

Capítulo I

Axiología del derecho

1.1. JUSTICIA

*Justitia est constants et perpetua
voluntas jus suum cuique tribuendi*²

ULPIANO

El tema de la justicia se encuentra inexorablemente relacionado con el objeto de estudio; para la teoría clásica, es sinónimo de derecho sin la diferenciación que ahora planteamos entre ley y justicia, pues al ser la ciudad o *polis* la morada de los dioses, la ley positiva constituía un mandato divino, y por tanto, apegado a los postulados del derecho.

El concepto de justicia es en sí, un término histórico que fue acuñado a través de las profundidades de los tiempos y en el que cada uno de los pueblos, grandes o pequeños, les atribuyó especial significado.

Así, tenemos que para Platón,³ la justicia implica el fin principal del Estado que viene siendo la felicidad, la cual tiene dos variantes:

- 1) Desde el punto de vista espiritual, en la que el Estado tiene obligación de sostener el culto público y el Estado con la religión a los jóvenes.

² CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, *El Digesto de Justiniano, Constituciones Preliminares y Libros 1 a 19*, versión castellana por A'Dors, Francisco Hernández - Tejero, P. Fuentesesa, M. García - Garrido y J. Burillo, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968, p. 45. (Justicia es la voluntad, continua y perpetua de dar a cada quien lo suyo).

³ PLATÓN, *Diálogos.*, 28ª Ed., México, Porrúa, 2003, pp. 11a 51.

- 2) Fin temporal: Las funciones del Estado son: a) Justicia; b) Mantenimiento o conservación del grupo social; c) Satisfacción de las necesidades materiales de la sociedad; d) Recreación y cultura, desprendiéndose de ésta otras funciones; e) Educación.

Las funciones básicas que debe realizar el rey filósofo son: La legislación y la justicia, concluyendo así que los grandes pensadores de Grecia sostuvieron que existe un orden establecido por Dios, ante el cual deben inclinarse los hombres.⁴

Encontramos un vértice fundamental en la creación de cultura jurisdiccional, al ser el desarrollo del pensamiento romano cuna del derecho escrito y de las principales definiciones de justicia, con sus principales aportaciones al derecho civil, que reconocen la concordancia de la ley escrita con los postulados morales que son los dictados por la recta razón, pues como afirma Pufendorf, debe ajustarse a éstos, y ser “conformes a la naturaleza, siendo de aplicación universal, inmutable y eterna”.⁵ Así, para Ulpiano, uno de los más célebres juristas romanos, la justicia es “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”,⁶ con lo cual queda en claro la referencia a los valores eternos que proclama el derecho natural.

Es el Cristianismo el que distingue la ley humana de la ley divina, siendo el derecho natural el que es acorde a ésta, siendo esta última, por antonomasia, justa, existiendo la posibilidad de que la ley positiva sea injusta en caso de que se aparte de tales principios, siendo reveladora la epístola de San Pablo que proclama lo anterior, al señalar: “cuando los paganos, que no tienen ley, cumplen naturalmente lo que manda la ley, están escribiendo ellos mismos esa ley que no tienen, y así demuestran que las exigencias de la Ley están grabadas en sus corazones. Serán sujetos por su propia conciencia, y los acusará o los aprobará su propia razón”,⁷ de lo cual se advierte la dualidad materia de la presente investigación en la evolución del pensamiento jurídico hasta llegar a la postura kelseniana que proclama un monismo excluyente, tal como se advierte en la siguiente afirmación:

⁴ *Idem*, p.17.

⁵ PUFENDORF Samuel, *Elementorum Jurisprudentiae Universales Libri Duo*, definición XIII, sec. 6, citado por Kelsen H., *¿Qué es la Justicia?*, 3ª Ed., Barcelona, Ariel, 2001 p. 77.

⁶ ECHEGARAY José Ignacio., *Compendio de Historia General del Derecho*, México, Porrúa, 1994, pp. 212 a 222.

⁷ BIBLIA DE JERUSALEN, *Nuevo Testamento, Carta de San Pablo a los Romanos II*, 14 a 15, México, Porrúa, 1998, p. 1609.

“si se admite que el derecho, por su naturaleza, es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho deba ser moral”.⁸

A través de la anterior sinopsis histórica advertimos meridianamente que el vocablo derecho es a todas luces polisémico, pues admite varias acepciones o significados, ya que así escrito, en minúsculas, expresa un conjunto o sistema de normas que regulan la conducta humana en sociedad, de carácter obligatorias, bilaterales, heterónomas y generalmente coercibles; y cuando lo escribimos con mayúscula, cobra un fuerte sentido, pues se relaciona con el valor máximo al que aspira, que es precisamente, la Justicia. Así, empleamos el vocablo derecho como sinónimo de Justicia, cuando nos referimos a su significado valorativo, el cual “posee una pesada carga emotiva”, pues conlleva la aprobación moral (aceptado universalmente en el mundo griego con el término *dikaion*), como una impresión de mérito moral, coextensivo, siendo que para la concepción clásica es sinónimo de lo recto, lo correcto, lo justo; esta concepción supera su aparato técnico y se constituye en una noción moral, transformando el *ius* en *iustus*, con lo cual se desemboca necesariamente en la noción de la justicia, la cual se comprende en la misma idea, expresada en la definición sintética de Celso⁹: *Ius est ars bonum et aequum*, esto es, el arte de lo bueno y de lo equitativo, lo cual es sinónimo de Justicia; esto conlleva una particular idea de fuerza que requiere una renovación del derecho y se identifique con lo que es justo; connota y supone identificación con los valores o fines inherentes al mismo. Estrechamente vinculado con lo anterior, la idea de que el derecho (con mayúsculas) es un conjunto de principios y de normas que se conforman con la razón o con la naturaleza de las cosas, del hombre, que es el *leitmotiv* de las doctrinas del derecho natural, fundado en principios indisputables, evidentes, objetivamente válidos y que se encuentran por encima de cualquier derecho positivo, que se patentiza en la siguiente descripción: “...las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron...”,¹⁰ es por lo que considero relevante revisar los antecedentes de dicha palabra por encontrarse inexorablemente relacionados con nuestro objeto de estudio.

⁸ KELSEN H., *La teoría pura del derecho*, 7ª Ed., México, Porrúa, 1993, p. 79.

⁹ CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, *El Digesto de Justiniano, Constituciones Preliminares y Libros 1 a 19*, Op. Cit., p. 45.

¹⁰ GRIMAL Pierre, *Diccionario de mitología griega y romana*, Barcelona, Paidós, 1982, p. 186.

Continuando con el pensamiento cristiano, uno de los llamados Padres de la Iglesia, que se desarrolló en la baja Edad Media, que se caracteriza por una época teocéntrica, es San Agustín de Hipona, quien continúa y supera el pensamiento platónico con su célebre obra *De civitate Dei*, donde conjuga la vida terrena y la vida celestial, así como las plenitudes a que el individuo aspira para obtener una forma justa y decorosa de vida y al referirse al derecho natural, lo concibe “afirmado como voluntad de Dios”,¹¹ hasta llegar en la alta Edad Media, con Santo Tomás de Aquino, llamado Doctor Angélico por sus aportaciones teológicas basadas en el estudio de las Santas Escrituras y el pensamiento racional del célebre estagirita, que al referirse al acto de justicia lo hace consistir en dar a cada quien lo debido, acorde a su propia naturaleza, y conforme a la dignidad de cada cual;¹² continúa con la distinción entre justicia conmutativa y distributiva, aportando el concepto de la *justitia legalis*, como sinónimo de virtud general; así, la justicia conmutativa o reguladora es aquella que regula las relaciones contractuales, mientras que la justicia distributiva es por la que... “el gobernante o administrador da a cada cual lo que corresponde a su dignidad”¹³ y la hace consistir en la práctica estatal para repartir justamente las cargas y los honores, y justicia legal, la que deben cumplir los individuos de acuerdo con un criterio de igualdad y conforme a las leyes. Igualmente sostiene que el ciudadano, por el mero hecho de ser hombre, dotado de inteligencia y de libertad, debe cumplir las órdenes del gobierno y ejercer sus derechos de ciudadano de una manera consciente y racional, no automáticamente como un animal bruto ni mucho menos, como la pieza de una máquina. Para lo cual es preciso que el cumplidor de la ley oiga el mandato del superior y lo comprenda en su verdadero sentido y en su real alcance, para que de esa suerte su propia razón personal se lo asimile y se lo imponga a sí mismo en nombre de la autoridad que lo promulga y lo decreta.¹⁴

Durante el siglo XVI, época antropocéntrica, nace la escuela clásica del derecho natural, representada por grandes juristas, tales como Hugo Grocio, Juan Bodino, John Locke, Leibniz, autores que lo conceptuaban como aquel dictado de la recta

¹¹ SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, México, Porrúa, 1981, p. 336.

¹² AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*, Madrid, Editorial: Biblioteca de Autores Cristianos, dirigida por el regente de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, Madrid, 1990, Tomo II, p. 475.

¹³ *Idem*, p. 475

¹⁴ AQUINO, T., *Doctrina política de Santo Tomás de Aquino*, Editorial Instituto Social Leon XIII, Paris, 1949, p. 70.

razón que indica que un acto, según sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de moral o de bajeza; en contrapartida, Maquiavelo y Tomas Hobbes son doctrinarios que creen en un estado de naturaleza gobernado por el deseo y la voluntad de poder y no por la razón, lo conciben de la siguiente manera: “el derecho de cada uno se extiende hasta donde llega el poder determinado que le pertenece”.¹⁵

Dentro del pensamiento racional encontramos a Francis Bacon, que considera en manos del sujeto el producto del conocimiento, se busca el ideal supremo de la igualdad y la libertad y la necesidad de una codificación suprema sobre la cual establecer todo el ordenamiento legal del Estado, neologismo y fruto de esta época, hasta llegar al positivismo excluyente ortodoxo y más radical, cuyo exponente es sin duda Hans Kelsen.

