



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLAS DE HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO - DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE
POSGRADO

LA JUSTICIA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO

ALUMNO. JOSE PADILLA ALEGRE

ASESOR. M. en D. EMMANUEL ROA ORTIZ

Morelia, Michoacán., diciembre del 2016.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1. CAPÍTULO PRIMERO.	
FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	6
1.1. Filosofía.....	6
1.2. Filosofía del Derecho.....	7
1.3. Iusnaturalismo, Positivismo y Realismo.....	9
1.3.1. Iusnaturalismo.....	9
1.3.2. Positivismo.....	12
1.3.3. Realismo.....	15
1.4. Del Positivismo a las teorías de la argumentación.....	15
1.4.1. Teoría de la argumentación de Perelman.....	16
1.4.2. Teoría de la argumentación de Aulis Aarnio.....	16
1.4.3. Teoría de la argumentación de Robert Alexy.....	17
1.5. Del Positivismo a la Hermenéutica.....	18
1.6. Conclusión preliminar.....	20
2. CAPÍTULO SEGUNDO.	
LA EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO.....	21
2.1. La evolución del concepto de justicia de la antigüedad hasta nuestros días.....	21
2.1.1. La justicia en la cultura griega.....	21
2.1.2. La idea de justicia en la Edad Media.....	22
2.1.3. La justicia en las épocas moderna y contemporánea.....	23
2.2. Génesis y evolución del Derecho.....	27
2.2.1. El Derecho de Grecia.....	31
2.2.1.1. El Derecho público de los griegos.....	31
2.2.1.2. El Derecho privado positivo de los griegos.....	32
2.2.2. El Derecho Romano.....	33
2.2.2.1. El Derecho de la antigua Roma.....	33
2.2.2.2. El Derecho Romano-Germánico.....	34
2.2.3. El Derecho en la Edad Media.....	35
2.2.3.1. El Derecho canónico.....	36
2.2.3.2. El Derecho común.....	36
2.2.4. El Derecho en la época moderna.....	37
2.2.5. El Derecho contemporáneo.....	38
2.3. Conclusión preliminar.....	39
3. CAPÍTULO TERCERO.	
JUSTICIA Y DERECHO EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO.....	41
3.1. Justicia.....	41
3.1.1. El problema de la conceptualización de justicia en el sistema judicial mexicano.....	42

3.1.2. La impartición de justicia. La procuración y la jurisdicción en el sistema judicial mexicano.	43
3.1.2.1. La impartición de justicia.	43
3.1.2.2. La procuración de justicia.	44
3.1.2.3 La jurisdicción.	45
3.2. El derecho.	46
3.3. Conclusión preliminar.	47
4. CAPÍTULO CUARTO.	
LA JUSTICIA Y SU DIFICULTAD DE APLICACIÓN EN NUESTRO PAÍS.	49
4.1. Relación entre justicia y derecho.	49
4.2. El sistema judicial mexicano y la justicia.	51
4.3. Los derechos fundamentales y sus garantías individuales.	57
4.4. El sistema judicial mexicano y la obligatoriedad de aplicar el derecho.	60
4.5. La dificultad de aplicar justicia en el sistema judicial mexicano.	63
4.6. Necesidad de una reforma judicial para establecer como obligatoria la aplicación de la justicia al resolver los problemas planteados.	67
4.7. Conclusión preliminar.	73
CONCLUSIONES GENERALES.	75
PROPUESTA.	77
FUENTES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA.	78
ANEXO. Proyecto de investigación.	82

RESUMEN

Las voces que claman justicia ante un crimen, no siempre encuentran respuesta, ya que el sistema jurídico mexicano pertenece a la familia Romano-Germánica y está; por naturaleza solo puede hacer lo que la ley le permite.

Aunado lo anterior que también por mandamiento de la jurisprudencia los juzgadores solo deben hacer lo que el derecho vigente les prescribe.

De ahí que cuando logran hacer intersección el derecho con la justicia se llega a un estado óptimo, situación que no sucede en la mayoría de las resoluciones judiciales, razón por la que el presente trabajo tiene como propósito, lograr una reforma constitucional a efecto de que se incorpore a la carta magna el valor justicia, con el propósito de que los juzgadores resuelvan los asuntos que les son planteados, teniendo como primer tamiz al resolver la equidad.

Justicia, decisiones, México, Constitución y jurisprudencia.

ABSTRAC

Voices calling for justice before a crime, do not always find an answer, since the Mexican legal system belongs to the Romano-Germanic family and is; By nature can only do what the law allows.

In addition to the above that also by order of jurisprudence, the judges should only do what the law in force prescribes.

Hence, when they succeed in intersecting the law with justice, an optimal state is reached, a situation that does not occur in most of the judicial decisions, which is why the purpose of this paper is to achieve constitutional reform in order to To incorporate the value justice, with the purpose that the judges solve the issues that are raised, having as the first sieve in resolving equity.

Justice, decisions, Mexico, Constitution and jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo académico sobre la idea de justicia en las decisiones judiciales, como última manifestación de la función jurisdiccional, se compone de cuatro unidades. Generalmente las víctimas de un delito reclaman justicia, considerando a esta como la expresión suprema de la actividad del gobierno al realizar la función judicial; sin embargo en el sistema mexicano se resuelve conforme a derecho, lo que me condujo a la interrogante de investigar cuál era el motivo o la razón por qué en la mayoría de las resoluciones no se decidían conforme a la justicia.

Por lo anterior, en esta tesis de grado, el tema de la justicia en la función jurisdiccional será motivo de estudio.

Así las cosas, en el primer capítulo se aborda el tema dentro del panorama de la filosofía en general y concretamente, dentro de la filosofía del derecho, analizando el comportamiento de la misma en las diferentes corrientes de pensamiento que explican el fenómeno jurídico.

Una vez que se ubicó a la justicia dentro del campo del conocimiento, fue importante precisar el origen de la misma, así como al tema que le permite manifestarse como lo es el derecho, razón por la cual en el segundo capítulo abordamos la evolución de la justicia y el derecho, tomando como referencia la historia universal de occidente que es la cultura dentro de la que se encuentra inserto nuestro país.

En el tercer capítulo abordamos los temas justicia y derecho, como los trata el sistema jurídico mexicano, es decir desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, lo que permitió hacer una investigación por las diferentes constituciones para indagar sobre la justicia en la función jurisdiccional, concluyendo que de la misma sólo quedó una pincelada en la Constitución de 1857 por dos razones: se trataba de una carta fundamental inspirada en la Constitución Norteamericana de 1787, además de que fue una norma emitida al triunfo de los liberales, con lo que ello implicaba.

Habiendo comprendido las características del sistema Romano-Germánico, en comparación con la aplicación que se le da a la justicia en México en las decisiones judiciales, en el capítulo cuarto se dio respuesta a las hipótesis formuladas en el proyecto de investigación, habiendo concluido que a pesar de que en nuestro sistema

jurídico y en general todos los sistemas jurídicos que tienen como aspiración superior a la justicia, ésta no queda plasmada en la mayoría de las resoluciones judiciales.

Lo anterior es así, porque en la república mexicana, por recepción, naturaleza y taxatividad jurídica, sólo se resuelven los asuntos planteados conforme a derecho, por lo que la intersección de éste con la justicia es una excepción, toda vez que la misma es un valor agregado que pocas veces se hace presente en las sentencias, pese a que la dogmática jurídica en nuestro país, en cuanto camisa de fuerza, está recibiendo paliativos –reforma constitucional penal de 18 de junio del año 2008, reforma de amparo 6 de junio del año 2011 y reforma de derechos humanos del 10 de junio también del año de 2011– que le permiten dar respuesta a las necesidades de los justiciables, apartándose someramente de lo que dice la letra de la ley, sin que ello constituya arribar por completo a la justicia en la función jurisdiccional como una obligación. De ahí que se hace necesaria una reforma constitucional para institucionalizar la justicia dentro de la naturaleza de nuestro sistema judicial mexicano.

CAPITULO PRIMERO

Filosofía del derecho

Sumario: 1.1. Filosofía, 1.2. Filosofía del derecho, 1.3. Iusnaturalismo, Positivismo y Realismo, 1.3.1. Iusnaturalismo, 1.3.2. Positivismo, 1.3.3. Realismo, 1.4. Del positivismo a las teorías de la argumentación, 1.4.1. Teoría de la argumentación de Perelman, 1.4.2. Teoría de la argumentación de Aulis Aarnio, 1.4.3. Teoría de la argumentación de Robert Alexy, 1.5. Del positivismo a la hermenéutica. 1.6 Conclusión preliminar.

1.1. Filosofía

A partir de un conocimiento somero sobre el propósito de la *filosofía*, podemos afirmar que pretende conceptos absolutos y universales; aspira, por tanto, a no contradecirse; es decir, a lograr la unidad sistemática para llegar a una concepción homogénea del mundo y de la vida.

Ahora veamos algunos conceptos de filosofía de diversos autores; comenzando por la cita que hace Rafael Preciado Hernández de la obra *Introducción General a la Filosofía*, escrita por Maritain.

“...La filosofía es el conocimiento científico que mediante la luz natural de la razón considera las primeras causas o las razones más elevadas de todas las cosas; o de otro modo: el conocimiento científico de las cosas por las primeras causas, en cuanto estas conciernen al orden natural...”¹

Por lo tanto, puede decirse que la filosofía es la ciencia que estudia las leyes objetivas más generales que rigen el movimiento de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento humano.²

Por su parte Márquez Piñero dice que la filosofía es el tránsito de lo abstracto a lo concreto.³

En fin, se coincide en que es ciencia del saber científico, problemática total del universo. Interroga sobre lo que debe ser.

¹ Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, sexta edición, Editorial Jus, México 1970, página 11.

² Bravo Baquero, Jesús, *Concepto Histórico de la Filosofía*, quinta edición, Ediciones de Textos Universitarios, México, 1975, página 25.

³ Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del Derecho*, editorial Trillas, México, 2005, página 9.

La filosofía pretende brindarnos una explicación exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana; ya que pretende la verdad completa, el conocimiento último y definitivo, síntesis de toda la verdad.⁴

Los autores citados, con sus opiniones respecto a ésta disciplina, logran abarcar la extensión del quehacer filosófico, ya que se refieren a ella como la totalidad del conocimiento humano.

Para Pedro Serna, hacer Filosofía es “...estudiar la realidad para tratar de acceder a sus últimas causas y principios (planteamiento clásico hasta la Ilustración); o estudiar el pensamiento que condiciona trascendentalmente nuestro conocimiento de aquella realidad (giro copernicano de Kant⁵); o analizar el lenguaje que condiciona el pensamiento (transformación de la Filosofía trascendental en Filosofía analítica)...”.⁶

Pero este saber –de la totalidad de los conocimientos humanos– filosófico, es un conocimiento *bien fundado racionalmente*, ya que es producto de una actividad intelectual -*epistemología* (buscar la verdad racional y reflexivamente)- de un saber que alcanzamos (adquirimos), porque lo hemos buscado, a través del método de la filosofía que es la intuición (fenomenológica, emotiva o volitiva). Por tanto, *la filosofía es un saber especial que adquirimos porque lo hemos buscado, adquirido y hecho propio*.

1.2. Filosofía del Derecho

La Filosofía del Derecho es una parte de la filosofía general y esta última tiene como problemas fundamentales a resolver:

1. El estudio *de los objetos* (Ontología), y
2. El estudio *del conocimiento de los objetos* (Gnoseología).

De lo anterior se infiere que la filosofía general tiene como propósito de estudio el objeto y el conocimiento del objeto, y al trasladarlo a la Filosofía del Derecho, nos encontramos con que el objeto de estudio de ésta se halla integrado por cuatro áreas:

⁴ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, 61ª edición, México 2009, página 116.

⁵ *Debemos centrarnos en el ser humano y no en el exterior ya que el sujeto aporta el modo de ser al objeto; es decir Kant sostiene que solo podemos tener un verdadero conocimiento de las cosas – un conocimiento universal y necesario – si el objeto depende del pensamiento para ser conocido, y no a la inversa.*

⁶ Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, Editorial Porrúa, México 2006, página 5.

1. Ontología Jurídica. ¿Qué es el derecho?
2. Lógica Jurídica. ¿Cuáles son los razonamientos en el derecho?
3. Epistemología Jurídica. ¿Cuál es el método para obtener el conocimiento jurídico?, y
4. Axiología Jurídica. ¿Cuánto vale el derecho?

Esta materia podría ser definida de diversas maneras: Para el maestro García Máynez, la Filosofía del Derecho, “...es la teoría sobre la esencia y valores propios de lo jurídico; por tanto es, el conocimiento de lo jurídico en sus aspectos y elementos universales; tratase pues de una aplicación al campo del derecho de la reflexión filosófica...”.⁷

Por su parte, Henri Batiffol sostiene que la Filosofía del Derecho “...se ocupa de los problemas fundamentales y esenciales del derecho; es decir, se refiere a los fundamentos y el valor de los estudios de derecho positivo...”.⁸

A su vez, Preciado Hernández dice en sus Lecciones de Filosofía del Derecho – citando al del Vecchio- que “...la filosofía del derecho es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazada por la pura razón...”.

Las definiciones de estos iusfilósofos nos permiten establecer que los problemas fundamentales de la Filosofía del Derecho –de los juristas⁹- son:

1. ¿Qué es el derecho?;
2. ¿Cuáles son los conceptos jurídicos básicos?;
3. ¿Cuáles son los valores propios del derecho?

Los anteriores cuestionamientos son solamente el punto de partida para otras interrogantes, e incluso las mismas nos llevarían a un problema no resuelto aún por la materia, toda vez que una corriente de pensadores –los positivistas a ultranza- considera a la Filosofía del Derecho como una área meramente especulativa, mientras

⁷ Ob. cit. García Máynez, página 119.

⁸ Batiffol, Henri, *Filosofía del Derecho*, Copyright 1960, Publicaciones Cruz O., S.A., México, página 5.

⁹ Del Real Alcalá, J. Alberto, *La construcción temática de la Filosofía del Derecho de los juristas. Un Ensayo*, disponible en www.juridicas.unam.mx, [accesada el 22 de julio del 2016]. Lo anterior en atención a que *el derecho* “en la filosofía del derecho de los filósofos”, queda reducido a una porción muy pequeña en atención a que se analiza a la luz de los grandes sistemas filosóficos.

que los iusfilósofos naturalistas la piensan como una disciplina teórica práctica; pero como nuestro tema de investigación es la justicia en las decisiones judiciales, lo anterior solo lo dejamos anotado para señalar las largas discusiones que en torno del problema anunciado habrán de debatirse todavía, en el campo de la Filosofía del Derecho [de los juristas].

De lo expuesto, podemos inferir que la Filosofía del Derecho implica necesariamente el estudio de los valores –*la justicia* entre otros- y las metas del derecho, de la *idea del derecho* y del *derecho ideal*, y para llegar a este conocimiento es indispensable el estudio de las corrientes del derecho que a lo largo de la historia se han ocupado de estas causas primeras, que nos ayudarán a encontrar o entender la totalidad real de lo jurídico, como son: el *iusnaturalismo*, el *marxismo* y el *realismo jurídico*; además del *positivismo* y dentro de éste, por ser el que ha permeado a nuestro sistema jurídico, analizaremos en el presente capítulo la *argumentación*, la *hermenéutica* y la *ontología jurídica*; estas últimas más como una respuesta a la crisis del positivismo analítico (el que sólo se encarga del estudio de las normas).

1.3. Iusnaturalismo, Positivismo, y Realismo

A lo largo de la historia son varias las teorías iusfilosóficas que se han encargado de explicar el fenómeno jurídico, desde el punto de vista filosófico jurídico –con una reflexión profunda y en un nivel más elevado que el teórico¹⁰ y el científico¹¹-; por lo que en este apartado esbozaremos algunas de las características de cuando menos las tres corrientes de pensamiento enunciadas, en las que su perspectiva de análisis va desde la filosofía hacia el derecho.

1.3.1. Iusnaturalismo

Esta corriente de la Filosofía del Derecho o de la ciencia jurídica, es connatural en el desarrollo del fenómeno cultural llamado derecho, el cual dicho sea de paso surgió y se ha desarrollado siguiendo la dinámica de la humanidad, ya que el

¹⁰ Es una hipótesis que la investigación ha demostrado que tiene coherencia; es decir un conjunto ordenado de enunciados que explican un sector de la realidad (en Filosofía de la ciencia).

¹¹ Es aquella afirmación que ha demostrado ser la única y firme explicación de un fenómeno.

iusnaturalismo es una constante de vida; aunque autores como Floris Margadant¹², sugiere que toma carta de naturalidad en los siglos XVII y XVIII, con autores como Grocio, Pufendorf, Leibinz, Wolff y Cristtian Tomasius; atribuyéndole como característica esencial *la razón*, lo que quiere decir que la búsqueda de los iusnaturalistas es un derecho estrictamente razonable; sin embargo, el propio Margadant también reconoce que en Sócrates había existido la intuición de un derecho natural, lo que robustece la idea de que el iusnaturalismo siempre ha tenido presencia en la vida y en el derecho.

Los estudiosos de este tema establecen que el iusnaturalismo es “... *la reivindicación o evocación de una serie de principios que se consideran que emanan de la naturaleza humana en su radical integridad y que, además, permiten obtener un criterio de enjuiciamiento que posibilita enjuiciar y establecer límites al Derecho positivo...*”¹³

Para Laversin, citado por Rafael Preciado¹⁴ “... *El derecho natural comprende los criterios supremos rectores de la vida social, así como todos los principios necesarios para la organización de la convivencia humana, fundados en la naturaleza racional, libre y sociable del hombre...*”. Luego agrega el autor de referencia que por eso el derecho natural, *no se debe buscar en los pueblos primitivos, sino “... allí donde la cultura vaya dando sus mejores frutos... ”*, y para complementar lo anterior señala que *el hombre descubre su propia ley en las manifestaciones espontáneas no sólo del instinto, sino de todo su ser, particularmente en las tendencias de su voluntad y de su razón.*

El derecho natural, “...*tiene una regulación justa en cualquier situación concreta, presente o venidera, y admite, por ende, la variedad de contenidos del mismo derecho, en relación con las condiciones y exigencias siempre nuevas, de cada situación especial...*”¹⁵

Por su parte, García Máynez sostiene que “...*el derecho natural es una congerie de principios abstractos, mismo que no puede ser codificado; y de intentarlo tendría que*

¹² Floris, Margadant Guillermo, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, séptima edición, Miguel Ángel Porrúa, librero editor, México 2007, página 240 y ss.

¹³ De la Torre, Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación*, Editorial Mad, S.L., España, 2005, página 15.

¹⁴ *Ob. cit.* Preciado Hernández, página 248.

¹⁵ *Ob. cit.* García Máynez, página 49.

encerrar tantas normas, como situaciones particulares existieren –causalismo a ultranza-, lo cual es imposible, tarea que solo podría ser obra de un legislador sabio y providente...” y concluye el iusfilósofo mexicano diciendo que: “... un orden intrínsecamente valioso – derecho natural – no es un ideal realizable de modo plenario, sino aspiración jamás lograda por completo...”.

Por tanto, el derecho natural es cambiante y sobre la base de la ética, en todo tiempo y lugar y sólo aplicable para el caso particular y concreto; es decir: “...es el que existe para todo tiempo y lugar, universal y necesario; el derecho natural representa lo permanente, lo constante, lo eterno, lo universal y absoluto; en suma, lo racional y último en la determinación jurídica. La concepción del derecho natural se liga con la raíz filosófica del derecho de esta manera: filosofía es la consideración natural y universal, pues la última raíz filosófica de la consideración jurídica y el problema innato filosófico de la jurisprudencia es el derecho natural, ya que se trata de la perfecta expresión o versión de la vida jurídica...”¹⁶

Ahora bien, si, como se considera: el derecho natural “...está fundado en la naturaleza del hombre y del mundo y éste proporcionaría un conjunto de reglas de comportamiento de pleno valor jurídico que todo ser humano podría conocer con su sola razón...”,¹⁷ entonces cabe interrogar cuál es ese conjunto de reglas del comportamiento, a lo que responde De la Torre Rangel cuando afirma que los principios del derecho natural son: “...la razón, la justicia, los sentimientos, así como las necesidades de la sociedad...”¹⁸, y en esencia: “... la justicia y el bien común de la sociedad...”¹⁹

Aunado a lo anterior y dado que ya dejamos asentado que el derecho natural es una constante en el devenir histórico, Carpintero Benítez dice que existen tres doctrinas sobre el derecho natural –los tres iusnaturalismos-: el derecho natural en la baja Edad Media (lo justo natural de Bellapertica); el iusnaturalismo de la Edad Moderna (Igualdad,

¹⁶ Terán, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, vigésima edición, Editorial Porrúa, México 2009, páginas 225 y 226.

¹⁷ De la Torre, Rangel, Jesús Antonio, *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*, Editorial Porrúa, México 2007, página 43.

¹⁸ *Ídem*, página 68.

¹⁹ *Ibidem*, página 71.

Libertad y Propiedad de Grocio, Pufendor, Lock y Kant); y el derecho natural de la Ilustración (la existencia de un derecho natural por encima del arbitrio del legislador).²⁰

Y si la anterior clasificación fue realizaba bajo un esquema histórico; existe otra que se refiere a las formas que adopta el *Iusnaturalismo*:

1. *Universalidad de carácter racional (Platón y Aristóteles): iusnaturalismo racionalista.*
2. *Normas universales cuyo origen y materia es de carácter divino: derecho natural de contenido teológico.*
3. *Normas de derecho natural desde un punto de vista empírico o realista (Hobbes y Locke): derecho natural con una fundamentación positiva.*²¹

Lo anterior nos permite concluir que ésta corriente de pensamiento ha existido en todas las épocas de la historia, y que el *Iusnaturalismo* significa concebir o pensar y sostener que lo determinante de la vida jurídica es precisamente el derecho natural, es decir lo jurídico natural.

