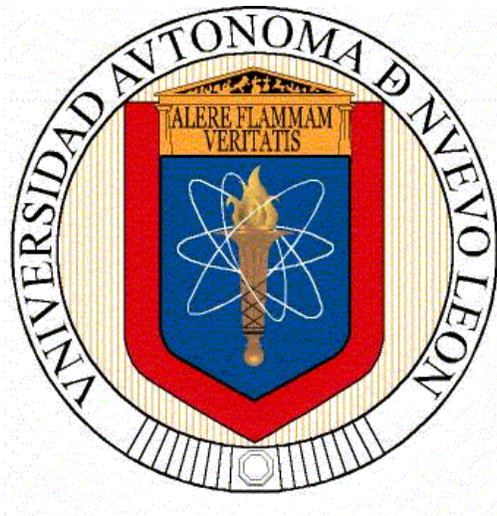


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN FACULTAD DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS DOCTORAL

**“JUSTICIA: DERECHO Y DEBER. SU ENCUADRAMIENTO
EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS”**

PRESENTA

RAÚL ÁNGEL VILLAREAL DE LA GARZA

PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

AGOSTO 2015



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



TESIS DOCTORAL

**“JUSTICIA: DERECHO Y DEBER. SU ENCUADRAMIENTO
EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS”**

PRESENTA

RAÚL ÁNGEL VILLAREAL DE LA GARZA

PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

ASESOR

Dr. Manuel Salvador Acuña Zepeda

Ciudad universitaria, San Nicolás de los Garza, Nuevo León. 2015

“Un hombre es moral o jurídicamente responsable de un hecho cuando este ha sido causado por un acto de voluntad suyo, o por haber omitido un acto volitivo suyo que habría impedido el hecho “

Hans Kelsen

Tabla de Contenido.

Presentación.....5

CONCEPTOS GENERALES9

LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL SER HUMANO32

CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA94

JUSTICIA. DERECHO Y DEBER: SU ENCUADRAMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN
DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS.....126

CONCLUSIONES.....165

Referencias172

“La Justicia es el resultado del ejercicio de los derechos del ser humano que conjuntamente actúan en la sociedad y habrá de reconocerla en todo orden jurídico, no solo como un valor, sino como un principio fundamental de la ciencia jurídica, pues de no admitirse en su plenitud se estará negando la convivencia armónica a que toda persona aspira y que solo puede lograrse por el Derecho y garantizarse por el Estado”

Raúl Ángel Villarreal de la Garza

Presentación

La investigación sobre el tema de la Justicia lleva el propósito de jurificar su significado, no solo como valor esencial y fundamental de la Ciencia Jurídica, sino como necesidad de toda persona de que se le reconozca en el orden jurídico supremo su dimensión en cuanto a la aplicación de toda norma jurídica.

Para iniciarla se hizo un análisis de las bases primarias que dan existencia y fundamento al concepto de Justicia, como el de norma que es una regla que regula el comportamiento de la humanidad dictada por una autoridad competente, con sus características de bilateral, atributiva y está provista de una sanción

El Derecho como un conjunto de normas de convivencia social que determina para toda persona exigencias y deberes. Postula el deber ser.

Se concluye que la ciencia jurídica es un conjunto de normas de convivencias racionales, sistemáticas, verificables, y que tienen por objeto el estudio y ordenación de las relaciones humanas que son garantizadas por el Estado.

Mediante pretensiones de definición y precisión de conceptos, productos del estudio que se realizó se determinó que la Constitución es una unidad jurídica absoluta por cuanto no surge de sí misma, sino que su validez estriba en su estructura normativa que contiene valores que políticamente la fundamentaron; reconoce los derechos del ser humano y describe un catálogo que los clasifica en los de libertad, igualdad, la seguridad y la propiedad.

Se analiza el origen de los derechos humanos buscando sus fuentes reales en el derecho natural, con el criterio de ser esenciales a la existencia humana como valores morales y de origen religioso destacando como primarios la libertad y la igualdad de todas las personas, y su reconocimiento, no como una creación del derecho, sino atendiendo a la naturaleza humana, como preexistentes a todo orden jurídico, inalienables e imprescriptibles de los que emerge la justicia como resultado del ejercicio de la libertad, tratando de encuadrar su significado conforme a posiciones de la doctrina, teóricas, filosóficas y jurídicas que se describen, en un marco jurídico fundamental con un significado autónomo y que su realización no se derive del ejercicio de otros derechos.

No se determina la dimensión del significado de la Justicia, sino que los ideólogos de la Ciencia Jurídica la derivan de los derechos de libertad y del de igualdad considerándola como una estructura secundaria y dejan al poder de la jurisdicción su realización.

El estudio comprendió una narrativa del concepto de justicia derivado de posiciones iusnaturalistas, morales, religiosas y filosóficas tomando en cuenta acepciones de los ideólogos del derecho en cuanto a su significado, para luego establecer con más claridad su naturaleza no solo como valor moral y jurídico, sino como un derecho fundamental de toda persona de poder exigir que se le de lo que le pertenece, lo que le es debido.

Esta imprecisión, la falta de un significado que dé certeza al concepto de justicia, no solo como valor y fin del derecho y la indeterminación de su carácter se traduce en la necesidad de estructurar una nueva dimensión que la acerque al Derecho Legislativo, vigente o positivo; que la

determine como un derecho fundamental del ser humano como poder de exigir de otro o de un órgano del estado se le dé a cada persona, lo que es de suyo propio, lo que merece; y es también un deber del estado de impartirla mediante un sistema de organización que permita la existencia de tribunales suficientes, que actúen con prontitud y den en toda controversia lo que pertenece a cada persona, lo que le corresponde de acuerdo con la norma jurídica aplicable.

Se especifican algunas cualidades personales de los Jueces o Magistrados a los que se encomienda la impartición de la justicia, en cuanto a que deben ser profesionales de la ciencia jurídica, tener experiencia en la materia que corresponda, tener conocimientos especializados, contar con grados superiores a la licenciatura, ser egresados de escuelas o institutos que impartan la capacitación adecuada y contar con una edad mínima para su ingreso.

Contaran además dichos titulares de la impartición de la justicia como deber, con protecciones jurídicas, en relación a su permanencia, atribuciones y en su caso deben estar sujetos a un sistema de responsabilidades legales.

Raúl Ángel Villarreal de la Garza

” Estamos condenados a ser, a pesar nuestro, libres “

Sarmiento

CONCEPTOS GENERALES

NORMA, DERECHO Y CIENCIA JURÍDICA

Para la mejor comprensión del estudio del derecho constitucional como la disciplina jurídica de mayor importancia en el ámbito del derecho público, es conveniente hacer referencia en principio, a los conceptos de norma jurídica como formas de regulación de la conducta humana, bilaterales, imperativas, atributivas y coercibles, para luego referir al derecho como sistema o conjunto de reglas jurídicas, un todo total, que comprenda toda regulación con el carácter de obligatorias y tomar en cuenta la división que la doctrina ha propuesto para sistematizarlas, con el carácter de público o con el carácter de privado y entre estas dos vertientes, ubicar su conceptualización.

El derecho es un concepto técnico y a la vez científico. Como técnico alude a un elemento esencial que se considera por la doctrina como un conjunto de normas o reglas que regulan la conducta externa de los individuos en sociedad: es un producto esencialmente social: se impone a los individuos en forma coactiva que es derivada de la organización humana como poder, y aplica sanciones, al que viola su contenido.

Como concepto científico, es un conjunto de conocimientos verdaderos y ciertos que estudian la organización del derecho y ordenan las relaciones humanas que son garantizadas por las normas jurídicas, logrando un concepto general en forma objetiva como conjunto de normas y preceptos imperativo-atributivos y además impone deberes y establece facultades.

A la doctrina no le interesa una precisión del concepto de derecho como conjunto de reglas o un sistema, porque lejos de ser explicativo, implicaría una idea sin movimiento que no admite correcciones, cuando en realidad su propósito es avanzar en la vida jurídica proporcionando una estructura que de evolución al concepto para su mejor comprensión, con características específicas de ser una regla imperativa, general y que esta provista de coacción para la aplicación de sanciones específicas.

Además, en una definición del derecho como producto social, no escapa su carácter positivo como regulador de las conductas sociales de los individuos, que son susceptibles de ser sancionadas, por lo que en el mismo concepto de derecho va implícita la idea de la justicia, como fin preponderante en todo orden social.

La ciencia del derecho como conjunto de normas jurídicas que postulan el deber ser, con sus características de generalidad, obligatoriedad, coactivas y que están provistas de una sanción, admite la existencia de criterios para diferenciar la naturaleza y contenido de toda norma jurídica y de acuerdo con la doctrina como una tradición jurídica se adoptan dos grandes divisiones; El derecho público y el derecho privado.

(García Maynes, 1977) escribe:

La historia del derecho ha estructurado diversas teorías que admiten criterios de distinción entre el derecho público y el derecho privado, pero enfatiza el autor que no existe una definición adecuada que prevea sus diferencias, por lo tanto el derecho público regula las

relaciones que son provechosas para el común, lo que beneficia a todos, así como los poderes que tiene el estado y que se hayan directamente al servicio de todos los individuos.

En consecuencia el derecho privado atiende únicamente a los intereses de los particulares para sí, que ponen en movimiento su propia voluntad.

Según García Máynez la teoría que es más aceptada en el devenir histórico de la ciencia jurídica, es la que se refiere a la naturaleza de la relación que surge del contenido de la regla o norma jurídica; este criterio diferenciador entre el derecho público y el derecho privado no se busca atendiendo solo al interés protegido, sino también a la naturaleza de la relación que se fija por la norma, refiriendo que cuando existe una relación de subordinación, es decir cuando las personas a quienes se aplica el contenido de un precepto de derecho no son jurídicamente iguales, como cuando interviene el estado en su carácter de autoridad y un particular, la relación es de derecho público.

Cuando existe una relación de coordinación o de igualdad entre órganos del estado, o bien con un particular y un órgano de autoridad, se estaría dentro del mismo concepto. En cambio, la naturaleza de la relación que se deriva de la norma sería de carácter privado, si los sujetos se encuentran colocados en un plano de igualdad y ninguna de ellos interviene como entidad de autoridad.

Las teorías que pretenden estructurar diferenciaciones entre el derecho público y el derecho privado no son satisfactorias, por lo que hay que aceptar que no existe fundamento para hacer una distinción desde el punto de vista de la doctrina y solo puede aceptarse como un criterio

sistematizado de las normas jurídicas, pues en todo caso no se acepta que cualquier fenómeno de la vida humana pueda ser ajeno a su regulación, lo que implica que la ciencia jurídica es una creación humana, pero que se realiza por los gobernantes que ejercen el poder público.

La clasificación del derecho en varias ramas no se basa solo en ideas que tienen validez intrínseca que se apoya en datos históricos y la distinción entre lo público y privado reproducida por múltiples teorías que tratan de explicar esa clasificación, no han logrado un objetivo específico de distinción, sino que simplemente mediante una técnica histórica se han sistematizado las normas jurídicas en base a intereses públicos o por intereses privados, y aunque esa clasificación aparece apartada, no cubre con la plena generalidad de todo conjunto jurídico, pues ahí encontramos lo que se refieren a la protección de los hijos, a los contratos, las que tienen relación con intereses puramente privados como los de orden mercantil o comercial, concluyéndose por aceptar que en todo caso, son obra del estado como entre público y por lo tanto su naturaleza es de ese mismo carácter y solo vale una diferenciación como orden, estructura o sistema de clasificación.

Son de derecho público las normas que se refieren al estado, su organización y funcionamiento, la competencia de los órganos y las relaciones con los particulares. (Recasens Siches, 1993)

Determinados en las líneas que anteceden, los conceptos de norma, derecho y ciencia jurídica y la división tradicional que la doctrina ha estructurado para su sistematización en normas de carácter público y normas de carácter privado que conforman las dos ramas de la ciencia jurídica, que son el derecho público el derecho privado, en atención a ello es necesario que a

continuación en las líneas que siguen se haga referencia a otros conceptos básicos como son, la constitución, el estado y sus funciones.

LA CONSTITUCIÓN

La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, definió una característica específica de todo Gobierno, entendido como ejercicio del poder público, al establecer que debe disponer de una constitución que determine, por una parte, los derechos humanos que el estado debe reconocer porque son inalienables e imprescriptibles y por la otra la división de poderes que evite la arbitrariedad y el abuso que trae consigo la concentración del poder, lo que ha sido modelo en la conformación de la estructura política y jurídica del estado. (Faure, 1995)

La Constitución es el orden jurídico constituido como manifestación del poder público que dimana del pueblo y se instituye en favor del grupo humano que organiza al estado y reconoce los derechos de todo individuo y se define por Tena Ramírez (1997)...” Ley suprema del país expedida por el propio poder constituyente en ejercicio de la soberanía: tiene como objeto organizar los poderes públicos circunscribiéndolos en esferas de competencia y proteger frente aquellos ciertos derechos del hombre...”

Se dio origen a un concepto moderno de constitución como ley fundamental a la que se invistió de una fuerza superior a cualquiera e instituye una limitación a su propio poder, con un catálogo de libertades públicas que se estructuran en beneficio de los individuos frente al estado.

La historia de la teoría política y del derecho constitucional no han permitido con claridad establecer un concepto preciso de lo que es la constitución como orden jurídico vigente, pero conforme a la doctrina se puede establecer que la constitución, es un sistema de normas jurídicas que tienen su origen en una decisión política, derivada de un poder constituyente que expresa una voluntad dinámica de un grupo de personas que conforman una organización, con principios esenciales y procedimientos propios, de los cuales surge una norma, ley suprema o ley superior, que da permanencia al orden social y permite advertir las transformaciones sociales, para dar paso a modificaciones que dan continuidad a los fenómenos culturales, económicos y políticos que se puedan presentar.

La Constitución es un orden jurídico compuesto por un conjunto de normas, que no solo se refieren a una organización estatal, sino que también es el origen mismo de la ciencia jurídica, como un todo total, en el que debe destacarse como una parte importante, no solo, la que fija las relaciones respecto de la estructura del estado, sino también aspectos fundamentales que fueron materia en sus orígenes del derecho civil, como los principios relativos a la familia, a la propiedad, al trabajo digno y remunerativo que determinaron las implicaciones del comportamiento vital de las personas, frente a la complejidad de la estructura estatal y por lo tanto son esencia del derecho como ciencia jurídica, y de la propia constitución.

La Constitución es una unidad jurídica absoluta por cuanto no surge de sí misma, sino que su validez estriba en su estructura normativa por ser un sistema de reglas cerradas que tuvieron su origen en decisiones políticas previamente existentes, que sustentan su razón de ser, y está sujeta a procedimientos dificultados por un proceso de modificación en cuanto a los valores de la justicia, la libertad y la seguridad jurídica, porque siendo la constitución una ley suprema no

pueden suprimirse de ella sus valores que políticamente la fundamentaron y que dan forma a la unidad política estatal, su organización y funcionamiento.

La Constitución tiene diversas acepciones: desde una declaración que en sus orígenes se estimó como un pacto entre la sociedad con aquellos que ejercían el poder público, transitando hacia la Carta Magna de 1215 dictada durante la Monarquía Inglesa, que fue estructurando un documento en el que se hicieron estipular principios referidos al estado, su organización, funcionamiento y especialmente a los derechos humanos como reconocimientos de la libertad de los individuos al que se agregó finalmente otro elemento de integración de la constitución, que es la forma de gobierno. (Hauriou, 1980)

Burgoa (1972) destaca dos tipos de constitución: el real y el jurídico.

El concepto real de constitución implica un modo de ser de la existencia social con base en sus factores en movimiento como el político, el económico y el cultural, que le dan validez y una finalidad específica a su esencia; implica una formación de conductas reconocidas, que constituyen los principios frente a los que se basa la relación entre los que ejercen el poder público y los destinatarios de la misma.

Como concepción jurídica, la constitución es un conjunto de normas de derecho básicas y supremas, cuyo contenido puede ser o no congruente con la condición real de cada unidad política, y destaca como elemento normativo, a los poderes de determinación y auto limitación de la soberanía como voluntad popular, que constituye la substancia de la propia norma que conforma un todo llamado constitución, que es el derecho mismo, y que además permite la

concepción de otras normas que emanan de ese todo total, que son substantivas, orgánicas, adjetivas, federales o locales, pero que en todo caso el orden jurídico supremo encauza el ejercicio del poder público y consigna derechos del hombre que puede oponer, respecto de las competencias expresas de los órganos del estado, como condición del ejercicio del poder público .

Como idea general de la constitución se prefiere adoptar el concepto de constitución formal, escrita, como un conjunto de regulaciones específicas que se refieren a la estructura del estado como una unidad política que determina su organización y funcionamiento y los derechos fundamentales de los individuos.

De ese concepto formal se deriva que la constitución no puede ser considerada con un criterio determinado de carácter político que comprenda solo la organización y funcionamiento de los órganos del gobierno y la organización de la libertad política como participación de los ciudadanos, sino que debe considerársele, fundamentalmente, como un orden jurídico supremo que configura y ordena los poderes del estado; como una norma jurídica que establece limitaciones al ejercicio del poder público respecto de los derechos de los individuos frente a la organización estatal.

Lanz Duret (1982) considera que la constitución no es un mero documento político, sino que por el contrario es de naturaleza estrictamente jurídica y como sistema normativo supremo, permite una ordenación jerárquica a partir de una cúspide hacia el concepto de normas ordinarias y finalmente las individualizadas, lo que afirma el principio de que la constitución es el derecho constituido y como tal permite la existencia de múltiples normas jurídicas que dan validez y

efectividad a las decisiones políticas que se dan por la convivencia de los individuos y la propia organización estatal como elemento del poder público.

EL ESTADO

“El Estado no es un bien mueble, sino un valor moral.”

Manuel Kant

Con el concepto de constitución como norma suprema fundamental que regula la organización y funcionamiento del estado, es conveniente incorporar en este estudio el concepto de estado, sus componentes, características esenciales y en especial, delimitar su significado jurídico y de ahí determinar el concepto de Derecho Constitucional.

El diccionario de derecho usual de Guillermo Cabanellas (1962) refiere al estado con diferentes acepciones:

“Situación en que se encuentra una persona, cosa o asunto “

“Cuerpo político de una nación “

“La nación misma “

“La administración pública “

“Pueblo que se rige con independencia “

“Territorio, dominio o país que pertenece a un soberano “

“Orden general de derecho “

“Sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el exterior y afirmar su personalidad y responsabilidad, frente a las similares exteriores”

“Conjunto de poderes; acepción que se asimila con gobierno, del cual se diferencia en cuanto este constituye la encarnación personal de aquel, su órgano ejecutivo”

“En los estados organizados federalmente, cada uno de los territorios que se rigen por leyes propias y gobiernos privativos en su ámbito y esfera peculiares”

En el mismo diccionario se conceptúa la palabra estado como expresión del poder y de la organización social de un territorio determinado; se le considera como persona de derecho privado en igualdad relativa con las demás personas jurídicas e individuales; y como entidad suprema de derecho público, con jerarquía para establecer la ley y hacerla cumplir.

El concepto de estado, siguiendo al mismo autor, se proyecta en diferentes ámbitos de acción de la ciencia jurídica: en especial en el derecho constitucional que es el derecho del estado.....”Como sociedad establecida sobre determinado territorio, con fines esenciales del bien común, por la realización del derecho: como cuerpo político de la nación surge la unidad de una multitud de hombres que viven y conviven en armonía bajo leyes jurídicas.”

Cabanellas dice que lo han comparado a un organismo hurraño, otros a una máquina y no falta quiénes lo consideran con carácter o función ética; pero los más estiman que el estado integra una sociedad que tiene voluntad general para establecer un orden jurídico.

Acosta Romero (1991) sostiene que, el estado es la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado bajo un régimen jurídico, con independencia y auto determinación, con órganos de gobierno y de administración que persiguen determinados fines mediante actividades concretas.

De los conceptos anteriores se derivan características específicas del estado como unidad política y jurídica; ser una realidad social cuyos componentes radican en una organización política, que comprende a un grupo humano como sociedad, que fue localizada en el tiempo y que cubrió una finalidad específica.

Como concepto real, el estado se constituye por el conjunto de individuos en su totalidad como componentes de una sociedad humana, que se establece en un territorio como elemento físico en el cual se relacionan y conviven.

En su aspecto social al estado se integran conceptos filosóficos y jurídicos que consisten en la voluntad del grupo humano, que se torna en una forma de poder; que hace señalamientos específicos en relación con el estado, su independencia, autodeterminación y en especial como supremo que subordina a la voluntad general, a todos los individuos, con obediencia.

Para la teoría política, el concepto social de estado comprende además, el orden jurídico, ante la necesidad de que al grupo humano que se localiza en un espacio territorial, le sean reguladas sus relaciones con los demás, respecto del poder supremo.

Así el poder como voluntad del grupo humano provisto de fuerza para hacerla cumplir, da origen a un acto jurídico, que es la constitución, y a su vez este orden jurídico provee a la existencia del estado que habrá de quedar auto limitado en el ejercicio del poder público, mediante órganos específicos a los que se encomienda una función. (De la Cueva, 1996)

Basave Fernández del Valle (1955) refiere la opinión de Luis Sánchez Agesta para definir descriptivamente al estado como.....” la organización de un grupo social, establemente asentado en un territorio determinado, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y sectorizado que tiende a realizar el bien común...” y descompone dicha definición en cuatro elementos:

Un grupo social establemente asentado en un territorio determinado, cuya unidad se funda en datos anteriores a la específica vinculación política que el estado representa.

Un orden jurídico unitario cuya unidad resulta de un derecho fundamental, constitución, que contiene el equilibrio y los principios del orden y cuya actuación está servida por un cuerpo de funcionarios.

Un poder jurídico autónomo centralizado y territorialmente determinado; este poder se define como independiente hacia el exterior y como irresistible en el interior; es centralizado porque emana de un solo centro claramente definido que refiere la unidad política y donde parte la actuación escalonada de los funcionarios. El orden y el poder que lo garantiza tienden a realizar el bien común público.

Burgoa (1972) escribe, que la característica del concepto de estado, es la comunidad como forma vital superior a la simple población, la que se interrelaciona cuando toma conciencia de que existen normas de sentimiento común que da unidad a su propia voluntad de convivencia, y transita como organización política para dar origen a una estructura jurídica y social y como consecuencia, la creación del orden jurídico que supone un poder, es decir una actividad cuyo

elemento generador es la humanidad y su causa es el grupo humano que en su nombre lo elabora subjetivamente, y ese poder constituye el medio por el cual la organización consigue sus fines y logra una estructura jurídica y analítica.

Jellinek (2000) elabora las siguientes ideas del estado.

Como una concepción subjetiva el estado no se opone a la forma objetiva, sino se complementan como realidades física o psíquica que descansan en relaciones interhumanas, pero ambos conceptos, el subjetivo y el objetivo, deben ser separados uno del otro, pues este tiene como objeto el estudio del estado como fenómeno social, y el otro se ocupa de hechos reales en los que se concreta la vida del estado

Otra concepción del estado según Jellinek es la jurídica, que define un sentido efectivo; “el carácter de un poder social que forma parte de la vida en todas las personas, es un concepto de una totalidad de normas que exigen ser concretizadas en acciones, ubicándose esa concepción del estado en el mundo de lo que debe ser.”

La concepción jurídica del estado tiene como objeto el conocimiento de la norma jurídica que sirve de guía a las instituciones y funciones que debe realizar, así como las relaciones de los hechos reales de la vida del estado como manifestaciones del grupo humano en un espacio determinado, con los juicios normativos sobre los que se apoya el pensamiento jurídico.

El estado significa una cualidad de los individuos que viven en él, por eso se le considera como situación permanente y por otra parte como un estado de dominación que impone una voluntad superior.

Jellinek descarta la teoría patrimonial que identifica al territorio como único elemento objetivo de la idea del estado, y enfatiza otros dos elementos constitutivos que dan certeza a su existencia

“Por una parte, el estado como pueblo es una realidad evidente en el que se dan voluntades, conclusiones que se realizan por actos físicos, sobre la base de un sistema normativo que genera una voluntad única, en el que se puede disentir por una contraria.”

“El estado dominador o de autoridad, se identifica como un estado con gobierno que se ejerce por personas con autoridad y han sido consideradas en las diferentes épocas como la encarnación del estado y como su verdadera realidad.” (Jellinek, 2000)

De esa manera la historia de la doctrina del estado ofrece un concepto orgánico de carácter físico con una existencia condicionada que es independiente de los individuos que la forman, y cuenta en su exterior con un poder de dominación o de orden público que permite su ordenación.

Fayt (1988) considera que el estado es una organización política cuyos elementos esenciales son el poder, el territorio, la población y el orden jurídico o derecho, destacando a la soberanía como una cualidad o modalidad del poder instituido.