En contraposición tenemos al insigne jurista Georgio del Vecchio, que reconoce la existencia de un derecho natural al afirmar que la ley siempre debe ser conforme a la justicia, porque ésta trasciende a todas las determinaciones jurídicas positivas y debe ser piedra angular de toda construcción jurídica, así como que el culto de la justicia no debe consistir en el culto de la mera legalidad, porque la práctica legal es un aspecto de la justicia que se debe realizar a través de un perpetuo trabajo legislativo en donde predomine la idea de que la justicia debe estar presente y siempre renaciendo en el espíritu humano, se incorpore en todas las leyes, pero no se agote en ninguna.¹⁶

Dentro de esta tendencia jusnaturalista, encontramos que su primer principio es el orden moral, que manda hacer el bien y evitar el mal, fórmula verbal que parece vacía y capaz de recibir los más diversos contenidos, sin embargo todo el deber moral está contenido en el mandato de hacer el bien y evitar el mal. Así, un acto de justicia puede ser bueno en 3 sentidos: 1) bueno en cuanto logra el fin que lo ha determinado, que es satisfacer estrictamente el derecho de alguien; 2) materialmente bueno en cuanto sea perfecta la manera de su ejecución; y 3) subjetivamente bueno en cuanto de él derive perfección para el sujeto que

¹⁵ SWANITZ, Dietrich, *Todo lo que hay que saber acerca de la cultura*, Madrid, Taurus, 2001, p. 500.

¹⁶ BENITEZ Treviño, Humberto, *Filosofía y praxis de la procuración de justicia*, México, Porrúa, 1994, pp. 2 a 5.

lo realiza, esto es, si rectifica la voluntad del actor por la rectitud moral con que realiza el acto.

El acto de virtud de la justicia es bueno, si satisface íntegramente el derecho de aquél con quien se está en relación, prescindiendo de la disposición personal del sujeto que lo ejecuta. El acto de la voluntad tiene una intención, va dirigido; la intención es su tendencia íntima, lo que el actor procura subjetivamente mediante él; algo así como lo que escondidamente se propone y que no siempre es revelado por la realización exterior de la acción del sujeto; por eso en el orden de la justicia, la perfecta rectitud de intención no es un elemento constitutivo de la virtud correspondiente, pues lo que interesa es algo que se cumple fuera del sujeto del actor, y por consiguiente, de la intención o propósito determinante del acto del sujeto. Sin embargo, la perfecta rectitud contribuye a la perfección de la justicia, porque en ese caso se da lo debido en virtud de la suprema razón por la cual es debido y es desde ahora evidente la perfección que esas virtudes anexas allegan naturalmente el orden de las relaciones del hombre con sus semejantes, lo mismo cabría decir con respecto a la justicia social y sus virtudes anexas.

El principal principio valorativo de la justicia es la equidad: ésta nos desentien- de en una cierta medida de la ley, para proponernos un orden de sujeción mucho más estricto que el que establece el hombre mediante las legislaciones positivas; pues el verdadero orden no es sujeción material a la ley positiva, sino sujeción espi- ritual a la razón por la cual la ley tiene autoridad para mandar.

La equidad rectifica aquellas equívocas apariencias de la ley que traicionan la justa intención del legislador, aquella intervención que debió presidir sus sancio- nes, para que tuvieran intrínseca autoridad legislativa, por lo que la realidad recla- ma sin duda alguna la imposición y el mantenimiento coactivo de un régimen de relaciones sociales conformes con la justicia.¹⁷

La noción de justicia alude entonces a cierta igualdad, congruencia o proporción en los intercambios, igualdad, estricta proporcionalidad entre lo debido y aquello

¹⁷ *Idem*, pp. 50 a 53 y 56.

con lo cual se da satisfacción en las relaciones de alteridad. De ahí la relación de justicia y derecho, con el acto justo se da la satisfacción debida a un derecho, porque derecho es primaria y esencialmente lo suyo, de alguien, una pertenencia a la que deben reconocimiento quienes están en alguna relación exterior con el titular. Ese recto o justo orden no es alcanzado nunca de un modo definitivamente estable porque no lo son las concretas circunstancias en las que ha de darse y porque tampoco lo es la disposición virtuosa de la voluntad de las personas, habida cuenta de la proclividad del hombre hacia el mal.¹⁸

Con esta disquisición dejamos en claro que el problema toral del presente capítulo versa en la sempiterna discusión sobre la legitimación de la obediencia a un mandato jurídico, que tiene dos vertientes, la primera de carácter formal o normativa (positivista) y la segunda, de carácter axiológico o de valores supremos.

Ante el juspositivismo radical que reclama para sí la exclusividad, el derecho natural proclama su superioridad sobre el primero, pero ninguno, *per se*, puede agotar la cuestión, pues la segunda postura, donde los hombres vivan observando las leyes naturales, es imaginario.

Frente a estas dos posiciones extremas surge una concepción conciliadora, que es la teoría tridimensional del derecho, como producto social, normativo y axiológico, esta última, que señala como primer valor la justicia, que orienta la actividad legislativa.

Siendo la cuestión principal deliberar sobre la legitimidad de la coacción, pues aun los regímenes más absolutistas y autocráticos no se ven a sí mismos sustentados únicamente en la fuerza, siendo que la pregunta sobre la justicia es ineludible, entrando así en la tercera dimensión jurídica de análisis valorativa del derecho, en que se conceptúa a ... "la justicia como el valor de las exigencias ético-jurídicas por excelencia",¹⁹ sin soslayar la equidad, que es sinónimo de proporción, equilibrio y armonía, que se centra en el fenómeno humano como punto de referencia concreto, trascendente, de realizaciones ilimitadas y en especial, en su

¹⁸ *Idem*, pp. 56-60.

¹⁸ *Idem*, pp. 56-60.

dignidad que constituye un fin en sí mismo. La segunda dimensión del derecho es lo social, por lo que éste no será inmutable ni absoluto, sino relativo histórica y culturalmente, en transformación permanente, variable por ser aplicable en un tiempo y espacio determinado, pero vinculado al primero, pues “en esta dimensión en que se denota el fenómeno jurídico es aquella que lo comprende como un acaecer social, como un hecho que se da por virtud de la voluntad humana para regir ciertas conductas de su vida comunitaria”,²⁰ y la tercera, que es la estrictamente normativa, que será abordada en la sección reservada al juspositivismo.

1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS JUSNATURALISTAS

La máxima fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de la siguiente forma: para el Juspositivismo, “Se debe de obedecer las leyes en cuanto tales”, la del Jusnaturalismo, “Se debe de obedecer las leyes sólo en tanto sean justas”.

NORBERTO BOBBIO

La variedad de las teorías jusnaturalistas se deriva, principalmente, del giro que sus partidarios le den a la voz naturaleza, de lo cual podemos hacer las siguientes clasificaciones:

- I) Concepción biológica o física del derecho natural.- La naturaleza, como fundamento del derecho, es lo que existe por sí, independientemente de nuestra obra y de nuestro querer. Puede tratarse, por ejemplo, del orden físico o biológico creador de desigualdades que permiten imponerse a los más fuertes sobre los más débiles, la tendencia social, el principio de no dañar ni ser dañado, no hacer a otro lo que no se quiera para uno mismo, el amor a la libertad, al goce de los derechos, el instinto de conservación, de independencia, de felicidad, de trascendencia, etc., sintetizada en la descripción

²⁰ ÁLVAREZ M, *Introducción al estudio del Derecho*, México, MC GRAW HILL, 1995, pp. 72 a 73 y sig.

que hace Hans Kelsen en los siguientes términos: ... “la justicia es inmanente a la naturaleza, ya sea a la naturaleza de los hombres o de las cosas”.²¹

El padre del positivismo radical considera que, para Platón, la Justicia es la adecuación a las normas de un orden social ... que regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir, en que todos los hombres encuentran en él la felicidad... y concluye que ...” es la felicidad social garantizada por un orden social.”...²²

II).- Concepción teológica del derecho natural.-El fundamento del derecho natural no es la naturaleza física o biológica, ni la psicológica o social del individuo, sino la del creador del universo, a través de cuyas leyes se manifiestan su inteligencia o su arbitrio. La ley natural es la transcripción de la Ley eterna en el alma humana, en la razón y en el corazón del hombre; inmutable, que gobierna todo lo que existe. “El derecho se ha llamado así porque es justo”.²³

III).- La concepción racionalista, cuya máxima es vivir conforme a los dictados de la recta razón, ubica al derecho vigente en el conjunto de ideas normativas que fungen como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas.

IV)- La corriente contemporánea, o del jusnaturalismo moderno, surgida con posterioridad a los trágicos acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, que hasta 1930 parecía ser una concepción totalmente superada mantenida sólo en algunos estrechos círculos católicos. Entre otras sociedades, fue notoria su influencia en la legislación americana, como lo describe el célebre historiador del nuevo mundo, que señala como punto de partida y relevante importancia para el porvenir de los angloamericanos, que los legisladores se preocuparan sobre todo por el cuidado de

²¹ KELSEN, H., p. 33.

²² *Idem*, p. 36.