1.3.2. Positivismo

El positivismo (S. XIX) es una corriente filosófica contraria al Idealismo (S. XVIII) –*todo lo que existe es la conciencia*–; es decir, pretende dejar la especulación y darle al pensamiento un sentido utilitario, práctico y positivo del conocimiento o de la sabiduría. Esta es la razón por la que hoy día el positivismo emplea el método científico, basado en la observación, la hipótesis y la comprobación.

De acuerdo con Alberto F. Sénior, el método científico se sustenta en dos principios para adquirir y fundamentar todo conocimiento:

El primero, consiste en basar todo conocimiento en la *experiencia*, o sea en los datos que nos informan los sentidos; por tanto desecha radicalmente todo conocimiento que no provenga directamente de la experiencia. Todo aquello que no sea comprobable experimentalmente, en gabinetes, en laboratorios, es desechado absolutamente.²²

²⁰ Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del Derecho Natural. Un Ensayo*, disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/1/101/6>, [accesada el 26 de enero del 2011].

²¹ *Ob. cit.* Terán, Juan Manuel, página 231.

²² F. Sénior, Alberto, *Compendio de un curso de Sociología*, undécima edición, Francisco Méndez Otero, Editor y Distribuidor, México 1981, página 48.

El segundo principio consiste en que todo conocimiento adquirido debe tener un sentido *práctico*. No se debe saber únicamente por saber, lo cual carece de objeto, sino que hay que saber “...*para prever y prever para actuar...*”²³

Y como los pensamientos son producto de sus épocas, la atmósfera en la que nace la escuela positivista se encuentra marcada por una triple pasión:

- a) Por la *naturaleza*, entender los mecanismos del fenómeno llamado naturaleza.
- b) Por la *razón*, es su facultad más importante.
- c) Por el *progreso*, todo mejoramiento consistía en que la humanidad avanzara.²⁴

El positivismo en el derecho

El positivismo se presentó en el Derecho como una oposición a las teorías del derecho natural, al oponer la pretensión de que todo el conocimiento humano debería ser resultado de la aplicación de métodos empíricos y que se debería liberar de cualquier interpretación de tipo metafísico²⁵, y no con apego a los postulados abstractos de la razón.

En el siglo XX surgieron posiciones del “Positivismo Jurídico” que sostienen que sólo es derecho la norma creada por el Estado, y en esta concepción descolló particularmente la figura de Hans Kelsen con su Teoría Pura del Derecho –eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le sean extraños; la teoría sólo dice qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería formarse el derecho y, para ella, el objeto de estudio serán sólo las normas jurídicas, excluyéndose el contenido de las mismas-.

Finalmente, en el campo estrictamente jurídico el positivismo como visión de las normas sancionadas y vigentes como única forma válida de derecho, tiene en perspectiva una función que integra la sociedad por el poder coactivo del Estado que aplica las normas jurídicas.

²³ *Ídem*, página 49.

²⁴ *Ibídem*, página 49.

²⁵ Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho*, segunda edición, Editorial Oxford, México 2000, página 299.

Por tanto, el positivismo en el derecho se puede reducir a la validez del derecho. De esta forma, sostiene Rojas Amandi que la posición positivista en este campo del derecho trata de dar fundamentación científica al postulado de que sólo un orden jurídico reconocido por la autoridad política como válido es digno de valor como un auténtico orden jurídico.²⁶

Para este autor, las principales características del positivismo jurídico son:

1. El derecho se concibe como un medio específico de control social.
2. El derecho como orden de conducta humana es un producto cultural que cabe concebir como creación humana para un fin determinado, a saber para hacer posible la coexistencia pacífica de los seres humanos en sociedad.
3. El derecho es un orden coactivo, debido a que las contradicciones al núcleo normativo de las proposiciones jurídicas se sancionan mediante la reacción social organizada; así, esta característica constituye la garantía sin la cual el derecho no podría funcionar como tal y, por consiguiente, sin ella dejaría de ser derecho para convertirse en un conjunto de recomendaciones morales.
4. Como creación humana, el derecho es directivo –*deber ser*-, pues establece lo que se debe realizar para alcanzar legítimamente un fin determinado.
5. Constituye una concepción particularista, en cuanto que contempla características propias de los sistemas jurídicos particulares.
6. Considera que los contenidos del derecho son evolutivos y cambiantes, de acuerdo con las específicas relaciones socio-políticas de cada sociedad determinada.
7. Estima que la creación normativa corresponde al poder soberano y de ninguna forma a algún autor suprahumano.
8. En última instancia, la validez de las normas se funda en el poder político y no en su racionalidad o en su compatibilidad con el plan de la naturaleza.²⁷

En el derecho, como en ninguna de las ciencias, tomó carta de naturalidad el positivismo, mismo que en ocasiones se lleva a ultranza dando lugar al iuspositivismo dogmático, para el cual en la vigencia de la norma, se privilegia la forma de su

²⁶ *Ídem*. Página 299.

²⁷ *Ibidem*, página 303 y 304.

producción, en lugar de su contenido;²⁸ situación que tuvo como consecuencia una crisis en el positivismo, ya que el contenido de la ley no siempre alcanza para resolver los problemas que se presentan en el campo del derecho.

1.3.3. Realismo

Es una corriente de pensamiento, basada en el escepticismo frente a las normas del positivismo²⁹. Esta escuela o corriente sustituye a las normas jurídicas por las *predicciones* sobre la actividad de los jueces; de acuerdo con lo cual, para Holmes, citado por Márquez Piñero, el derecho, son “...*las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más y nada menos...*”.³⁰

Para Alf Ross, citado por García Máynez, hablando de realismo jurídico, las normas funcionan *como esquemas interpretativos de un conjunto de actos sociales*.³¹

Por lo anterior, para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad –la historia, la lógica de los hechos en el contexto comunitario y nacional, la jurisprudencia, la estadística, la costumbre y las consideraciones sobre el bienestar, la justicia y la moral³²- o impuestas por la autoridad estatal.

Por tanto el núcleo fundamental del derecho no son las leyes sino los hechos e incluso entender el derecho como una creación judicial³³; pero nunca considerada como una actividad legislativa del Estado.

1.4. Del Positivismo a las Teorías de la Argumentación

En los dos apartados siguientes se tratará lo relativo a cuando menos dos respuestas para actualizar el positivismo, pues la camisa de fuerza que constituye la dogmática en el derecho ha impedido a los operadores jurídicos emitir resoluciones que

²⁸ Los Derechos Fundamentales en la Filosofía Jurídica Garantista, disponible en <http://www.Letrasjuridicas.cuci.udg.mx/números/artículos/filosofía>, [accesada el 7 de febrero del 2011].

²⁹ Márquez Piñero, Rafael, *Ob. cit.* página 51.

³⁰ *Ídem*, página 53.

³¹ García Máynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, ediciones Coyoacán, México 1993, página 74.

³² Fucito, Felipe, *Sociología del Derecho*, Editorial Universidad, Argentina 1999, páginas 229 ss.

³³ *Ídem*, página 228

den respuesta a los problemas jurídicos planteados a los integrantes del poder judicial, ya que sus decisiones se encuentran acotadas, toda vez que pesa sobre el juez la prohibición de crear derecho –la incorporación de argumentaciones más allá de lo que dispone la norma; así como el impedimento de acudir a valores como el de la justicia o apoyarse en el derecho natural-, lo que tiene al positivismo jurídico en crisis; y se traduce en la dificultad de aplicar justicia en la función jurisdiccional del Sistema Judicial Mexicano.

1.4.1. Teoría de la Argumentación de *Perelman*

A la teoría de la argumentación del filósofo Chaim Perelman se le llegó a conocer como *Nueva Retórica –procedimiento legitimador de opciones éticas, metodología de las ciencias humanas–*, la cual se encuentra estructurada sobre la base de la razón, justificación y aceptación de un auditorio que puede ser particular o universal, y la adaptación –adhesión-. Este pensador, construye su teoría, la que hace consistir en que a la verdad pura de la filosofía le incorpora una verdad social, construida en el seno de la sociedad, que admite cambios si se modifican esas verdades.

Es decir, para Perelman, una filosofía viable y capaz de establecer aspectos prácticos e inducir la acción razonable, debe ser construida según probabilidades y debe poder soportar imposiciones de juicio de valor y otras contingencias que provienen de su recepción por parte de las audiencias particulares.

1.4.2. Teoría de la Argumentación de *Aulis Aarnio*

La teoría de Aarnio corresponde a un modelo discursivo, ya que toma en cuenta la elección de fuentes, el empleo del argumento analógico, y el cálculo de las consecuencias de naturaleza causal o sistemática; por tanto los valores están presentes en la aplicación del derecho.³⁴

De acuerdo con Aarnio, sólo podemos entender la racionalidad del derecho cuando podemos comprender y explicar cómo y por qué son predecibles las decisiones judiciales y bajo qué condiciones es posible reconocer o aceptar como correcta una respuesta en el campo jurídico.

³⁴ Pedro Serna, *Ob. Cit.* página 73.

En la interpretación -argumentación- jurídica, no sólo es significativa la relación entre quien dicta el texto (el legislador) y quien lo interpreta (el juez o el funcionario judicial), también es necesario evaluar la relación existente entre los miembros de la audiencia o comunidad jurídica.³⁵

1.4.3. Teoría de la Argumentación de *Robert Alexy*

Este autor, al igual que los dos anteriores, continúa en el intento de apartar la arbitrariedad en la decisión jurídica, y para ello el iusfilósofo alemán propone un “código de la razón práctica”, integrado por veintiséis reglas y seis formas de argumentos³⁶. Para él, con esas reglas se reduce lo discursivo a lo más racional posible.³⁷

Por su parte, Pinto Fontanillo considera a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, es una verdadera "Teoría" que explica el origen, validez y límites del hecho jurídico, desde una triple vertiente: analítica, normativa y descriptiva. Toda vez que pretende superar las carencias del positivismo jurídico a la hora de abordar los problemas de la sociedad actual, siendo su objeto en la elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho. Lo anterior, en atención a que metodológicamente la argumentación jurídica puede concebirse como "el lenguaje del derecho resultante de la aplicación actual de reglas y principios a la solución de conflictos prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del derecho" -El autor la concibe desde una triple perspectiva: racional, práctico-moral y jurídica-. La argumentación jurídica puede ser considerada como un caso especial de la argumentación práctica general, subordinada a la ley, la dogmática y el precedente. Así las cosas, estructuralmente comprende tres niveles: el de los principios, el de las reglas y el del procedimiento; o lo que es lo mismo, los dos primeros han de complementarse con un tercero: una argumentación jurídica propiamente dicha que, sobre la base de ambos niveles, asegure una decisión racionalmente fundamentada. Por lo que el

³⁵ AArnio, *argumentación –jurídica*, disponible en <http://es.Scribd.com/doc/49068474/>, [accesada el 10 de marzo del 2011].

³⁶ Citado por Pedro Serna, en la obra del autor de referencia (*Teoría de la Argumentación Jurídica*), *Ob. Cit.* página 78.

³⁷ *Ibidem* página 78.

análisis de estos supuestos nos lleva a concluir que "el discurso jurídico tiene tres momentos: ideal, racional y real, en los que se constituye y se fundamenta".³⁸

Estos tres pensadores, como se ha venido sosteniendo a lo largo del capítulo, partiendo de la filosofía para llegar al derecho; proponen a la *argumentación* como una metodología del trabajo filosófico; es decir, el método de la *argumentación* en las decisiones judiciales, para explicar que el derecho contiene juicios de valor, abandonando con ello la idea de Kelsen -separación radical entre moral y derecho, ausencia de discrecionalidad en el obrar del juez, la ley como única fuente del derecho³⁹-; además de la distinción entre derecho y justicia; lo anterior por entender que la justicia es el modo como la moral se proyecta en el campo del derecho.⁴⁰

1.5. Del Positivismo a la Hermenéutica

Como la argumentación propiamente dicha no resuelve la crisis del positivismo – la pureza del derecho, al no lograr por completo dar razón de los elementos valorativos (morales, políticos o de cualquier índole) que se sitúan en la base de interpretaciones y decisiones-⁴¹; según quedó asentado en el apartado anterior, en éste se abordará, en pos de la solución, el problema ya anotado. Otro de los paradigmas epistemológicos, es la hermenéutica –en las teorías de la interpretación y aplicación del derecho-.

Dos son los autores a los que podemos acudir para explicar el surgimiento de la hermenéutica como filosofía de la comprensión, a saber: Schleiermacher, quien sostiene que la hermenéutica comenzó siendo una teoría general de la interpretación⁴²; y Dilthey que la define como el arte de comprender las expresiones de la vida fijadas por escrito, o disciplina de interpretación de monumentos escritos.⁴³

³⁸ Pinto Fontanillo, José Antonio. *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy.*, disponible en <http://eprint.ucm.es/tesis/19972000/S/O/S0041101>. [accesada el 26 de marzo del año 2011].

³⁹ *Idem*

⁴⁰ Castellanos, Biella, positivismo-juridico, disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos28/positivismo-juridico.shtml>, [accesada el 27 de marzo del año 2011].

⁴¹ Pedro Serna, *Ob. Cit.* página 106.

⁴² *Ídem* página 106.

⁴³ *Ibidem*, página 106.

Ambos autores se refieren a la hermenéutica sólo desde el punto de vista filosófico; sin embargo, la misma nos permitirá utilizarla en la aplicación de las decisiones judiciales.

Ahora bien, la proyección de la hermenéutica sobre el derecho se da en el contexto de la teoría de la interpretación y aplicación, y ésta ha dejado de ser un mero *legalismo o simplismo jurídico*; para ahora poner el énfasis en dos elementos: *subjetivismo y volitivos* que intervienen en la aplicación del derecho. Se abandona pues la actitud mecanicista en la interpretación del derecho; para ahora a) Seleccionar la norma aplicable; b) Realizar la equiparación entre el supuesto de hecho de la norma y los hechos del caso, concreto; y, c) La determinación de la consecuencia jurídica en una norma, para determinar la solución al caso concreto.⁴⁴

Por tanto, la hermenéutica propone dejar al margen la imposible pureza metódica del positivismo lógico, y aceptar las valoraciones sinceras y limpias que puede hacer el intérprete en un contexto histórico. El punto de partida es la existencia del objeto que hay que interpretar, el sujeto que interpreta, y el contexto histórico y cultural en el que se desenvuelve junto al resto de la sociedad.⁴⁵

Lo anterior se explica así: desde la hora y momento en que los juzgadores a partir de los estudios de la argumentación al resolver o emitir su juicio en un caso particular y concreto, hoy se apoyan en los valores axiológicos de la Constitución, aplicando la norma secundaria sobre la base del derecho adjetivo *-hermenéutica-* y apoyándose en principios generales del derecho, para resolver con un margen de sustento jurídico, logran escapar en algunos momentos del cartabón que les impone la norma y muchas veces la jurisprudencia misma; además, sobre la base de la supremacía de los derechos fundamentales en la carta magna, así como los tratados internacionales firmados por México y como consecuencia el control de convencionalidad.

⁴⁴ *Ídem*, página 111 SS.

⁴⁵ Kaufmann, citado por Serna, Pedro, *Ob. Cit.* página 346.

1.6. Conclusiones preliminares

A la justicia, la encontramos en la filosofía, tomando en cuenta que ésta última estudia todo aquello que es objeto del conocimiento universal y por ende ahí se localiza el mencionado tema de la investigación.

Igualmente a la justicia la encontramos como causa primera del derecho natural o iusnaturalismo, pero igualmente es un modelo a seguir en el positivismo, en cuanto corriente de pensamiento que trata de explicar al derecho, en el que adquiere un papel teológico; y en el realismo jurídico, nuestro tema de estudio, aparece como una especie de derecho natural, pero producido por una colectividad llamada sociedad. Es pues el consiente colectivo el que va creando su realidad, y dentro de ésta, como faro que guía otras realidades, se encuentra la justicia.

Finalmente, *la justicia*, le da soporte a las corrientes epistemológicas – argumentación y hermenéutica-; como sustento para resolver la problemática del positivismo jurídico dogmático, por la necesidad de incorporar valores –*la justicia*- actualizando al derecho para estar a la altura de la circunstancia del momento actual.

CAPITULO SEGUNDO

La evolución de la justicia y el derecho

Sumario. 2.1. La evolución del concepto de justicia de la antigüedad hasta nuestros días. 2.1.1. La justicia en la cultura griega. 2.1.2. La idea de justicia en la Edad Media. 2.1.3. La justicia en las épocas moderna y contemporánea. 2.2. Génesis y evolución del derecho. 2.2.1. El derecho de Grecia. 2.2.1.1. El derecho público de los griegos. 2.2.1.2. El derecho privado positivo de los griegos. 2.2.2. El derecho Romano. 2.2.2.1. El derecho de la antigua Roma. 2.2.2.2. El derecho Romano-Germánico. 2.2.3. El derecho en la Edad Media. 2.2.3.1. El derecho canónico. 2.2.3.2. El derecho común. 2.2.4. El derecho en la Época Moderna. 2.2.5. El derecho contemporáneo. 2.3. Conclusión preliminar.

Cada uno de los temas del presente capítulo, requiere de un estudio amplio y profundo; sin embargo, solo daremos una mirada muy general de los conceptos de justicia y derecho, ya que analizar todo lo que representan en el devenir de la historia es apartarse de la idea central de este trabajo académico, por lo que sólo se explicarán los conceptos con base en un enfoque *de la historia universal*.

2.1. La Evolución del concepto de justicia de la antigüedad hasta nuestros días.

El germen de la justicia, a no dudarlo, lo encontramos en la *filosofía*, ya que en ella se encuentra la totalidad del conocimiento humano.⁴⁶

2.1.1. La justicia en la cultura griega.

Filósofos griegos como Hesíodo, Anaximandro, Pitágoras, Parménides, Sócrates, Platón y Aristóteles, intentaron conceptualizar⁴⁷ *la justicia* a partir de sus ideas, pero sólo este último logró entregarnos una clasificación cuando señala:

1. Que la *justicia distributiva*. Otorga a cada quien lo que le corresponde por *méritos propios* (meritocracia).

2. Que la *justicia correctiva*. Trata de regular las desigualdades, pudiendo ser:

2.1. *Justicia conmutativa*, que significa *igualdad en el acuerdo y manifestación de voluntad entre la prestación y la contraprestación*, y

⁴⁶ García Morente Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, octava edición, Editorial Porrúa, México 1979, página 17.

⁴⁷ Ibarra, Serrano Francisco Javier, *La Justicia*, Guerrero, Cía. Editorial, A.C. México 1992, página 15.

2.2 *Justicia judicial*, la que se aplica a las infracciones y sus consecuencias, daño y reparación del mismo, delito y pena.⁴⁸

No obstante que el Estagirita, sienta las bases de lo que hoy conocemos como *justicia*, al establecer las ideas,⁴⁹ no logra el concepto de justicia, como lo concibe Sócrates, es decir, a partir de *la razón de las cosas, explicarlas, dar su definición*⁵⁰ ya que su aportación, valiosa sin duda, sólo se reduce a una clasificación sin darnos la esencia de *la justicia*, concepto indudablemente difícil de asir, pues ya lo dijo Kelsen, la eterna pregunta de la humanidad es: ¿Que es la justicia?.⁵¹

Por nuestra parte, buscaremos que este trabajo investigativo nos conduzca con paso seguro, de la mano de los pensadores que han reflexionado al través de los siglos sobre el tema, en el propósito de encontrar el concepto de justicia y como éste podría aplicarse en las decisiones judiciales.

2.1.2. La idea de justicia en la Edad Media.

En la Edad Media predominó el pensamiento de San Agustín de Hipona y el de Santo Tomas de Aquino y por lo tanto sus ideas sobre la justicia marcan esta época.

Para el también conocido como Agustín Aurelio, *la justicia es dar a cada quien lo suyo. Pero esencialmente a Dios.*⁵² Por tanto, para San Agustín: *La Justicia era creer en dios, venerarlo y adorarlo, dando a la iglesia el lugar adecuado dentro de la comunidad,*⁵³ es decir adaptó el pensamiento platónico al dogma cristiano.⁵⁴

A su vez Santo Tomas de Aquino pensaba que justicia es aquella virtud de la voluntad que ordena al hombre en las cosas relativas a otro. La anterior conclusión se desprende de las raíces Aristotélicas de Santo Tomas, de la concepción teológica de la naturaleza, cuando el *Aquinantense*, coincide con el *Estagirita* en que toda acción tiende hacia un fin, y el fin es el bien de una acción y que para este último es la *felicidad* mientras que para el de Hipona, el bien de la acción son las virtudes morales, por ello al

⁴⁸ Ídem, página 16.

⁴⁹ – *las esencias, existentes de las cosas del mundo sensible (la visión)* - García Morente Manuel, *Ob. cit.* pagina 77.

⁵⁰ *Idem*, páginas 74 y 75

⁵¹ Kelsen, Hans, *¿Que es la justicia?*, segunda edición, editorial Ariel, España 1992, página 35.

⁵² *Dios es el ser espiritual supremo.* Bravo Baquero, Jesús, *Ob. Cit.* página 108.

⁵³ Ibarra, Serrano Francisco Javier, *Ob. cit.* página 75.

⁵⁴ Disponible en: www.arteguias.com/biografias/sanagustindehipona.html, [accesado el 8 de octubre del año 2012.

referirse a la *justicia*, ubica el derecho como su objeto⁵⁵; cuando incorpora a su pensamiento el concepto *ley*, misma que para él, es *una disposición de la razón para el bien común –aquí lo común o la comunidad se refieren a la causa final- promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad*; con lo anterior se podría permitir castigos tendentes a lograr la obediencia de la ley;⁵⁶ es decir concilia las obras de Aristóteles con las enseñanzas de la Iglesia.⁵⁷

2.1.3. La Justicia en las épocas Moderna y Contemporánea.

En este espacio histórico analizaremos los conceptos de justicia en autores de la talla de Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy.

