obran injustamente y son injusticias, pero no por ello los autores son injustos o malos, porque el daño no tiene por causa la maldad; pero cuando actúan con intención, son injustos y malos".

Ante esto Aristóteles afirma que estas acciones o hechos son injustos de manera accidental; ello quiere decir que en sí mismos

no tienen un carácter moral; lo que se puede juzgar moralmente es la reacción de los individuos frente a esas acciones o hechos.

Una persona puede cometer una injusticia involuntariamente, pero no por ello es injusto.

Sólo es injusto sí, una vez que toma conciencia de ese hecho, no busca repararlo.

Lo mismo sucede con personas que nacen con algún impedimento físico; pues, si bien esta situación encierra una injusticia, ésta no puede ser atribuida a nadie.

Lo injusto en sentido estricto sería que los miembros de la sociedad, conociendo esta situación de injusticia accidental, no tomaran medidas para superarla.

Por otra parte, esta tesis encierra una dificultad que no puede solucionarse de manera abstracta, ya que en los distintos casos particulares puede ser muy difícil establecer el carácter voluntario o involuntario de la acción.

Sin embargo, ello no invalida la tesis, sino que indica la necesidad de apelar a nuestra capacidad de juicio (*phronêsis*) en su aplicación empírica.

En relación con la segunda tesis, se admite que alguien puede dañarse a sí mismo, pero ello no se da de manera voluntaria.

Aristóteles también menciona el caso de quien al repartir o intercambiar un bien se da o recibe voluntariamente menos de lo que merece, como sucedió con Glauco, el cual dio a Diomedes "armas de oro por las de bronce, precio de cien bueyes por los de nueve" (*Ilíada* VI 236).

En la medida que dar más está en manos de Glauco no se puede afirmar que ello es injusto; por el contrario, "esto es lo que parece que hacen los hombres modestos, porque el hombre bueno tiende a atribuirse menos".

Puede ser que Glauco no sea modesto o bueno, sino que, dando más bienes de un tipo, espera recibir más de otro, por ejemplo, honor o prestigio.

Otra situación posible es aquella en la que un ser humano elige, debido a su falta de información, lo que parece ser un bien, pero que en realidad resulta ser un mal para él.

En esta situación el individuo se daña a sí mismo, pero no se puede decir que ese daño es voluntario en sentido estricto. Por tanto, como se mencionó en relación con la primera tesis, se puede reconocer que hay una injusticia, pero esta no puede ser imputada al agente.

Una vez determinado el principio de justicia universal, podemos ahora volver a la relación que existe entre justicia y legalidad, para dar una explicación más precisa de ella.

La justicia es una cualidad que se predica, en primer lugar, de las leyes.

Cuando se afirma que un individuo es justo significa que su conducta se ajusta de manera voluntaria a la legalidad; pero ello presupone la justicia de esa legalidad.

Empíricamente sabemos que no toda ley vigente en una sociedad es justa, por lo que se requiere introducir el principio de justicia universal para juzgar a las diversas leyes empíricas.

Empecemos por la distinción entre leyes escritas y las leyes no escritas.

Las leyes escritas, que representan la faceta visible y variable de la justicia política (el germen de lo que denominamos derecho positivo), al tener un carácter artificial son las que con mayor frecuencia pueden ser injustas, ya que su vigencia no depende de un consenso social, sino de la capacidad coactiva del poder político.

Si embargo, la eficacia de estas leyes descansa básicamente en su adecuación a las normas no escritas variables, esto es, a las costumbres imperantes en el contexto social.

Estas normas no escritas son, en un principio, superiores a las leyes escritas porque su vigencia es independiente de la coacción.

Pero las costumbres también pueden ser injustas pues el consenso que presuponen, en tanto surgidas espontáneamente de la dinámica social, no implica necesariamente una aceptación voluntaria en sentido estricto.

Es decir, el consenso en torno a ellas no implica una condición de igual libertad de todos los participantes; por el contrario, generalmente en la sociabilidad espontánea de la que emergen las costumbres predominan las relaciones asimétricas de dominio.

Desde esta perspectiva, la *polis*, en la medida que cumple con la condición normativa de garantizar la libertad de los ciudadanos, representan el ámbito social que permite establecer leyes apoyadas en un consenso libre, esto es, leyes justas.

Para Aristóteles tanto las leyes escritas, como las no escritas, son justas cuando se fundamentan en un consenso, surgido en condiciones de igual libertad.

Pero es la *polis* el ámbito en el que pueden darse con una facilidad relativamente mayores dichas condiciones.

Dicho en términos aristotélicos, la *polis* representa el fin supremo (la causa final) de la vida social, ya que en ella se encuentra en juego crear leyes justas que permitan, no sólo la supervivencia, sino también la vida buena.

El ser humano es un animal político porque la ley justa que debe regir su conducta no se da de manera espontánea, sino que tiene que ser creada a través de su actividad consciente, voluntaria.

De igual forma en cuanto a la equidad, por esta se puede comprender que lo equitativo y lo justo son lo mismo, esto es que lo equitativo es justo; pero, por otra parte, también es posible afirmar que lo equitativo es mejor que lo justo, lo cual implica que lo equitativo y lo justo no son lo mismo.

La paradoja se disuelve en cuanto se advierte que lo equitativo es mejor que cierta especie de justicia (de la justicia legal vigente), pero no es mejor que la justicia como género.

"Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal" (EN 1137b 8).

El recurso de utilizar esta paradoja y su solución resulta genial pues ello permite determinar con precisión la relación entre justicia y legalidad.

Como hemos dicho ya, la justicia se predica, en primer lugar, de la legalidad; sin embargo, ello no implica que las leyes, escritas

(justicia política) o no escritas (costumbres), vigentes en una sociedad particular sean siempre justas.

Por el contrario, entre las leyes creadas por los seres humanos en los diferentes contextos sociales y la noción normativa de la legalidad, esto es, aquella que se identifica con la justicia, siempre existirá un grado variable de disonancia.

La justicia exige que la ley tenga un carácter universal, es decir, que sea válida para todos los casos de un tipo de acción y para todos los miembros de un grupo, por eso, la justicia está ligada a una modalidad de igualdad (igualdad frente a la ley).

Sin embargo, en las distintas formulaciones empíricas de las leyes es imposible tener en cuenta o prever todas las variaciones posibles de los diversos tipos de acción.

Tampoco es posible determinar la dirección de las transformaciones del orden social.

Por tanto, en la administración o aplicación de la legalidad siempre es menester tomar en cuenta la diversidad de variables no previstas, para poder establecer una mediación entre la ley general y los casos particulares.

Aplicar de manera automática la ley general a la multiplicidad de casos particulares, sin tomar en cuenta la pluralidad propia del ser humano, conduce a la injusticia (*summum ius summa iniura*).

La equidad es un elemento de la noción genérica de la justicia que exige la corrección o, quizá sea mejor decir, perfeccionamiento de la legalidad, gracias a su apertura a la pluralidad.

"Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida que su universalidad la deja incompleta.

Ésta es también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que es necesario un decreto".

El decreto representa una norma derivada de la ley general o, por lo menos, que no entra en contradicción con ella, capaz de adaptarse al caso concreto. Aristóteles diría que todo juez debe ser una persona equitativa que, sin dejar de tener la ley de su lado, pueda "apartarse de la estricta justicia y sus peores rigores", para emitir decretos o sentencias que respondan a la complejidad del hecho que debe juzgar. "También la equidad es indulgente con las cosas humanas. Y mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de las veces".

La corrección y/o perfeccionamiento de la legalidad no puede ser resultado de un conocimiento científico (*episteme*), aunque éste puede llegar a jugar un papel importante en dicho proceso, sino de la sabiduría (*phronêsis*) que se obtiene en la práctica, la cual exige una sensibilidad para lo particular.

El llamado juicio, en virtud del cual decimos de alguien que tiene buen juicio y que es comprensivo, es el discernimiento recto de lo equitativo.

Señal de ello es que llamamos comprensivo, sobre todo, a lo equitativo, y equitativo a tener comprensión sobre algunas cosas, y juicio comprensivo al que discierne rectamente lo equitativo, y rectamente es estar de acuerdo con la verdad.

Ahora bien, todas las cosas prácticas son individuales y extremas, y, así, no sólo ha de conocerlas el prudente, sino que el entendimiento y el juicio versan también sobre las cosas prácticas, que son extremas.

Asumir la equidad como complemento indispensable de la legalidad no presupone aceptar la arbitrariedad del sujeto que juzga, ni las excepciones que niegan la validez de la ley. El tema de la equidad hace patente que la administración de la justicia no puede considerarse un proceso técnico, una mera subordinación de casos particulares a leyes generales, sino que es necesario una interpretación.

De ahí que en los procesos judiciales sea necesario la figura del juez, como un tercera persona, que pueda cumplir de una manera más adecuada con las exigencias de la objetividad. Pero, en la medida que el discernimiento y consideración de los jueces tampoco puede ser infalible, sus sentencias deben, a su vez, estar sometidas a un proceso de revisión o corrección.

Para ello es menester que la argumentación, en la que se sustenta la sentencia, tenga un carácter público, ya que, como exige el principio de la justicia universal, la sentencia debe ser susceptible de generar un consenso general.

Aunque cumplir con la exigencia de acceder a la solución correcta en todos los casos difíciles sea pedir demasiado, la búsqueda de esa solución correcta es un ideal que no puede dejar de perseguirse, si se quiere que la administración de la legalidad sea considerada una actividad social sometida al valor de la justicia.

La supuesta solución formalista, esto es, el hacer a un lado la equidad, aduciendo el carácter falible del discernimiento humano, representa el primer paso para convertir la legalidad, supremo principio de la convivencia civilizada, en mero legalismo.

Este último se caracteriza por convertir a la ley en un instrumento de dominación, al desligarla del principio de justicia universal.

La equidad no es exclusiva de la actividad judicial; es también un elemento central de la práctica política.

Ningún legislador particular, ni cualquier tipo de poder constituyente puede pretender establecer un sistema legal perfecto, por lo que el mejor derecho es aquél que permite la corrección de la legalidad mediante la actividad de los ciudadanos.

De hecho se puede considerar que la equidad es uno de los elementos que define el sentido de la actividad política.

La relación indisoluble entre política y equidad se hace patente, por ejemplo, cuando Aristóteles examina el problema de la inestabilidad de los regímenes políticos. Gran parte de las transformaciones del orden político de las sociedades son efecto de las discordias internas propiciadas por la desigualdad.

Aristóteles advierte que esta desigualdad no se presenta como tal en la *polis*, pues ello sería contradecir la exigencia de igualdad propia de este ámbito social. Lo que sucede es que existen diversos sentidos de la igualdad. Aristóteles distingue dos de ellos:

"Pero la igualdad es de dos clases: La igualdad numérica e igualdad según el mérito. Entiendo por numérica lo que es idéntico o igual en cantidad o igual en cantidad o tamaño, y según el mérito lo que es igual en proporción".

De esta manera, normalmente los grupos en pugna defienden distintas concepciones de la igualdad.

En primer lugar, se debe establecer el principio de que muchos son los regímenes existentes y si bien todos están de acuerdo en la justicia y la igualdad proporcional, no las alcanzan, como ya se ha dicho anteriormente.

La democracia surgió de creer que los que son iguales en un aspecto cualquiera son iguales (pues, en efecto, siendo todos igualmente libres, consideran que todos son absolutamente iguales).

Y la oligarquía de suponer que los que son desiguales en bienes en un solo punto son desiguales en todo.

Así pues, todos tienen cierta justicia, pero desde el punto de vista absoluto están en el error. Y por esta razón, cuando unos u otros no participan del poder según la concepción que cada uno tiene, se sublevan.

La equidad de la práctica política se encuentra en subordinar el conflicto de las partes en pugna al principio de la legalidad (*consensus iuris*).

Dicho principio no implica que los contendientes estén de acuerdo en el contenido de todas las leyes particulares; por el contrario, a través del conflicto político se busca corregir la

legalidad vigente, pero respetando los canales institucionales establecidos para ese fin.

Por lo tanto, la equidad no debe ser un atributo exclusivo de los jueces, también debe ser una condición necesaria de la ciudadanía. La autonomía del ciudadano y el deber de obedecer a la ley, se tornan compatibles si el ciudadano tiene la posibilidad de participar en el proceso de corrección de la legalidad, propio de la equidad.

Asimismo, en cuanto a la justicia particular, Aristóteles afirma que la justicia particular es una parte o una especie de la justicia universal que se aplica a la distribución de honores, dinero o cualquier otro bien externo compartido por los miembros de la comunidad, así como a los tratos que los individuos establecen en sus relaciones.

Lo primero que hay que responder es porqué Aristóteles, a diferencia de los filósofos que lo precedieron, ofrece un desarrollo especial de esta modalidad de justicia.

Por ello es de considerarse que la respuesta a ésta interrogante se encuentra en el término *pleonexia* ("querer tener más") que define el impulso que conduce a la transgresión de éste tipo de justicia.

Según la antropología implícita en la *Historia de la guerra del Pelóponeso*, narrada por Tucídides, la *pleonexia* es una peculiaridad del comportamiento de los individuos, que se

manifiesta también en la política expansionista de los sistemas políticos.

Así, mientras la justicia universal presupone la igualdad, la *pleonexia* representa el factor fundamental en la aparición de las desigualdades que impiden la realización y consolidación del orden justo.

Recordemos que, para Aristóteles la desigualdad es la principal fuente de los conflictos sociales.

Por tanto, si el objetivo de la justicia particular es el control de la *pleonexia*, propia del comportamiento humano, la realización de dicha justicia es una condición de posibilidad para mantener la vigencia de las normas que regulan las relaciones sociales.

De igual forma en cuanto a la *justicia distributiva*, esta comprende ciertos elementos como son:

- a) una cantidad determinada de los bienes que deben ser repartidos.
- b) La instancia encargada de realizar la distribución.
- c) Por lo menos dos personas entre las que se requiere distribuir los bienes.
- d) El criterio con el que debe realizarse la distribución.
- e) El mérito (*axia*) en el que cada uno sustenta su aspiración en el proceso distributivo.

De acuerdo con Aristóteles la forma más simple de justicia distributiva es aquella que se basa en lo que él llama igualdad aritmética, la cual consiste en que cada uno de los participantes recibe la misma cantidad de los bienes que deben distribuirse.

Sin embargo, utilizar la igualdad aritmética como único criterio distributivo en todos los casos llevaría a producir una gran cantidad de injusticia, pues los miembros de la sociedad contribuyen de manera desigual al proceso de reproducción general de los bienes.

"De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales".

Por eso es necesario introducir un criterio de distribución basado en lo que él denomina igualdad proporcional o igualdad de acuerdo a la analogía (similitud).

Cuando pensamos en bienes divisibles y cuantificables, así como en rendimientos individuales, la cuestión es relativamente más fácil (aquí entroncamos con el tema del dinero que es un elemento de la otra parte de la justicia particular) que el caso del honor o el reconocimiento social.

Pero la mayor dificultad que advierte Aristóteles se da en relación con la distribución de cargos en relación con el ejercicio del poder político.

Se trata de la cuestión de quién debe gobernar, esto es, la definición de régimen que rige el orden civil.

En tanto el bien político (lo conveniente para la comunidad) es la justicia y ésta implica una cierta igualdad, debe existir una igualdad entre los ciudadanos.

En la medida que los gobiernos justos, son gobiernos sometidos a la legalidad, los ciudadanos deben ser iguales frente a la ley.

Pero una vez establecido este principio general es necesario determinar la manera de configurar la relación asimétrica entre gobernantes y gobernados, así como el contenido concreto de la legalidad.

Aquí desaparecen los acuerdos: "Los demócratas, en efecto, afirman que es justo lo que opina la mayoría, y los oligarcas lo que opinan los de mayor fortuna, pues afirman que se debe juzgar de acuerdo a la cuantía de la fortuna".

En oposición a la tesis de que la mayoría simple debe decidir tanto quién debe gobernar, como el contenido de las leyes, Aristóteles afirma que la justicia política no debe entrar en contradicción con el criterio de justicia distributiva propio de otras actividades sociales.

En este caso, se trata de que la justicia política respete el criterio económico de proteger la riqueza y propiedad de aquellos que la han adquirido de una manera justa.

Aquí se encuentra en germen la idea de que las leyes escritas de la justicia política deben respetar ciertos límites, no todo se encuentra a disposición del arbitrio del soberano.

Las leyes escritas deben tomar en cuenta la validez de las normas emanadas de manera espontánea de la dinámica social en sus distintos ámbitos.

Sin embargo, en contra del criterio oligárquico advierte que el fin supremo de la *polis* (del orden civil) no es la protección de la riqueza y la propiedad, sino la vida buena.

Quizá esta tesis requiere ser expresada con mayor precisión, ya que en las sociedades modernas en numerosas ocasiones se confunde el bienestar con el mero desarrollo económico.

Aunque éste último es un elemento importante de la vida buena, no es el único.

También debe considerarse la seguridad, la libertad, la definición de la identidad colectiva e individual, el sentimiento de pertenencia a una comunidad, etcétera.

De hecho, se puede decir que para lograr un desarrollo económico estable se precisa cumplir con una serie de condiciones,

las cuales tienen que ver con la finalidad específica de la actividad política.

La posesión de riquezas no es un elemento suficiente para saber si un individuo puede ser un buen gobernante.

De acuerdo con Aristóteles la práctica política implica su propio criterio de justicia distributiva, el cual, tiene una prioridad sobre otros criterios, pues en la política se encuentra en juego la creación de las condiciones básicas para alcanzar una convivencia civilizada.

Este criterio es la virtud ciudadana, que denota la predisposición de los individuos a subordinar (aunque no suprimir) su interés particular al interés colectivo.

En el mencionado mito de *Prometeo y Epimeteo* ya se advierte que la justicia y el pudor no debe, como otras virtudes, repartirse sólo a un grupo social, sino que debe ser un atributo de todos los ciudadanos.

Por eso Aristóteles propone que la decisión política debe estar en una mayoría calificada, entendida como un mayoría en la que participan individuos de los diversos grupos sociales; en donde el nivel de renta es tomado como un criterio cualitativo.

Unos y otros (demócratas y oligarcas) dicen, en efecto, que lo que opine la mayoría de los ciudadanos, eso deber ser soberano.

Que sea esto así, pero no enteramente, sino que casualmente son dos las partes que constituyen la polis, los ricos y los pobres, lo que decidan unos y otros o la mayoría, eso debe prevalecer, y si deciden cosas contrarias, lo que decidan los más numerosos y aquellos cuya renta es mayor.

Por ejemplo, si los ricos son diez y los pobres veinte, y se enfrentan en la opinión seis ricos y quince pobres, y los cuatro ricos restantes se unen a los pobres, y los cinco pobres restantes a los ricos; cualquiera de los grupos cuya renta es mayor, después de sumadas las rentas individuales de ambos grupos, ese debe ser soberano.

Pero si resultan iguales, hay que considerar esta dificultad análoga a la que se presenta ahora cuando la asamblea o el tribunal se dividen en dos partes iguales; hay que recurrir al sorteo o hacer alguna otra cosa semejante.

Por lo que respecta a la *Justicia Conmutativa*, en este segundo tipo de justicia particular es la conmutativa, la cual se refiere a las relaciones interpersonales, ya sean voluntarias o involuntarias.

En el primer caso tenemos el sistema de intercambios entre los individuos, en el segundo las transgresiones de las normas que rigen dichos intercambios.

A diferencia de la justicia distributiva, en la conmutativa ya no se atiende al mérito de los individuos, por lo cual se retoma el principio superior de la igualdad entre los seres humanos.

Aristóteles habla de una proporción aritmética con el objetivo de expresar que los intercambios deben someterse a la norma de la igualdad y que el daño que una de las partes infringe a la otra es quebrantar esa norma, por lo que la igualdad debe ser restaurada.

La función de la justicia conmutativa es crear los obstáculos que impiden la *pleonexia*.

La tesis aristotélica consiste en afirmar que, si todos los bienes son expresión de la necesidad humana es ella también el elemento que permite establecer una relación de igualdad entre ellos.

De ahí se concluye que la moneda, la cual iguala las cosas para ser intercambiadas, se introduce mediante una convención para expresar esa necesidad común.

Es menester, por tanto, que todo se mida por una sola cosa, como se dijo antes.

En realidad, esta cosa es la necesidad que todo lo mantiene unido; porque si los seres humanos no necesitaran nada o no lo necesitaran por igual, no habría cambio o no tal cambio.

Pero la moneda ha venido a ser como una especie de sustituto de la necesidad en virtud de una convención, y por eso se llama así, porque no es por naturaleza sino por ley, y está en nuestras manos cambiarla o inutilizarla.

Por ello, todas las cosas deben tener un precio, porque, así siempre habrá cambio y con él asociación de hombres.

Así, pues, la moneda, como una medida, iguala las cosas haciéndolas conmensurables.

No habría asociación, si no hubiese cambio; ni cambio, si no hubiera igualdad; ni igualdad, si no hubiera conmensurabilidad.

Sin duda es una gran contribución de Aristóteles haber iniciado el análisis del intercambio y la moneda; sin embargo, él parece no percibir que en su argumentación existe una contradicción.

La idea central es muy simple:

Existirá justicia en el intercambio cuando el precio el valor expresado en moneda de los bienes intercambiados sea el mismo.

Pero si la necesidad representa el criterio para establecer el precio, ello no generará necesariamente justicia. Si alguien tiene una gran necesidad, aunque escasos bienes, tendría que recibir una gran cantidad de bienes a cambio de pocos; con ello recibiría más de lo que originalmente tenía.

Es decir, no habría un intercambio igualitario de bienes, sino un subsidio de los que más tienen a los más necesitados.

Ello puede parecer una propuesta atractiva, pues conduce a una sociedad más igualitaria; pero sería muy difícil que ese intercambio se diera de manera voluntaria por parte de aquellos que más tienen.

Además, al no tener en cuenta el mérito de cada individuo en la actividad económica, se cometería una injusticia a los que producen más.

Aunque es la necesidad lo que impulsa el intercambio, parece que debe existir otro criterio para establecer la igualdad de los bienes intercambiados.

Esto fue lo que percibieron Adam Smith, Ricardo y Marx, entre otros, cuando afirmaron que el trabajo es la medida del valor de las mercancías.

Como diría Marx, el tiempo de trabajo socialmente necesario es aquello que hace conmensurable a las mercancías. Sobre esto vale la pena recordar lo que el propio Marx dice de Aristóteles:

El segundo caso de justicia conmutativa es aquella que puede calificarse en sentido estricto como justicia correctiva.

Ella presupone un acto involuntario en el intercambio o en las relaciones sociales en general, lo cual, de acuerdo al principio de justicia universal, denota la presencia de una injusticia.

En efecto, la justicia distributiva de los bienes comunes es siempre conforme a la proporción establecida.

En cambio, en las relaciones entre los individuos lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según aquella proporción, sino según la aritmética.

No importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo haya cometido un adulterio.

La ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado.

Para reparar el daño se apela a un juez, es decir a una tercera persona, cuya función consiste en representar el término medio virtuoso, desde donde es posible restaurar la igualdad.

Aristóteles compara la tarea del juez con aquél que se enfrenta a una línea dividida en segmentos desiguales y quita el

trozo que excede de la mitad del segmento mayor, para añadirse al segmento menor y, de esta manera, hace posible una división igual.

Precisamente la proporción aritmética de la que se habla en este contexto consiste en la mitad de la suma de las dos magnitudes.

Aristóteles advierte que no en todos los delitos se pueden hablar en sentido estricto de una ganancia o una pérdida, como sucede en las relaciones de intercambio.

Por lo que no siempre está claro en qué consiste la restauración de la igualdad.

Pensemos en el caso de un asesinato.

Sin duda Aristóteles tiene razón al oponerse a la identificación pitagórica de justicia y reciprocidad, ya que en la justicia distributiva, como hemos visto, se requiere tomar en cuenta una igualdad proporcional que tome en cuenta el mérito de los individuos.

Sin embargo, la reciprocidad es un elemento fundamental tanto de la justicia universal, como de la justicia conmutativa.

En el intercambio de bienes la reciprocidad no consiste en que cada uno reciba, en términos cualitativos, lo mismo que da, pues ello implicaría el absurdo de negar la necesidad del intercambio.

La reciprocidad en esta situación consiste primero, en términos de justicia universal, que las partes se reconozcan como personas, es decir, como agentes que asumen de manera voluntaria el acto del intercambio y, segundo, que exista una igualdad cuantitativa en el valor de los bienes que intercambian.

La importancia de la moneda, de la que habla Aristóteles, apoya este sentido cuantitativo de la reciprocidad.

En relación con la justicia conmutativa, en su faceta de justicia correctiva (actualmente conocida como oralidad penal), siendo procedente advertir que admitir el principio general de la reciprocidad e, incluso, la *lex talionis*, no implica necesariamente aceptar que el transgresor de la norma o el delincuente tenga que sufrir el mismo daño que cometió.

De hecho, en el proceso que lleva desde el principio general hasta los casos particulares se pueden introducir todos los argumentos que permiten matizar o atenuar la idea de una reciprocidad estricta (la posibilidad del error al castigar -el cual es fatal cuando se piensa en la pena capital- la posible culpa o influencia de la situación social en el hecho delictivo, la idea humanista de separar justicia y venganza, etcétera).

Sin embargo, mantener el principio general de la reciprocidad en la justicia correctiva nos permite mantener la noción de la aceptación voluntaria como elemento para definir las normas de

justicia, así como la dignidad humana, al asumir la responsabilidad de los individuos.

Por todo ello puede concluirse que la justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales, podemos decir que es la faceta social de la virtud. La justicia universal implica que las relaciones sociales están sometidas a la autoridad y regularidad de las leyes.

En un nivel abstracto, es posible identificar justicia universal y legalidad. Sin embargo, aunque la legalidad es una condición necesaria de la justicia, no es una condición suficiente, pues las leyes positivas pueden ser injustas.

De ahí que se requiera un principio que permita juzgar críticamente la validez (normativa) de las leyes particulares.

Este principio es: *Volenti non fit iniura*. Las leyes justas son aquellas que son susceptibles de ser aceptadas voluntariamente por todos los que se encuentran sometidos a ellas.

En la medida que en ningún contexto social se puede tener una certeza sobre la validez de las normas vigentes en él, se requiere que la justicia legal sea complementada con la equidad, entendida como la continua corrección de la legalidad de acuerdo con las exigencias de la experiencia.

Por tanto, la justicia universal, vinculada a la legalidad, requiere asegurar la libertad de todos para garantizar el consenso voluntario en el que se sustenta la validez de la legalidad.

Todo ciudadano debe ser legislador ya sea directa o indirectamente.

Universalidad en este sentido significa inclusión y, como tal, representa un requisito para la defensa de la particularidad.

La falsa oposición entre universalidad y particularidad es una consecuencia de identificar, como le sucede en la concepción jerárquica aristotélica de la sociedad, la universalidad con una particularidad.

Respecto a la justicia particular es una virtud ética entre otras que tiene como función básica contener la codicia (pleonexia) que se manifiesta en el comportamiento de los individuos.

Mientras la justicia universal tiene como fin primordial determinar el bien en términos colectivos, la justicia particular se centra en la determinación del bien en las relaciones entre individuos particulares.

La justicia distributiva se sustenta en una proporcionalidad geométrica, la cual presupone definir un criterio de distribución, así como el mérito de cada individuo en relación con ese criterio de tratar igual a los que son iguales y de manera desigual a los desiguales.

Aunque no es posible definir en abstracto un solo criterio de distribución, lo que se puede establecer es que, en la medida que la justicia distributiva es parte de la justicia universal, los criterios distributivos en las sociedades deben sustentarse en un consenso de todos los participantes.

La justicia conmutativa implica tanto el intercambio voluntario, faceta para la cual podemos reservar el término de justicia conmutativa en sentido estricto, como la situación en la que existe un daño que requiere ser reparado, faceta a la que podemos llamar justicia correctiva.