²³ ÁLVAREZ M., *op. cit* p. 344 y sig.

mantener el orden moral y las buenas costumbres de la sociedad, penetrando así, sin cesar, en el dominio de la conciencia... “sobre todo si pensamos en las primeras colonias de puritanos establecidas en el siglo XVII en nuestro continente.”²⁴

Los dramáticos acontecimientos de la segunda conflagración mundial ocasionaron que los juristas reflexionaran profundamente sobre la validez real de la ley positiva. A partir de estos hechos se genera una revaloración moral del derecho, dándose importantes intentos de vertebrar su noción moral. La experiencia del nazismo colocó a los teóricos alemanes del derecho y de todo el mundo occidental contemporáneo, frente a la difícil tarea de replantear el enfoque del positivismo formalista, que recibió un fuerte porcentaje de culpa en la catástrofe jurídica-política de Alemania.

Las nociones morales del derecho vuelven a levantar cabeza, como el ave fénix, después de más de un siglo del positivismo más recalcitrante; tropiezos y descalificativos se levantan de sus cenizas, como una exigencia de renovación y de búsqueda de soluciones justas en los casos particulares.

Este replanteamiento de los postulados jusnaturalistas, y recurrente retorno al derecho natural, es un verdadero renacimiento que se encuentra todavía en la tormentosa etapa de su pujante elaboración: la historia contemporánea registra esfuerzos decididos para la reconquista de la esfera axiológica.

En esta perspectiva dualista, el derecho positivo debe estar supraordinado al derecho natural y que, además, el primero desempeña una función complementaria y limitadora respecto de aquél. En este aspecto, el derecho natural colma al derecho positivo en todos los casos en los cuales la aplicación de este último produciría efectos que no fueron queridos por el legislador, de acuerdo con los principios del derecho natural por él reconocidos. El derecho natural es limitador, en cuanto el derecho positivo carece de fuerza obligatoria, cuando se opone a los principios primarios del jusnaturalismo.

²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de, *Un perfil de Norteamérica*, México, FCE, 1997, p. 39.

- V) También existe el jusrealismo sociológico, que se produce como una reacción en contra del formalismo jurídico y de las concepciones tradicionales del derecho natural. Los juristas sociólogos estudian la eficacia de las normas, explican las causas por las cuales las normas son efectivamente acatadas por sus destinatarios, y niegan validez a aquellos mandatos, ya provengan de la autoridad o sean exigencias derivadas de la naturaleza, que no logren aceptación por sus destinatarios.

Para Ross,²⁵ la teoría general del derecho debe plantear y resolver los problemas que tienen que ver con el concepto, la naturaleza, el fin o idea y la interferencia del derecho en la sociedad. Deben tomarse en cuenta las nociones fundamentales conexas con la universalidad de lo jurídico, tomar en cuenta las fuentes del derecho, el concepto de persona, el deber jurídico, el derecho subjetivo y la norma, en la que se encuentra la esencia y naturaleza del derecho. Su tesis parte de significados terminológicos, con la finalidad de comprenderla en su totalidad; parte de la distinción²⁶ que hace entre un enunciado lingüístico y del significado del término anterior. El enunciado lingüístico trata del empleo consciente del lenguaje en uso efectivo, oral o escrito y es de tres clases: Aserciones: son los enunciados de significado representativo; Exclamaciones: sin significado representativo ni propósito de influir sobre la conducta ajena, y Directivas: enunciados no representativos que obedecen al propósito de ejercer influjo sobre el comportamiento de otros sujetos. El derecho pertenece a los enunciados de directivas, debido a que la finalidad de las normas es provocar determinado proceder. El derecho vigente indica el conjunto de ideas normativas que fungen como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas.

Las normas funcionan como esquemas interpretativos de un conjunto de actos sociales. La naturaleza del orden jurídico tiene su origen en el supuesto de que éste deriva su vigencia de una idea *a priori* (independiente de la naturaleza). A su vez, los significados se dividen en expresivos, que son aquellos que se refieren a la experiencia que les dan origen y representativos, los que simbolizan un estado de

²⁵ PLAZAS VEGA, M., *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 62 a 82.

²⁶ *Ibidem*.

las cosas, postura en la que considero relevante ampliar la reflexión en el siguiente apartado.

Con el repaso de la clasificación de los Jusnaturalistas, nos percatamos de la evolución desde los clásicos hasta llegar a su total negación por la doctrina Juspositivista y que, después de los dramáticos acontecimientos de la segunda conflagración mundial, hacen ineludible el replanteamiento de los postulados Jusnaturalistas, con lo que se reposiciona la necesidad de su inclusión en cualquier orden jurídico.

1.3. REFLEXIONES SOBRE EL JUSREALISMO

El derecho positivo es necesario históricamente, existe para un lugar y época determinada, en cambio el derecho natural es un derecho para todo tiempo y época, universal y necesario, es un derecho racionalmente establecido, lo único histórico son las doctrinas.

JUAN MANUEL TERÁN,
México, 1993.

En las siguientes líneas vamos a efectuar un esbozo del iusrealismo: la ley positiva se aproxima a la representación de la organización colectiva del derecho individual de legítima defensa. Cada uno de nosotros ha recibido ciertamente, el derecho de defender su personalidad, su libertad y su propiedad, ya que son esos los tres elementos esenciales requeridos para conservar la vida, elementos que se complementan el uno al otro, sin que pueda concebirse uno sin el otro, ya que nuestras facultades son una prolongación de nuestra personalidad, y el derecho de propiedad, en última instancia, es el derecho a la libertad, pues ésta nos permite obtener el propio sustento y los medios necesarios para realizar nuestros fines, por lo que se trata de una prolongación de nuestras facultades; cada hombre tiene el derecho de defender, aun por la fuerza (instinto natural), su persona, su libertad y su derecho a la propiedad; por antonomasia, varios hombres tienen el derecho de concertarse, de entenderse, de organizar una fuerza común para encargarse regularmente de aquella defensa.

Este derecho colectivo tiene pues su principio, su razón de ser, su legitimidad, en el derecho individual; y la fuerza común, racionalmente, no puede tener otra finalidad, otra misión, que la que corresponde a las fuerzas aisladas a las cuales se sustituye, pues como sostuvo el enemigo intelectual más acérrimo de Napoleón III, ... “las sociedades no pueden tener otras formas de gobierno que las que corresponden a sus principios ... pues, a los pueblos como a los reyes, dios les ha impuesto la responsabilidad de sus actos...”.²⁷

Tal como la fuerza de un individuo no puede legítimamente atentar contra la persona, la libertad o el derecho a la propiedad de otro individuo, por la misma razón, la fuerza común no puede aplicarse legítimamente para destruir a la persona, la libertad o la propiedad de individuos o de clases, lo cual deriva de la recta razón y de la propia naturaleza de las cosas. Así, el fenómeno de fuerza en sí mismo considerado es una perversión si se encuentra en contradicción con dichas premisas, ya que ésta debe encauzarse a los fines propios de la colectividad y del individuo; por elemental razonabilidad práctica, jamás podríamos, de manera consciente, afirmar que la fuerza nos ha sido dada no para defender nuestros derechos, sino para aniquilar los derechos idénticos de nuestros semejantes, así como tampoco podríamos afirmar lo mismo respecto de la fuerza colectiva, que no es otra cosa que la unión organizada de las fuerzas aisladas, pues entonces ese conglomerado perdería legitimidad, se convertiría en un mero grupo de bandoleros; con el mero ejercicio de la recta razón, resulta evidente que la ley es la organización del derecho natural de legítima defensa: es la sustitución de la fuerza colectiva por las fuerzas individuales, para actuar en el campo restringido en que éstas tienen el derecho de hacerlo, para garantizar a las personas su inalienable facultad a la libertad, a la propiedad, para mantener a cada uno en su derecho, para hacer reinar para todos la justicia.

Si un pueblo se constituye sobre esa base, ahí prevalecerá el orden, tanto en los hechos como en las ideas. Gobierno simple, económico, menos pesado, el que menos se haría sentir, con menos responsabilidades, el más justo, y por consiguiente, más perdurable. Bajo un régimen tal, cada uno comprendería bien que

²⁷ JOLY Maurice, *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*., traducido por Matilde Horne, México, Muchnik editores, 1974, p. 69.

posee los privilegios de su existencia así como toda la responsabilidad al respecto. Con tal que la persona fuera respetada, el trabajo libre y que los frutos del trabajo estuvieran garantizados contra todo ataque injusto, ninguno tendría nada que discutir con el Estado. De lograr éxito no tendríamos que darle las gracias al Estado. Así como si fracasamos, no lo culparíamos en mayor medida de lo que pueden hacerlo los campesinos, en cuanto a echarle en cara el granizo o la helada. El Estado se haría sentir solamente por el inestimable beneficio de la seguridad, derivado de este concepto de gobierno, y con ello se limitaría la intervención del Estado en los asuntos privados, por lo que las necesidades y las satisfacciones se desarrollarían en un orden más natural. La fuerza colectiva no debe estar al servicio de quienes quieran explotar, sin riesgo y sin escrúpulos, a la persona, su libertad o sus derechos de propiedad, que en última instancia es un atentado a su libertad. La aspiración común de todos los hombres es conservarse y desarrollarse, elevar su nivel y calidad de vida, de manera que si cada uno gozara del libre ejercicio de sus facultades y de la libre disposición de sus productos, el progreso social sería incesante, ininterrumpido, infalible; en ese sentido, Renard postula el siguiente axioma: “Los contornos del derecho natural se destacan a medida que la razón humana se mejora o bien a medida que la civilización progresa”.²⁸

Pero hay otra disposición que también les es común a los hombres. Es la que se dirige a vivir y desarrollarse, cuando pueden, a expensas los unos de los otros (rémoras que pretenden ganar el pan con el sudor del de enfrente) y no es ésta una imputación aventurada o emanada de un espíritu dolorido y carente de caridad. La historia da testimonio al respecto, con las guerras incesantes, las migraciones y opresión de los pueblos, la universalidad de la esclavitud, los fraudes industriales y los monopolios, de los cuales los anales de la historia y de los tribunales se encuentran repletos. Esta funesta inclinación nace de la constitución misma del hombre, de ese sentimiento primitivo, universal, invencible, que lo empuja hacia el bienestar y lo hace huir de la incomodidad, el esfuerzo y el dolor, aun a costa de sus semejantes.