Para Kant, quien sentó las bases del liberalismo moderno⁵⁸, un Estado justo es el que satisface tres principios racionales –libertad, igualdad e independencia-.

A decir de Ponce Esteban, Kant concibe a la justicia de manera muy estrecha ya que considera que los deberes de la justicia son deberes jurídicos. Para él, es *“justa toda acción que por sí o por su máxima –aquí se refiere a la ley general de orden natural, ya que contiene situaciones típicas dentro de un ámbito general de vida-, no es un obstáculo al arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales”*.

⁵⁵ Este es el *quid* de la presente investigación, considerando la importancia de aplicar justicia en las decisiones judiciales, hipótesis que hemos de abordar en el cuarto capítulo; es decir, al aplicar al caso concreto el derecho, éste debe tener como una cuestión inmanente a la justicia, y de lo que se trata en esta investigación es saber el *porqué* de la dificultad de aplicar justicia al resolver los asuntos que le son planteados a los operadores jurídicos de nuestro sistema, en el plano federal o estatal.

⁵⁶ Ob. cit. Ibarra, Serrano Francisco Javier, página 77.

⁵⁷ Disponible en: www.arteguias.com/biografias/sanagustindehipona.html, [accesado el 8 de octubre del año 2012].

⁵⁸ Ponce, Esteban María Enriqueta, *Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy, El liberalismo, surge en la ilustración y tiene como propósito la reconstrucción racional de la sociedad comprometida con los valores de la libertad la igualdad, que intentan inspirar y organizar la vida social moderna, sobre todo política y económicamente. Los principales componentes de la concepción liberal son: a) la defensa de los individuos, que afirma la primacía moral de la persona frente a las exigencias de cualquier colectividad social; b) la defensa de la libertad, entendiendo ésta como la capacidad de regirse en la vida por las propias convicciones; c) la defensa de la igualdad, donde confiere a todos los hombres el mismo estatus moral y niega la aplicabilidad de diferencias en el valor moral entre los seres humanos; y d) defensa de la forma liberal del Estado, uno de sus principales rasgos, es la distinción entre sociedad civil y Estado, en la que su tarea prioritaria es la protección de los derechos y libertades individuales.* Disponible en: www.bibliojuridica.org, [accesado el 8 de junio del año 2014].

La anterior concepción de justicia sintetiza los tres principios del liberalismo – *libertad, igualdad e independencia*–; ya que para Kant el ejercicio de toda acción (*libertad*) no debe interferir (*igualdad*) con las decisiones de todos (*independencia*).

Esto nos permite afirmar que para Kant la justicia es una *armonía*, ya que en la medida que nuestro comportamiento, no interfiera en la conducta de los demás, nos estamos conduciendo dentro de los cánones del Estado, al que Kant, sin decirlo le llama un libre acuerdo.

Kelsen define a la justicia como la *cualidad, de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres*,⁵⁹ a partir de un orden social justo, es decir, que regula la conducta de los hombres de modo satisfactorio para todos, mismo que se traduce en la felicidad, arribando a la siguiente conclusión: *La Justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social*; sin embargo, después de la anterior afirmación, el filósofo de Viena establece que ningún orden social, puede proporcionar la felicidad de todos los ciudadanos de un Estado, ya que al resolver en un conflicto de intereses a favor de uno de los contendientes el otro quedará insatisfecho y en consecuencia infeliz. Por ello sostiene la justicia no existe.

Ya que no se puede decir “... *qué es la justicia, aquella justicia absoluta que la humanidad busca. Debo contentarme [decía] con una justicia relativa, y puedo decir por tanto que es para mí la justicia. Ya que la ciencia es mi profesión, y por tanto la cosa más importante de mi vida, la justicia se encuentra en aquel ordenamiento social bajo cuya protección puede prosperar la búsqueda de la verdad. “Mi” justicia es la justicia de la libertad, la justicia de la democracia: en una palabra la justicia de la tolerancia...*”⁶⁰

Por lo anterior, entre 1936 y 1938 se declaró abiertamente defensor de la justicia liberal -*libertad, igualdad e independencia*–.

De este autor, coincidiendo con Calsamiglia, podemos inferir que no niega la existencia de diversas fórmulas de justicia. Lo que sí niega es que exista una fórmula de justicia absoluta válida para todo tiempo y lugar, inmutable, única y universal; pues para él la justicia es un ideal irracional imposible de “*probar*” mediante la ciencia.

⁵⁹ *Ob. cit.* Hans, Kelsen, página 35.

⁶⁰ *Ob. cit.* Hans, Kelsen, página 63.

Hart, el otro gran teórico iuspositivista del siglo XX, sostiene en su obra más importante -*el concepto de derecho*- que la justicia es concebida como un elemento que mantiene o restablece un equilibrio o proporción y se formula diciendo: “... *trátense los casos semejantes de la misma manera...*” (nota uniforme o constante) y “...*los casos diferentes de diferente manera...*” (criterio cambiante o variable).

Bajo esta concepción, para el autor inglés los individuos tienen derecho entre sí a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad, lo que tiene que ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios.

Por otra parte tenemos a Rawls, quien es un pensador liberal que se apoya en el utilitarismo⁶¹, del que se puede afirmar que sus planteamientos sobre la justicia son más político que filosóficos, si se considera que al abordarla se enfoca en la “*justicia social*”.

Este autor norteamericano ha desarrollado un concepto de justicia que ve a la “... *la justicia como equidad...*” comprometida por igual con los derechos individuales asociados al liberalismo clásico y con un ideal igualitario de distribución justa que se suele asociar a las tradiciones socialistas y democrática radical.

En ese contexto, afirmaba que la justicia como equidad pretende “... *reconciliar la libertad con la igualdad...*” lo cual queda expresado en dos principios de justicia:

El primero –libertades básicas iguales– afirma que todos los ciudadanos tienen derecho al más amplio sistema de libertades individuales y políticas, básicas e iguales, compatibles con un sistema similar de libertades para los demás.

El segundo –limita el alcance de las desigualdades sociales y económicas–, sostiene que la exigencia de una igualdad justa consiste en que las personas de igual capacidad y motivación deben tener las mismas oportunidades de alcanzar los puestos que desean, no obstante su origen social.⁶²

Su teoría de la justicia sentó las bases de todo el debate posterior sobre las cuestiones fundamentales de la justicia social.

⁶¹ El utilitarismo es una doctrina filosófica que sitúa a la utilidad como principio de la moral. Es un sistema ético teleológico que determina la concepción moral en base al resultado final; considera el desarrollo del individuo en plenitud a partir de una organización social justa.

⁶² Disponible en: www.uia.mx/actividades/publicaciones/.../2/pdf/francisco-caballero, [accesado el 3 de abril del año 2015].

La obra de Rawls, concretamente la relacionada con el tema de la justicia, se encuentra clasificada más como filosofía política que como filosofía del derecho.

Por su parte, Habermas, en su libro: *“La inclusión del otro”*, a decir de López Rincón⁶³ antepone la solidaridad como fundamento de la justicia, ya que para él la justicia es: *“...lo igualmente bueno para todos...”*, tomando en cuenta que el bien –es decir lo bueno– supera a la moral. De ahí que en su concepto de justicia o aproximación a la justicia, como lo afirma el autor de referencia, la justicia demanda que uno responda - de lo que es bueno para todos– por el otro como expresión de solidaridad, aun cuando se trate de un extraño.

De lo anterior se puede inferir que Habermas construye su concepto de justicia sobre dos bases fundamentales: solidaridad y pertenencia, mismas que parten de la moral. Por tanto, para este pensador Alemán el origen de la justicia lo encontramos en la moral, ya que la justicia hace referencia al individuo, en tanto la solidaridad tiene que ver con el individuo que comparte la vida entre personas. De ahí que la moral proteja a uno y otro: los derechos del individuo y los derechos de la colectividad a la cual pertenece ese individuo.

Dworkin aborda a la justicia desde una triple dimensión: ética, política y jurídica.

Dimensión jurídica. Se refiere a la hermenéutica.

Dimensión política. Tiene como objeto el conjunto de instituciones que asignan deberes y derechos, así como determinar los criterios distributivos que regirán en la sociedad.

Dimensión ética. Afecta el comportamiento del individuo.

La justicia es una institución que interpretamos, que tiene una historia que cada uno de nosotros asume cuando nos colocamos en una actitud interpretativa hacia las justificaciones y excusas que se hacen en nombre de la justicia, de ahí que los intérpretes.

“... pueden tratar de captar la base donde surgen la mayor parte de las discusiones sobre justicia y describirla en alguna proposición abstracta elegida para definir el [concepto] de justicia para su comunidad, de modo

⁶³ López Rincón José Hilario, Habermas, disponible en: Habermashoy.blogspot.com/.../aproximación-al-concepto-de-justicia-en..., [accesado el 3 de abril del año 2012].

que los debates sobre justicia pueden, ser entendidos como debates sobre la mejor concepción de ese concepto...”

Para este pensador estadounidense, la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y administrar justicia⁶⁴.

Por su parte, el germano Robert Alexy sostiene que “... *La justicia es corrección en la distribución y en la compensación...*”

Lo anterior conduce, directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamento, o justificación mediante razones; por tanto la justicia siempre será algo que debe estar fundamentado, es decir justificado.

Sigue razonando Alexy que cuando está en juego la justicia, entendida como fundamentación –justificación– mediante razones, aquello que está en cuestión es la posibilidad de fundamentar normas relativas a distribuciones y compensaciones⁶⁵.

Por lo anterior, para este profesor de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, en la pretensión de corrección existe un vínculo necesario entre derecho y moral y ahí es donde se encuentra la justicia, pero acota que el objeto de la justicia es sólo una parte del todo llamado moral.

2.2. Génesis y evolución del derecho

En este acápite, abordaré el origen del derecho, visto como principio, que permita explicar el devenir de éste solamente, o sea que no me ocuparé de las instituciones generadoras del derecho.

Para Alberto Rosas Benítez, partiendo de la teoría de Erich Kahler, respecto de la *conciencia*, la primera manifestación del derecho la encontramos en la *costumbre*⁶⁶, estableciendo que esos actos de vida primitiva, no necesariamente debieron haber

⁶⁴ Lecturas de Filosofía del Derecho, volumen III, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, La Justicia y los Derechos, Ronald Dworkin, página 355.

⁶⁵ Alexy Robert, *Justicia como corrección*, editorial Doxa, edición electrónica Espagrafic, 1989, España, [accesado 3 de abril del año 2015].

⁶⁶ Rosas Benítez, Alberto, *Historia del Derecho*, derechos reservados Universidad de Guadalajara, tercera edición, México 1988, página 31.

tenido un grado de conciencia jurídica y que la misma - *costumbre* – se debía a impulsos de diversas necesidades y conveniencias que los llevaban a repetirlas, pero que al estudiar estos comportamientos los historiadores, advirtieron en ellos una esencia jurídica, de ahí el primer antecedente del derecho.

Cuando el autor de referencia explica que la observancia de la costumbre pasó de ser un cumplimiento optativo a otro obligatorio, nos lleva a uno de los elementos del derecho, *la convicción de la colectividad* de que esa práctica o conducta es obligatoria; en atención al gran número de costumbres, las que llegaron a institucionalizarse adquiriendo carácter de obligatoriedad, pasando de lo optativo a la necesidad de observarla por los componentes del grupo.

Y cuando alguien del grupo faltaba a la observancia de la costumbre, a pesar de ser una obligación, la consecuencia era la sanción impuesta, dando lugar a otro de los elementos que caracterizan al derecho, como lo es *la coercitividad*. La imposición de la costumbre en contra de la voluntad del que dejaba de observarla, era la manifestación de fuerza de quien dirigía al grupo social y a eso en el mundo de lo jurídico se le llama imposición del estado de derecho.

Pero si hablamos del origen del derecho propiamente dicho, o como lo conocemos ahora,⁶⁷ es decir regulado o escrito, a no dudarlo el antecedente más remoto lo encontramos en el *Código de Hammurabi*, mismo que fue recepcionado por el Rey Babilónico que le da nombre al Código, aproximadamente en el año 2000 antes de Cristo, ya que le fue dictado por su dios *Marduk*, hijo de *Ea* –dios del derecho-.

El importante documento jurídico, consta de 282 leyes o artículos esculpidos en un bloque de diorita, el que entre otros temas, se refiere a los derechos comunes de los hombres acerca de la vida, la familia, la propiedad, el honor y la buena fama⁶⁸.

Tratase pues del primer conjunto de leyes de la historia, ya que de su contenido se desprenden reglas para una gran variedad de actividades de la época, es decir que no se ocupó solo de cuestiones civiles o penales, en atención a que también regulaba el comercio, así como los servicios que se prestaban en ese contexto histórico, el

⁶⁷ En la familia Romano-Germánica.

⁶⁸ González Díaz Lombardo, Francisco Xavier, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, editorial Limusa, México 1997, páginas 50 y 51.

funcionamiento judicial, el trabajo -salarios- y su célebre Ley del Tali3n del llamado “*ojo por ojo, diente por diente*”.

Otro aporte importante del C3digo de Hammurabi, es el principio de la emancipaci3n del derecho respecto de la religi3n, al haberles encomendado a los laicos la actividad jurisdiccional, apartando a los sacerdotes de tan importante actividad y con ello dar inicio al laicismo judicial. As3 ocurri3 al “... *aplicar un r3gimen judicial m3s o menos laico, al separar la actividad de los jueces de la influencia de los sacerdotes...*”⁶⁹ o sea que al otorgar a los no religiosos la facultad de desarrollar la actividad jurisdiccional, se establece el punto de partida hacia la autonom3a por parte del derecho, respecto de la religi3n.

La cultura griega tambi3n contribuye a la evoluci3n del derecho, al lograr separar en forma definitivamente la norma jur3dica del campo de lo divino, explicando a partir del pensamiento socr3tico que las normas jur3dicas son producto de la raz3n, en atenci3n a que la voluntad humana debe adecuarse a las normas de conducta, ya que la obediencia a las leyes era un deber fundamental del hombre, a3n en el caso de que la ley fuera contraria los intereses personales⁷⁰.

S3crates era un fil3sofo que cre3a en la supremac3a de la ley, al considerar que la misma deber3a estar por sobre todas las cosas, para que existiese el orden necesario en la vida. Adem3s, para este pensador el fundamento principal del conocimiento se encontraba en la raz3n del hombre.

Su respeto por la organizaci3n social jur3dicamente establecida y por el imperio de las leyes, el develar la capacidad de errar del hombre investido de autoridad y el tratamiento que le dio a su caso -incluida la determinaci3n con que acept3 el fallo injusto-, nos sorprende a3n hoy. S3crates plante3 una reflexi3n filos3fica jur3dica, basada en la certeza de que la corrupci3n no est3 en las leyes, sino en los hombres.

As3, el orden, la disciplina y la organizaci3n se lograr3an s3lo a trav3s del cumplimiento dogm3tico de las leyes, -parece discernir-. ¿Aun a costa de la vida?... S3crates responde -con su muerte- que s3. Y falleci3 creyendo que era lo mejor para su sociedad, para el orden, para la ley. Su sacrificio vali3 para que muchos fil3sofos,

⁶⁹ Esquivel Ram3rez, Edilberto, *El Derecho y su Filosof3a en M3xico y el Mundo*, editorial Universitaria (Universidad Michoacana de San Nicol3s de Hidalgo), M3xico 2014, p3gina 63.

⁷⁰ S3crates y la cicuta.

juristas, etcétera, argumentaran la necesidad del apego y respeto a la ley en forma dogmática y absoluta. Esto exponía la idea de que la forma vale más que la sustancia o la verdad. Con la muerte de Sócrates prevaleció la norma y no la vida. El carácter de su filosofía tenía en este referente un carácter de subordinación⁷¹.

Los romanos, en la ruta trazada para establecer la evolución del derecho a partir de su origen, aparecen elevando el pueblo Itálico, los que elevando a rango de *ciencia* al derecho⁷², lo que constituye el rasgo más destacado; también se ocuparon de la sistematización⁷³ en atención a su gran actividad legislativa, realizada por Justiniano en un intento por ordenar las múltiples y varias disposiciones que existían en la Roma de la época imperial, dando lugar a lo que hoy se conoce como el *corpus iuris civilis*⁷⁴; otra aportación de los romanos al derecho, lo constituye la especialización, ya que por primera vez encontramos la clasificación de las leyes de acuerdo a la materia de que se trata, a saber: el derecho familiar, el civil, el mercantil, el penal, el de gentes, etcétera⁷⁵.

El primer documento importante del derecho romano, fue promulgado en el siglo V a. C. y fue *La Ley de las XII Tablas*, instrumento en el que quedó plasmado por primera vez el derecho que se les aplicaba a los plebeyos y a los patricios. Hasta antes de esto, las disputas judiciales entre ambos grupos se resolvían aplicando el derecho por parte de los magistrados, pero sólo los tribunos sabían el derecho que aplicaban, mismo que desconocían por completo los plebeyos.

A partir del Derecho Romano, éste rigió la vida en las sociedades del mundo occidental y más concretamente del continental europeo, entre ellas a la mexicana; ya que Roma conquista a España en el año 218 a. C. y los Ibéricos conquistaron a la

⁷¹ Disponible en: <http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derec>. [accesado el 22 de julio del 2015].

⁷² Ob. cit., Rosas Benítez, Alberto, página 55.

⁷³ Rene David, Jauffret-Spinozi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, decima primera edición, editado por La Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad libre de Derecho de Monterrey, México 2010, página 30.

⁷⁴ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, decimoquinta edición, editorial Porrúa, México 2012, página 21., cuando señala que a la compilación de: el Código, el Digesto, Las Institutas y las Novelas, adquieren el nombre de *corpus iuris civilis*, hasta la edad moderna, cuando Dionisio Godofredo publicó en 1583 una edición completa de la compilación justiniana a la que bautizo con ese nombre.

⁷⁵ Ob. cit. Esquivel Ramírez, Edilberto, página 76.

Nueva España en el año 1492 d. C. recepcionando México el derecho que para ese tiempo ya se le conocía como Romano-Germánico⁷⁶.

Por todo lo anterior, como bien lo señala Esquivel Ramírez, “... *El Derecho Romano, representa, a no dudarlo, para los pueblos de occidente – entre ellos el nuestro – el origen y el antecedente del derecho en su más amplia acepción, tanto desde el punto de vista legislativo, es decir, del proceso de creación de las normas legales, como desde el jurisdiccional o de su aplicación e interpretación por el órgano judicial. ...*”⁷⁷

2.2.1. El Derecho de Grecia.⁷⁸

2.2.1.1. El Derecho Público de los Griegos.⁷⁹

La conformación social en Grecia se dio en el siglo VI a. c. era a partir de grupos llamados clanes, los que sumados a otros llegaban a formar una polis dirigida por un jefe llamado *basileus* a manera de rey; y cada *poleis* o estado-ciudad tenía su constitución.

El derecho Griego de la antigüedad se sustentaba en la *Themis*, la cual contenía la voluntad de los dioses, además poseer las reglas sociales, así como las normas jurídicas y procesales.

La *dike* era una norma en sentido muy amplio y por tanto contenía dentro de ella a la *justicia*.

El *nomos* era una ley en sentido general, sin embargo no tenía el significado con el que le conocemos ahora, tomando en cuenta que en aquella época los teóricos del derecho no eran juristas sino filósofos.

Como fuentes del derecho encontramos tres figuras: la *Rethra*, el *Thesmos* y la *Sephima*.

⁷⁶ Ob. cit., Rene David, Jauffret-Spinozi, páginas 14 y 15 *La familia del derecho romano-germánico tiene su origen en Europa. Se fue formando a través de la obra de las universidades europeas las cuales desarrollaron desde el siglo XII y a partir de las compilaciones del emperador Justiniano, una ciencia jurídica común a todos y adecuada a las condiciones del mundo moderno. El epíteto romano-germánica se eligió para darle el mérito a los esfuerzos comunes tanto de las universidades de los países latinos como de las de los países germánicos.*

⁷⁷ Ob. cit., Esquivel Ramírez, Edilberto, página 76.

⁷⁸ Echegaray, José Ignacio, *Compendio de historia general del derecho*, cuarta edición, México 2006, página 13.

⁷⁹ Ob. cit., Floris, Margadant Guillermo, página 60.

La Rethra consistía en un pacto de no agresión con motivo de una contienda y sólo se celebraba entre clanes en una suerte de convenio que permitiera la convivencia entre grupos de esa misma categoría.

El *Thesmos* era el instrumento que relacionaba a los particulares con el poder o a la ciudad con otras comunidades.

La *Sephisma* era la resolución o decisión de un caso concreto.

De lo anterior podemos concluir que no obstante el gran peso filosófico del pueblo griego, eran hombres que regían su vida diaria por el derecho. Baste recordar el respeto por la norma que tuvo uno de sus grandes filósofos como lo fue Sócrates, quien prefirió morir antes que violentar una disposición de derecho.

2.2.1.2. El derecho privado positivo de los Griegos⁸⁰

El pueblo helénico tenía un matrimonio monogámico, pero combinable con concubinatos reconocidos y socialmente respetados, cuyos hijos debían contentarse con porciones hereditarias inferiores a las de los hijos legítimos. Además, el yerno no entregaba una dote, sino que pagaba al suegro el “precio de la novia”.

Por lo que respecta a los asuntos relacionados con la tierra, se daba la copropiedad dentro del grupo familiar.

Procesalmente existía el arbitraje a cargo del jefe político o bien por un consejo de ancianos.

De esta manera, podemos decir que los griegos en cuanto profundos conocedores del ser humano, estaban conscientes de sus debilidades y por ello comprendían que la naturaleza le gana a la razón, de ahí que cuando las relaciones extramaritales tenían consecuencias en el campo del derecho, por ello formaba parte de su realidad que además es la de toda humanidad. Por eso es que toleraban el concubinato, cuyos hijos eran colocados como si fueran de segunda clase, porque si bien tenían la ventaja de ser tomados en cuenta para recibir herencias, también es cierto que las porciones del caudal hereditario destinadas para ellos eran menores que las entregadas a los hijos legítimos o de matrimonio.