Siguiendo el pensamiento de Maquiavelo (1513 traducido en 1983), quien introdujo el término estado asimilándolo al gobierno, en su libro el Príncipe dice.... “todos los territorios en los que han sido dominados, los hombres han ejercido su autoridad por medio de una república o de un

principado....” Esa acepción es estrechamente vinculada al contenido etimológico de “status” modo de ser, de estar y se traza en una trilogía histórica de la comprensión del estado, como:

El estado es una formación social que recae en la sociedad para unos, en el concepto de nación para otros, o bien en la interacción humana.

Como poder de dominación, coactivo, de imposición, se concibe al estado como una organización al servicio de los intereses económicos de las clases dominantes.

El estado como orden jurídico o sistema jurídico, tiene así mismo, como su centro o substancia.

Fayt (1988) lo define...”como una formación política con estructuras esenciales como el poder, el orden jurídico, la población y el territorio; como formación social es una conducta humana organizada; y como organización política se caracteriza por la supremacía de un orden fundado en uno constituyente..”

La teoría del derecho político arroja diferentes conceptos del estado, pero para el estudio que se realiza, interesan dos criterios; el sociológico como lo concibe Jellinek (2000) de que el estado es una unidad de asociación, dotada originalmente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio; y el jurídico que sostiene Kelsen de que el estado es el orden

jurídico total; como persona es la personificación metafísica de ese orden; como poder, la efectividad del orden jurídico.

En sus orígenes el estado se constituyó por un grupo humano que se distingue de otras comunidades en razón a lazos que se fundamentan en las mismas ideas de los que participan en un grupo, sus formas de organización, el lenguaje, sus medios de comunicación; en especial sus diferentes formas de realidad respecto de sus necesidades específicas, destacándose el concepto de estado como un ente superior a cualquier otro humano y por lo tanto tiene el mayor rango de naturaleza.

Se ha concebido al estado como ...” una parte de la sociedad humana, asentada frente a un territorio jurídicamente organizado, bajo la forma de un gobierno independiente que se propone la realización de aquellos fines que se determinan de acuerdo con sus condiciones históricas...”, de lo que se infiere que el ser del estado está en constante movimiento a través de actos políticamente renovados que entran en relación con poderes reales específicos, ante los cuales no puede considerarse como un sujeto de conocimiento de absoluta neutralidad, según la teoría de Héller. (1934)

El estado es una organización política, social, económica y jurídica que tiende a la realización de fines específicos como son el bien común o bien público temporal, la seguridad, la tranquilidad, la justicia y la felicidad, pudiéndose distinguir con claridad que el estado no es solo la conformación de un grupo humano, organizado en un territorio específico, sino que está sujeto a un poder de dominación que ha sido creado por el propio grupo humano, por voluntades

propias, para así realizar los fines que le permitan la existencia de una supremacía que mande sobre otros poderes.

Así el poder de dominación, estrictamente lo podemos concebir como aquel que dimana del conjunto humano, el que al expresar su voluntad individual, unida a la de los demás, decide su propia existencia y determina fundadamente mediante decisiones políticas, una forma de ser del estado, de su organización, el gobierno como concepto de autoridad y en especial el reconocimiento de los derechos de cada individuo en lo particular. (Fayt S., 1988)

Kelsen reconoce....”

Que el poder del estado a que el pueblo se encuentra sujeto no es otra cosa que la validez y eficacia del orden jurídico, de cuya unidad, se deriva la del territorio y la del pueblo. El poder del estado tiene que ser la validez y eficacia del orden jurídico nacional, si la soberanía ha de considerarse como una cualidad del tal orden. (Kelsen, 1993)

El poder dominante no es otra cosa, sino la expresión del grupo humano que ha tomado decisiones políticas para permitan una convivencia pacífica y construir una unidad política, que sirve a todos por igual y que el individuo acepte subordinarse para que impere una acción eminentemente política, que le permita expresar una voluntad que sea obligatoria para todos.

Se advierte que la soberanía como expresión de la voluntad de los individuos, se manifiesta a través de decisiones políticas que se determinaron en dos aspectos: La creación del estado, su forma y su gobierno y el reconocimiento de los derechos humanos considerados como fundamentales, y el principio de la distribución de poderes, como base de su estructura y

organización y principios jurídicos políticos, que regulan la existencia propia del estado y las actividades que ha de realizar, para conseguir los fines que le dieron origen.

El principio de la división de poderes atribuible a Montesquieu tuvo como base...

La libertad y concibe que en todo estado debe haber espacios de poderes como potestades que llamo, la legislativa o deliberativa encargada de crear la norma jurídica, la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del orden jurídico, agregando especialmente la potestad de juzgar sobre las cosas que se derivan de la aplicación de toda norma jurídica, sin lo cual no existiría la libertad, destacando que si el poder de juzgar estuviese imbuido en el poder deliberativo sería un poder arbitrario y si el poder de juzgar estuviere dentro de la potestad ejecutiva estaríamos en presencia de un poder opresor... (Serra Rojas, 1986)

Se fue desarrollando la idea de la separación de poderes que conduce Montesquieu a un sistema de frenos y contra frenos, de pesos y contrapesos en las actividades de cada uno de los órganos del poder público o del gobierno, estructurándose por una parte la teoría de las formas de gobierno que se adoptan para el ejercicio del poder público y ese principio de la división de poderes enfatizo la idea política de combatir el poder absoluto, así como la idea de su organización.

Carpizo... al relatar los decisiones políticas fundamentales hace referencia al principio de la división de poderes, como una nueva estructura política basada en el ejercicio del poder público que tuvo su origen en la soberanía y en el principio de los derechos del hombre, para conformar el estado de derecho proclamado en la Declaración Francesa de los Derechos de Hombre y del

Ciudadano que en su artículo 16 expreso....” Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos del hombre no esté asegurada, ni determinado la separación de los poderes, carece de constitución...” (Carpizo, 1969) principio que ha conservado su dinamismo para impedir violaciones a la libertad, el que se ha inspirado en la máxima publicada en el Espíritu de la leyes de Montesquieu, para delinear la idea de la división de poderes, determinando que el poder detenga al poder, que lo detenga por y para la libertad del hombre, que una misma persona no posea todo el poder, porque entonces no estaría en libertad.

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Considerado el derecho constitucional como un sistema normativo que regula la constitución, los principios de la división de poderes y el reconocimiento de los derechos del hombre, surge la forma de un sistema de coordinación de tareas de los diferentes órganos del estado, y dan origen a la noción de funciones formales y materiales que el estado ha de realizar conforme a la estructura que le da la constitución.

Las funciones del estado se determinan desde dos puntos de vista: el primero meramente formal, se radica en la forma de actuar del órgano al que se le encomienda el ejercicio del poder público y desde el punto de vista material debe atenderse al contenido del acto creado. 19

Así la función legislativa se deposita en un Congreso General el que mediante el procedimiento de legislación tiene a su cargo la creación de la ley con las características de generalidad, inoperatividad, obligatoriedad y coacción, pero también esta función se puede

determinar atendiendo a un criterio material que consiste en analizar el contenido del acto legislativo, que puede tener su origen en otro órgano del estado.

Como característica fundamental de la función legislativa que tiene a su cargo la creación de disposiciones generales, obligatorias y coercibles se concibe como un principio determinante de fijeza e inmutabilidad que marca grados de dificultad para su modificación, que se conoce desde el punto de vista de la doctrina y fijado en la constitución como autoridad formal de la ley, implica que para su interpretación y aplicación no podrá ser abrogada o derogada, sino que ha de hacerse mediante el mismo procedimiento que se adoptó para su creación, de tal manera que el aspecto formal de la función legislativa reviste requisitos que indican una separación formal de las competencias del poder público para realizar una actividad específica.

La ley como producto de la función legislativa está sujeta a una jerarquización en la que se ubican diferentes planos que van desde uno superior donde está la constitución, como norma suprema, ley fundamental, y le siguen las leyes que de ella emanen que son las que se consideran ordinarias como de carácter federal, los tratados que suscribe el titular del órgano ejecutivo con la aprobación del senado como leyes integrantes del esquema legislativo, y aunque si bien las interpretaciones que se hacen de ubicar a este conjunto de disposiciones generales en el mismo rango de la constitución, no es posible admitirlo, toda vez que la constitución es el derecho constituido y a la vez derecho constitutivo que permite la creación de las leyes como son las federales que de ella emanen y en especial los tratados que habrán de celebrarse como la propia constitución lo dispone.

En la escala jerarquizadora de la ley como actos legislativos encontramos las leyes orgánicas de mera organización y las leyes de conocimiento o comportamiento que regulan la actividad de los particulares o de los propios órganos del estado, los reglamentos que tienen como objetivo fundamental desentrañar, explicar, desarrollar el contenido de una ley que expida el órgano legislativo cuando esta no sea fácil su observancia y aplicación, para después encontrar de acuerdo con la teoría general del derecho, las normas individualizadas como el contrato, la sentencia, el estamento y en el último de los niveles de la producción legislativa encontramos las leyes municipales cuyo ámbito de acción se limita a una circunscripción territorial. (García Maynes, 1977)

La función jurisdiccional o judicial también puede analizarse desde el punto de vista formal como la que realizan los órganos jurisdiccionales que conforman la estructura del poder público judicial y tomando en cuenta el contenido del acto jurisdiccional, para lo cual es preciso recurrir según Fraga... a la idea del motivo y del fin, y desarrollar todo un procedimiento que se origina con la existencia de un conflicto o controversia que puede darse entre particulares, o particulares y los órganos del estado que constituye el motivo, entablándose una relación jurídica entre el titular de la controversia y el órgano jurisdiccional que pone en movimiento el estado para intervenir como mediador en la solución del conflicto y culmina con una sentencia que es el fin propio de la función judicial, la que debe estar investida de los poderes que la hagan inmutable e inmodificable, que son los de la cosa juzgada. (Fraga, 1955)

Con respecto a la función administrativa, normalmente se confiere su realización en los términos de la constitución y las leyes específicas al órgano ejecutivo, el que subordinado al propio orden jurídico habrá de realizar sus diferentes atribuciones que tienden a satisfacer los

requerimientos y las necesidades de los gobernados, limitando su ámbito de acción en forma concreta, particular e individualizada mediante la creación de actos jurídicos que crean, modifican, transmiten y extinguen situaciones jurídicas que producen consecuencias individualizadas o bien mediante la creación de actos materiales que no trascienden a la esfera jurídica.

Se concluye: que el estado es una organización esencialmente jurídica, que tiene su origen en la constitución como orden jurídico fundamental que determina su existencia, su forma y su gobierno, los órganos que lo conforman, sus competencias y las funciones que se les encomiendan.

La encíclica “Rerun novarum “

5. Función del Estado. “(20) Por lo que toca al Estado, cuya finalidad consiste en la realización del bien común, en el orden de los bienes terrenos, no puede en absoluto desentenderse de los asuntos económicos de los ciudadanos; más aún, debe estar presente y cuidar oportunamente: primero, que la actividad económica produzca la abundancia de bienes, cuyo uso es necesario para la práctica de la virtud; segundo, tutelar los derechos de todos los ciudadanos y en primer lugar de los débiles, como son los obreros, las mujeres y los niños. Como tampoco le está permitido al Estado desatender jamás la obligación que le pone velar por el mejoramiento de las condiciones del trabajo “

León XIII

LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL SER HUMANO

ONTOLOGÍA

*“...Así que, todas las cosas que quisieras que los hombres hicieren con vosotros, así también
haced vosotros con ellos, porque es la ley...”*

Evangelio de San Mateo VII.12

El vocablo Derecho

La palabra derecho según el Diccionario de Derecho Usual reviste complejidad porque resulta aplicable en todas las esferas de la vida, y tiene como singularidad el de construir lo fundamental en toda obra y especialmente en todo el mundo jurídico cuando se refiere a lo positivo, a lo histórico, a lo doctrinal, a lo vigente, a lo válido, por lo que se aconseja actuar con detalle para buscar su significado. (Cabanellas, 1962)

Como adjetivo, derecho significa igualdad en un sentido material; como sustantivo derecho es la facultad, poder o potestad individual de hacer, determinar o abstenerse en cuanto a uno mismo, de exigir, permitir o prohibir a los demás, de lo que se deduce una posición con fundamento natural o convencional, por lo que Derecho significa facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites de facultades ajenas, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal, de lo que resulta la conveniencia de iniciar la búsqueda del origen del significado de derecho, anterior a lo jurídico, que puede ser vigente, válido o positivo que se encuentra en la propia naturaleza, y siendo el hombre, ser humano un producto de la naturaleza, el poder de realización, de obrar, hacer, exigir o no hacer como un producto humano está lleno de sentido, pues toda la vida humana se desenvuelve en la

producción de estímulos y deseos para satisfacer una necesidad, y el deseo actúa como motivo para alcanzar una meta; deseos y metas que son comprensibles como hechos humanos.

En consecuencia el concepto derecho como facultad de actuar, tiene un propósito que consiste en realizar una finalidad, el que va estructurando la idea de la normatividad y como consecuencia del deber ser.

En el campo de lo humano al que pertenece la facultad de obrar, se advierte que la conducta de la persona está llena de significados que son comprendidos al tomar en consideración puntos de vista estimativos del ser, del sí mismo, como criterio de valor.

El ser humano tiene capacidad para distinguir lo que es bueno de lo que es malo, entre lo justo y lo injusto, lo que le conviene y lo que no es conveniente, lo que puede utilizar y lo que no le es útil, y siempre es guiado por intuiciones de valor; concibe como propósito de producción, el satisfacer sus necesidades, ciertos comportamientos para obtener resultados que estima con valor o que considera útiles para la satisfacción de sus necesidades.

Es decir, el ser humano determina fines para su conducta y se afana en buscar medios para cumplir el propósito que pretende, y para la realización de un fin pone en movimiento medios adecuados.

Así el hombre tiende a satisfacer determinadas necesidades cumpliendo con ciertos fines, pero con ideas de valor, para la cual estructura una específica normatividad con un especial deber ser

que no tiene significado como un hecho que se presenta, sino como una cierta conducta ordenada, debida, para que se cumpla.

El hombre, ser humano, establece por virtud de su naturaleza juicios de valor fundados en estimativas relativas a la dignidad del ser humano, a la libertad, a la igualdad, al bienestar, el orden, a la seguridad.

La facultad de obrar o de exigir es algo que los hombres fabrican en su vida bajo el estímulo de unas determinadas necesidades, y deben configurar su conducta de un modo en que se cumplan exigencias que se derivan del valor que implica la realidad de la existencia humana, pues vida humana es todo cuanto el hombre piensa, siente, hace, anhela, sufre, goza, todo cuanto le pasa, le preocupa, todo lo que tiene que contar, todo cuanto decide y no habría vida humana si la persona no se diera cuenta de ello, pues tiene la característica esencial de saberse así mismo, de que el hombre cobra conciencia de sí propio, de darse cuenta simultáneamente del uno mismo y del mundo en el cual está, y es un mundo en el cual el hombre tiene conciencia del propio yo, y del mundo a la vez, sin que uno tenga prelación sobre el otro, y así la vida humana es encontrarse en un mundo de cosas que son útiles, que se nos oponen, atraen, repelemos, utilizamos o destruimos.

La vida consiste en la coexistencia del yo con su mundo, del mundo conmigo, como elementos inseparables correlativos. El yo de la persona, no es sino tener un mundo de que ocuparse, en que pensar, sentir o desear, que repeler, que utilizar, que conservar o simplemente destruir.

Es saberse de sí mismo, es una conciencia de lo que es y de lo que le rodea; la vida humana es hacerse así mismo, pues no tiene una realidad hecha como un objeto, sino es tarea, movimiento de cada instante y de cada uno de los seres humanos; y en ese movimiento constante con un sin fin de posibilidades entre las cuales elige, surge la dimensión de la libertad como un hacer vital que consiste en determinar que voy hacer, que debo decidir para resolver en cada instante, sobre el devenir. (Recasens Siches, 1991)

El ser humano tiene una estructura que va desde el pensar, sentir, hasta decidir, como producto de su imaginación y de la inteligencia, para hacer algo como una urgencia, como una necesidad para lograr algo, que está dotado de sentido y de significación.

El querer del hombre por algo, aparece como un motivo, un porqué vital, sentir una urgencia, una necesidad que lo lleva a imaginar lo que puede satisfacer y es así como el hombre se propone fines y busca medios; porque piensa primero en algo que no tiene, que desea pero que si existe, pero no está a su disposición e imagina que mediante una forma de conducta, un modo de actuar, un medio, puede alcanzar una satisfacción.

Cuando el hombre tiene necesidad de satisfacer un algo de su vida porque se siente amenazado de sufrir algún daño, elabora un modo de hacer que le proporcione certeza y seguridad, porque tiene conciencia de lo que le sucede, imagina los resultados y trata mediante su poder de decidir, cumplir con una necesidad.

El motivo, es la conciencia del hombre de tener necesidad; el propósito, es la satisfacción de esa necesidad; el fin es el objeto con el que se intenta satisfacer la necesidad, y el medio son las acciones y los objetos con que se ha de producir el fin.

El medio, es acción del ser humano, es en sí, el derecho como obra humana, como facultad de hacer, de exigir, de decidir ante las necesidades que inducen a los hombres a elaborar entre el motivo y la finalidad, una norma de conducta que es constitutiva del derecho.

El derecho está constituido por normas, reglas que solo tienen sentido cuando están dirigidas a sujetos libres porque crean conductas que figuran como posibilidades para todos. El hombre tiene libre albedrío como un significado filosófico que desentraña, descubre, analiza el pensamiento humano dirigido a una realidad que en cuanto hombre libre, tiene capacidad de decidir lo que le conviene.

Lo albedrío como condición del hombre, no es un conjunto total, porque en todo lo que se produce en la vida tiene un significado de libertad como decisión de querer eso y obtener lo que le acomode, sino simplemente es un conjunto de posibilidades entre las cuales tiene que elevar para poder hacer o no hacer, lo que se traduce en un modo de conducta que ingresa como causalidad de la libertad, para satisfacer una necesidad, pero en todo caso el hombre es albedrío, libre, con libertad; solo podemos hablar de una libertad positiva, de una conquista real de la libertad cuando el yo se decide como auténtico señor, ante las solicitudes de estímulos internos o externos y pone al servicio de su decisión los componentes anímicos, somáticos y sociales que le corresponde.

La dignidad humana

Los vocablos derechos humanos, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos del hombre y del ciudadano, derechos individuales, garantías individuales, garantías constitucionales, han sido meras expresiones literarias que forman parte de la historia de la teoría política y que tienen un origen filosófico de orden natural, ético y moral y transitan hacia el derecho positivo como expresión de la voluntad de los hombres.

En la filosofía del derecho se intenta la búsqueda por establecer un significado de los derechos humanos; si requieren de una fundamentación y si pueden ser ubicados en el ámbito del derecho natural, del derecho histórico o de los derechos morales, o como una tesis estrictamente positivista.

La ilustración del proceso histórico de los derechos humanos, refieren con insistencia el concepto de la dignidad humana como supuesto esencial de su existencia.

Desde esa perspectiva conviene para el objetivo del estudio que se emprende, desentrañar el sentido de la dignidad humana, de la dignidad del hombre, de la dignidad del ser humano.

Recasens Siches (1993) considera a la dignidad humana, del ser individual, como matriz de los principios fundamentales de la estimativa o filosofía jurídica, al concebir que el pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser, que tiene fines propios suyos, que cumple por sí mismo, que no es un medio para fines extraños o ajenos a los suyos.

La concepción de Recasens Siches, evoca el pensamiento de Kant al definir la dignidad del hombre, no como una peculiaridad de su doctrina, sino que sostiene que el hombre es un fin en sí mismo, un auto fin presentando con ello una idea que estaba generalizada por su aceptación desde muchos siglos atrás y que aparece en el viejo testamento como una posición central del mensaje cristiano, al decir "el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios" apareciendo la idea de igualdad en todos los hombres en cuanto a dignidad.

El Nuevo Testamento, tiene mayores alcances al proclamar la fe cristiana entre los hombres, identificando la presencia de Dios, juntamente como el verdadero ser del hombre.

La cultura cristiana tuvo un antecedente en el pensamiento chino que declaró, que lo que más importa, es el hombre, y de ahí se encuentra también la idea de la dignidad humana como una consecuencia de libertad, igual para todos, creando un enfoque del hombre por la filosofía de la Grecia clásica que consistió en reconocer que el hombre no es una cosa subordinada a fines o poderes externos, sino que constituye el ser que mediante el ejercicio de su razonamiento natural, puede lograr la meta de una vida buena y puede vivir de un modo divino, en tanto pueda satisfacer las demandas naturales de su alma guiándose por la razón.

En la antigüedad solo la filosofía histórica formuló en el pensamiento de los romanos (Epicteto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio), la forma de una idea universal de la humanidad como igualdad esencial de todos los hombres, en cuanto a la dignidad que corresponda a cada uno.

La formulación filosófica de Kant sobre la dignidad, consistió en expresar el pensamiento cristiano con la idea de la dignidad de la persona individual, diciendo que el hombre es el centro y el fin de toda cultura, que en este mundo todas las cosas tienen un precio, excepto el hombre quien no tiene precio, porque tiene dignidad, porque constituye un fin en sí mismo, es el substrato para realizar un valor absoluto, valor moral, recogiendo el pensamiento de los romanos el sentido cristiano de la vida y el espíritu de la cultura moderna.

Es preciso reconocer que las concepciones filosóficas sobre el humanismo, con el antecedente de la idea de la dignidad del individuo humano, no son puramente especulaciones de la verdad cristiana, sino que el concepto de la dignidad humana fue un postulado básico de la cultura occidental.

Stammler (1925) en su filosofía de ilustración proyecta la idea de la dignidad, como medios auxiliares en la tarea de producir un derecho justo, al proclamar como único valor absoluto, universal y necesario, la idea de justicia como método para ordenar fines y medios sociales, conformando una idea de armonía absoluta, no obstante su postulado esencial formalista de la dignidad del individuo, pues la crítica permanente a su pensamiento introdujo en sus razonamientos en forma brusca, la idea de la dignidad de la persona humana, con la formulación de principios básicos como:

- El respeto recíproco como querer de una persona como fin y medio que no debe quedar a merced del arbitrio subjetivo o capricho de otra persona.

- El que toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo; es decir, como una persona con dignidad, que tiene fines propios, que es un fin en sí mismo y no un medio para fines ajenos.

- El de participación en cuanto a que nadie puede ser excluido de una relación jurídica por una decisión arbitraria o mero capricho de otra persona.

- El poder jurídico de disposición de una persona de excluir a otra, solo de tal modo que el extraído, subsista y se mantenga, como un ser humano con un fin propio, con dignidad y nunca un mero medio para los demás, u objeto de otros.

Los pensamientos de la filosofía de Stammler se apoyan fuertemente con las ideas de Del Vecchio que esclarecen el tema de la dignidad humana al formular la idea de la justicia en función de la dignidad de la persona individual y en función a la igualdad, lo que implica el principio de la reciprocidad de Stammler, e introduce la noción del contracambio en el sentido de que todo acto que realice una persona respecto de otro, implica autorización para un acto similar entre los mismos sujetos, lo que se traduce en la aplicación al mundo de la ciencia jurídica los principios éticos del pensamiento cristiano. (Lowenstein, 1970)

La Libertad

La libertad del ser humano se asimila al concepto de dignidad como una esfera particularizada de los individuos aislados en una sociedad, y que desde la antigüedad se ha concebido como derechos del hombre o libertades fundamentales que han existido fuera de todo orden político y jurídico; tienen sus raíces en una filosofía enmarcada en leyes naturales como la razón, la igualdad y la dignidad del hombre, considerados como valores que están por encima de todo orden y fuera de su alcance.

Las libertades fundamentales tienen su origen no únicamente en un concepto natural, sino también tienen otra raíz de tipo religioso, ético o moral, que realizaron formulaciones convincentes y dominaron el pensamiento individual. (Lowenstein, 1970)

También las libertades fundamentales tuvieron un significado filosófico derivado de las ideas, no solo del derecho natural, sino también del contrato social, para colocar entre las libertades individuales como centro de protección, a la propiedad, y resulta de la historicidad de las libertades fundamentales que se definen en una trilogía clásica que cubrió las creencias religiosas, las necesidades económicas y los objetivos políticos; correspondiendo a la libertad religiosa el deseo del individuo de liberarse de la tutela clerical y de la coacción sobre su conciencia; la concepción del derecho de propiedad y la libertad de contratar legitimaron el orden económico de "dejar hacer" protegiéndolo contra la intervención de todo orden superior de tipo mercantilista o colectivista; y la libertad política, mostró ser en todas sus manifestaciones condicionadas por las épocas, un arma útil contra las repercusiones latentes de los privilegios feudales y de la

prerrogativa real, así como defensa contra los grupos socialistas y olocracia que pretendían el poder, derivándose de ello un catálogo clásico de las libertades fundamentales, como un marco ideal que habría de ser tomado en cuenta con validez universal, para un buen orden social.