Sin embargo, el hombre no puede vivir y disfrutar sino por medio de una transformación y una apropiación perpetua, es decir, por medio de una constante

²⁸ RENARD, *El derecho, el orden y la razón*, Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1947, p. 28.

aplicación de sus facultades a las cosas, por el trabajo. De ahí emana el derecho de propiedad, pero también es cierto que el hombre puede vivir y disfrutar, apropiando y consumiendo el producto de las facultades de sus semejantes. De ahí emana el pillaje o expoliación.

Ahora bien, siendo que el trabajo es en sí sufrimiento y ya que el hombre se inclina a huir del mismo, el resultado es –y ahí está la historia para probarlo– que prevalece la expoliación siempre que sea menos onerosa que el trabajo; prevalece, sin que puedan impedirlo en ese caso, ni la religión ni la moral. Resulta evidente que la ley debiera tener por finalidad oponerse a aquella tendencia funesta; y que debiera tomar partido por preservar el derecho de propiedad, contra el despojo y latrocinio; pero lo más frecuente es que la ley sea dirigida por intereses creados o factores reales del poder, lo cual muchas veces se opone a lograr una verdadera justicia conmutativa.

Ninguna sociedad puede existir si no impera en algún grado el respeto a las leyes; pero es el caso que lo que da más seguridad, para que sean respetadas las leyes, es que sean respetables. Cuando la ley y la moral se encuentran en contradicción, el ciudadano se encuentra en la cruel disyuntiva de perder la noción de lo moral o de perder el respeto a la ley, dos desgracias tan grandes una como la otra y entre las cuales es difícil elegir. Cabe recordar el pensamiento de Rawls, quien señala claramente que “la Justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si no son justas, han de ser reformadas o abolidas”.²⁹

Hacer reinar la justicia está tan en la naturaleza de la ley, que ley y justicia es todo uno en el espíritu de la gente. Todos tenemos una fuerte inclinación a considerar lo legal como legítimo, hasta tal punto que son muchos los que falsamente dan por sentado que toda justicia emana de la ley. Basta pues que la ley ordene y consagre la expoliación, para que ésta aparezca justa y sagrada para muchas

²⁹ *Idem*, p. 17.

conciencias. La esclavitud, la restricción, el monopolio, la discriminación, la pena de muerte, el eugenismo, la eutanasia, encuentran defensores no solamente entre los que de ello aprovechan, sino aun entre los que por ello sufren.

Tan es así que podemos constatar que, aun en algunas escuelas de derecho, se crea una tendencia al culto a la ley, al considerar que la enseñanza de la ciencia jurídica es el estudio de la ley, esto es, un conocimiento de carácter ahistórico, acrítico, inmutable, dogmático, suprimiendo el punto de vista del libre intercambio de las ideas de libertad, propiedad y justicia, cuando resulta notorio y a la vista que no siempre conforman un binomio perfecto ley y justicia (así por ejemplo, la negación absoluta de toda dignidad en el esclavo, que legalmente se consideraba como una cosa, o en pleno siglo XX la ley del *apartheid*), llegando al extremo de que, al admitirse sin discusión la majestad de la ley, hace que el profesor se abstenga rigurosamente de realizar ninguna crítica, debido respeto a las leyes en vigor, de tal suerte que si existe una ley que consagra la esclavitud, la discriminación, el monopolio, la opresión o la expoliación en una forma cualquiera, no habrá ni siquiera que hablar de ella por el respeto que inspira la ley. Más aún, habrá que enseñar moral y economía política, desde el punto de vista de aquella ley, es decir, basándose en el supuesto de que es justa, sólo por ser ley.

Tal posición es contraria a la postura del jusrealismo, pues en ese sentido la ley debiera limitarse a hacer respetar a todas las personas, a todas las libertades y todas las propiedades, reflejo de la organización del derecho individual de legítima defensa, el obstáculo, el freno y el castigo opuesto a todas las opresiones y a todas las expoliaciones y así, para identificar al despojo legal, habrá que examinar si la ley quita a algunos lo que les pertenece, para dar a otros lo que no les pertenece. Hay que examinar si la ley realiza, en provecho de un ciudadano y en perjuicio de los demás, un acto que aquel ciudadano no podría realizar por sí sin incurrir en responsabilidad.

Ahora bien, la expoliación legal puede ejercitarse en una multitud infinita de maneras; de ahí la infinita multitud de planes de organización: tarifas, proteccionismos, primas, subvenciones, fomentos, impuestos progresivos, especiales, inequitativos cobros de derechos, etc., y si todos ellos tienen en común la confiscación, en

todas sus formas, carece de sustento moral. La verdadera solución, la tan buscada para el problema social, la encuentran los iusrealistas en el concepto de ley como justicia organizada.

Ahora, notémoslo bien: organizar la justicia por medio de la ley, es decir, mediante la fuerza, excluye la idea de organizar por la ley o por la fuerza una manifestación cualquiera de la actividad humana: trabajo, caridad, agricultura, comercio, industria, instrucción, bellas artes o religión; porque no es posible que una de esas organizaciones secundarias deje de aniquilar la organización esencial: la justicia. En efecto, la fuerza debe encauzarse rectamente, pues si es utilizada perversamente, coartando la libertad de los ciudadanos, resulta dañada la justicia, ya que la finalidad de esa organización es el bien común.

En ese sentido, no se quiere solamente que la ley sea justa; se quiere también que sea filantrópica, con sentido social. No se está conforme con que garantice a cada ciudadano el libre y pacífico ejercicio de sus facultades, aplicadas a su desarrollo físico, intelectual y moral; se exige, además, que esparza directamente sobre la nación el bienestar, la instrucción y la moralidad.

Cuando la ley y la fuerza mantienen a un hombre dentro de la justicia, no le imponen otra cosa que una pura negación. No le imponen más que la abstención de dañar a otros. Debe decirse: “La finalidad de la ley está en impedir el reinado de la injusticia”, pero cuando la ley –por intermedio de su agente necesario, la fuerza– impone un modo de trabajo, un método o una materia de enseñanza, una fe o un culto, no actúa ya negativamente; actúa en forma positiva y perversamente sobre los hombres, y entonces, la inteligencia resulta un artículo inútil, cesan de ser hombres, pierden su personalidad, su libertad y su propiedad (por ejemplo, la religión de Estado impuesta por el socialismo), lo cual es contrario a la justicia.

La ley es la fuerza común organizada para obstaculizar la injusticia; sin embargo, el legislador no puede tener sobre nuestras personas y derechos un poder absoluto, ya que aquéllas son preexistentes y la tarea de la ley es la de rodearlas de garantías, por tanto, la ley no tiene legitimidad en términos absolutos de regir nuestra conciencia, nuestras ideas, voluntades, instrucción, sentimientos, trabajos,

intercambios, informaciones y satisfacciones, sino que su misión está en impedir que, en ninguno de esos puntos, el derecho de uno quede usurpado por el de otro, pues la ley sanciona necesariamente por la fuerza y no puede tener otro ámbito legítimo que el de la justicia.

En el jusrealismo el poder se concibe aplicado teleológicamente: así como todo individuo sólo tiene derecho a recurrir a la fuerza en el caso de legítima defensa, la fuerza colectiva, que no es sino la reunión de las fuerzas individuales, no podría ser aplicada racionalmente para otra finalidad que las ya apuntadas, ya que la ley es únicamente la organización del preexistente derecho individual de legítima defensa: y en este caso, la ley coincide con la justicia. El objeto de la ley no es servir para oprimir a las personas o desconocer los legítimos derechos de éstas, ni aun con fines filantrópicos, cuanto que es su misión proteger a la persona: no puede dejar de actuar sobre las personas o los bienes (hoy día no existe ninguna actividad, por sencilla, antigua o rudimentaria que parezca que no se encuentre de alguna forma regulada por el Estado); pero no por ello no debe exigirse que se adecue a la justicia.

Además que la ley justa se percibe como algo claro, sencillo, perfectamente definido y delimitado, accesible a toda inteligencia y visible para todos los ojos, porque la justicia es determinable, inmutable, inalterable, que no puede ser admitida en más ni en menos.

En suma, para el realismo jurídico, la actividad constructiva de los juristas constituye un proceso estrictamente racional: un sistema de normas tiene vigencia si puede fungir como esquema de interpretación de un conjunto correspondiente de acciones sociales, lo que permite comprender tal conjunto como un todo coherente en lo que a su significado atañe. La norma es vigente según la efectividad de observación por el conglomerado social, y en la medida en que éste se sienta vinculado por ellas; el derecho presupone una vinculación jurídica entre los jueces y la norma.