⁸⁰ *Ídem* página 73.

Por otra parte, las formas de solución de conflictos –*arbitraje*– que practicaban antes de llegar a un procedimiento judicial, constituyen otro de los rasgos del avance de la civilización griega en cuanto conocedores de la lógica y de la ética, lo que les permitía proponerse salidas anticipadas a una desgastante contienda judicial.

2.2.2. El Derecho Romano

2.2.2.1. El Derecho de la Antigua Roma

Como no existen sistemas jurídicos puros, el derecho de la antigua Roma tiene una gran influencia del derecho de los griegos⁸¹, por eso se le llama neo romanista⁸², siendo la obra más trascendente de este sistema *el corpus iuris civilis*,⁸³ trabajo de compilación del siglo VI de nuestra época, ordenado por Justiniano, mediante la que los encargados de esta trascendental obra jurídica, sistematizaron cinco siglos de una basta y productiva actividad jurídica del Imperio Romano.

Aquel documento fundacional fue el que precisamente dio lugar al denominado *sistema jurídico neo romanista*,⁸⁴ a esto Aldo Schiavone le llama la invención del

⁸¹ *Ob cit.*, Floris, Margadant Guillermo, página 75. Ya que los ingredientes griegos de esta mezcla pueden reconocerse a menudo por su terminología griega, conservada en textos por lo demás redactados en latín. Especialmente en las relaciones surgidas entre acreedor y deudor abundan estos términos. Así sobreviven hasta hoy algunos términos como documento *quirografario* (reconocimiento de una deuda por puño y letra del deudor, (...) la *hipoteca* y la palabra *hiperrocha* o sea demasía, concepto ligado al anterior; el *anatocismo* (cálculo de intereses sobre intereses); la *anticresis* (prenda en la que el acreedor obtiene el derecho de usar y disfrutar el objeto garantizante, mediante renuncia a los intereses o reducción de ellos); así como, por último, la expresión *senalagmático* (contrato que genera obligaciones recíprocas entre los contratantes). Todo ello sugiere que el derecho privado griego había desarrollado el tema de las obligaciones y los contratos en forma tal, que llamo la atención de los juristas romanos.

También la *enfiteusis* es una figura griega que se funde finalmente con el *ius agro vectigali*, aplicando a los bienes pertenecientes a la esposa, pero separados de la dote. Otro elemento del derecho griego, expresamente señalado en el *Corpus Iuris* de Justiniano como una institución de origen no romano, es la “avería gruesa” de la *Lex Rhodia de Icatu*, que sobrevive en las legislaciones modernas (reparto del daño sufrido por un comerciante, entre todos los que reciben el provecho nacido de tal daño, cuando haya sido necesario sacrificar la mercancía de uno, para salvar el barco y la mercancía de los demás). En general, es probable que el derecho marítimo griego (ya codificado unos nueve siglos antes de Cristo en la isla de Rodas) haya influido mucho en el derecho romano, cuyos orígenes se debían principalmente a un pueblo de campesinos, desconfiado del mar, que no tenía un derecho marítimo autóctono.

⁸² Néo, es un prefijo procedente del gerundio, que significa nuevo y que al entrar en la conformación de nombres y adjetivos adquiere el significado de “nuevo”, por tanto el Neo romanismo, significa un derecho nuevo a partir de la presencia del derecho griego.

⁸³ Kunkel, Wolfan, citado por Sirven Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, decimoquinta edición, editorial Porrúa, México 2012, página 21.

⁸⁴ *Ob cit.*, Floris, Margadant Guillermo, página 86.

derecho en occidente⁸⁵, en el cuerpo normativo de referencia ordenado por *Justiniano I*, el autor Italiano citado le atribuye ese carácter constitutivo del derecho, partiendo de la importancia que tiene lo jurídico en la actualidad, cuando señala que ninguna organización humana se ha sustraído a regirse por un cuerpo de normas.

Además sostiene el napolitano que hasta antes de esta parte de la historia del derecho romano, no se tenía el antecedente en el mundo occidente de lo jurídico, a excepción de Grecia. Otro dato más en el que se apoya Schiavone para considerar al derecho como una disciplina autónoma en occidente y por tanto invención de los romanos, es que, la ley es igual para todos y que el derecho es un sistema autocentrado de reglas racionalmente definidas.⁸⁶

2.2.2.2. El Derecho Romano-Germánico.

El derecho romano entró en decadencia a mediados del siglo III d. C. alcanzándole su inercia para que en el siglo VI se diera la gran compilación de lo hasta entonces producido por Roma como derecho a través del *Codex, los Digesta, las Instituciones, las Novellae*, es decir a lo que actualmente conocemos como el *Corpus Iuris Civilis*; pero después por una serie de factores como lo son el cristianismo, la decadencia del Imperio Romano y por tanto la presencia de otras culturas en las otras tierras bajo el dominio de los romanos, las que aplicaban su derecho pese a respetar el derecho de cada lugar; trajo como consecuencia que se fuera diluyendo el derecho romano esto durante los siguientes diez siglos.

No obstante recuperó vigencia a partir del siglo XIII de nuestra era, fenómeno único hasta el momento y motivo de estudio en este apartado, por considerarlo un acontecimiento importante en el devenir del derecho. En los párrafos siguientes, apoyado en las ideas de varios doctrinarios, trataré de explicar las razones de la nueva actualidad del derecho romano.

Para Rene David,⁸⁷ la creación de la familia romano-germánica coincide con el *Renacimiento*, época en que se trabajaba por volver a los orígenes del derecho, debido

⁸⁵ Schiavone, Aldo, *Ius, la invención del derecho en Occidente*, Adriana Hidalgo editora, segunda edición en Argentina, Argentina 2012, contraportada.

⁸⁶ *Ídem* página 24.

⁸⁷ *Ob cit.*, Rene David página 26.

a la crisis que significaba poner fin a un régimen arbitrario, plagado de consideraciones sobrenaturales, como cuando para resolver un litigio un testigo podía ser “pasado testigo que era pasado por la lumbre si no se quemaba, si le constaban los hechos” situación que nada tenía que ver con la idoneidad o imparcialidad de un testigo.

Por lo anterior, sostiene el autor francés que era necesario dejar de confundir a la religión y moral con el derecho civil y el derecho; para reconocerle a este último una función propia y autónoma, la que a la postre sería la característica de la civilización de occidente.

Se necesitaba un derecho nuevo basado en la justicia a partir de la razón; lo que de alguna manera significaba regresar al origen del mundo occidental, es decir al mundo de los griegos, ya que son los primeros que le otorgan “raciocinio” al derecho.

Schiavone,⁸⁸ por su parte, sostiene que el resurgimiento del derecho romano se debe a las categorías y a las formas analíticas del pensamiento jurídico romano, aunado a un modelo insuperable de racionalidad natural y civil, en una palabra: en una auténtica e inmutable metafísica jurídica.

El autor de referencia cita en su obra denominada *Ius – la invención del derecho en occidente* – a Savigny con el libro “*sistema del derecho romano actual*”, donde el brillante autor alemán afirma categóricamente que la razón del resurgimiento del derecho romano se debe a su fórmula matemática, ya que se encuentra sustentado en la construcción de un sistema de “*máximas*” y de “*principios fundamentales*” no “*arbitrarios*” sino conectados de modo *real* a un conjunto de medidas y de proporciones preestablecidas.

A partir de las anteriores afirmaciones de Savigny y con la conclusión igualmente contundente, cuando señala que en Alemania el derecho romano está vigente, por tanto desde esa época -la primera mitad del S. XIX (1840-1849)- se le llama a la familia que proviene del derecho romano: Romano-Germánico.

2.2.3. El Derecho en la Edad Media

⁸⁸ *Ob. cit.*, Schiavone, Aldo, página 534.

La primera característica del derecho en la Edad Media –a principios del feudalismo– fue la fusión del derecho privado con el público.⁸⁹

Hacia el año 1000 d. C. se da la vulgarización del derecho, por tanto esta etapa dentro de la edad media fue de decadencia para el derecho.

En esta época de la historia, pese a dicha circunstancia, encontramos en el siglo XI el origen del estudio del *corpus iuris civilis* en la Universidad de Bolonia, Italia, lo que da lugar a una serie de movimientos de estudiosos del derecho, quienes queriendo desentrañar el contenido de la obra ordenada por Justiniano I a Tribonio, permiten que surja la escuela de los *glosadores*, al comenzar a hacer los primeros *comentarios* a los cuatro obras de los que se compone el cuerpo del derecho civil ya mencionado.

Los comentarios o glosas – interlineales o marginales⁹⁰ – eran necesarias ante la gran maraña jurídica y asistemática que era el derecho Justiniano.

Otra corriente de estudiosos del *corpus iuris* son los *ultramontani* –los que están más allá de las montañas-, los que surgen en el siglo XII queriendo darle un sentido práctico al derecho de su tiempo, lo que resolvían conforme a las bases o principios del derecho romano – *corpus iuris civilis* – a partir de los descubrimientos y análisis de los glosadores.⁹¹

Una escuela más empeñada en desentrañar el significado del derecho de Justiniano fue la de los *posglosadores o comentaristas*⁹² los que en la Edad Media lograron plenamente utilizar el derecho civil de los romanos para aplicarlo a la práctica forense de ese tiempo.

2.2.3.1. El Derecho Canónico

⁸⁹ *Ob cit.*, Floris, Margadant Guillermo, página 133.

⁹⁰ Van Caenegem citado por Sirven Gutiérrez, Consuelo, *Ob. cit.*, página 32. Los primeros consistían en breves explicaciones que se anotaban entre las líneas de los textos a propósito de la acepción de una palabra o de una expresión aislada ; las segundas eran explicaciones más extensas que se consignaban en el margen del texto.

⁹¹ *Ob cit.*, Floris, Margadant Guillermo, página 143.

⁹² *Ob cit.*, Sirven Gutiérrez, Consuelo, página 33.

La iglesia elaboró el derecho canónico para su propio gobierno y para regular los derechos y obligaciones de sus fieles; por tanto era el derecho universal del campo espiritual, directamente asociado a la autoridad del Papa.⁹³

Este derecho es el que se da la Iglesia católica para regir su vida interna, con un lenguaje propio como lo tienen muchas ramas de la vida humana. Esta normatividad es llamada *canon*, palabra que proviene del griego *kanon*, que significa regla.

El cristianismo se consolida como religión oficial en el año 313 d. C. regida por la teología; pero como las creencias se practican en el mundo de lo terrenal, se hacía necesario de un ordenamiento jurídico -cánones- que surgió casi a la par de la aparición del catolicismo y es en siglo XI cuando es ordenada en el *Decreto Gratiani*, la gran cantidad de cánones que existían para esa época. Posteriormente fueron las *Decretales* enseguida el *líber sextus* y tiempo después *las Clementinas*; hasta llegar a la "*Romana*" la que *compila todos los ordenamientos anteriores en un Corpus Iuris Canonici*, el que contiene un panorama casi completo del derecho de personas y de familia, así como de los derechos reales, de contratos, de obligaciones y sucesiones, además de normas de carácter penal, administrativo y procesal, lo que ocurrió hacia finales del siglo XVI - 1582 -.⁹⁴

El contenido de ese cúmulo de normas sustantivas y procesales nos da cuenta de la importancia que había adquirido en la Edad Media el cristianismo, mismo que regía la vida de las personas, utilizando solo como materia supletoria al *Corpus Iuris Civilis*.

2.2.3.2. El Derecho Común.

Este derecho fue el producto de la fusión del derecho eclesiástico o canónico y al derecho civil de los romanos o *corpus iuris civilis*. La integración de estos derechos fue llamado Derecho Común – *era un fondo común de ideas jurídicas*⁹⁵ -, el cual se aplicó a partir de la segunda mitad del siglo XVI y durante todo el XVII.

⁹³ Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, segunda edición corregida, editorial Fondo de Cultura Económica, México 2077, página 32.

⁹⁴ *Ob cit.*, Floris, Margadant Guillermo, página 146.

⁹⁵ *Ídem* 147.

2.2.4. El Derecho en la Época Moderna

En esta travesía de la historia universal del derecho, toca analizar cómo era el derecho en la Edad Moderna, la que ubicaremos a partir de 1789.

El contexto político-social del siglo XVIII era que los países de Europa estaban gobernados por reyes, los que para esa época ya no eran tolerados por el pueblo, razón por la que en Francia surgió un movimiento emancipador en contra del monarca, con la emblemática toma de la Bastilla. Ese fue el momento en que dio inicio la Revolución Francesa.

Y como resultado de ese sacudimiento social, que además fue influido por la *ilustración*,⁹⁶ se estableció la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que convirtió al hombre en el centro de atención del gobierno. Surgían así los derechos fundamentales.

Otro suceso importante de esta época que habría de impactar seriamente el mundo del derecho, lo constituyó el surgimiento del *positivismo*.⁹⁷ El lugar de origen de esta corriente de pensamiento también fue el país galo.

En esta etapa de la historia universal el derecho por primera vez es codificado como lo conocemos ahora. En efecto, en la Francia de Napoleón se legisla por primera vez para que el derecho quede plasmado en un documento moderno publicado en 1804 bajo el nombre de Código de Napoleón, por lo que estamos ante un ordenamiento escrito para el derecho civil *-formalista-*.

2.2.5. El Derecho Contemporáneo

Este derecho surge ante el agotamiento del positivismo, cuyo formalismo lo mete en una camisa de fuerza que impide cualquier interpretación fuera de la ley escrita y nada que no estuviera contemplado en la norma emitida por el Estado podía considerarse como derecho.

⁹⁶ *Es la era de la razón y de la libertad*. El pensamiento ilustrado, confía en que la razón humana puede conducir a la humanidad hacia adelante, dominando la naturaleza, formando personas autónomas y construyendo sistemas políticos basados en la libertad.

⁹⁷ Deja de lado a las divinidades como manera o forma de explicar al hombre en sociedad; para establecer que la ciencia es el conocimiento de los hechos, de los sucesos observables y medibles, por lo que en el campo del derecho, solo la norma producida por el estado es derecho - la única ciencia jurídica es la dogmática jurídica que estudia normas pues reduce el derecho a las mismas -, con lo que de paso es y representa una oposición al derecho natural.

2.3. Conclusiones Preliminares

En este capítulo se analizó la esencia del tema de la investigación, toda vez que hoy no se concibe el derecho sin ese valor inmanente, llamado *justicia*.

Y el sostener que Aristóteles sólo aporta una clasificación de *justicia* sin dar el concepto, se debe a que pareciera que la justicia es una cuestión matemática, cuando el griego señala que la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde. Con lo anterior se impone una pregunta para un caso concreto: ¿Qué le corresponde a cada quién? Luego surge necesariamente otra: ¿el problema se dilucida con una fórmula matemática?

Por otra parte, los autores de la Edad Media, insisten en hablar de justicia en *dios*. Por tanto, durante dicha época la *justicia* tuvo un marco normativo teológico.

A propósito de la justicia, dentro de los autores modernos encontramos a Kant, quien partiendo de la concepción Rousseauna sobre el pacto social habla del "*libre acuerdo*" y lo hace transitar por el liberalismo moderno, concluyendo que es justo [de justicia] todo aquel comportamiento que se realiza en sociedad con libertad, igualdad e independencia; es decir que no interfiere con el contexto social, ni le obliga al individuo a constreñir su vida en aras de la colectividad y por tanto a conducirse con libertad.

Por su parte, Kelsen sostiene que la justicia no existe ya que para llegar a ella se necesita un Estado justo, entendiendo por éste aquel que colma a los ciudadanos en todas sus necesidades y de manera particular cuando en una contienda judicial resulta un vencido o perdedor, éste queda resentido o inconforme y por ello es que no se alcanza la justicia.

Para Hart, la justicia –distributiva- mantiene o restablece un equilibrio o proporción; y por ende de la justicia hace una proclama política a partir de la filosofía del derecho, ya que se pronuncia sobre la justicia social.

Habermas establece que la moral es el origen de la justicia ya que genera solidaridad, la que se traduce en lo bueno para el individuo y para la sociedad. Por eso sostiene que lo igualmente bueno para todos es justicia.

Dworkin considera que la justicia es motivo de interpretación, por tanto cada uno de nosotros tiene una idea particular de la misma la que nos sirve para poner en consideración o debate sobre la mejor concepción de ese concepto.

Alexy le da un tratamiento jurídico a la justicia ya que afirma que es una compensación, situación que obliga a fundamentar y justificar esa decisión de compensación.

Este autor Alemán es quien mejor responde a la hipótesis del proyecto de investigación ya que establece que para resolver un asunto planteado a los órganos jurisdiccionales, éste tiene el propósito de restituir y para lograrlo resulta menester dar la explicación –lógico-jurídica- del porqué de la forma de resolver, es decir se debe sustentar el sentido del fallo y fundamentarlo y con ello se abandona la forma mecánica de la aplicación del derecho.

En el apartado del origen del derecho ha quedado señalado que la primera expresión del derecho propiamente dicho lo encontramos en la *costumbre*, por ello se considera que es el antecedente más remoto del derecho. Y también quedó establecido que la primera manifestación del derecho como lo conocemos ahora, lo constituye el código de Hammurabi, al encontrarse escrito en una piedra, es visto como el primer documento de derecho que reconoce la humanidad.

Los griegos le aportan al derecho la característica de la emancipación de la justicia y con ellos el tema a estudio logra la autonomía, dando nacimiento al derecho natural, ya que consideran a la razón y al deber de obediencia en la ley, dos motivos inmanentes en el derecho.

Por su parte, los romanos logran de manera definitiva separar al derecho de lo divino y con ello lo elevaron a rango de ciencia.

En la Edad Media se registra el surgimiento de la Iglesia católica y su derecho que lo es el canónico.

La época moderna del derecho se encuentra marcada por tres acontecimientos: el surgimiento de los derechos humanos (Francia 1789), la ilustración –la razón y la libertad como formas de moldear al ser humano y el surgimiento del positivismo.

CAPITULO TERCERO

Justicia y derecho, en el sistema judicial mexicano

Sumario: 3.1. Justicia. 3.1.1. El problema de la conceptualización de justicia en el sistema judicial mexicano. 3.1.2. La Impartición de justicia. La Procuración y la Jurisdicción. 3.1.2.1. La Impartición de justicia. 3.1.2.2. La Procuración de justicia. 3.1.2.3 La Jurisdicción. 3.2. El Derecho. 3.3. Conclusión preliminar.

En este capítulo abordarán los conceptos de derecho y justicia como los entendemos en el sistema jurídico mexicano y más concretamente en la práctica forense; lo anterior tomando en consideración que ya se analizaron dichos temas, desde el punto de vista de su origen.

A pesar de que entre derecho y justicia no existe ninguna conexión conceptual, ambos se encuentran relacionados, ya que no puede haber justicia sin derecho en atención a que aquella es el ideal de todo sistema jurídico, pero tampoco el aparato de gobierno sobre el que descansan las estructuras del derecho pueden prescindir de esa aspiración al emitir resoluciones justas [de justicia].

3.1. Justicia.

A pesar de que el sistema judicial mexicano, en la Carta Magna y en otros ordenamientos contiene la idea de justicia, esta sólo constituye una pretensión; ya que como lo sostiene Joel Carranco Zúñiga: “... *No obstante que la justicia es la aspiración más noble del derecho, nuestro sistema jurídico y en especial los tribunales judiciales no tienen como atribución legal la de impartir justicia, sino la de aplicar la ley correcta al caso que se somete a su consideración para resolver un conflicto o declarar una cuestión de derecho...*”.⁹⁸

Lo anterior tiene sustento en la Constitución, la que contiene dos principios torales para el ejercicio jurisdiccional, a saber: el de legalidad y el de certeza jurídica, los que se encuentran plasmados en los artículos 14 y 16 de ese ordenamiento, mismos que obligan a los operadores jurídicos sólo a aplicar derecho y a fundar y motivar sus resoluciones; es decir, aplicar la ley correcta al caso que se someta a su consideración para resolver un conflicto o declarar una cuestión de derecho. Sobre

⁹⁸ Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, segunda edición, editorial Porrúa, México, 2005, página 56.

estos numerales también se ha pronunciado la Suprema Corte estableciendo que “*las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite*”,⁹⁹ de tal suerte que en el sistema judicial mexicano se aplica la justicia sólo por excepción, ya que generalmente se resuelve conforme a derecho.

3.1.1. El problema de la conceptualización de justicia en el sistema judicial mexicano.

El problema de la justicia es *conceptualizarla*; pues como bien lo sostiene Hans Kelsen en su célebre obra *¿Qué es la justicia?*,¹⁰⁰ ésta es la pregunta de mayor importancia en la humanidad, y tratando de darle respuesta a la interrogante, establece que la misma sólo nos lleva a otras preguntas.

Lo anterior es así, si consideramos que a lo largo del devenir histórico no tenemos un concepto de justicia que se pueda manejar como una constante, pues solamente hemos tenido en los diferentes estadios un *ideal de justicia –relativismo axiológico-*.

Aunque doctrinarios como Juventino V. Castro se atreva a opinar diciendo que la *Justicia debe ser entendida como un valor absoluto*,¹⁰¹ sosteniendo lo contrario Vallado Berron, al establecer: “...*hay cosas valiosas en la experiencia objetiva universal, en la experiencia histórica y científica, pero no hay valores absolutos ni puede haberlos, porque los valores son ideas, esto es, pautas metódicas de conocimiento que si se hicieran objetos, es decir, si fuera posible conceptualizarlas definitivamente, dejarían de ser tales pautas para transformarse en cosas que, a su vez, necesitarían de otras ideas para poder ser determinadas como tales cosas. La idea es inaprensible por la conceptualización, por lo que siendo ideas los valores es absurdo pretender conocerlos como cosas...*”¹⁰²

Blanco Fornieles, hablando precisamente de la dificultad de conceptualizar a la *justicia*, establece que el asunto no pasa sólo por el prurito de algunos filósofos, sino de una auténtica disputa que versa sobre la identificación misma del concepto, sobre la posibilidad o imposibilidad de dotarlo de un contenido determinado, sobre su necesidad

⁹⁹ (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, segunda parte, salas y tesis comunes).