La estructura de las libertades fundamentales tuvieron como sujeto esencial la libertad, que puede ser individual o del grupo y las ideas poéticas admitieron la concepción de un individualismo singular, en el cual se tomó en cuenta al ser humano en forma concreta y parte de que el individuo es por naturaleza heterogéneo y desigual, y atiende también que el individuo es considerado como igual y homogéneo sustancialmente, para concebir que cada individuo tiene igualdad al despliegue de su existencia y por ende el deber de respetar esa pretensión en los tiempos.

Esa concepción dual del individualismo, sirve de base a la teoría liberal que admite en un momento trascendente, que solo es posible la afirmación del valor y dignidad de la persona humana y el respeto debido a ella, sobre la base de una común participación de los individuos en ciertas verdades y valores trascendentes a todos ellos, y que se hacen inmediatamente conocibles por la razón.

Es la lógica de la razón que conduce a la idea de humanidad y a la tesis de que ningún hombre debe encontrar obstáculos para el desarrollo y despliegue de su personalidad en las diversas

esferas vitales que giran hacia una afirmación de la libertad, y a la consideración de que la existencia de un estado como organización política la haga efectiva. (García Pelayo, 1953)

La historia de las libertades fundamentales o derechos humanos parte de la formulación de un principio de distribución de la libertad, que significa que la esfera de libertad del individuo es limitada al concepto de limitación de facultades estatales y lleva inmerso el significado de una declaración de la existencia de tales derechos humanos, y por consiguiente esa declaración solemne, es la expresión natural de la conciencia de que en un momento decisivo, se da una propia dirección a la vida humana, y se conciben como derechos fundamentales solo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores a cualquier estructura estatal, determinando que esos derechos o libertades fundamentales son según su sustancia, no jurídicos, sino esferas de la libertad de la que resultan derechos que son el comienzo de un reconocimiento de la libertad, la igualdad y la resistencia individual contra todo aquello que le molesta, lo perturba, lo limita, destacando el principio de distribución como el instrumento más eficaz de la libertad humana concebida como esencia del hombre individual libre y que por naturaleza tiene derechos que le permiten resistirse ante el estado, lo que supone que el hombre por virtud de su propio derecho natural, entra en juego frente al estado que habrá de limitar y estructurar los derechos libertarios libertades públicas o derechos fundamentales

El principio de distribución de la libertad a que se refiere Carl Schmitt (1934) no desecha la idea de que el ser humano tiene libertades fundamentales anteriores y superiores al estado concebidas como individuales, pero que en su devenir histórico adquieren una connotación social al no considerar al individuo en forma concreta, sino como formando parte de lo social, en la que

manifiesta su pensamiento como forma de libertad, y es la asociación con sus semejantes a la que enfrenta esa libertad como dignidad propia, de lo que se deduce que no solo tiene un significado como posibilidad de actuación ilimitado del individuo, sino como una concepción de libre aprovechamiento de la fuerza social, de la que emerge la complejidad de los derechos libertarios en todas sus expresiones.

La inteligencia y la voluntad, son medios que constituyen el ser biológico y lo convierten en persona; ser hombre es de origen natural y tiene un destino que realizar que es su propia libertad y cumplir todos los quehaceres que le permitan alcanzar lo que desea, y siente la necesidad de lo que es suyo, lo que le pertenece, sea respetado y por sí mismo construye una resistencia respecto del otro, para que por medio de su libertad pueda lograr todo lo que es suyo.

La libertad humana es trascendente porque concibe principios inmutables que tienen su existencia en reglas de origen divino, que le permite construir su propia regla que tiene su fundamento en una idea del derecho como facultad de hacer, de obrar y exigir; en principios éticos que conforman su dignidad y en principios políticos que le permiten entrar en comunicación con sus semejantes, y la idea de lo inmutable e imperecedero, invulnerable, se fundamenta en lo que es bueno y lo que es justo y el hombre como ser humano plantea en el tiempo y en un momento dado, la necesidad de que se garantice una forma de ser basada en el bien, aunque no constituya propiamente una ley, sino un producto de la razón.

La vida humana se desenvuelve en el estado de naturaleza en base a la razón que tiene un sustento en una ley considerada como divina, que es eterna, inmutable, santa, celestial y para estimar lo justo debe derivarse de lo eterno.

El pensamiento cristiano se difundió a través de la Biblia, y las libertades de derecho natural están inscritas en la conciencia humana, por lo que se considera que la ley es eterna y es la voluntad divina la que ordena y dirige todo el universo y es inmutable porque subordina el estado natural y de la vida humana, a la ley eterna.

La ley divina es algo fuera de lo humano y el temor que infunde lo religioso, hace construir la idea de la ley natural que supone su obligatoriedad, y el ser humano siente la necesidad de su obediencia por lo que el pensamiento cristiano se ubica en la cúspide de la concepción de las libertades humanas y dan fundamento y validez para su realización, y las ideas de (Vázquez, Althusius y Grocio) consideran al derecho natural como una prolongación de las ideas cristianas.

El concepto de las pasiones humanas que fueron expuestas por (Hobbs, Locke y Rousseau), así como las de (Pufendorf y Wolf), fundamentan al derecho natural en la razón y conjuntan los principios de la ley natural o de la razón, ley divina o eterna y el de la pasión humana como inmutables, y tienen como fin, alcanzar la felicidad y con los mismos se concibe la idea de libertad e igualdad.

Grocio estimó que la naturaleza misma del hombre, lo compelió a vivir en sociedad y señaló como fuente mediata a Dios al conciliar la vigencia de la razón humana como naturaleza social, señalando lo bueno como esencial; Hobbs entendió el derecho natural como libertad ilimitada y la utilización de todos los medios necesarios para salvaguardar la existencia del ser humano ante los múltiples peligros que lo asediaban, y conforme a su pensamiento todo era permitido para protegerse el hombre mismo, valiéndose de sus fuerzas y por ello tenía una vida de guerra

poniendo en juego una ley natural que mostraba la necesidad de la paz, la felicidad y conservar la vida, y destaca la razón como medio natural para mantener la paz en una convivencia social; Püffendorf concibió a la razón como medio por el cual se podía deducir una ley natural y que se lograba mediante la contemplación de la naturaleza humana, tomando en cuenta que el hombre necesita vivir en sociedad, ya que Dios le concedió una naturaleza social y plasmó como fundamento del derecho natural, el amor a Dios y al prójimo.

Las formas de pensamiento que se relacionan como una idea cristiana, como pasión de la humanidad y como razón natural del propio hombre, se concilian con las ideas de (Wolff y de Hegel) al establecer que el derecho natural tiende a determinar el perfeccionamiento del hombre y de la sociedad, entendiéndolo como ordenador para realizar obras que tiendan a su superación y la de los demás, señalándolo como universal e inmutable porque la existencia de un derecho originario postulado también por Ficht es el derecho a la libertad individual, y que solo puede realizarse en una comunidad humana.

La Humanidad

En la historia de la humanidad, la muerte de Aristóteles acaecida por el año 322 A. C. señalaba el fin de una era que se llamó la ciudad estado, que se conformaba por un grupo de personas que profesaban obediencia a la ciudad y una absoluta inaplicabilidad de otra concepción del hombre.

Alejandro, comienza la época del iusnaturalismo o derecho natural, cuando ubica al hombre como individuo, que necesita considerar la regulación de su propia vida, como sus relaciones con otros individuos, estructurando nuevas ideas, como la fraternidad humana entendida como posibilidad de que los hombres habrían de aprender a vivir como no lo habían hecho nunca, aprender a vivir juntos en una forma nueva de unión social, mucho más amplia e impersonal para desarrollar alguna forma de religión que ofrecía la esperanza de la inmortalidad personal y establecían ritos de unión con un Dios, que sufre y muere, que proporciona medios de salvación, tanto en esta vida como en otra posterior a la muerte y conseguir la ayuda espiritual; con esa era surgieron instrumentos de enseñanzas y consolidación éticas que fueron adoptando características de la religión que implican convicción o sentimiento. (George, 1982)

La nueva forma de fraternidad humana, el sentido de aislamiento e intimidad individual con una conciencia de ser humano que era idéntica en todas partes, se tradujo en el concepto de humanidad.

El individuo como ser distinto de la especie humana, tenía una vida puramente personal y privada, y la idea de una humanidad alcanzaba a todo el mundo en la que todos los hombres eran iguales por su naturaleza humana común, y desempeñó un papel en la ética en la que el individuo

aparecía como ciudadano perteneciente a una ciudad estado y su mayor significación se basaba en la función que se le asignaba; el nuevo sentido de la humanidad proclamaba una vida íntima para sí y para los demás, compartida por todos, dando origen a la idea de los valores y así reclamar un derecho que le respetase su propia personalidad, y por ello exigía la adición de sentido ético a la idea universal de la humanidad que tenía como base la concordia, como unión de especies humanas en común, como familia o fraternidad.

La nueva concepción de la humanidad aparecía con un sentido de igualdad para todos los hombres incluyendo esclavos, extranjeros y bárbaros y diluía el contenido de la personalidad individual, en la igualdad un tanto mística de todas las almas a los ojos de Dios o de la ley, sin tomar en cuenta las desigualdades de inteligencia, carácter y propiedad, concibiendo un derecho para todo el mundo, un derecho comprensivo, del que cada uno de los derechos entendidos como necesidades de los diversos ciudadanos, no fuera sino un caso particular.

Las concepciones de los derechos del hombre y de una norma de justicia y humanidad universalmente obligatorios, pasaron a formar la parte sólida de la conciencia moral de los pueblos, aunque si bien se conservó la concepción de que los usos y costumbres, los derechos y privilegios prescriptivos y el poder superior deberían de justificarse ante el tribunal de una norma superior que era la ley de Dios.

Así, las nuevas ideas con el cristianismo, configuraron los valores éticos y morales, como el respeto a los demás, la tendencia a la fraternidad humana, la concordia entre los individuos y la salvación eterna de la humanidad.

Vivir con arreglo a la naturaleza significaba la resignación a la voluntad de Dios, la cooperación con todas las fuerzas del bien, un sentido de dependencia de un poder superior al hombre que favorece la rectitud y una tranquilidad espiritual que resulta de la fe, en la bondad y la racionalidad del mundo, dando a la humanidad una posición especial entre las creaciones del espíritu, porque los hombres tienen la razón, tienen el lenguaje, el sentido de lo justo y de lo injusto, y de ahí todo ser viviente es el único apto para llevar una vida social y que tal vida sea la necesaria.

La teoría de la humanidad universal enfatizó, que tanto los Dioses como los hombres son ciudadanos de ella y tiene una constitución, la recta razón, que enseña a los hombres lo que se debe hacer y lo que se debe evitar. La recta razón es la ley de la naturaleza y el patrón universal de lo justo y de lo bueno, inmutable en cuanto a sus principios y obligatorios para todos los hombres tanto gobernantes como gobernados.

La humanidad es directora, guía de lo que es honorable y patrón de lo justo y de lo injusto para todos los seres que son sociables por naturaleza, la ley dispone lo que tiene que hacerse y prohíbe lo que no se debe hacer.

ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LAS LIBERTADES HUMANAS

El Derecho natural

El Derecho natural descansa en la idea de la naturaleza en la que se encuentra el fundamento y origen del orden jurídico; existe por sí, independientemente de nuestra obra y nuestro querer, es creador de las desigualdades que permiten a los fuertes imponerse a los más débiles y busca en rasgos o características comunes, biológicas, psicológicas, sociales del ser humano, el origen de la raíz del derecho natural.

Hobbs concibió el derecho natural como el deseo de no dañar ni ser dañado; Locke como el amor a la libertad y al goce tranquilo de todos los derechos; Spinoza como la tendencia a la conservación del propio ser; Puffendorf como el anhelo de independencia frente a cualquiera que no sea Dios, y Tomasius como el propósito de buscar lo que prolonga la vida humana y le hace feliz, y así el fundamento del derecho no es una pura naturaleza física, psicológica o social, sino la del creador del universo.

Sus leyes son, como se manifiesta, su inteligencia o su arbitrio que contraponen al orden positivo, lo inmutable, eterno, que emana de la razón o de la voluntad divina, cuya nota distintiva es la inmutabilidad como razón o voluntad de Dios, que ordena mantener el orden natural y prohíbe perturbarlo.

Es uno de los diagnósticos de Platón el Filósofo de la antigüedad pregunta: lo justo es justo porque Dios quiere, y Dios quiere lo justo porque es justo; y Eufitrón responde, lo justo place a Dios porque es justo, pero no es lo justo porque Dios; el Filósofo Welzel escribe que lo bueno, lo malo, lo justo y lo injusto no son decisiones de la divina voluntad, porque Dios no es el legislador del mundo; bueno y malo, justo e injusto más bien son verdades de razón, esencias eternas que como las relaciones entre los hombres están supra ordenadas a la voluntad divina, por lo que Dios

se encuentra ligado a ellas y de ese modo Platón sentó la tesis para el derecho natural idealista, en cuanto a que no es una verdad eterna, sino la absoluta, libre, inescrutable lección de la divinidad, lo que crea en el mundo los valores de lo bueno y de lo malo. (García Máynez, 1968)

El Cristianismo

La aparición de la iglesia cristiana como una institución autorizada para gobernar los asuntos espirituales de la humanidad con independencia del estado, se consideró como el cambio más revolucionario de la historia de las ideas y del pensamiento político así como de la filosofía, pero no debe entenderse que tuviera características distintas de las sostenidas en otras épocas por los hombres, pues lo que contribuyó a la creación del cristianismo fueron intereses religiosos, una doctrina de salvación, más no una filosofía, ni teoría política, ya que el cristianismo cree en el derecho natural, en el gobierno providencial del mundo, la obligatoriedad del derecho positivo, y el gobierno de ser justo y con igualdad de todos los hombres a los ojos de Dios, lo que era difundido por los pensadores del derecho natural o de la naturaleza, en épocas anteriores a la aparición del cristianismo en numerosos pasajes del nuevo testamento.

Puede decirse que por lo que respecta al derecho natural, la igualdad humana y la necesidad de justicia, en el cristianismo estaban substancialmente de acuerdo incorporándolos en la idea cristiana, y la creencia en la revelación no era incompatible con la concepción de que el derecho natural es también la ley de Dios, así como la obligación de respeto a la autoridad constituida que estaban presuntamente arraigados desde su fundación, como cuando trataron de ofrecer a Jesús en oposición al poder de roma, éste pronunció las siguientes palabras: "Pagad pues a César lo que es de César y a Dios lo que es de Dios".

En la Epístola de San Pablo que dirigió a los romanos y que obra en el Nuevo Testamento, se promulgó: "que todas las almas se sometan a las potestades superiores, porque no hay potestad sino la de Dios y las que son de Dios son ordenadas; que los magistrados no son para temer al que bien hace, sino al malo; que es ministro de Dios para tu bien, que es necesario que le estéis sujeto a Dios, no solamente por la ira, sino por la conciencia, porque son siervos de Dios y sirven a éste mismo".

La doctrina cristiana sustentada en la obediencia física se transforma en virtud que ningún jefe de la iglesia podría negar la obediencia que es un deber impuesto por Dios y éste hecho da a la doctrina cristiana un acento distinto a la vida de la teoría que la autoridad del gobernante deriva del pueblo predicada por los romanos, traduciéndose en una teoría del derecho divino y que el gobernante es el ministro de Dios al que se le debía respeto porque era guiado a una salvación muy superior a la de cualquier destino; la salvación y la vida eterna, fueron sus postulados.

En la teoría cristiana se destaca la ciudad de Dios en la cual se preconizó que el hombre es espíritu y cuerpo y por lo tanto es ciudadano de la ciudad celestial; que la humanidad formada por una sola sociedad, pero sujeta a las corrientes del pensamiento de las ideas del derecho natural y de la potestad divina, fueron creando normas propias para destacar la lealtad, la obediencia, la salvación humana, la exigencia de justicia, para sobreponerse a la idea terrenal, constituyendo con ello una creencia en la autonomía espiritual, el derecho de libertad espiritual como residuo de ideas modernas de intimidad y libertad individual. (George, 1982)

La doctrina del cristianismo ha perdurado en la época moderna hasta llegar a Juan XXIII en 1958 que promulgó dos de las encíclicas más importantes de la iglesia católica: la Mater Et Magistra que puso al día los conceptos católicos sobre problemas sociales, y la Pacem In Terris, de tema político que dio un viraje en el camino del catolicismo y por vez primera el Papado reconoce y acepta un cuadro de derechos humanos y plantea las exigencias mínimas de la convivencia entre los hombres y entre las naciones.

Juan XXIII sitúa a la iglesia con un mensaje universal de paz y fraternidad, ante la Organización de Naciones Unidas sobre el orden de los seres humanos y destacó: "Que en toda humana convivencia bien organizada y fecunda, hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre y que por tanto de esa misma naturaleza directamente, nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables".

Continúa Juan XXIII en su mensaje: "Que todo ser humano tiene el derecho natural al debido respeto de su persona, a la buena reputación, a la libertad para buscar la verdad y dentro de los límites del orden moral y del bien común, para manifestar y defender sus ideas, para cultivar cualquier arte y finalmente para tener una objetiva información de los sucesos públicos".

Dijo el Papa: "que en la encíclica Mater et Magistra se insistió en la necesidad de crear entidades que son necesarias para salvaguardar la dignidad y libertad de la persona humana, asegurando así su responsabilidad. De la misma dignidad de la persona humana proviene el derecho de tomar parte activa en la vida pública y contribuir a la consecución del bien común".

Poco tiempo después el 4 de octubre de 1965 el Papa Bueno Pablo VI, denominado también peregrino, volvió a la sede de Naciones Unidas para pronunciar un discurso a favor de la paz, considerando a ese organismo como experto en humanidad y que representa el camino de la civilización y de la paz mundial, y expresó como un justo derecho, el de una humanidad mejor para todos los hombres que aspiran a la justicia, a la dignidad de vivir, a la libertad, al bienestar y al progreso; habló que todos los principios espirituales, como la fe en Dios como aquél que para todos los que aceptan la inefable revelación que el Cristo hizo de sí mismo, es el Dios vivo, es el padre de todos los hombres. (Bouthould & Orduño, 1965)

El Positivismo Jurídico

La doctrina del positivismo es una visión que determina la evolución de las sociedades humanas; en sus orígenes no se hallaba el hombre en un estado de naturaleza, sino eran sociedades, en las que las relaciones entre los hombres eran de fuerza.

En esas colectividades no existían las libertades, las que fueron apareciendo progresivamente; al principio, cuando el carácter personal de la sumisión al poder se esfuma y luego bajo la influencia de ciertos hechos y de ciertas ideas, los detentadores del poder se privan de toda acción en determinados sectores.

La escuela liberal alemana justificó ese estado de hechos con la teoría de la autolimitación del estado.

Ihering considera.... "el derecho es la política sanamente entendida de la fuerza. No la política de visión miope del momento actual o del interés pasajero, sino la política de gran visión que contempla el porvenir que prevé los resultados definitivos...."

Jellinek enseñó: "que el estado solo puede encontrarse limitado por virtud de su propia voluntad".

Para ambos autores, ésta auto limitación está inspirada por el interés bien comprendido del estado, respetando los derechos y las libertades, con lo que se acrecienta su propia libertad.

Duguit de la escuela francesa establece: "una limitación que puede ser creada, modificada o suprimida al capricho del que la ha establecido no puede considerarse como una limitación".

Para Jeze "los individuos no tienen otra libertad que la que les deja la apreciación discrecional de los gobernantes y esta apreciación discrecional no tiene otros límites, que la resistencia de los individuos, de los gobernados".

La tesis francesa del positivismo se aprecia más simple, pues asimilan el derecho natural y el positivismo como compatibles, pues entienden que una regla de derecho puede aplicarse de hecho aun cuando en conciencia, puede ser considerada como injusta, y también admiten que las técnicas jurídicas no son suficientes para asegurar una protección eficaz de las libertades y que en este dominio los factores jurídicos tienen una fuerza irresistible.

Así el positivismo como derecho del estado, como derecho válido y eficaz va cobrando una extensión que finalmente determinaría el concepto de las libertades fundamentales del ser humano. (Morange, 1981)

HISTORICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las Declaraciones

Carta inglesa de 1215

Las libertades fundamentales no eran consideradas antes del derecho positivo como derechos, sino simplemente como necesidades que expresaban valores individuales y sociales en relación con el hombre, su dignidad y su desarrollo, fueron justificando la tendencia de ejercitar la presencia de esas libertades fundamentales ante las fuerzas de poder, que se inició en la edad media específicamente, en el derecho inglés y en el español.

Con la Carta Magna firmada por el Rey Juan Sin Tierra en 1215 se lograron un conjunto de prerrogativas en favor de los barones para obligar al monarca a reconocer diversas limitaciones del poder de la corona, que significaron derechos a favor de la nobleza como: que el rey ya no pudo por sí y ante sí aplicar tributos sin consentimiento de la asamblea; tampoco de privar de la vida, de la libertad, ni allanar propiedades, ni desterrar del reino a los hombres libres si previamente no existía una decisión que lo justificara.

Posteriormente esos derechos fueron conferidos por el Parlamento Inglés a los ciudadanos; se perfeccionaron con la Carta de Enrique III de 1225 y el Bill of Right de Eduard Coke que el parlamento recogió en 1628 por la cual el rey Carlos I reconoció su obligación de respetar las leyes y costumbres del reino, consideradas como el Common Law.

En 1639 se dio un paso más determinante en cuanto a derechos del hombre a través del Bill of Rights que prohibió la suspensión y la aplicación discriminadora de las leyes; los juicios por comisión; multas ruinosas; reafirmó que toda contribución debía ser autorizada por el parlamento; reconoció el derecho de los súbditos a formular peticiones al monarca y confirmó la libertad de los comunes a elegir a sus representantes.

Schmitt (1934) establece, que la magna carta inglesa de 15 de junio de 1215 se considera como un modelo y origen de las modernas constituciones y apareció como una lucha contra el rey como sujeto de la unidad nacional, pero que sería un error histórico ver en esa declaración algo análogo a una constitución de tipo liberal o democrático, pues si bien garantizaba a todo hombre libre, ciertos derechos protegidos contra el abuso del poder, eran simples limitaciones de su supremacía como: el establecer que ningún hombre libre puede ser hecho preso o detenido sino por un tribunal legal de personas de su clase; límites del derecho de impuesto, y el establecimiento de un comité de resistencia para el caso de que esas prescripciones no fueran mantenidas.

El Bill of Rights de 1628 fue un contrato entre el Príncipe de Orange y el Parlamento, que contuvo trece preceptos contra el abuso del poder como la no suspensión de leyes por el rey: no empleo de la prerrogativa para el levantamiento de imposiciones financieras; derecho de petición; no mantenimiento del ejército sin asentimiento del parlamento; derecho de los súbditos protestantes a llevar armas; libre elección de los miembros del parlamento; libertad de discusión y discurso en el parlamento, las que fueron consideradas como determinaciones legales constitucionales, porque en esa declaración estuvo clara la idea de la unidad política y la

estipulación entre el parlamento y el rey que actuó como representante de esa unidad. (Sanchez Bringas, 2001)

Los fueros españoles del siglo XII

Por otra parte en el reino español, los de Castilla y Aragón en el Siglo XII promulgaron los fueros o derechos, derivados de los Pactos de Sobrarbe del Siglo VIII que permitieron a los súbditos protegerse de las arbitrariedades del rey; eran considerados los fueros, como derechos reconocidos por la corona para proteger la vida, la libertad y la persona de los súbditos; establecían procedimientos de seguridad jurídica que el monarca y sus agentes debían de respetar, destacando los principios de legalidad y audiencia en favor de las personas sometidas a procedimientos criminales.

En esa época del siglo XII el monarca español creó como complemento de los fueros la institución considerada de gran importancia para la protección de los derechos de los súbditos que llamó, el justicia mayor, y según lo describe Ignacio Burgoa Orihuela, el justicia era un verdadero órgano de control del derecho foral aragonés, y su existencia se adelantó en mucho a la implementación de sistemas de control similares en otros países del Medievo europeo y esa institución que tuvo su origen en los Pactos de Sobrarbe, entraña un verdadero antecedente hispánico de nuestro juicio de amparo. (Schmitt, 1934)

La Declaración de Independencia de América

“La religión y la moralidad son la verdadera base de todas las leyes y costumbres que conducen a la prosperidad política. En vano pretende el título de patriota el que intenta destruir esas firmes columnas de la felicidad humana, estos poderosos apoyos de los hombres y de los ciudadanos. Igualmente los deben respetar y amparar el político y el devoto. No bastaría un tomo para hacer ver la íntima conexión de la felicidad pública con el particular. Hagamos una simple observación. ¿Qué garantía tendría la propiedad, la reputación, la vida, si faltare el sentido moral, el deber religioso en que se apoya el juramento que sirve de base a toda averiguación judicial en los tribunales de justicia?