Una manera de aproximarse a esta diferenciación es tomando en cuenta la actual distinción entre derecho civil y derecho penal.

La justicia conmutativa en sentido estricto se sustenta en una proporcionalidad aritmética.

Si la división social del trabajo conduce a la necesidad del intercambio de bienes, se requiere que este intercambio se realice de manera voluntaria y que en este proceso el valor de los bienes intercambiados sea igual, para que cada uno conserve el valor de los bienes que le corresponden.

La justicia conmutativa en su faceta de justicia correctiva tiene como objetivo restaurar la igualdad cuando ésta se ha roto debido a acto violento, ya sea abierto u oculto.

Aunque Aristóteles afirma que la justicia correctiva debe sustentarse también en una proporción aritmética, en su polémica en torno al término de reciprocidad asume la necesidad de una proporcionalidad geométrica para establecer la pena al infractor.

Ello parece implicar una concepción jerárquica del orden social, inaceptable desde el punto de vista de las sociedades modernas.

En *Teoría de la Justicia*, John Rawls utiliza de nuevo una variante del modelo contractualista como recurso para determinar los principios de justicia que debe cumplir la *estructura básica* de una sociedad, es decir, aquellas instituciones que distribuyen los derechos, así como los deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.

Aunque Rawls percibe la herencia de Aristóteles presente en la tradición contractualista, en su propuesta sólo toma en cuenta una faceta de la teoría aristotélica, a saber: la justicia particular en su aspecto de justicia distributiva.

El sentido más específico que Aristóteles da a la justicia y del cual se derivan las formulaciones más familiares, es el de abstenerse de la *pleonexia*, esto es, obtener para uno mismo cierta ventaja apoderándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes; o negándole a una persona lo que le es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto, etc.

Es evidente que esta definición pretende aplicarse a acciones y se piensa que las personas son justas en la medida en que tienen, como uno de los elementos permanentes de su carácter, el deseo constante y efectivo de actuar justamente. (1979 pp. 23-24)

Cabe señalar que Rawls advierte que esta definición no es suficiente, pues, presupone "una explicación de lo que propiamente le pertenece a una persona y de lo que es debido", lo cual depende de derechos que, a su vez, se derivan de instituciones sociales y de las legítimas expectativas ligadas a ellas.

Es decir, lo que falta es, precisamente, la noción de justicia universal.

Rawls no examina la relación entre la justicia universal y la justicia particular en su carácter de justicia distributiva.

Parece que no percibe la complejidad del concepto aristotélico de justicia, lo que tiene importantes efectos en su propia teoría.

Rawls ya no parte de una descripción del supuesto estado de naturaleza, sino de una hipotética *posición originaria*, en donde individuos racionales y con un sentido de justicia eligen, bajo ciertas restricciones entre ellas el famoso *velo de ignorancia*, que les impide percibir su posición particular, los principios de justicia a los que debe adecuarse la estructura básica de la sociedad.

Según el preindicado doctrinario la elección recaería en los siguientes dos principios, elegidos entre una serie de alternativas determinadas:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que:

- a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos,
- b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

Ante todo cabe destacar que el primer principio se encuentra ligado a la noción de justicia universal aristotélica, por lo que, antes de ser un objeto de elección, representa una condición necesaria que debe imperar ya en la denominada posición originaria.

Ésta última figura es una manera de expresar la tesis de que los participantes en el proceso de elección deben ser autónomos, para hacer posible una deliberación racional.

El propio Rawls afirma: "La posición originaria puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción

kantiana de la autonomía y del imperativo categórico dentro del sistema de una teoría empírica." (1979 p. 241).

Lo cual implica que la libertad no es un bien más, que pueda ser objeto de un proceso distributivo, sino un requisito indispensable de cualquier elección social que pretenda cumplir con las exigencias de la racionalidad.

Lo que pueden elegir los participantes en la posición originaria es el sistema de normas jurídicas en los que se objetiva o materializa la libertad que ya poseen.

Sin embargo, Rawls no parece darse cuenta que reconocer a la libertad como una condición trascendental del discurso sobre los derechos no implica asumir los presupuestos metafísicos del iusnaturalismo clásico.

Para hacer compatible una teoría empírica con el modelo contractualista es menester diferenciar entre el nivel empírico de la génesis de los derechos y la argumentación en términos de validez racional.

En el nivel empírico se trata de analizar la aparición histórica de los derechos como un efecto de las luchas sociales y de la consolidación de las instituciones sociales.

En cambio, cuando se apela al modelo del contrato se trata de establecer el criterio para juzgar la validez racional de los derechos positivos.

Por tanto es compatible afirmar que los derechos que garantizan la libertad son un producto histórico y, al mismo tiempo, sostener que la libertad es una condición trascendental para que se pueda predicar que el sistema jurídico tiene una pretensión de validez racional.

Toda norma jurídica es el producto de las decisiones que se toman al interior de un sistema social y su orden civil.

Pero la norma jurídica sólo posee una validez racional (diferenciada de su vigencia social) cuando se estatuye en condiciones de libertad y no lesiona el ejercicio de esa libertad.

En este sentido, la posición originaria representa, en un elevado nivel de abstracción, una situación social en donde los individuos ya se ha reconocido como *personas*, esto es, como sujetos libres y que, como tales, son susceptibles de tener derechos.

Desde este punto de vista, la restricción del llamado velo de ignorancia representa una peculiar manera de expresar la exigencia de imparcialidad propia de un diálogo entre sujetos libres y racionales.

Imparcialidad que tampoco puede ser vista como un atributo que posean los individuos de antemano.

La imparcialidad es una meta a la que se busca acceder a través de una confrontación racional entre diversos puntos de vista.

Como hemos visto, para Aristóteles la justicia universal representa una igualdad de libertad entre los ciudadanos, nacida del reconocimiento recíproco como personas sujetos de derechos y deberes.

Esta justicia universal tiene prioridad sobre la justicia particular, ya sea distributiva o conmutativa.

Esta tesis aristotélica se encuentra, en cierto modo, en la teoría de Rawls cuando éste sostiene la existencia de un orden lexicográfico entre los principios de justicia, es decir, un orden que establece la prioridad del primer principio.

Precisamente, de ese orden lexicográfico extrae dos reglas de prioridad:

a) La prioridad de la libertad implica que la libertad sólo puede llegar a ser restringida *por mor* de la misma libertad.

b) la prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar, lo cual significa que el segundo principio de la justicia debe situarse por encima de los imperativos de la eficiencia y maximización de los beneficios.

La primera regla coincide con la tesis de Aristóteles, creo que confirmada por la historia de los conflictos sociales, respecto a que sólo se puede acceder a una justicia distributiva si se cumple antes con las exigencias de la justicia universal.

El caso contrario, esto es, considerar que se puede arribar a una justicia distributiva sin una justicia universal (Estado de derecho), implica que alguna instancia social (Estado, partido, vanguardia o líder) puede determinar los criterios de distribución justa más allá del consenso social y de la participación de ciudadanos autónomos.

Esta ha sido la ilusión que ha sido utilizada como coartada de legitimación (no racional) por diversos sistemas de dominación, desde el totalitarismo moderno, hasta el tradicional populismo.

Si bien el conocimiento de la teoría de Aristóteles hace posible localizar ciertos aspectos débiles de la estrategia argumentativa de Rawls, también permite resaltar los puntos fuertes o contribuciones de esta propuesta.

Como hemos visto, para Aristóteles la justicia distributiva (el control de la *pleonexia*) es una parte de la justicia particular que, a su vez, forma parte de la justicia universal.

El plantear las variedades de justicia en términos de subconjuntos propició que cierta tradición aristotélica,

especialmente gran parte de las teorías del contrato social, asumiera que cumplir con las exigencias de justicia universal era suficiente para acceder a una justicia distributiva.

Esta tesis la podemos ver ejemplificada en las teorías de Locke y Kant, la cual ha sido retomada por una variedad de liberalismo reciente. La idea es que si se respeta el derecho a la propiedad y la libertad contractual en las relaciones de intercambio se crean las condiciones para la realización de la justicia distributiva.

En cambio, al enunciar sus dos principios de manera diferenciada en un orden lexicográfico,

Rawls por su parte nos advierte que, si bien la justicia universal, reconocimiento igualitario de la libertad, en la que se fundamenta la legalidad, es una condición necesaria para acceder a una justicia distributiva, no es una condición suficiente.

Con ello se recupera la intuición implícita en las críticas de Hegel y Marx al liberalismo clásico.

De acuerdo con el segundo principio de la justicia el Estado no se debe limitar a garantizar el orden legal, sino también asumir un papel activo en el proceso de distribución para superar, sin lesionar la libertad, las desigualdades no justificadas, entre ellas, aquellas que tiene su origen en las formas de dominación.

Por eso, la ingeniería institucional que se esboza en la *Teoría de la justicia* no sólo se apela al principio de pesos y contrapesos

para mantener un control del poder político, sino que también se habla de la necesidad de instituciones que garanticen la formación de un sistema económico justo.

Rawls no entra en el debate sobre el diseño concreto de las políticas redistributivas; incluso ni siquiera toma partido en la tradicional oposición entre economías capitalistas y socialistas.

Sin embargo, afirma que un Estado gobernado por una constitución política justa, trataría de apoyar el segundo principio mediante una legislación apropiada, así como por un sistema institucional conformado por cuatro ramas.

La rama de asignación trataría de mantener un sistema competitivo, evitando la formación de monopolios y oligopolios.

La rama estabilizadora buscaría aproximarse lo más posible al ideal del pleno empleo. La rama de transferencia tendría como función el garantizar una renta social mínima "como el mercado no es apropiado para responder a las demandas de la necesidad, éstas deben resolverse mediante otra disposición." (1979 p. 259).

Finalmente la rama de distribución tendría como tarea conservar una justicia aproximada de las porciones distributivas mediante la tributación y los reajustes necesarios a los derechos de propiedad.

Es evidente que con esta propuesta muy general no se trata de ofrecer una receta concreta para enfrentar el problema de la justicia

distributiva, pero sí se establece una ruta para pensar alternativas, más allá de los dilemas tradicionales.

El segundo principio de la justicia que propone Rawls puede ser visto como un complemento o, quizá, como una corrección de la proporción geométrica que utiliza Aristóteles para definir la idea de justicia distributiva.

De hecho, la lectura de las obras de Rawls nos sugieren una interpretación de la concepción aristotélica, en la cual la decisión de establecer la distinción entre justicia universal y justicia particular es el resultado de advertir que el principio legal de la justicia universal (lo que se ha llamado el aspecto formal de la justicia) no es suficiente, sino que implica un campo más amplio.

La tesis se podría formular de la siguiente manera: Asumir los imperativos de la justicia universal (legalidad) implica un compromiso con la justicia distributiva, el cual trasciende el imperativo de garantizar el orden legal vigente.

Es decir, la exigencia de equidad no se limitaría a la corrección del contenido concreto de las normas jurídicas, sino que, además, incluiría el imperativo de crear las condiciones sociales que permitan una distribución equitativa de la libertad.

También, aplica y subraya la igualdad de oportunidades en las actividades económicas y en la libre elección de ocupación.

Esto se logra supervisando la conducta de las empresas y las asociaciones privadas e impidiendo el establecimiento de restricciones monopólicas y barreras a las posiciones más codiciables.

Finalmente, el gobierno garantiza un mínimo social, bien por asignaciones familiares y subsidios especiales, por enfermedad y desempleo, o, más sistemáticamente, por medios tales como un complemento graduado al ingreso, llamado el impuesto negativo sobre la renta. (1979 pp. 257-258).

Con estas breves observaciones no se pretende sustentar de manera adecuada una posición concreta en el debate contemporáneo sobre la justicia, ni agotar las posibles vías para actualizar la teoría aristotélica.

Otra vía, por ejemplo, sería reconstruir la herencia aristotélica en la tradición republicana, para analizar las críticas que dicha tradición puede hacer a la comprensión cotidiana de las prácticas y teorías políticas (a la manera de la propuesta de Hannah Arendt).

El objetivo era, simplemente, mostrar como la teoría aristotélica de la justicia, a pesar de la distancia histórica que nos separa de ella, nos puede sugerir perspectivas para abordar la problemática de la constitución de un orden civil justo.

1.1.2 Ética y Moral.

Me es imprescindible abordar el tema con sus dos concepciones como un preámbulo de la justicia y la legalidad, no obstante, de poder dar una definición de ética y moral resulta importante dejar claro la relevancia que tendrá en la investigación.

Hay que tener en cuenta que la existencia de la ética y la moral concierne al Derecho en tanto que para abordar tales tópicos son necesarios planteamientos nacidos de la razón y hoy dentro de todas las especies la única capaz de razonar en el mundo es la humanidad, por ello las formulaciones que se hagan atenderán razones de índole humana, de tal suerte, que el Derecho se ve influenciado por ambas concepciones.

Al tomarlas en cuenta se está basando en razonamientos de personas que pueden ser falibles en todo momento, por ejemplo, al crear las leyes, por lo cual, se regirán de acuerdo a alguna moral o una ética que les dictara actuar o no actuar de tal o cual forma, siendo desde nuestra perspectiva relevante para todo el tema, pero en especial al de justicia, que es donde mayor problemática se da para poder alcanzar una definición única y universal.

Entrando en materia, la definición de ética misma que se ha sustraído del diccionario de la Real Academia Española y dice: “Del lat. *ethicus*, y este del gr. ἠθικός *ēthikós*; la forma f., del lat. *Tardío*

ethica, y este del gr. ἠθική ēthiké. 5. f. Parte de la filosofía que trata del bien y del fundamento de sus valores.”¹.

Se entiende entonces que la ética como concepto engloba los aspectos del comportamiento humano en busca del bien y del resto de valores que conforman al humano, pero que no necesariamente le son innatos.

Por su lado moral en la misma fuente citada dice esto:

“Del lat. morālis. 1. adj. Perteneiente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva. (...) 4. adj. Que concierne al fuero interno o al respeto humano, y no al orden jurídico.”²

Moral entonces como concepto a diferencia de la ética resulta ser el comportamiento y no el discernimiento que tenemos como seres humanos. Quizá suceda que las definiciones y las explicaciones dadas no dejan clara la diferencia entre una y otra, por lo cual, es pertinente una cita, para esclarecer mejor la situación:

¹ Real Academia Española. Edición veintitresava. (2014). Ética. En Diccionario de la lengua española. [En línea]. Disponible: <http://dle.rae.es/?id=H3y8ljj|H3yay0R>. 8 de Diciembre de 2016. 2:17 PM.

² Real Academia Española. Edición veintitresava. (2014). Moral. En Diccionario de la lengua española. [En línea]. Disponible: <http://dle.rae.es/?id=Pm2wZfs|Pm4ASq>. 8 de Diciembre de 201. 2:30 PM.

“desde un punto de vista técnico... no tienen idéntico significado. «Moral» es el conjunto de comportamientos y normas que tú, yo y algunos de quienes nos rodean solemos aceptar como válidos; «ética» es la reflexión sobre por qué los consideramos válidos y la comparación con otras «morales» que tienen personas diferentes.”³

Para fines de este trabajo, se entenderá a la ética como el cuestionamiento filosófico que se encarga del estudio respecto al comportamiento del ser humano y la moral es el comportamiento en sí mismo o dicho de otra manera el comportamiento en la práctica y como esta orilla a tener un comportamiento de <tal> o <cual forma>. Toma importancia desde esta visión el poder definir tales conceptos que mas adelante se vuelven imprescindibles en toda filosofía, Derecho y concepción de justicia que se piensa, teoriza e investiga en la actualidad, ¿cómo sucedió esto? Fue debido a que cada persona sitúa en su individualidad la importancia del concepto y la simbiosis que tendría que existir con el Estado (entendido como gobierno) es por ello por lo que:

“En toda cultura podemos distinguir valores lógicos, éticos, estéticos, que parecen ser los fundamentales, también lo son la justicia, honradez, lealtad, serenidad, valentía y compasión.

³ SAVATER, Fernando. Ética para Amador, México, Ariel, 2012, p. 43.

Los valores pueden verse como signos que orientan la conducta humana; a ellos recurrimos siempre, incluso cuando se nos presentan diversos caminos para actuar y tenemos que elegir alguno. Por eso los valores tienden a conformar una relativa uniformidad en la conducta de todos los individuos que pertenecen a una misma cultura.”⁴

Teniendo en cuenta esto, podemos entrever la primera causa en la conducta de los encargados de la creación de leyes y su interpretación (ministros o magistrados), son seres que viven de acuerdo a una moral confrontados a cuestionamientos éticos, así que, es importante saber la influencia de la ética y la moral en ellos al dar sentido a sus justipreciaciones o los motivos que tienen para legislar, dando su voto o no dándolo e incluso pudiendo ser neutrales, confrontados con el sentido de sus puestos públicos, pues debe haber una conciencia en pro de la sociedad si se está refiriendo a Estados que adoptan el sistema democrático.

De no ser así ¿qué otros motivos hay para que actúen en contra o a favor de intereses personales?, en ocasiones mezquinos y voraces. Termino este subtema con la pregunta ¿Qué papel juega en todo ello el concepto de justicia y legalidad? La respuesta a esta cuestión se tratará más adelante, pero ya existe el precedente para conformar la base de la teoría y conceptualización que se está desarrollando.

⁴ MARTÍNEZ MONTIEL, Luz María. Op. Cit., p. 60.

1.1.3 Prehistoria de la justicia y la ley.

Mucho antes de la consolidación de la civilización griega y que sus filósofos impregnarían a la cultura occidental en todo lo humanamente posible, fue que las semillas del concepto de justicia brotaron de manera arcaica en occidente.

Muestra de ello da la civilización Mesopotámica, que fuera la primera cultura en introducir la escritura, dando con ello trascendencia a sus ideas, leyes, mitos e historias como, por ejemplo: la Epopeya de Gilgamesh, que es la obra literaria más antigua descubierta hasta el día de hoy.

Por ende, los primeros registros de normas coercitivas de un pre-derecho que existen tienen sus orígenes en Mesopotamia, estos hallazgos datan de 2420 a.C. con la reforma llevada a cabo por Entemena, gobernador (Ensi) de la ciudad-estado de Lagaš... quien extendió el restablecimiento del orden social más allá de su propia ciudad y se glorió de:

"haber dado libertad" (ama-gi e-gar) a otras ciudades dependientes de Lagaš. La expresión "dar libertad", en el contexto de la reforma de Entemena, designa un acto legal que, en general, puede significar la restitución de la libertad perdida y, en particular, puede incluir la emancipación legal de un ciudadano reducido a esclavitud por insolvencia, la devolución de la propiedad incautada, la anulación de

las deudas para con el estado y la derogación de impuestos opresivos”⁵.

La anterior cita enseña la manera que Entemena por medio de una reforma influyó para intentar implantar orden en la época, de modo que pretendió traería justicia a quienes gobernaba, esto constituyo un precedente para los gobernadores posteriores como Urukagina o Gudea, quienes también normaron conductas que se consideraban desventajosas entre los individuos y que bajo el mismo planteamiento creían estar haciendo justicia, a manera de ejemplo; el primero (Urukagina) crea una reforma que sentara los pilares legales para la justicia en aquel momento, por lo cual, sus gobernados tendrían una mejor calidad de vida.

El segundo (Gudea) procuro que la inequidad del rico frente al pobre no trajera ningún mal para el desamparado.⁶

Es importante mencionar que aun antes de la existencia del famoso código de Hammurabi, existieron gobernantes que ya habían realizado un compendio de leyes dictadas por ellos, que retomarían de sus antecesores o a través de la práctica de soluciones que se daban en conflictos que surgían entre sus gobernados, a los cuales se les denominaría igualmente como códigos, entre estos gobernantes

⁵ NARDONI, Enrique. “LA JUSTICIA EN LA MESOPOTAMIA ANTIGUA”, Revista Bíblica, número 52, Buenos Aires, Abril de 1993, pp.193-214, pp. 195.

⁶ Véase, *Ibidem*, pp. 196 y 197.

tenemos a Ur-Nammu (2064-2046 a.C.), Lipit-Ištar que gobernó de 1875-1865 y Ešnunna (1728-1686 a.C.).

Del primero su mayor aportación fue la de crear uno de los primeros códigos legales de la historia, esto se entiende así pues sus leyes contenían un condicionante de “sí” tal cosa ocurre (de ello se puede inferir la existencia de un hecho que podría surgir en la realidad) y la consecuencia legal que tendría tal acto.

Del segundo es oportuno destacar el prólogo de su código, que decía “Yo establecí justicia (nig-si-sá) en Sumeria y Acadia de acuerdo con la palabra de Enlil. Verdaderamente, en aquellos días yo procuré (...) la libertad (ama-ar-gi) de los hijos e hijas de Sumeria y Acadia sobre los cuales se había impuesto la esclavitud”⁷. De ello se nota la función que tenía la justicia en equilibrar o resarcir, incluso regresar a un estado “natural” u orden divino lo que el hombre con sus acciones había tenido a bien modificar. Y del tercero se rescata la forma en que influyó de manera determinante en su población en el aspecto económico, pues fijó precios máximos para bienes básicos de consumo, estableció salarios mínimos, congeló alquileres y tasas de interés, siempre desde una visión de ayudar a quien menos favorecía la economía.⁸

⁷ Como se cita en: *Ibidem*, p.200.

⁸ *Ibidem*, p.202.

Lo último a tratar en este subtema es el código de Hammurabi, conocido así por la persona que lo creó ya al final de su reinado, siendo sus vasallos que ayudaron a la concepción en una estela.

Dentro de sus aportaciones está la famosa <ley del talión> que surge de la interpretación de las normas que contenía esta, sintetizándose con la frase “ojo por ojo, diente por diente”. En este código se trató de algún modo en considerar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales y que las penas fueran proporcionales.

De manera que, situándolo en su época, el código era mucho más amplio y rico en contenido y alcance que sus antepasados lo habían sido, por tanto, que sobreviviera y fuera vigente a más de un milenio de la muerte de Hammurabi lo vuelve importante para la historia del Derecho.

Aunque el propio código revela en su introducción que ha sido obra y voluntad de los dioses, además la idea que sostiene el código es que los dioses están para encargarse del destino de los humanos, como consecuencia de ello mandaron a crear tal código y su voluntad está contenida en él.

No obstante, al tratarse de un código y de leyes que como ya vimos rigieron la vida y el comportamiento que deberían tener los ciudadanos regidos por los reyes sumerios, nunca se habló de legalidad, era una cuestión prescindible en tales épocas, bastaba con saber que era voluntad de los dioses y del rey para tener plenamente vigencia y veracidad.

Por otro lado, la justicia que se aprecia en el código reafirma lo establecido en párrafos anteriores, ya que no se trata a la idea desde una perspectiva crítica, ni reformatoria, tan solo se encarga de dar continuidad a esas ideas de equidad surgidas como ya se esbozó, mucho antes de Hammurabi, donde el valor de justicia y equidad se volvieron sinónimos.

1.2. Época clásica.

1.2.1 Los Griegos.

Fue en Grecia hace más de 2000 años donde la idea de justicia por primera vez fue cuestionada y llevada más allá de donde se encontraba tanto en su planteamiento, así como su alcance y vigencia.

Para ser más preciso, es con los filósofos y los posteriores juristas romanos donde se consolidan las bases del concepto de justicia en las cuestiones legales que terminara por influir a la población en aquella época, dejando con ello un legado a la

humanidad que perduraría aun hoy en día. Hago hincapié que son los filósofos griegos los que ponen en la mira del mundo occidental la trascendencia del concepto y en entredicho su hasta entonces veracidad.

Por todo ello iniciaremos con Sócrates hablando de manera similar de Platón, estableciéndose que Sócrates no dejó ningún escrito para referenciarlo de forma directa, pero Platón sí lo hizo, dejando sus famosos diálogos a los cuales se les conocerá de forma general como: “Los Diálogos de Platón”, muchos de ellos toman como personaje central a Sócrates y a partir de ahí es que se van desarrollando, por ejemplo; La apología de Sócrates, el Banquete, el Fedón, el Critón y la República, estos dos últimos son los que utilizare para analizar la manera en que Platón y al mismo tiempo Sócrates reflexionan y entienden a la justicia.

En el caso del dialogo temprano el Critón, sintetizando su contenido, aquí Sócrates ya se encuentra en la cárcel y su condena será la muerte, narrara la manera en que su amigo Critón intentara convencerlo de que se escape o apele a la condena dada, pues asume que ha sido injusta las acusaciones y el veredicto.

Sócrates como suele ser su costumbre, a través de su mayéutica mostrara la razón del porque ha decidido acatar la sentencia de manera calmada y al mismo tiempo refutar los argumentos dados por su amigo respecto a no acatar la sentencia.

Es así como atendiendo a lo plasmado en la ley, en esta se advierte que en cuanto al concepto de justicia, se entabla una hipotética conversación con las leyes, las leyes vuelven una entidad pensante y hablante

De esto se deduce como él entiende la justicia y que el haber vivido en Grecia no fue una cuestión azarosa, sino fue una decisión, un proyecto de vida y por ende el retractarse o negar que las leyes no fueron justas con él, sólo evidenciaría su falta de congruencia, ¿por qué acaso solo cuando uno es beneficiado con las leyes debe acatarlas y cuando uno se ve afectado no debe hacerlo? ¿Vivir bajo ese criterio es justo acaso?

Para Sócrates al menos no lo es, pues fue una decisión unilateral aceptar las condiciones que imponía el vivir en Grecia, y no solo las aceptaba sino además estaba de acuerdo con ellas y procuraba obedecerlas en todo lo que ellas ordenaban, por esto, al ser sentenciado y como resultado de esa sentencia, se le impusiera la pena del destierro, la cual no aceptara, pues no concebía el vivir en alguna otra *polis*.

Dejando con su decisión sin más remedio a los jueces a dictar la condena de muerte.

Uno de los razonamientos que considero importantes en todo lo entablado en el Critón es cuando Sócrates hace esta afirmación: “Ni siquiera si uno es ofendido: tampoco entonces ha de devolver injusticia por injusticia, como cree la mayoría, puesto que de ningún

modo hay que ser injusto.”⁹, los motivos de Sócrates de no dañar a quien te ha dañado, de no responder con una ofensa si te han ofendido es muy contundente y clarifica en muchos aspectos el problema de la justicia, dado que pagar con injusticia no es justicia es hacer doblemente injusticia y un mundo así no puede aspirar a la justicia. Retomo lo ya escrito como algo valioso pues hay bastante confusión hoy en día, por parte de la gente cuando equivale a la venganza con justicia, siendo que siglos antes ya se había demostrado que ello no podía significar justicia y cimentar un concepto de justicia desde tales valores no haría mas que deformar y calmar la sed de venganza de las personas que exigen este forma de generar justicia, pero no ayuda al entendimiento de una teoría de la justicia sino lo nubla y deja de lado aspectos importantes que no deben ser ignorados en la construcción de un concepto o teoría de la justicia.

Otro punto es como Sócrates no temía a la muerte pues creía en una vida despues de ella y en ello su visión de justicia también estaba influenciada por sus concepciones de vida y muerte, pues como el mismo menciona en el dialogo hipotetico que tendría con las leyes:

“si nos haces caso a nosotras, tus nodrizas, no estimes en más ni a tus hijos, ni tu vida, ni ninguna otra cosa por encima de la justicia, para que, cuando llegues al Hades, puedas alegar todo esto, en tu denfesa, ante los que mandan allí.”¹⁰

⁹ Cr. 49 b.

¹⁰ Cr. 54 b.