¹⁰⁰ Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, segunda edición, editorial Ariel, España, 1992, página 35 y ss.

¹⁰¹ Juventino V. Castro, *Los Jueces Mexicanos y su Justicia*, editorial Porrúa, México, 2004, página 98.

¹⁰² Vallado Berron, Fausto E., *Introducción al Estudio del Derecho*, Joaquín Porrúa editores, México, 2004, página 207.

o precindibilidad, sobre su materialización, sobre su permanencia o transitoriedad, sobre su trascendencia o su inmanencia.¹⁰³ lo anterior visto desde la óptica Kelseniana, serían las otras interrogantes sobre la justicia; y lo que Víctor Blanco llama la disputa filosófica sobre la conceptualización de justicia; la somete a una ruta crítica de los griegos a Hart, pasando por los Romanos, analizando a Goytisolo, sin dejar de analizar a Rawls, y desde luego a la corriente del derecho natural, estudiando en todos y cada uno sus “conceptos de justicia”, llegando a la conclusión que ningún pensador o corriente posee un concepto acabado de lo que es justicia y mucho menos que una vez formulado “su concepto”, el mismo allá trascendido en el tiempo. Esto nos lleva a concluir, de acuerdo con lo afirma por Vallado Berron, no existe concepto de justicia por que los ideales no pueden ser conceptualizados, sin que ello signifique que el valor axiológico de que se trata, deba ser apartado de nuestro sistema jurídico mexicano, pues éste debe seguir siendo un fin permanente.

3.1.2. La impartición de justicia. La procuración y la jurisdicción

Resulta pertinente señalar que no obstante que el tema de ésta investigación - *justicia*— se desarrolla en la función jurisdiccional, es indispensable para la materia penal hablar de la procuración de justicia, entendida como la actividad que realiza el Ministerio Público como un antecedente de la función jurisdiccional en materia penal, para el supuesto de que la noticia criminal alcance el grado de delito y tenga que pedirse la intervención del juez de control para revisar la actividad del representante social y dar paso propiamente al juicio oral o función jurisdiccional en el derecho punitivo.

3.1.2.1. La impartición de justicia

En México, se confunde a la justicia con la tutela jurisdiccional y más concretamente con el derecho de acceso a los tribunales; sin embargo, tomando en consideración que la *justicia* es un ideal, la misma no se encuentra garantizada únicamente con la posibilidad de comparecer al hacer valer un derecho sustantivo o cuando se formulan defensas y excepciones respecto de la acción de un actor. Por tanto, en este apartado abordaremos a la justicia sólo como una denominación en

¹⁰³ Blanco Fornieles, Víctor, Derecho y Justicia Editorial Porrúa, México, 2006, página 2.

nuestros órganos de procuración y de administración de derecho, en los que el vocablo *justicia* resulta estar fuera de contexto, sin dejar de reconocer que todo orden jurídico que se precie de serlo, debe tener como fin último a la *justicia*; sin embargo, como lo dejé precisado en el párrafo anterior, este concepto jurídico fundamental llamado justicia será observado desde la lente del *sistema jurídico mexicano*, y éste tiene como esencia la *negación a la moral y los valores relacionados con el ser del derecho*.¹⁰⁴

Pero como nuestro sistema jurídico se encuentra fuertemente influenciado por el positivismo dogmático, diremos que el positivismo jurídico contempla la forma del derecho más que su contenido moral o social, limitándose a la investigación del derecho tal como es, sin considerar su justicia o injusticia; es decir, que elimina la especulación metafísica y filosófica. Esto, cuando menos desde mi punto de vista, resulta determinante para no considerar en la denominación de los órganos jurisdiccionales el agregado de justicia, como puede ser el caso del Supremo Tribunal de [Justicia] o el de la Procuraduría General de [Justicia], organismos sustentan su accionar en la legalidad.

3.1.2.2. La procuración de justicia

Cuando en el Sistema Jurídico Mexicano se habla de procuración de justicia, nos estamos refiriendo a la estructura de la Procuraduría General de Justicia, esquema que se reproduce en las entidades de la Federación, con las procuradurías generales de justicia de los estados, con su función específica de ser el representante del Ministerio Público –órgano investigador y persecutor de los delitos- mismo que se convierte en parte durante el proceso y es detentador del monopolio de la acción penal –situación que ha variado parcialmente con la reforma constitucional penal, ello porque desde el 18 de junio de este año de 2016, con el nuevo sistema penal –*acusatorio*- que contempla la acción penal privada, la acción penal dejará de ser actividad exclusiva de ese representante del ejecutivo.

La aplicación del término *justicia* a ese órgano sólo lo entiendo, como ya lo señalé en líneas precedentes, en ese todo llamado sistema jurídico -mexicano-, mismo que tiene como misión la *justicia*, pero que en la práctica, por la taxativa del derecho

¹⁰⁴ *Ob. cit.*, De la Torre Rangel, Jesús Antonio, página 81.

penal, está prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena que no esté decretada por la ley, e incluso en función de parte, dentro del procedimiento del llamado representante social, de ahí que el funcionamiento de ese órgano del poder ejecutivo no puede emitir juicio de valor en sus carpetas de investigación y debe constreñirse solo a los delitos que marca el código de la materia o acusar sobre lo que esté presuntivamente acreditado en autos; por lo que la llamada *procuración de justicia*, en muchos de los asuntos la misma no se hace presente y se actualiza la separación de los valores axiológicos con los que se debe conducir este órgano, ya en el plano nacional, ya en el estatal. En consecuencia, la denominación *procuración de justicia* no corresponde a la realidad.

3.1.2.3. La jurisdicción

La jurisdicción, entendida como declarar o decir el derecho, es por tanto la potestad del Estado, para aplicar el derecho –impartir justicia–, por medio de los tribunales o de otros órganos en los asuntos que llegan a su conocimiento. De lo que se sigue, es que la jurisdicción: *es la facultad que tiene el Estado para dirimir litigios de trascendencia jurídica, a través de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, mediante la aplicación de normas jurídicas e individualizadas.*¹⁰⁵

Pero también entendemos por jurisdicción, a decir de Ugo Rocco: “... a la actividad dirigida por el Estado a la actuación del derecho objetivo, mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y mediante la realización forzosa de la norma general misma...”¹⁰⁶

De ahí que la *jurisdicción* es la función pública realizada por los órganos del Estado, principalmente por los del poder judicial, llamados precisamente órganos jurisdiccionales, cuya función es conocer y juzgar los litigios y de ejecutar lo juzgado.¹⁰⁷

De lo anterior podemos concluir que el artículo 17 constitucional cuando habla de *justicia*, se está refiriendo a la tutela jurisdiccional, ya que el mismo sólo garantiza el

¹⁰⁵ *Manual del Justiciable. Elementos de Teoría General del Proceso*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, México 2010, página 52.

¹⁰⁶ Diccionario de Derecho Procesal Civil, Eduardo Pallares, Editorial Porrúa, vigésima novena edición, página 512, México, 2008.

¹⁰⁷ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, quinta edición, editorial Oxford University Press, México, 2001, página 118.

acceso a acudir ante un órgano jurisdiccional cuando algún ciudadano se sienta vulnerado en sus derechos, órgano jurisdiccional que deberá resolver el problema planteado. Ahora bien, si además de resolver el problema conforme a derecho, se hace justicia –dar a cada quien lo que le corresponde-, se cumple con el fin último de todo sistema judicial, como lo es el Mexicano.

Pero como se viene sosteniendo en nuestro país y en el estado [de Michoacán] no se aplica justicia en todos los asuntos, y en la función jurisdiccional es donde se refleja de manera nítida la *injusticia*, ya que al realizar su actividad sustantiva se aplica el derecho al caso concreto, tema será analizado en el próximo capítulo con amplitud.

3.2. El derecho

Hablar del derecho, como se comprende en el Positivismo Mexicano, es referirnos a las normas que en esta época y para nuestro país se encuentran vigentes – *es el políticamente reconocido, es decir, el que el estado crea o aplica por medio de sus órganos*¹⁰⁸, mismo que se conforma por: *las normas legales* creadas a través del proceso legislativo (leyes y códigos); *las reglas consuetudinarias que el poder público reconoce y aplica*, se refiere a los principios generales del derecho, la costumbre, la equidad y la justicia; la jurisprudencia obligatoria y las normas individualizadas, es decir las resoluciones judiciales y administrativas, todo tipo de sentencias, además de los contratos y testamentos.¹⁰⁹

Así las cosas, el Estado es el que otorga vigencia al orden jurídico, pues como se desprende de la cita de referencia, no sólo es vigente el derecho que genera el estado, a través del proceso legislativo, sino el que crea el poder judicial por medio de su actividad jurisdiccional con la interpretación de la Corte a las normas o con la integración de las mismas, adquiriendo la fuerza normativa de un texto legal y que en el argot de la práctica forense le llamamos *fuerza vinculante; la costumbre, los principios generales del derecho, la equidad y la justicia* -disposiciones que contienen casi todas las normas generales como supletorios o integradores de esos ordenamientos-.

¹⁰⁸ *Ob, cit.*, García Máynez, página 40.

¹⁰⁹ *Ídem*, página 38.

Finalmente, también es parte del derecho vigente el resultado de la aplicación de las normas; es decir, la individualización del derecho al caso planteado por medio de las diversas clases de sentencias y sus correspondientes ejecuciones, así como los contratos y testamentos que realizan los particulares con base en el derecho.

Ahora bien, en los dos párrafos precedentes hemos hablado de Estado y de derecho, y de acuerdo con el sentido que se concede al primero, podemos concluir que el segundo sirve como una forma de control del primero, ya que hemos reiterado que son cuatro las manifestaciones del derecho, que valen sólo y hasta en tanto las reconoce el Estado, y por tanto son la parte coercitiva para llevar a cabo algunos de los fines del Estado como son el orden y la convivencia entre la población, a través del llamado Estado de Derecho –la titularidad del poder, su ejercicio y el poder regulador se encuentran sujetos al derecho-.¹¹⁰

3.3. Conclusiones preliminares

En este capítulo se abordan los conceptos fundamentales –justicia y derecho– como los entendemos en el sistema jurídico mexicano.

Por lo anterior, el tema de la justicia en la función jurisdiccional es una excepción y no la constante, ya que ésta no se encuentra incorporada en las sentencias; aunque ésta sea el ideal de todo sistema jurídico que se precie de serlo.

Por otra parte, el problema de la justicia es conceptualizarla en el sistema judicial mexicano, y por ende, definirla, ya que sólo es un ideal que se pretende alcanzar.

La impartición y la procuración de justicia son solamente dos formas de denominación para dos funciones del poder –el judicial y el ejecutivo-; ya que por disposición de la norma fundamental, ni el uno imparte justicia ni el otro la procura en la mayoría de los casos, lo más que acontece es que el primero otorga el derecho a la jurisdicción a los mexicanos y el segundo ejercita la acción penal.

Hablando de la jurisdicción, quedó claro que ésta no es sinónimo de justicia y es únicamente la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales para que se aplique la norma al caso sujeto a controversia judicial, que si en la aplicación del

¹¹⁰ *Ob.cit.*, Blanco Fornieles, página 32.

derecho se da intersección con la justicia, con ello se cumple el anhelo de todo sistema judicial de alcanzar la justicia.

Finalmente, el derecho es una forma de control político del Estado, en el llamado Estado de Derecho, en atención a que la soberanía siempre requiere de un poder coactivo para hacer prevalecer sus determinaciones y eso solamente se lo dan las normas vigentes.

CAPÍTULO CUARTO

La justicia y su dificultad de aplicación en nuestro país

Sumario: 4.1. La relación de la justicia y el derecho. 4.2. El Sistema Judicial Mexicano y la justicia. 4.3. Los derechos fundamentales y sus garantías individuales. 4.4. El sistema judicial mexicano y la obligatoriedad de aplicar el derecho. 4.5. La dificultad de aplicar justicia en el sistema judicial mexicano. 4.6. La necesidad de una reforma judicial, para establecer como obligatoria la aplicación de la justicia al resolver los problemas planteados. 4.7. Conclusión preliminar.

4.1. La relación de la justicia y el derecho.

El hilo conductor de este trabajo académico, es la *justicia* en el sistema judicial mexicano, y tiene por objeto explicar el motivo de su ausencia en la mayoría de las decisiones judiciales en nuestro país.

Es pertinente señalar que la justicia y el derecho son dos conceptos autónomos; lo anterior es así ya que la primera forma parte de la filosofía, mientras que el derecho es un producto cultural que crea el hombre para sí mismo, para que le ayude a vivir en armonía.

A pesar de lo anterior, la intersección de ambos logran el ideal de todo sistema jurídico, entre ellos el mexicano.

Al considerar que todo derecho tiene como ideal a la justicia y que la idea de justicia sólo se puede desplegar en un sistema jurídico, podemos decir -en otras palabras- que la *justicia en la función jurisdiccional* tiene como vehículo al derecho, y para que este se transforme en derecho vigente, es necesario que el Estado legisle, es decir que produzca la norma, que así lo señale.

De ahí que para que haga intersección la justicia con el derecho, será necesario acudir ante un órgano jurisdiccional, que al resolver, si lo hace con equidad, habrá logrado que se crucen el derecho con la justicia; pero si resuelve el asunto sólo sobre la letra de la ley, se estará aplicando únicamente el derecho, sin tomar en cuenta a la justicia.

En consecuencia, el desarrollo de este apartado solamente se puede realizar a partir de la relación de Estado y derecho y más concretamente del llamado Estado de Derecho, y la eficacia de este medible a partir de la justicia encarnada en el derecho,

habida cuenta que: La “gran función” del derecho es realizar la justicia en una determinada sociedad.¹¹¹

Otra forma de explicar la idea que me vengo refiriendo, es hablar de la justicia, en cuanto: “...valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no deriva de otro superior. La médula de la justicia es la idea de igualdad. Desde Aristóteles se distinguen dos clases de justicia: La justicia **conmutativa** representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación; presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; y la justicia **distributiva** preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas; presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinados a ella...”¹¹²

La cita anterior nos habla de la *justicia* desde el punto de vista filosófico; sin embargo esta se encuentra subjudice en el derecho, cuando este aplica la norma a casos concretos y es precisamente en este momento cuando se relacionan ambos conceptos –justicia y derecho–. Ahora bien, pero como la justicia siendo un valor total ¿puede incorporarse al derecho en forma de sentencia? Y la respuesta la encontramos en los fines del derecho, como son: el orden social, la verdad y desde luego, la *justicia*.

Aquí surge una interrogante más: ¿para administrar justicia, sólo basta aplicarla? y la respuesta es no, ya que la justicia no es algo que el derecho consiga por sí solo. La consecución de la justicia requiere de una serie de factores extra normativos, ligados a la aplicación de las normas.¹¹³ De ahí que la equidad es el vehículo que tiene el derecho, para hacer justicia.

Tratando de llegar a una expresión muy elemental de los dos temas del presente acápite, se impone el estudio de los vocablos: Derecho, justicia y equidad.

Todas las palabras en castellano, al inicio de las cuales se halla el prefijo *equi*, significan igualdad. Ejemplos de ellas son: *Equidistante*: distante *igualmente*; *Equilátero*:

¹¹¹ El derecho y la justicia, Edición de Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., Editorial Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado, España, página, 458.

¹¹² Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1985, página 31.

¹¹³ Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, editorial Porrúa, México, 1993, página, 214.

figura que consta de lados, *iguales*; *Equinoccio*: tiempo en que los días son *iguales* a las noches. De lo anterior se podrá inferir claramente que la voz *equidad* significa *igualdad*.

Veamos ahora la diferencia que la razón y el uso han asignado a las tres palabras en comento: El *derecho* es una ciencia; la *justicia*, una virtud; y la *equidad*, un hecho. Luego entonces el hombre que conoce el *derecho* es letrado. El que desea hacer *justicia* es probo. El que practica la *equidad* es recto. De modo que el *derecho* toca al raciocinio. La *justicia*, a la conciencia. La *equidad* a la conducta. Esto quiere decir que el *derecho* es intelectual. La *justicia*, moral. La *equidad*, civil. La *equidad* no es otra cosa que la realización de la *justicia*, como la *justicia* no es otra cosa que la realización del *derecho*, como el *derecho* no es más ni menos que la realización de la naturaleza social del hombre.¹¹⁴

Por tanto la voz que denota adaptación y humanización de la justicia a casos particulares es la *equidad*, misma que constituye un puente entre la hipótesis general, abstracta y universal de la norma jurídica, por una parte, y los hechos irrepetibles, concretos y particulares a que aquel supuesto se aplica en la realidad. En toda sentencia, material o formalmente jurisdiccional, debiera mediar, para suavizar la rudeza de la ley –*lex sed lex*– esta “prudencia judicial” que medie en el silogismo de la culminación procesal, las distancias entre la premisa mayor de las normas y la premisa menor de los hechos, para acortarlas, buscando en el acto de juzgar, la recta razón de obrar según justicia, de que todo buen juez debe estar revestido y cuya toga no visible, le procura la *equidad*. De esta manera, los puntos resolutive de su sentencia, no solo serán legales, sino justos, por virtud de la *equidad*.¹¹⁵

4.2. El sistema judicial mexicano y la justicia

En México, tanto en el foro, como en la academia, la doctrina y entre los operadores jurídicos la justicia es una excepción y no la regla; lo anterior a pesar de

¹¹⁴ Diccionario de Sinónimos, edición facsimilar, de la edición de 1910, Ediciones Oasis, S.A., México, 1983, página 160.

¹¹⁵ Estrada Sámano, José Antonio, *Notas sobre Filosofía del Derecho*, Morevallado Editores, México, 2002, página 109.

que en la práctica forense algunos profesionistas que se dedican a la postulación traen un “*Quijote en su alma*” cuando patrocinan a sus clientes.

Para Rene David y Consuelo Sirven, entre otros, la justicia es el fin óptimo de todos los sistemas jurídicos y en el nuestro sólo es aspiración, pese a que algunos juzgadores en ocasiones les anima el espíritu de justicia; sin embargo, los mismos se ven impedidos por las garantías constitucionales del debido proceso, camisa de fuerza a la que los someten los artículos 14 y 16 constitucionales (garantías de legalidad y certeza jurídica), lo que hace imposible apartarse de la legalidad a que los constriñe la norma constitucional.

Fundamentalmente no se implementa justicia en México, porque así lo determina la Constitución en su parte dogmática y orgánica; habida cuenta que la Carta Magna, no tiene a la *justicia* como fin teleológico, ya que de sus ciento treinta y seis artículos, el vocablo de referencia, solo aparece en treinta y de estos, podríamos tomar como valor axiológico únicamente los que se contienen en los artículos relacionados con el derecho social, así como los que se refieren a la jurisdicción y más concretamente los que se refieren a la certeza jurídica y el del acceso a la función jurisdiccional; por tanto como bien lo señala Juventino V. Castro, la justicia carecen de una regulación constitucional para hacerla efectiva por parte de los ciudadanos.

De manera particular solo el decimó séptimo parece referirse a la justicia, como propósito o fin del poder judicial, pero doctrinarios como Ovalle Favela, llegan a la conclusión de que cuando se habla de justicia en el artículo 17 Constitucional se está refiriendo al derecho a la jurisdicción; explicando que el derecho a la justicia no es otra cosa que el derecho a la tutela jurisdiccional, mismo que define como: “...*el derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a los tribunales independientes imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes; así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisdiccional sobre la pretensión o la defensa y, en su oportunidad ejecuten esa resolución...*”.¹¹⁶

En los siguientes párrafos analizaré la idea de Justicia vista desde la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

¹¹⁶ *Ob, cit.*, Ovalle Favela, José, página 33.

Legislación.

En el proyecto de Constitución propuesto por Venustiano Carranza en el Título Primero, Sección I “De las garantías individuales” del 6 de diciembre de 1916, aparece el artículo 17

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

Y la forma en que quedo redactado el artículo de referencia en la promulgación de la Constitución el 5 de febrero de 1917, es de la siguiente:

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

Y el contenido del multicitado artículo en la Constitución vigente es del siguiente tenor:

“...Art. 17.- (...) 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. (...)...”

Como se puede ver de una simple lectura a la redacción entre la propuesta, y la aprobación, solo existe una diferencia en la *conjunción [y]*, misma que fue eliminada del proyecto en la promulgación, que se refiere a la gratuidad de la función jurisdiccional.

A casi cien años el artículo 17 Constitucional, ha tenido varias reformas, tales como adicionándole un párrafo que se refiere a mecanismos alternativos de solución de controversias; uno más sobre los procedimientos orales –se trata de la reforma penal más reciente (Constitucional penal 2008)-; otro relativo a la independencia judicial y el

penúltimo sobre la defensoría pública y en la redacción actual, el primer párrafo pasó al último, mismo que establece que nadie puede ser apresado por deudas de carácter puramente civil.

Por lo que, con la redacción actual, es claro que la *justicia* no está garantizada en el actual artículo 17 Constitucional; sino que, como ya se sostuvo en líneas precedentes apoyado en Ovalle Favela; el acceso a la justicia, es el derecho a la garantía jurisdiccional, misma que supone la obligación del Estado de crear los mecanismos institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales o cualquier otro tipo de derechos, pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes [facultades] garantías para obtener la reparación de esa violación.¹¹⁷

A propósito de la legislación y respecto del tema resulta pertinente señalar que por disposición de la jurisprudencia, el legislador, cuando menos por lo que ve a la materia penal, debe emitir normas claras, precisas y exactas, ya que así lo señala la jurisprudencia.¹¹⁸

¹¹⁷ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, segunda edición, editorial Porrúa, México, 2006, página 722.