Convengamos, aunque con mucha desconfianza, en la suposición de que sea posible conseguir la moralidad sin religión. A este grado de virtud podrán quizás llegar algunos genios superiores, de una educación muy refinada; pero la razón y la experiencia nos manifiestan que la masa de la nación no podrá adquirir la moralidad que exige la libertad, sin la firme apoyo de los verdaderos principios.

George Washington

1. La declaración que se considera de mayor trascendencia en lo que respecta a las libertades fundamentales del ser humano es la norteamericana de 1776 que contiene ideas que son reproducidas con insistencia:.... "sostenemos como evidentes estas verdades: Que todos los hombres nacen iguales; que son dotados por el creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que

para garantizar éstos derechos se instituyen entre los hombres los gobernantes, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados..."

2. Esa declaración no tuvo valor jurídico y la Constitución Norteamericana de 1787 mantuvo silencio en lo que concierne a los derechos del hombre, por lo que hubo de buscarlos en las declaraciones que precedieron en las constituciones de los estados federados y en las enmiendas a la constitución federal, en especial las diez primeras que fueron adoptadas por el congreso desde septiembre de 1789 hasta 1791. (Sanchez Bringas, 2001)
3. La constitución que precedió a la federal norteamericana que hizo referencia a la declaración de derechos fue la del Estado de Virginia de 12 de junio de 1772, en la que se afirmó: "Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes cuando entran en estado de sociedad, de los que no pueden ser privados sus descendientes, ni ellos, por ningún contrato; a saber:... El goce de la vida y de la libertad, los medios de adquirir o poseer propiedades, así como la persecución y la obtención de la felicidad y de la seguridad..." (Morange, 1981)
4. La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789
5. Las formulaciones de las libertades públicas en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que fueron colocados a la cabeza de la constitución francesa de 1791 tuvieron una repercusión y alcance que traspasó el carácter nacional específicamente francés, para constituirse en un modelo de constitucionalismo universal.

6. La declaración francesa fue inspirada en la norteamericana con textos que proceden directamente de un espíritu individualista que se desarrolló en el siglo XVII y que marcó para la posteridad; las declaraciones norteamericanas fueron la causa central de la inspiración francesa en el mundo de la época tomando en cuenta la precisión de las fórmulas que definen los derechos.

7. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recuerdan las principales libertades individuales, de opinión, de pensamiento, religión, de expresión y el derecho de propiedad, así como principios de organización política, como el de separación de los poderes destinados a una mejor organización del poder público, y define también formas de organización política de la libertad y de la ley, que inspiraron como dogmas la base de una democracia liberal.

Los caracteres del texto de la declaración francesa se pueden resumir en cuatro fórmulas:
(Sanchez Bringas, 2001)

Trascendencia. Consiste en reconocer y declarar bajo los auspicios del ser supremo, derechos naturales que son anteriores a ella, es decir no fue creadora.

Universalidad. Se trata de una declaración no sólo para los franceses de 1789, sino de un modelo teórico de libertad en el cual se inspiraron ideas de reivindicaciones políticas que se asocian con un gobierno liberal, con la determinación de los derechos del ciudadano, para todas las constituciones del futuro.

Individualismo. En cuanto se toma en cuenta al ser humano singular y no al grupo, al fundamentar la declaración que: "la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, en la que se han expuesto una declaración solemne de los derechos naturales".

Abstracción. Consiste en principios de reconocimiento no de tipo procedimental, lo que de ninguna manera debe entenderse en forma absoluta, pues esos principios tienen un alcance práctico.

Las diversas declaraciones que enuncian las libertades fundamentales del ser humano, coinciden en declarar desde un punto de vista filosófico a cierto número de derechos inherentes a la naturaleza humana como son: la actividad humana como libre, en libertad de tener una vida como quiere, el respetar el derecho igual de otro, de ser como es, y de actuar como iguales; el de la necesidad de contar con medios que aseguren su integridad personal, su dignidad humana, su tranquilidad, que le permita desarrollarse a sí mismo con seguridad teniendo certeza de saberse protegido y de contar con medios que aseguren la libre disposición de sus bienes para satisfacer sus necesidades como un derecho inherente a su naturaleza humana; a la propiedad de sus cosas, de lo que le pertenece, de lo que siente y quiere, en relación con su preservación y engrandecimiento de su persona.

Esas fueron las necesidades de las personas, del ser humano, que como derechos debían ser garantizados por el poder político, por el estado y sus leyes

EL POSITIISMO JURIDICO.

“El derecho es una regla de la vida social, una ordenación positiva y justa establecida por la autoridad competente en vista del bien público temporal”

Agustín Basave Fernández del Valle

Las Constituciones de los Estados Unidos de América y de Francia

El Derecho positivo es una mera acepción que admite diferenciaciones entre el derecho vigente como formalmente válido y el derecho natural como intrínsecamente válido, para considerar según Eduardo García Máynez "... que el aspecto positivo del derecho radica en su observancia, es decir su cumplimiento eficaz, de tal manera que el derecho positivo como postulación del deber ser es puramente un derecho formalmente válido, que en algunos casos no está provisto de valor intrínseco, pero sí de factibilidad, es decir, se trata de un derecho dotado de vigencia, intrínsecamente justo y además positivo, que no hace depender su fuerza obligatoria de sus mandatos, de la concordancia de los mismos o con las exigencias de la justicia, sino que son prescripciones que condicionan un sentido de obediencia y por lo tanto reclaman un sometimiento incondicional mediante formulaciones estrictamente normativas..." (García Máynez, 1968)

El Derecho positivo es el derecho del legislador, el derecho del estado que postula el deber ser, independientemente de que pueda considerarse justo o injusto y que está provisto de el elemento externo de coacción para lograr su cumplimiento.

Para Bobbio (1965) el derecho positivo o positivismo jurídico como una posición de la ciencia jurídica puede significarse como una teoría, una ideología o como un modo de acercarse a la

ciencia del derecho, entendiendo como teoría, la formulación de un sistema jurídico por el poder del estado que es capaz de ejercitar la coacción; como ideología, el positivismo jurídico no debe entenderse únicamente como una voluntad dominante de ser justo, o bien como conjunto de reglas impuestas por el poder y que el elemento de fuerza sea el que le da existencia, sino que debe entenderse como reglas que tienen fines deseables como el orden, la paz, la certeza y en general la justicia legal, partiendo de la base que para su obediencia llevan implícito un deber moral como obligación interna o de conciencia que es debida al respeto a la ley, y no por temor a una sanción; y el positivismo jurídico como forma de acercarse a la ciencia jurídica se concibe como una actitud que contempla elementos finalistas como son la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y con ello integrar mediante interpretaciones que hacen los jueces y los juristas todas las normas que emanan de los órganos competentes provistas de coacción.

Las libertades humanas tienen su fundamento en el derecho natural como reino de la existencia, donde predomina el concepto ético de la razón, y como función preservar un ámbito de libertad individual específico, que tiene como significado limitaciones al ejercicio del poder público; como las que describen normas universales para la conducta en donde cada persona depende de sí mismo; forma y sostiene una razón de ser para todos y como el fin de todos y normas de la razón que encontraron también su fundamento en las ideas cristianas que difundieron valores éticos, como la bondad, la fe en una creencia religiosa, la caridad y el valor universal de lo bueno, como justo para toda la humanidad.

Así se llega a la idea de que las necesidades humanas para su satisfacción, requerían de garantías que fueron reclamadas al poder público en diversas épocas, surgiendo con ello un proceso histórico de reconocimiento de los derechos humanos, necesidades del ser humano, libertades públicas, garantías jurídicas, según las doctrinas que han estructurado dichos conceptos. (Zippelius, 1988)

El fundamento histórico de los derechos humanos, se vincula muy estrechamente a las grandes revoluciones; la de Inglaterra en el año de 1668, de Estados Unidos en 1776 y la Francesa de 1789, en las que destacaron esferas de libertad personal en la que los poderes públicos o del estado no debían de intervenir, y de que toda autoridad debe ser sometida a las normas jurídicas que organicen el ejercicio del poder, de limitarlo y garantizar la vigencia de los derechos humanos.

La Carta Magna Liberatum de 1215 dictada por el Monarca Inglés, Juan Sin Tierra previo meras limitaciones al poder del monarca reconociendo en favor de los algunos privilegios que en un momento dado fueron opuestos al parlamento, pero históricamente las declaraciones de derechos que estuvieron dirigidas a la generalidad de la población y no a un determinado estamento privilegiado fueron el Bill of Rights Inglés de 13 de febrero de 1689 los que esencialmente destacaron:

"..... Con objeto de proveer lo necesario para que la religión, las leyes y las libertades no puedan, en adelante, correr el riesgo de ser destituidas... y considerando seriamente los mejores medios para alcanzar el indicado fin, declaran ante todo, para asegurar sus antiguos derechos y libertades, doce agravios del parlamento en contra del monarca..."

La declaración de derechos inglesa estableció verdaderas tablas de derechos que constituyen un antecedente histórico de las posteriores y modernas declaraciones de los derechos de la persona humana.

De gran trascendencia para el reconocimiento de los derechos humanos fue la Declaración de independencia de los Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776 redactada por el ideólogo de la revolución Tomas Jefferson que contiene "...cuando en el curso de los acontecimiento humanos se hace necesario que un pueblo rompa los lazos políticos que lo han unido a otro, para ocupar entre las naciones de la tierra el puesto de independencia e igualdad a que le dan derecho las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza, el respeto decoroso al juicio de la humanidad, exige declare las causas que lo han llevado a la separación..."

La declaración de independencia de América de 1776 sintió la influencia de las tablas de derechos que fueron postuladas por el Bill of Rights inglesa de 1689, proclamando los principios de la igualdad, la libertad y la búsqueda de la felicidad, siendo ambas declaraciones congruentes con un ideal de justicia y del bien común. (Borja, 1971)

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia el 26 de agosto de 1789, constituyó también otra de las grandes tablas de derechos de la persona humana

que fueron incorporadas a la primera constitución revolucionaria francesa de 1791 para dar paso a una posición substancial del derecho constitucional moderno.

Las declaraciones de derechos humanos como tablas de derechos tuvieron su fundamento en el derecho natural mediante la afirmación de que nacen con los hombres y que son anteriores y superiores al estado, ya que éste no lo cría sino simplemente los reconoce.

Así lo afirma la declaración de independencia americana que proclama como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que a todos les confiere su creador ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

La declaración francesa por su parte, proclama que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos naturales e imprescriptibles y tales derechos forman un orden jurídico natural y para su reconocimiento y garantía se ha creado el estado, conformando con ello una teoría, en la cual la legitimidad de los derechos individuales, no radica en que hayan sido reconocidos por el estado, sino por el contrario, el estado tiene legitimidad en cuanto es expresión y garantía de tales derechos

El derecho natural no concibe al hombre aislado, porque nadie amenazaría conculcarle su derecho y por lo tanto la concepción de los derechos surgen en un momento histórico de la humanidad como conjunto de seres humanos con poderes de dar, de hacer, de exigir y de necesitar, surgiendo afirmaciones teóricas Iusnaturalistas en sentido deontológico, producto de valores y no solamente histórico, descriptivo, pues tales afirmaciones señalan un deber ser,

derechos innatos o inherentes al hombre que bien pudieron ser reconocidos a través de formulaciones del contrato social, pero que nunca podrán estimarse como producto del mismo, sino que son derechos individuales anteriores y superiores al estado como teoría normativa del derecho natural y que favorece, la pretensión jurídica mediante el concepto de derecho subjetivo que pretende una garantía del orden jurídico, en su caso de la constitución.

Con esa filosofía y fundamentos en el derecho natural surge la constitución americana de 1787 que en su prólogo dice: "... nosotros, el pueblo de los estados unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, proveer a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros mismos y para nuestra posteridad, promulgamos y establecemos esta constitución para los Estados Unidos de América."

Cabe advertir que la constitución americana de 1787 es la de mayor firmeza desde su origen hasta la actualidad, y que si bien se inspiró en su declaración de independencia donde refiere que: " los representantes de los Estados Unidos De América convocados en congreso general, apelando al juez supremo del mundo por la rectitud de nuestras intenciones ... y en apoyo de dicha declaración, con absoluta confianza en la protección de la divina providencia, empeñamos nuestra vida, nuestra hacienda y nuestro sagrado honor...", no hizo prescripción alguna sobre los derechos humanos, sino que mediante enmiendas en número de veintiséis; las diez primeras fueron aprobadas en 1791 que contuvieron declaraciones de derechos humanos, y la vigésimo sexta fue ratificada en 5 de julio de 1971. (Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América)

En Francia, la declaración de los derechos del hombre fue incorporada en la constitución de 1791, la cual consagró además, libertades de residencia y de asamblea; en la constitución republicana de 1793, y en la directoral de 1795 se reiteraron las mismas garantías fundamentales para continuar un proceso histórico constitucional que culmina con la constitución adoptada mediante referéndum el 28 de septiembre de 1958, que fuera promulgada hasta el 4 de octubre y con las enmiendas de mayo de 1960, octubre de 1962, diciembre de 1963 y octubre de 1974, en su preámbulo manifiesta: "...que el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la declaración de 1789 confirmada y completada por el preámbulo de la constitución de 1946 y en virtud de esos principios y del de la libre determinación de los pueblos, la república ofrece a los territorios de ultramar que manifiesten la voluntad de adherirse a ellas nuevas instituciones fundadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas con miras a su evolución democrática...", declarando en el artículo primero, que la comunidad está fundada en la igualdad y la solidaridad de los pueblos que la integran. (Faure, 1995)

El proceso constitucional en México

“Para mí, sagrado el derecho de pensar “

Benito Juárez García.

En México, las declaraciones de los derechos humanos tuvieron influencia de la constitución de la monarquía española de 19 de marzo de 1812, en la cual refiere: "...Don Fernando VII por la gracia de Dios y la constitución de la monarquía española, ley de las Españas y en su ausencia y

continuidad la regencia del reino, nombrado por las cortes generales y extraordinarias, a todos los que la presente, vieren y entendieren, sabed: que las mismas cortes han decretado y sancionado la siguiente constitución política de la monarquía española ... en el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo, Espíritu Santo, autor supremo legislador de la sociedad... podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la nación, decretan la siguiente constitución política para el buen gobierno y recta administración del estado " y en su artículo cuarto establece: "La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen..." (Labastida, 1994)

Los primeros legisladores mexicanos en el Acta Constitutiva de 1824 declararon que: "la religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, a la cual garantizaron una protección exclusiva prohibiendo el ejercicio de cualquier otra..."

En el preámbulo de la Constitución de 1824 textualmente se dice: "En el nombre de Dios todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad, el congreso general constituyente de la nación mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes para fijar su independencia política, establecen y afirman su libertad y promover su prosperidad y gloria, decreta:

Las leyes centralistas de 1836 introducen: "en el nombre de Dios todopoderoso, trino y uno, por quien los hombres están destinados a formar sociedades y se conservan las que forman; los representantes de la nación mexicana, delegados por ella para constituir la del modo que

entienden ser su conducente a su felicidad, reunidos al efecto en congreso general, han venido en decretar".

Las bases orgánicas que rigieron en el país desde 1843 hasta 1846 no fueron presididas de la invocación a la divinidad.

Por el contrario el Acta de Reformas de 1847 tiene un largo preámbulo que se inicia: "en el nombre de Dios, creador y conservador de las sociedades, el congreso extraordinario constituyente, considerando: para consolidar su independencia, afianzar su libertad, prever a la defensa común, establecer la paz y procurar el bien se confederaron..."

La Constitución de 1857 invocó el siguiente preámbulo: "en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano."

Las invocaciones al ser supremo, Dios, todopoderoso, subsistieron en el derecho positivo desde el dictado de las constituciones de 1824, la de las centralistas de 1836 y la constitución de 1857.

Esa Constitución Política de la República Mexicana en su artículo primero declara que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución. (Tena Ramirez, 2005)

El hombre ha nacido para la sociedad en la que encuentra por sí mismo los medios para su conservación, desarrollo y perfeccionamiento; inteligente y libre, dueño de sus acciones y responsable de ellas; no puede ser juez de su propio derecho y recurre a la sociedad para hacerlo efectivo y ésta tiene el deber de proteger a cada uno de sus individuos asegurando el goce perfecto y tranquilo de sus derechos.

No son producto de religiosidad, sino de su propia naturaleza que busca concurrir al bien y engrandecimiento, con valores superiores y privilegiados; los hombres no son patrimonio de otros hombres y sus derechos no son creaciones de la ley humana; su reconocimiento y sus garantías son la base de las instituciones sociales; por ello en el artículo primero de la constitución de 1857 se declara que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales, lo que eleva el carácter individual de los derechos del hombre para ser regulado, no en aislamiento, sino como conjunto social, cuando se declaró que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la constitución.

La constitución, tiene como fundamento de los derechos humanos a la naturaleza misma y da amplitud a su significado, no los crea ni establece, sino los reconoce en nombre del pueblo mexicano; los derechos del hombre son preexistentes a toda constitución, a todo orden social; la constitución simplemente los supone, no los enumera, sino que en base a una relación de orden social, varía su desarrollo y lo ejerce por toda persona en el seno de la sociedad y va conforme a ese desarrollo, estableciendo garantías para su libre ejercicio.

Los derechos del hombre han sido unos mismos, porque derivándose de su propia naturaleza y siendo ésta la misma en el hombre primitivo que en el hombre de nuestro tiempo, los derechos no han podido ser más o menos en número, ni más o menos extenso, sino que son inmutables, inalienables, conforme al proceso histórico de la existencia y reconocimiento de los derechos del hombre.

Los derechos humanos pueden concretarse en muy pocas palabras: libertad, seguridad, propiedad e igualdad. (Lozano, 1980)

La libertad consiste en la falta de traba o de presión, que nos deja enteramente dueños de nuestros propios actos; en un sentido general es la facultad de hacer o de no hacer todo aquello que en voluntad nos venga; entre esos derechos se pueden referir el libre tránsito, enseñanza, libertad de trabajo, manifestación de ideas, de imprenta, el de petición, asociación, el de portar armas, etc.

La seguridad real, es una garantía legal, para hacer efectivo el goce tranquilo de nuestras cosas.

Entre ellas se encuentra la irretroactividad de la ley, la detención o privación de libertad, prisión por delito que merezca pena corporal, garantías de legalidad, para imponer penas, la prohibición de imponer penas infamantes y de mutilación, la pena de muerte con sus casos de excepción, las instancias procesales, el debido proceso, la extradición y la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. La propiedad es la base de toda sociedad bien organizada, garantizada por la ley.

El derecho de propiedad se descompone en otros diversos, como modalidades que ordena el interés público respecto de la propiedad de los particulares, el concepto del monopolio y el de estanco.

La igualdad no es por si una garantía y su importancia depende de la relación que guarde con la ley; es general y común a todos los hombres indistintamente; es el derecho de todo ser humano a ser juzgado por unas mismas leyes que constituyan el derecho fundado, sobre reglas generales y no de privilegios, y consiste en la admisibilidad de todos salvo, diferencias a que natural y necesariamente ha de dar lugar, la de los talentos y virtudes personales.

Lo anterior demuestra que el positivismo jurídico en México tiene influencia en el derecho natural que permite apreciaciones de valores éticos y morales que han demostrado las aspiraciones de la ilustración para que se garanticen a todas las personas el firme goce de sus derechos naturales y civiles, por ser indispensable que los derechos del hombre sean regulados como garantías individuales. (Duarte & Montiel , 1983)

La historia de los Derechos Humanos en México

“Os hemos ayudado y dirigido, hemos hecho subsistir la abundancia a la escasez, la libertad a la esclavitud, y la felicidad a la miseria; bendecid pues al Dios de los destinos que se ha dignado mira por compasión, su pueblo

Ignacio López Rayón

La historia de los Derecho Humanos, antes de crearse el estado mexicano, tuvo antecedentes de valía internacional influenciados por las declaraciones contenidas en el Acta de Independencia de América y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789 y la Constitución Española de Cádiz de 1812.

Ignacio López Rayón, en 1811 instaló en Zitácuaro la Suprema Junta Nacional Americana en momento y ausencia de Fernando VII y se preocupó por formar una constitución que elaboró, como elementos constitucionales, en la que destaca algunas tablas de derechos humanos, como la absoluta libertad de imprenta en puntos científicos y políticos con tal de que éstos últimos observen las miras de ilustrar y no zaherir las legislaciones establecidas, y culmina el documento diciendo: "Os hemos ayudado y dirigido, hemos hecho subsistir la abundancia a la escasez, la libertad a la esclavitud, y la felicidad a la miseria, bendecid pues al Dios de los destinos que se ha dignado mirar por compasión su pueblo".

Un segundo documento fue emitido por José María Morelos y Pavón que denominó Sentimientos de la Nación, en veintitrés tablas, en las que destaca substancialmente, que la esclavitud se proscriba para siempre, que no se admitirá la tortura, y en especial el contenido del punto doce, que dice que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte aumente el jornal del pobre, y mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto.

La Carta de Apatzingán de 22 de octubre de 1814 comprende el capítulo V que denomina de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos en el que declara en el artículo 24 que la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobernantes y el único fin de las asociaciones políticas y enumera un catálogo de derechos humanos.

En el decreto de libertad de la América mexicana se reproducen los conceptos de la Francia revolucionaria que tanto admiran los juristas mexicanos; los redactores de Apatzingán establecieron que los derechos fundamentales de la persona, son derechos legítimos de los individuos, anteriores y superiores al estado y que aparecieron de la misma naturaleza del ser humano.

El Acta de Apatzingán es un reflejo de la constitución política de la monarquía española de 19 de marzo de 1812 que declaró en su artículo cuarto: "La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derecho legítimos de todos los individuos que la componen".

La Constitución de 1824 del 4 de octubre, no hace referencia alguna a tablas de derechos humanos, sino que en forma general, en el artículo cuarto dispuso: "La religión de la nación

mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra"

Las leyes constitucionales de la época centralista prologan al manifestar: "en el nombre de Dios todopoderoso, trino y uno por quien los hombres están destinados a formar sociedades y conservan las que forma: los representantes de la nación mexicana, delegados por ella para constituirla del modo que entiendan ser, conducente a su felicidad, reunidos al efecto en congreso general han venido en decretar y decretan las siguientes leyes constitucionales: primera: derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la república, donde se hace una enumeración de lo que se consideran derechos de los mexicanos".

Las bases orgánicas de la república mexicana del día 14 de junio de 1843 en su Título II hicieron referencia a los derechos de los habitantes de la república.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 23 de junio de 1856 en forma específica consagró en la Sección V las garantías individuales como la de libertad, seguridad, la propiedad y la igualdad.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857 ratifica en su prólogo: " en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano... en su Título I,

Sección Primera, Artículo primero enaltece:..... El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución...”.

Los debates de Francisco Zarco ponen de manifiesto que: "...el hombre no puede dar un carácter eterno a lo que es frágil; pero ni tampoco destruir lo que es eterno..."; las declaraciones de derechos, es verdad, han tenido necesidad de confirmarse para otros hasta perderse en el torbellino de las revoluciones; pero esto lo único que prueba es que el triunfo de la verdad no se ha consumado; que la misión de la humanidad no está cumplida, que la conciencia humana necesita ilustrarse. Cuando éste ideal perfeccionado llegue a ser una realidad, entonces será siempre de confiar en que los derecho del hombre tendrán su expresión y su fórmula en la conciencia de todos y de cada uno ... los derechos del hombre concebidos por su creador deben ser respetados por la sociedad, no como simples teorías, sino asegurar esos derechos; cuando no se goza de la libertad civil que definen las garantías individuales y las pone a cubierto de todo ataque arbitrario; la tabla de derechos que va al frente de la constitución es un homenaje tributado, en vuestro nombre por los legisladores, a los derechos imprescriptibles de la humanidad y quedan libres todas las facultades que "...el ser supremo reciben, para el desarrollo de vuestra inteligencia y para el logro de vuestro bienestar....”

La Constitución de 1917 promulgada el 5 de febrero por Venustiano Carranza como Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del poder ejecutivo, hace constar en el artículo primero: “...

en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...

MÉXICO COMO PROYECCIÓN INTERNACIONAL

La visión de Venustiano Carranza como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, se hizo presente el día 29 de Noviembre de 1915 en un discurso que pronunció en la Ciudad de Matamoros, Estado de Tamaulipas, México en el que expuso: "La lucha nuestra será comenzar una lucha universal que dé paso a una era de justicia, en que se establezca el principio del respeto que los pueblos grandes, deben tener por los pueblos débiles. Deben ir acabando poco a poco los exclusivismos y todos los privilegios... y continuó el 26 de diciembre del mismo año en la Ciudad de San Luis Potosí al decir: que lo trascendental de la verdadera revolución es que va a servir de ejemplo a todas las naciones de la tierra. Nosotros llevaremos en nuestras leyes, el bienestar que debe tener todo ciudadano en cualquier nación; nosotros llevaremos también una transformación en la legislación internacional, la cual ya es una necesidad..."