La concepción metafísica de la vigencia del derecho significa suponer que se está frente a un orden jurídico realmente efectivo o de preceptos cuya fuerza obligatoria deriva de principios *a priori*, sin desvincularse del aspecto sociológico

que induce a los hombres a someterse al derecho, como son los impulsos, fundados sobre la necesidad, que surgen de los intereses; por otro lado existen los impulsos que el medio social imprime en el individuo y éste experimenta como un imperativo categórico que lo obliga independientemente de sus intereses y, a menudo, en contra de éstos y el nexo que existe entre justicia y fuerza, como aquel poder social de entendernos entre las acciones de los individuos y el derecho como ente regulador de las mismas. Así, resulta relevante estudiar esta postura que comprueba sociológicamente la existencia de un orden superior que cuestiona al derecho positivo y que constituye un freno al deseo insaciable del soberano, pues si no se respetan tales principios fundamentales, se llega a la autodestrucción y envilecimiento de sus fines, ya que el solo mandato autoritario no garantiza que éste sea legítimo, siendo necesario en toda sociedad el establecimiento de frenos y controles que eviten el desvío del poder, concluyendo con aquella lapidaria frase que reza:

”Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder, sienta la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”.³⁰

1.4. EL PARADIGMA LEGALISTA

El derecho natural se reduce a un pequeño número de principios elementales; es un hogar de directivas, más bien un sistema de soluciones.
RENARD, 1947

Para el modelo iuspositivo el Estado es la fuente de todo derecho positivo.³¹ Como se ha venido delineando a lo largo del presente trabajo, el positivismo jurídico es una postura doctrinal extrema, reduccionista al fenómeno de creación de la ley. Llega al extremo de identificar Estado y derecho, estableciendo un culto absoluto a la norma jurídica, siendo ésta la última instancia de validez, con independencia de su contenido, tal y como lo sintetiza el jurista argentino Carlos Nino, que señala que se concibe al derecho... “como puramente cognoscitivo y axiológicamente neutral ... con exclusión de toda proposición valorativa, meramente con validez

³⁰ JOLY Maurice., *op. cit.* p. 79.

³¹ KELSEN Hans, *op. cit.* pp. 285 a 321.

formal ... para ser una genuina ciencia y mantener su pureza frente a consideraciones ideológicas o morales...”³² quedando así excluidos del fenómeno jurídico los elementos axiológicos, psicológicos y sociológicos;

El jurista positivista puro se considera aséptico, ya que racionalmente no pueden demostrarse los juicios valorativos por estar rellenos de emotividad.

El fundador del positivismo extremo, en principio, niega que la idea de Justicia se pueda definir por medio de valores absolutos y expresamente proclama que éstos “... no son mas que fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social...”³³

Tales pensadores han arribado a la conclusión que se trata de algo inútil “...por eso, muchos filósofos y juristas han pensado que la indagación sobre la justicia es una labor estéril, puesto que los hombres nunca se han puesto de acuerdo acerca de qué es lo justo y qué lo injusto...”³⁴

Dentro de esta corriente únicamente se considera científico el estudio, sistematización y aplicación de la ley, considerando que se trata de un sistema acabado, es decir, que permite la solución de todos los problemas que finalmente se planteen al juzgador, y en el mejor de los casos, los principios generales del derecho serán en último extremo integradores de la norma jurídica (logicismo jurídico). Dicho sistema, en forma gráfica, se reduce al aforismo de que “el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley”³⁵

Así, el positivismo jurídico es una construcción dogmática que concibe al derecho como un conjunto de normas de comportamiento, de sistemas y estructuras, pero vacíos de contenido, en que no se admite que exista un derecho superior ni criterios de valoración del derecho. El derecho positivo tiene tres vertientes, a saber: a) como objeto de estudio, distinguiéndose así el derecho real del derecho ideal, centrando su objeto en el ser del derecho creado, que establece un deber

³² NINO S. Carlos, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 3ª ed., México, Fontamara, 1999, p. 26.

³³ KELSEN Hans, *op. cit.* p. 46.

³⁴ RIDDALL J.G., *Teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 26.

³⁵ MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, 3ª ed., México, FCE, 1997, p. 72.

ser, de carácter a-valorativo, aséptico, desprovisto de toda concepción metafísica; b) como teoría concepción creadora del orden jurídico por el poder soberano, que se impone mediante la coacción, así es el Estado quien tiene el monopolio; es la supremacía de la ley sobre cualquier otra fuente del derecho; es un sistema pleno, es decir, suficiente, reduciéndose la actividad del Juez a un silogismo lógico exclusivamente (si a es b, entonces, c), llegándose a identificar Estado y derecho, y c) como ideología de justicia, identifica justicia con legalidad, ante el deber moral del ciudadano de obedecer todo mandato emanado del Estado; creencia en ciertos valores exclusivamente positivos, por el solo hecho de existir; positivo es equivalente a justo, así como validez formal (desprovisto de toda metafísica moral de valor), constituye una obediencia a la regla *per se*, que es la obligación moral de obedecer la norma legal.

Como teoría, concibe un sistema jurídico cerrado, en donde el orden jurídico es un todo, es decir, un sistema que posee el atributo de la integridad, carente de lagunas y coherente, lo que excluye antinomias, esto es, en su aspecto más radical, es un sistema lógico cerrado dentro del cual es posible deducir de normas predefinidas, usando medios lógicos, decisiones correctas, sin necesidad de hacer ninguna referencia a finalidades sociales, tendencias políticas, principios éticos, etc.

Como ideología, es una exaltación estatal, que es el supremo portador de los valores. La máxima de este sistema es la aplicación de la legalidad, del orden y de la certeza; el juez es fiel aplicador de la ley, cobrando carta de ciudadanía el codicismo o interpretación mecánica de la ley; es una postura monista; se establece el dogma de la plenitud del orden jurídico. Decimos que es reduccionista, pues la norma justa es la norma válidamente expedida y el gobernado debe someterse a esa razón artificial (a diferencia del jusnaturalismo que sostiene la teoría de la obediencia pasiva o condicionada); la discusión entre moral y derecho es irrelevante “...el derecho deja de ser únicamente normas, su diferencia con la moral pierde el carácter de ser la diferencia definitoria, y con ello, el derecho ha quedado instalado junto a la moral, en el nivel de todos los demás discursos existentes en la sociedad...”³⁶ Así, para el paradigma legalista, el valor supremo es la formalidad de la ley.

³⁶ CORREAS, Oscar, *crítica de la ideología jurídica. Ensayo socio semiológico*, México, UNAM, 1993, p. 10.

1.5. EL BINOMIO NECESARIO LEY Y JUSTICIA

Es evidente que el derecho es el objeto de la justicia;
El derecho se ha llamado así porque es justo.
SANTO TOMAS DE AQUINO

Preocupación constante de los juristas es encontrar el fundamento de validez de las leyes que interpretan y aplican. Un gran número de estudiosos ha recurrido a buscar este fundamento fuera del propio sistema legal al que pertenecen: característica que permite agrupar a una gran diversidad de autores bajo una sola connotación, que son todos los que admiten dos órdenes jurídicos con distintos fundamentos de validez; estas doctrinas que admiten el dualismo normativo se les conoce como jusnaturalistas.

Para dichos filósofos, la causa eficiente o fundamento de validez del derecho natural debe buscarse en el propio concepto, esto es, la ley debe estar dotada de validez intrínseca; la justicia debe formar parte de su contenido, lo que es independiente del reconocimiento estadual o de su eficacia social. Una ordenación “natural”, “es una ordenación no basada en la voluntad humana, no creada ‘arbitrariamente’ sino dada ‘por sí misma’”; en algún modo “objetiva”, es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo, pero no obstante, accesible al hombre, como hecho fundamental; susceptible de ser conocida por el hombre como hecho fundamental; es puntual la comprobación de ese binomio necesario en el pensamiento de Villoro Toranzo, cuando afirma: “... el derecho natural, son las exigencias de carácter moral que clama por revestirse de derecho positivo en esa misma sociedad, o que ya se incorporaron, y que animan su derecho positivo...”³⁷

La ley natural resulta del ejercicio de la razón; es tan invariable como la naturaleza misma del hombre; surge del interior, es su esencia misma, pero no podemos concebir uno sin el otro: El derecho natural y el positivo son concomitantes, ya que donde exista sociedad o grupo humano, hay producción de derecho; Este fenómeno social es como la atmósfera o la electricidad, que aun cuando no la vemos,

³⁷ VILLORO, Toranzo Miguel, *Teoría general del Derecho*, México, Porrúa, 1999, p. 9.

sabemos que existe, lo percibimos; así, respecto del derecho y la justicia, sabemos que existen situaciones que exigen su presencia y distinguimos entre las reglas concretas, establecidas en un tiempo y espacio dado y por otra parte, que esas reglas sean razonables y rectas, pues ello atiende a las tendencias innatas del ser humano hacia la justicia, en una conjunción inseparable.

Al ser el hombre un todo integral, “...no es únicamente su razón o sus sentidos los que se enfrentan a la experiencia jurídica...”,³⁸ sino que además, se cuestiona si determinada solución es la respuesta justa, lo que hace ingresar a otra dimensión, en que decida si esa norma o sentencia, corresponden a la excelencia moral, juicio que se hará no necesariamente sobre cada precepto o artículo, sino que podrá ser sobre la ley o resolución en lo general, siendo ésta una dimensión legitimadora al poder afirmar que una norma no solamente sea formalmente válida, sino también moralmente justificada.