¹¹⁸ **PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.**

El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. *Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado.* Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de

Luego entonces si desde el creador de la ley debe precisar lo estricto de la norma, de ahí que el juzgador este constreñido a aplicar la literalidad de la norma.

Doctrina.

Existen doctrinarios como Juan Alberto Carvajal, que sostiene que varias garantías individuales son el sustento de la justicia en México; cuando establece que el tema de la justicia se trata de diversas maneras y desde facetas variadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.¹¹⁹

Y abunda diciendo que en nuestra Constitución la justicia se trata en los artículos 1º, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22 y 23 y que las garantías que se contienen en estos derechos básicos de la persona, conforman todo un sustento *filosófico de la justicia*, en su aplicación y en su modo de ser, protegiendo al ser humano en sus valores fundamentales y plasmados ellos en la ley máxima, se reafirman el carácter protector de nuestro constitucionalismo, puesto el acento en el tema de nuestro tiempo: las libertades individuales.¹²⁰

Otro de los doctrinarios como lo es Juventino V. Castro, también sostiene que el valor axiológico de la justicia, se encuentra inserto en la Carta Magna, cuando señala que:

“...En todo el articulado de nuestra Constitución Política, se identifican principios jurídicos que encierran el valor justicia, aunque también contenga otros de la misma categoría, como lo son la equidad y la igualdad. (...) Me refiero a ellos en forma concreta. Por ejemplo al artículo 1º de la Constitución, que prohíbe la esclavitud. También en el propio artículo 1º encontramos la prohibición para discriminar, sea que tenga como fundamento el origen étnico o nacional de una persona, el género, la edad, las capacidades, la condición social, las de salud, la religión, la opinión, las preferencias hacia ciertas personas, el estado civil, o cualquier otro diferencial que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas

taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.

Jurisprudencia, Décima Época, Núm. de Registro: 2006867, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Núm. de Registro: 2006867, Tesis: 1a./J. 54/2014 (10a.).

¹¹⁹ Carvajal, Juan Alberto, *Estudios sobre La Justicia*, editorial Porrúa, México, página 242. Nota: este es un libro de antes de la reforma de derechos humanos del 11 de junio del año 2011.

¹²⁰ *Ídem*, página 244.

(...) En un segundo agrupamiento del texto constitucional se requiere no sólo que se respete a los principios y los valores, sino que se faciliten elementos indispensables para que los derechos y las libertades se ejerzan, con lo cual podría referirse a las que se encuentran en los artículos 4º y 5º de la Constitución, que permiten la igualdad de derechos del varón y de la mujer ante la ley; el derecho de las personas a aplicar sus costumbres en la reproducción; el derecho a la salud; el derecho a un medio ambiente adecuado, comprendiéndose dentro de este una vivienda decorosa; y para los niños la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud y educación. Dentro de los artículos 6º y 7º la prohibición de la censura a las ideas, a la libre publicación de estas, así como al derecho que tienen los habitantes a obtener información. Los ideales de justicia, de equidad y de libre acción de las personas, principalmente tienen su inspiración en el artículo 3º constitucional. Las resalto en esta forma: derecho a recibir educación bajo los siguientes criterios: a) ser democrática en su estructura jurídica y política así como en su forma o sistema de vida, e intentar la obtención de un constante mejoramiento económico, social y cultural; b) nacionalista, y ver por el aprovechamiento de nuestros recursos, la defensa de nuestra independencia política, el aseguramiento de nuestra independencia económica y el acrecentamiento de nuestra cultura; y c) debe inculcar el aprecio por la dignidad humana, la integridad de la familia, el respeto a los intereses generales de la sociedad y el sustento de los ideales de fraternidad e igualdad de derechos, evitando la concesión de privilegios, de raza, de religión, de grupo, de sexo o de individuos ...”¹²¹

Jurisprudencia.

Como lo decía en el preámbulo, existen juzgadores que tienen el ánimo de implementar justicia en la función jurisdiccional, en lugar de aplicar de manera literal el derecho y nuestro más Alto Tribunal del país, nos da muestra de ello en algunas tesis jurisprudenciales, como la que señala que el asunto se resolverá mediante una situación que sea más provechosa para el justiciable, dejando de lado los tecnicismos que pudieran además de perjudicarlo con el retraso en el tiempo para resolver su asunto que el mismo pudiera dar lugar a negarle el amparo, según se puede colegir del contenido de la tesis del rubro:¹²²

¹²¹ *Ob. cit.*, Castro, Juventino V., páginas 29 y 30. Nota: este también es un libro de antes de la reforma de derechos humanos del 10 de junio del año 2011.

¹²² **PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO EN MATERIA PENAL. EL ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN HECHOS VALER EN EL AMPARO DIRECTO DEBE ATENDER A AQUEL QUE LE OTORQUE UN MAYOR BENEFICIO AL QUEJOSO, SIN QUE NECESARIAMENTE SEAN LOS DIRIGIDOS A DEMOSTRAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA APLICADA.** 1a. XCI/2007. Amparo directo en revisión 1987/2006. 7 de febrero de

Otro criterio jurisprudencia en donde el más alto tribunal del país señaló que al resolver se aplica justicia, cuando aplicó supletoriamente los principios de justicia social en un asunto de derecho burocrático del rubro siguiente:¹²³

4.3. Los derechos fundamentales y sus garantías individuales

A consecuencia de la condena a México por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la desaparición forzada del ciudadano Rosendo Radilla Pacheco, durante la guerra “*sucia*” en nuestro país en los años 70s, el Tribunal Internacional le impuso una sentencia el 23 de noviembre del año 2009, que obligaba a la nación mexicana a respetar derechos fundamentales de sus conciudadanos entre los que se encuentran la libertad, la vida, la integridad, así como la personalidad jurídica.

Igualmente la resolución, obligaba al estado mexicano a legislar sobre el fuero militar, para desaparecerlo, a efecto de que cuando estuvieran involucrados integrantes de la milicia en la muerte de paisanos, los castrenses fueran procesados por jueces civiles, es decir, acabar con la regulación de excepción, que hasta esos momentos protegía a los elementos del ejército que participaban en ilícitos.

También el resolutivo de la Corte Interamericana decretaba que el Sistema Judicial Mexicano, recibiera instrucción para actualizar sus principios y conceptos respecto de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, además de la capacitación en derechos humanos a los integrantes del poder judicial.

Lo anterior dio como resultado un nuevo paradigma¹²⁴ en derechos humanos, ya que el 10 de junio del año 2011 se promulgó en México una reforma en materia de

2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. **Instancia:** Primera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXV, Abril de 2007. Pág. 367. **Tesis Aislada.**

¹²³ **LEY DEL SERVICIO CIVIL PARA EL ESTADO DE SONORA, SÓLO ADMITE LA SUPLETORIEDAD DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, CUANDO DEBAN APLICARSE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA SOCIAL.** PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL QUINTO CIRCUITO. V.1o.C.T.86 L. Amparo directo 480/2006. Ramón Valdez Vieyra y otro. 1o. de febrero de 2007. Mayoría de votos. Disidente: Armida Elena Rodríguez Celaya. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretario: Braulio Pelayo Frisby Vega. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVI, Julio de 2007. Pág. 2639. **Tesis Aislada.**

derechos fundamentales, por lo tanto a partir de esa fecha, hay una nueva concepción de los derechos humanos en el Sistema Jurídico Mexicano.

Ya que pasamos de un concepto de garantías *-declaración-* al de derechos y esto no solo se trata de un cambio de denominación; lo anterior tomando en cuenta que el estado mexicano pasó de una simple denominación de garantías individuales a la obligación de preservar los derechos fundamentales que se contienen en la Constitución, igualmente con la redacción actual del artículo 1° de la Carta Magna, se obliga a proteger los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales firmados por México.

Y precisamente esos deberes *-obligación-* de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, es el cambio de modelo en materia de derechos fundamentales, ya que dejó de ser un simple catálogo de medidas, para ahora ocuparse de la sustancia, es decir, de los derechos sustantivos inherentes a los seres humanos, e incluso a las personas jurídicas, lo que nos tiene en una verdadera revolución jurídica.

Lo anterior trasciende en el tema de la investigación, porque si bien es cierto, con el control de constitucionalidad difuso¹²⁵ se da un paso hacia la justicia, en atención a que la interpretación conforme [a la Constitución] les permite a los jueces mexicanos inaplicar, es decir, dejar de observar artículos o normas inconstitucionales al resolver los asuntos planteados, permitiéndoles la reforma [de derecho natural], escapar de la literalidad de la ley, dejando a su criterio no aplicar normas, que sean contrarias a la Constitución y con ello se obtiene un avance hacia la justicia, al permitirles a los jueces de nuestro país resolver sin la camisa de fuerza de la dogmática jurídica.

¹²⁴ Es un concepto introducido por T.S. Kuhn en *La estructura de las revoluciones científicas*, obra de 1962. Un paradigma es una visión del mundo, un marco teórico general, un conjunto de problemas definidos dentro de ese marco, diferentes problemas resueltos, una serie de métodos de investigación, una escala de valores y un vocabulario determinado. Diccionario de filosofía de Juan Carlos González García, 4ª edición, editorial EDAF, S.L., España, 2007.

¹²⁵ El control de constitucionalidad difuso es uno de los métodos desarrollados en el derecho procesal constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución, consistente en otorgar el poder-deber para controlar la constitucionalidad de las leyes a todos los jueces de un país, y no a uno solo. Allan R. Brewer-Carás, Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, tomo I, editado por Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2014, páginas 227-229.

Otro avance de la reforma de junio del dos mil once, lo constituye el control de convencionalidad, instrumento procesal que también aporta un paso más respecto del anterior hacia el ideal de justicia; ya que a partir de esa fecha las resoluciones de la Corte Interamericana en contra del Estado Mexicano son vinculantes y actualmente todas las resoluciones tienen esa fuerza de ley, de tal manera que cuando una resolución del organismo regional de América, que proporcione una protección más amplia en materia de derechos humanos en alguna resolución en donde se pretenda aplicar el derecho interno, si la resolución o la doctrina que se ha formado con motivos de esas sentencias y que beneficien de manera más amplia que la norma de nuestro país, deberá aplicarse aquella; a condición dice la jurisprudencia mexicana de que se especifique en que consiste el asunto resuelto y cómo le beneficia al justiciable nacional o cómo se relacionan ambos asuntos, ese es otro momento que tiene el juzgador mexicano para apartarse de la literalidad y el cartabón o camisa de fuerza que ello implica el positivismo dogmático reflejado en la norma, con lo que los juzgadores mexicanos se acercan a la justicia.

Pero lo antes señalado y otras bondades de la reforma constitucional de derechos humanos a que me he referido, aunque son un avance sustancial, resulta insuficiente para las necesidades del Sistema Judicial Mexicano, porque solo se refiere a los derechos humanos, quedando el resto del sistema jurisdiccional sin la posibilidad de acceder a la justicia por las razones ya descritas; aunado a que esa reforma en la práctica ha tenido retrocesos –contradicción 293/2011,¹²⁶ de los que no nos podemos ocupar en este trabajo, ya que no es el tema, sin embargo, ahí lo dejamos anotado, pero que, sí nos pone en alerta y da justificación a la propuesta de la investigación, sobre la necesidad de que se establezca expresamente en el texto constitucional la obligatoriedad de resolver conforme a justicia los asuntos planteados, por tanto, la obligación para los juzgadores de observar la justicia al momento de resolver.

¹²⁶ La que concluyo estableciendo que en el sistema jurídico mexicano, no existe jerarquía de normas; sino un complemento en los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, formando ambos el parámetro de control de regularidad constitucional.

4.4. El sistema judicial mexicano y la obligatoriedad de aplicar el derecho.

El Sistema Judicial Mexicano, a partir del principio de legalidad que contiene el artículo 14 Constitucional –formalidades esenciales del procedimiento, principio de legalidad y reserva de ley en materia penal y principio de legalidad en materia civil– queda constreñido a aplicar solo el derecho; toda vez que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite–; lo que nos lleva al debido proceso o lo que en otras latitudes le llaman el debido proceso legal (Derecho Norteamericano);¹²⁷ lo anterior a pesar de que el artículo 17 del ordenamiento citado hable de *justicia* y por ello pareciera que los jueces mexicanos estuvieran obligados a dictar sentencias conforme al ideal de justicia, lo cual no es así, pues lo que garantiza el artículo de referencia es el acceso a la jurisdicción; pero ello no es sinónimo de justicia.

Dado que, nuestro sistema jurídico y en especial los tribunales judiciales no tienen como atribución legal la de impartir justicia, sino la de aplicar la ley correcta al caso que se someta a su consideración para resolver un conflicto o declarar una cuestión de derecho.¹²⁸ Lo anterior tomando en cuenta que como atribuciones del poder judicial, está la jurisdicción, la que soluciona los conflictos de las partes legitimadas para ello, el cual someten a su consideración.¹²⁹

Máxime que en el párrafo tercero del artículo en comento, se le *prohíbe* al juzgador imponer por analogía o por mayoría de razón, pena que no esté decretada en la ley; por lo tanto, en este apartado se constriñe aún más el juzgador mexicano; haciendo con ello una reserva de la ley en materia penal; es decir, que solo la ley penal (Código) se debe aplicar para sancionar a los delitos; pero todavía más, solo se debe tomar del catálogo de delitos a que se refiere el código punitivo, el que encuadre en la conducta antijurídica; ya que como dice la locución latina *nullum crimen sine lege*, lo anterior quiere decir *no hay pena sin ley*,¹³⁰ dando esto lugar a la taxatividad en la ley

¹²⁷ Para Daniel Webster por debido proceso legal debe entenderse: “la ley general, la ley que condena al culpable pero que defiende al inocente, la ley que termina con una sentencia pero que la precede un juicio, la ley que defiende a la sociedad mediante la observancia de las formas legales en todos los casos en que es necesario afectar la vida, la libertad o la propiedad de todos los miembros de esa sociedad.” citado por Peniche López, Vicente, *Garantías y Amparo*, en la serie *Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, segunda reimpresión, México, 2008, página 147.

¹²⁸ *Ob, cit.*, Carranco Zúñiga, Joel, página 56.

¹²⁹ *Ídem*, página 155.

¹³⁰ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, editorial Porrúa, México, 2009, página 29.

penal que consiste en que los textos contengan normas sancionadoras y que describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se puedan aplicar a quien las realice.¹³¹

Para Ovalle Favela, la garantía de legalidad a que se refiere el artículo 14 constitucional se encuentra contenida en la garantía de audiencia, cuando señala: “se denomina *garantía de audiencia* al derecho que el artículo 14 Constitucional otorga a todas las personas para que, previamente a cualquier acto de autoridad que pueda llegar a privarla de sus derechos o posesiones, se le dé una oportunidad razonable de defenderse en juicio, de probar y alegar ante tribunales independientes, imparciales y establecidos con anterioridad en la ley.”¹³²

Y la razonable oportunidad de defensa a que se refiere el párrafo anterior, lo constituyen: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.¹³³

Otro de los artículos constitucionales que obliga al sistema judicial a aplicar el derecho es el 16, mismo que en su primer párrafo establece: “...*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...*”. A esto Carbonell le llama la garantía de legalidad en sentido amplio.

El principio de legalidad establecido en el párrafo primero del artículo invocado, equivale a la idea sostenida por la jurisprudencia mexicana en el sentido de que “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite” (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, segunda parte, salas y tesis comunes, p.512).¹³⁴

Del párrafo citado del artículo constitucional que se analiza, la parte que señala con más claridad respecto de la obligatoriedad de aplicar el derecho –la ley- es el que se refiere a la fundamentación y motivación, ya que la misma implica que los autos de

¹³¹ *Ob. cit.*, Carbonell, Miguel, página 675.

¹³² *Ob. cit.*, Ovalle Favela, José, página 289.

¹³³ *Ídem*, página 120.

¹³⁴ *Ob. cit.*, Carbonell, Miguel, página 693.

autoridades se emitan solamente cuando: a) cuenten con respaldo legal para hacerlo (fundamentación); y b) se haya producido algún motivo para dictarlos (motivación).¹³⁵

Por si hubiera duda de la obligación de aplicar derecho en nuestro sistema judicial mexicano, la Corte ha ido más allá, al señalar que una correcta fundamentación es aquella en la que la autoridad cita no solo el ordenamiento jurídico aplicable a un caso concreto, sino los artículos, párrafos, incisos y subincisos de ese ordenamiento.¹³⁶

Ovalle Favela comenta una serie de jurisprudencias en la obra citada, emitidas por la Corte, para señalar la obligatoriedad del sistema judicial mexicano a aplicar el derecho; cuando establece que:

“...las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite (...) [que dentro] del sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de ley; (...) [que] el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 constitucional (...) implica una obligación para las autoridades, de cualquier categoría que estas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución (...); [que] dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley (...), y [que] los actos de autoridad administrativa que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías...”¹³⁷

De lo anterior podemos concluir que las expresiones *mandamiento escrito* y lo relativo a *fundado* y *motivado*, tienen una carga de legalidad, que no deja lugar a dudas, respecto de la obligatoriedad de aplicar el derecho en el sistema judicial mexicano, cuando quien interpreta la ley en última instancia –la Corte– en nuestro país; ha sido muy enfática al señalar: *“...las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite (...) ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de ley (...) el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 constitucional implica una obligación para las autoridades, de cualquier categoría*

¹³⁵ *Ídem*, página 698.

¹³⁶ **FUNDAMENTACION. CARACTERISTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARACTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACION.**

¹³⁷ *Ob. cit.*, Ovalle Favela, José, página 289.

que estas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia constitución (...) las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley (...) los actos de autoridad administrativa que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías...”.

También sobre este tema se ha pronunciado el más alto tribunal del país, mediante ejecutorias que no permiten una interpretación de los juzgadores más allá de lo establecido en los artículos 14, 16 y 17 Constitucionales.¹³⁸

4.5. La dificultad de aplicar justicia en el sistema judicial mexicano

El presente trabajo está ubicado desde el México Independiente -1821– hasta nuestros días; lo anterior no significa que no pueda indagar sobre algunos antecedentes del tema como serían: La Constitución de Cádiz (1812) y la Constitución de Apatzingán (1814); la primera, en atención a que fue un ordenamiento que tuvo vigencia en nuestro país –a través de las audiencias- y su influencia que ejerció en varios de nuestros instrumentos constitucionales, y por la importancia que se le reconoció en la etapa transitoria que precedió a la organización constitucional del nuevo Estado.¹³⁹

Y para la justicia en la función jurisdiccional –que es el tema que nos ocupa- ésta se encuentra regulada en el artículo 257 en relación con el 243 y 245, cuando el segundo establece que los tribunales solamente se encargan de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado y el primero dispone que sólo los tribunales ejercen las funciones judiciales.¹⁴⁰ Por lo anterior, los tribunales únicamente estaban para ejercer la función jurisdiccional.

Por otra parte, la Constitución de Apatzingán –Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana– no obstante que una de las ideas luminosas de José

¹³⁸ **SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL. EL ANÁLISIS DIRECTO DE SU CONSTITUCIONALIDAD SE DEBE REALIZAR ÚNICAMENTE A TRAVÉS DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.3o.C.672 C. Amparo directo 115/2007. María de Jesús Butrón Hernández. 4 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVII, Marzo de 2008. Pág. 1820. **Tesis Aislada.**

¹³⁹ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, vigesimocuarta edición actualizada, editorial Porrúa, México, 2005, página 59.

¹⁴⁰ Lo anterior en el Título V. DE LOS TRIBUNALES, Y DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LO CIVIL Y CRIMINAL.

María Morelos y Pavón, era “... *Que todo el que se queje con justicia tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra el fuerte y el arbitrario...*”, el artículo 11 del ordenamiento de referencia establece que como una de las atribuciones de la soberanía (Del Supremo Tribunal de Justicia) está la de aplicar las *leyes* a los casos particulares;¹⁴¹ en consecuencia, esta Constitución, que si bien es cierto nunca tuvo vigencia; para el supuesto de haber entrado en vigor, tampoco tenía como fin a la justicia y por ende también hubiera existido dificultad para aplicarla, en el sistema judicial de su época.

Las dos legislaciones a que nos hemos referido, tienen la característica del Derecho Romano, es decir, ambas se refieren a la ley como uno de los fines de la constitución y si bien es cierto que la de Apatzingán contiene rasgos de justicia como la concebía Aristóteles, en cuanto que habla a la *felicidad (Art. 24)*, a lo único que obligaba es a la aplicación de la ley como manifestación del derecho a cada caso concreto, ya que el primer ordenamiento habla de justicia como una forma de denominación de sus juzgados y también habla de justicia para establecer cómo impartir la función jurisdiccional, en tanto que el segundo se refiere a la aplicación de la ley.

Ahora analicemos a la justicia –dificultad de aplicación– en el México Independiente (1821), partiendo de la Constitución de 1824, es decir de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, la que por ningún lado habla de justicia y este vocablo sólo aparece en la denominación del más alto tribunal (Suprema [Corte] de Justicia de la Nación), y cuando se refiere a las atribuciones del Poder Judicial de la Federación, únicamente trata lo relativo a la jurisdicción; o sea que en este ordenamiento no se menciona a la justicia de forma implícita ni explícita, por lo que en este apartado ni siquiera podemos hablar de dificultad de aplicación de la justicia, pues todo se circunscribe a la judicatura; sin duda esto se debe a su carácter centralista y conservadora; circunstancias que no son motivo de análisis de esta investigación.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos –conocida como Constitución de 1857- es de corte liberal, lo que significa que es de mayor apertura hacia el pensamiento y receptora de influencia de la Carta Magna de Inglaterra (la

¹⁴¹ *Ob. cit.*, Tena Ramírez, página 33.

garantía de legalidad se llamó garantía de la Ley de la Tierra *Per Legem Terra*) y por ende del constitucionalismo estadounidense (la garantía del debido proceso legal *Due Process of Law*) en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, disposiciones ambas que por provenir del Common Law, tienen una dosis de justicia en su artículo 14. Lo anterior, no obstante que el artículo 17 sólo señala que, “*los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia*”; esta Constitución sí tenía implícita la idea de hacer justicia por el antecedente en el sistema anglosajón, y sin embargo tampoco la implementaba porque el ordenamiento al que se refiere la *justicia* solamente habla de la disposición de los tribunales para impartirla; pero no existía algún otro artículo que obligara propiamente a la aplicación de la misma y por lo tanto también ello constituyó un impedimento para aplicarlo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917; es decir, la vigente, heredera de alguna manera de la Constitución liberal del 57; en su artículo 17 al que ya nos hemos referido, sí nos habla expresamente de *justicia*; sin embargo, como quedó asentado, este artículo no se refiere propiamente a la justicia sino al derecho de acceso a la jurisdicción, y por la forma en que están redactados los artículos 14 y 16, estos obligan al debido proceso legal y es ahí donde estriba la dificultad de aplicar *justicia* en nuestro sistema judicial.