Al informar al congreso de la unión en septiembre de 1917 expresó: "Deben respetar mutuos y escrupulosamente sus instituciones, sus leyes y su soberanía".

Que ningún país debe intervenir en ninguna forma y por ningún motivo en los asuntos interiores de otro. Todos deben someterse estrictamente y sin excepción al principio de no intervención.

Que las legislaciones deben ser uniformes e iguales en los otros sin establecer distinciones por causa de nacionalidad, excepto en lo referente al ejercicio de la soberanía..."

En 1930 Genaro Estrada siendo Secretario de Relaciones Exteriores promovió la tesis del "no reconocimiento de gobiernos" lo que fue aceptado por Naciones Unidas.

Adolfo López Mateos promovió la iniciativa de una declaración conjunta con Bolivia, Brasil, Chile y Ecuador para conformar el Tratado de Tlatelolco sobre proscripción de las armas nucleares para América Latina, lo que se convirtió en una ley internacional obligatoria para todos los estados que forman parte de Naciones Unidas.

Correspondió a Luis Echeverría Álvarez conformar e impulsar una Carta de los Deberes y Derechos Económico de los Estados, complementaria de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que fue aprobada por la organización internacional a fin de regular las relaciones económicas de los pueblos. 49

México, en esa forma contribuyó y contribuye a un nuevo orden jurídico económico y social en el que se comprendan todas las necesidades de la humanidad para vivir en libertad, en sociedad con igualdad, seguridad en las instituciones sociales y que se garantice el derecho de propiedad con una función social que engrandezca a la humanidad.

Termino esta referencia con el ideario de Miguel de la Madrid que dijo:

".....Estudiemos la constitución, aprendamos la constitución, divulguemos la constitución, ese es nuestro programa político fundamental....."

EL POSITIVISMO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sentimientos de la nación

“... Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto “

José María Morelos y Pavón

La declaración universal de los Derechos del Hombre de La Organización de Naciones Unidas de 1948

Basave (2001) en su obra, *Filosofía del Derecho*, sostiene que el hombre, en estado de proyecto social, da origen a la norma jurídica y si no se advierte su esencia ontica, no vislumbra el derecho y asevera: "...además de ser axiotrópico, el hombre es un programa existencial valioso, un proyecto de poder y deber, una posibilidad de poder hacer y de poder exigir en el mundo, una libertad justamente delimitada por las otras libertades. Toda esta realidad de derecho emergente, toda esta dimensión jurídica del hombre, acaece antes de que las normas cristalicen...." Es decir hay un poder hacer y un poder exigir intencionalmente, referidos a la justicia que tienden a estructurar el derecho.

El derecho está al servicio de la moralidad, asegura su libre desarrollo, establece un mínimo de ética respecto a la dignidad humana, y exige a todos los hombres y a la comunidad misma, se basen en la exigencia moral de respetar la dignidad humana; parten de la ontología, de la autodeterminación de los hombres, es la originaria y trascendental búsqueda de la salvación y sus dimensiones, espacios temporales que se proyectan hacia la plenitud y subsistencia, lo que le hace conformarse como ser material, personal y religioso.

Las facultades fundamentales o derechos humanos, como el de la conservación de la vida, integridad física, disponer de los bienes materiales, tienden a su subsistencia y se fundan en un aspecto religioso que los encamina a Dios para lograr su salvación.

El Filósofo de México en su obra clasifica los derechos humanos conforme a la naturaleza de su objeto:

Los derechos civiles o individuales: como el derecho a la vida, a la libertad física, al debido proceso, libertad de creencias, educación, libertad de expresión y de reunión y otros.

Derechos políticos y cívicos: como el derecho a la nacionalidad, de participar en la vida política, a ser electo, el de votar en las elecciones.

Derechos económicos: como el de la remuneración por un trabajo lícito, el de una vida adecuada, el derecho a la vivienda, etc.

Derechos sociales: como el del trabajo, seguridad social, protección de la maternidad y de la infancia.

Derechos culturales: como el de participar en la vida cultural de la comunidad, derecho a la educación.

"Todos esos derechos son congénitos, universales, absolutos, necesarios, con sentido ontológico porque se derivan de la propia naturaleza humana, inalienables, inviolables e imprescriptibles" y ninguno puede ejercerse para transgredir los márgenes de la ética, los derechos de los demás y las exigencias del bien público.

Como fundamentación filosófica en la clasificación de los derechos del hombre, caben dos posiciones, según Basave Fernández del Valle.

Las de quienes aceptan el derecho natural; y las de quienes lo rechazan.

"... para los primeros el hombre en razón de las exigencias de su esencia, posee ciertos derechos fundamentales e inalienables anteriores por su naturaleza y superiores a la sociedad, y por ella misma nace y se desarrolla la vida social con cuantos deberes y derechos implica..."

Para los segundos, el hombre en razón del desarrollo histórico de la sociedad se ve revertido de derechos de continuo variables y sometidos al flujo del devenir y son el resultado de la sociedad misma a medida que progresa al compás del movimiento de la existencia.

Estos derechos del hombre universales, de esencia ontológica por su naturaleza misma, reconocidos por el poder político tienen un alcance indeterminado que paulatinamente se va desarrollando, y así la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 dicta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que los positivista, lo que no implica descentralización, sino una justicia intrínseca de la norma natural, que se traduce en un sistema ideal de normas de carácter universal.

El hombre tiene una dimensión jurídica que abarca el ser humano del siglo XII, desde los atenienses al siglo XXI del México de nuestros días, pero en el haber del ser humano existencial, están en constante variación; hay una mutabilidad de las condiciones que emergen del proyecto ontológico del ser humano y se afirman fundamentados con un ideal universal de la justicia, la paz y el bien común.

Mahatma Gandhi, citado por Basave Fernández del Valle expresó:

".....De mi ignorante pero sabia madre aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse proceden del deber cumplido. De tal modo que solo somos acreedores del derecho a la vida, cuando cumplimos el deber de ciudadanos del mundo...."

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, confirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en su esencial dignidad y en el valor de la persona humana. Los estados miembros, México uno de ellos, se comprometieron a asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos.

La declaración universal comprende treinta artículos y en forma enunciativa enumera múltiples derechos que han aflorado en la sociedad, que el hombre requiere le sean garantizados para bien de la conciencia de todos los pueblos.

El mérito de toda constitución estriba en la organización del poder público que la soberanía popular deposita en sus órganos y determina como la más precisa limitación a su ejercicio el respeto a los derechos humanos mediante una conducta de no hacer, no interferir en la vida de los particulares que lesionen sus derechos y su dignidad humana; el otro aspecto determinante en toda constitución es la organización democrática del poder público que se traduce en una igualdad esencial de oportunidades, para el ejercicio de los derechos civiles y políticos que propicien el bien común entendido como un conjunto organizacional de las condiciones sociales, gracias al cual toda persona en su cabal naturaleza individual y social, pueda cumplir su destino natural y espiritual y pongan en práctica los mejores medios para garantizar el orden, la paz de la sociedad, la libertad de los hombres y de los grupos y que se encaminen hacia el progreso social.

El positivismo jurídico internacional que tiene su origen en el "Pacta Sunt Servanda" como forma de convenir la realización de actividades que son necesarias para contribuir a la realización de los valores supremos de la humanidad como la paz, la armonía, la concordia y la fraternidad, se fundamenta en la declaración universal de los derechos humanos decretada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y aunque si bien no tuvo un carácter vinculante, si representó posteriormente un compromiso junto con otros pactos internacionales, como el de derechos económicos, sociales y culturales; el de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo, los que cobraron fuerza jurídica con el Pacto de San José firmado el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 28 de julio de 1978, declaraciones que constituyen una parte de gran importancia sobre tópicos, grupos y actitudes del ser humano.

César Sepúlveda dice:

....No solo significó un cambio vital en la esencia del derecho internacional, pues esta rama, pensada para las relaciones entre los estados y sus derechos propios tiene que ensancharse para tratar también los derechos de los individuos que a su vez produjo un impacto en el campo del dominio reservado de los estados, introduciendo elementos nuevos y hasta cierto punto perturbadores en el derecho interno de los estados.... (Sepúlveda, 1997)

Esto explica no solo el carácter internacional de los derechos humanos, sino una buena dialéctica que permite distinguir varias generaciones en un acto progresivo de la historia.

Las aparentes generaciones de derechos humanos y sus protecciones jurídicas internacionales

Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona (2001), hablan de tres generaciones de derechos, concepto que me parece inadecuado si consideramos que los derechos humanos son los mismos desde el estado de naturaleza en que el hombre vivió, pasando por la antigüedad, la edad media, hasta entrar a la modernidad y en la época actual y lo que ha variado no es el derecho en sí, que es una necesidad esencial del hombre, sino variadas formas de realización que han evolucionado con el transcurso del tiempo.

A los de la primera generación les llaman derechos clásicos individuales, derechos civiles y derechos políticos, que exigían del poder político una actividad de no hacer.

Derechos de segunda generación como los económicos, sociales y culturales del hombre que llaman de igualdad, respecto de los cuales el estado tiene la obligación de hacer, pues requieren de un medio que solo el poder político les puede proporcionar.

Por último hablan del derecho de solidaridad o de tercera generación que comprenden intereses difusos que se inspiran en principios generales, universales, cuyo respeto reclama la humanidad.

El concepto de nuevos derechos que se asimilan a los siempre existentes en la constitución y especialmente la mexicana de 1917, solo significa un modo diverso de ser ejercidos, que requieren de protecciones jurídicas como son, los de familia, igualdad de sexos, desarrollo familiar, de libre procreación, paternidad responsable, salud, vivienda, en materia de comunidades indígenas que es la última adición en el artículo segundo, derecho a la información, el concepto dificultado de la doble nacionalidad, que han contribuido al mejor entendimiento de la dimensión jurídica del hombre, y que el constitucionalismo moderno está en evolución y que a través del proceso de la observación y tomando como base fuentes reales de la vida jurídica de tipo experimental, van conformando nuevas normas positivas no solo de validez vigente, sino eficaces, en cuanto a su obediencia.

Las nuevas protecciones jurídicas de los derechos humanos aproximan la plenitud del derecho como ciencia jurídica, conformando por sistemas normativos que permiten apreciaciones lógicas, deontológicas, éticas y morales, para integrar un positivismo jurídico como un acercamiento a la ciencia del derecho y se fortalece con la creación de la institución de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como un organismo vigilante del proceder de la autoridad que tiene como función recomendar, que los derechos humanos estén debidamente garantizados por la legislación y que habrá de evitarse cualquier molestia que lesione esos derechos y como consecuencia su dignidad humana, y debe contribuirse a que los individuos vivan en paz y procuren la felicidad de sí mismos y de la humanidad.

La gran mayoría de los estados que cuentan con constituciones, han ingresado a formar parte de la fraternidad internacional ya conocida y desarrollada como solidaridad entre las naciones, que han llevado al organismo internacional que nos representa, a la conformación de una corte interamericana de derechos humanos que se encarga de su tutela jurídica la que fue creada en 1969 con modificaciones posteriores a su estructura, la que representa la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo orden jurídico del universo a través de los tratados que se celebren con los estados, entre los cuales, México a partir de 1998, forma parte de la misma y su jurisdicción queda constituida para la salvaguarda de los derechos del hombre y de los ciudadanos, de la humanidad.

En el ámbito internacional surge la comunidad europea con finalidades de carácter económico y patrimonial; inspirados en la carta de naciones unidas promueven el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y tomó medidas en forma conjunta o separadamente en cooperación con dicha organización, entre los que destaca la convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales del 4 de noviembre de 1950 firmada por los estados integrantes del consejo europeo, y reconocen los contratantes a toda persona dentro de su jurisdicción, una serie de derechos y libertades que corresponden a los derechos humanos clásicos, con el propósito de asegurar el respeto de los compromisos contraídos; se constituyó además una comisión y un tribunal europeo de los derechos del hombre, como formas de control.

Como corolario de todo lo anterior, cabe advertir que en México, desde sus orígenes constitucionales con el pensamiento de José María Morelos y Pavón, están presentes la idea de la libertad y la felicidad y que solo por leyes justas y sabias habría de regularse su pleno ejercicio, hasta llegar a la Constitución de 1917 vigente en nuestro tiempo, y se debe distinguir con honestidad que ésta es la primera constitución del universo, que recogió las inquietudes revolucionarias del progreso y engrandecimiento de los individuos, para concebir los derechos sociales que requieren del estado un hacer de colaboración con los particulares, para lograr sus metas superiores de desarrollo, de progreso y de enriquecimiento personal. (La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014)

En este mismo contexto la Constitución de la República de Weimar de 11 de agosto de 1919, influenciada por la Constitución Mexicana puso en vigor un catálogo de derechos fundamentales, bajo nuevas circunstancias que la vida social y económica requerían, destacando entre las garantías jurídicas, al derecho sucesorio, a la familia, a la enseñanza religiosa y a la propiedad como signos de socialización en la ciencia jurídica y abrir los derechos fundamentales que esencialmente fueron individualistas, hacia el mundo de la plenitud jurídica y de la dimensión jurídica del hombre.

“La primera condición del Estado fuerte es la fe del pueblo en la justicia”

Piero Calamandrei

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA

CONCEPTO DE JUSTICIA

“La justicia es un valor absoluto que descansa en sí mismo y no derivado de otro superior “

Gustav Radbruck

Cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar, y por ello la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos, se vuelva Justo por el hecho de que, un mayor bien es compartido por otros.

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o sea el modo en que las grandes instituciones sociales, distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.

Por ello es preciso partir hacia la determinación de lo que son las grandes instituciones, como la constitución política y las principales disposiciones económicas sociales, para prever que la protección jurídica de la libertad y la competencia mercantil, sean las que definan los derechos y deberes del hombre e influyan sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que se puede esperar hacer y sobre lo que se haga.

La igualdad tiene un significado, como un lugar que ocupa en la estructura básica de la sociedad la distribución de los ingresos y de la riqueza, y de esta manera el concepto de la justicia se concibe por los derechos y libertades, que a su vez exigen el principio de igual libertad y el de justa igualdad de oportunidades.

La principal idea de la justicia como imparcialidad, es decir como un conjunto de principios en los que estarían de acuerdo las personas racionales en una situación de igualdad, permite abrir el camino para una extensión, con la definición de bienes relacionados con la bondad y la moral, para darle una mayor amplitud a su significado.

De esa manera se puede llegar a definir la justicia por el papel que desempeñan sus principios, al asignar derechos y deberes, y definir la división correcta de las ventajas sociales, y con esa definición se lograría obtener un enfoque de acuerdo al sentido más específico que Aristóteles dio a la justicia, del cual se derivan formulaciones muy familiares como el de:

"Abstenerse de obtener para uno mismo cierta ventaja apode dándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes."

"Abstenerse de negarle a una persona lo que es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto".

Esta concepción de la justicia es una mera explicación de lo que propiamente le pertenece a una persona y de lo que le es debido.

PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA

La teoría de la justicia puede dividirse en dos partes: Una interpretación inicial y la formulación de los diversos principios disponibles en ella para su elección; y un razonamiento que establezca cuál de esos principios será el adoptado.

De esas dos partes, el objeto primario de los principios de la justicia, es la estructura básica de la sociedad y la determinación de las instituciones sociales más importantes en un esquema de cooperación, debiéndose distinguir los principios de la justicia para las instituciones, de los principios que se aplican a los individuos y a sus acciones en circunstancias particulares, pues sus objetos son diferentes.

Por institución se entiende, un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, y estas reglas especifican fórmulas de acción como permisibles, otras prohibitivas y establecen ciertas sanciones y garantías, cuando ocurren violaciones a las reglas.

El carácter público de la regla de una institución, asegura que quienes participan en ella sepan que limitaciones de conducta pueden esperar para con otros y que acciones son permisibles o cuales constituyen una prohibición.

Como principios de la justicia en los que están de acuerdo todos los hombres desde la posición original en la teoría de Rawls se establecen:

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

Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de tal forma que:

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

Esos principios deben estar dispuestos en un orden social dando prioridad al principio de las libertades básicas porque constituyen un centro de aplicación y determinan límites y compromisos que deben resolverse por la acción de la justicia.

El principio de la distribución de la riqueza y de los puestos de autoridad y responsabilidad, deben influir tanto en las libertades básicas como en la igualdad de las oportunidades.

Para establecer una concepción que se acerque más a la justicia como lo más deseable para todos, con una idea completa de lo justo, las partes habrán de escoger en un orden definido no solo una concepción de la justicia, sino también principios para cada uno de los conceptos básicos que conforman lo que es justo, los que no pueden ser separados pues en un momento específico se relacionan entre sí.

El concepto del bien como un principio de elección racional, se proyecta en la estructura social cuando se aplican las características importantes de una situación, y ese proyecto que satisface esas condiciones, sería elegido por la persona con plena racionalidad deliberativa, es decir, con conciencia de los hechos importantes y tras una cuidadosa reflexión acerca de las consecuencias.

Los principios de la justicia no deben entorpecerse ante la presencia de un velo de ignorancia, el engaño, la hipocresía, la desconfianza, pues estas son meras condiciones en pos de una finalidad y por lo tanto no existe otra alternativa que proteger el sentido de la justicia, para que rijan nuestros restantes objetivos.

En la medida en que no exista la carencia de estas protecciones se contribuye a la estabilidad de los objetivos de la justicia, por lo que una sociedad bien ordenada satisface los principios que son colectivamente racionales desde la perspectiva de la situación original y desde el punto de vista del individuo, para lograr el deseo de afirmar una concepción pública de la justicia como

reguladora del proyecto de vida que esté de acuerdo con los principios de elección racional, y con ello se alcance una descripción de la justicia como imparcialidad. (Rawls, 1997)

Para Gustav Zagrebelky en su obra *El Derecho Dúctil* los principios de justicia que determina Rawl son una mera creación subjetiva, producto de una acción racional en lo que llama el estado de naturaleza o posición original y la reduce a los derechos individuales del hombre y a la distribución de los productos económicos y eso no resulta suficiente, pues la aspiración de las nuevas constituciones podría describirse con los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva como:

- La libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales.

- La igualdad ante la ley y por lo tanto la generalidad del trato jurídico y también la igualdad a la especialización de las reglas jurídicas.

- El reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad.

- La valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos.

- El rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas.

- La responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles. (Zagrebelky, 1995)

CONSIDERACIONES DE LA JUSTICIA EN LA FILOSOFÍA

“La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales “

John Rawls

Basave Fernández del Valle (1955) en su obra *Filosofía del Derecho* establece que existe el valor de la justicia en toda vivencia del hombre común que realiza en la sociedad.

La justicia es una exigencia para que se reconozca a la persona humana y que sea tratada por cualquier otro hombre como absoluto principio de sus propios actos libres y responsables, aunque ciertamente la persona no vive para el derecho, pero si vive ineludiblemente en el derecho, porque no se puede vivir de otra manera.

El jurista romano Celso citado por Basave, opinó: "Que la justicia es el arte de lo bueno y de lo equitativo y su ejercicio corresponde a los juristas y es un signo distintivo de todo estado de Derecho."

La justicia concierne al modo de servirse de las cosas existentes para el bienestar colectivo, e implica una operación exterior esencialmente alternativa de una proporción que guarda uno

respecto del otro, y esa proporción sugiere siempre de elementos como la armonía, congruencia entre las conductas personales, así como restricciones que impone el orden jurídico.

Basave (1955) hace referencia a la justicia conmutativa como contraprestación y la justicia distributiva como generalidad y en ese concepto razona los límites de la equidad como procedimientos que llevan a una eficaz realización de la justicia, que es vivenciada en un plano individual, continua en grupos intermedios y alcanza su regulación por el derecho el que es constituido por un lento y paulatino proceso de vivencias y descubrimientos personales de la justicia vivificada por el amor.

Gustav Radbruch en su obra Introducción a la Filosofía del Derecho considera que la meta de todo legislador es la justicia, es un valor absoluto que descansa en sí mismo y no derivado de otro superior.

Para el filósofo, existen diferentes conceptos de justicia:

- Como virtud que es una cualidad personal, subjetiva, como propiedad de una relación entre personas.

- Objetiva como expresión de una forma subjetiva.

- La justicia como un derecho anterior y superior a la ley, y:

- La justicia del legislador que es la que interesa a los juristas.

La justicia adopta dos formas que trascienden al orden jurídico como son:

- La conmutativa como forma de contraprestación y:
- La distributiva que tiene como soporte la igualdad y por lo tanto su generalidad.

La idea de justicia es esencialmente formal que supone trato igual para los iguales, y trato desigual para los desiguales, y da un sentido específico a la igualdad para derivar la justicia como un valor que solo puede determinarse por la ley.

Para la determinación de la justicia según Radbruck debe recurrirse al principio de la adecuación al fin, es decir, que toda norma jurídica debe tener como fin un postulado de la justicia en el que contribuyan la idea del bien moral en lo individual, como personalidad colectiva en la sociedad, y como obra cultural como conjunto de valores, y es en ese conjunto como se constituye la esencia de los derechos del hombre que tienen un carácter absoluto, porque son necesarios para dar paso a los deberes morales que se logra a través de un formalismo positivo del derecho. (Radbruck, 1998)

UN MODO DE ACERCARSE AL DERECHO LEGISLATIVO

“La primera condición del estado fuerte es la fe del pueblo en la justicia “

Piero Calamandrei

La teoría de La justicia de Rawls (1997) se sustenta en lo que llama una posición original, el velo de la ignorancia, los dos principios de la Justicia y el concepto de las prioridades para lograr su eficiencia.

La posición original que establece Rawls en una estructura social tiene un sentido filosófico y no permite la claridad en sus contenidos, por lo que es preciso tomar la opinión de otros autores, para explicar los rasgos más elementales de la teoría que estructura.

Pablo Ruiz-Tagle expone en su obra Derecho, Justicia y Libertad, que lo que se llama posición original corresponde a la acción de un estado de naturaleza que forma parte de la teoría de los seguidores del contrato social, lo que no puede asimilarse a un determinado estado histórico, mucho menos a una situación primitiva de cultura, sino que debe ser entendida como una situación que permita llegar en forma unánime a una cierta concepción de la justicia.

Lo que Rawls llama posición original, es una manera de decidir, que hacen las partes que en la estructura social intervienen, para adoptar en forma unánime los principios de la justicia, y el rasgo más importante que destaca su concepción de la posición original, es la idea del velo de la ignorancia, como una exigencia que hacen suponer, antes de tomar una decisión, que ninguna de las partes que intervienen en la elección de principios, será capaz de saber cuál será su clase social, su status personal o individual, ni la fortuna que tendrá en la distribución de cualidades naturales o habilidades, ni la inteligencia, ni la fuerza, ni los gustos personales, e incluso que nadie podrá conocer una concepción completa acerca de lo bueno, ni sus tendencias psicológicas más esenciales.

Para Rawls, el velo de la ignorancia, solo permite a los que intervienen en la posición original conocer, lo que él llama hechos generales acerca de la teoría política, de la economía, de la psicología, de la sociedad que tengan conexión con las circunstancias propias de la justicia, lo que implica únicamente una petición de principios.

Esa posición se traduce en una regla mediante la cual los seres humanos, toman decisiones en condiciones de incertidumbre, al proponer que la persona es obligada a tomar una decisión en condiciones inciertas, lo que indudablemente está dirigido a favorecer la posición menos afortunada, y que resultaría en todo caso desfavorable.

El autor de referencia estima que la teoría de la justicia de Rawls se encuentra limitada a localizar una concepción de injusticia que puede aplicarse a la estructura básica como una sociedad cerrada, aislada de otras, lo que excluye la discusión de los principios de justicia que se aplicarían a actos o prácticas individuales, a las instituciones privadas o a las relaciones entre los estados.

También resulta limitada la concepción de Rawls al referirse a una sociedad bien ordenada considerada como perfectamente justa, pues esto implica que se generalice la doctrina del contrato social que antes fue planteada por otros autores, como Locke, Rousseau y Kant.

El planteamiento de la teoría de la justicia de Rawls desarrolla tres conceptos fundamentales.

- Identificación de una estructura básica en la sociedad.
- Determinación de los principios de justicia que han de aplicarse a esa estructura básica, y:
- Elaboración de un concepto hipotético llamado posición original que sirva para justificar sus principios de justicia.

La estructura básica de la sociedad se identifica con la constitución política del estado y con los principales acuerdos y planes sociales y económicos, es decir, que donde exista un sistema político democrático, liberal y representativo de protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia y una familia monógama, serían instituciones que formarían parte

de esa estructura social, y con ello se intenta construir una teoría de la justicia que permite saber cuándo las instituciones de la estructura social básica son justas y cuando injustas.

Para determinar esta posición original, Rawls distingue dos partes que se dan en toda estructura básica que son las libertades básicas y las desigualdades económicas, y esta posición no resulta clara pues se trata de limitar el papel de la institución, en la elección de los principios de justicia y con ella se crea una diferencia entre dichos principios, dando origen al concepto de las prioridades del cual habremos de destacar, la del derecho sobre los conceptos del bien y de la moral.