Aquí vemos la importancia que debe tener la justicia y como al ponerla sobre todas las cosas según Sócrates, ella misma se perpetua aun después de la muerte en el Hades y allí también tendrá vigencia, tanto así que por eso uno debe actuar con rectitud en su vida sin cometer injusticia alguna de manera consiente ni buscar dañar a nadie aspecto que hacemos notar en el texto: “no se ha de estimar en más el vivir, sino el vivir bien¹¹”, pues al final seremos juzgados por nuestros actos. Y ante tal juicio inevitable, soló la rectitud de nuestra vida será con lo que estemos en condiciones de defendernos.

Es por ello que a través de la dualidad conocimiento/opini3n nos adentramos en el coraz3n mismo de la teor3a plat3nica que termina de cristalizarse con la teor3a de las Ideas. Estos distintos tipos de acceso al saber, que determinan ya en el Crit3n la distinc3n entre los m3s y los expertos, constituyen el fundamento de una visi3n aristocr3tica de la pol3tica alejada de los principios democr3ticos.”¹² Dejando de lado el Crit3n y adentr3ndonos a otros textos de Plat3n para poder profundizar en el tema, veremos el texto de la Rep3blica y como parece que este dialogo m3s que dar un concepto claro o dilucidar respecto del tema de la justicia, por el contrario, se trata de desmentir y demostrar la creencia que tienen los personajes que intervienen en 3l, respecto de la justicia, as3 pues,

¹¹ Cr. 48 b.

¹² PENCHASZADEH, Ana P. El sentido de la vida-con-otros, “Tras el concepto de justicia en Plat3n y Arist3teles”, tesis de maestr3a, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Argentina, Buenos Aires, 2005, pp. 22 y 23.

Sócrates haciendo uso de la mayéutica preguntará a los presentes que entienden por justicia y los hará ver sus errores al concebir el concepto y como cada uno de ellos adjudica características a la justicia que no son de la justicia.

En consecuencia, este apartado ayudara al planteamiento de preguntas difíciles de contestar, de modo que al responderlas se comprende que no todo el mundo pudiese coincidir con cierta apreciación.

De todo lo anterior se desprende, como argumento central el de “otorgar lo que pertenece a cada uno”, aspecto que permite demostrar que no todo el tiempo va aparejado la existencia de la justicia, consecuencia de ello, deriva en que se puede cometer un error al otorgar para quien “recibe lo que debe”.

Platón menciona que partiendo de hechos ideales en un primer momento al fundarse cualquier Estado en este caso la *polis*, será necesario erigirse por primera vez desde el raciocinio¹³ esto implicaría una toma de decisiones bien planteadas y fundamentadas, lo cual tendría entonces que llevar de manera inequívoca a la implantación de un sistema político justo en la realidad, el propio Platón aceptaba y

¹³ El mismo Platón en un momento afirma en la República, que la forma de estado más elevada será aquella donde gobiernan los filósofos. Esto ayudará a comprender porque entonces el Estado al formarse desde sus cimientos, pueda plantearse desde la razón y no desde la fuerza u otro medio de coerción para mantener unida a una colectividad que busca el mismo fin.

conocía lo utópico que era plantearse tal situación, sin embargo es el estado idóneo donde existiría la justicia, desde su perspectiva.

Además de lo abordado destacan otras ideas recopiladas desde la perspectiva de Máynez. De tal suerte que, para continuar las referencias hechas a continuación por parte de Platón, estas se sitúan en los diálogos correspondientes al noveno libro de las leyes. Así pues, Máynez expone a Platón:

“Ahora puedo ya exponer – dice el ateniense a Clinias- mi concepción de lo justo y de lo injusto. A la tiránica dominación de la cólera, el temor, el placer, la aflicción, la envidia y los deseos en el alma, doy en todo caso el nombre de injusticia, sea que cause daño o que no lo cause” (863 d-864 a). Pero cuando, por el contrario, la creencia en lo mejor exista en las almas y oriente la actividad de cada individuo, habrá que llamar justo a cuanto gracias a ella podamos emprender y a cuanto bajo su guía haga cada uno de los que den oídos a su autoridad.”¹⁴

Todo derivara a la idea estética de la belleza y cobrara relevancia para Platón desde una perspectiva de si son equivalentes la belleza a la justicia y del mismo modo la fealdad a la injusticia. Pero a modo de cuestionamiento se presenta la siguiente cita:

¹⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón, vol. III, Porrúa, México, 1988, p. 212.

”[...] si todo lo que participa de la justicia es bello, los que afirman que “toda acción justa, en la misma medida en que es justa participa también de la belleza”, sólo pueden ser congruentes si al propio tiempo admiten que lo que padecemos tiene que ser bello también, en el mismo grado en que participa de la justicia. “Más si aceptamos que lo que padecemos, pese a ser justo es feo, la justicia y la belleza discreparían, puesto que, según nuestro dicho, las cosas justas serían las más espantosas” (859 d-860 a).”

Aquí Platón como ya se menciona tiene no solo una visión política de la justicia, además le adjudica concepciones estéticas, de modo que sería válido preguntar ¿Qué tan importante es entender si la justicia es o no es bella? Aun cuando es válida tal pregunta no se debe quedar limitado en un cuestionamiento tan superficial que rápidamente se olvida en tanto que se reflexiona en la idea de justicia y de belleza a la par.

Superada entonces los cuestionamientos simplistas alrededor de lo que aquí Platón está sugiriendo, podríamos entonces hilar las ideas para poder concebir a la justicia como algo bello, algo inmutable añadirle una cualidad luminiscente dado que es un ideal brotado de la razón y la razón por añadidura es vista como una luz, así pues, dotarla de características que por nociones culturales occidentales le adjudicamos a todo lo que consideramos bueno y benéfico, no es descabellado incluso es aceptable.

Pero estas nociones son en principio cuestiones de índole personal e informal ante el ámbito jurídico, cobrará relevancia el cuestionarse esta concepción justicia=belleza cuando la veamos desde un aspecto jurídico-social, entonces entra en juego ya no pretensiones personalísimas, además abra que averiguar si esta justicia-bella, puede sobreponerse al ámbito jurídico-social. Lo anterior será importante en la medida en que nosotros México contemporáneo, tenemos reminiscencias situando a la justicia como algo bello.

Al final de sus disertaciones Platón ya ha formulado su postura frente a este dilema y cómo el mismo ha resuelto el problema.

Lo anterior de manera parcial, ya que si, las respuestas dadas, desde la visión personal han sido aclaradas, pero no se deben extrapolar esas ideas al ámbito jurídico por el momento, puesto que, aunque se puedan hacer analogías del ente humano frente al derecho o al Estado, no parece ser la intención directa de Platón el hacer esa similitud, tampoco lo considero así ya que no son similares y en muchos aspectos son opuestos los conceptos de Estado y ente humano.

Con la siguiente cita se apertura otra arista en el tema que se está tratando.

“En uno de los pasajes más oscuros y controvertidos de su obra póstuma, Platón, por boca del ateniense, afirma que “todos los malos, en todos los casos, son malos sin quererlo”.

Esto equivale a sostener que el que realiza un acto injusto lo comete a pesar suyo, si es cierto que la justicia no depende de nuestra voluntad.”¹⁵

Pueden existir distintas interpretaciones tomando como referencia la cita anterior, pero el motivo por el que lo incluyo en mi trabajo es a donde me llevara en la creación del pensamiento esta cita. Razón por la cual comienzo discerniendo ¿existen las injusticias involuntarias?

De ser afirmativo tal situación es correcto entonces otorgar una sentencia menos favorable en cuanto al ámbito de sus Derechos personales a otro que lo hizo de manera consiente, estaríamos ante un tratamiento ¿justo, el no castigar a ambos por igual?, al menos tal situación se ha resultado en el derecho con la regulación de las conductas dolosas y culposas entrar en este tema aun no es momento, solo esbozo un primer argumento para desarrollarlo en el capítulo correspondiente.

¹⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón, vol. III, p. 213.

Para dar paso a otras ideas a manera de resumen nos parece pertinente transcribir lo que Norberto Bobbio en su obra puntualiza, que puede tenerse como una síntesis de las anteriores consideraciones:

“Como se sabe, el diálogo de la *República* es una descripción de la república ideal, que tiene como fin la realización de la justicia entendida como la atribución a cada cual de la tarea que le compete de acuerdo con las propias actitudes.”¹⁶

Acerca del tema de la legalidad, como ya fue mencionado se subordinara estos primeros subtemas a la ley, de tal suerte que el término ley proviene del griego y fue acuñado con posterioridad por las demás culturas occidentales hasta llegar a nuestros días, es imprescindible remarcarlo, con miras a lo ya planteado.

“En la historia de la humanidad, el Arte de hacer la ley, la *nomografía* (término formado por la unión o combinación de dos temas cultos de origen griego, *nomos nemo* que significa distribuir [pastizales] y que más tarde pasó a significar ley y *grafía*, *procede de graphé*, escritura) debió de nacer en el seno de una civilización, en el momento en que un ciudadano o grupo de ciudadanos con poder o autoridad (un rey, un estadista, un estratega, sacerdotes, sabios, notables...) siente la necesidad de sistematizar (por escrito) un

¹⁶ BOBBIO, Norberto. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político, trad. José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 21.

conjunto de preceptos de obligado cumplimiento, que reglamenten su vida en común.

Lo cierto es que, con independencia de la existencia y reconocimiento de esta Arte, en civilizaciones y culturas lejanas más próximas, encontramos pruebas de su existencia.”¹⁷

Aun cuando hemos ido un poco más allá de lo que pretende el presente subtema, no está fuera de lugar, leer lo anterior citado, bien ya sea porque es menester mío indagar en las raíces de los asuntos para desentrañar el sentido que tenía y todo lo que hemos ido contribuyendo a su perfeccionamiento o bien ya para tener la perspectiva más amplia posible, asentando las razones cruciales para el tema de investigación.

Se puede entonces con algunas salvedades aseverar que la historia de la legalidad tiene sus orígenes en Grecia de manera muy arcaica pues como fue visto es ahí donde se dota de nombre y significado al conjunto de letras que se son obligatorias para todos, las leyes, es decir, la ley es sinónimo de letra, o, mejor dicho, la letra dio vida a la ley.

Aun cuando existen vestigios de la existencia de leyes anteriores a los griegos¹⁸, no fue hasta que los griegos conceptualizaron a esta

¹⁷ ALOSON-MISOL, Enrique, et al., Historia del Léxico Jurídico, Aranzandi, Navarra, 2010, p. 99.

¹⁸ El caso del *Código de Hammurabi*, y lo ya tratado en subtemas anteriores.

palabra que fue retomada por la historia del sistema jurídico occidental.

Por tanto, la razón de la ley será:

“La ley aparece esencialmente como la limitación del poder, arbitrario en sí, de la autoridad.

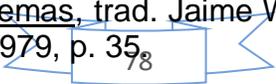
Las leyes son, pues, instrucciones dadas al magistrado con objeto de proteger al individuo en contra de esa arbitrariedad. Los ciudadanos deben conocer la ley y, para ello, ésta debe ser publicada y colocada en un lugar visible.

Sin embargo, si la ley ha de predominar debe reconocérsele como dotada de un poder superior al de los hombres: es de naturaleza divina y el legislador está inspirado por los dioses.”¹⁹

A la par Platón reducirá la concepción de ley a un: “juicio de razón que ha llegado a ser decreto común de la polis, que define lo mejor y lo peor.”²⁰

¹⁹ ESPINOZA GONZÁLEZ, Aldo. Historia general del Derecho, U.N.A.M, México, 2011, p. 66.

²⁰ Como se cita en GRANERIS, Giuseppe. La Filosofía del Derecho a través de su historia y de sus problemas, trad. Jaime Williams Benavente, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1979, p. 35



Pero más allá de lo comprendido por Platón en la realidad, el Derecho como fuente de la ley era un resultado de la interacción de los individuos que pertenecían a la polis, la igualdad era menester en este sistema legal, pero esta igualdad no correspondía para todos en el mismo sentido, sino que tenía que entenderse desde la calidad de individuo al que se pertenecía, pues no ostentaban los mismos derechos, mujeres, niños, esclavos y no ciudadanos, pero entre ellos si se podía hablar de esta igualdad de derechos.²¹

En relación con Aristóteles (384-322 A.C.) debemos entender qué significado tiene la justicia para este autor, conviene enunciar los dos pilares de su pensamiento y de los cuales partirá toda consideración suya, justificando así a sus teorías:

Respecto del primer pilar se comprende que en el mundo todo ha de tener una finalidad, y en cuanto al segundo que naturaleza de la que son presas los objetos materia del universo o como podría condensarse ambos términos; un finalismo natural.

Así pues, Aristóteles manifiesta que el fin supremo del hombre es la felicidad y todo ha de encaminarlo hacia este fin, y los medios de los cuales se valdrá es el vivir en comunidad pues solo ahí será bueno y además justo porque es ahí donde se desarrolla la política, que él

²¹ Véase, TAMANAHA, Brian Z. En torno al Estado de derecho, "Historia, política y teoría", trad, Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 26.

considera a la justicia como la ciencia máxima “[...]porque encarna, a través de la ley y la educación cívica, el horizonte valorativo de la comunidad.”²²

De ahí entonces que muestre a la idea de la justicia como algo perfecto pues como el mismo dice: “[...] comprende todas las virtudes, y es la más perfecta de todas las virtudes, porque es el uso de la virtud que es más perfecta”²³.

No solo eso sino además sostiene que esta idea solo puede manifestarse en cuanto existe el otro y no de otra manera, dándole cualidades que solo el hombre puede realizar aclarando que entonces no es una “virtud si no una suma de todas las virtudes”²⁴. Aristóteles enuncia de manera reiterada, lo que le es innato a la justicia: tanto la virtud como la ley, sin ambas es impensable la justicia, y de alguna manera parece que la ley está inmersa en la justicia.

Existe una dimensión ‘particular’ de la justicia, entendida como igualdad, y asociada a la distribución de los bienes compartidos por los miembros de la comunidad.”²⁵

Asimismo, es posible notar como a la justicia no se le puede comprender desde la ley o el ámbito personal exclusivamente, está presente en los aspectos públicos, privados y legales de nuestra vida

²² PENCHASZADEH, Ana P. Op. Cit. pp. 56 y 57.

²³ EN. 1129 b

²⁴ EN. 1130A

²⁵ PENCHASZADEH, Ana P. Op. Cit. pp. 59 y 60.

e influye en la toma de nuestras decisiones partiendo desde nuestras concepciones morales.

Ello implica que Aristóteles coincida con aquella concepción de su maestro Platón de ver un horizonte en donde la ley como letra estática no pueda ser suficiente para encausar en la justicia, por el contrario, es el buen gobernante que tomando en sus manos la tarea de discernir siendo alguien virtuoso ejecute alguna reforma o cree un criterio para un caso en concreto, que confrontado ante tal ley, está allá sido rebasada por la realidad, será entonces que toda acción que se realice tenga como único fin acortar la distancia existente entre ley y justicia.²⁶

Es decir, que él aunque admite que la ley no se basta por sí misma para ser una manifestación de la justicia sería claro que ir contra la ley se volvería una sin justicia, no implicando como ya se dijo que la ley siempre sea justa²⁷.

El mismo hace hincapié en que como debemos relacionar lo uno con lo otro, dado que lo injusto equivale a desigual pues “[...] si lo injusto es desigual, lo justo será igual”²⁸.

²⁶ Idem.

²⁷ Véase, EN. 1130 a.

²⁸ EN. 1131 a

Es la propia teoría de la justicia de Aristóteles²⁹, que no ofrece una respuesta universal para saber que es justicia, si no como ya fue visto se le secciona en múltiples partes donde dependiendo del ámbito que se trata habrá un mejor concepto que se adecue a la situación que se esté confrontando.

Si bien, ofrece algunos elementos para poder identificarla y además dice que es perfecta en cuanto es para todos, pero el mismo Aristóteles al referirse a “todos” habla solo quienes son sujetos de derechos en la *polis* griega (y al conformar la *polis* deben querer lo mejor para la comunidad) y no así de los esclavos, de las mujeres y de todos aquellos que no estaban contemplados como sujetos de derechos y obligaciones.

Por ejemplo, en el caso de los esclavos el considera que es justa su existencia pues esa es su naturaleza y no deben ir contra ella, lo mismo sucede entonces con los pueblos esclavos, son esclavos por su naturaleza de servir.³⁰

1.2.2 La Influencia Romana.

Llegará el Imperio Romano y sin ellos saberlo sentaran las bases del Derecho y la ley, y con ello el sentido que ha de tener la legalidad.

²⁹ Hablo de teoría de la justicia porque no da una definición univoca y clara de ella, sino explica durante la lectura de su obra porque considera que un solo concepto no saciará su sed de verdad como ya hemos podido comprobar.

³⁰ Véase, BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.* p. 39.

Durante el proceso de consolidación del Derecho en Roma, desde sus inicios hasta su más grande esplendor hay un intento por perpetuar un orden ya no solo por la fuerza sino además por medio de una la ley escrita que legitime al gobierno en turno.

En sus comienzos el Derecho Romano como ley es una práctica de las costumbres diarias arraigadas y aceptadas por la mayoría o impuestas por el emperador, no es hasta que se crean la ley de las XII tablas que se evidencia la necesidad de poder sentar las bases de un Derecho más duradero, de leyes que todos conozcan, con las cuales los personajes que suelen dirimir los asuntos entre individuos tengan mayor fortaleza al momento de dictar alguna “sentencia”.

Con la ley de las XII tablas una serie de leyes le sobrevendrán y muchas reformas y contrarreformas intentando homogenizar los desacuerdos que surgían en cada época.

Como se mencionará más adelante el emperador Justiniano lograra que bajo su mandato se conforme el *Corpus Iuris Civilis*, mencionado también como el Código de Justiniano, compuesto por todo el derecho que le había precedido desde las épocas más remotas que se tenían constancia, del cual se organizó a modo que tuviera coherencia y continuidad, pero intentando que no se contradijeran las leyes que la conformarían.

Dos declaraciones inmersas en este Código son relevantes para la tradición legal: “Lo que place al príncipe tiene la fuerza de ley”; “El príncipe no está atado por las leyes”³¹.

La legitimidad estaba dada al príncipe por el simple hecho de serlo, y él mismo cuando así lo deseara estaba por encima de esas leyes. Aun cuando las implicaciones jurídicas que tiene el que alguien esté por encima de la ley sean sumamente negativas, no se puede dejar de lado el intento por el cual la ley ya tenía una fuerza coercitiva por parte de quien detenta el poder en aquel momento.

Acerca de uno de los más importantes jurisconsultos del antiguo Imperio Romano: Ulpiano (170 a 228 d. C) es importante por su gran legado dejado para la posteridad, este legado proviene de haber otorgado a todos los juristas de su época y a las generaciones posteriores, un concepto de justicia sencillo que no buscara una universalidad por lo titánico de la labor que hasta entonces había demostrado ser.

Sencillamente atendió a su realidad, una que él interpreta de manera concreta y clara, partiendo de su necesidad jurídica es que se abalanza ante la creación del concepto. No se debe entender esto como una justificación del porque perduró tanto tiempo el concepto, más bien dar las razones por la cual ha mantenido su vigencia hasta nuestros días.

³¹ TAMANAHA, Brian Z., Op. Cit. p. 37.

Al respecto Ulpiano, encontró que al tener que describir la justicia, no era un pionero en el Derecho, pues este ya tenía en Roma algunos siglos de historia como ya fue escrito, más bien se enfrentó ante la tarea de poder dilucidar los problemas del Derecho cosechando junto a sus contemporáneos el gran legado de la labor jurídica del mundo antiguo que tenían ante ellos.

Se ubica cronológicamente a finales del período clásico teniendo por contemporáneos a Papiniano y Paulo.

Principales jurisconsultos bajo el régimen de los Severos a consecuencia de ello tuvieron puestos importantes con gran responsabilidad. Con el paso de los siglos su influencia y capacidad con que lograron producir, compilar, entender y explicar el derecho fue pieza fundamental en todas las reformas que los emperadores de Roma llegaron a formular.

Roma mientras tanto se encontraba en serio declive y decadencia desde la muerte de Caracalla que fue sucedido por una serie de emperadores incapaces de mantener unido el imperio, ello no implicó que el Derecho se encontrara en la misma situación, por el contrario, estamos ante una de las épocas más prolíferas para el Derecho romano³².

³² Véase, ABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Derecho Romano, ASTREA, Buenos Aires, 2001, p. 40.

Ulpiano al ser jurisconsulto tenía la necesidad de poder dar respaldo a sus razonamientos y escritos que realizaba permitiéndole sentar las bases para construir al Derecho de su época, eso lo tenían muy claro todos los personajes que estaban inmiscuidos en esos temas.

Ejemplo de lo anterior se encuentra el jurista J. Celso mismo que definió así al Derecho “*Ius est ars boni et aequi*: El derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo (D.I.I.I. pr.)”³³.

Las motivaciones por las cuales se tuvo por adecuado tal concepto de Derecho, fue solamente por lo amplio que deja a la interpretación tal noción y no por lo exacto o definitivo del mismo.

Hoy lo que implica un concepto universal de Derecho no solo parece una tarea imposible, además corre el riesgo de tornarse absurda, ello por el avance que han tenido las sociedades y los Estados en el mundo que no es igual ni mucho menos se siguen las unas a las otras. Cada sociedad ha desarrollado sistemas que aspiran a una cohesión como conjunto que se perpetúe en el tiempo, sin embargo, no es sinónimo de eternidad, en todo caso es sinónimo de época, y las épocas se suceden unas tras otras no implicando una relación estrecha o de la mano con la anterior, en casos singulares ha sido tan extremo el cambio de una época a otra en el mismo Estado,

³³ Como se cita en VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano, Porrúa, México, 2003, p. 60

que no podría afirmarse que el mismo término de Derecho sirva para definirse así mismo en ambas épocas.

La problemática que se acaba de presentar sucede con el concepto al que Ulpiano da a la Justicia, pero para poder demostrar tal situación es necesario transcribir lo dicho por Ulpiano que es: “*Iusticia*. El término justicia viene de *iustus*, y el jurista Ulpiano la definió así: *Iusticia est constans et perrpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*: “La justicia es la constante perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho” (D.I.I.10 Pr).”³⁴

Cabe señalar que en aquella época muchos conceptos fueron acuñados que con el pasar de los siglos han sido superados o suplantados por unos que describían con mayor exactitud lo que se estaba definiendo.

Un ejemplo de ello es el concepto de jurisprudencia el cual Ulpiano definió así: “jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto”³⁵, en la actualidad se define a la jurisprudencia de esta manera en México: “La jurisprudencia es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley.”³⁶

³⁴ Como se cita en Ídem.

³⁵ VENTURA SILVA, Sabino. *Ibidem*, p. 62.

³⁶ Como se cita en PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Introducción al estudio del derecho, Oxford, México, 2008, p. 267.

El concepto dado por Ulpiano de Justicia deja abierto a muchas interpretaciones, muchas lagunas, e incluso podría divergir entre quienes interpreten una cosa y otros tantos otra, ya por la forma en que razonaran o por sus apreciaciones morales-éticas (sin dejar de lado todo el enmarañado sociocultural que constituye al individuo). “Para los romanos la justicia no es entendida como un elevado valor abstracto, sino como el criterio práctico conforme al cual se logra una verdadera y sana ordenación en el seno de la comunidad humana, criterio que permite resolver el concreto y específico problema presentado ante los tribunales. Lo que no apunta la definición romana de justicia es el modo de lograr el que se dé a cada uno lo suyo.

Es que en esto está el constante trabajo del hombre que busca el derecho al hacer la ley y al aplicarla.”³⁷

Pero no es la única interpretación que se puede obtener del concepto de Ulpiano:

“La palabra iustitia designó, originalmente, la conformidad de un acto con el Derecho positivo, no con un ideal supremo y abstracto de lo justo. A dicho concepto objetivo corresponde, en los individuos, una especial actividad inspirada en el deseo de obrar siempre conforme a Derecho”³⁸

³⁷ BERNAL, Beatriz, et al., Historia del Derecho Romano y de los Derechos neorromanistas, “Desde los orígenes hasta la alta edad media”, Porrúa, México, 2013, p. 15.

³⁸ VENTURA SILVA, Sabino. Op. Cit. p. 60.

Teniendo en cuenta ambas interpretaciones ofrecidas por los autores se puede notar las similitudes existentes; en primer término, que el concepto como ya se había mencionado no tuvo la intención de dar un significado universal, por tanto, que se volviera atemporal.

En segundo término, la estricta relación que tiene frente al Derecho volviéndose una característica del mismo adquiriendo así cualidades de finalidad y motivo para poder dar a las sentencias y al Derecho en general, certeza, forma y cohesión.

Considerando también que en este concepto de justicia los elementos a destacar es voluntad, dar, el otro y derecho, cada una de estas palabras engloba un universo al cual adquiere su justa dimensión cuando alguien más (en este caso el juez como autoridad de derecho) discerniera que les corresponde a las partes de conformidad con la norma.

La interpretación anterior es la más adecuada considerando que se atiende al Derecho, ahora bien, podría definirse de igual manera a la legalidad, en otras palabras, la justicia de aquella época hoy sin problema alguno podría ser lo que nosotros denominados legalidad.

Además de lo ya mencionado hay quienes señalan que en los textos de Ulpiano se puede distinguir entre la Justicia conmutativa y distributiva; en la primera a grandes rasgos los individuos tienen una relación en una escala horizontal su finalidad entonces es lograr

intercambios de elementos en la misma escala. La segunda corresponderá a una partición de elementos entre miembros de la misma sociedad encaminado al bien común queriendo una igualdad proporcional.³⁹

Así pues, no está de más señalar lo que Ulpiano considera los tres preceptos de Derecho y que pueden ser interpretados como fuentes de la legalidad “Honeste Vivere, alterum non Laedere, et Suum cuique tribuere: Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”⁴⁰

Ya en los últimos años del Jurisconsulto Ulpiano todo se tornó más difícil a pesar o porque fue el favorito del emperador Alejandro Severo, se vuelve jefe y enemigo de la milicia por las medidas económicas que llegó a tomar y es asesinado frente al emperador durante un motín en la noche.

Años después a la muerte de Alejandro Severo en el año 235 se le da fin a la etapa más espléndida del pensamiento jurídico romano⁴¹.

Preciso que la única forma en que el pensamiento y labor de Ulpiano llega a nuestros días es gracias a la recopilación que hace Justiniano de él, en su obra.

³⁹ Véase, *Ibíd*em, p. 61.

⁴⁰ Como se cita en *Ídem*.

⁴¹ MARGADANT SPANJAERT, Guillermo F., El Derecho Privado Romano, Esfinge, Naucalpan, 2005, p. 65.

1.3. Edad Media. La justicia y Ley de Dios.

El imperio Romano cedió ante la naciente religión cristiana, e incluso en la parte occidental la adoptaron como religión oficial del imperio, pero ello solo significaría la decadencia del mismo y la imposición dada por el menguado espiritualismo de la época.

Es entonces que las personas encuentran refugio en aquel único dios; hebreo, inflexible, omnipresente, omnisciente y omnipotente, que según ellos mando a su hijo con un mensaje de amor y sacrificio.

Así pues, conectará esta religión con todos aquellos seres de la época que vieron en su imagen, la representación de ellos mismos; pobres, disminuidos y víctimas del poderío del Imperio Romano⁴².

Los dioses romanos con sus degeneradas actitudes y vejaciones al humano no pasaran más por alto, este dios ofrece lo que ningún otro ha hecho; salvación, perdón y una vida después de la vida en el paraíso, incluso a aquellos vástagos que han perdido el camino.

Porque en él todos encuentran identidad, unidad, explicación de su existencia y de su muerte.

⁴² Hay que recordar que según la Biblia Jesús es culpado por los judíos de blasfemia con plena anuencia de los Romanos, que terminarían por crucificarlo.

La humanidad por primera vez no se sentirá sola ante su existencia, ni ante la muerte, es ahora lo más importante que le ha pasado al universo.