No perdamos de vista que los principios del derecho natural fueron plasmados en las Constituciones de los Estados modernos de los siglos decimotercero al decimonónico, como principios normativos fundamentales, y más que uno sólo, tenemos muchos derechos naturales, hoy cristalizados en nuestras leyes, en que más que un derecho perfecto, es un ideal de justicia, bastando citar al respecto la introducción a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, promulgada el día 4 de julio de 1776: “Sostenemos que estas verdades son evidentes por sí mismas, que todos los hombres son creados iguales, que han sido investidos por su Creador de ciertos derechos inalienables... que para asegurar tales derechos, los gobernantes han sido instituidos entre los hombres, cuyos justos poderes derivan del consentimiento de los gobernados...”.

Históricamente, se ha manifestado como una defensa para la limitación del poder, armonizándolo con la dignidad y libertad del individuo; es además, útil para comprender e interpretar el derecho positivo y una válvula de escape del *jus strictum*, pues igualmente juega un papel legitimador de las instituciones del derecho positivo y de recomposición de la unidad ética de occidente, apelando a lo que de común queda de los hombres.

³⁸ *Ídem*, p. 22.

Este juicio racional e intuitivo obedece a una exigencia de humanizar al derecho, en su conocimiento y en su aplicación, para acercarlo al ideal de justicia; es colocarle rostro al mendicante de la justicia; transformar al hombre masa de un número, o de un axioma lógico jurídico, en una persona que se encuentra inmersa en una circunstancia dramática, de la cual penden valores trascendentes; La convicción en el jusnaturalismo es afirmar que no se trata del derecho por el derecho mismo, sino que la razón de ser es brindar soluciones justas ante problemas concretos de la realidad histórica, pues no se trata de mantenerse en un plano meramente teórico como las recetas de un médico que todavía no benefician al paciente, sino por el contrario, la conformación de tres facetas necesarias: 1) valor 2) hecho 3) norma, al través de una experiencia integral que permita armonizarlas correctamente; “ El derecho natural es un conjunto de primeros principios éticos, muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas de derecho positivo”.³⁹

La moral no puede desvincularse de este proceso, ya que ésta es definida como “... todo aquello que concierne a las conductas humanas, libres y racionales, cuanto se dirigen a la realización de los fines últimos del hombre...”⁴⁰ de ahí resulta evidente que el derecho tiene calificativo de realidad moral, toda vez que los derechos humanos tienen carácter de eternidad y universalidad, ya que... “no emanan de los hechos de la existencia, sino que preexisten a la situación humana...”⁴¹

Me llamó poderosamente la atención que el autor más representativo del juspositivismo admita implícitamente criterios valorativos, esto es, evidentes referentes a un orden superior, al reconocer, después de una erudita deliberación, que “... la regla de oro, es que hay que actuar con los demás del mismo modo que quisiéramos que ellos actuaran con nosotros. Lo que todos esperamos de los demás es que nos hagan felices, lo que no queremos es que nos hagan infelices...” que se traduce en “... haz felices a los demás, no los hagas desgraciados...”, así como que “... no habría problema de justicia si nadie dañara a otro...”⁴² los cuales son claros principios del derecho natural y valores necesarios del quehacer jurídico, como

³⁹ BOBBIO Norberto, *op. cit.* p. 70.

⁴⁰ VILLORO Toranzo Miguel, *op. cit.* p. 56.

⁴¹ RIDDALL J.G., *op. cit.* p. 176.

⁴² KELSEN Hans, *op. cit.* p. 53.,

son los principios generales del derecho, al reconocer el austriaco expresamente que la justicia, "... para mí se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia ...",⁴³ luego, al hacer referencia a la axiología, se confirma palmariamente que no es posible vaciar de contenido al fenómeno de creación y operación de la norma. En sus brillantes elucubraciones, pronuncia una profecía, llena de sentido común: "...La pereza y la estupidez no desaparecerán completamente ni siquiera en una comunidad socialista, y que serán ahí mucho más peligrosas para la comunidad del orden establecido que en el Estado capitalista...",⁴⁴ no pueden dejar de hacernos reflexionar sobre los valores de diligencia, prontitud, eficiencia, honradez que sólo pueden ser encarnados por seres humanos y que es éste el elemento fundamental en el crecimiento y desarrollo de una sociedad, pues el solo fenómeno normativo no hace *per se* a las sociedades, sus leyes y sus sentencias justas, sino que dependen de la actualización de tales valores.

Aun cuando pareciera irreconciliable la adopción de cualquiera de las posturas expuestas, no podemos dejar de considerar la lapidaria contestación que emite al respecto Eduardo García Maynez "... El entuerto sigue siéndolo, aun cuando aparezca revestido de formas legales..."⁴⁵

Estos valores morales obligan y deben ser considerados por el legislador, por ser propios de la naturaleza humana, por ejemplo, su apetito social, el deseo de no ser dañado, el amor a la libertad, el goce tranquilo de todos los derechos, el instinto de conservación, el anhelo a su independencia, a prolongar y elevar el nivel de vida, a brindarle culto al creador, a la felicidad y a la trascendencia, entre otros, que son verdades de razón, permanentes, indelebles y que atienden finalmente a justas exigencias del entendimiento humano; autores contemporáneos que han efectuado una seria y acuciosa reconsideración del derecho natural en términos actuales, como el americano John Finnis, citado por Riddal, los sintetizan en siete valores básicos de la existencia humana, que son, a saber, 1) el conocimiento de la verdad,

⁴³ *Idem*, p. 63

⁴⁴ *Idem*, p. 167

⁴⁵ GARCÍA Maynez E., *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*; México. Fontamara, 1995, p 128.

2) la vida, 3) el juego, 4) la experiencia estética, 5) la amistad, 6) la razonabilidad práctica y 7) la religión. De estos igualmente se desprenden principios básicos tales como “haz a los demás lo que quisieras que ellos te hicieran a ti”, o el de “una vez asumidos los compromisos generales, no los abandones a la ligera”; “ser fiel a los propios objetivos”, etc. En ese orden, se encuentran entrelazadas las exigencias de la razonabilidad práctica, formando el contenido del derecho natural, y por ende, las leyes positivas debieran ser aplicaciones de las exigencias de ese entendimiento universalmente válido, partiendo del principio de que la ley injusta no es ley, y a efecto de que “...las leyes descansen en la necesidad del bien común, pues de lo contrario, carecen de autoridad, y en consecuencia, no existe obligación moral de obediencia...”.⁴⁷

De esa guisa, aun en las denominadas “materias duras” del derecho, encontraremos una invocación de tales principios, como lo señaló el predecesor del actual presidente de la Corte, al señalar que el juzgador debe ser imparcial, entendiendo por tales: “Aquél que no está implicado en una disputa, alejado, ajeno a ella; paradójicamente, tener que resolverla autoritariamente, activa, beligerante, interesada en hacer justicia ... acto de voluntad reiterado y constante...” haciendo referencia a la definición clásica de Justicia de Ulpiano, citada con antelación de “constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, y “decidiendo conforme a la ley, respecto del derecho en litigio...”,⁴⁸ lo cual evidencia una invocación de los valores que deben regir la actuación de los tribunales.

Incluso, autores profanos sostienen con convicción “...creo que los pueblos, para ser felices, menos necesidad tienen de hombres geniales que de hombres íntegros...”,⁴⁹ que aplicado al papel del operador de la norma no deja lugar a dudas de la apelación a los valores eternos de la probidad y buena fe. Los principios filosóficos son los que deben presidir los cauces del desarrollo humano, reafirmandose el derecho como un instrumento efectivo para la convivencia humana, dentro de la dimensión de la justicia, aceptando al ser humano con todas sus facultades y dirigir al derecho hacia su verdadera razón de ser, pues : “la dimensión moral del

⁴⁶ RIDDALL J.G., *op. cit.* p. 171.

⁴⁷ *Idem*, p. 174

⁴⁸ GÓNGORA Pimentel G., *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 344.

⁴⁹ JOLY Maurice, *op. cit.* p. 57.

derecho sirve de núcleo de una estructuración de una noción integral del derecho y de la experiencia jurídica, que debe corresponder a ella...”⁵⁰ y entiéndase que la visión moral no es exclusiva del misionero, del moralista o del visionario, sino del estudioso del derecho, pues los valores que se preconizan se concretizan en cada una de las relaciones y soluciones humanas; ya que de lo contrario, queda el derecho como mera forma desprovista de contenido.

No se trata de lo justo abstracto, sino de lo justo concreto; La función del jurista consiste en brindar soluciones, no meras entelequias, por tanto, el derecho nace, es elaborado, fluye y transforma la realidad a la que se propone reordenar, se trata de propuestas de soluciones que se apeguen a ese valor supremo, que en último término favorecen el desarrollo integral del ser humano, ya que se originan en el orden natural de las cosas, pues como afirma Santo Tomás de Aquino, “cierto es que la justicia está en los actos y que lo bueno se compara con lo justo, como lo general con lo particular...”⁵¹

En la célebre obra *El elogio de los jueces*, del brillante abogado postulante Piero Calamandrei,⁵² igualmente se trasluce el binomio inseparable de ley positiva y su dimensión ética, ya que los problemas variados y cambiantes así como las exigencias que presenta la realidad deben solucionarse con base en esas constantes del derecho, sin que podamos quedarnos con la mera experiencia empírica o sintética del derecho, pues equivaldría a vaciarlo de contenido; Ambos se complementan, ya que la esencia de las cosas no se puede verificar tan sólo con la experiencia, puesto que no todo lo natural es justo: “la simple observación de la naturaleza de las cosas, es incapaz de sugerir soluciones...”⁵³ por lo que deben proponerse nociones apriorísticas del derecho, que proceden de un prolongado contacto de un ser inteligente con determinado medio ambiente, y que, producto de la inteligencia, se intuyen constantes que lo conforman, y así tenemos, ... por un lado, la naturaleza de las cosas, y por el otro, el orden moral de la justicia.⁵⁴

⁵⁰ VILLORO Toranzo Miguel, *op. cit.* p. 59.