Los principios de la justicia en cuanto a que cada persona tiene un derecho igual, y de que las desigualdades han de ser adecuadas para que hagan posible que los cargos y funciones de autoridad sean accesibles para todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades y que se produzca el mayor beneficio de los menos aventajados, deben aplicarse a todas las partes de la estructura básica de la sociedad de acuerdo con un orden preestablecido en dichos principios, del que surgen las de prioridad que explican un orden de aplicación de los principios de justicia que son:

- Prioridad de la libertad; o sea, el primer principio del derecho igual sobre la desigualdad, tiene como base que la libertad solo puede ser restringida en nombre de la libertad misma, lo que debe justificarse en el sentido de que una libertad restringida reforzara el sistema total de

libertades y para que, las desigualdades que se produzcan en las libertades básicas sean aceptadas por aquellos que detentan una libertad menor.

•La segunda regla de prioridad tiene como base la igualdad de oportunidades y el principio del beneficio a los menos aventajados, que sirven como pautas de organización de la estructura social básica, con preeminencia sobre cualquier principio de eficiencia o utilidad.

Es decir; que para restringir la aplicación del principio de las desigualdades sociales y económicas se deben cumplir dos condiciones:

- La de aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos, y
- que el ahorro excesivo lleve como finalidad aliviar la carga de los que más sufren la desigualdad.

De los principios de la justicia que sostiene Rawls, resulta otra prioridad que es la del derecho a la justicia sobre el concepto moral del bien.

En opinión de Ruiz-Tagle la teoría de la justicia de Rawls, es concebida por personas libres y racionales que buscan sus propios intereses y pueden acordar el gobierno de sus formas de vida en sociedad y sus instituciones principales, y tuvieren que elegir los principios de la justicia a partir de un velo de ignorancia, es decir, es ignorancia acerca de sus propias debilidades, de sus propensiones psicológicas, de su concepción de lo bueno, de su status y posición en la sociedad y del nivel de desarrollo de la sociedad a la que pertenecerán.

Los principios se justifican por Rawls porque en cierto modo son armoniosos con los juicios ordinarios de sentido común e iluminan muchos razonamientos acerca de la justicia,

El mencionado autor explica la teoría de Hart que establece que esos principios son elogiosos y para los efectos de su implementación requieren de cuatro etapas:

- a) La primera es aquella en que las partes eligen los principios de justicia.
- b) La segunda consiste en una convención constituyente en la cual escogen de acuerdo con ellos, una constitución y establecen derechos y libertades básicas para los ciudadanos.
- c) La tercera es la legislativa; en ella se dictan leyes y políticas que por ser consideradas justas, no pueden contradecir lo acordado en las dos primeras etapas, y
 - d) La cuarta y última etapa es la de la aplicación de las reglas que realizan jueces y otros oficiales a los casos particulares.
 - El sentido de la justicia se asimila a la idea del derecho y en algunos casos se confunde y la posición de Rawls exige un concepto moral de derecho como ciertas restricciones formales para que sea aceptable desde el punto de vista de la posición original, y con esas restricciones el concepto de derecho debe ser un concepto general y universal en su aplicación, tiene un carácter público, una cierta jerarquización de las demandas cuando entren en conflicto y además poseen una cierta finalidad.
 - Con lo anterior se deduce una definición del sistema legal que Rawls identifica con un orden coactivo de reglas públicas, dirigidas a personas racionales, que tienen el

propósito de regular la conducta y proveer de una estructura que permita desarrollar la cooperación social.

- Este concepto formal de sistema legal o estado de derecho, se identifica con la administración imparcial y regular de un conjunto de reglas políticas.
- Ruiz-Tagle considera que todos están obligados a cumplir las leyes en la medida en que hayan sido dictadas de acuerdo con una constitución justa y representen la regularidad e imparcialidad, que se identifican con el estado de derecho que obligan plenamente en condiciones de regularidad e imparcialidad y por lo tanto estaremos obligados a respetar, incluso, las leyes que nos parezcan injustas.
- Con esa concepción del derecho existen diferencias con la concepción del bien que estructura Rawls y anota las siguientes:
- Los principios de justicia o derecho son elegidos en la posición original; en cambio el concepto del bien que está relacionado al de una racionalidad deliberativa, no es elegido del mismo modo.
- Los principios de justicia o derecho tienen un contenido único porque están basados en una decisión unánime, en cambio la concepción del bien, puede ser muy diferente de una persona a otra.
- Los principios de justicia son elegidos bajo un velo de ignorancia, en cambio el concepto del bien de una persona puede estar basado en un conocimiento completo acerca de los hechos.

Estas diferencias permiten apreciar una concepción prioritaria del derecho sobre el bien que se apoya en principios de justicia bien definidos, y que se soportan por una unanimidad en relación con el concepto restringido del bien que es de naturaleza individual y esa prioridad tiene por función asegurar la precedencia de los principios de justicia sobre los principios que forman las visiones particulares sobre el concepto moral del bien.

Con esto se quiere decir que el derecho adquiere una dignidad superior y una independencia muy marcada en relación con el bien y no puede ser afectado por las diferentes concepciones que en una sociedad pluralista pueden existir acerca de este concepto moral y su realización.

La idea de Rawls en su posición original es la de rescatar la personalidad moral de los seres humanos ya planteada anteriormente por Kant, para construir una visión alternativa con la cual las ideas utilitarias intuicionistas y perfeccionistas acerca de la relación entre el bien y el derecho, queden fundamentalmente superadas. (Ruiz-Tagle, 2002)

Lucien Kern y Hans Peter Müller (2000), sostienen que la posición original de Rawls requiere de un equilibrio reflexivo que permita que las condiciones formales que fueron producidas por una relación de elección deliberativa, se acerquen a condiciones materiales para satisfacer los principios de la justicia.

La posición original se caracteriza por una serie de condiciones formales generosamente aceptadas para crear una determinación de la justicia, por lo que es necesario confrontarlas con los juicios materiales de justicia, para que bien meditados y de acuerdo con la evaluación realizada, puedan modificar las premisas formuladas inicialmente, o bien, sus juicios materiales de justicia, lo que da inicio a un proceso de adecuación que implica coherencia entre las reglas procedimentales o puramente formales, con los propios principios de la justicia y los juicios de justicia bien meditados.

El equilibrio reflexivo lleva a resultados de gran importancia que pueden resumirse según la opinión de esos autores en lo siguiente.

- Deben ser consideradas como justificados aquellos principios morales que un individuo sostiene a través de un equilibrio reflexivo amplio

- La posición original está destinada a producir un equilibrio reflexivo amplio del mayor número posible de los miembros de una sociedad, a fin de posibilitar una justificación lo más amplia posible, si se puede, de tipo universal, de determinados principios de la justicia.

- Las fundamentaciones de la posición original de Rawls son más abstractas, laxas y sin precisión y requieren de una conciliación con un amplio espectro de modelos opuestos de justificación.

- Los modelos de Rawls no propician principios unívocos que permitan una realización plena de esos fundamentos de justificación, es decir no representan un equilibrio reflexivo amplio.

La fundamentación de las premisas de la posición original en una relación racional que crea los principios de la justicia, son puestas intencionalmente al servicio de los fines de un argumento

puro de coherencia y por ello la idea del equilibrio reflexivo no encuentra aplicación en la teoría de la justicia de Rawls. (Kern & Muller Hans, 2000)

Barry (2000) en su obra Teorías de la Justicia destaca: Que el objetivo de Rawls, en relación con la justicia social que se predica desde la estructura básica de la sociedad, es constituido por las instituciones que conjuntamente determinan el acceso de sus miembros a los recursos que son los medios para la satisfacción de una amplia variedad de deseos, y los agrupa en tres formas:

Poder, status y dinero, y esas instituciones que caen bajo esa estructura básica de la sociedad, son las siguientes.

- Las reglas que asignan derechos y privilegios legales fundamentales de iguales o desiguales, a los miembros de la sociedad.
- Las reglas que especifican como se gana el acceso al poder de tomar decisiones políticas.
- Las reglas que permiten las concentraciones de poder para la toma de decisiones privadas como las que ejercen las corporaciones comerciales, las que manejan bienes raíces, las sociedades de mercado: y
- Las instituciones del sistema educativo, profesiones, oficios, u otras posiciones ocupacionales.

Todo ese conjunto de recursos y de instituciones llevan a determinar la distribución del ingreso y la riqueza en una sociedad.

El autor hace referencia a la posición de Hume y contrasta la de Rawls al establecer que los dos filósofos tienen dos teorías de la justicia, que son las mismas teorías; el primero es seguidor de la doctrina de Hobbs, mientras que Rawls se autoproclama seguidor de Kant, pero sustentan posiciones similares en torno a los principios de justicia.

Hume citado por Barry sostiene que para obtener el principio de la justicia es necesario partir de una virtud que tiene su origen en juicios morales y en cambio Rawls parte de lo que llama la posición original para seleccionar los principios que acomoden el beneficio de toda la estructura social, es decir que aun cuando el primero considere el auto interés mutuo y el segundo la utilidad pública, ambas posiciones se dirigen a obtener un postulado de la justicia.

En opinión de Barry, Rawls sigue dos rumbos parcialmente diferentes que van de la igualdad de oportunidades a la desigualdad, es decir que conforme a la igualdad de oportunidades todas las diferencias que afectan a la estructura social, deben ser eliminadas, y la segunda posición es que no puede realizarse el ideal de la justicia sin intrusiones inaceptables en la libertad personal por lo que los logros ocupacionales no deberían afectar los ingresos.

Barry sostiene en relación con la posición de Rawls que lo que se necesita, es un criterio para la evaluación de las instituciones en términos de la distribución de beneficios y cargas, lo que da lugar para decir que se tiene una institución justa en algunas sociedades y solo es justo cuando se

obedece voluntariamente las exigencias que la institución impone a los individuos, al menos en la medida en que sea acatada por parte de aquellos que se amparan en la misma, y las sanciones por la desobediencia son relevantes para la justicia en la medida en que se garantizan que los demás obedecerán, de tal manera que nadie estará en desventaja por obedecer y por ello la justicia como una virtud de los seres humanos, no se ejemplifica por el acatamiento que se sufre por el miedo a las sanciones, pues antes bien, la justicia es una disposición de hacer lo que las instituciones justas exigen, simplemente sobre la base de que son justas. En ese caso la justicia consiste en el acatamiento voluntario a las demandas que hacen las instituciones.

LA JUSTICIA EN EL POSITIVISMO JURÍDICO

Considerando que la constitución política es un sistema de reglas que estructuran a una sociedad, debe contener una estructura de principios de justicia que den validez a ese ideal y se puede hacer referencia a los derechos de libertad, igualdad, seguridad jurídica, propiedad, derechos sociales, derechos políticos y económicos y otros derechos formales de tipo procedimental.

Me permito hacer referencia a algunos que se contienen en la Constitución política de México:

“Todo individuo goza de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad.

En consecuencia el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

"Está prohibida la esclavitud en los estados unidos mexicanos" "art. 1.

"Derechos de los indígenas" La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas que son aquellos que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio que reconocen autoridades propias de acuerdo a sus usos y costumbres.”

La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado, "art. 2.

“Derecho a la educación” Todo individuo tiene derecho a recibir educación; tendera a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentara en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad en la independencia y en la justicia; se basara en los resultados del progreso científico, luchara contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios." art. 3.

“Derechos de familia “El varón y la mujer son iguales ante la ley Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre y responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

"Derecho a la alimentación” Deberá ser nutritiva, suficiente y de calidad."

"Derecho a la salud” Toda persona tiene derecho a la Protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de la salud."

“Derecho al medio ambiente para su desarrollo y bienestar.” “Derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, salubre, aceptable y asequible."

“Derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento."

"Derechos a la vivienda". Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo."

"Derechos de los niños y las niñas." A la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral."

"Derecho a la cultura." Al disfrute de los bienes y servicios que Presta el estado en la materia y el ejercicio de los mismos."

"Derecho al deporte y a la cultura física" Derechos de los menores. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinara los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas, "art. 4.

"Derecho al trabajo". A ninguna persona podrá impedirse Que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, "art. 5

"Derecho de manifestación de las ideas". La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público."

"Derecho a la información", El Derecho a la información será garantizado por el estado."

Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, y difundir la formación de ideas de toda índole por cualquier medio de expresión. "Art. 6.

"Derechos de escribir y publicar". Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia.

Ninguna ley puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. "art. 7

"Derecho de petición". Los funcionarios empleado públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que esta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa. Pero en materia política solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la república.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario. "art. 8

"Derechos de reunión y asociación". No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito ninguna persona armada tiene derecho a deliberar" art. 9

"Derecho de portar o poseer armas". Los habitantes de los estados unidos mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa con excepción de

La ley federal determinara los casos y condiciones, requisitos y lugares en que se podrán autorizar a los habitantes la portación de armas." Art. 10

"Derecho de libertad de tránsito". Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por el territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes y a las de la autoridad administrativa porque toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país, art. II.

"Derecho a la legalidad "Nadie podrá ser privado de la libertad, o de sus Propiedades, posesiones o derechos, sido mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme e las leyes excedidas con anterioridad al hecho la sentencia definitiva deberá ser conforme la letra o a la interpretación judicial de la ley, y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho. Art. 14 Arts.

"Derecho a la administración de la justicia". Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que la expedirán en los términos y plazos que fijen las leyes; emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, Su servicio será gratuito.... Art. 17

"Derecho a la exacta aplicación de la ley ". Arts. 13 y del 18 a 23.

“Derecho de Libertad de creencias”. El congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna." 'art.24.

"Derechos económicos”. Al estado le corresponde la rectoría económica del desarrollo nacional para garantizar que esta sea integral que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una justa distribución del ingreso y la riqueza....'art. 25

"Derecho de participación”. El estado organizara un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez y dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.
Art. 26

"Derecho de propiedad”....Corresponde originalmente a La nación..... la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.” Art. 27.

"Derechos a la libre concurrencia”. El estado contara..... con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes participe por si o con los sectores social y privado, 'art. 28

“Derecho a un salario suficiente

”. Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos " art. 123. (La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014)

De entre esos enunciados no se precisa el derecho a la justicia, como derecho a su impartición, pues en el texto del artículo 17 de la Constitución se establece...” Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial....”

De ese texto derivamos que el legislador tomo como base para sustentar la justicia, el vocablo administrar que para el común de los estudiosos significa, regir, tutelar, mandar, guiar, gobernar, dirigir, dar, apoderar, proveer, suministrar, proveer, conceder u ofrecer, vocablos que enderezan el pensamiento del legislador como proveer que significa crear condiciones de carácter material, humano, económico y jurídica para realizar un fin propuesto, y lo que se prefiere usar para el efecto de determinar el significado de la justicia, es el dar, como actividad obligatoria igual para todos.

En cambio el vocablo impartir que es el que se busca, significa distribuir, dar, ofrecer, repartir, comunicar etc. los que tienen mejor aceptación jurídica y congruencia con los principios que sustentan el valor de la justicia, como derecho que lleva implícito un poder de exigir a otro o de u órgano del estado, de dar, a cada quien lo que le pertenece y como deber lleva inmerso la obligación de dar a toda persona lo que le es debido.

De ahí se concluye que el termino impartir, impartición, que significa dar, es el más aceptable para acercarlo al derecho positivo y considerar a la justicia no solo como valor moral y social, sino como un auténtico derecho fundamental que debe ser reconocido en el texto Constitucional a que antes referimos.

En síntesis, La teoría de la justicia que estructura Rawls partiendo de la base de una posición original que consiste en un estado de naturaleza, en la cual mediante procedimientos de razón deliberativa y de reflexión, estructuran los principios de la justicia, es esencialmente política, con fundamentos de carácter moral y especialmente del derecho natural.

Carece la teoría de Rawls de una posición positivista en cuanto debe ser regulada a través de un proceso de legislación que lleven a los principios de la justicia que se determinaron en la estructura de una sociedad, a la estructura de una constitución que contenga esos principios en base al reconocimiento de los derechos humanos y a la distribución de los ingresos, mediante procedimientos equitativos y de proporcionalidad.

La teoría de la justicia de Rawls no puede sustentarse únicamente sobre el concepto de derechos de las personas, sino que es necesario contemplar como complemento de dicha teoría, deberes morales y obligaciones jurídicas que cada parte de la sociedad adquiere en relación con las otras partes, y conforme a la institución a la que pertenezcan.

El concepto de obligación no se puede sustentar solo en base a principios morales o éticos, sino que debe de fundamentarse en la existencia de una sanción que permita el equilibrio entre el deber de obedecerla y la desobediencia como un principio de libertad.

El breve catálogo de principios de la justicia que se señalan, carecen de unidad en un cuerpo legislativo, pues sus postulados se encuentran difusos en el texto de la constitución, por lo que es necesario su implementación en términos de coherencia para jerarquizar los valores de la justicia para su exacta aplicación.

La estructura de la constitución debe prever un sistema de reglas que obliguen a los órganos del estado a garantizar los principios de la justicia, no solo mediante omisiones de acción, sino de hacer, para lograr el equilibrio de la sociedad en bien de la justicia con libertad e igualdad.

“Pagar al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios”

Jesucristo

“La justicia es el arte de lo bueno y de lo equitativo y su ejercicio corresponde a los juristas y es un signo distintivo de todo Estado de Derecho”

Celso

“Todas nuestras ideas de las diversas clases de substancias no son sino reuniones de ideas simples, con el supuesto de algo a lo cual pertenecen, y en el cual subsisten; aun cuando acerca de ese algo supuesto no tenemos ninguna idea clara y distinta en absoluto”

John Locke

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO DUCTIL

“Los hombres nacen libres y permaneces libres e iguales en Derecho. Las instituciones sociales no puede fundarse más que sobre la utilidad común”

Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791

a) LEY, DERECHO Y JUSTICIA

El rasgo más notorio del Derecho Público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central, lo que es una novedad de absoluta importancia, porque comporta una consecuencia capital; al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público no puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible a priori, como sucedía cuando la orientación venía desde la soberanía del estado.

Hoy en día el significado del derecho constitucional debe ser construido para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis y encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un sector de ordenación.

Las sociedades pluralistas marcadas por una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, debe ser el material en una constitución democrática y esto

constituye una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, un compromiso de las posibilidades y no un proyecto rígidamente ordenado que pueda asumirse como un a priori de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo, sino que se tendrá una constitución abierta que permita dentro de sus límites, tanto la espontaneidad de la vida social, como la competición para asumir la dirección política, como condiciones para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática.

Para referir esas condiciones esenciales del derecho de los estados constitucionales actuales, el autor usa la imagen de la ductilidad. La cual consiste en la coexistencia de valores y principios sobre los que hoy debe basarse una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración, y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, que exige que cada uno de tales valores y principios se asuman con carácter no absoluto, compatibles con aquéllos otros con los que debe convivir.

El pluralismo de los valores y la lealtad en su enfrentamiento, son las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad que quiere ser y preservarse como tal y solo puede valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía, que deben ser plenamente salvaguardadas.

Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional, son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita, no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza, sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos.

La aspiración de las nuevas constituciones podría describirse en los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva, entre otros como:

La libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales.

La igualdad ante la ley y por lo tanto la generalidad del trato jurídico; también la igualdad y a la especialidad de las reglas jurídicas.

El reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también los derechos de la sociedad.

La valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos.

El rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas.

La responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles.

El siglo XX se ha distinguido como el siglo de un legislador motorizado en todos los sectores del ordenamiento jurídico sin exclusión de ninguno, y como consecuencia, el derecho se ha mecanizado y tecnificado y las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a éstos efectos distintivos del orden jurídico, mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria, incluso para el legislador y su objetivo es contener y orientar las

contradicciones de la producción del derecho, generadas por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo.

La premisa es obtener una noción del derecho más profunda, que aquella a la que el positivismo legislativo ha reducido.

Se da entonces la oportunidad de cifrar dicha novedad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores, sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio

El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, halle una conveniencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social, que puedan así, quedar fuera de toda discusión y ser consagradas en un texto disponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella.

La ley es la medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho y cede así el paso a la constitución y se convierte ella misma, en objeto de mediación.

La ley es destronada en favor de una instancia más alta y ésta asume ahora la importantísima función de mantener en unidad y en paz, a sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales, que era inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica y en la nueva situación, el principio de la constitucionalidad, es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.

La teoría de los derechos públicos subjetivos tiene un significado histórico que quedó plasmado por una parte en la Declaración de Independencia Norteamericana que fundamentó la soberanía de los derechos por encima de la constitución y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre que postuló a los derechos como simple pretensión y su desarrollo se haría conforme a lo establecido por la ley.

Las concepciones de los derechos corresponden históricamente con las tres corrientes del pensamiento político moderno: el liberalismo, el socialismo y el cristianismo social.

Todos los derechos del hombre se sitúan en dos grandes horizontes de la vida colectiva; ambos bastantes exigentes y no fácilmente dispuestos a ceder para dejar su sitio, horizontes que han de tenerse en cuenta para comprender esas declaraciones de derechos, pues existe un sector del derecho constitucional, donde el análisis exclusivamente juspositivista resulta estéril; ese es precisamente el de los derechos.

Han predominado en la determinación de los derechos, dos grandes corrientes del pensamiento político; el humanismo laico que preconiza los derechos en base a la autoridad del estado y la subordinación de los mismos a la ley; y el humanismo cristiano que vincula la existencia de los derechos como esencia natural del hombre, antes de la existencia del estado y como consecuencia de la ley.

Debe tomarse en cuenta también las aportaciones del manifiesto del partido comunista en el cual, el derecho y los derechos no podrán ser otra cosa que elementos secundarios de la lucha de clases y en ese aspecto el derecho constitucional tiene una concepción fiduciaria.

Las tres corrientes del pensamiento político ponen a los derechos en relación con dos valores que aparecen inevitablemente vinculados a ellas, pero cuya coexistencia está lejos de ser pacífica: la libertad y la justicia. Ambas concepciones pueden hablar en nombre de la dignidad del hombre, pero mientras para la primera la naturaleza digna consiste en la libertad, para la segunda consiste en la justicia.

Los derechos orientados a la libertad tienen límites específicos que se determinan por la libertad de los demás, lo que se sostiene tanto en la Declaración Norteamericana de 1779 como en la Declaración Francesa de 1789, estableciendo que la ley no tiene atribuida otra competencia más que la de establecer los confines entre los distintos grupos de derechos de cada sujeto político.

El derecho a la justicia no es definido con precisión y contrariamente a lo que se piensa, es uno de los más desarrollados en la actualidad ya que se enderezan a un orden positivo verdadero y justo, como la defensa de la naturaleza frente al consumo incontrolado de sus recursos o la defensa de la vida en su estado natural frente a las manipulaciones de la ingeniería genética.

El discurso debe centrarse directamente sobre la justicia, es decir, sobre los principios que determina el orden objetivo, para concebir que en las constituciones se fundamenten nuevas aspiraciones para definir otros parámetros de justicia en las relaciones humanas, como por

ejemplo el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, los que no están definidos con precisión y si a ello se agrega la carente efectividad de los tribunales de justicia ante el reconocimiento de posibles derechos de ese tipo, se deriva una falta de planificación pública en sectores estratégicos para la vida y los intereses colectivos, como la política energética, la adopción de medidas para la determinación de residuos u otras similares.

Si se destaca como primer rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo a las declaraciones de los derechos, el autor contempla un segundo rasgo que consiste, en fijar en las normas constitucionales, principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico y esto daría una nueva concepción del estado de derecho.

Los principios de justicia material están previstos en la constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir, no como un cuadro estático con vista al pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El estado no está llamado solo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y la de los sujetos privados.

Los principios de justicia material son un conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles. Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades.

Esta nueva concepción de la justicia material reenvía al sujeto humano, a sus condiciones espirituales y materiales, lo que encuentra dos grupos:

Uno: La valoración de la legitimidad del estado, que se traduce en una acción propiamente política dirigida al cumplimiento de una obligación jurídica.

El otro: Determina la imposibilidad de reducir el orden justo a los derechos, pues el postulado de la-justicia pertenece a un "ethos" dominado por deberes, no por los derechos individuales, por lo que no puede pretenderse a la justicia y pensar en construirla solo sobre los derechos rechazando los deberes, ya que quienes han pensado en la constitución como ordenamiento de la justicia y no como ordenamiento de la libertad, no han invocado una declaración de derechos, sino una declaración de deberes constitucionales .

La aspiración constitucional a un orden justo hace que la dominación del deber, de ser simple reflejo o la otra cara de los derechos, pase a convertirse en un elemento autónomo propiamente constitucional y de esa manera la vida colectiva desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es solo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia, que imponen deberes, lo que lleva a una reducción de la justicia a la ley.

Cuando todos los componentes de la sociedad puedan participar en la elaboración de la constitución, se reduce la posibilidad de que el fundamento de la justicia en el orden jurídico, sea una cuestión prejurídica, carente de relevancia propia desde el punto vista interno del derecho vigente.