En consecuencia, es momento de que todos lo sepan, noten, y crean en este nuevo dios incluso si es a condición de obligarlos, ya no se permitirá la existencia de los herejes.

Llega entonces la época donde paradójicamente dios se volvió todo, y la frase estás conmigo o estas contra mí, cobra toda su implacable dimensión.

La era más oscura de la humanidad en toda su historia ha comenzado, el temor, al contrario de todo lo que predica la propia ideología cristiana, será quien gobierne por más de 10 siglos y nadie podrá hacer nada para oponerse, todo aquel que lo intente morirá, es así como mueren muchos intelectuales al tratar de poner al descubierto los fallos que la propia religión tiene, hay quienes sólo por pensar distinto serán perseguidos hasta su muerte,

Giordano Bruno morirá en la hoguera, Martín Lutero se vuelve proscrito, Copérnico es censurado y Galileo Galilei tiene que retractarse ante un tribunal eclesiástico respecto a sus observaciones de la tierra.

Pero tal vez también sea la más necesaria de las eras, pues se libran guerras sin sentido por la pertenencia de un pedazo de tierra que a un dios omnipotente poco le ha de interesar, se intensifican los prejuicios en pro de una sola y única ideología, de una sola forma de sobrevivir.

Se crea la santa inquisición con función de erradicar y torturar a todos los herejes y blasfemos, justamente por los mismos razonamientos que es crucificado Jesús, ellos lo reproducirán con muchísimas más personas, se le implicara a la mujer con prácticas satánicas y de hechicería.

Aquel pedazo de historia nos mostró todo lo que en pro de la razón basada en la fe y en el fanatismo no debe hacerse y sin embargo no fue aprendida la lección e innumerables veces hasta el hastío se ha repetido estas conductas que empobrecen y degeneran a la sociedad y a la humanidad misma.

Es entonces que al ofrecerse todas las respuestas a las que el hombre había tenido necesidad de conocer, solo debe reducirse a obedecer y perpetuar su conducta hasta los fines de los tiempos. La justicia y la ley es arrancada de nuestras manos y colocada ante Dios, el hombre ya no puede tener más injerencia en tal concepto.

Dicho de otra manera: “La justicia es una virtud y como tal debe aspirarse a ella y para su logro hay que amarla, para llegar a poseerla, porque el que no la ama no la tiene”.⁴³.

Para San Agustín que da una interpretación de la biblia, resulta ser que todos somos semejantes ante los ojos de dios y no puede ningún hombre dominar respecto de otro, solo dios está por encima de nosotros, y la justicia debe ser una virtud en tanto que es posible practicarla para enaltecer al alma, razón por la cual, la justicia no es una invención del hombre, es un hecho nacido desde nuestra propia naturaleza que nos es otorgada gracias a dios y podemos reconocer por el raciocinio que él nos ha dado.

Otro punto por destacar es que, al ser dios un ser omnisciente, las consideraciones que se puedan hacer respecto de la justicia que él tiene como concepto de justicia, no es posible por más que el raciocinio lo intente abstraer ese concepto hasta su lucidez ya que deviene de un ser omnisciente.

Abriendo entonces una brecha entre lo que dios justo hace, con lo que nosotros intentamos interpretar de esa justicia.

Esa imposibilidad precisamente aleja a dios de nosotros, aunque hay quienes por el contrario piensan que no lo hace. En el viejo testamento dios se presenta como un ser intolerante ante la

⁴³ Ídem.

desobediencia de sus mandatos, destruirá ciudades enteras y devastará con diluvios o pestes a quien ose ir contra él, esta actitud de cero tolerancia no puede ser interpretada de manera positiva por nosotros, pero “Dios es justo, sin duda, pero de un modo distinto al nuestro: su manera de ser justo es la de hacer vivir a su pueblo y salvarlo.”⁴⁴.

Por tal razón se procederá a desglosarse tres conceptos de justicia que existen en la biblia:

“En mateo: la Justicia es, en primer lugar, la fidelidad a la voluntad de Dios revelada en la ley, camino de vida y de salvación, pero, más allá de la ley judía, los discípulos están llamados a imitar a la persona de Cristo buscando finalmente la voluntad del Padre y llevándola a cabo concretamente en el servicio a sus hermanos lejos de todo mérito, saben que tienen necesidad de la misericordia de Dios. Es su juicio, y solo él, el que hará que aparezca la justicia de cada uno. (...) En pablo: la justicia no es, primeramente, la que Dios espera del hombre justo, fiel a la ley, sino aquella que Dios le da gratuitamente, justificándolo por la liberación llevada a cabo en Jesucristo.

Por tanto, la justicia de Dios no es el reconocimiento de los méritos o de los derechos que el justo podría hacer valer, es la intención al derecho más profundo, a la sed de vivir y de ser reconocido que constituye el fondo del hombre> J (Guillet), independientemente de

⁴⁴ DEBERGÉ, Pierre. La justicia en el Nuevo Testamento, Verbo Divino, Navarra 2003, p. 3.

sus cualidades o de que sus méritos. Por tanto, es perdón, salvación, poder de vida y de amor, obra del Espíritu Santo, transforma y recrea al que acoge libremente la gracia de Dios y le responde. (...)

En Santiago: igual que en Mateo, la justicia es, ante todo, la fidelidad concreta a las exigencias de la ley de Dios, esa ley real del amor contra una mala interpretación de la enseñanza de Pablo, siempre de actualidad, Santiago recuerda que una fe que no se tradujera en actos concretos estaría muerta.

La justicia del creyente no procede sólo de su fe, sino también de sus obras."⁴⁵

Como se puede notar en el primer caso con mateo, se vislumbra una justicia de Dios que está alejada de nuestro entendimiento, pero que acatando los mandatos de ley escrita es posible acercarse a esa justicia, aun cuando el único capaz de decir lo que es justo es dios mismo en persona.

En el segundo caso el de pablo, la justicia sobrepasa toda intención humana, abarcando en sentido y obra la trascendencia y la comunión con dios, según sus propios preceptos.

⁴⁵ Ídem, p. 8.

En el tercer caso, Santiago, a pesar de que está de acuerdo por lo sostenido por Pablo, él además cree que la fe sin acción pierde sentido, es entonces que esa fe debe ser también emanada de los actos y tal vez de este modo nos acercamos con nuestras acciones en concordancia con la fe a la justicia de Dios, pero aún seguimos lejos de poder darle un concepto concreto.

Posterior a lo mencionado antes, Kelsen redacta en su obra algunas críticas respecto a este entendimiento de justicia desde el Dios judeo-cristiano. Refiriéndose a Jesucristo: “Después de rechazar la respuesta racional del Antiguo Testamento, que la justicia es retribuir: “ojo por ojo, diente por diente”, declaró que la nueva Justicia era el Amor hay que amar al que nos hace daño, incluso a los enemigos.”⁴⁶

Al respecto Kelsen argumenta que “Esta justicia está más allá de cualquier orden social que pueda establecerse, y el amor que le sirve de base no tiene naturalmente nada que ver con el instinto humano que llamamos amor.”⁴⁷

Lo dicho en la Biblia de Jesús se sustenta en palabras de Kelsen, por un lado, el amor que nosotros como humanos hemos construido, a través de valores de unión, paz y hermandad en términos muy amplios y por el otro donde Jesús enuncia como requisito para entrar en el

⁴⁶ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, editor Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, p. 47.

⁴⁷ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, p. 47.

reino de dios es menester renunciar a todo este amor y volvernos uno con el todo, o dicho de otra manera, “Es el amor que ayudará al hombre a ser tan perfecto como su Padre del cielo”⁴⁸.

Volviendo a San Pablo, se retoma el pensamiento de Kelsen para iluminar mejor este tema:

“De ahí que San Pablo, el primer teólogo de la religión cristiana enseñara que la sabiduría de este mundo carece de sentido para Dios, que la Filosofía -que es un conocimiento lógico-racionalista- no ayuda a alcanzar la justicia divina oculta en la misteriosa sabiduría de Dios, que la Justicia viene de Dios a través de la fe, al actuar ésta a través del amor. San pablo apoya las enseñanzas de Jesús sobre la nueva Justicia, el amor de Dios.

Pero reconocer que el amor que Jesús predica supera nuestro entendimiento. Es un misterio, uno de los numerosos misterios de la fe.”⁴⁹

Ahora bien, en lo concerniente a la legalidad, la iglesia católica acaparo todos los conocimientos que se tenían hasta entonces, junto al sucesivo cierre de la frontera con oriente, hizo que disminuyera de forma considerable lo que hasta entonces en Derecho y leyes se había alcanzado.

⁴⁸ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, p. 48.

⁴⁹ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, p. 48.

Por un lado, todo lo concerniente a los filósofos griegos fue censurado por la iglesia, y las únicas personas que tenían acceso a ese conocimiento eran los mismos miembros de la iglesia.

Por otro, el problema que suscito en aquella época, demostrar quién era poseedor de la última verdad y con ello hacedor de la ley, en tanto que los reyes se adjudicaban derechos divinos, los clérigos de más alta posición reivindicaban sus derechos celestiales a través de las disposiciones papales.

Varios siglos hubo de transcurrir antes de que fuera aceptado completamente el sometimiento de los reyes de Europa en el medievo ante la voluntad de la iglesia y que su preponderancia estaba por encima de los reyes, pues de ella emanaba la voluntad de Dios con ello era posible restricciones de carácter legal para el Soberano, pues como ya se dijo, por encima de él gobernaba dios. Algunos pueblos como los de la península ibérica lograron ya al final del medievo un avance significativo en cuanto al Derecho;

“En los primitivos reinos medievales de la Península Ibérica del siglo XIII encontramos dos Textos legales, en los que existe información bastante pormenorizada sobre <el arte de hacer la ley> y las condiciones personales e intelectuales, que debe reunir el legislador.

El primero es el *Fuero Juzgo* y el segundo *Las siete partidas*, los primeros cuerpos doctrinales de la historia del Derecho español, en lo que se establecen los requisitos exigibles a las personas con

capacidad para la elaboración de las leyes y se ordena que las normas deben ser entendidas por los ciudadanos, ya que de otro modo se vería seriamente perjudicado el principio de seguridad jurídica.

En diversos lugares del *Fuero Juzgo* se determinan dos de las condiciones necesarias que debe poseer el fazedor de la ley (<el legislador>): la primera, puesto que la potestad de legislar es antes que nada enseñanza (<ciencia>) o *maestria para saber las cosas de rayz* (<arte>) es que tenga *autoritas* y la segunda es que haga la ley con arreglo a los que saben Derecho, porque la Ley no se debe hacer <por sotileza de silogismos>, ni <por sofismo, nin por disputación>, debe ser hecha <por fuerza de Derecho>, <por razón>, <por verdad>, tiene que ser Ley y Derecho. El *Liber* dispone, además, que <todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren> e que lo sepan sin toda dubda, e sin claras y precisas, para que nadie ose o se atreva a hacer mal, bajo la excusa de que no conoce las leyes ni el derecho (<ninguno no asme de fazer mal, por decir que non sabe las leyes, ni el derecho>).⁵⁰

Fue hasta el siglo XIII con Tomas de Aquino (1225-1274) en su *Summa Theologiae* que logro mostrar la armonía entre los planteamientos de Aristóteles (que hasta entonces había sido visto

⁵⁰ ALOSON-MISOL, Enrique, et al., Op. Cit. p. 100.

como pagano) y la iglesia católica, así que, el resurgimiento del pensamiento de los filósofos de Grecia se le debe en parte a Tomas de Aquino y a los musulmanes que preservaron los escritos de todos los filósofos hasta finales de la edad media.

Cabe recalcar que el progreso de la cultura occidental y del Derecho, no fueron iguales en todos los territorios como ya se demostró con el Derecho Español del siglo XIII.

Otro ejemplo, son los pueblos germánicos que se gobernaron por medio del Derecho consuetudinario, no tuvieron necesidad de reglas escritas y se creía que todas las reglas escritas eran solo la declaración y clarificación de la ley.⁵¹

1.4. Modernidad.

Era notoria la inminente decadencia que sufría la iglesia católica junto a toda su ideología, esto significaría que en cerca de diez siglos, no fueron capaces de satisfacer al humano y su inquietud de querer explicar la naturaleza de las agrupaciones humanas, o de siquiera comprender su propia naturaleza, no son las respuestas definitivas las halladas en la biblia ni en los escritos sagrados, todo le parece al humano insuficiente, insípido, carentes de originalidad, no le permite surcar nuevos horizontes, lo mantiene en el mismo lugar dando

⁵¹ TAMANAHA, Brian Z. Op. Cit. pp. 41-60.

vueltas en círculos, la justicia y la ley divina han fracasado, se han hallado sus fallas y estas son irreconciliables con la razón humana.

Retomar a los antiguos parece la única alternativa para dar continuidad al trabajo que ellos no pudieron concretar, en efecto ya nada puede detener esta nueva era que avanzará como una fuerza imparable, ni las balas, ni las amenazas, ni las persecuciones, el mundo se ha abierto, el nuevo continente que ha sido descubierto le ha traído a la humanidad un nuevo brío, nuevas esperanzas, el nuevo mundo significa que no se conoce todo, que no está todo dado, ni dicho, ni pensado, hace falta gente valiente, personas que deseen escribir su verdad con el deseo de trasmitirla al futuro.

Dios ante esta incapacidad de gobernar al hombre tendrá que ceder su lugar, pero ¿si dios ya no es quien gobierne nuestra vida colectiva como principio, fin, causa y efecto? Entonces ¿Quién lo hará?

Tales dicotomías en donde el humano debe hacerse cargo de su propia existencia con todo lo que ello implica, el desprendimiento de dios, pero no está aún preparado ante el panorama tan desolador que comienza a observar, entonces, tendrá que intercambiar su libertad por seguridad y comodidad en una colectividad organizada llamándose esta, Estado moderno.

La premisa anterior sirve para simplificar de la manera más somera las ideas de las que parten los autores que se abordaran, tanto Hobbes, Locke y Rousseau hablaran de un contrato social que hemos consentido con la finalidad de pertenecer al Estado un contrato cabe resaltarlo imaginario.

Cada uno de ellos tendrá su punto particular de vista para entender porque lo hacemos, pero son conscientes de que hemos aceptado tácitamente tal acuerdo.

Posterior a ellos numerosos autores hablarán de este contrato, con sus salvedades, pero la esencia más elemental vislumbrada en todos ellos es la vertida en líneas anteriores.

1.5. Época Contemporánea.

Fueron los albores del siglo XX que el mundo despertó de forma abrupta ante la nueva era que se avecinaba, a consecuencia de que se dieron importantísimos acontecimientos en la humanidad.

Asimismo, los medios de comunicación en su conjunto jugaron por fin un papel trascendental para poder facilitar la trasmisión de ideas, por consiguiente, se propina el golpe final que requerían las personas de este siglo para no permitir que la flama de la creatividad se apagará, razón por la cual los cambios más importantes ocurridos

en la historia de la humanidad se dan en este siglo revolucionando el devenir.

Situación que aún repercute al día de hoy, ejemplificarlo esto mencionare algunos de los eventos que marcarán el devenir, algunos de ellos fueron; las dos guerras mundiales, la bomba atómica, el despliegue armamentista demostrado en todo el siglo, la teoría del psicoanálisis, el existencialismo, el surrealismo, el surgimiento del movimiento feminista, los vuelos aéreos, los viajes espaciales, la invención de las computadoras, la informática, los trabajos científicos de genética, el posicionamiento en las artes de las culturas latinoamericanas, el rock, el jazz, y un largo etcétera que no acabaría de enunciar.

Así mismo el Derecho no fue indiferente ante tal gama de cambios ocurridos, pues los juristas terminaron de dar al Derecho una visión rejuvenecida dadas las necesidades de sus tiempos; en México la Revolución dio al mundo jurídico la oportunidad de poner en boga el tema de los derechos sociales; la carta de los derechos humanos llegó tras el fin de la segunda guerra mundial; nuevos paradigmas en el ámbito jurídico fueron arribando y cada uno con una complejidad inmensa.

Por un lado, la legalidad formal fue adoptada como parte del Estado de Derecho, entiendo a esta consistente “en que los jueces deben, en la tramitación de los procesos y en la dictación de los fallos, proceder con sujeción a las leyes.”⁵²

Y más aún yo agregaría que toda autoridad del Estado al fijar su conducta con estricto apego a la ley o norma, por tanto, si se cumple este requisito se está ante un acto de legalidad, toda vez que quien rige el accionar del aparato estatal es la ley.

En estos términos tan simples es como ha de entenderse a la legalidad en el siglo XX, pero quizá un estudio más profundo del tema ayude a dilucidar cuestiones posteriores.

Para comenzar hay que decir que hubo un aumento en la complejidad de la ciencia Jurídica a consecuencia del nacimiento de las constituciones alrededor del mundo, pero al mismo tiempo otorgaron un terreno más estable para la consolidación del Derecho.

Debe trascurrir un tiempo para ir definiendo el sentido de las constituciones dentro del Derecho, más que como simples manifestaciones de la voluntad del poder soberano.

⁵² PACHECO GÓMEZ, Máximo. Teoría del Derecho, quinta edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 301.

En este aspecto el Derecho tuvo que ser estudiado desde la óptica del Estado de Derecho, esta perspectiva otorgo a manera de resumen dos alternativas, una de ellas es donde mejor justificación y cabida tiene la palabra legalidad.

No hay legalidad si no existe ley escrita, es así de sencillo la simbiosis por parte de la legalidad ante la ley. Por supuesto que la ley no es dada ya por mandatos divinos o decretos reales, ahora con las constituciones que van naciendo en el siglo XX debe haber un proceso que justifique la vida y la existencia de las leyes, la arbitrariedad no debe imperar más en un país democrático.

En el estudio del Estado de Derecho formal, este se ocupa la manera en que fue promulgado el Derecho; la lucidez con que fue emitida la ley; y la temporalidad en que la norma fue proclamada, pero no le interesa entrar en cuestiones relativas a si la ley es buena o no, si es justa o no, su materia es exclusiva de que se haya cumplido la formalidad que exige las leyes para su nacimiento, por el contrario las teorías del Estado de Derecho sustantivo incluirán aquellos aspectos que han sido dejados de lado, en tanto lo que contiene y conlleva tal o cual ley, un aspecto mucho más moralizante si se desea ver así⁵³.

La pugna por dilucidar cual tiene mejores injerencias en la práctica ha sido importante, por su lado el estudio del Derecho formal afirma que mientras no se inmiscuya con asuntos subjetivos podría

⁵³ Véase, TAMANAHA, Brian Z. Op. Cit. pp. 194 y 195.

estar mejor posicionado para ofrecer respuestas objetivas y razones que serían aceptados por todos en tanto que no existe como tal una diferencia notoria que lo haría decantarse por una u otra opción.

A la legalidad también habrá que entenderla según el siguiente pensamiento:

“No debemos olvidar que se parte del presupuesto de que la ley es tal porque cumple y asegura intereses socialmente valiosos a través del orden, seguridad e igualdad que las normas jurídicas generan. La traducción del valor de lo jurídico, del valor formal del Derecho se denomina *legalidad*, porque es en las leyes donde se traduce, precisamente, la observancia del orden, la seguridad y la igualdad jurídicas.

Todo lo anterior deviene en la actualidad en cuanto a lo que representa la legalidad para el mundo, el apego de las acciones a las normas y cuáles son sus requisitos para que tenga vida tal concepto.

La legalidad entonces le dará la posibilidad a las personas que rige, la flexibilidad de reformar las leyes de acuerdo con la realidad que se esté viviendo y las necesidades que las circunstancias apremien.

La legalidad a diferencia de la ley está condicionada a la voluntad completa de las personas, pero al mismo tiempo condiciona al aparato Estatal en su accionar, no puede existir leyes o normas,

actos, resoluciones, laudos, sentencias en ningún sentido si no están apegadas a derecho, es decir si no son legales.

Por otro lado, la justicia adopta nuevas particularidades que se irán describiendo conforme avance el capítulo presente.

Tales cuestiones no han sido explicadas aquí, porque me parece más pertinente desarrollar el tema por subtemas, esto debido a la complejidad de teorías que el nuevo siglo trajo para todos.

1.5.1 Hans Kelsen.

En lo concerniente a Hans Kelsen (1881-1973), fue sin dudar el jurista que más influenció al mundo del Derecho logrando desentrañar el sentido de éste.

Es reconocido como el jurista más importante del siglo XX, por ello mis consideraciones parten de él, además de que el mismo tiene libros importantísimos como; *¿Qué es justicia?, Teoría general de las normas, La teoría pura del Derecho, Teoría general del Derecho y del Estado.*

No existiendo objeción alguna para dar apertura a esta nueva etapa del pensamiento, a continuación, se verá la manera en que Kelsen desentraña a la justicia desde su muy particular punto de vista.

Por tal motivo se dan las pautas para reconocer una brecha que da inicio a la reformulación del concepto de justicia, renovando la discusión en torno a qué significa realmente.

No, sé puede conceptualmente afirmar qué es la Justicia, ello en atención a que la Justicia absoluta es aquello que la humanidad ansía alcanzar. Por todo ello afirmamos que existe una Justicia relativa.

Por todo lo anterior de manera contextual se puede afirmar que es aquella libertad, paz, que nos permita ejercer cierta democracia, que comprenda incluso ciertos aspectos de tolerancia.”⁵⁴

Desde la óptica de Kelsen, este no se vio amedrentado ante tal quimera y emprendió el camino, dotando de características a la justicia, entendida en el plano que él así lo dispuso.

Pero antes de desentrañar estas características que dio a la justicia, es menester dar un pequeño panorama de su teoría en general a saber que es una labor titánica para un subtema, me remito entonces a dar las ideas centrales que se vislumbran en su obra y en los que la mayoría de juristas logran estar de acuerdo, de modo que, teniendo estos conocimientos previos facilitarían la enunciación en cuanto a la justicia dentro de su teoría y la comprensión hacía los puntos que son susceptibles de ser criticables.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?*, segunda edición, editor Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, p. 63.

Los pilares de toda su teoría lo encontramos en su obra más famosa *La teoría pura del Derecho*, está desde un inicio particulariza al Derecho como una ciencia, pues esta unida de características como la objetividad, metodismo, sistematización, etc.

No conforme con ello, además admite Kelsen que su obra y pensamiento se apegará totalmente al positivismo jurídico, no únicamente por las enunciaciones que en la obra hace, además por su férrea afrenta contra el *iusnaturalismo*, pues esta corriente dice él; ve al Derecho no como es, si no, como debería ser, y él busca precisamente sacudir de la ciencia Jurídica todos los elementos que le son ajenos.⁵⁵

La distinción entre su positivismo y el iusnaturalismo se agudiza más cuando él refiere que los actos subjetivos son materia de la naturaleza, pero los actos jurídicos son solamente objetivos, aun cuando no se nulifiquen el uno en presencia del otro, es clara la distinción para Kelsen tanto así que apoyándose de algunos ejemplos clarifica completamente esta idea, a saber, por ejemplo: la creación de un contrato disponiendo de nuestros bienes antes de morir es un acto subjetivo en tanto no se compruebe que se adecuada a las leyes del lugar donde se está realizando tal testamento, se volverá un acto positivo en caso de que se adecue no sólo a las leyes sino además

⁵⁵ Véase ERRAZURIZ M., Carlos J., Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 17.

que estas leyes hayan emanado de una constitución vigente y válida por parte del Estado.

Por otro lado, los paralelismos y semejanzas entre Kelsen y Kant son evidentes ya que ambos ponen a la razón objetiva como meta de sus teorías, la distinción llega a residir en la manera de llegar al conocimiento, y como consecuencia los métodos para entender a la justicia, partiendo de lo que cada uno tiene como base del pensamiento, se puede notar como se servirán de ella sus teorías aun teniendo diferencias notorias, en tanto la lectura de sus escritos se va profundizando.

El propio Kelsen en sus libros deja clara la influencia que tuvo el pensamiento de Kant para él, puesto que tiene bien a referirse a él como forjador de la <teoría de la razón pura>, en numerosas ocasiones.

Entrando en materia, Kelsen sostiene que: “La búsqueda de la justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana.” Y no solo eso, además “Es una finalidad que el hombre no puede encontrar por sí mismo y por ello la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social.”⁵⁶

Aunque llegue a rebatir durante su escrito la validez de este pensamiento, no deja por ello de creer en tal premisa, tanto así que

⁵⁶ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, p. 36.

terminará justificando como una postura, pero agregando nuevas consideraciones hace a la idea flaquear en su conjunto.

Menciona también como característica de la justicia que es “una cualidad posible, pero no necesaria, de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres.”⁵⁷

Agregando, una idea de justicia apegado a la existencia de las leyes “Sólo secundariamente es una virtud humana, ya que un hombre es justo si su conducta se adecua a las normas de orden social supuestamente justo”⁵⁸

El propio Kelsen da un sentido moral-social a su concepción de justicia, pero no lo confina en esa esfera. Menciona que también se dará entre el trato que tienen entre sí los hombres.

Dando inició a sus críticas más severas hacia las ideas de justicia transcurridas en la historia, empezando por las naturalistas en este caso se deduce que:

“La validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia: (...)”

⁵⁷ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, p. 35

⁵⁸ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, p. 36.

Por consiguiente, al sostener que una norma de derecho positivo es justa o injusta, se querría decir que el acto que la produjo se valora, conforme a determinada norma de justicia, como justo o injusto, pero ello no afectaría a la validez o valor jurídico de la norma producida. Así, la justicia o injusticia no serían propiedades de la norma, sino del acto que las crea.”⁵⁹

Kelsen se encargará de desmitificar todo lo que hasta entonces se creía como cierto, y permitiendo que se llegue a un concepto de justicia no por medio sólo de la razón sino demostrando los errores que se han cometido al mencionar una teoría de la justicia universal y absoluta.

Por ello dirige su crítica de nuevo hacia el *iusnaturalismo*, pero esta vez el argumento dejará mal parados a todos los creyentes del *iusnaturalismo*:

Para dar paso a la legalidad en el pensamiento de Kelsen, cabe hacer un recordatorio, a la primera cita hecha en el subtema, donde afirmo Kelsen deja de lado el absolutismo con el que se intenta enfrentar el dilema de la justicia y al cual hasta nuestro días no ha tenido una respuesta concisa y clara, entonces para resolver la disputa ha de limitar a la justicia en un esfera completamente jurídica, con esto dejará claro que su intención es darle un fin a la justicia frente al reto

⁵⁹ ERRAZURIZ M., Carlos J., Op. Cit. p. 121.

político que el siglo XX supondría, es así que su teoría se enfoca a encontrar un espacio en la agenda del modelo democrático imperante.

Es probable que la propia teoría de Kelsen sufra un gran problema al tratar a la justicia como un ideal solo del positivismo y negarle un aspecto natural que Kelsen afirma es irracional, pues:

“Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es que es falsa la pretensión de establecer, <con> base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana -lo cual supone que sólo hay un nivel de conducta humana justo, que excluye la posibilidad de considerar que el sistema opuesto pueda ser justo también-. Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario.

La Justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre.”⁶⁰

Pero Kelsen como ya ha sido insinuado, pero no dicho, verá a la justicia universal no solo como “un ideal irracional” además la ha de someter a un juicio que *a priori* demuestra ser la única manera en que

⁶⁰ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia?, segunda edición, pp. 58 y 59.

puede ser traída a la realidad lo que está dentro de la ley será justicia, y lo que este fuera será algo injusto.

El Derecho ofrece una respuesta clara y concreta, no puede el Derecho otorgar unos derechos para algunos y negarles esos mismos derechos a otros por el simple hecho de su preferencia sexual-.

Desde ese aspecto se puede dimensionar lo que realmente el jurista tiene el deber de hacer ante la sociedad, no debe entrar en debates subjetivos, no pudiendo con base en falacias argumentar que su pensamiento jurídico representa una respuesta universal y tenga que ser justa para todos.