⁵¹ AQUINO Tomas de, *op. cit.* p. 79.

⁵² CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, 8ª ed., México, Orlando Cárdenas Editor, 1990, p 162.

⁵³ *Idem*, p. 117

⁵⁴ *Idem*, p. 103

El juspositivismo aislado, “depurado”, es sólo una faceta de la realidad, ya que además de la experiencia empírica, y de la inducción, lo que reafirma el binomio necesario, pues “...el hombre adquiere conocimientos por abstracción, por intelección, por deducción, por analogía, por acto ideatorio”.⁵⁵

No se puede válidamente soslayar la dimensión moral del derecho; “ninguna ley puede considerarse válida si contradice los principios básicos de la moralidad ...”.⁵⁶ Las constantes de justicia, son el meollo de las soluciones jurídicas; Las diferentes concepciones del derecho (voluntaristas, racionalistas, positivistas, realistas, empiristas), son visiones parciales; la teoría integral es la que se apoya en la dimensión positiva y moral del derecho, donde se puede desarrollar auténticamente el hombre, con mayor apertura, cuya opción fundamental es el amor, como una orientación fundamental y vital de confianza o de clausura; todo ello supone un ejercicio de voluntad, ya que “...ni la justicia hace de una norma moral una norma jurídica, ni la injusticia supone que una norma jurídica deje de serlo...”⁵⁷

El positivismo jurídico encuentra a uno de sus mejores detractores en el italiano Norberto Bobbio,⁵⁸ quien establece que deben distinguirse tres aspectos característicos en la presentación histórica de esta escuela: el positivismo jurídico es, en primer término, una manera especial de abocarse al estudio del derecho; En segundo lugar, representa una concepción específica de este último y, en tercer término, constituye una ideología *sui generis* de la justicia.

Aun y cuando podemos distinguir la existencia de un derecho vigente (promulgado por el legislador), el intrínsecamente válido (que es negado por los iuspositivistas, pues no aceptan la contrastación de la norma con ningún otro orden), y el eficaz (que se cumple en la realidad), sin que adviertan dichos pugilistas que “...la pugna entre el derecho positivo y el derecho natural, queda superada al coincidir en un solo orden jurídico, los atributos de validez intrínseca, de validez formal y de positividad...”⁵⁹ es decir, en la medida que se cree oficialmente un orden

⁵⁵

⁵⁶ RIDDALL, J.G., *op. cit.* p. 110,

⁵⁷ *Idem*, p. 25

⁵⁸ BOBBIO, N., *op. cit.* p. 37,

⁵⁹ GARCÍA, Maynez Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México, Fontamara, 1995, p 177.

jurídico que consagre los anhelos de justicia y presente coincidencia entre la norma estatal y los valores fundamentales, “...el poder revolucionario deja de ser campeón de la justicia, para transformarse en defensor de la legalidad...”.⁶⁰

Aun dentro del juspositivismo encontramos posiciones menos radicales de las enunciadas con antelación que no niegan que los jueces puedan hacer referencias a fines sociales, tendencias políticas o juicios de valor, sólo que la exégesis de los preceptos vigentes o la integración de sus lagunas pueden hacerse a la luz de principios o estimaciones que no contradigan el espíritu del sistema o resulten incongruentes con el trasfondo axiológico de éste, lo que confirma una verdad evidente, y es que en los hechos, el orden jurídico no resulta autosuficiente para resolver cualquier caso concebible, por lo que a querer o no, los factores valorativos, las convicciones intuitivas y la razón tienen un papel crucial en la deliberación moral “... existe una necesaria dependencia entre la tarea judicial y la adopción de posturas axiológicas, encontrándose compelidos a asumir posiciones de índole valorativa...”.⁶¹

No obstante la notoria conjunción, podemos observar que a los doctrinarios del derecho se les etiqueta, bien como juspositivistas o jusnaturalistas, en cualquiera de sus modalidades, colocándoseles, necesariamente, en una u otra postura, que al parecer son irreconciliables; a pesar de ello, renombrados juristas como el ya citado, se niegan válidamente a tomar posición, defendiendo la existencia de los valores últimos del derecho, la libertad de conciencia, la integridad y la calificación de la norma, señalando expresamente: “...el alistamiento en uno u otro bando es, a menudo, fruto de una elección irracional y no de una reflexión meditada...”.⁶²

Una de las claves para entender que no se trata de dos bandos antagónicos, es comprender que el jusnaturalismo no representa un juicio crítico externo sobre un orden jurídico determinado, sino más bien un ingrediente imprescindible del mismo, ya que las posturas extremas del positivismo son una ofensa a nuestra inteligencia (por ejemplo, las afirmaciones dogmáticas que rezan: “las órdenes son órdenes”, “ante todo se ha de cumplir la voluntad del poder, por injusto que nos

⁶⁰ *Ídem*, p 178.

⁶¹ NINO S, Carlos, *op. cit.* p. 96.

⁶² BOBBIO Norberto, *op. cit.* p. 10.

parezca el contenido...”, sin que puedan considerarse como jurídicamente válidas las normas absolutamente injustas, lo cual implica un compromiso moral de coherencia de los funcionarios públicos.

Así pues, las máximas del positivismo, que se sintetizan en “que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley”, resulta extrema, ya que los propios principios del derecho pueden estar expresados en una ley, y entonces dejan de serlo, y el juez deberá fallar en base a los principios de plenitud y coherencia del derecho y en caso de antinomias, el juez tiene a su alcance un amplio campo discrecional de interpretación del derecho, que va desde el gramatical o filológico, sistemático, histórico, sociológico, teleológico, analógico, el de contradicción o reducción al absurdo, etc., y que en todo caso le permite resolver como lo haría un buen padre de familia, es decir, atendiendo a la equidad.

En efecto, el positivismo suprime el valor justicia, ya que no permite una valoración de la norma, puesto que la máxima extrema es que la ley positiva es válida sólo si es justa y no puede ser justa sin ser válida; ante este dogmatismo legal, el citado doctrinario responde que “...ningún jurista puede sensatamente rechazar la exigencia de una crítica de las leyes, de las que ha sido portador históricamente, el jusnaturalismo...”,⁶³ ya que dicho planteamiento extremo, impediría una objetiva valoración de las leyes para promover su reforma, y asimismo la cambiante realidad obliga al juzgador a efectuar una adecuada interpretación de la ley, una mejor sistematización del orden jurídico que permita su aplicación a los casos concretos.

Esta manera de concebir al derecho no puede dejarnos del todo satisfechos pues no contesta la interrogante, cuál es la última fuente de la norma, de la obediencia a la ley, pues si no apelamos a una instancia superior nos es imposible dilucidar cuándo se trata de un mandato legítimo y en qué momento se trata del cumplimiento de un “canon de protección” o “impuesto revolucionario”, o el mandato arbitrario de una banda de ladrones a gran escala debidamente organizada, es decir, requerimos la existencia de un respaldo que vaya más allá de las amenazas y del fenómeno de fuerza, ya que “...el análisis de la propia idea de la justicia, es una cuestión filosófica que no puede prescindir de los análisis sociológicos o de

⁶³ BOBBIO Norberto, *op. cit.* p. 85.

otro tipo, pero que está en otro nivel...”⁶⁴ y continuando con la crítica de dicho sistema extremo, resulta que por elemental principio lógico de ubicuidad, si dos normas se contradicen, solo una puede ser válida, ya que “...el derecho no solo se basa en normas establecidas positivamente, sino también en principios; el positivismo es un sistema de normas que olvida la importancia de éstos...”⁶⁵ y que son inherentes a una moral superior.

Bajo esa tesitura, si bien es cierto que el Juez solo puede responder al mandato de la ley, tampoco se le puede considerar que sea un frío y mecánico aplicador de la ley; por tanto, el Juez, al igual que el jurista dogmático, tarde o temprano descubrirá contradicciones en el derecho vigente, y entonces se enfrentará a dos alternativas: a) que derecho es únicamente lo que se encuentra en el texto legal, aun y a pesar de las contradicciones dogmáticas que tengan o b) proclamará que lo contradictoriamente ordenado por la norma legal debe ser corregido, y c) en el extremo, serán los órganos de control constitucional quienes lo declaren formalmente inválido, de acuerdo con los métodos de la dogmática jurídica.

Juristas contemporáneos de talla internacional hacen clara referencia al derecho natural, al describir la forma en que razonan los buenos jueces: “Mas que en los virtuosismos cerebrales de la dialéctica, los buenos jueces confían en su pura sensibilidad moral; y cuando después se ven obligados a llenar con argumentaciones jurídicas las motivaciones de sus sentencias consideran esta fatiga como un lujo de intelectuales desocupados, convencidos como están de que, una vez que aquella íntima voz ha pronunciado interiormente su dictamen, no habría necesidad de tales pruebas racionales”.⁶⁶

O bien, las afirmaciones clásicas hechas por los enciclopedistas franceses que, en el fragmento que a continuación se transcribe, se desprende el binomio inseparable de la ley y la justicia: “El hombre, como ser físico, es, como los demás cuerpos gobernados por leyes invariables; como ser inteligente, viola sin cesar las leyes que Dios ha establecido y cambia las que él mismo estableció”.