La separación de los derechos y la separación de la justicia es de gran relevancia para hacer una distinción estructural de las normas jurídicas entendidas como algo que debe ser o

producirse, algo que el hombre debe comportarse de determinada manera y debe hacerse una diferenciación del concepto de regla y el de principio, para hacer una distinción entre la regla como norma, y la norma como principio.

Las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello distinguir los principios de las reglas, implica distinguir la constitución de la ley. La distinción se presenta como sigue:

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinada situación específica prevista por la regla.

Los principios nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que aparecen indeterminadas; generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo, o de disenso y repulsa, hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto.

Las normas principio carecen de supuestos de hecho y por lo tanto no pueden ser utilizadas en la operación lógico jurídico para su aplicación; en cambio las normas regla son mecanismos que se han diseñado para la aplicación de las normas principios y a ellas les es aplicable el método de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador, para que a través del análisis deben ser entendidas en su esencia de acuerdo con sus formulaciones.

Para dilucidar el concepto de la norma regla y la norma principio, es importante determinar la diferencia entre la constitución que es la ley de la concordia y la ley constitucional que son esencialmente leyes de la discordia.

Es decir, la constitución como norma principio tiene un origen político en el cual las concepciones del pensamiento jurídico de los derechos y de la justicia encuentran compromisos satisfactorios en un conjunto. En cambio la ley constitucional es una derivación de la norma principio que da seguimiento a sus postulados para su aplicación.

El significado normativo de los principios tiene un doble alcance; si se sostiene desde el punto de vista que el derecho solo es función de la voluntad y por lo tanto es soberana, puede ocurrir que ésta voluntad haga plausible justamente, lo que la razón teórica ha excluido.

Por otra parte la idea de que la realidad carece de valor en el plano teórico, debe ser sustituida por la de su plenitud de valor en el plano dogmático, si el ordenamiento jurídico así lo ha querido, y eso es, lo que sucede en los ordenamientos jurídicos en los que rigen las normas desde el principio.

Según el pensamiento iusnaturalista el paso del ser, al deber, resulta posible porque se asume la justicia como valor y representa el máximo imperativo de la norma primaria presupuesta, de la que se deriva cualquiera otra normatividad.

Las doctrinas del derecho natural, por tanto, no desmienten en absoluto la separación positivista, como tampoco que su deber se derive del ser, pues la justicia que deba ser realizada

no es en absoluto un hecho, sino un valor, aunque tal vez sea el más obvio o menos controvertible de los valores.

Conforme a la doctrina positivista el derecho no puede considerarse como una ciencia práctica y con esto se hace referencia a los fundamentos mismos de la visión que los juristas tienen de su actividad y esa visión tiene un significado que puede aclararse partiendo de la distinción Aristotélica que hace entre las ciencias.

Las ciencias teóricas son aquellas en las que el hombre se done en relación con el mundo que no cambia, como son las ciencias de la naturaleza y de lo divino.

Ciencias prácticas son aquellas que tienen como ámbito material lo que, pudiendo ser de un modo o de otro, está comprendido en el radio de influencia de la acción humana.

El objetivo de las ciencias teóricas es el conocimiento; el de las ciencias prácticas es la acción.

La razón final de las ciencias teóricas es poner a la razón en contacto con la verdad; en las ciencias prácticas ponerla en contacto con el actuar.

De esa manera la función de las ciencias prácticas consiste en conducir el actuar y por tanto la voluntad que lo mueve al dominio de la razón; es decir, en determinar las condiciones de un uso de la voluntad conforme a la razón: Su presupuesto es, que la reflexión racional tenga algo que decir sobre la orientación de la acción y ésta es la que se denomina razón-práctica.

El dualismo positivista asume una posición negativa en toda la línea y afirma el carácter contradictorio de la conexión misma entre ciencia y praxis: o es ciencia y entonces al no tener nada que ver con la voluntad no es práctica; o es voluntad al no tener nada que ver con la razón no es ciencia; esta cuestión tiene pleno sentido para el iusnaturalismo que puede aferrarse a una realidad cuya verdad puede conducir a la obligatoriedad, a través de la justicia.

El derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad, pero para su nueva concepción estaríamos en presencia de una perspectiva parcial que ignora la otra, que consiste en la dimensión de los principios como criterios de valor de la realidad.

La naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se ocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad, conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento calificativo del mismo.

La jurisprudencia que se cierra al conocimiento de esta valoración más amplia de las normas, que indudablemente abre el camino a una visión de sociología jurídica, condena a la amputación de una parte importante de la función de garantía del derecho, en un ordenamiento determinado por principios.

El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte, ya que expresan importantes y muy valorados conceptos como la

igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona, la dignidad humana, pero el contenido de éstos conceptos es de inagotable discusión y deberían constituir una suerte de sentido común del derecho y el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico es la condición para resolver los contrastes por medio de la discusión.

La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos, hace que no pueda existir una conciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. La concordancia práctica o el balance entre los bienes jurídicos, dirigido por el principio de proporcionalidad, entra dentro de éste enfoque y quizás la-única regla formal de la que se pueda hablar, sea la de optimización posible de todos los principios, lo que resulta ser una cuestión eminentemente práctica.

El derecho por principios de valor, constituye una relativización de la ética y en la época del pluralismo no significa renunciar a tener una visión ética del mundo, sino que significa considerar que la supervivencia del mundo es condición necesaria para la realización del propio proyecto ético.

De ahí resulta que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista; una característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores y prueba de ello, es la tendencia más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, para concebir, como un todo, contenido de las constituciones, además de los derechos fundamentales, declaraciones de valores, que en equilibrio con otros sustenten una nueva concepción del derecho y de la justicia. (Zagrebelky, 1995)

ANALISIS DE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO DE LA JUSTICIA

"La primera condición del estado fuerte es la fe del pueblo en la justicia".

Piero Calamandrei

El artículo 17 de la Constitución actualmente reza, entre otras partes las siguientes....” Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia, por tribunales que estarán expeditos, para impartirla en los plazos y términos que las leyes establecen emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio debe ser gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales...”

El precepto constitucional contiene principios que destacan el derecho a la justicia, como un derecho de libertad e igualdad; que los tribunales tienen la obligación de impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, lo que implica la exacta aplicación de la ley con prontitud; que las resoluciones que dicen deben ser conforme a la ley que se aplica en forma completa, es decir, no solo legal sino también con justicia; que la actividad que realicen los jueces debe ser imparcial, es decir, sin sujeción a influencias externas o superiores y que como servicio, debe ser permanente, con certeza, objetividad e informada.

De ello se infiere que las leyes Federales y Estatales tienen el deber en todo momento de garantizar no solo la independencia de los jueces, sino la plena ejecución de sus resoluciones para que la justicia sea completa.

Así se contempla a la justicia no solo como un derecho individual de libertad o igualdad, sino que tiene una proyección social que lleva al constitucionalismo a una era moderna, en la cual la justicia es el resultado del ejercicio de las libertades públicas que actúan conjuntamente en la sociedad y que encauza el comportamiento de los individuos con responsabilidad de exigir, y de dar como necesidad de recibir lo que vale, lo que merece o lo que le pertenece.

La justicia como derecho fundamental y como principio jurídico no descansa solo sobre la preexistencia de un mero derecho, sino que constituye un derecho como necesidad de actuar frente a otro y también como deber de los poderes públicos de garantizar a todo individuo el ejercicio pleno de sus derechos. Como derecho y deber la justicia debe hacer realidad el contenido de la ley no solo formalmente, sino atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso sometido a la jurisdicción de los jueces y estos pondrán en movimiento todos sus poderes cognoscitivos sobre el derecho y atenderán mediante interpretaciones, los valores de la justicia en base a una norma suprema que los postula, a valores éticos y morales y atendiendo a la realidad social que influye en su determinación.

a).- ACEPCIONES

La justicia es un ideal supremo que consiste en una voluntad firme de dar a cada quien lo que le pertenece, y resulta difícil de concretar en una realidad permanente.

Justicia y derecho, que deben ser términos sinónimos, no lo son en los hechos y a veces en la apreciación común, el derecho deja de ser justo por impulsos motivados en la realidad ambiente.

Existe una apreciación subjetiva que se tiene de la justicia y que ha tenido en todos los tiempos; la justicia es un ideal de la verdad y tiene como ésta en la apreciación de los hombres, distintos prismas, por lo que resulta imposible encuadrarla en una ley física inmutable.

La justicia es un producto de la naturaleza humana sujeta a cambios de opinión y de diversas apreciaciones de los fenómenos jurídicos y así se pueda decir que la justicia es: La bigamia de los pueblos mahometanos Justicia es el delito de bigamia en los pueblos cristianos. Justicia es esclavitud, y: Justicia es la libertad plena del individuo.

La justicia en términos abstractos, como todos los conceptos superiores al humano, presenta diversas interpretaciones, como tantas sean las corrientes del pensamiento que la conciben; San Agustín con un carácter teológico la define como amor al sumo bien o sea a Dios.

Platón la basa con un criterio racionalista, en la actuación del propio obrar.

Justiniano le da un acento exclusivamente jurídico.

Para Escriche la justicia moral es lo abierto del ánimo de dar a cada uno lo que es suyo; justicia civil, lo abierto de conformar nuestras acciones con la ley.

La justicia moral es una virtud, pues consiste en una voluntad firme y constante; en cambio la justicia civil puede no serlo pues pesa y es tomado por justo lo que se arregla en sus acciones externas a la ley, aunque no tenga la voluntad constante de hacerlo.

En el hombre hay justicia civil, siempre que pueda decirse que su conducta no es contraria a lo que disponen las leyes, cualquiera que sea el motivo que la hace obrar con rectitud, pues en el fuero externo nadie es castigado por sus pensamientos.

La justicia considerada como el poder de hacer que se ejecute lo que es justo, era representada entre los antiguos bajo la figura de una matrona con ojos vivos y penetrantes, para manifestar que los jueces deben examinar con toda exactitud los negocios que se les someten, antes de pronunciar su sentencia.

En la época moderna se le representa con una venda en los ojos, con una balanza en la mano y una espada en la otra, para denotar que obra sin distinción de personas, que examina y pesa el derecho de las partes y que tiene la fuerza para llevar a efecto sus decisiones y hacer reinar el orden.

También por justicia debe entenderse al poder judicial; la justicia equivale a jurisdicción, es decir que la justicia se imparte en el nombre del estado y hacer justicia significa un proceder según la ley o razón, prescindiendo de consideraciones personales, amenazas presiones, gratitud y cualquier circunstancia o motivo que empañe la serenidad del que juzga y la imparcialidad de su fallo. (Cabanellas, 1962)

La justicia, que a su vez proviene de "just" que significa lo justo, tiene una dimensión jurídica que permite aceptar la definición de Ulpiano, como la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo, porque además esa definición contempla a la justicia como una virtud moral,

la que supone un discernimiento acerca de lo que es-suyo, de cada quien. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004)

Este discernimiento corresponde propiamente a la jurisprudencia, o prudencia de lo justo, que es una virtud propia del entendimiento y así se suele aceptar que la justicia es una virtud intelectual de discernir entre lo que es suyo, de cada quien, en la forma en que Rafael Preciado Hernández la trata como un criterio ético. (Preciado Hernández, 1967)

Para éste breve estudio interesa, que el derecho es la ciencia que tiene como objeto el de discernir lo justo de lo injusto y no le interesa tratar a la justicia como una virtud moral o de la voluntad, que son contenidos éticos y de las ciencias de la educación, sino tratar los criterios conforme a los cuales es posible realizar ese discernimiento, lo que cae como objeto de la jurisprudencia, que es el derecho.

Interesa, de la discusión que hacen los doctrinarios, si a justicia es o no el fin propio del derecho, pues lo importante es contar con criterios objetivos que sean independientes de la voluntad del legislador o del juez, para conocer lo que es justo o injusto en situaciones concretas, pues en su sentido amplio la justicia tiene un fundamento ontológico, objetivo, del "suum" de cada persona, y así puede afirmarse que es suyo, de cada persona, su cuerpo y su espíritu, potencias y facultades y todos los actos que realiza con conocimiento de causa y voluntad libre, derivándose de dicha acepción dos criterios que atiendan a determinar lo que es de cada quien.

El principio de imputabilidad, es decir de atribución de consecuencias.

El principio de responsabilidad que indica acatarlos.

Para Kelsen resulta difícil separar el concepto del derecho de la idea de justicia y dice:

"Justicia es en primer lugar una cualidad posible, pero no necesaria, de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres. Solo secundariamente es una virtud humana ya que un hombre es justo si su conducta se adecúa a las normas de un orden social supuesta mente justo". (Kelsen, 1993)

Eduardo García Máynez, participa de la idea Aristotélica de que la justicia consiste en dar un tratamiento igual a los iguales y un tratamiento desigual a los desiguales, y reconoce que en todos los hombres hay una igualdad esencial por lo que por justicia, todos tendrían iguales derechos en tanto seres humanos.

Para reconocer las diferencias jurídicamente relevantes, García Máynez considera que deben tomarse en cuenta los criterios de necesidad, capacidad, dignidad o mérito y esas diferencias se reconocen por medio de juicios objetivos de valor hechos en atención a casos concretos, cuyo alcance luego se generaliza para otros casos análogos.

La justicia como criterio racional de lo justo y lo injusto, de naturaleza estrictamente jurídica suele dividirse en tres grandes clases: la justicia legal, la justicia distributiva y la justicia conmutativa.

La justicia legal o general se refiere a las relaciones de la sociedad con los individuos desde el punto de vista de lo que éstos deben a ella y en ese ámbito se incluyen tanto las cuestiones sobre lo que los ciudadanos deben a la sociedad, así como los deberes de los gobernantes con la sociedad, que se traducen en realidad y promoción del bien común.

Es la justicia legal la que interesa analizar como derecho fundamental de toda persona y como deber de los órganos del estado.

La justicia distributiva regula la participación a que tiene derecho cada uno de los ciudadanos y al igual que la justicia legal, mira la relación entre sociedad e individuo, pero lo hace desde el punto de vista de lo que el individuo puede exigir a la sociedad, es decir el derecho a una repartición justa de las cargas y el derecho a satisfacer sus mínimas necesidades.

La justicia legal y la distributiva tienden a conseguir una igualdad proporcional, es decir a tratar desigual a los desiguales y se expresan mediante relaciones de subordinación.

La justicia conmutativa rige las operaciones entre las personas que se hallan en un plano de igualdad como las de cambio o las contractuales y atiende al criterio de igual para los iguales.

La nueva concepción del derecho incluye otra especie de justicia, que es la que mira a la repartición de la riqueza y que también se refiere a las relaciones contempladas por la justicia legal y la distributiva, que es el concepto de justicia social que trataremos posteriormente. (García Máynez, Filosofía del Derecho, 1982)

Francesco Carnelutti (1977) se refiere a la justicia como un algo estrechamente ligado al "sum" de cada persona y dice:

"No vive honestamente sin perjudicar a otro quien no atribuye a cada uno lo suyo; cada uno debe tener según lo que vale, esto es cuanto merece tener y para eso es justo que cada uno tenga lo suyo, lo que merece tener; por ello derecho y justicia son aspectos de la misma cosa: mi derecho es lo que me corresponde según justicia".

El concepto de la justicia dejó atrás el predominio de la fuerza para dar paso a la concentración de un poder que tiene a su cargo imponer el orden.

La sociedad moderna incorporada a la vivencia de lo jurídico, estructura un derecho individual que es el de la justicia que tiene proyecciones y contenidos sociales, para concebirla como un valor y a su vez con elementos jurídicos que garanticen su ejercicio.

La justicia que se sustenta como derecho, tiene como base un valor fundamental que es la libertad ejercida por cada individuo con igualdad; es un estilo de vida; es la voluntad para entenderse con todos los hombres, en todas las horas y en todos los lugares.

b).-LA JUSTICIA COMO DERECHO INDIVIDUAL, DE LIBERTAD E IGUALDAD

El derecho positivo es el derecho del legislador, es el derecho del estado que postula el deber, independientemente de que pueda considerarse justo o injusto y está provisto de un elemento externo que es la coacción para lograr su cumplimiento.

Para Norberto Bobbio (1965) el derecho positivo como posición de la ciencia jurídica puede planificarse como una teoría, una ideología o como un modo de acercarse a la ciencia del derecho.

Como teoría, es la formulación de un sistema jurídico por el poder del estado que es capaz de ejercitar la coacción.

Como ideología, el positivismo jurídico no debe entenderse únicamente como una voluntad dominante de ser justo, o bien como conjunto de reglas impuestas por el poder y que el elemento de fuerza sea el que le dé existencia, sino que debe entenderse como reglas que tienen fines deseables como el orden, la paz, la certeza y en general la justicia legal, partiendo de la base que para su obediencia llevan implícito un deber moral como obligación interna o de conciencia, que es debida al respeto a la ley y no por temor a una sanción como forma de acercarse a la ciencia jurídica.

Bobbio concibe al derecho, como una actitud que contempla elementos finalistas como son la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos-de libertad, la promoción del bienestar y con ello integrar, mediante interpretaciones que hacen los jueces y los juristas, todas las normas que emanen de los órganos provistas de coacción.

Los derechos humanos no son producto de un orden jurídico, no los crea ni los establece, solo los reconoce pues son persistentes a todo orden social y la constitución simplemente los supone; no los enumera, sino que en base a una relación sociológica varía su desarrollo y se ejercen por la

persona en el seno de una comunidad y va conforme a ese desarrollo, estableciendo garantías para su libre ejercicio.

Los derechos desde la época primitiva hasta nuestro tiempo no han sido ni más ni menos en número, ni más o menos extensos, sino que son inmutables, inalienables conforme al proceso histórico de la existencia y reconocimiento de los derechos del hombre.

José María Lozano (1980) clasifica a los derechos humanos en muy pocas palabras: libertad, seguridad, propiedad e igualdad.

La libertad consiste en la falta de traba o depresión, que nos deja enteramente dueños de nuestros propios actos; en un sentido general es la facultad de hacer o de no hacer aquello que en voluntad nos venga; entre esos derechos se pueden referir el libre tránsito, enseñanza, libertad de trabajo, manifestación de las ideas, el de petición, el derecho de asociación.

La igualdad no es por si una garantía y su importancia depende de la relación que guarde con la ley; la igualdad es general y común en todos los hombres indistintamente; es el derecho de todo ser humano a ser juzgado-por unas mismas leyes que constituyan el derecho fundado, sobre reglas generales y no de privilegios y consiste en la admisibilidad de todos salvo, diferencias a que natural y necesariamente han de dar lugar, las de los talentos y virtudes personales.

El constitucionalismo de la era moderna permite apreciaciones de valores éticos y morales que han demostrado las aspiraciones de la ilustración, para que se garanticen a todas las personas

el firme goce de sus derechos naturales y civiles, por ser indispensables que los derechos del hombre sean regulados como garantías. (Duarte & Montiel , 1983)

La constitución es el orden jurídico superior que organiza el orden político y a los derechos humanos, que reconoce las libertades fundamentales de toda persona.

Ese orden jurídico contiene limitaciones al ejercicio del poder político y además garantiza mediante prácticas jurídicas el disfrute de los derechos humanos y procura que toda persona se desarrolle y logre su engrandecimiento en libertad, con seguridad e igualdad, que le propicien el bien común, la justicia y la fraternidad.

La nueva dimensión de todo orden jurídico constitucional comprende las circunstancias que la vida social y económica requieren y destaca entre las garantías jurídicas, no solo el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo que se mencionan anteriormente, sino que abre la posibilidad para que dejen su posición individualista y enderecen sus contenidos hacia el mundo de la plenitud jurídica y de la dimensión del hombre.

La justicia es entonces un derecho individual de libertad que permite a cada persona exigir lo que le corresponde y es un deber de dar a cada quien lo que merece; también es un derecho de igualdad según la posición en que se encuentre, frente a otra persona, frente a la comunidad o bien ante los órganos del estado.

La justicia es el resultado del ejercicio de esos derechos que conjuntamente actúan en la sociedad y habrá de reconocerse en todo orden jurídico, no solo como un valor, sino como un

principio fundamental de la ciencia jurídica, pues de no admitirse en su plenitud, se estará negando la convivencia armónica a que toda persona aspira y que solo puede lograrse por el derecho y garantizarse por el estado.

c).- COMO DERECHO Y DEBER

“Si acaso doblaras la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia “

Miguel de Cervantes Saavedra

El derecho a la justicia no puede contemplarse como uno puramente individual que tiende a exigir por cada persona lo que es suyo, sino como una necesidad, como deber de dar lo que es debido, lo que la otra vale, lo que merece, por lo que su estructura emerge del ejercicio de la libertad como un derecho de hacer lo que nos parezca más aceptable y del de la igualdad como un derecho de toda persona para ser tratado como igual por los iguales y desigual por los desiguales y de ser juzgado por una misma ley que se sustente en reglas generales, sin prejuicios, salvo las diferencias, a que necesariamente se den lugar y con ello cobra vida el derecho de exigir, de los órganos del estado que se dé lo que le corresponde como suyo a toda persona, y a la vez que se le imponga por aquél como sanción, el dar lo que debe, lo que merece cada quien, al conjunto de la sociedad en que se desarrolla.

Desde esa posición, se entremezcla el derecho natural y el derecho positivo como fundantes de los derechos del individuo y en opinión de Mauricio Fiorovanti existen tres modelos que fundamentan las libertades en el plano teórico doctrinal:

El historicista que sitúa las libertades en la historia y las sustrae de las posibles intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos.

El individualista que fija la relación de una persona frente a otra, lo que hace suponer una dualidad de libertades; y

El modelo estatista que destaca que el estado es algo más que un instrumento necesario de tutela: es la condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean alumbradas como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos.

En ese modelo se comprenden los llamados derechos sustantivos o materiales que generan un control interno de tipo horizontal no sólo por el orden jurídico, sino de los poderes y órganos que la misma constitución prevé; y otros derechos fundamentales que considera secundarios, entre los que hace notar el derecho a la justicia, como es el de acudir a los tribunales para que mediante una justicia procesal implementada por mecanismos y procedimientos lleguen a ser efectivos los derechos sustantivos o materiales.

El modelo historicista da cuenta de que existen derechos fundamentales que son la máxima expresión de los valores consagrados por una organización jurídica política y por la constitución, y de éstos se toma como un valor en un orden metodológico de segundo grado el derecho a la justicia como condición para realizar los derechos sustanciales o materiales, como la libertad y la igualdad. (Vega Hernández, 2003)

Así de la trilogía de Zagrebelsky (2004) de ley, derechos y justicia se advierte la importancia de ésta última como valor supremo y como garante de la ley y de su efectividad.

El derecho a la justicia no es simplemente un derecho que implica la posibilidad de obtener de los demás y de los órganos del estado lo que le corresponde, sino que es un deber de toda persona de dar lo que es debido, así como es para los órganos de autoridad un deber, deber supremo de hacer cumplir, de proteger y dar efectividad a un derecho individual.

El deber de dar justicia encomendado por el orden jurídico a los órganos del estado que tienen a su cargo la aplicación de la ley, no debe contemplarse como una fija abstracción, sino como una infinita multiplicidad de modos de realizarse porque se presta a ser adecuada a las características propias de los casos a decidir y atender a una multiplicidad de connotaciones que los caracterizan concretamente y ese deber exige que esos principios aplicados a la justicia, sean abiertos a la comprensión de sus-especificaciones.

Se quiere decir que la justicia no puede ser medida solo por una norma positiva, ejercida a través de juicios de equidad y mediatos, sino que debe ir hacia una norma ubicada hacia arriba, es decir encauzada a los principios de la justicia, como también debe ir en pos de la igualdad, ir a los hechos en su efectividad y elevar como motivo de validez o invalidez, a la norma jurídica que es una condicionante de su alcance.

Esta concepción de la justicia plantea que un órgano del estado sea el encargado de dar justicia; el que va a juzgar la legitimidad de la ley en base a parámetros externos al ordenamiento existente y que le corresponde a través de una interpretación renovadora y evolutiva, juzgar las

certezas normativo positivista en los cuales se quiera reconocer ese valor supremo que es la justicia.

Guillermo Federico Hegel, (traducido en 1987) al referirse a la existencia de la ley dice: "Este reconocimiento y ésta realización del derecho en el caso particular, sin el sentimiento subjetivo del interés particular, concierne a un poder público, al Magistrado; la administración de la justicia se debe mantener tanto como un deber, cuando como un derecho del poder público, el derecho encuentra su satisfacción en la confianza de la subjetividad de los que resuelven; esta confianza se funda especialmente sobre la igualdad de las partes ante aquéllas, según su particularidad, su clase.