El debate es deber en el pensamiento jurídico, la crítica, los no prejuicios son necesarios para que el jurista traiga a la realidad lo que la sociedad necesita.

De lo anterior deviene el principio del bien jurídico tutelado conocido como justicia, pero no una justicia justificada desde la ley impositiva, sino una justicia conforme a una realidad que exige de los juristas mayor atención y objetividad ante los debates contemporáneos que el mundo está generando cada día.

Por todo ello cabe citar a Kelsen, cuando establece que:

“La afirmación de que determinada conducta es legal o ilegal es independiente de los sentimientos y deseos del que juzga, y puede ser

verificada en una forma objetiva. Sólo en el sentido de legalidad puede el concepto de la justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica.”⁶¹

Baste con recordar como el mismo ha reducido a la justicia a términos explicativos limitándola para y en el ámbito jurídico, ahora la justicia en este nuevo planteamiento se vuelve parte del Derecho, ya no será el Derecho algo contingente a la Justicia.

Pues bien, ante este panorama el pensamiento jurídico cuanto menos de México en la actualidad ha sido enlazado con la justicia como si de sinónimos se tratara, por ende, se llega afirmar, que lo que está en la norma es justo.

1.5.2 John Rawls.

Resulta impensable reducir la teoría de la justicia de John Rawls (1921-2002), aunque cabe la posibilidad de que, será notorio el hecho de que ya ha sido expuesto algunos de los puntos y planteamientos en los que Rawls sostiene su teoría.

Él reconoce toda la influencia que tuvieron personajes como Locke, Rousseau y Kant, para su teoría.

⁶¹ KELSEN, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado, segunda edición, p. 17.

En los tiempos en que se encontraba Rawls la teoría predominante era la del utilitarismo, que tenía como grandes exponentes a Bentham, Mill, Hume y Adam Smith.

Todos ellos razonaron y fueron refinando de manera impresionante la teoría utilitarista.

Por el contrario, la teoría contractualista era menospreciada, pues había sido refutada de múltiples formas, los argumentos de todos aquellos notables pensadores ya entonces habían dado señales de contradicción, puesto que en el caso de Hobbes y Locke:

“Sus afirmaciones empíricas incluyen la tesis de que, en el estado de naturaleza, los hombres no tienen obligaciones morales mientras que, en el conjunto de su teoría, tiene que sostener que los hombres tienen un obligación prepolítica de mantener sus promesas, de otro modo no habría bases morales para nuestra obligación de obedecer el contrato original.

De acuerdo con Locke, tenemos un derecho natural a la vida, la libertad y la propiedad, y creamos el gobierno para proteger estos derechos.

Aunque esto podría parecer lógicamente más satisfactorio tiene la desventaja de que ahora el contrato no puede ser usado para justificar estos derechos básicos que existen con anterioridad al

contrato, y por tanto se debe buscar otro tipo de justificación para tales derechos.”⁶²

Dejando al descubierto estas fallas irreconciliables de la idea contractualista tradicional es que el mundo opta por la idea del utilitarismo para explicar a la propia justicia.

Rawls no convencido con las ideas del utilitarismo y consiente de las fallas de los contractualistas es que decide en 1971 lanzar al mundo una flecha que lo hará despertar de su letargo.

Teoría de la justicia, enseña a todos, el esfuerzo que hay que hacer para tener una perspectiva distinta de la justicia frente al entendimiento predominante de la época.

Por todo lo anterior Rawls define una nueva senda en la historia de la justicia que todos a la postre tomaran como referencia para ampliar o criticar su obra, pero que no deja indiferente a nadie que trate el tema de la justicia. Que aun hasta nuestros días no ha logrado encontrar fin.

Para entender la obra más importante del siglo XX respecto de la justicia hay que enunciar los principales postulados de la obra *Teoría de la justicia*.

⁶² CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 105.

En ella se propugnará en su base teórica, desde un contrato social como antaño lo plantearon algunos pensadores como Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, por mencionar los más significativos, pero en esta ocasión ya no habrá un estado de guerra, o un estado natural y posterior un estado civil,

Al respecto, Rawls lo dimensiona, advirtiéndole que para poder conformar el contrato social habrá que partir de la posición original, “Afirmo que la posición original es el *statu quo* inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en él sean imparciales.”⁶³.

Pero el significado de lo anterior citado va más allá de la simple literalidad, recorre el fundamento por el cual se logrará alcanzar la justicia y, dicho sea de paso, el mismo denominara como una justicia como imparcialidad, “retoma así el esquema contractualista clásico, aunque con numerosas diferencias, entre las que destaca que el planteamiento no tiende a la fundación del Estado, sino a la elección racional de los principios legítimos del orden político”⁶⁴.

Esta posición original requiere ciertos requisitos previos para poder fundar el contrato social sobre el cual estará sustentada la organización política, legal e inclusive económica (Rawls dota de una

⁶³ RAWLS, John. Teoría de la justicia, segunda edición, trad. María Dolores G., Fondo de cultura económica, México, 2004, p. 29.

⁶⁴ BIDET, Jacques. John Rawls y la teoría de la justicia, trad. Víctor Pozanco, Bellaterra, Barcelona, 2000, p. 41.

apreciación no solo política, además económica a su teoría es por ello por lo que se puede hablar de una cuestión económica dentro de su teoría).

Todos los individuos dentro de una sociedad han de ser reducidos a los mismos términos igualitarios respecto a la toma de decisiones para el contrato social y tener la misma injerencia en el mismo.

Con un hipotético velo frente a todos al no conocer la posición que ocuparan en la sociedad, se plantea así el primer requisito necesario para fundar esta nueva organización política, Rawls esquematiza en dos principios esta cuestión:

“Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.”⁶⁵

Los debates que se susciten tenderán a ser morales y podrían ser vislumbradas de la siguiente forma:

⁶⁵ RAWLS, John, Op. Cit. p. 68.

a) Representar las limitaciones a los argumentos que de hecho aceptan cuando discuten sobre justicia,

b) Las intuiciones o juicios morales sobre que es justo una vez que estos juicios han alcanzado una condición que el autor llama equilibrio reflexivo. Y cuando ambos dan como resultado un razonamiento único, se tendría la posibilidad de enunciar que se ha llegado a los principios más adecuados de justicia.⁶⁶

“El contrato por consiguiente sirve, tanto para establecer las bases de la obligación social, política y jurídica, como para justificar en conjunto particular de normas positivas, sociales y políticas”⁶⁷.

Es entonces que la teoría de Rawls sostiene en si misma las instituciones nacidas de este contrato imaginario, tendrán un carácter de justicia social desde su nacimiento.

Se deduce entonces los dos principios de justicia según los cuales deben regir esta sociedad, el primero donde todos deben tener una igualdad de libertades básicas, el segundo igualdad social y económica, donde debe permitirse que las desigualdades económicas y sociales tiendan a mejorar la situación de los menos beneficiados en estos aspectos dentro de la sociedad. “Parece inteligible -y tal vez atractivo- decir que aquello que acuerdan las

⁶⁶ Véase CAMPBELL, Tom, Op. Cit. pp. 108-110.

⁶⁷ Ibidem, p. 102.

personas que son libres e iguales en el sentido ideal tiene derecho a ser considerado como aceptable”⁶⁸.

De manera muy general de ello trata la teoría de Rawls.

Pero sus principales fallos tienen que ver con lo que el mismo vislumbra y del cual él no es indiferente, como por ejemplo este modelo de justicia distributiva o equitativa solo es posible en sociedades que pretenden o tienen modelos de gobierno similares al estadounidense o en general Países Occidentales, dejando de lado otras formas de gobierno en el resto del mundo.

Aunque él es consciente de ello el mismo afirma que su teoría, es una teoría para la política y no para un ideal supremo de justicia. “Quiere decir que está diseñada para contribuir a un creciente consenso en una sociedad liberal, como los Estados Unidos de América, y no para establecer ninguna verdad profunda sobre la naturaleza de los seres humanos y ni un ideal objetivamente correcto de justicia que trascienda los límites culturales”⁶⁹

Resaltando de lo anterior que Aristóteles nunca ofreció una exposición sistemática de esta virtud fundamental del orden civil. El libro V de la *Ética Nicomaquea*, donde se aborda con mayor amplitud el tema de la justicia, es una de las partes menos estructuradas y, por

⁶⁸ Ibidem, p. 104.

⁶⁹ Ibidem, p. 122.

tanto, más difíciles de éste tratado. Se trata, además de un texto que requiere ser complementado con diversos pasajes de la *Política*, la *Retórica*, así como de sus otros tratados de ética.

En igual termino se describe que para Aristóteles es indispensable partir del lenguaje cotidiano y sus ambigüedades: "(...) hay que denominar los objetos con el mismo vocabulario que la mayoría, pero en cuanto a qué clase de objetos son tales, ya no hay que atender a la mayoría." Esto recuerda lo que planteó Austin en el siglo XX respecto a que el lenguaje cotidiano debe tener siempre la primera palabra, aunque no siempre la última.

De igual forma Aristóteles cita en otros textos:

"Y como dice Empédocles acerca de no matar lo que tiene vida, dado que ello no es para unos justo y para otros injusto, *sino que es la ley para todos y se extiende largamente por el amplio éter y la inconmensurable tierra*. Y como también lo dice Alcídamente en su *Meseníaco: libres dejó Dios a todos, a nadie hizo esclavo la naturaleza*".

Esto implica, además, desactivar la crítica central del positivismo al iusnaturalismo tradicional respecto a la confusión entre ser y deber ser.

Además, las leyes fundadas en las costumbres tienen mayor autoridad y conciernen a asuntos más importantes que las escritas,

de modo que aun si un hombre es un gobernante más seguro que las leyes escritas, no lo es más que las consuetudinarias." EN 1287b 11.

Sin duda, uno puede ser dañado y sufrir injusticias voluntariamente, pero nadie es objeto de un trato injusto voluntariamente, porque nadie lo quiere, ni el incontinente, sino que obra contra su voluntad. En efecto, nadie quiere lo que no cree bueno, y el incontinente hace lo que sabe que no debe hacerse"

En la *Retórica*, Aristóteles advierte que las omisiones de la ley general pueden ocurrir unas veces sin voluntad y otras por voluntad de los legisladores.

Lo primero sucede porque los legisladores, como todos los seres humanos, no pueden abarcar todos los elementos de los diversos casos posibles.

Lo segundo porque en otros casos no sería fácil o, incluso, resultaría imposible describir todas las posibilidades.

Así que el juez o cualquiera que quiera aplicar la ley requiere utilizar su criterio, lo que no quiere decir que juzgue arbitrariamente, pues la ley establece un marco general en el que debe justificarse su decisión.

Esta tesis será retomada posteriormente por la tradición republicana romana. Los miembros de esta tradición se jactan de que

Roma posee las mejores leyes conocidas, porque estas han sido un producto de muchas generaciones.

En la traducción de Gredos se agrega a este pasaje la siguiente nota aclaratoria: "Aristóteles supone la circunstancia en que la fortuna de los ricos es doble que la de los pobres y por tanto un rico debe tener dos votos y el pobre uno.

En el caso particular que presenta, un grupo suma en total 17 votos, provenientes de $12 (6 \times 2) + 5$; y el otro 23 que provienen de $8 (4 \times 2) + 15$.

Es, por tanto, este segundo grupo el que debe prevalecer a pesar del número mayor de pobres.

Por eso para los cambios convinieron entre sí en dar y recibir algo tal que, siendo en sí mismo útil, fuera de un uso muy fácilmente manejable para la vida, como el hierro, la plata y cualquier otra cosa semejante (...) Una vez inventada ya la moneda por la necesidad del cambio, surgió la otra forma de la crematística: El comercio de compra y venta."

De nuevo nos topamos con la idea central: "Es evidente, pues, que el ser tratado injustamente no es voluntario".

Esta es la tesis que defienden tanto Kant como Hegel en sus filosofías del derecho.

El éxito de la perspectiva histórica y con ella de las explicaciones genéticas se debió en gran parte a ilustración escocesa, especialmente de la teoría de Adam Smith.

En cierta manera reconoce esto Rawls cuando, una vez establecidos los resultados de su modelo de contrato, apela al criterio de un equilibrio reflexivo.

La situación contractual se encuentra diseñada para definir un procedimiento equitativo y, al lograr este objetivo, se trata de utilizar ese procedimiento para juzgar críticamente las concepciones de la justicia imperantes en un contexto social.

Ello sería una forma de describir los dos niveles de los que hemos hablado en este trabajo.

Lo que encontramos en la obra de Rawls es una justificación del llamado Estado de bienestar.

Cabe señalar que habla mal de la humanidad el hecho de que, mientras el Estado de derecho fue fundamentado antes de constituirse y consolidarse, el Estado de bienestar sólo encuentra una justificación teórica cuando experimenta una profunda crisis.

CAPÍTULO SEGUNDO.- EL MÉXICO ACTUAL EN EL AMBITO DE JUSTICIA.-.

SUMARIO: 2.1 El Derecho Prehispánico, 2.2 La Colonia, 2.3 México Independiente, 2.4 La Constitución de 1917, 2.5. El México actual en el ámbito de justicia.

2.1. El Derecho Prehispánico.

Es importante la trascendencia que ha tenido en la vida jurídica de México los conceptos de justicia y legalidad, pronunciándose más en la división de los subtemas en favor de la historicidad, lo anterior deviene en virtud de que cada uno de los vienes jurídicos tutelados abarca momentos que se han delimitado por épocas.

La riqueza cultural e historia de México es, inmensa y muy rica previo a la llegada de los colonizadores. El territorio que actualmente conocemos como México, se comenzó a poblar, según la mayoría de autores aproximadamente hace 15 mil años A. C., mencionando que eran pequeños grupos nómadas de cazadores y recolectores.

Posterior a ello 5 mil años A. C., se dio el establecimiento de varios grupos en distintos lugares del sur del país, principalmente esta estabilidad fue gracias al descubrimiento de la agricultura, siglos más tarde darían con el maíz que fue muy importante para ellos y se convirtió en un símbolo de culto para casi todas las culturas

mexicanas, los mayas que bien pueden ser llamados hijos del maíz, puesto que el Popol Vuh afirma que ellos fueron creados del maíz. La primera cultura de la que tenemos vestigios e importante en aparecer es la cultura Olmeca, conocida como madre de todas las culturas, posterior a esta durante varios siglos se van conformando las siguientes culturas importantes en México, todas influenciadas de una o de otra manera por la cultura Olmeca, aparecen los mayas, los mixtecos y los aztecas, por mencionar algunos.

En estas tres culturas que acabo de mencionar se enfocara mi primer subtema, ya que los vestigios existentes permiten un mejor estudio de la organización política que tenían en aquel momento.

Partiendo de algunas generalizaciones sostengo que el ser social en las culturas indígenas, se encontraba constituido en la aceptación publica y en el cuidado del aspecto físico, por tanto, la enfermedad era consideraba como un símbolo de quebrantamiento, por el contrario, la salud representaba el lado opuesto, el lado deseable para todos en sociedad.

Es por ello que al tratar de generalizar a la mayoría de culturas mesoamericanas, pero más específico sobre el entendimiento jurídico que tenían aquellas culturas será mejor mencionar una por una.

Dentro de un primer plano se localiza a la cultura maya presento rasgos distintivos, ya que ellos al centralizar el control coercitivo exclusivamente para los líderes, aplicaban las leyes de forma estricta demostrando con ello el sistema jurídico tan complejo que tenían, sin pasar de algo que su derecho se basaba en uno consuetudinario, figuras como la denuncia o el juicio era parte de su sistema en el cual incluso según algunas crónicas se perseguía de oficio aquellas transgresiones que amenazaran la comunidad o a su gobierno.⁷⁰

La concepción jurídica estaba completamente entrelazada con sus concepciones cosmológicas, al momento de aseverar que las conductas que trasgredían el orden impuesto por ellos, o como ellos pensaban por el cosmos mismo, sus dioses o todo aquello que trascendía su propia existencia, era una trasgresión directa hacia ese orden, un orden que no debía ser alterado sino perpetuado.

Ante tales razonamientos todo aquel personaje en la cultura maya que osara robar, embriagarse o cometer alguna conducta sancionable era en ese momento necesario el restituir de algún modo el orden alterado. “El delito es un claro ejemplo de reciprocidad negativa y a todo acto negativo y disruptivo corresponde, por justicia, un acto de equilibrio las relaciones sociales: la sanción a través del aparato jurídico.”⁷¹

⁷⁰ Ibidem, pp. 27 y 28.

⁷¹ Ibidem, p. 31.

De tal manera que la concepción a la justicia no solo estaba emparejado a hacer funcionar el aparato jurídico además este debía restituir y equilibrar las cosas en el mundo.

Se puede entrever una concepción de justicia retributiva, que necesitaba de las sanciones jurídicas para hacer valer toda intención de devolver el orden.

Es posible que estas consideraciones afectaran al curioso régimen maya en relación con algunas transgresiones.”⁷²

Con ello, aunque no haya uniformidad de criterios para plantear a la justicia en el terreno individual y moral en las comunidades mayas, sin embargo, no es posible negar que tales concepciones de justicia retributiva no fueran parte de los individuos en comunidad.

En un segundo plano se encuentra la cultura mixteca, que es un tanto peculiar en tanto que era muy similar su estructura y puede afirmarse que su entorno general a la cultura azteca, la diferencia que tenía respecto a ella pese a lo dicho anteriormente era muy grande.

Los mixtecos con relación a los aztecas tenían un sistema bastante similar al tequio de los aztecas conocido como un trabajo que se hacía en favor de la comunidad.

⁷² Ibidem, pp. 64 y 65.

Por otro lado, sus sistemas jurídicos no llegaron al esplendor de la cultura azteca, pero tal situación no vi menguado la creación de conceptos clave para entender que existían reglas que sancionaban conductas evidentes, tales como el castigo.⁷³

“De acuerdo con la “Relación de Nexapa”, los zapotecos se regían desde la cuna y hasta tumba por leyes.”⁷⁴

En tal orden “normativo” que era vigente y ejecutable para todos los que residían en la comunidad, existían penas corpóreas para algunos de los delitos que ellos consideraban trasgredían el orden e incluso podría afirmarse la buena conducta.

La brecha diferencial respecto a la cultura azteca se manifiesta en tanto que para ellos era de primer orden el respetar la costumbre antes incluso que los mandatos religiosos, incluso no existe registro alguno que haga mención de algún medio de control social por parte de religión.⁷⁵

Los mixtecos en su propia idiosincrasia le dotaron mayor interés al <aquí y al ahora> antes que preocuparse en la trascendencia o la vida después de la muerte, ellos en su propia existencia no hubo nada más importante que las relaciones que entablaban no solo con sus

⁷³ Véase Íbidem, pp. 31.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Véase, Ídem.

semejantes sino con su comunidad, con toda forma viviente y el respeto que guardaban a la vida. En este contexto es preciso entonces que cada acto suyo que procurara el respeto a sus valores comunitarios fuera un acto de justicia, y a fuerza de hacer cumplir ciertos preceptos del derecho consuetudinario era solo para evitar la fragmentación de la comunidad.

En un tercero y último plano corresponde analizar a los aztecas.

Encontrándose en el derecho azteca, que dicha cultura en el derecho prehispánico mejor estudiado por su cercanía y contacto directo con los colonizadores, fue la cultura más importante a la llegada de los españoles, siendo estas quienes dominaban el territorio que actualmente comprende la parte central de México.

Ellos pertenecían a un linaje de guerreros provenientes de la zona norte del país, a su llegada discreta su asentamiento fue sumamente reservado, pasaron algunos años para que pudieran tener la fuerza militar necesaria para imponerse al resto de pueblos que habitan en los alrededores, su mayor asentamiento fue en el lago de Texcoco, la sofisticación de su agricultura ayudo en mucho el desarrollo de su Imperio.

La literalidad de la traducción entre el castellano y las lenguas usadas por los aztecas y demás culturas prehispánicas, corren el riesgo de volverse aventuradas y no muy precisas, pero es posible

encontrar similitudes con conceptos con una dimensión muy similar, en este caso la palabra ley en náhuatl, “se concibe como en la idea de “hablar fuerte” o “dar órdenes”, incluyendo el proceso legislativo y de manera relacionada con la noción del *tlatonani* como “aquel que habla fuerte, mandando.”⁷⁶

Dados los resultados de las investigaciones de la cultura azteca no es descabellado una homologación de términos de ley y *nahuatilli*, solo que en este caso la ley se entiende de acuerdo a otros parámetros, pero contiene elementos mínimos para poder distinguirla como ley, por ejemplo tiene una función de resarcimiento hacia quien había sufrido algún menoscabo que el derecho consuetudinario tenía en cuenta, asimismo era coercitiva, no estaba al arbitrio de quien había cometido la infracción el acatar la penalidad dada o no, las autoridades eran las encargadas de ejecutar tales penas.

Por otro lado, el estar envuelto en asuntos de carácter jurídico se volvía un asunto peligroso, pues al parecer estaba relacionado con no estar a salvo. “Sahagún menciona que, al delinquir metafóricamente se “caía en las garras” de la justicia, imaginada como una bestia salvaje.”⁷⁷

⁷⁶ Ibidem, p. 22.

⁷⁷ Ídem.

Delimitado lo anterior, se puede suponer entonces que ley y justicia no parecen denotar gran diferencia, aunque en realidad si la había.

A la justicia se le denominada como *tlamelahuacachinliztli* que quiere decir “una línea recta o bien enderezar lo que está doblado.”⁷⁸

Pero no solo es entendida desde el ámbito de lo jurídico, es aplicable tal definición al accionar de las personas en una comunidad, a su conducta de lo que debería ser lo adecuado.

Las diferencias no solo estriban en que la ley solo la aplicará de manera exclusiva las autoridades, además los términos que describen al sistema jurídico en la misma lengua están alejados y se inscriben en el marco de lo obligatorio, lo que debe ser realizado, aquello que manda la autoridad.

El derecho y lo jurídico se asocian con las órdenes del Estado, cuya trasgresión es castigada con fuerza. El delito es acto exteriorizado, no el pensamiento.”⁷⁹

Sus etimologías como ya lo vimos también son distintas, y claro está que la justicia tiene injerencia en la aplicación de ley “en tanto el proceso se llevaba a cabo de manera correcta”⁸⁰, pero no es viable

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Ibidem, p. 26.

⁸⁰ Ídem.

asumir que eran iguales, una correspondía al ámbito exclusivo legal, la otra era necesaria para que existiera certeza de que la ley aplicada era justa, pero no eran similares.

Existía cierta flexibilidad ante la ley en tanto que el *Tlatoani*, si no notaba la poca practicidad que la ley imperante ejercía, quedaba a su arbitrio poder reformarla o abrogarla, ante esta flexibilidad era notorio que la figura del *Tlatoani*, estaba por encima de las leyes y su potestad podía ir más allá de lo que las normas establecían.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la tributación que la determinaba el *tlatoani*, puesto que en algunas ocasiones de necesidad o urgencia, como en desastres, esta práctica era dejada de lado”⁸¹, la modificación en toda ley o costumbre atendía a las circunstancias que se vivían en el momento.

Para dar paso a la siguiente etapa historia de México, cabe destacar que, aunque el derecho era consuetudinario, a partir de los datos aportados de su sistema jurídico, es posible señalar que debieron existir algunos códigos o un tipo de registro de las leyes que iban creando los gobernantes.⁸²

⁸¹ Ibidem, p. 48.

⁸² Ídem.

No obstante resulta curioso que las tres culturas mencionadas, relacionaron a la justicia con el sistema jurídico imperante, al parecer esto indica que la justicia no podían realizarla solo uno de ellos como entes individuales, necesitaban que alguien aprobara por medio de la sentencia el fallo que les concedería la justicia y daría vigencia a las leyes.

2.2 La Colonia.

El año 1521 queda marcado en la historia, como el año en que fue conquistado el imperio azteca, posterior a ello se da la imposición de un nuevo régimen, nuevas ideas, una nueva religión oficial.

Pero la caída del imperio azteca no significa la conquista del continente americano, ni siquiera significa la conquista del territorio mexicano, pasaran al menos dos siglos antes de que logren tener en su posesión todo el territorio mexicano.

Al contrario de sus vecinos ingleses, los españoles no solo no vieron inviable la exterminación y desplazamiento de los indígenas de la zona, sino además una tarea por demás titánica, dadas las condiciones geográficas del lugar, la extensión del territorio, y las distancias existentes entre cada población.

La religión les otorgo mejor capacidad para obtener el control de los territorios a los que iban llegando.

Los jesuitas lograron que los españoles mediante leyes reconocieran parcialmente la autodeterminación en ciertos aspectos de los pueblos indígenas, siempre y cuando, no fueran en contra de las leyes del reino de España.

Esta nueva era trae consigo en lo que respecta a México o Nueva España como fue conocida por aquella época, un sistema jurídico en estricto sentido, uno que será el antecedente directo de nuestro sistema jurídico actual.

Respecto a la justicia poco o casi nada nuevo otorgo este periodo, pues cabe recordar que este periodo abarcara de 1521 hasta 1821 con la independencia de México, por tanto, si se toma en cuenta el tema uno, a mediados del siglo XVII se estaba escribiendo las obras que marcarían la pauta para la justicia, retomándose a los griegos, y en 1789 se consuma la revolución francesa, en todo este tiempo parece ser que más que preocuparnos si la libertad o la igualdad eran necesarias en un sistema de gobierno.

El mundo había despertado a los pueblos mesoamericanos de la forma más inesperada posible, indecisos entre si adoptar las nuevas costumbres de los extranjeros o aferrarse a los antiguos ideales, aunque ello significara la muerte, eran las cuestiones más apremiantes a las que tenían que dar respuesta.

El periodo que estamos tratando en Derecho suele ser conocido como el Derecho indiano, el tipo de leyes y códigos que se tenían estaban mezclados con las cuestiones religiosas, cabe señalar que, dada la reforma luterana y la aparición de la iglesia ortodoxa junto a los evangelizadores en Inglaterra, España fue un lugar donde la iglesia católica seguía ejerciendo influencia.

La serie de actos de derecho formal que vienen a partir de la conquista son reprochables y de acuerdo con la visión que se llegue a tomar más o menos indeseables.

Pueden existir diversos puntos de vista, pero he de reducirlos a solo dos, por un lado los españoles al instalar un gobierno de acuerdo a lo que ellos pensaban era el más adecuado, condujeron su conducta conforme a lo que la historia les había enseñado, el vencedor impone su justicia: esto es que todo aquello que no coincidiera con lo que ellos mantenían como un ideal de justicia, habría de ser suprimido, así mismo las leyes que impusieron tenían que permitir que sus actos estuvieran conforme a esta, pero tuvo España que asegurarse que los territorios descubiertos fueron solo suyos, intentando además tener el control absoluto de la ruta occidental hacia las nuevas tierras, de tal suerte que mediante razonamientos legales intentaron justificar esa posición, por consiguiente la “conquista de los indígenas no era un acto de barbarie sino, por el contrario, el ejercicio de un derecho en favor de la civilización y de la fe.”⁸³

⁸³ PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio. Historia del derecho mexicano, Oxford, México, 2015, p. 178.

Asimismo, al ser nuevo todo lo que estaba ocurriendo se tuvo que legislar para evitar “abusos” o injusticias, un ejemplo de ello sería las Provisión de Granada de 1526, que a grandes rasgos contenía algunas directrices para la conquista y colonización de los indígenas sin dañarlos gravemente⁸⁴.

Pero algunas ordenanzas como las que emitió Cortez en 1522 como el Plan Municipal imponía lo “correcto”, tratando asuntos tales como; la evangelización de los indios, formación de cabildos, recaudación de tributos y contribuciones, servicio militar, la encomienda, implantación de penas, etcétera⁸⁵.