A pesar de que los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Fundamental también heredaron de la citada Constitución liberal de 1857 el contenido de sus artículos similares a la anterior legislación, partiendo del razonamiento que ya se hizo del Derecho Inglés y Norteamericano, respectivamente, porque quizás ese fue el momento histórico en el que nuestro derecho pudo haber tomado un derrotero que tuviera la impronta de la justicia.

Resulta, a mi entender, que aquí se encuentra el punto de dificultad entre aplicar justicia o derecho; pues los constituyentes de 1857 quisieron tomar el contenido del artículo 39 de la Carta Magna de Inglaterra, que dispone: “Ningún libre puede ser aprehendido, desterrado, confinado, despojado de sus propiedades ni molestado por el Rey, sino mediante juicio de sus iguales o con sujeción a la Ley de la Tierra –debido proceso legal para los Norteamericanos-”

Lo anterior como una oposición a los poderes Ejecutivo y Legislativo y lo que resultó fue un derecho frente al poder judicial, según se advierte de la redacción del artículo 14 en las Constituciones del 1857 y del 17, y es lo que hoy nos ubica en el positivismo a ultranza -que campea por el mundo- y que cuando menos en México constituye un dique para aplicar *justicia en la función jurisdiccional*.

Para concluir el tema, y una vez que hemos analizado a la luz de las disposiciones constitucionales la dificultad para aplicar justicia, ahora se razonará desde el punto de vista filosófico [de los juristas], recordando que a partir de la segunda mitad del siglo XIX toma carta de naturalización el positivismo en el mundo, irrumpiendo en el derecho a través del positivismo analítico, que entiende al derecho como un imperativo de poder gubernamental, en cuyo caso deja de ser la justicia el motor del derecho, para instalarse ahora la legalidad como la naturaleza -esencia- del poder judicial.

Derivado de lo anterior, hasta antes de la llegada del positivismo analítico, a los órganos del poder judicial se les conocía como órganos de justicia, sin que hubieren cambiado su denominación, no obstante haber operado en la actividad ese cambio sustantivo –legalidad por justicia-.

A pesar de que la justicia es la aspiración más noble del derecho, nuestro sistema jurídico y en especial los tribunales judiciales, no tienen como atribución legal la de impartir justicia en sus resoluciones, sino la de aplicar la ley correcta al caso que se somete a su consideración, para resolver un conflicto o declarar una cuestión de derecho¹⁴²

Para Tomás Casares, citado por Carranco Zúñiga, “el debate sobre la relación de la justicia y el derecho podría esquematizarse reduciendo a dos las innumerables posiciones adoptadas por el pensamiento jurídico en la 1ª.- La justicia estrictamente considerada, es la virtud relativa a la conducta jurídica, que considere en ceñirse con máxima perfección a los mandos de la ley. Y en la 2ª.- la justicia es el ideal jurídico, el término hacia el cual debe dirigirse todo derecho, porque el fin de este es establecer en la sociedad un orden temporal justo.¹⁴³

¹⁴² *Ob. cit.*, Carranco Zúñiga, Joel, página 56.

¹⁴³ *Ídem*.

Así visto el tema que nos ocupa, se puede afirmar que en México no se administra justicia en las decisiones judiciales, sino derecho, pues nuestro sistema es de legalidad, ya que es ésta la que permea todo el aparato del poder judicial, siendo el debido proceso o las garantías procesales el eje sobre el que gira la mal llamada administración de justicia.

Y no podría ser de otra manera, si atendemos al origen de la familia – Romano Germánico - a la que pertenece nuestro sistema jurídico, dado que los principios son la ley, entendiendo a ésta como una norma escrita y por tanto sus casos específicos deberán resolverse conforme a la letra de la misma, aunque ésta llegara eventualmente a ser defectuosa o injusta.

Situación diferente sería si nuestro, sistema jurídico perteneciera al Common Law en donde se maneja la equity y ésta si se refiere a la justicia.

Para abundar en lo relativo a los dos párrafos anteriores, en los Estados Unidos de Norteamérica, no obstante provenir del common law, su máximo órgano se denomina Suprema Corte; por tanto, deviene innecesario que en México se le ponga el apellido justicia a la actividad jurisdiccional y a la denominación de sus órganos. Esto hasta en tanto, mediante una reforma judicial, se modifique la Constitución y se institucionalice la aplicación de la justicia en las resoluciones judiciales, al resolver los problemas planteados, sin dejar de reconocer que la justicia es un ideal del derecho, pero está solamente en la medida que se llegue a través del derecho; es decir como una cuestión última o más alta; pero en la práctica (en el país y en el estado de Michoacán), el derecho pocas veces se transforma en justicia y solo esporádicamente hacen intersección o se llega a esta última. Es decir, pocas veces se fusionan la justicia con el derecho y cuando sucede estamos ante la excepción, y lamentablemente no ante la regla.

4.6. La necesidad de una reforma judicial, para la institucionalización de la justicia al resolver los problemas planteados.

En los apartados anteriores se analizó a la justicia y el derecho así como la aplicación de ambos al momento de resolver los asuntos planteados ante el órgano jurisdiccional, concluyendo por separado, primero, que el sistema judicial mexicano se

encuentra obligado a aplicar el derecho –la ley-, porque así lo señalan las garantías constitucionales del proceso y por otra parte nuestro sistema no aplica justicia, no obstante que a ella se refiere el artículo 17 Constitucional, porque solo se trata del acceso a la jurisdicción y para nada de la justicia como tal.

La anterior situación obliga a considerar la necesidad de una reforma judicial constitucional para establecer como obligatoria la aplicación de la justicia a los problemas planteados.

En efecto, es necesario que los artículos 14 y 16 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, que contienen los principios de legalidad y certeza jurídica se les incorpore como un valor fundamental el de justicia, para de esa manera permear en la función jurisdiccional y con ello garantizar que los juzgadores además de observar el fundamento y las razones de sus decisiones, tengan como principio supremo, resolver con justicia, entendiendo por esta el *dar a cada quien lo que le corresponde [justicia conmutativa, dice Aristóteles]* lo que traducido a la práctica jurisdiccional y apoyado en la teoría de Robert Alexy, sería que todas las personas que acudan a los juzgados buscando una compensación por derechos insatisfechos, el juzgador debe resolver otorgándoles con base en la equidad, lo que le corresponde a cada uno de los contendientes.

Para argumentar la propuesta me apoyaré en dos obras: por un lado la de Castellanos Gou (2004) intitulada *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia* y por otra en la de Juventino V. Castro (2004) escrita bajo el título de *Los Jueces Mexicanos y su Justicia*. El primer autor, aborda el tema desde la óptica de la participación de los ciudadanos en la democracia y por ende en la política, para con ello tener una mayor participación en todos los órdenes de gobierno. Lo anterior a partir de la justicia; es decir, la justicia como elemento para re conceptualizar el Estado de Derecho; “...Sin duda los principios más relevantes que imperan en todo Estado de Derecho son consecuencia inmediata de las exigencias de justicia. De ahí que todo cuanto acontece en el orden público tenga como presupuesto una definición del concepto de justicia (...) corresponde al “poder constituyente originario” definir y establecer el concepto de

*justicia, así como las medidas a favor del “pueblo” para su posterior protección procesal.*¹⁴⁴

Concluye el autor de referencia citando a John Rawls a propósito de la *justicia mensurable*, señalando que “...Es a partir de esta situación de imparcialidad o equidad –fairnes le llama Rawls- junto con la racionalidad de los participantes, como puede llegar a constituirse el Estado de Justicia, que presupone precisamente la suscripción de ciudadanos capaces de actuar sin buscar sólo la satisfacción de sus necesidades individuales, sino de cooperar y comprometerse a la realización de los ideales de *justicia social*...”.¹⁴⁵ Con lo anterior, el autor establece que es factible transitar del Estado de Derecho al Estado de Justicia, a partir precisamente de esta última.

El otro autor es el ya desaparecido ex Ministro de la Corte Juventino V. Castro, quien en la obra en cita nos va llevando de la mano a través de diversos artículos periodísticos, convertidos en la obrita – sólo por el número de páginas - de referencia, mismos que en el libro tienen comentarios adicionales. En el primero de ellos, denominado El Juez y la Justicia, interroga si la protesta al cargo de Ministro -en el sentido de cumplir y hacer cumplir a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen- obliga fatalmente a aplicar la ley aunque se aprecie injusta. Y en una segunda interrogante, plantea: ¿Nuestra Constitución es cerradamente legalista o permisivamente proclive a la justicia? Previamente, en la presentación del artículo en comento establece que “aunque las constituciones de los países no contienen un artículo en su texto que defina lo que es la justicia; sin embargo, considera que tienen un *concepto de justicia* implícito aunque no externado. Y quizás no resultaría provechoso externarlo, porque considerándose para muchos que la justicia es un valor absoluto – difícil de captar -, cualquier definición sería un *encajonamiento*, que ningún beneficio traería pero que, en cambio, sí podría traducirse en una restricción...”^{146 147}

¹⁴⁴ Castellanos Goût, Milton Emilio, *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*, editorial Porrúa, México, 2004, página 127.

¹⁴⁵ *Ídem*, página 133.

¹⁴⁶ *Ob. cit.*, Castro, Juventino V., página 2.

Luego procede a reseñar la contradicción -antinomia- *ley-justicia*, ya que el primero de los artículos de la Constitución señala que todo individuo gozará de las garantías – hoy derechos humanos - que otorga la misma. Una de esas garantías se halla en el artículo 17 (derecho a que se le administre justicia por los tribunales) y otra en el 14, cuando al hablar en materia penal prohíbe imponer penas que no estén decretadas en el código punitivo, mientras que para la materia civil si no existe la ley aplicable al caso concreto, faculta al juzgador para la integración a través de los *principios generales del derecho*,¹⁴⁸ concluyendo que uno de estos es precisamente *la justicia*.

En el siguiente apartado (enfrentamiento a la ley injusta), Castro se refiere al dilema de los juzgadores ante una ley injusta, hablando de la disyuntiva que representa muchas veces para estos operadores jurídicos que se llegan a encontrar con que hay leyes injustas, lo que los coloca en el conflicto de aplicar la ley injusta o renunciar al cargo para *evitar la falta de ética en su proceder*.¹⁴⁹

Concluye este artículo manifestando que precisamente la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho –aunque sea solo en materia civil– presenta la posibilidad de evadir la ley injusta a través de la *justicia* como uno de los principios generales del derecho.

Hoy este dilema de aplicación de la ley injusta, se encuentra superada a través del control de convencionalidad, que consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único

¹⁴⁷ Yo respeto esa última opinión, pero no la comparto, porque además es contraria a mi propuesta.

¹⁴⁸ *Ob. cit.*, Castro, Juventino V., página 18. Para el autor, estos *principios generales por supuesto no constan por escrito dentro de una colección de leyes; pertenecen al campo de la investigación, del análisis, de la abstracción científica, y finalmente de las conclusiones concretas formuladas a la manera de principios. Tradicionalmente estos se encuentran en el bien común, la justicia y la seguridad.*

¹⁴⁹ *Ob. cit.*, Castro, Juventino V., página 13.

órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José.¹⁵⁰

En la tercera de sus entregas –La axiología y la Constitución Mexicana-, afirma que el texto constitucional contiene valores universales y particulares de la nación (justicia, equidad, igualdad), tales como: La prohibición a la esclavitud, la prohibición para discriminar, la igualdad de derechos del varón y de la mujer ante la ley, el derecho de las personas a aplicar sus costumbres en la reproducción, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente adecuado –vivienda decorosa y para los niños la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud y educación, la prohibición de la censura a las ideas, a la libre publicación de estas, así como el derecho que tienen los habitantes de obtener información, los ideales de justicia, de equidad, y de libre acción de las personas, derecho a la educación (democrática, nacionalista y con aprecio a la dignidad humana)-. Sin embargo señala que muchos de estos valores –como la justicia– carecen de una regulación constitucional y que justamente ese es el propósito de su libro: la factibilidad de una reforma constitucional, mediante la que se adicione un quinto párrafo al artículo 14 constitucional, para que se aplique justicia en el sistema jurídico mexicano.

En el penúltimo capítulo, donde aborda el tema de La necesaria modificación constitucional, hace un análisis de los jueces en México que “creyendo impartir justicia, se ven constreñidos a simplemente aplicar la ley”;¹⁵¹ por lo que señala que: “reformando a la Constitución podría legitimarse a un juez para resolver los asuntos atendiendo a razones de justicia y de otros valores de la misma calidad.”¹⁵² Para lo anterior, propone un nuevo párrafo al artículo 14 constitucional en los siguientes términos:

“...En los juicios de todo orden la sentencia definitiva deberá ajustarse al texto de la ley aplicable tal y como se ordena en los dos últimos párrafos precedentes, sin evaluarla; pero cuando no se cause perjuicio a otra

¹⁵⁰ Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Control de Convencionalidad interpretación conforme y diálogo jurisprudencial – Una visión desde América Latina y Europa*, editorial Porrúa, México 2012, página 92.

¹⁵¹ Ob, cit, Castro, Juventino V., página 38.

¹⁵² Ídem.

*persona el sentenciador podrá aplicar al caso en adición a ella los principios de justicia, equidad e igualdad que se reconocen en esta Constitución...”*¹⁵³

Sigue diciendo el jurisconsulto, que para asegurar auténticamente la aplicación de la justicia en México, se hace necesario reformar también al artículo 17 de nuestro máximo ordenamiento en su segundo párrafo y para ello propone la siguiente redacción:

*“...toda persona podrá exigir que se le discernan y reconozcan sus derechos por los tribunales competentes, bajo los plazos y en términos de justicia, equidad e igualdad que reconoce esta Constitución, los cuales deberán precisarse y regularse en las leyes que de ella emanen, de tal manera que los tribunales dicten sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, y por lo tanto tales tribunales funcionarán con apoyo en un presupuesto que les permita su independencia de decisiones y su autonomía económica. El Estado propiciará y fomentará la simplificación y la abreviación de los trámites judiciales, así como el establecimiento de los medios alternativos para la solución pacífica de las controversias domésticas o entre particulares
...”*¹⁵⁴

Coincido con ambos doctrinarios, ya que con su propuesta se instalaría al Sistema Jurídico Mexicano no solo como un sistema de avanzada en cuanto a que su legislación obligaría a aplicar la justicia al momento de resolver los casos concretos, sino que además verían sustentada en la legislación la obligatoriedad de aplicar justicia y con ello se colmaría uno de los requisitos de nuestro positivismo “ramplón”; esperando aportar desde este trabajo de investigación una fuerza social, que pronto vea una reforma judicial en ese sentido, para establecer como obligatoria la aplicación

¹⁵³ Ob, cit, Castro, Juventino V., página 42.

¹⁵⁴ Ob, cit, Castro, Juventino V., página 89.

de la justicia al resolver los problemas planteados en México, para que deje de ser la justicia una aspiración de nuestro sistema judicial y se convierta en realidad.

Finalmente, diré que la justicia no se le extravió al Sistema Jurídico Mexicano porque nunca contó con ella y el aroma de justicia de que estaba impregnada la Constitución de 1857, por estar inspirada en la Constitución de Pensilvania de la Unión Americana, la que por provenir del Comon Law no echó raíces en nuestro sistema jurídico mexicano y para el siguiente ordenamiento es decir, la Constitución de 1917 retrocedió el sistema político e impulsó una Constitución más bien conservadora desapareciendo aquellas semillas de justicia que fueron sembradas en el año 1857 del siglo XIX.

De ahí que no necesitamos una lámpara de Diógenes para encontrar a la justicia, sino un giro contundente hacía el derecho natural colocar de manera expresa a la justicia en la Constitución, como una forma de resolver los asuntos jurisdiccionales.

4.7. Conclusiones preliminares

Constitucionalmente, a las autoridades jurisdiccionales solo les está permitido realizar lo que la ley prescribe, y en consonancia con la norma, se ha pronunciado la jurisprudencia y los doctrinarios también han sido consecuentes.

Por recepción, vigencia e interpretación, el derecho mexicano está obligado a observar el contenido de la ley. En consecuencia, por naturaleza existe dificultad para que el sistema judicial mexicano aplique justicia en sus resoluciones, habida cuenta que dos ascendientes de nuestro sistema jurídico no tenían como propósito aplicar justicia al caso concreto, si se toma en cuenta que la Constitución de Cádiz (1812) y la de Apatzingán (1814) fueron ordenamientos que establecían la obligación, en la función jurisdiccional, de tan solo aplicar las leyes en los asuntos que les fueran planteados.

Con ese antecedente, a partir del México independiente (1821) nuestra nación ha vivido con ese lastre, quedándole a deber a sus ciudadanos la justicia tan anhelada, ya que las constituciones de 1824 y 1857 e incluso la de 1917, en tratándose de la actividad jurisdiccional, tienen como premisa la observancia de la ley. He ahí la razón principal de la dificultad de aplicar justicia en el sistema judicial mexicano.

No solamente por genealogía, el sistema judicial de nuestro país ésta constreñido a aplicar derecho, también lo ésta por influencia de la corriente llamada positivismo –únicamente es derecho el producto de la función legislativa del Estado–. Por tanto, sólo será vigente y aplicable el derecho que crea el Estado, cancelándose cualquier interpretación progresiva –*la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, es decir, para resolver no sólo se debe tener en cuenta el derecho patrio, sino también los tratados de la convención americana e incluso de otras latitudes [África y Europa]*– de las normas, aumentando con ello las ataduras a nuestro sistema judicial, volviéndolo rígido y con ello en peligro de que se “*quiebre*”; pero sobre todo volviéndolo obsoleto, al no permitirle la flexibilidad para apoyarse en ordenamientos que le permitan emitir resoluciones justas [de justicia], ya que cada día es menos eficaz para resolver los problemas que le son planteados. De ahí la necesidad de una reforma constitucional que obligue a los órganos encargados de procurar y administrar el derecho, para que realicen su actividad con la dosis de equidad necesaria, la que se traduzca en *justicia*.

Conclusiones Generales

PRIMERA. El origen de la justicia se encuentra en la filosofía, ya que en ella está la totalidad del conocimiento humano.

SEGUNDA. La justicia forma parte de la Filosofía del Derecho por encontrarse dentro de la axiología jurídica al constituir un valor del derecho en cuanto aspiración de todo sistema jurídico.

TERCERA. El positivismo en cuanto corriente iusfilosofica que pretende explicar el fenómeno jurídico, es el que permeó al sistema jurídico mexicano.

CUARTA. El antecedente más remoto de la justicia y del derecho lo encontramos en Grecia.

QUINTA. La justicia en el devenir histórico ha adquirido el rostro de su tiempo y el derecho, cuando menos, se ha bifurcado en cinco sistemas, resultando que el nuestro forma parte del Romano-Germánico.

SEXTA. El referente de nuestro sistema jurídico más inmediato, o como lo conocemos ahora se encuentra en el *Corpus Iuris Civiles del siglo VI d.C.* en Roma.

SÉPTIMA. En el sistema jurídico mexicano, la justicia sólo se encuentra como un valor inmanente en la doctrina, en la legislación y jurisprudencia.

OCTAVA. En el sistema jurídico mexicano, sus operadores solamente tienen como atribución la de aplicar la ley correcta al caso concreto.

NOVENA. Entre justicia y derecho existe una relación aun y cuando son conceptos autónomos, ya que la primera, en cuanto fin último de todo sistema jurídico, requiere del derecho como vehículo para realizarse.

DÉCIMA. En el sistema jurídico mexicano, cuando se da la intersección de la justicia con el derecho en las decisiones judiciales, resulta una excepción.

DÉCIMA PRIMERA. Por recepción, vigencia e interpretación, el sistema jurídico mexicano está obligado a observar el contenido de la ley.

DÉCIMA SEGUNDA. Constitucionalmente a las autoridades jurisdiccionales de nuestro país únicamente les está permitido lo que la ley les prescribe, y en consonancia con la norma fundamental, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su interpretación de las normas, ha emitido jurisprudencia en el mismo sentido.

DÉCIMA TERCERA. Ante la falta de respuesta por parte del derecho mexicano en sus decisiones judiciales, para resolver con equidad los asuntos planteados, se impone una reforma constitucional que institucionalice a la justicia en la Constitución.

Propuesta

La institucionalización de la justicia en nuestra Constitución, como el elemento que potencializará a la legalidad y a la eficacia del derecho, agregando el ideal axiológico que proporciona a la equidad cuando de corrección en las decisiones judiciales se trate, en forma distributiva o conmutativa en las mismas.

Tomando en consideración que es en la norma fundamental donde el estado constitucional democrático tiene como primer objeto a la justicia.

Fuentes de información y consulta

Bibliografía

Batiffol, Henri, *Filosofía del Derecho*, Copyright 1960, Publicaciones Cruz O., S.A., México, 1960.

Blanco Fornieles, Victor, *Derecho y Justicia* Editorial Porrúa, México, 2006.

Bonifaz Alfonzo, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, Editorial Porrúa, México, 1993.