El tema de la justicia debe tener una concepción renovada que surge de la necesidad de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de toda persona y comienza a ser tratada como un derecho fundamental para exigir lo que a cada quien corresponda y substancialmente la justicia se refiere a la aplicación de la ley por los tribunales y al ejercicio de los derechos procesales como derechos básicos que sustentan una noción filosófica de la justicia en su aplicación y en su modo de ser, protegiendo al ser humano en sus valores fundamentales reconocidos en el orden jurídico supremo, para reafirmar el carácter protector de la norma constitucional con el acento de los tiempos modernos que son las libertades individuales.

El derecho a la justicia se descompone a la vez en diversas garantías como normas principio que regulan la prontitud, gratuidad, especialidades de tribunales, no retroactividad de la ley, y elimina toda posibilidad de venganza privada y tiende a que la justicia sea completa, que su realidad se conforme con la interpretación que los jueces hagan de la legalidad judicial,

conforme a la lectura de la ley y a su interpretación, o bien atenerse a los principios generales de derecho que se contemplan en todo orden jurídico entre los que predomina como valor supremo la justicia, no solo como un ideal, ético y moral, sino como concepción estrictamente jurídica. (Carbajal, 2001)

El derecho de la justicia como derecho de libertad de exigir y de dar y de igualdad de ocurrir a los tribunales, fue concebido tradicionalmente como un derecho individual, pero la tendencia a la socialización del derecho no como una teoría, sino como un modo de acercarse a la ciencia jurídica que está presente en nuestro tiempo, ha dado una protección a la justicia con un contenido social, para que efectivamente se lo que la justicia natural o real y no únicamente la formal que postula una regla jurídica.

El derecho de acudir a la jurisdicción del estado se ha convertido en un verdadero derecho a la justicia entendida como un valor social en el que deben de contribuir como fundamento de su realización, la libertad del individuo y la igualdad, como presupuestos razonables de su eficacia.

El derecho a la justicia como un valor social exige de la jurisdicción del estado como presupuesto indispensable, un proceder de dar por los órganos encargados de aplicar la ley y éste proceder de dar del estado es un deber que el orden jurídico constitucional le impone con características de especialidad y de prontitud, como condiciones razonables que logre el equilibrio que debe existir entre lo deseable y el tiempo suficiente para que toda persona logre su bienestar.

Otra condición de la justicia como deber de los órganos del estado es su independencia que tiene su fundamento en el principio de la división del ejercicio de los poderes que garantiza la actitud leal de que los jueces actúen sin injerencias indebidas de otros órganos de autoridad.

También los jueces tienen deberes como condiciones de la justicia, como el de actuar con imparcialidad lo que tiene un alto significado de carácter subjetivo, un modo de actuar de la voluntad de una persona sin sujeción a influencias externas y que le permiten determinar lo que es dado a cada quien y lo debido por cada persona.

Ese conjunto de condiciones como meros deberes estructuran el derecho de la justicia para ser impartida por la jurisdicción estatal fundamentada en los derechos de libertad y de igualdad.

(Cámara de Diputados, 2003)

ENCUADRAMIENTO DEL DERECHO DE JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

a).- PROCESO HISTÓRICO DEL ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION.

La historia del derecho en México previo como valores fundamentales la libertad, la seguridad y la justicia, unos a través de otros; antes de la era constitucional existen antecedentes históricos de gran relevancia como los Elementos Constitucionales de Ignacio Rayón donde se previó que el Poder Judicial es uno de los órganos de gobierno, dándose así la máxima dimensión al ejecutor de la justicia, en los términos que se contempla actualmente.

En los sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón se mencionó que el Poder Judicial, era una de las relaciones del gobierno al modo de la Teoría de Montesquieu y ese documento impulsó la Constitución de Apatzingán que define los actos públicos en tres formas:

“Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares”, ésta última referencia está dispuesta a los actos judiciales. (Carbajal, 2001)

En la Obra Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, se refiere como derecho de todo individuo, el acceso a la jurisdicción, que se traduce en la obligación que tiene el estado de instituir la administración de justicia como servicio público, y menciona diez antecedentes históricos de carácter constitucional en relación con la justicia: (Cámara de Diputados, 2003)

La Constitución Política de la Monarquía-Española de 19 de marzo de 1812 estableció: "que la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, pertenece a los tribunales".

- El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 22 de octubre de 1814 determinó: " que en el Supremo Tribunal de Justicia, no se pagarán derechos".

- El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822 contiene: "la facultad de aplicar las leyes a los casos particulares que se convierten en juicio, corresponde exclusivamente a los tribunales elegidos por la ley".

- La base séptima del Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana de 16 de mayo de 1823 -estableció:" los individuos de la nación mexicana no deben ser juzgados por ninguna comisión. Deben serlo por los jueces que haya designado la ley. Tienen derecho para recusar a los que fuesen sospechosos; lo tienen para pedir la responsabilidad de los que demoren el despacho de sus causas; de los que no la substancien como mande la ley; de los que no los sentencien como declare. Lo tienen para -comprometer sus diferencias al juez de árbitros o arbitradores". (Carbajal, 2001)

El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 31 de enero de 1824 contiene: " todo hombre tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia".

El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 16 de junio de 1856 previó: " nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia".

El Artículo 17 de la Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857 estableció: " Nadie puede ser preso por deudas de un carácter pura mente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales".

El Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 10 de abril de 1865 determinó: " la justicia será -administrada por los tribunales que determina la ley orgánica". (Tena Ramirez, 2005)

El Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza de 10 de diciembre de 1916, determinó: "Nadie puede ser preso 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, y su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

El Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su texto original recogió no solo el carácter individual como derecho, sino como obligación de los tribunales para administrar justicia según se establece en su propio texto:

"Art. 17. Nadie puede ser apresado 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".

El Artículo 17, fue adicionado con tres párrafos mediante reformas hechas por el constituyente de 25 de febrero de 1987, y el 17 de marzo del mismo año, para quedar como sigue: (La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014)

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

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

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

A).- LA FUNCION DE LOS JUECES“

El Abogado busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otras armas que las de su saber”.

Ángel Osorio

El precepto constitucional contiene principios que destacan el derecho a la justicia, como un derecho de libertad y de igualdad y contempla como obligación, que los órganos del estado, de

acuerdo con las leyes federales y locales garanticen la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La justicia en México a partir de 1917 tiene una orientación sociológica que permite concebirla como un derecho de libertad unido a un mundo de oportunidades que tienda un máximo desarrollo de control humano, sobre la naturaleza externa o física hecha posible, así como a un máximo de control sobre la naturaleza interna de toda persona .

La justicia social, es la justicia de la civilización que tiene como ideal utilizar el poder de la sociedad políticamente organizada, para liberar la humanidad de la pobreza, el miedo y la frustración para que, mediante una teoría de valores y una definición de la justicia desarrollada por la razón a prueba por la experiencia, permita avanzar hacia una tarea práctica que permita a los hombres vivir juntos en comunidades políticamente organizadas como sociedad civilizada, con la guía de una idea activa, no como un ideal, sino como razón práctica, lógica o éticamente conveniente. (Pound, 1995)

La función de los jueces en los términos de la constitución, desarrolla todo un procedimiento sobre la administración de justicia como forma de interpretación de la norma de mayor importancia, que obliga al Juez no solo a realizar un proceso cognoscitivo, es decir de conocimiento de la ley que es una conciencia jurídica formal, sino que tiene que estar revestidas de las cualidades necesarias que lo hagan un conocedor de la conciencia jurídica material, como aquella que se vive como valores sociales y pragmáticos que inducen al juez a realizar una corrección respecto del significado de la ley.

El juez en su tarea para conseguir la justicia material o real como valor supremo del derecho, tiene a su alcance medios y procedimientos para hacerla eficaz.

Uno de esos procedimientos es la interpretación de la norma jurídica que descansa en la argumentación, como un proceso de discusión en el que se manifiestan todos los efectos posibles que están determinados por un número de conceptos y de presupuestos dados por el orden jurídico.

Esa potestad del juez de argumentación, puede concluir con dos formas de interpretación de la norma que son:

Una meramente objetiva que se basa exclusivamente en el contenido de la ley, sus expresiones, conexiones, contexto y sus relaciones para obtener lo que es correcto.

La otra de carácter subjetiva tiende a promover un proceso de evaluación en la que la voluntad del juez en base a principios de justicia, acercan la fuerza obligatoria del derecho derivado de la voluntad contenida en las palabras que integran una norma y a su vez el ordenamiento jurídico vigente.

Los jueces tienen garantías judiciales conforme a su desempeño que se radican en la independencia e imparcialidad de los órganos de la justicia como de sus integrantes y como consecuencia de sus resoluciones.

El principio de la división de poderes es la primera garantía de independencia que tienen los órganos judiciales; los jueces están sujetos a procesos de designación, estabilidad, remuneración y responsabilidad.

La misma constitución encarga al legislador local y federal establecer los medios para garantizar la plena ejecución de las resoluciones de los tribunales, que consisten, en que las autoridades ejercen un poder coactivo para dar cumplimiento a una resolución como expresión de la justicia material. (Roos, 1997)

Con el marco conceptual que se describe de naturaleza teórica, filosófica y jurídica, se puede tocar a estimar que la justicia no es un derecho secundario que descansa en los de libertad e igualdad, sino que debe determinarse como un derecho autónomo, con principios propios, fundamental, por ser la esencia del propio orden jurídico y es un valor social de toda persona, que consiste en un poder que el orden jurídico constitucional le reconoce para exigir de otro o de cualquier órgano del estado que realice una actividad jurisdiccional, que se de lo que es debido, lo que es de cada quien, lo que le pertenece, lo que le corresponda conforme a lo que establezcan las leyes aplicables en cada caso.

El Estado como condición jurídica esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, tiene el deber de impartir la justicia por tribunales establecidos conforme a las leyes, como un servicio público para toda persona en igualdad, mediante prestaciones materiales, económicas y jurídicas, en forma permanente e uniforme, que permita adecuación a las condiciones siempre cambiantes, que el medio social impone: que sean suficientes, dotados de los mayores avances tecnológicos que permitan su publicidad y conocimiento de sus actuaciones de tipo

procedimental con estricto apego a los principios de prontitud, gratuidad, especialidad, que elimine toda posibilidad de venganza privada, y que garanticen la no retroactividad de la ley.

Los titulares de los órganos de naturaleza jurisdiccional al impartir justicia, tienen el deber de actuar con plenos conocimientos de la materia que corresponda, e interpretar las leyes conforme a su letra fundamentada en los derechos de libertad e igualdad.

Tienen el deber de actuar con eficiencia, prontitud, especialidad e imparcialidad como modo de actuar que elimine toda posibilidad de sujeción a influencias externas y con responsabilidad legal, honestidad, profesionalismo y lealtad a la institución de la justicia, para que sea completa no solo como derecho fundamental, sino como valor social, y le permitan dar lo que es dado a cada quien, y lo debido por cada persona.

Es deber del estado, fomentar la profesionalización de la impartición de justicia, a través de un sistema de capacitación permanente, con escuelas e institutos que instituyan programas de estudios superiores a la licenciatura, y el acceso de profesionales de la ciencia jurídica para la impartición debe darse en aquellos que además de sus conocimientos tengan la experiencia suficiente en el ejercicio de la profesión, que hayan prestado sus servicios con eficiencia, probidad, honorabilidad y cuenten con antecedentes notorios en el ejercicio de la profesión jurídica, ser egresados de una escuela o instituto de capacitación jurisdiccional, cumplir con la evaluación aceptable para su desempeño y la edad necesaria, para acceder a una primera instancia.

Para el desempeño jurisdiccional, es deber de todo aspirante haberse desempeñado en la primera instancia por el tiempo que necesariamente se requiera, para acceder a un grado de mayor rango en los tribunales que impartan el deber de la justicia.

La constitución Federal y las Constituciones de los estados, determinarán el derecho de la justicia.

Las leyes que dicte el Congreso General y las Legislaturas locales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y capacitación permanente, así como la permanencia de quienes sirvan en la impartición d justicia.

“El Constitucionalismo en la era moderna permite apreciaciones de valores éticos y morales que han demostrado las aspiraciones de la ilustración, para que se garanticen a todas las personas el firme goce de sus derechos naturales y civiles, por ser indispensables que los derechos del hombre sean regulados como garantías”

Raúl Ángel Villarreal de la Garza

CONCLUSIONES

PRIMERA: El derecho o ciencia jurídica es un concepto científico como conjunto de conocimientos verdaderos y ciertos que estudian su organización y ordenan las relaciones humanas que son garantizadas por las normas jurídicas, logrando un concepto general en forma objetiva como conjunto de normas y preceptos imperativo-atributivos y además impone deberes y establece facultades.

No interesa una precisión del concepto Derecho como conjunto de reglas o un sistema jurídico, porque lejos de ser explicativo, implicaría una idea sin movimiento que no admite correcciones, cuando en realidad su propósito es avanzar en la vida jurídica proporcionando una estructura que de evolución al concepto para su mejor comprensión, con características específicas de ser una regla imperativa, general y que está provista de coacción para la aplicación de sanciones y en ese mismo concepto de derecho va implícita la idea de la justicia, como fin preponderante en todo orden social.

SEGUNDA: La constitución es una unidad jurídica absoluta por cuanto no surge de sí misma, sino que su validez estriba en su estructura normativa por ser un sistema de reglas cerradas que tuvieron su origen en decisiones políticas previamente existentes, que sustentan su razón de ser y está sujeta a procedimientos dificultados por un proceso de modificación en cuanto a los valores

de la justicia, la libertad y la seguridad jurídica, porque siendo la Constitución una ley suprema no puede suprimirse de ella sus valores que políticamente la fundamentaron y que dan forma a la unidad política estatal, su organización y funcionamiento.

Así la constitución en su concepto general, formal y escrita, es un conjunto de regulaciones específicas que se refieren a la estructura del estado como una unidad política, que determina su organización y funcionamiento y los derechos fundamentales de las personas.

TERCERA: La constitución es el orden jurídico primario; un conjunto de normas principio que tiene por objeto determinar la existencia del estado como una organización política, económica, social y jurídica; su forma de gobierno y regula el ejercicio del poder público a través de órganos a los que encomienda realizar funciones como la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, las que mediante un sistema de competencias, realizan todas las actividades para conseguir los fines que el propio orden jurídico se propone como el bien común, la seguridad y la justicia.

Reconoce la existencia de los derechos del hombre como calidades de toda persona, inmutables e inalienables, que constituyen una limitación al ejercicio del poder público como son la libertad, la igualdad y de su ejercicio emerge la justicia como un valor inherente a la condición del ser humano para tener lo que vale, lo que merece y dar a cada quien lo que le pertenece.

La justicia es un principio que los poderes públicos deben perseguir, no como algo estático, sino dinámico y abierto al futuro, que garantice el engrandecimiento de las personas y propicie su plenitud jurídica.

No puede sustentarse solo sobre el concepto de derechos de las personas, sino que es necesario contemplar como complemento, deberes morales y jurídicos que cada parte de la sociedad refiere en relación con las otras partes y conforme a la institución a la que pertenecen.

Requiere de una unidad legislativa por la que se habrá de implementar en forma coherente, tanto sus principios como los valores en que se sustenta y además garantizar esos principios y valores como deberes de dar y hacer para lograr el equilibrio de la sociedad, en bien de La justicia con libertad e igualdad.

México tiene proyección internacional con la constitución de 1917 que proclamo los derechos sociales que inspiraron en el concierto internacional la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, y como parte del conjunto de naciones impulsa la defensa y protección de los derechos humanos individuales, sociales y económicos.

CUARTA: El derecho de la justicia no es un concepto nuevo en la ciencia jurídica, pero si, se ha desarrollado un significado con proyecciones sociales, no solo como un valor subjetivo, ético y moral, sino que tiene elementos jurídicos que garantizan su ejercicio, para considerarla como un derecho preexistente derivado de otros, o secundario, de segundo grado, sino que es un derecho y un deber fundamentales que han de garantizar la plenitud del derecho.

Es un derecho fundamental que tiende a asegurar a toda persona, lo que vale, lo que le pertenece, lo que es de suyo propio como una exigencia frente a otra y frente a la comunidad.

Es un deber que impone la propia naturaleza a cada individuo de dar a cada quien, lo que le corresponde, como necesidad para lograr una convivencia armónica.

QUINTA: El dinamismo de la ciencia jurídica exige que la justicia deje de ser considerada como un derecho secundario que descansa en los de libertad e igualdad, sino que debe determinarse como un derecho autónomo, con principios propios, fundamental por ser la esencia misma del propio orden jurídico y es un valor social de toda persona, que consiste en un poder que la constitución le reconoce para exigir de otro o de cualquier órgano del estado que realice una actividad jurisdiccional, de dar lo que es debido, lo que es de cada quien, lo que le pertenece, lo que le corresponda conforme a lo que establezcan las leyes aplicables en cada caso.

SEXTA: Es deber del estado, como condición jurídica para el ejercicio de los derechos fundamentales, impartir la justicia por tribunales establecidos conforme a las leyes como un servicio público para todas las personas en igualdad, mediante prestaciones materiales, económicas y jurídicas, en forma permanente e uniforme, que permita adecuación a las condiciones siempre cambiantes que el medio social impone; que sean suficientes, dotados de los mayores avances tecnológicos que permitan su publicidad y conocimiento de sus actuaciones de tipo procedimental, con estricto apego a los principios de prontitud, gratuidad y especialidad, que elimine toda posibilidad de venganza privada, y que garanticen la no retroactividad de la ley.

SEPTIMA: Los titulares de los órganos de naturaleza jurisdiccional tienen el deber de actuar al impartir justicia, con plenos conocimientos de la materia que corresponda, e interpretar las leyes conforme a su letra fundamentada en los derechos de libertad e igualdad.

Tienen el deber de actuar con eficiencia, prontitud, especialidad e imparcialidad como modo que elimine toda posibilidad de sujeción a influencias externas y con responsabilidad legal, honestidad y lealtad a la institución de la justicia para que sea competente, no solo como derecho fundamental, sino como valor social, y le permitan dar lo que es dado a cada quien y lo debido por cada persona.

OCTAVA: Es deber del estado, fomentar la profesionalización de la impartición de justicia, a través de un sistema de capacitación permanente, con escuelas e institutos que impartan programas de estudios, seminarios y talleres superiores a la licenciatura, y el acceso de profesionales de la ciencia jurídica para su impartición debe darse en aquellos que además de sus conocimientos tengan experiencia suficiente en el ejercicio del derecho, que hayan prestado sus servicios con eficiencia, probidad, honorabilidad y cuenten con antecedentes notorios en el ejercicio de la profesión jurídica; ser egresados de una escuela o instituto de capacitación jurisdiccional, cumplir con la evaluación aceptable para su desempeño y la edad necesaria para acceder a una primera instancia.

Para el desempeño jurisdiccional es deber de todo aspirante haberse desempeñado en la primera instancia por el tiempo que necesariamente se requiera, para acceder a un grado de mayor rango en los tribunales que impartan el deber de la justicia.

La constitución federal y las constituciones de los estados determinaran el derecho y deber de dar y hacer de la justicia.

Las leyes que dicten el congreso general y las legislaturas locales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y capacitación permanente, así como la permanencia y una remuneración equitativa de quienes sirvan en la impartición de justicia.

La justicia es un derecho fundamental y valor social y es un valor jurídico que debe estar regulado en la constitución, por lo que ha de incorporarse al artículo 17 para su desarrollo por los jueces y magistrados no solo formalmente según la letra de la ley y su interpretación jurídica, sino atendiendo a las características de cada caso, según las vivencias sociales como razón práctica y lógica que busque la conciencia jurídica material, como conjunto de valores sociales y pragmáticos que la hagan real y naturalmente aceptable por la comunidad.

El derecho de la justicia debe garantizarse con protecciones jurídicas que han de ser reguladas como deberes del estado, para que los poderes públicos destinados por la constitución a la jurisdicción realicen ese principio con autonomía, independencia e imparcialidad.

Los Jueces y Magistrados deberán dar efectividad y certeza a la ley con criterios no solo objetivos o formales, sino que mediante procedimientos de interpretación jurídica logren la justicia real o material como derecho no solo individual, sino de carácter social, invocando en sus resoluciones como valores supremos de su actuación, la autonomía y la independencia como principios de libertad y la imparcialidad como valor ético y moral subjetivo de su propio discernimiento que enderece la justicia hacia el bien común

“Los ideales de todo abogado, pueden ser la justicia y la libertad para concebir una perfección se requieren cierto nivel ético y es indispensables alguna educación intelectual.

Sin ellos pueden tenerse fanatismo y supersticiones; ideales, Jamás”.

José Ingenieros

Referencias

- Acosta Romero, M. (1991). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México: Porrúa.
- Barry, B. (2000). *Teorías de la Justicia*. España: Gedisa.
- Basave Fernández del Valle, A. (1955). *Teoría del Estado*. México: Jus. U.A.N. L.
- Basave Fernandez del Valle, A. (2001). *Filosofía del Derecho*. México.
- Bobbio, N. (1965). *El Problema del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.
- Borja, R. (1971). *Derecho Político y Constitucional*. Méxcio: Fondo de Cultura Económica.
- Bouthould, G., & Orduño, M. (1965). *Antología de las Ideas Politicas*. México: Renacimiento, S. A.
- Burgoa, O. I. (1972). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa.
- Cabanellas, G. (1962). *Diccionario de Derecho USUAL*. Buenos Aires: Bibliográfico Omeba.
- Cámara de Diputados, L. L. (2003). *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*.
- Carbajal, J. A. (2001). *Estudios Sobre La justicia*. México: Porrúa.
- Carnelutti, F. (1977). *Derecho Procesal Civil y Penal*. México: Harla.
- Carpizo, J. (1969). *La Constitución Mexicana*. Ciudad Universitaria, México: U.N.A.M.
- De la Cueva, M. (1996). *La idea del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*. (2001). Ediciones Luciana.
- Duarte, Y., & Montiel , I. (1983). *Estudio Sobre Garantías Individuales*. México: Porrúa.

- Faure, C. (1995). *La Declaración de los Derechos Humanos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fayt S., C. (1988). *Derecho Político*. Buenos Aires: Depalma.
- Fix Zamudio, H., & Valencia Carmona, S. (2001). *Derecho Constitucional Mexicano Comparado*. México: Porrúa.
- Fraga, G. (1955). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México: Porrúa.
- García Maynes, E. (1977). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- García Máynez, E. (1968). *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Porrúa: Distribuidora Fontana.
- García Máynez, E. (1982). *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- García Pelayo, M. (1953). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente.
- George, H. S. (1982). *Historia de la Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hauriou, A. (1980). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel.
- Hegel, G. W. (traducido en 1987). *Filosofía del Derecho*. Argentina: Ed. Claridad.
- Heller, H. (1934). *Teoría del Estado*. Leiden: Fondo de Cultura Económica.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2004). *Diccionario Jurídico Mexicano*. Ciudad Universitaria México: Porrúa.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1993). *¿Que es Justicia?* Barcelona: Planeta Agostini.
- Kern, L., & Muller Hans, P. (2000). *La Justicia: ¿Discurso o Mercado?* Edit. Gedisa.
- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (2014).
- Labastida, H. (1994). *La Constitución Española*. México: Fondo de Cultura Económica U.A.N.L.
- Lanz Duret, M. (1982). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Continental.
- Lowenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

- Lozano, J. M. (1980). *Estudio del Derecho Constitucional Patrio*. México: Porrúa.
- Maquiavelo, N. (1513 traducido en 1983). *El Príncipe*.
- Morange, J. (1981). *Las Libertades Públicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pound, R. (1995). *Justicia conforme a Derecho*. México: Colofón. S. A.
- Preciado Hernández, R. (1967). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México: Ed. México Jus.
- Radbruck, G. (1998). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Recasens Siches, L. (1991). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- Recasens Siches, L. (1993). *Introducción al Estudio del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Roos, A. (1997). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Ruiz-Tagle, P. (2002). *Derecho, Justicia y Libertad*. México: Fontamara.
- Sanchez Bringas, E. (2001). *Los Derechos Humanos en la Constitución y los Tratados Internacionales*. México: Porrúa.
- Schmitt, C. (1934). Teoría de la Constitución. *Revista de Derecho Privado*.
- Sepúlveda, C. (1997). *Derecho Internacional*. México: Porrúa.
- Serra Rojas, A. (1986). *Ciencia Política*. México: Porrúa.
- Stammler, R. (1925). *Tratado de Filosofía del Derecho*. Aalen: Editorial Reus S.A.
- Tena Ramírez, F. (1997). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa.
- Tena Ramirez, F. (2005). *Leyes Fundamentales de México 1808-1987*. México: Porrúa.
- Vega Hernández, J. R. (2003). *Derechos Humanos y Constitución. Alternativas para su Protección en México*. México: Fundación México.
- Zagrebeky, G. (1995). *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*. España: Trota Símica Ediciones, S. A.

Zagrebelsky, G. (2004). *Derecho Procesal Constitucional*. México: Fundación México.

Zippelius, R. (1988). *Teoria General del Estado*. Ciudad Universitaria México: Porrúa.