Por otro lado, la intención en todo momento de los dirigentes españoles siempre tuvo tintes humanistas, en tanto que procuraron el respeto a sus derechos y su dignidad, como botón de muestra, mediante ordenanzas suprimieron la esclavitud, prohibieron los sacrificios, dotaron a los indígenas de mayor “civilidad”, aunque en la práctica haya sido muy distinto en particular la encomienda donde se dieron tratos peores por parte de quienes los tenían bajo su mando, que los que sufrían como esclavos.

Con el tiempo la normalización de la vida occidental trajo consigo una serie de arbitrariedades establecidas en ley, una de ellas, la

⁸⁴ Véase, *Ibidem*, p.191.

⁸⁵ Véase, *Ibidem*, p.171.

tipificación del delito de amancebamiento en el siglo XVI, que cometían los indígenas del territorio de la Nueva España, siendo el resultado de la incomprensión y desinterés de los conquistadores por tratar de entender a los pobladores nativos, aunado a ello su interés por el sometimiento de la religión católica, puesto que, tanto tribunales civiles como eclesiásticos penaban tal delito.

“Los culpados de amancebamiento adquirieron por vía de la evangelización y las prácticas religiosas las nociones del delito, el pecado, la culpa, la expiación y el perdón.

Hablamos aquí de la ruptura de la eticidad contenida en la norma, porque recogía lo ético de las prescripciones de la religión cristiana.”⁸⁶

Dado la cita anterior el mismo autor hace en su escrito un recorrido específicamente en Querétaro sobre las sentencias que se referían solo a este delito de aquella época del cual el mismo afirma que representan la quinta parte de las causas penales de la época solo equiparable en números al hurto y robo.

En todos los casos jamás se apeló la sentencia dada, pues las personas admitían haber cometido el delito.

⁸⁶ JIMÉNEZ GÓMEZ, Juan Ricardo. Ética y justicia, “Reflexiones y planteamientos intemporales”. Coordinadores Enrique Rabell García *et al.*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2014, p. 7.

El delito de amancebamiento significaba la unión entre hombre y mujer en vida común como si fueran marido y mujer, pero sin estar casados ante la religión católica.

El no estar casados bajo el “consentimiento” y mirada de dios era el delito que se les imputaba a estas personas. De las causas del porque se vuelve delito, además de que la propia religión prohibía la unión libre y las relaciones fuera del matrimonio, era precisamente la evangelización de los <naturales> y que derechos como la herencia eran concedidos de forma exclusiva a quienes la iglesia reconocía como matrimonio.

La problemática y los nuevos retos que se afrontaban en aquella época en cuestiones tales como la ley y la justicia fueron siempre reducidos al imperio de la ley, las leyes fueron ampliándose y creándose de acuerdo con la necesidad del momento llegando a tener un orden de prelación así:

“1. Leyes dictadas especialmente para las Indias, ya fuera en España o en Indias.

2. Las costumbres de los municipios, españoles o indianos.

3. Las costumbres indígenas, en lo que no afectaran a las disposiciones castellanas ni a la fe.

4. La *Novísima Recopilación* de 1805.

5. La *Nueva Recopilación* de 1567.

6. Las *Leyes de Toro* de 1505.

7. El *Ordenamiento de Alcalá* de 1348.

8. Las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio.”⁸⁷

Muchas de estas leyes fueron retomadas por los independistas para conformar el nuevo Estado Mexicano del siglo XIX.

La ley por su parte fungió un papel fundamental para justificar toda clase de trato por parte de los conquistadores en el continente americano, ya no solo de los españoles, también los portugueses, los ingleses y demás países europeos que llegaron a estas tierras.

La justicia se subordinó una vez más ante la ley y fue usada para dar respaldo a sus razonamientos.

Ante este panorama se desarrolló una época donde la iglesia pudo obtener de nuevo el poder que había perdido en Europa, se debatían los derechos de los indígenas en tanto si debían ser tratados como humanos o no, se estableció el virreinato para la Nueva España desde 1535 hasta la independencia en 1821, durando 286 años.

2.3 México Independiente.

⁸⁷ PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio. Op. Cit. p. 196.

Previo al inicio de la independencia de México, existen algunos antecedentes que son dignos de mención.

Uno de ellos el caso del indígena Jacinto Canek educado por frailes franciscanos que en 1761 se sublevo en armas y se proclamó rey del pueblo de *Quisteil* su movimiento no duró más de una semana, pero se hizo escuchar siendo condenado a muerte tras su captura. Otro de ellos se da en 1793 cuando Juan Antonio Montenegro intenta impulsar un movimiento de independencia que pretendía volverla una República dividida en 12 provincias, este personaje a pesar de haber sido desterrado vuelve para la creación de la constitución de 1824, pero no alcanza a firmarla pues antes de su promulgación encuentra la muerte.

El último de estos hechos ocurridos antes de la independencia y tal vez el más brutal tiene lugar en Perú cuando el indígena Túpac Amaru, quien en el siglo XVIII represento el caso más peligroso para la corona española, levantándose en armas generó una movilización importante por parte de las tropas españolas que posterior a su detención fue sentenciado a morir, amarrando cada una de sus extremidades a cuatro caballos, siendo tirado por ellos hasta su desmembramiento.⁸⁸

Pese a que podría parecer que en los años que duro el virreinato en la Nueva España hubo cierta estabilidad y que la colonización no encontró nunca oposición, dados los ejemplos anteriores y las

⁸⁸ Véase, *Ibidem*, pp. 382 y 383.

rebeliones que se dieron constantemente en estados como Chiapas, Oaxaca, Chihuahua, Coahuila, Jalisco por parte de los indígenas⁸⁹, es aceptable la idea de que las leyes y la justicia no prosperaron de la manera que se esperaba por parte de la corona en esta época, como tampoco lo hizo en la época posterior a la independencia.

La independencia de México se ve favorecida con los acontecimientos que ocurrían en Europa, en este caso la invasión por parte de Napoleón a España y su subsecuente división entre el rey José Bonaparte impuesto por Napoleón y los ciudadanos descontentos con esta imposición, hubo muchos brotes de rebelión, que llegaron al punto entre quienes legitimaban el trono de José Bonaparte y quienes estaban contra él.

La Nueva España no fue indiferente ante este hecho, por lo tanto, hubo por parte del Virrey José de Iturrigaray que tomar una posición si apoyar al gobierno en turno o a los ciudadanos españoles que estaban sublevándose.

Entre tanto los criollos en la Nueva España empezaron a conspirar para que este territorio obtuviera su independencia con ideas como la soberanía residía en el pueblo, clara referencia de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos.

⁸⁹ Véase, Ídem.

La independencia inicia en 1810 y a partir de ahí hasta empezada la Revolución Mexicana, los acuerdos, leyes, tratados, convenios, proclamaciones, y un largo etcétera de documentos con carácter legal, entre quienes pretendieron el poder y quienes intentaron restituirlo para los intereses de una “nación” fueron tantos y múltiples a veces acaecidos al mismo tiempo llegando a ser diametralmente opuestos entre sí.

Este periodo posterior al ser proclamada la independencia de México en 1821, le siguieron levantamientos civiles, guerras contra Francia y Estados Unidos, de este último nos llevó a perder la mitad del territorio mexicano, dejando con ello grandes daños para la nación, enfrentamientos armamentistas contra los presidentes o los conspiradores, el enfrentamiento entre los conservadores y los libertarios, el cambio de la capital según la necesidades, en más de una ocasión fueron suspendidas las garantías individuales en favor de tratar de resolver cuestiones de carácter urgente, la búsqueda constante por parte de algunos Estados por su independencia, que llegaron a tenerla por un tiempo muy corto.

El periodo de independencia fue muy caótico, pero cabe resaltar algunas legislaciones que intentaron traer armonía y estabilidad a un país recién creado que pretendió dotarlo de propia personalidad e independencia.

La primera de ellas fueron los sentimientos de la nación que no tuvieron vigencia, pero si fueron influyentes en posteriores legislaciones.

Estos sentimientos de la nación representaron el deseo del espíritu independista en tanto que enunciaron, que la soberanía emanaba del pueblo, la división del gobierno en legislativo, ejecutivo y judicial, declaró que América sería libre e independiente de España y de cualquier otra potencia, que las leyes obligaran a la constancia y el patriotismo, se moderara la opulencia y la indigencia aumentando el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto, abolir la esclavitud y la tortura así mismo la abolición de las castas y una igualdad de todos ante la ley, y tal vez la más controvertida en la actualidad nombrar a la religión católica como oficial y única practicable en el territorio Mexicano⁹⁰.

Ante tales preceptos fue notoria la intención de Morelos sin necesidad de mencionarlo, de traer en sus propios términos a la justicia y la legalidad, pero esta justicia había de existir solo partiendo de lo que la ley escrita podría esclarecer.

Su pensamiento para la época, aunque muy aventurada y libertario, no dejaba de palidecer ante una noción que parecía más la consecución de ideas ya tratadas años antes en Europa que el esfuerzo consiente por entregar a México una personalidad que si bien

⁹⁰ Véase, *Ibidem*, pp. 408-410.

no tendría que negar sus raíces occidentales, tampoco tendría que ser solo estas las directrices univocas de su vida jurídica.

Ya con un país proclamado independiente en 1824 con base en el <acta constitutiva de la Federación Mexicana> se postuló al país como una República Federal así la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* fue aprobada el 3 de octubre de 1824⁹¹. En el documento se puede leer lo siguiente:

“En el nombre de Dios Todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad. El congreso general constituyente de la nación mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad, y promover su prosperidad y gloria, decreta lo siguiente”⁹²

Se puede entre leer en aquellos legisladores la sujeción en la que vivían de acuerdo con sus pensamientos religiosos. Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 3ro de esta constitución que dice:

“La religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra.”⁹³

⁹¹ Véase, Ídem, p. 443.

⁹² Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

⁹³ Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, artículo 3ro.

Es entonces que es posible clarificar que lo que ellos consideran justo; era precisamente todo aquello nacido de la comprensión de dios o lo emanado por él.

En aquel momento, ley, justicia y religión no estaban separados y era posible homologarlos o justificar uno bajo la razón de los demás.

La constitución fija entre otras cosas, uno; la presidencia se ganaba con el voto de la mayoría y el segundo contendiente con más votos era elegido vicepresidente, esto acarreo muchos problemas en lo subsecuente, no era extraño ver como los vicepresidentes conspiraban para quitar del poder al presidente en turno. Dos; la instauración de la Suprema Corte de Justicia conformada por 11 ministros y un fiscal, la existencia de juzgados de distrito y tribunales de circuito. Tres; la separación del poder legislativo en cámara de diputados y cámara de senadores con miras a tener un proceso legislativo que no fuera arbitrario u otorgara poderes desequilibrados a alguien o algo.

Posterior a la constitución de 1824 le siguieron muchísimos ordenamientos legales que intentaron restaurar la paz y equilibrio en el país, pero, aunque varias de estas legislaciones fueron muy importantes para la consolidación de la siguiente gran legislación, mejor conocida como la Constitución de 1857.

No es hasta la vida de la anterior constitución mencionada que es posible constatar la importancia de tales ordenamientos. Es redactada el 12 de febrero, pero se promulgada el 11 de mayo de 1857⁹⁴.

Esta nueva constitución es pensada en momentos históricos muy delicados, tal vez por ello su planteamiento no solo fue intentar generar un documento que procurará traer paz, además era un documento con el que se trataba de corregirse los errores del pasado y tomar en cuenta los documentos más importantes que habían sido redactados hasta esa fecha. Entre los principales tópicos que fueron tratados están;

“Los derechos del hombre, los mexicanos, los extranjeros y los ciudadanos mexicanos. Destaca el reconocimiento en 29 artículos a los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales. Se declara igualmente que en la República todos nacen libres y los esclavos que pisen el territorio nacional por ese hecho recobran su libertad y tienen derecho a la protección de las leyes. Se consagran las garantías de libertad de trabajo, enseñanza, expresión de las ideas, imprenta, petición, asociación, tránsito, posesión y portación de armas para seguridad y defensa legítima del individuo. Se declara que en la República no se reconocen los títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios; se establece que nadie puede ser juzgado por leyes privativas o tribunales especiales, la irretroactividad de la ley, la

⁹⁴ Véase PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio. Op. Cit. p. 509.

imposibilidad de celebrar tratados para la extradición de reos políticos o delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos.

También se establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones sino en virtud del mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Nadie puede ser encarcelado por deudas de carácter civil y sólo se podrá hacerlo por delito que merezca pena corporal.”⁹⁵

Antes de continuar señalo que la figura del amparo (en términos generales sería un medio de control constitucional y de legalidad) fue regulada por los artículos 101 y 102, una figura muy relevante en tanto que se busca una manera de proteger y defender las garantías individuales.

Significo un avance muy importante esta constitución en tanto reconocía los derechos del hombre (dicho sea de paso, exclusivamente de los hombres) muchos de los planteamientos ya citados tienen hoy en día vigencia por su formulación razonable y objetiva ante las injusticias del mundo.

Fueron leyes que rebasaron su época y han llegado a nosotros con plena vigencia y actualidad.

⁹⁵ CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del derecho en México, segunda edición, Oxford, México, 2012, p. 670.

El principio de legalidad puede ya vislumbrarse en el artículo 16° de esta constitución que dice lo siguiente: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”⁹⁶

Otorgando a todas las personas certeza jurídica ante las inequidades que se vivían por aquella época, la ley ante todo debía prevalecer.

La justicia sin embargo, seguía siendo referida como contingente a la ley pues en el artículo 17° menciona: “Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia.”⁹⁷.

Por el contrario, si existía una justicia, tenía que primero generarla la ley y segundo protegerla, todas las batallas que se libraban en aquel momento, tenían ciertas perspectivas a hacer prevalecer la justicia, está claro que muchas de ellas, fueron simplemente por ostentar el poder, pero en el caso de las batallas por la defensa de las invasiones extranjeras se luchaba por el derecho a la autodeterminación y el no sometimiento a alguna potencia.

⁹⁶ Constitución Política de la República Mexicana de 1857, artículo 16vo.

⁹⁷ Constitución Política de la República Mexicana de 1857, artículo 17vo.

La justicia entonces se subordino a ser tratada y traída a la realidad en la medida que las personas que detentaban el poder en los tribunales decidieran que así fuera necesario.

Por todo ello, como resultado de dicha evolución aparece un aspecto cuantitativo de la justicia, su administración, si puede ser administrada la justicia, puede entonces ser medida.

Dar más justicia aquí que allá. Se hizo de la justicia un bien susceptible de ser medido, de ser trasladado a la realidad, y que solo los ministros podían otorgar.

Posterior a ello viene el periodo de la <guerra de reforma> donde Benito Juárez con las Leyes de Reforma separa el poder eclesiástico, da la libertad de culto, el matrimonio civil, la administración de cementerios pasa a ser parte del estado, se deroga el juramento y protestas en el ámbito judicial, se concede la libertad de imprenta y se elimina la influencia religiosa en la educación del país.

Trayendo como resultado el que se adicione todo lo anterior en la nueva constitución de 1857.⁹⁸

⁹⁸ Véase PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio. Op. Cit. pp. 516 y 517.

2.4 La Constitución de 1917.

México en el siglo XX se posiciona ante el mundo como una nación libre, independiente, en búsqueda de una identidad y estabilidad, cosas de las cuales había carecido en el siglo XIX. Su sistema jurídico ya había dado muestras de genialidad al crear realidades jurídicas innovadoras y necesarias, el amparo un ejemplo de lo dicho. No obstante, su búsqueda por la justicia había sido apaciguada para dar paso a la estabilidad. Pero aquella “tranquilidad” había de tener algún costo, la cuota de aquel periodo de “prosperidad y paz” no fue barato, los abusos cometidos por el entonces presidente Porfirio Díaz (1830-1915) eran de sobra conocidos, pero quienes más sufrieron su implacabilidad fueron como la historia lo ha mostrado, los pobres. El periodo que estuvo en el poder fue más de 30 años, es posible entonces admitir que los antecedentes de la constitución de 1917 en México tienen a Díaz como antagonista principal y determinante.

El modo que accede a la presidencia tiene que ver con la posición militar que gozo durante el periodo de “la guerra de reforma”. Díaz como ya fue mencionado, estuvo al mando de tropas que el mismo Benito Juárez le había designado en la segunda mitad del siglo XIX, tras ganar algunas batallas logra ocupar la presidencia de México el 23 de Noviembre de 1877, pero en 1880 Manuel Gonzales es investido con la banda presidencial, puesto en el que dura solo cuatro años y al final le regresa la presidencia a Díaz, comenzando en

estricto sentido su dictadura que mantendrá y justifica con la figura de la <reelección> hasta 1910.

Para aquel año Francisco I. Madero se postula como presidente ante las elecciones que se avecinaban, proponiendo el <sufragio efectivo, no reelección>, pero pierde las elecciones siendo encarcelado y al ser liberado huye a E.U. Con ello la revolución da inicio el 5 de octubre de 1910 con el Plan de San Luis. Las figuras más icónicas del movimiento fueron Emiliano Zapata en el sur y Francisco Villa en el norte. Zapata bajo el lema <Reforma, Libertad, Justicia y Ley> da muestras claras del sentimiento latente en la nación, por consiguiente, aun cuando existían leyes y ellas pudieran ser tomadas como elementos de la justicia o la justicia misma, la violación por parte de las autoridades, su constante negativa a escuchar a un sector importante de la población para mejorar sus condiciones de vida, trajo consigo la necesidad de reformar aquellas leyes que habían sido hechas para un grupo, intentando con el movimiento de revolución que las leyes fueran más estrictas en tanto su aplicación como la vigilancia de hacer cumplir su deber a la autoridad.

Para el 31 de enero de 1917 se firmó la nueva constitución siendo publicada el 5 de febrero del mismo año, llamándose <Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos>. Esta nueva constitución procuro los derechos más amplios para todos y al mismo tiempo que cada individuo pudiera ejercer su propia libertad de manera consiente y responsable, aunque el texto

constitucional ha sido modificado, adicionado y hecho algunas reformas, es el que actualmente dirige a la nación mexicana. Dentro de las reformas más destacadas se encuentran; el derecho al voto para la mujer, la reforma agraria, la reforma penal y energética acaecidas en el siglo XXI por mencionar algunas.

Ahora bien, la constitución mexicana ¿qué tiene que aportar al respecto del tema de la legalidad y la justicia? Pues bien, en sus artículos 14, 16 y 17 nos permite ver las bases del principio de legalidad que tanto hará mención dentro de la misma. Transcribo los artículos para después desentrañar su significado:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16º Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.

Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes.

Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna.

En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Artículo 17º Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

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

La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.”⁹⁹

Desde el segundo párrafo del artículo 14 establece como más adelante también se verá la noción básica que en un estado de derecho nadie puede ser víctima de la arbitrariedad de la autoridad en sus resoluciones, y en caso de perder derecho sobre un bien jurídico del que ostentaba en derecho, solo será por medio de las leyes mismas. Los último dos párrafos sostienen la idea del imperio de la ley y como está siempre debe estar y prevalecer ante el actuar de la autoridad, de tal suerte que:

⁹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“A toda autoridad le es permitido actuar únicamente en lo que tiene atribuido expresa o implícitamente; a los poderes órganos federales implica una doble limitante. La primera, el ámbito de los particulares, y la otra, la órbita de competencia de los poderes de los estados.

Los poderes y órganos estatales están acotados en su actuación tanto por la constitución del país, como por la de la entidad.

Los particulares, por su parte, pueden actuar en todo lo que no tienen prohibido; tratándose de derechos humanos sólo serán limitantes válidas las que establezca la propia constitución; tratándose de otra clase de derechos, las limitantes serán las que determinaren las leyes.

Cuando un poder pretenda actuar sobre tal o cual materia, requiere fundar su proceder en la constitución. En ese contexto, si el congreso de la unión intenta dar una ley sobre determinada materia, debe citar la norma fundamental que lo faculta para hacerlo. La existencia de un fundamento es lo que da lugar a la actuación sobre una materia (art. 14º). En caso de que no haya norma que funde, debe presumirse que tiene vedado legislar, y que la materia corresponde a los estados, o bien no es susceptible de ser regulada mediante ley. La interpretación que se haga siempre debe partir del hecho de que existe la obligación de fundar una actuación.

En lo que se refiere a los particulares, se debe presumir que su actuación está apegada a la constitución, salvo que ésta, las leyes que de ella deriven o los tratados celebrados de acuerdo con ella, determinen lo contrario. Corresponde a la autoridad invocar y fundar la limitante.

En un sistema federal el principio de legalidad necesariamente debe manejarse tomando en cuenta el principio que regula la distribución de competencias entre la federación y los estados.”¹⁰⁰

En consecuencia, en la primera parte del artículo 16º es perceptible la necesidad imperiosa que debe tener la autoridad para respaldar sus acciones jurídicas con total apego a la ley, ante los individuos, de no ser así se estaría cometiendo actos de arbitrariedad donde lo que impera es la coerción sin fundamentación ni motivación por parte de la autoridad. Si se sigue el texto se dictamina las excepciones a las cuales los individuos no pueden exigir la protección de sus datos personales, en tanto que pueda ser un riesgo para la nación, o se pueda menoscabar los derechos de terceros en el ámbito de la seguridad y la salud.

Así mismo conforme a la propia ley, se establecen los casos y los momentos en que se puede particularizar una conducta que no siendo lícita para la generalidad, se vuelva lícita en un caso concreto

¹⁰⁰ ARTEAGA NAVA, Elisur, Derecho constitucional, cuarta edición, Oxford, México, 2015, p.47

como a la recolección de pruebas, para la clarificación de la verdad jurídica. O, dicho de otra manera:

“Entre estas garantías está la de legalidad según la cual <nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causal legal del procedimiento> (art. 16º). De manera que el individuo no está obligado a acatar las disposiciones de la autoridad salvo que éstas tengan causa legal, esto es, que estén fundadas en la ley.”¹⁰¹

En este caso tal vez los hechos nacionales más acuciantes han sido blancos de ataque por parte de la sociedad, cuando la propia autoridad desestima o da un nulo valor probatorio a pruebas que demuestran la culpabilidad innegable de algún individuo, pero que tales pruebas han sido obtenidas por hechos ilegales. O que al detener a un inculpado al momento de estar cometiendo el delito, tenga que ser puesto en libertad pues todo el procedimiento al que ha sido dispuesto desde su detención, hasta su presentación ante el juez, tiene irregularidades que han violentando el debido proceso y por ende la ley misma.

La cita hecha también se refiere a quien, en forma específica dentro del aparato Estatal, le corresponderá la responsabilidad de crear leyes por ende de perpetuar, refinar y adecuar la legalidad.

¹⁰¹ ANDRADE SÁNCHEZ, J. Eduardo., Derecho constitucional, Oxford, México, 2013, p. 69.

Asimismo, durante el texto constitucional hace mención de la legalidad al menos en lo concerniente a los artículos; artículo 6º inciso a fracción VIII tercer párrafo, artículo 21º párrafo noveno, artículo 29º párrafo segundo y tercero, artículo 41º fracción V apartado A y fracción sexta, artículo 79º párrafo segundo, artículo 102º apartado A fracción VI párrafo cuarto, artículo 109º fracción III, artículo 115º fracción segundo inciso a, artículo 116º fracción II párrafo sexto, fracción cuarta inciso b y l y fracción IX, artículo 122º apartado A fracción II párrafo sexto y fracción IX, y el artículo 123º apartado A fracción XX párrafo primero, segundo y quinto.

En todos estos se habla de un principio de legalidad que ha de regir el actuar de algún ente del estado, o el estricto apego que debe existir ante tal o cual conducta, para la constitución ya no tiene mayor importancia seguir explicando que es la legalidad.

En virtud de lo anterior, podemos empezar por clarificar el concepto de legalidad, atendiéndose a este como:

“Legalidad. La legalidad supone la prevalencia de la ley, expresión objetiva y conocida por aquellos a quienes va dirigida para que regule la interacción subjetiva que significa la vida comunitaria. De ahí que los grandes valores iniciales necesiten condensarse en la ley y realizarse por la ley. La planeación, los objetivos, los proyectos que

significan compromisos sociales compartidos tienen que estar expresados objetivamente en el texto de la ley; si no, carecen de garantía.”¹⁰²

Pero al mismo tiempo las actuaciones del Ministerio Público en el artículo 21^o son vistas en la doctrina como el ejemplo claro del principio de legalidad pues su actuación debe regirse siempre en las normas de derecho y no todo procedimiento fuera de ley se considera que vulnera el estado de derecho y los derechos humanos de los inculpados, el cometer errores procesales o ignorar el apego a la ley suele ser determinante para poder dar fuerza a los hechos que se le imputa al indiciado:

“c) Principio de legalidad. Consiste en que el Ministerio Público tiene el derecho y el deber de ejercitar la acción penal, pero sólo en vista del interés social, lo que significa que está obligado a practicar las investigaciones necesarias respecto de las denuncias y querellas que reciba, en el concepto de que no está sujeto al arbitrio del Ministerio Público y menos a su arbitrariedad, el no ejercitar la repetida acción cuando la averiguación que practique compruebe datos de haberse cometido un delito y de responsabilidad de los indiciados, sino que de acuerdo con las leyes penales están obligados los agentes y procuradores al repetido ejercicio ante las autoridades judiciales, lo que quiere decir

¹⁰² ANDRADE SÁNCHEZ, J. Eduardo., Op. Cit., p. 510.

que si en el curso del proceso llegaren los funcionarios del Ministerio Público a adquirir la convicción de la inculpabilidad de los encausado estén, ello no obstante, obligados a acusar, pues muy por el contrario, el principio de legalidad los obliga a reconocer la inocencia o la inculpabilidad, pero dejando siempre a la facultad decisoria de los jueces resolver en definitiva sobre la absolución o la condenación.”¹⁰³

Así que esta disparidad que he demostrado entre la constitución al enunciar a la justicia en distintos ámbitos tan contradictorios que no podían ser definidos con la misma palabra, se suma a ello que tanto justicia como legalidad son igualmente tratadas en el Estado mexicano, como ya vimos la legalidad atiende a la validez formal de las normas jurídicas, permitiendo la existencia del orden jurídico, pero no necesariamente la validez material, por tanto solo garantiza la coercibilidad, es decir, la coercibilidad como un fundamento para hacer que la norma se cumpla se esté o no se esté de acuerdo, siempre actuando con apego a la legitimidad que se le ha otorgado a un poder superior esa facultad.¹⁰⁴

Asimismo la legalidad genera esa obligatoriedad que el sistema jurídico necesita para prevalecer y hacer efectivo en una realidad, su existencia no implica que:

¹⁰³ CONTRERAS CASTELLANOS, Julio C., Derecho constitucional, Mc Graw Hill, México, 2010, pp. 308 y 309.

¹⁰⁴ Véase, ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., Introducción al estudio del Derecho, segunda edición, McGraw Hill, México, 2010, p. 114.

“ese sistema jurídico quede derogado *ipso facto* ni que sus normas, en la generalidad de los casos, dejen de ser obedecidas, así sea que dicha obediencia se sustente en razones meramente prudenciales (miedo a la sanción). Más aún, para ese mismo ordenamiento jurídico una norma injusta seguirá siendo vigente, y por consecuencia, jurídicamente obligatoria hasta en tanto no sea derogada o declarada inconstitucional precisamente por violar los principios signados en su Ley fundamental, donde los Estados contemporáneos acostumbran plasmar los objetivos y valores de los que su Derecho debe ser portador y garantizador.

Por lo común, para los destinatarios de las normas jurídicas de un sistema de Derecho, su obligatoriedad se da por supuesta. De hecho en términos sociológicos, la legalidad goza de la creencia generalizada de que lo prescrito por el Derecho es sinónimo de lo justo, porque ésta prescrito por el Derecho.

A su vez, esa suposición se confirma con la pretensión de justicia que enarbola todo sistema jurídico, de la que se sigue una pretensión más, la de que sus disposiciones deben ser obedecidas siempre. El Derecho por ende persigue la eficacia, es decir, el que sus mandatos sean efectivamente cumplidos.