Bravo Baquero, Jesús, *Concepto Histórico de la Filosofía*, quinta edición, Ediciones de Textos Universitarios, México, 1975.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, segunda edición, editorial Porrúa, México, 2006.

Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, editorial Porrúa, México, 2009.

Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, segunda edición, editorial Porrúa, México, 2005.

Carvajal, Juan Alberto, *Estudios sobre La Justicia*, editorial Porrúa, México, 2001.

Castellanos, Goü Milton Emilio, *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*, editorial Porrúa, México, 2004.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación*, Editorial Mad, S.L., España, 2005.

_____ *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2007.

Echegaray, José Ignacio, *Compendio de historia general del derecho*, cuarta edición, México, 2006.

Esquivel Ramírez, Edilberto, *El Derecho y su Filosofía en México y el Mundo*, editorial Universitaria (Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo), México, 2014.

Estrada Sámano, José Antonio, *Notas sobre Filosofía del Derecho*, Morevallado Editores, México, 2002.

F. Sénior, Alberto, *Compendio de un curso de Sociología*, undécima edición, Francisco Méndez Otero, Editor y Distribuidor, México, 1981.

Floris Margadant, Guillermo, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, séptima edición, Miguel Ángel Porrúa, librero editor, México, 2007.

Fucito, Felipe, *Sociología del Derecho*, Editorial Universidad, Argentina, 1999.

García Máñez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 61ª edición, México 2009.

_____ *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, ediciones Coyoacán, México 1993.

García Morente, Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, octava edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

González Díaz Lombardo, Francisco Xavier, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, editorial Limusa, México, 1997.

Ibarra Serrano, Francisco Javier, *La Justicia*, Guerrero, Cía. Editorial, A.C. México, 1992.

Castro y Castro, Juventino Víctor, *Los Jueces Mexicanos y su Justicia*, editorial Porrúa, México, 2004.

Kelsen, Hans, *¿Que es la justicia?*, segunda edición, editorial Ariel, España, 1992.

Lecturas de Filosofía del Derecho, volumen III, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *La Justicia y los Derechos*, Ronald Dworkin, México, 2003.

Manual del Justiciable Elementos de Teoría General del Proceso, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, México, 2010.

Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del Derecho*, editorial Trillas, México, 2005.

Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, segunda edición corregida, editorial Fondo de Cultura Económica, México 2007.

Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, quinta edición, editorial Oxford University Press, México, 2001.

Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, sexta edición, Editorial Jus, México, 1970.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

Rene David, Jauffret-Spinosi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, decima primera edición, editado por La Universidad Nacional Autónoma de México,

Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad libre de Derecho de Monterrey, México, 2010.

Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho*, segunda edición, Editorial Oxford, México, 2000.

Rosas Benítez, Alberto, *Historia del Derecho*, derechos reservados Universidad de Guadalajara, tercera edición, México, 1988.

Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, Editorial Porrúa, México, 2006.

Schiavone, Aldo, *Ius, la Invención del Derecho en Occidente*, Adriana Hidalgo editora, segunda edición en Argentina, Argentina, 2012.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, decimoquinta edición, editorial Porrúa, México, 2012.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, vigesimocuarta edición actualizada, editorial Porrúa, México, 2005.

Terán, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, vigésima edición, Editorial Porrúa, México, 2009.

Vallado, Berron Fausto E., *Introducción al Estudio del Derecho*, Joaquín Porrúa editores, México, 2004.

DOCUMENTOS ELECTRONICOS

Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del Derecho Natural. Un Ensayo*, disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/1/101/6>, [accesada el 26 de enero del 2011].

Los Derechos Fundamentales en la Filosofía Jurídica Garantista, disponible en <http://www.Letrasjuridicas.cuci.udg.mx/números/articulos/filosofía>, [accesada el 7 de febrero del 2011].

AArnio, *argumentación –jurídica*, disponible en <http://es.Scribd.com/doc/49068474/>, [accesada el 10 de marzo del 2011].

Pinto Fontanillo, José Antonio. *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy.*, disponible en <http://eprint.ucm.es/tesis/19972000/S/O/S0041101>. [accesada el 26 de marzo del año 2011].

Castellanos, Biella, positivismo-juridico, disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos28/positivismo-juridico.shtml>, [accesada el 27 de marzo del año 2011].

Disponible en: www.arteguias.com/biografias/sanagustindehipona.html, [accesado el 8 de octubre del año 2012].

Ponce, Esteban María Enriqueta, *Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy*, disponible en: www.bibliojuridica.org, [accesado el 8 de junio del año 2014].

Disponible en: www.uia.mx/actividades/publicaciones/.../2/pdf/francisco-caballero, [accesado el 3 de abril del año 2015].

López Rincón José Hilario, Habermas, disponible en: Habermashoy.blogspot.com/.../aproximación-al-concepto-de-justicia-en..., [accesado el 3 de abril del año 2012].

Alexy Robert, *Justicia como corrección*, editorial Doxa, edición electrónica Espagrafic, 1989, España, [accesado 3 de abril del año 2015].

Disponible en: <http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derec>. [accesado el 22 de julio del 2015].

DICCIONARIOS

Diccionario de Derecho Procesal Civil, Eduardo Pallares, Editorial Porrúa, vigésima novena edición, México, 2008.

Diccionario de Sinónimos, edición facsimilar, de la edición de 1910, Ediciones Oasis, S.A., México, 1983.

JURISPRUDENCIA

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, segunda parte, salas y tesis comunes.

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE
HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL
GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

TITULO DEL PLAN DE INVESTIGACIÓN.

LA JUSTICIA Y SU DIFICULTAD DE APLICACIÓN EN EL
SISTEMA JUDICIAL MEXICANO

ALUMNO
JOSÉ PADILLA ALEGRE

ASESOR
M. en D. EMÁNUEL ROA ORTIZ

MORELIA, MICHOACÁN A 19 DE MARZO DEL 2009.

I.-ÍNDICE

I.- ÍNDICE.-----	Página 1
II.- PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.--	Página 2
III.- ELECCIÓN DEL TEMA.-----	Página 3
IV.- DELIMITACIÓN DEL TEMA.-----	Página 4
V.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-----	Página 5
VI.- MARCO TEÓRICO.-----	Página 6
VII.- FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.--	Página 7
VIII.- OBJETIVOS.-----	Página 8
IX.- ESQUEMA.-----	Página 9
X.- METODOLOGÍA A DESARROLLAR.-----	Página 10
XI.- CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES.-----	Página 11
XII.- FUENTES DE INFORMACIÓN.-----	-Página 12

II.- PRESENTACION DEL PROBLEMA.

Durante mi vida me he dado cuenta de muchos asuntos jurídicos planteados a la autoridad jurisdiccional, en donde la misma no ha resuelto de acuerdo con la lógica o con la verdad histórica de los hechos e incluso en contra de constancias, emitiendo resultados sorprendentes por la adversidad, para la opinión pública. Y de algún tiempo a la fecha, ya con un poco de instrucción jurídica, he tenido conocimiento de varios negocios jurídicos en donde ajustándose a cuestiones de legalidad y debido proceso Jueces, Magistrados y Ministros han resuelto planteamientos alejándose de la justicia.

En razón de lo anterior me he hecho la pregunta ¿Por qué la dificultad de aplicación de la Justicia por parte del Sistema Judicial Mexicano?

Por lo que con el presente trabajo, pretendo saber a qué se debe la dificultad para aplicar la justicia en el sistema Judicial Mexicano.

III.- ELECCIÓN DEL TEMA.

TÍTULO.- La justicia y su dificultad de aplicación en el sistema judicial mexicano.

PROPÓSITO.- La presente investigación será de tipo descriptivo y para ello utilizaré el método discursivo, relacionándolo con el histórico; ya que pretendo establecer la dificultad que tienen los operadores jurídicos en México para aplicar la justicia en sus resoluciones.

INTERÉS.- El tema a tratar –la justicia- siempre es motivo de controversia en sus diferentes aspectos, ya que la justicia es el fin de todos los sistemas judiciales

NOVEDOSO.- La presente investigación parte de la dificultad de aplicar la justicia en el sistema judicial mexicano.

ORIGINALIDAD.- La presente investigación parte de la idea de que la justicia es el fin último de todos los sistemas judiciales; situación que se opone a la naturaleza de la familia Romano Germánica a la que pertenece el sistema judicial mexicano.

VIABILIDAD.- En la ciudad existen cuatro grandes bibliotecas (Posgrado, Supremo Tribunal de Justicia del Estado, Pública y la de la Facultad de Derecho) que permitirán tener suficientes fuentes de información y con ello bibliografía, por lo que resulta viable abordar el tema a tratar.

UTILIDAD.- Al demostrar que el concepto justicia no es fin último del sistema judicial mexicano se estaría precisando que su naturaleza es el debido proceso.

ACTUALIDAD.- Tomando en consideración que la justicia es el fin último de todos los sistemas judiciales y que el alcanzarla o no; siempre será motivo de controversia; en consecuencia resulta que el tema (justicia) está en boga.

JUSTIFICACIÓN.- La aportación que se pretende con el presente trabajo de investigación, es demostrar la dificultad para la aplicación de la justicia en el sistema judicial mexicano.

IV.- DELIMITACIÓN DEL TEMA

ADMINISTRACION PÚBLICA

PODER JUDICIAL

DERECHO

JUSTICIA

LEGALIDAD

LIBERTAD –SEGURIDAD - JUSTICIA

V.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿En México (País y Michoacán) los órganos jurisdiccionales aplican Justicia o Derecho? El cuestionamiento que se hace en esta parte del proyecto es en atención a que de un tiempo a la fecha los operadores jurídicos de los órganos jurisdiccionales sustentan sus resoluciones en la legalidad y el debido proceso alejándose con ello las más de las veces de la justicia; luego entonces con el presente trabajo de investigación se pretende llegar a saber en qué momento nuestro sistema judicial se apartó de la justicia para solo aplicar el derecho a los casos planteados; es decir, porque así lo determina el derecho Positivo Mexicano o por que ha dejado de ser la justicia la filosofía del Derecho Mexicano.

El presente trabajo de investigación se aborda para saber si la justicia constituye la función primordial de los órganos jurisdiccionales en México; toda vez que sus resoluciones, están sustentadas en el positivismo jurídico del garantismo y el debido proceso; alejándose del fin último (justicia) de todos los sistemas judiciales; lo anterior obedece a la obligación de ceñirse a la Ley y en consecuencia a la dificultad de la aplicación de la justicia en el sistema judicial Mexicano o solo se trata de un extravió (de la justicia) como fin último de todos los sistemas judiciales

En consecuencia las interrogantes que considero deben plantearse para llegar a la hipótesis, además de la inicial, son las siguientes:

1. ¿En México (País y Michoacán) los órganos jurisdiccionales aplican Justicia?
2. ¿En México (País y Michoacán) los órganos jurisdiccionales aplican Derecho?
3. ¿En México (País y Michoacán) los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar Justicia?
4. ¿En México (País y Michoacán) los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar Derecho?
5. ¿Es la legalidad y el debido proceso, la constante en las resoluciones judiciales en México?
6. ¿En México (País y Michoacán) el Sistema Judicial Mexicano tiene dificultad para aplicar justicia a los casos concretos planteados?
7. ¿Cuál es el fin último de los órganos jurisdiccionales en México?

VI.- MARCO TEÒRICO.

En la presente investigación el marco es referencial –en consecuencia tendré que dar los fundamentos lógicos jurídicos del mismo-; toda vez que solo existen algunas ideas sobre el tema a tratar, mismas que no han llegado a convertirse en teoría.

Lo anterior es así ya que solo Joel Carranco Zúñiga, en su obra Poder Judicial, establece “... *No obstante que la justicia es la aspiración más noble del derecho, nuestro sistema jurídico y en especial los tribunales judiciales no tienen como atribución legal la de impartir justicia, sino la de aplicar la ley correcta al caso que se somete a su consideración para resolver un conflicto o declarar una cuestión de derecho...*”

En consecuencia el tipo de investigación que se realizara será de tipo descriptivo, mediante el método discursivo; para ello primeramente se analizaran a los doctrinarios que se ocupan del tema de la justicia en el sistema judicial mexicano y que sostengan que la administración del poder judicial se sustente en la justicia; tales como Eduardo García Máynez y Silvestre Moreno Cora.

Posteriormente el resultado obtenido se contrastará con las opiniones de los autores, que afirman que en México se ha abandonado a la justicia en aras de la legalidad y el debido proceso; como Ovalle Favela y el Mismo Carranco Zúñiga.

Para finalmente poder determinar qué es lo que prevalece en el sistema judicial mexicano el Derecho o la Justicia.

VII.- FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.

Determinar por qué el sistema judicial mexicano ha optado por el derecho en lugar de la justicia para resolver los casos concretos que le son planteados.

Definir por que los operadores jurídicos de los órganos jurisdiccionales sustentan sus resoluciones en la legalidad y el debido proceso.

Establecer en que momento nuestro sistema judicial se apartó de la justicia para solo aplicar el derecho a los casos planteados.

Precisar la dificultad que tienen los operadores del Sistema Judicial Mexicano, para aplicar la justicia.

Examinar si aún la justicia constituye la función primordial de los órganos jurisdiccionales en México.

Concluir cual es el fin último de los órganos jurisdiccionales en México.

VIII.- OBJETIVOS.

Objetivo General.- Saber por qué el sistema judicial mexicano tiene dificultad para aplicar la justicia a los casos concretos que se le plantean.

Objetivo Específico.-

- a) Saber si la justicia forman parte de la función primordial de los órganos jurisdiccionales en México.
- b) Saber si el derecho forman parte de la función primordial de los órganos jurisdiccionales en México.
- c) Saber si en México se aplica justicia o derecho.

IX.- ESQUEMA.

1. Introducción.
2. Filosofía del Derecho
 - 2.1. Filosofía.
 - 2.2. Filosofía del Derecho.
 - 2.2.1. Misión de la Filosofía del Derecho.
 - 2.2.2. Contenido de la Filosofía del Derecho.
 - 2.2.3. Jusnaturalismo, Positivismo y Realismo.
 - 2.2.4. Del Positivismo a las teorías de la argumentación.
 - 2.2.5. Del Positivismo a la Hermenéutica.
 - 2.2.6. De la Hermenéutica a la Ontología.
3. Justicia y Derecho, Conceptos Fundamentales.
 - 3.1. Justicia.
 - 3.1.1. El Problema de la Justicia.
 - 3.1.2. La Impartición de justicia. La Procuración y la Jurisdicción.
 - 3.2. Derecho.
 - 3.3. Las Familias del Derecho.
 3. 3.1. El Common Law.
 3. 3.2.- Romano Germánica.
4. El Sistema Judicial Mexicano.
 - 4.1. El Estado de Derecho.
 4. 2. El Poder Judicial.
 - 4.3. El Principio de Legalidad.
 - 4.3.1. El Debido Proceso.
 - 4.3.2. Las Garantías Procesales.
 - 4.4. La Aplicación de la Ley Correcta al Caso Concreto.
5. La Evolución de la Justicia y el Derecho.
 - 5.1. La Evolución del concepto de Justicia de la antigüedad hasta el siglo XXI.
 - 5.2. Génesis y Evolución del Derecho.
6. La Relación de la Justicia y el Derecho.
 - 6.1. El sistema judicial mexicano y la obligatoriedad de aplicar el derecho.
 - 6.2. La necesidad de una reforma judicial, para establecer como obligatorio la aplicación de la justicia al resolver los problemas planteados.
7. El Sistema Judicial Mexicano.
 - 7.1. La dificultad de aplicar justicia en el Sistema Judicial Mexicano.
 - 7.2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación.
 - 7.3. El Supremo Tribunal de Justicia del Estado.
8. Conclusiones finales.
9. Bibliografía

X.- METODOLOGÍA A DESARROLLAR.

En el trabajo a desarrollar derivado del proyecto de investigación se realizara una investigación descriptiva, *ya que tiene el propósito de analizar como es el sistema jurisdiccional en México, como se manifiesta y por qué sus operadores jurídicos, aplican el derecho y no la justicia para resolver los problemas que se les plantean.*

La investigación que se va a desarrollar es esencialmente dogmática, aunque también se desarrollaran el método exegético y el histórico sociológico, ya que esencialmente se analizaran la Justicia y el derecho y la aplicación de ambos al momento de resolver los asuntos planteados ante los órganos jurisdiccionales; para finalmente establecer si se aplica justicia o derecho en México y eventualmente la dificultad de aplicar justicia en nuestro Sistema Judicial Mexicano.

Se utilizará el método discursivo, ya que se abarcaran los dos temas que conforman el eje de la investigación, para irlos bordeando y llegar a dominar a ambos, para concluir si se aplica el derecho o la justicia a los casos concretos; aunque por el tipo de investigación también habrá de utilizarse el método inductivo, pues al analizar los diversos casos concretos se podrá llegar a la conclusión de la dificultad de aplicar Justicia en nuestro Sistema Judicial Mexicano.

En esta investigación utilizara la técnica documental; es decir, se estudiaran los documentos (los libros de los doctrinarios, en los que se haya sustentado el marco teórico igualmente, se estudiara la evolución de la Justicia y del Derecho y si estos hacen intersección al momento de resolver algún problema planteado; para determinar la dificultad de aplicar justicia en el Sistema Judicial Mexicano.

XI.- CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES.

ACTIVIDADES	M	ABR	MA	JU	JUL	AG	SEF	OC	NOV	DIC	ENE	FEB	MZO
RECOPILACION INFORMACION													
ANALISIS DE INFO													
REDACCION DE TE													

XII.- FUENTES DE INFORMACIÓN.

BIBLIOGRAFÍA

Obras Doctrinales.

AGUILAR López Miguel Ángel, ¿Justicia o Legalidad?, Editorial INADEJ, México, 2005, Páginas 332.

ATIENZA, Manuel, Tras la Justicia, Editorial Ariel, Tercera Reimpresión, España, 2007, Páginas 272.

BLANCO, Fornieles Víctor, Derecho y Justicia, Editorial Porrúa, México, Páginas 105.

BOBBIO, Norberto, El Problema del Positivismo, Editorial Distribuciones Fontamara, México, Páginas 123.

BRAVO Baquero Jesús, Concepto Histórico de la Filosofía, Quinta Edición, Ediciones de Textos Universitarios, México, 1975, Páginas 246

BRIESKORN, Norbert, Filosofía del Derecho, Editorial herder, España, 1993.

CARBAJAL, Juan Alberto, Estudios Constitucionales, Editorial Porrúa, México, 2000. Páginas 398.

CARBAJAL, Juan Alberto, Estudios sobre La Justicia, Editorial Porrúa, México, 2001. Páginas 332.

CARRANCO Zúñiga, Joel Poder Judicial, Editorial Porrúa, México 2000.

CASTRO, Juventino V., Justicia, Legalidad y la suplencia de la Queja. Editorial Porrúa, México 2003. Páginas 80.

CUELLAR, Vázquez Angélica, La Justicia sometida, Coeditores Universidad Nacional Autónoma de México y Miguel Ángel Porrúa, México 2000. Páginas 107

GARCIA, Máñez Eduardo, Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, Editorial Distribuciones Fontamara, México, Páginas 152.

GUDIÑO, Pelayo, José de Jesús, Laberintos de la Justicia, Editora Laguna, S.A. de C.V., México, 285.

HERNANDEZ Franco Juan Abelardo, Dialéctica y Racionalidad Jurídica, Editorial Porrúa, México, 2006. Páginas 110.

IBARRA, Serrano Francisco Javier, Historia del Derecho, Morevallado Editores. México 2004, páginas 196.

IBARRA, Serrano Francisco Javier, La Justicia, Guerrero, Cía. Editorial, A.C. México 1992, página 142.

KELSEN, Hans, ¿Qué es Justicia?, Editorial Ariel, Segunda edición, España, 1992, Páginas 283.

MANTILLA Pineda Benigno, Filosofía del Derecho, Editorial Temis S.A. Colombia, 1996.

MARQUEZ Piñero Rafael, Filosofía del Derecho, Editorial Trillas, Cuarta Reimpresión de la Primera Edición, México, 2005, páginas 67.

NARVAES H. José Ramón, Historia Social del Derecho y de la Justicia, Editorial Porrúa, México, 2007. Páginas 171.

PLATON, Diálogos, Vigésimoctava edición, Editorial Porrúa, México 2003, páginas 605

PRECIADO Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, Sexta Edición, Editorial Jus, México, 1970, páginas 283.

TENA Ramírez Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-2005, vigésimocuarta edición actualizada, Editorial Porrúa, México 2005, páginas 1179.

RAWLS, JOHN, Teoría de la Justicia, Sexta reimpresión de la Segunda Edición en Español, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2006. Páginas 549

RAWLS, JOHN, Liberalismo Político, Quinta reimpresión de la Primera Edición en Español, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2006. Páginas 359.

RASCADO Pérez Javier y ZAPATA Martínez Jacqueline Coordinadores Pensar el Derecho, Colección FUNDAp Fronteras del Derecho, Copyright 2007 FUNDACION UNIVERSITARIA DE DERECHO, ADMINISTRACION Y POLITICA, S.C. Páginas 146.

RECASENS Siches Luís, Tratado General de Filosofía del Derecho, decimosexta edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

SERNA, De La Garza, José Ma. Y Caballero, Juárez, José Antonio, Estado de Derecho y Transición Jurídica, Editorial; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, Páginas 290.

SERNA Pedro, Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos Editorial Porrúa, México, 2006. Páginas 141.

SFORZA Cesarini W., Filosofía del Derecho, Copyright de Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina 1961.

URIBE, Arzate Enrique, El Sistema de Justicia Constitucional en México, Coeditores: H. Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, librero-editor, México, 2006. Páginas 274.

VILLORO Toranzo Miguel, La Justicia como vivencia, Editorial Porrúa, México, 2004. Páginas 268.

VILLORO Toranzo Miguel, Teoría General del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2005. Páginas 171.

OTRAS FUENTES

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ocampo. Constitución Política del Estado de Michoacán de

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado.