La legalidad aparece, entonces como una condición necesaria más no suficiente para dar plena validez a las normas jurídicas. No es extraño constatar que en los sistemas jurídicos existan leyes injustas,

es decir, normas que satisfacen el primer estándar valorativo del Derecho, pero no el segundo.

El hecho de que las normas jurídicas sean vistas como legítimas acrecienta la posibilidad de su obediencia.”¹⁰⁵

Por tanto no es posible decir en forma de sentencia que todo lo que contiene la norma o ley es una cuestión justa como afirma Kelsen primero y algunos autores posteriores a este, indicar la separación entre ambos conceptos hace que al momento de desligarlos sea posible confrontar y reducir a términos ya no generales sino específicos que debe entenderse de uno y de otro, de lo contrario se seguirá pasando por alto la distinción entre ambos socavando a la justicia al imperio de la ley o designo de la legalidad, y estos supuestos siempre están a merced de los humanos que ostentan el poder, la justicia por el contrario no debe estar a merced de justificar los deseos de la época.

Para esclarecer aún más el tema es importante la siguiente cita:
“Ciertamente se han producido profundos desacuerdos sobre la naturaleza de estas reglas. La justicia como conformidad a la necesidad y a la medida naturales, inmanentes al ser y a su orden, propia del mundo griego anterior al descubrimiento socrático de la

¹⁰⁵ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al estudio del Derecho*, segunda edición, pp. 326 y 327.

conciencia individual y de la libertad moral, no es la justicia como fidelidad al pacto del que deriva la piadosa observancia de las leyes dadas por Dios al pueblo elegido; y ésta, a su vez, no es la justicia romana como conjunto de leyes ordenadoras, garantizadas por la espada; ni es la justicia de la era moderna que, frente a la descomposición de la legalidad imperial en Europa, ha pretendido reducir la justicia al derecho, el derecho a la ley y la ley a la soberana voluntad del estado (personificado por un príncipe absoluto o por una asamblea omnipotente: da lo mismo). En todos estos casos, la justicia es entendida como conformidad a la ley; al individuo se le exige, para que la justicia sea hecha, que respete la ley. La justicia se convierte en legalidad.

No podemos estar satisfechos con esta reducción, en ninguna de sus formas. Sobre todo porque identificar la justicia con la legalidad significa transferir a la ley nuestros interrogantes sobre la justicia. Con mucha frecuencia la legalidad tiene poco o nada que ver con la justicia.

En todo caso, en la identificación de la justicia con la legalidad hay un paso forzado: consideraremos justo al ser humano que sólo sabe obedecer, carente de libertad y de responsabilidad: una negación de la dignidad que puede ser del agrado solamente de los planificadores sociales de todos los colores políticos que, de acuerdo con razones científicas o voluntad arbitraria, puedan crear únicamente hormigas humanas.

La voz de la justicia, por el contrario, llama a la observancia de la ley, sí, pero siempre en nombre de algo que supera a la ley y de lo cual ésta es expresión.

Por encima de la ley establecida, hay algo presupuesto y es ahí donde debemos buscar la justicia y la fuente de su obligatoriedad.”¹⁰⁶

La idea cumbre de esta cita radica en demostrar como la justicia no puede ser entendida en términos puros de ley o se cometería serios reveses contra los valores mismos que las constituciones desean fomentar en el humano, porque si la justicia termina ahí donde la ley llega, entonces desde los albores de la existencia de las constituciones hemos vivido ya en la justicia, pero ese pensamiento no puede ser más errado, pues se enfrenta al cuestionamiento de la realidad y la razón que ya han superado, en algún momento de la historia tanto la esclavitud, el colonialismo, la compra de humanos, el *apartheid*¹⁰⁷, el voto exclusivo de los hombres, la segregación racial, la desigualdad de derechos y obligaciones en una nación para ciertos grupos, son algunos ejemplos de los cuales el haber pensado que la ley siempre fue justa como ya se dijo, aun en nuestros días seguirían

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, et al., La exigencia de justicia., trad. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2006, pp. 29-31

¹⁰⁷ Sucedió en Sudáfrica cuando los blancos hicieron una ley donde ellos eran los únicos individuos capaces de votar en las elecciones para sus gobernantes. Una forma de segregación.

siendo vigentes, y la vigencia de tales hechos son un ataque directo a los derechos humanos.

Pero gracias a que las ideas y las palabras se sustentan en la razón propiciando el debate, varias naciones fueron conscientes de lo que sus gobernados merecían en el estado de derecho, las naciones que no lo entendieron sufrieron grandes convulsiones sociales.

Por todo ello el jurista Ledesma afirma entonces que la legalidad es una condición necesaria en un sistema jurídico, pero no se basta a sí misma para justificarse como la única formadora de validez de las leyes, de la justicia nos dice que debe ser:

“La justicia no se consume ni en la legalidad ni en la ética, viene a ser la realización jurídica, por tanto, práctica, de los valores superiores a los que el Derecho sirve en sociedad. Por eso la justicia no se da jamás de modo absoluto en tanto es una cualidad que se realiza en mayor o menor medida. La justicia es una fuente de sentido que orienta las acciones de quienes hacen y aplican el Derecho, facilitando la convivencia o colaboración social consideradas como mejores o más plausibles históricamente en un grupo y entorno culturales dados.

La justicia se produce aplica y evoluciona en la historia y la cultura.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., Introducción al estudio del Derecho, segunda edición, p. 391.

Así pues, se tiene que conceptos como <para constitucionalidad> o <meta juridicidad> se vuelven términos no deseables en el ambiente de democracia que el país debería propiciar, la preocupación del autor radica en cómo se ha ido dejando de lado la legalidad permitiendo a los poderes de la unión la existencia de acuerdos fuera de ley, que beneficien sus intereses.

Sus planteamientos y preocupaciones surgen a partir de la alternancia política de la presidencia del país en el que insiste la legalidad no parece un asunto importante en la agenda de los gobiernos nuevos donde el respeto a la ley no es importante para el país en general. Pero solo en el respeto absoluto a la ley por parte de todos, podemos dejar de necesitar los arreglos fuera de esta y no permitir que la <mordida> siga siendo parte de nuestra cultura.

El autor Miguel Gonzales Compeán, sostiene que habrá que dejar de lado la idea de querer alcanzar la justicia respetando en todo momento la ley, de lo contrario ni la ley podrá ser eficaz ni las demandas de justicia podrán ser planteadas como una realidad.

La idea de justicia social que está en las personas y que muchas veces intentan justificar su accionar partiendo de tal premisa, los linchamientos por el hartazgo social aunado a las tasas tan grandes de delincuencia y vacíos legales que registra el país ya sea por la ineptitud de la seguridad pública o de la poca preparación que

reciben por parte de las máximas autoridades que poco o nada les importa un mejor cuerpo policiaco.

Tal es el impacto que tiene en la sociedad el sentimiento tan alejado que siente de las leyes e instituciones que lo lleva a pensar que buscar de algún modo hacer cumplir su propia ley es más deseable antes que el Estado interfiera en sus asuntos.

Entre los años 1987 y 2001 se registró la friolera de 100 casos de linchamiento en el territorio nacional¹⁰⁹, que quiere decir ello que el estado de derecho no funciona ahí donde el linchamiento fue cometido, que la ley fue soslayada por el accionar de las personas, ya que las personas sienten que las leyes han sido impuestas como normas ajenas a ellos mismos, esta distancia que sienten es una de las razones por las que actúan de forma deliberada en actos que van contra ley, pues recordando el caso de Sócrates que fue sentenciado a muerte por medio del consumo de la cicuta, él argumentaba que estaba conforme con la sentencia dada pues aunque el esgrimo argumentos para poder librarse de lo que se le imputaba, al recibir la sentencia la recibió con entera aprobación, pues no sentía a las leyes ajenas al él, por el contrario haber vivido en Grecia era prueba de su entera satisfacción con las reglas de aquella época y lugar específico.

¹⁰⁹ *Ibíd*em, p. 292.

La justicia como de la legalidad en México, pues bien, el autor que he estado citando se apega a las nociones dadas por Kelsen en tanto que hay que entender justicia como sinónimo de legalidad, e incluso un poco más allá, la justicia está contenida en las leyes, por tanto, aplicar leyes es igual que aplicar justicia.

Pero esto según este autor no ha sido alcanzado pues “nos enfrentamos a un Estado diseñado para la discreción y el justicialismo, para el discurso ideológico o intuicionista, más que para la legalidad”¹¹⁰, muchas veces han sido las propias leyes usadas en favor de posturas políticas y no de agendas sociales.

No hay duda que aun cuando se apliquen las leyes no siempre se está ante una legalidad pura, pues en ocasiones la leyes solo son aplicables al <contentillo> de los actores políticos, razón por la cual “El discurso de la legalidad, como referente de racionalidad en la polémica y en la lucha de las ideas, suele ser menospreciado en aras de un discurso justicialista de contenido puramente ideológico o político”¹¹¹.

Una problemática más surge, en cuanto a la cultura de la legalidad, que bien puede ser referida como una creencia compartida de que los sujetos que conforman un Estado tienen la responsabilidad

¹¹⁰ Ibidem, p. 319.

¹¹¹ Ibidem, p. 321

individual de contribuir el mejoramiento y mantenimiento de la sociedad adecuando su conducta al Estado de Derecho.

En la actualidad la sociedad mexicana vive la cultura de la legalidad de formas poco congruentes, una razón es la falta de credibilidad que han tenido los gobiernos mexicanos más actuales.

Es muy contrastante el hecho de que las personas desconfíen en las autoridades al mismo tiempo que consideren que son ellos quienes deben castigar, pues además la percepción de los encuestados es que las autoridades respetan poco la ley y que uno de los grandes problemas del país es la impunidad.”¹¹²

Lo anterior menoscaba el Estado de Derecho que debería prevalecer ante épocas de crisis política, si la justicia no es posible darla es responsabilidad de la ley como mínimo ser respetada y cumplida primero por quienes la crean de forma directa.

Ello en atención a que dicho aspecto genera un ambiente propicio para la corrupción uno de los males más importantes que deben ser tratados por todos, pero suele adjudicarse a este mal de manera univoca al gobierno o los servidores públicos puesto que:

¹¹² Ibidem, p. 142.

“En términos generales, los mexicanos pensamos que la corrupción es algo que atañe a otros. Se conjuga en tercera persona: los corruptos son otros, es un fenómeno externo en el que no participamos y cuando llegamos a formar parte de él es porque no tenemos otra salida.”¹¹³

Ante la negación de las conductas corruptas por parte de los individuos dejamos la responsabilidad solo a la autoridad, la autoridad ha de cumplir y hacer cumplir las leyes, pero si en algún momento yo cometo algún acto de corrupción no fue responsabilidad mía, fui arrastrado ante tal situación, como lo dice la cita la corrupción es percibida como un problema del otro en tanto yo no puedo ser corrupto, me veo en la necesidad de serlo.

Las dicotomías persisten en el consiente colectivo pues, “Los entrevistados reconocen no conocer las leyes pero simultáneamente aseguran que éstas son malas, poco claras y no responden a las necesidades de la sociedad en la que vivimos.”¹¹⁴, ¿cómo puede alguien aseverar que algo es malo o deficiente sin conocerlo realmente? la percepción por parte de un gran sector se ve envuelta en tantas subjetividades que a la postre hace imposible el dialogo

¹¹³ Ibidem, p. 179.

¹¹⁴ Ídem.

necesario para poder entablar una comunicación que ayude a eliminar todas estas dudas y percepciones.

En contraparte el Derecho se vuelve más complejo y los ciudadanos están menos dispuestos a escuchar el discurso jurídico y ponen por sobre este la razón práctica y la “justicia social” como medios para conseguir lo que desean puesto que “el problema es de otros, la responsabilidad de erradicarla [la corrupción] también es de otros.

El gobierno es el culpable y es a él a quien le corresponde hacer lo necesario para combatirla, controlarla, evitarla y castigarla.”¹¹⁵

Nos asumimos como seres pasivos y contemplativos deseos de ver cómo van resolviendo las cosas los <otros> (el gobierno) debiéndose apegar al Derecho, mientras tanto sigo teniendo conductas que van contra la propia ley, así pues: “Los sistemas normativos pueden ser excesivamente complejos.

Como Cass Sunstein ha venido insistiendo en los últimos años, la tarea del gobierno es reducir la complejidad, no amplificarla.”¹¹⁶ No obstante los creadores de las normas y el sistema jurídico no parecen interesados en volver menos complejo el Derecho, ya sea porque no consideran que sea un tema relevante o porque día a día las

¹¹⁵ Ibidem, p. 180.

¹¹⁶ Ibidem, p. 181.

necesidades de la época exigen mayor precisión al determinar las leyes.

Dado que en la actualidad el avance se ha acelerado de manera descomunal por la tecnología y en especial el internet y las nuevas formas que nacen de interacción entre las personas de una sociedad física y una nueva sociedad virtual, que exige mejores respuestas jurídicas.

Ante este panorama el Derecho ha de ser presentado como la brújula que guíe a las personas, pero si esta brújula solo unos pocos pueden entenderla, el resto se ve condenada a dejar en manos de otros sus destinos, sus vidas, sus libertades, etcétera.

Por el contrario, ante esta brújula todos debemos poder entender su significado, y en la medida que todos sepamos que dice la brújula y que significa, es que estaremos en común acuerdo en saber que mares deseamos navegar, cual es el camino más propicio para llegar y a que puerto deseamos arribar.

CAPÍTULO TERCERO. LA JUSTICIA EN EL MÉXICO ACTUAL.-

SUMARIO: 3.0. Concepto, 3.1 El concepto de Justicia, 3.2 El concepto de Legalidad, 3.3 El concepto de Equidad, 3.4 La concepción del bien jurídico de Justicia en México, 3.5 Propuesta del principio de Justicia.

3.0 CONCEPTO.

En el **derecho** romano. El término **justicia** viene de iustitia. El jurista Ulpiano la definió así: iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.¹¹⁷

La **justicia** es la constante y perpetua voluntad de dar, conceder a cada uno su **derecho**.

3.1. EL CONCEPTO DE JUSTICIA.

Desde un punto de vista genérico se puede comprender a la justicia como un valor determinado como bien común por la sociedad. Nació de la necesidad de mantener la armonía entre sus integrantes.

Es el conjunto de pautas y criterios que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, -

117.- «La iusticia es la constante y perpetua voluntad de dar o conceder a cada uno su derecho».

<https://digesto.noder-iudicial.no.cr/.../41577-iustitia%20est%20constans%20et%20per..> 18/12/2018. 16:30 pm.

autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de estos.

3.2. EL CONCEPTO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad¹¹⁸, o también conocido como primacía de la ley, se define como la prevalencia de la ley ante cualquier otra actividad o acción que posee el poder público.

Es decir, todo lo que emane de un Estado debe estar regido por ley y no por la voluntad de las personas que habitan en esa sociedad.

Por lo tanto, la legalidad es todo aquello que se realiza dentro del marco de la ley escrita.

Es por esta razón que todas las personas que conforman una sociedad deben respetarla para una mejor coexistencia.

A su vez, ningún gobernante puede oponerse a lo establecido en la Constitución de cada país, donde se encuentran todas las normas esenciales de cada Estado; todas las medidas que tome mientras se encuentre en su cargo deberán estar sometidas a la ley.

118.- El término **ilegalidad** se utiliza para hacer referencia a cualquier acto o acción que no entre dentro del espectro de la ley, es decir que sea un delito de algún tipo y que pueda, en algunos casos, representar un peligro o daño para la sociedad.

<https://www.definicionabc.com/derecho/ilegalidad.php>. 18/12/2018. 16:38 pm.

En los países que poseen un gobierno de democracia, se protege al principio de legalidad por medio de la división de poderes. La función que posee este ordenamiento jurídico es que aquel poder que se encarga de interpretar las leyes no debe ser el mismo que aquel que las propone o las ejecuta.

En la mayoría de los Estados, el derecho penal tiene como base el principio de legalidad.

Es decir, un delito sólo será catalogado de esta manera siempre y cuando la ley lo indique de manera expresa.

El principal objetivo es evitar que una persona sea acusada y luego condenada de realizar un delito de manera arbitraria y sin fundamento alguno que provenga de las leyes establecidas.

Tipos de legalidad

A su vez, la legalidad se puede clasificar de distintas formas según sus características específicas:

Principio de legalidad administrativa: En base al principio de legalidad, la administración pública tampoco está autorizada a actuar de manera propia, siempre debe ejecutar el contenido que posee la ley.

Se puede considerar a la ley como un límite externo a la actividad administrativa, dentro de este contexto, la administración es

libre. De esta manera, el Estado sólo podrá regirse a lo que la ley permita y ordene; en conclusión, nada puede quedar al libre albedrío.

Principio de legalidad tributaria: En lo que respecta al Derecho Tributario, sólo por medio de una norma jurídica se podrá definir todos y cada uno de los elementos que forman parte de la obligación tributaria.

Algunos ejemplos de estas obligaciones pueden ser el hecho imponible, los sujetos que se encuentran obligados al pago, el sistema para determinar los hechos imponibles, la fecha a cumplir de un pago y cualquier infracción, sanción o exención.

Se dice que para que un tributo sea considerado como tal, debe estar únicamente regido por una ley.

Principio de legalidad en el Derecho Penal: Se establece que para que una conducta sea calificada como delito debe haber estado descrita de dicha manera con anterioridad al suceso en discusión.

Así como también, el castigo que se impondrá deberá estar establecido previamente por ley.

Se puede decir entonces que la legalidad penal es un límite dirigido a la potestad punitiva de un Estado: sólo podrá castigarse aquellas

conductas que se encuentren descritas de manera expresa como delitos.

Por último es menester, precisar que, siempre es bueno aclarar que para que se pueda vivir en una sociedad donde la legalidad se cumpla, no sólo deben establecerse las normas sino que también las personas deben comprometerse a cumplir dichas reglas.

Cada individuo tendrá la responsabilidad social de velar por el cumplimiento de la legalidad en distintos ámbitos.

3.3 EL CONCEPTO DE EQUIDAD.

Todas las culturas tienen sus propios valores y principios¹¹⁹. La idea de justicia tiene interpretaciones diferentes, pero todas las personas tienen una idea de lo que es justo o injusto. La equidad es una manera de establecer un criterio de justicia, hasta tal punto que las dos palabras se utilizan normalmente como sinónimos.

Para que haya justicia tiene que haber un sentido de proporcionalidad.

Es precisamente la equidad, el concepto que otorga equilibrio a la idea de justicia.

¹¹⁹.- Los **principios** son el conjunto de **valores**, creencias, normas, que orientan y regulan la vida de la organización. Son el soporte de la visión, la misión, la estrategia y los objetivos estratégicos. Estos **principios** se manifiestan y se hacen realidad en nuestra cultura, en nuestra forma de ser, pensar y conducirnos.

www.crc.gov.co/index.php/quienes-somos/valores-y-principios. 18/12/2018. 16:43 pm.

Una postura es equitativa si establece una valoración que no beneficia aleatoriamente a una de las partes implicadas, sino que intenta distribuir algo en función de los méritos o condiciones de las personas afectadas.

No es fácil poner en práctica un criterio de equidad en algunos casos.

El papel del juez es un ejemplo de la dificultad existente, ya que hay unas leyes que establecen una pauta, pero en la práctica el juez debe valorar cada caso, el contexto y los posibles agravantes o atenuantes.

La idea de equidad¹²⁰ está muy relacionada con la distribución o el reparto de algo.

Hay muchas maneras de repartir, organizar y gestionar las cosas. Sin embargo, es conveniente disponer de mecanismos que nivelen las desigualdades naturales entre las personas.

Pensemos en el concepto de democracia, el cual se fundamenta en el valor de la equidad: un hombre, un voto.

¹²⁰.- Del latín *aequitas*, el término **equidad** hace referencia a la igualdad de ánimo. El **concepto** se utiliza para mencionar nociones de justicia e igualdad social con valoración de la individualidad. La **equidad** representa un equilibrio entre la justicia natural y la ley positiva.

<https://definicion.de/equidad/> 18/12/2018. 17:02 pm.

La equidad es una noción que sirve para establecer un orden adecuado en las relaciones humanas.

Al mismo tiempo, es un ideal que hay que intentar aplicar en la medida de lo posible.

Para que la equidad sea operativa, en ocasiones es necesario en una gran variedad de circunstancias: el deporte, el establecer reglas que pongan en igualdad de condiciones a las personas desiguales. Por este motivo, las leyes aplican el concepto de no discriminación por motivos de sexo, raza o creencias.

En este sentido, las normas y los reglamentos suelen poner en marcha mecanismos equitativos.

La idea de equidad se encuentra colegiada con la justicia y el trabajo.

Se trata de uno de los valores necesarios para que la sociedad pueda organizarse sin excesivos desajustes.

Cuando no se cumple la equidad se da una situación de iniquidad¹²¹, que es lo mismo que decir injusticia.

¹²¹.- Iniquidad se refiere a la cualidad de inicuo. Designa maldad, perversidad, abuso o gran injusticia, es decir, todo acto contrario a la moral, la justicia y la religión. La palabra proviene del latín *iniquitas, iniquitatis*, que traduce “cualidad de injusto”, y sus sinónimos son injusticia, maldad, infamia o ignominia. En Derecho, se entiende como iniquidad el rigor desmedido en una ley, fallo o decisión. A veces, por similitud fonética, iniquidad puede ser confundida con inequidad. <https://www.significados.com/iniquidad/>. 18/12/2018.17:07 pm.

3.4 LA CONCEPCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE JUSTICIA EN MÉXICO,

Es en el marco de la globalización, a que se dirigen todas éstas acciones de reforma de nuestro sistema de justicia penal, claramente encaminadas a incursionar en los nuevos estándares universales de procuración y administración de justicia, distinguidos por un respeto irrestricto a los derechos humanos¹²², con que se caracterizan los sistemas garantistas del mundo moderno, hacen necesario que en nuestro país, se tomen medidas para incursionar a pasos firmes, hacia nuevas y vanguardistas formas de procuración de justicia donde resulta de primordial importancia la actualización en aras de una más amplia y vanguardista comprensión de los conceptos, que garanticen la armonía y la estabilidad social en el estado de derecho.

Un tema de vanguardia y particular interés dentro del estudio de la ley penal lo constituye su esencia manifiesta en el concepto de bien Jurídico tutelado como límite de la facultad del Estado para perseguir y castigar el delito, en el marco del nuevo sistema acusatorio adversarial, donde se logre agilizar y transparentar la procuración de justicia en nuestro país.

^{122.-} Los **derechos humanos** son **derechos** inherentes a todos los seres **humanos**, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. ... Estos **derechos** corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.

Por todo ello es menester atender a la referencia de un concepto:, respecto de lo que debe comprenderse por bien jurídico tutelado, atendiendo a esto se alude al mismo como el valor que se busca proteger por parte del Estado, detrás del texto jurídico.

De igual forma atendiendo a dicha definición es utilizado dicho termino por Birnbaum, doctrinario que a mediados del Siglo XIX utiliza por primera vez, el preindicado termino, mismo que alude o refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho.

Por su parte **Von Liszt**; establece que dicho concepto nace del interés por la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. Estableciendo que el interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho.

En igual termino **Karl Binding** establece dicho concepto es resultado de una creación exclusiva del legislador, quien actúa sin otra limitación que su propia consideración y la que impone la lógica.

Para Günther Jakobs: Un bien¹²³ es una situación o hecho valorado positivamente, “Todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para esta”.

123.- La acepción general del concepto de bien común alude a aquello que puede ser aprovechado o utilizado por todas las personas. Dicho de otro modo: de un bien común pueden obtener beneficios todos los individuos de una comunidad.

<https://definicion.de/bien-comun/> 18/12/2018. 17:20 pm.

Por cuanto hace a **Osorio y Nieto**; En un concepto amplio es todo aquello que representa un valor para las personas.

Con referencia al **INEGI**, para este organismo se comprende **como** bien jurídico aquellos valores que son resultado de intereses humanos que requieren protección y constituyen un límite y una garantía dentro del derecho penal.

El bien jurídico por consiguiente, no es un concepto puramente legal de protección de derechos subjetivos que crea el legislador y lo plasma en la norma, sino un concepto material, un interés del individuo y de la comunidad; es la protección del derecho lo que eleva este interés a la categoría de bien jurídico.

Asimismo el concepto político criminal de bien jurídico; es aquel que trata de distinguir el bien jurídico de los valores morales, o sea trata de plasmar la diferencia entre Moral y Derecho, que si bien a veces pueden coincidir en determinados aspectos, no deben ser confundidas en ningún caso. Al respecto y como colorario de las diversas definiciones y concepciones de un bien jurídico tutelado se puede comprender por este en cuanto a su integración que este alude a ciertos intereses o valores que pueden ser: individuales, sociales, del Estado y de personas morales ¹²⁴.

¹²⁴. Las personas morales no tienen existencia material o concreta; no existen como individuo sino como institución, pues son una ficción de derecho para dar reconocimiento a una entidad individual e independiente, que está sujeta a obligaciones y dotada de derechos, tal como una **persona** física.

<https://www.significados.com/persona-moral/> 18/12/2018. 17:23 pm.

Referente a que protegen los bienes jurídicos tutelados, estos comprenden los intereses o valores más altos de la sociedad. Y alcanzan el carácter de jurídicos cuando son reconocidos por el Estado al plasmarlos en la ley.

Como ejemplo de estos valores supremos tenemos: la vida, la libertad, la familia, la salud, la integridad física, el libre desarrollo de las personas, el patrimonio, la honestidad, etc.

Los criterios de agrupación en los ordenamientos penales difieren, algunos comienzan por los delitos que atentan contra las personas físicas, contra el Estado y contra intereses de la sociedad, en base al sujeto activo o pasivo, en base a las conductas, etc.

Por todo ello un concepto de bien jurídico precisa el objeto de protección de la norma, y facilita la identificación y comprensión del alcance del delito.

En el moderno estado democrático de derecho, también se hace necesario considerar en la descripción de los bienes jurídicos a los principios generales del derecho como son: la igualdad, la justicia y la equidad, así como, las aportaciones del contexto internacional; respecto de la humanidad, la reinserción social, la proporcionalidad y el medio ambiente.

Lo ideal sería, promover la creación y en su oportunidad, la promulgación de un nuevo código penal modelo a nivel nacional,

donde la clasificación de los delitos atiende de manera clara al bien jurídico que se busca proteger.

3.5 PROPUESTA DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA.

Es necesaria la divulgación¹²⁵, completa y precisa, tanto de la justicia universal como del funcionamiento de la misma en la aplicación cotidiana de la sociedad.

Atendiéndose primordialmente a una concientización en el contexto que esta implica, haciéndole saber no solo a los organismos del estado sino también todo ciudadano.

Esto en atención a la referencia a que alude el término justicia, ya que debido a la gran trascendencia que afecta e impacta en una forma muy directa al mismo género humano.

Por todo ello, es menester construir un ámbito en donde se pueda contar con espacios en donde se pueda atender a las necesidades jurídicas de la población, incrementando el acceso a una justicia pero sobre todo promover una alfabetización jurídica.

Lo anterior es así, ya que a pesar de tratarse de un bien jurídico tutelado una gran mayoría e incluso a decir de algunos órganos del estado no comprenden dicho aspecto de justicia.

¹²⁵- Conjunto de actividades que interpretan y hacen accesible el conocimiento científico a la sociedad. es decir. todas aquellas labores que llevan a cabo el conocimiento científico a las personas interesadas en entender o informarse sobre ese tipo de conocimiento.

<https://es.wikipedia.org/wiki/Divulgación> 18/12/2018. 17:33 pm.

Equiparándolo con otras referencias que en cierto momento atenderán a dicho principio, pero como ya se ha dejado precisado en los capítulos anteriores dista en todo momento de ser una justicia.

Por todo ello resulta relevante crear conciencia sobre dicho termino pero más aún en cuanto al alcance y connotación de este por ello la importancia de crearse una propuesta que se encuentre más acorde con la realidad existente.

Adquiriendo, importancia el ámbito de modernizar también para tal efecto los diversos códigos, adecuando los procedimientos en donde se atienda primordialmente a los principios de legalidad, celeridad e inmediatez, así como de informalidad y razonabilidad.

Lo anterior en el sentido de que con motivo de dicha propuesta se realice una reforma normativa y estructural para mejorar la concepción aplicación de la justicia como se ha venido refiriendo dirigida esta no solo a los diferentes y diversos órganos del estado sino incluso al mismo ciudadano.

Creándose con esto una mayor asertividad pero sobre todo confianza en la ciudadanía respecto de la aplicación del concepto de justicia 126.

¹²⁶.- La justicia es un conjunto de valores esenciales sobre los cuales debe basarse una sociedad y el Estado, estos valores son el respeto, la equidad, la igualdad y la libertad. La justicia, en sentido formal, es el conjunto de normas codificadas aplicadas por jueces sobre las cuales el Estado imparte justicia cuando éstas son violadas, suprimiendo la acción o inacción que generó la afectación del bien común. La palabra justicia proviene del latín *iustitia* que significa “justo”, y deriva del vocablo *ius*.

<https://www.significados.com/justicia/>. 18/12/2018. 17:37 pm.

CAPITULO CUARTO.- EL PANORAMA DE LA JUSTICIA EN LA ACTUALIDAD.-

SUMARIO: 4.1 La justicia como un bien común, 4.2 Los bienes jurídicos tutelados. Concepto, 4.3. La escala de bienes jurídicos tutelados, 4.4. La justicia en la actualidad.

4.1 LA JUSTICIA COMO UN BIEN COMÚN.

La prestación que cumple un bien común, en particular el tópico de justicia, desde el punto de vista de la configuración de la sociedad, coincide, al menos parcialmente, con la función que asignamos al derecho.

Por ello, la justicia puede definirse precisamente en relación con el Derecho: si, como en la modernidad, es posible distinguir legislación y jurisdicción, esta última no es sino la actividad que tiene por objeto aplicar el derecho.

Al parecer no ser más que la manifestación institucional visible de la idea puramente normativa de derecho, la administración de justicia manifiesta una dependencia conceptual respecto de éste.

Aún en su comprensión más simple, la justicia es dependiente de la concepción del derecho no sólo por tratarse de la encargada de su aplicación, sino porque además se encuentra configurada por éste

y creada por éste. Por ello la función del derecho y la función de la justicia tienen necesariamente un campo de coincidencia, al menos, parcial. La dependencia entre justicia y derecho no es puramente unilateral, lo que manifiesta con aún mayor fuerza la casi-coincidencia necesaria como categoría funcional que existe entre derecho y administración de justicia.

La justicia, incluso entendida simplemente como bien jurídico tutelado, es un presupuesto necesario de la idea de derecho, ya que permite su exigibilidad coactiva y su funcionamiento en condiciones de relativa certeza ¹²⁷.

En ese sentido, y pese a que parezca intuitivamente que se trata de dos conceptos fácilmente discernibles, derecho y justicia manifiestan una dependencia recíproca tan fuerte que puede hacer parecer ilusoria la distinción entre ambos.

Por lo mismo, la función de la justicia reproduce, al menos, una parte de la función del derecho.

¹²⁷.- Lo primero que vamos a hacer es determinar que el término certeza procede del latín. Así al proceder a estudiar a fondo a aquel nos encontramos que su origen etimológico se encuentra en la suma de dos partes latinas claramente diferenciadas: el adjetivo *certus*, que puede traducirse como “preciso o seguro”; y el sufijo *-eza*, que es equivalente a “cualidad de cierto”. **La certeza es el conocimiento claro y seguro de algo. Quien tiene una certeza está convencido de que sabe algo sin posibilidad de equivocarse, aunque la certeza no implica veracidad o exactitud. Esto quiere decir que una persona puede afirmar que tiene una certeza v. sin embargo, la información que maneja es falsa o errónea.** <https://definicion.de/certeza/18/11/2'018>. 17:45 pm.

Ya en la construcción de la idea misma de una función estatal específicamente aplicadora de derecho, se manifiesta conceptualmente el vínculo de la función de lo que debe ser aplicado, con la prestación que se entrega al aplicarlo.

Este vínculo conceptual se manifiesta, asimismo, en tradiciones jurídicas determinadas y en la historia de las instituciones.

Así lo hace históricamente de forma particularmente clara en la Ilustración.

A la concepción continental de la Ilustración de la función del derecho como coacción necesaria para la compatibilidad y el ejercicio de la libertad determinado precisamente por quienes ven afectada su libertad.

Por su parte Montesquieu, en su disertación es sumamente claro al vincular la separación de poderes al objetivo específico de permitir el ejercicio de libertades, utilizando reiteradamente expresiones como "il n'y a point de liberté"

La ideología de la Revolución Francesa, y la institucionalización de ésta, marcaron de forma aún más directa esta relación.

Conforme a ésta, el derecho no sólo sería una condición para el ejercicio de la libertad, necesario para articular el posible conflicto de varias libertades en juego, sino que además el derecho sería directamente una manifestación de la libertad de los ciudadanos.

Por todo ello, la justicia no sólo tendría que configurarse como poder independiente, sino que además ésta agotaría sus posibilidades de actuación en la aplicación puramente mecánica de la ley.

Pese a la superación, dada sus propias imposibilidades y producto del desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, de la posibilidad de un positivismo puramente legalista, la justificación liberal del derecho sigue siendo, en una sociedad republicana y democrática, la forma más verosímil de reconstruir la función de éste, sobre todo a la luz del mantenimiento de una configuración institucional parcialmente vinculada a la concepción ilustrada, en virtud de la cual el postulado de que la justicia tiene por objeto posibilitar el libre desenvolvimiento de la personalidad, sigue siendo su mejor justificación.

4.2 LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS. CONCEPTO,

Todo bien jurídico es la elevación a la categoría del bien tutelado o protegido por el derecho, mediante una sanción para cualquier conducta **que** lesione o amenace con lesionar este bien protegido¹²⁸, de esta reflexión se puede decir que el bien jurídico obtiene este carácter con la vigencia de una norma

128.- Bien iurídico hace referencia a los bienes. tanto materiales como inmateriales. que son efectivamente protegidos por el Derecho, como por ejemplo la salud y la vida.

https://es.wikipedia.org/wiki/Bien_jurídico. 18/12/2018. 17:58 pm.

En otras palabras el bien jurídico es la elevación a la categoría de "bien tutelado o protegido por el derecho", mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido, de esta reflexión se puede deducir que el bien jurídico, obtiene este carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, más si esta norma no existiera o caducara, este no deja de existir pero si de tener el carácter de "jurídico"¹²⁹.

El bien jurídico se denomina de formas diversas, tales como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, núcleo del tipo, objeto de protección.

No puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto de tutela o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico, el cual se presenta en las formas más diversas debido a su pretensión de garantizar los derechos de toda persona, como pueden ser entre otros: reales, jurídicos, psicológicos, físicos, etcétera.

Rocco precisó que el concepto de bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor.

Según Cobo del Rosal, el bien jurídico se puede definir como "todo valor de la vida humana protegida por el derecho".

129.- El término Jurídico hace directa referencia a cualquier tema relacionado al derecho. Usado generalmente como adjetivo podemos encontrar que su uso está ligado estrechamente a la las leyes y normas. Las ciencias jurídicas son los estudios científicos en los que se le impone a la sociedad un compendio de leyes y normas previamente estudiadas y debatidas en congresos y salas plenas de quienes legislan. Ellos se encargan de evaluar el panorama social y crearle barreras y dimensiones legales para mantener el orden.

<https://conceptodefinicion.de/juridico/18/12/2018>. 18:00 pm.

Para Jescheck el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo.

Afirma además que son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal.

Es consideración nuestra, la reflexión de que todo bien jurídico tiene como objeto de protección un valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro.

Así entonces, el tipo penal se debe entender como un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, por tanto, el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos.

El Estado de Derecho lo entendemos en la medida en que el Estado ofrece una protección a la sociedad, y para este fin ha de sujetarse rigurosamente al imperio de la Ley, con lo cual, aquellos intereses sociales que ameriten ser protegidos por el Estado se denominan "bienes jurídicos"¹³⁰.

130.- Los bienes pueden describirse como aquellos objetos adquiridos mediante un acto mercantil o cuya posesión deriva de la activación de un supuesto jurídico. Es otras palabras, se consideran bienes materiales e inmateriales aquellos que poseen un valor económico. El término bien es utilizado para hacer referencia a cosas que son útiles a quienes las usan o poseen. Para fines de comercio, los bienes son cosas que pueden ser intercambiados por otros bienes, los cuales serán aprovechados, adquiriendo los derechos de los beneficios que genere su posición. Los bienes en general se clasifican en: Muebles o Inmuebles, cosas fungibles o no fungibles, cosas consumibles y no consumibles, **cosas** divisibles e indivisibles, cosas registrables y no registrables. Algunos bienes requieren o no la inscripción en un registro especial.

<https://definicionlegal.blogspot.com/2012/06/clasificacion-de-los-bienes.html>.

18/12/2018. 18:05 pm.

Pudiéndose concluir que el objeto del bien jurídico encuentra su origen en el interés de la vida, previo al derecho, que surge de las reacciones sociales, aunque dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el derecho, es este el que decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos a través del proceso legislativo que lo crea.

Por su parte los *neo-kantianos*, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales, la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales.

Es menester, por lo tanto observar cómo se entiende a la **democracia** y cuál es la justificación de demandar su protección jurídico penal, pues de otro modo, se llegaría al extremo de la sentencia de *Montesquieu*: en el sentido de que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica.

4.3. LA ESCALA DE BIENES JURÍDICOS TUTELADOS..

Podemos señalar que, la protección penal de bienes obedece a la necesidad de garantizar, socialmente, los derechos esenciales del hombre y, en el ámbito de lo personal, los que le son inherentes, así como, aquellos que va adquiriendo en el ámbito de lo material (propiedad, posesión), de su situación civil de su cultura y costumbres.

El bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal; las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal y se vincula a la relación individuo-Estado.

El objeto del bien jurídico encuentra su origen en el interés de la vida, previo al derecho, que surge de las reacciones sociales, aunque dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el derecho, es este el que decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos a través del proceso legislativo que lo crea.

El derecho protege bienes vitales, coloca al sujeto en medio de esos bienes concretos y reales bajo la perspectiva que deben servir al desarrollo personal del individuo. En este sentido el planteamiento no se reduce al reconocimiento sólo de bienes jurídicos individuales,

vida, libertad, honor; si no como ya se dijo la construcción del bien jurídico bajo ninguna circunstancia debe someter las posiciones de desarrollo y participación de los individuos, hecho que se podría dar si por ejemplo se penalizara los matrimonios interraciales.

4.4. LA JUSTICIA EN LA ACTUALIDAD.

La justicia es, a grandes rasgos, la virtud de dar a cada cual lo que corresponde. Esto, puede utilizarse teniendo en cuenta las limitaciones de la justicia como poder o bien, estableciendo lo equitativo en base a lo razonable.

La justicia ha sido un tema abordado por diversos pensadores a lo largo de la historia. Uno de ellos fue **Platón**, quien la considera la *armonía* de la sociedad. Su discípulo **Aristóteles** la considera, en cambio, como igual proporcional, lo que significa darle a cada cual lo que le corresponda y esto tiene que ver con sus necesidades, aportes a la sociedad y méritos propios.

Otro autor que abordó el tema fue **Santo Tomás de Aquino**, quien tiene una apreciación distinta del concepto de justicia ya que lo considera como una ley natural.

Es por esto que las personas tienen derechos naturales que han sido otorgados por Dios.

Asimismo en cuanto al concepto de justicia actualmente concibe a esta como una serie de reglas y normas que condicionan los accionares de las personas e instituciones a partir de autorizaciones, prohibiciones y obligaciones que deben ser respetadas.

Para el establecimiento de estos condicionamientos, las sociedades suelen tomar como base el consenso proveniente de la

mayoría de los individuos de una sociedad con respecto a aquello que es considerado como malo y bueno.

Estas normas y reglas suelen ser formuladas y puestas por escrito por los miembros de poder legislativo de cada distrito cuya principal función es justamente esta.

Es también utilizada la palabra “justicia” para hacer alusión **al** poder judicial, **uno** de los tres poderes del Estado. Es este el que se encarga de aplicar las normas jurídicas existentes en los distintos conflictos que surjan dentro de una sociedad. De esta forma tienen la función de administrar la justicia.

CONCLUSIONES.-

PRIMERA.- Entre los seres humanos hay una justicia natural y sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural

SEGUNDA.- Las acciones para que puedan ser calificadas, de manera estricta, como justas o injustas, tienen que ser realizadas de manera voluntaria.

TERCERA.- La equidad no debe ser un atributo exclusivo de los jueces, también debe ser una condición necesaria de la ciudadanía

CUARTA.- La justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales

QUINTA.- El fin supremo del hombre es la felicidad y todo ha de encaminarlo hacia este fin,

SEXTA.- No hay legalidad si no existe ley escrita, es así de sencilla la simbiosis por parte de la legalidad ante la ley.

SEPTIMA.- La equidad es una noción que sirve para establecer un orden adecuado en las relaciones humanas.

OCTAVA.- La equidad sea operativa, en ocasiones es necesario en una gran variedad de circunstancias: que pongan en igualdad de condiciones a las personas desiguales.

NOVENA.- Se puede comprender a la justicia como un valor determinado como bien común por la sociedad. Nació de la necesidad de mantener la armonía entre sus integrantes.

DÉCIMA.- Otra forma de comprender a la justicia es como un conjunto de pautas y criterios que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones

DÉCIMO PRIMERA.- Una postura es equitativa si establece una valoración que no beneficia aleatoriamente a una de las partes implicadas, sino que intenta distribuir algo en función de los méritos o condiciones de las personas afectadas.

DÉCIMO SEGUNDA.- La justicia no se consume ni en la legalidad ni en la ética, viene a ser la realización jurídica, por tanto, práctica, de los valores superiores a los que el Derecho sirve en sociedad

FUENTES DE INFORMACION.

A). BIBLIOGRAFICAS.-

***AGUILAR** Rivera, José Antonio, et al. Pensar en México, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

***ALOSON-MISOL**, Enrique, et al., Historia del Léxico Jurídico, Aranzadi, Navarra, 2010.

***ÁLVAREZ** Ledesma, Mario I., Conceptos jurídicos fundamentales, McGraw Hill, México, 2008.

***ÁLVAREZ** Ledesma, Mario I., Introducción al estudio del Derecho, segunda edición, McGraw Hill, México, 2010.

***ALVÍREZ** Friscione, Alfonso. La Justicia Laboral, Sista, México, 1991.

***ANDRADE** Sánchez, J. Eduardo., Derecho constitucional, Oxford, México, 2013.

***ARISTÓTELES**. Ética a Nicómaco, vol. I, trad. Pedro Simón Abril, Folio, Madrid, 2000.

***ARISTÓTELES**, *Ética* *Nicomáquea*, (EN) *Ética Eudemia*, Madrid, Gredos, 1988.

***ARISTÓTELES**. La política, Editorial Austral, No. 239, México, 1991.

***ARTEAGA** Nava, Elisur, Derecho constitucional, cuarta edición, Oxford, México, 2015.

***ATIENZA**, Manuel, Las razones del derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

***ATIENZA**, Comares, Granada, 2006. (Obra original publicada en 1932).

***BERNAL**, Beatriz, et al., Historia del Derecho Romano y de los Derechos neo romanistas, "Desde los orígenes hasta la alta edad media", Porrúa, México, 2013.

***BIDET**, Jacques. John Rawls y la teoría de la justicia, trad. Víctor Pozanco, Bellaterra, Barcelona, 2000. (Obra original publicada en 1995).

***BOBBIO**, Norberto. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político, trad. José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2006. (Obra original publicada en 1976).

***BROKMANN**, Carlos. La Justicia en el mundo prehispánico, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010.

***BUCHHEIM**, Thomas, *Aristóteles*, Freiburg i. B., Herder, 1999.

***BURGOA** Orihuela, Ignacio. El proceso de Cristo, "Monografía jurídica sinóptica", séptima edición, Porrúa, México, 2007.

***CAMPBELL**, Tom. La justicia, "Los principales debates contemporáneos", trad. Silvina Álvarez, Gedisa, Barcelona, 2008. (Obra original publicada en 2001).

***CONTRERAS** Castellanos, Julio C., Derecho constitucional, Mc Graw. Hill, México, 2010.

***COPLESTON**, Frederick. Historia de la filosofía, vol. IV, trad. Victoria Campo, Planeta, Barcelona, 2011. (obra original publicada en 1985).Planeta, Barcelona, 2011. (obra original publicada en 1985).

***CORTINA**, Adela, *Ética Mínima, Introducción a la Filosofía Práctica*, Editorial Tecnos, Madrid España, 1986.

***CRUZ** Barney, Oscar. *Historia del derecho en México*, segunda edición, Oxford, México, 2012.

***DERRIDA**, Jacques. *Fuerza de ley, "El fundamento místico de la autoridad"*, trad. Adolfo Barberá, et al., Tecnos, Madrid, 1997.

***DEBERGÉ**, Pierre. *La justicia en el Nuevo Testamento*, Verbo Divino, Navarra 2003.

***D'ORS**, Álvaro, *Una introducción al Estudio del Derecho*, 23ª. Edición, Editorial Madrid Rialp, 1997.

***DÜRING**, Ingemar, *Aristóteles*, México, UNAM, 1990.

***DWORKIN**, Ronald. *El imperio de la Justicia*, trad. Claudia Ferrati, Gedisa, Barcelona, 2008. (Obra original publicada en 1986).

***DWORKIN**, Ronald. *La justicia con toga*, traducción Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2007.

***DWORKIN**, Ronald. *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, México, 2014. (Obra original publicada en 2011).

***ENGELS**, Friedrich & Marx, Karl. *Manifiesto Comunista*, trad. Simón Castillejos Bedwell, Fontamara, México, 2003. (Obra original publicada en 1848).

***ERRAZURIZ** M., Carlos J., *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

***ESPINOZA** González, Aldo. *Historia general del Derecho*, U.N.A.M, México, 2011.

***FERNÁNDEZ** Santillán, José F., Hobbes y Rousseau, entre la autocracia y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

***FINCH**, John. Introducción a la teoría del Derecho, trad. Francisco Laporta San Miguel, Labor, Barcelona, 1977. (Obra original publicada en 1974).

***GARCÍA** Máynez, Eduardo, *Doctrina aristotélica de la justicia*, México, UNAM, 1973.

***GARCIA** Máynez, Eduardo, Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México 25^a. Edición, 2004.

***GARGARELLA**, Roberto 1996, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Barcelona Ariel.

***GOMEZ** Robledo, Antonio. Meditación sobre la Justicia, Editorial Fondo de Cultura Económica, 20^a. Edición, México 12003.

***GRANERIS**, Giuseppe. La Filosofía del Derecho a través de su historia y de sus problemas, trad., Jaime Williams Benavente, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1979. (Obra original publicada en 1961).

***HEGEL** G.W.F., Enciclopedia de las ciencias Filosóficas, Editorial Porrúa, México, 1985.

***HEGEL** G.W.F., Filosofía del Derecho, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2007.

***HELLER**, Agnes, *Aristóteles y el mundo antiguo*, Barcelona, Península. 1983.

***HOBBS**, Thomas. Del ciudadano y Leviatán, trad. E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 2001. (Obra original publicada en 1642 y 1651).

***HOBBS**, Tomás, El leviatán, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

***HÖFFE**, Otfried, *Aristóteles*, München, C. H. Beck, 1999.

***HÖFFE**, Otfried (comp.) *Die Nikomachische Ethik*, Berlin, Akademie Verlag, 1995.

***HUME**, David. *Tratado de la Naturaleza Humana*, Editorial Pinguin, Londres 1985.

***JOSEPH** Raz, *La autoridad del derecho*, Ensayos sobre Derecho y Moral. Traducción y notas de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1985.

***JIMÉNEZ** Gómez, Juan Ricardo. *Ética y justicia*, “Reflexiones y planteamientos intemporales”. Coordinadores Enrique Rabell García, et al. Miguel Ángel Porrúa, México, 2014.

***KELSEN**, Hans. *¿Qué es la Justicia?*, segunda edición, editor Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992. (Obra original publicada en 1957).

***KELSEN**, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, segunda edición, trad., Eduardo García Máynez, U.N.A.M., México, 1988. (Obra original publicada en 1925).

***LOCKE**, John. *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil.*, trad., Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2004. (Obra original publicada en 1689).

***MACINTYRE**, Alasdair, *Justicia y racionalidad*, Barcelona, EIUNSA, 1994.

***MARGADANT** Spanjaert, Guillermo F., *El Derecho Privado Romano*, Esfinge, Naucalpan, 2005.

***MARTÍNEZ** Montiel, Luz María. *Antropología*, “Conocimiento y comprensión de la humanidad”, Esfinge, Naucalpan, 2006.

***MARTINEZ** Zorrilla, David. Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid, Marcial Pons, 2007 Colección Filosofía y Derecho.

***MARVÁN** Laborde, María, et al., La corrupción en México: percepción, prácticas y sentido ético, “Encuesta Nacional de Corrupción y Cultura de la legalidad”, U.N.A.M., México, 2015.

***MILL**, John Stuart. Sobre la Libertad, trad. César Ruiz Sanjuán, Akal, Madrid, 2014. (Obra original publicada en 1859).

***NARDONI**, Enrique. “La Justicia en La Mesopotamia Antigua”, Revista Bíblica, número 52, Buenos Aires, Abril de 1993, pp.193-214.

***NINO**, Carlos S. Derecho, moral y política, vol. I, Gedisa, Buenos Aires, 2007.

***NINO**, Carlos S. Introducción al análisis del Derecho, séptima edición, Ariel, Barcelona, 1996.

***NOZICK**, Robert. Anarquía, Estado y Utopía, trad. Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990. (Obra original publicada en 1974).

***PACHECO** Gómez, Máximo. Teoría del Derecho, quinta edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

***PLATÓN**. La República, trad. José M. Pavón y Manuel Fernández, Alianza editorial, Madrid, 2005.

***PLATÓN**. Apología de Sócrates, Critón. Fedón, Editor M. Luz Prieto, Akal, Madrid, 2009.

***PEREZNIETO** Castro, Leonel. Introducción al estudio del derecho, Oxford, México, 2008.

***PÉREZ** De los Reyes, Marco Antonio. Historia del derecho mexicano, Oxford, México, 2015.

***PENCHASZADEH**, Ana P. El sentido de la vida-con-otros, “Tras el concepto de justicia en Platón y Aristóteles”, tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Argentina, Buenos Aires, 2005.

***PRECIADO** Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, 35ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1997.

***RABINOVICH-BERKMAN**, Ricardo D. Derecho Romano, ASTREA, Buenos Aires, 2001.

***RAWLS**, John. Teoría de la justicia, segunda edición, trad. María Dolores G., Fondo de cultura económica, México, 2004. (Obra original publicada en 1971).

***RAWLS**, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1979.

***RECASENS**, Siches Luis, Tratado <general de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, vigésimo octava edición, México 2018.

***RIVERA**, Fabiola. Virtud y Justicia en Kant, Fontamara, México, 2003.

***RYAN**, Eugene, *La noción del Bien en Aristóteles*, México, UNAM, 1969.

***ROSS**, W. D., *Aristóteles*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1957.

***ROUSSEAU**, Jean-Jacques. Discurso sobre las ciencias y las artes; Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres; El contrato social, Libsa, Madrid, 2001. (Obra original publicada en 1772, 1775).

***SALVAT** Editores, Justicia y Derecho, Grandes Temas, Editorial Salvat, Barcelona España, 1974.

***SANDEL**, Michael J., Filosofía pública, “Ensayos sobre moral en política”, trad. Albino Santos Mosquera, Marbot, Barcelona, 2008. (Obra original publicada en 2005).

***SANDEL**, Michael J., Justicia ¿Hacemos lo que debemos?, trad. Juan Pedro Campos Gómez, Random House Mondadori, Barcelona, 2011. (Obra original publicada en 2009).

***SANDEL**, Michael J. El liberalismo y los límites de la justicia, trad. María Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2000. (Obra original publicada en 1982).

***SAVATER**, Fernando. Ética para Amador, México, Ariel, 2012.

***SEN**, Amartya. La idea de la justicia, trad. Hernando Valencia Villa, Taurus, México, 2012. (Obra original publicada en 2009).

***SCHMITT**, Carl. Legalidad y legitimidad, trad. Cristina Monereo

***STRATHERN**, Paul. Locke en 90 minutos, trad. José A. Padilla V., Siglo XXI, España, Madrid, 1999. (Obra original publicada en 1996).

***TAMANAH**, Brian Z. En torno al Estado de derecho, "Historia, política y teoría", trad. Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. (Obra original publicada en 2004).

***TERAN** Juan Manuel, Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, Décimo Séptima Edición, México 2003.

***TORIBIO OBREGON**, Luis. Historia del Derecho Mexicano, Editorial Porrúa, México 2016.

***TUCÍDIDES**, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Madrid, Gredos, 2000.

***VARELA**, Nuria, Feminismo para principiantes, Ediciones B, Barcelona, España, 2008.

***VENTURA SILVA**, Sabino. Derecho Romano, Porrúa, México, 2003.

***WOLF**, Ursula, *Aristóteles*, "Nikomachische Ethik", Darmstadt, W. B.,G., 2002.

***ZAGREBELSKY**, Gustavo, et al., La exigencia de justicia, trad. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2006. (Obra original publicada en 2003).

B). ENCICLOPÉDICAS.-

/Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa Calpe, España, 2009.

/Diccionario Enciclopédico Salvat, Salvat Editores, S:A:, Barcelona España, 2014.

/Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A. UNAM. 2010.

C). VIRTUALES.-

[-https://digesto.poder-judicial.go.cr/.../41577-justitia%20est%20constans%20et%20per..](https://digesto.poder-judicial.go.cr/.../41577-justitia%20est%20constans%20et%20per..) 18/12/2018. 16:30 pm.

[-https://www.definicionabc.com/derecho/ilegalidad.php](https://www.definicionabc.com/derecho/ilegalidad.php). 18/12/2018. 16:38 pm.

- www.crc.gov.co/index.php/quienes-somos/valores-y-principios. 18/12/2018. 16:43 pm.

[-https://definicion.de/equidad/](https://definicion.de/equidad/) 18/12/2018. 17:02 pm.

[-https://www.significados.com/iniquidad/](https://www.significados.com/iniquidad/). 18/12/2018.17:07 pm.

[-www.cndh.org.mx/Derechos_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Derechos_Humanos). 18/12/2018. 17:18 pm.

[-https://definicion.de/bien-comun/](https://definicion.de/bien-comun/) 18/12/2018. 17:20 pm.

[-https://www.significados.com/persona-moral/](https://www.significados.com/persona-moral/) 18/12/2018. 17:23 pm.

La justicia como bien jurídico tutelado.

-https://es.wikipedia.org/wiki/Divulgaci3n_18/12/2018. 17:33 pm.

-<https://www.significados.com/justicia/>. 18/12/2018. 17:37 pm.

-<https://definicion.de/certeza/18/11/2'018>. 17:45 pm.

-https://es.wikipedia.org/wiki/Bien_jur3dico. 18/12/2018. 17:58 pm.

-<https://conceptodefinicion.de/juridico/18/12/2018>. 18:00 pm.

-<https://definicionlegal.blogspot.com/2012/06/clasificacion-de-los-bienes.html>.
18/12/2018. 18:05 pm.