⁶⁴ ATIENZA Manuel, *Introducción al Derecho*, 2ª. Ed., Fontamara, México, 2000, p. 332.

⁶⁵ *Idem*, p. 139

⁶⁶ CALAMANDREI, Piero, *op. cit.* p 162.

Como criatura sensible, es presa de mil pasiones. Un ser así pudiera en cualquier instante olvidar a su creador. Semejante ser pudiera en cualquier momento, olvidarse de sí mismo: “Antes que todas las leyes están las naturales, así llamadas porque se derivan únicamente de la constitución de nuestro ser”;⁶⁷ todas ellas son enseñanzas y referencias claras que encontramos aun en las obras de la cultura universal, que no podemos dejar de citar en el cuatrocientos aniversario de su autor, y que son los consejos que dirige Alonso Quijano, el célebre señor de la Mancha, a su fiel escudero antes de tomar posesión del gobierno de la ínsula Barataria:

“...Primeramente, ¡oh hijo! has de temer a Dios; porque en el temerle está la sabiduría, que siendo sabio, no podrás errar en nada...”⁶⁸

Y al referirse a la actuación del juez, deja en claro la magnificencia del jusnaturalismo, al darle consejos sobre la aplicación de la equidad: “no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo y si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia”.⁶⁹

Presencia de anhelos de ideales del derecho, que encontramos en los textos de los juristas del siglo XXI, que señalan los parámetros de un ordenamiento jurídico correcto, al señalar expresamente: “...Un sistema mediante decisiones en las que se puedan conjugar los requerimientos legales de la motivación y la fundamentación, con los valores de la justicia; un método, en fin, apto para lograr la justicia por medio del derecho...”⁷⁰

Con lo cual, el juez sólo debe actuar como tal, en virtud de la protesta constitucional a aplicar la ley, de conformidad con los sistemas de interpretación más adecuados, como es el teleológico, interpretando los valores que esa ley trata de defender y que fueron puestos (positivizados) por un legislador que fue electo por una mayoría de ciudadanos, como lo son de legalidad, legitimidad, autonomía,

⁶⁷ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 14ª ed, México, Porrúa, 2001, p. 5.

⁶⁸ CERVANTES, Saavedra Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, IV Centenario, Madrid, Alfaguara, Real Academia Española Asociación de Academias de Lengua Española, Octubre 2005, p. 868.

⁶⁹ *Idem*, p. 869.

⁷⁰ OVALLE, Favela José; *Tendencias actuales en el derecho procesal civil*, 2ª ed, México, UNAM, 2001, p. 33.

seguridad, bien común, eficiencia, claridad, celeridad, suplencia, certeza, economía, entre otros y por lo cual, la labor del juez debe estar fundada en la ciencia del derecho, esperando que las citas y referencias sirvan para comprobar el necesario e indisoluble binomio desarrollado a lo largo de estas líneas.

1.6. EL JUSNATURALISMO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los contornos del derecho natural se destacan a medida que la razón humana se mejora o bien a medida que la civilización progresa.

RENARD

Buenos Aires, 1947

El Derecho, al ser un producto social, va sufriendo transformaciones a lo largo de la historia, siendo imprescindible ubicarlo en un tiempo y en un espacio determinado.

Profundizando en el tema expuesto, y esperando que este trabajo de investigación, no sea un libro más que adorne las bibliotecas universitarias, así como la privada del autor, es que planteo el marco jurídico de un impartidor de justicia en específico.

Debido a mi formación como abogado postulante y ahora como aplicador de justicia, es que quiero llevar al terreno fáctico esta investigación, parte como innovación para aquél operador de la norma que persigue la estricta legalidad y no atiende a la circunstancias históricas sociales de un acto jurídico para la debida impartición de justicia, dejando inoperante el binomio ley-justicia, conjugación que encuentro totalmente necesaria para el buen funcionamiento de un tribunal, así como para afianzar en aquél el ideal del juzgador que imparte justicia, retomando los conceptos más arcaicos de justicia y legalidad, sin dejar de lado el derecho natural, intrínsecamente válido y vigente en un momento social e histórico determinado.

Teoría que considero debe hacerse extensiva para quienes colaboran con el juzgador a fin de homologar criterios, aceptando opiniones, para así estar en condiciones de obtener el producto final, que son sentencias, además de legales, justas.

Es entonces que a continuación expongo algunos de los lineamientos teórico jurídicos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, relacionados con la praxis de la procuración de la denominada específicamente justicia administrativa que tiene su razón en cuanto a que la normatividad jurídica se ha adecuando a las necesidades demográficas y económicas que determinan la seguridad pública y jurídica en un país que persigue valores propios, tales como seguridad y certeza, igualdad, bien social, orden público.⁷¹

Alfonso Nava Negrete considera que la justicia administrativa es aquella que solamente imparten los tribunales judiciales o administrativos, en el que estos últimos deciden sobre la resolución de controversias jurídicas que se susciten entre particulares y autoridades administrativas por los actos material y formalmente administrativos que éstas dictan, siempre y únicamente ante los dictados de la ley; entonces no es de esta forma posible o correcto decir que hay justicia administrativa en los actos de la administración pública aunque sean justos a pesar de que resuelven el mismo tipo de controversias como acontece con los recursos administrativos,⁷² pues como refiere Gustav Radbruch,⁷³ “no se completó la última piedra del estado de derecho hasta que se colocó el derecho administrativo”,⁷⁴ de ahí que se justifica la necesidad de que exista una atención especial a la justicia administrativa, siendo fundamental que los gobernados cuenten con medios jurídicos de protección y defensa en contra de actos emitidos por las autoridades de la administración pública que afecten su esfera jurídica, sin acatamiento a la ley, pugnándose así por el respeto al derecho de los gobernados, garantizándose la armonía social y, sobre todo, la integridad del orden jurídico, en el que pese a la relación jerárquica de imperio que tiene el Estado frente al gobernado, no haya lugar, por

⁷¹ COLEGIO NACIONAL DE PROFESORES DE DERECHO Y FINANZAS PÚBLICAS, *Justicia administrativa*, México, TRILLAS, 1998, p. 49.

⁷² NAVA, Negrete Alfonso, *La justicia administrativa en México*, México, FUNDAP, 2002, p. 23.

⁷³ RADBRUCH, G., citado por ARMIENTE Calderón en la *Revista No. 10 de la Academia de Derecho Fiscal.*, ver cita en TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA., XII Reunión Nacional de Magistrados., México, Edita. TFJFA. (agosto de 2003). p. 169.

⁷⁴ *Ibidem*.

parte de las autoridades administrativas, a realizar actos arbitrarios que menoscaben y pongan en riesgo esos derechos. Su finalidad es que exista esa certeza de que se le va a proporcionar protección al gobernado, equilibrando los intereses tanto públicos como privados, que se va a impartir una verdadera justicia; de ahí que también se explica la creación de los tribunales administrativos, en razón de la injerencia actual del Estado en la esfera de antaño, considerada exclusiva de los particulares, en aras de buscar la llamada justicia social, viéndose de esta forma fuertemente incrementada la acción estatal en todos los aspectos de la vida nacional, no existiendo casi un área no cubierta por parte de la administración pública, lo que justifica además la creación del propio sistema de justicia administrativa, aunado a un órgano administrativo de carácter judicial con facultad para decidir acerca de las controversias planteadas entre los particulares y la administración pública.⁷⁵

El esquema federal se encuentra influenciado por el sistema de justicia administrativo francés, siendo su primer antecedente en nuestro país la denominada Ley para el arreglo Contencioso Administrativo, promulgada en el año de 1853, misma que tuvo escasa aplicación atenta la situación convulsa que atravesaba nuestro país. Posteriormente, y como mero antecedente histórico, es importante mencionar que durante el segundo imperio se restableció, pero sin tener mayor trascendencia en el foro, siendo que hasta el 27 de agosto de 1936, se crea el Tribunal Fiscal de la Federación, inspirado e influenciado por dichos principios y que se creó rodeado de gran escepticismo sobre su confiabilidad, llegando a considerar que podría tratarse de un “apéndice de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”; sin embargo, el profesionalismo e imparcialidad con el que dictaron los primeros fallos sus precursores consolidaron a dicha institución, en la confianza del foro, funcionando una década sin estar previsto en nuestra ley cimera, pues fue hasta el 16 de diciembre de 1946 que se reformó la Constitución federal para darle cabida, y casi un cuarto de siglo después, la segunda renovación constitucional, que permite a las entidades federativas crear tribunales de lo contencioso administrativo para que diriman con imparcialidad los litigios surgidos entre las autoridades administrativas y los gobernados.

⁷⁵ MARTINEZ, Lara Ramón, *El sistema contencioso administrativo en México*, 3ª ed., México, TRILLAS, 2000, pp. 252 a 253.

El marco jurídico que rige al Sistema Estatal de Impartición de Justicia Administrativa, lo establece en primer término la fracción IV del artículo 116 constitucional, que establece:

IV.- Las constituciones y leyes de los Estados podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

A su vez, la constitución local, en sus artículos 72 y 73, disponen que:

...El Tribunal de lo Contencioso Administrativo estará dotado de plena autonomía y será independiente de cualquier autoridad administrativa; tiene a su cargo dirimir las controversias de carácter administrativo que se susciten entre las dependencias administrativas estatales y municipales con los particulares; tendrá la organización, jurisdicción y competencia que le atribuya la ley que apruebe la Legislatura.

Las leyes adjetivas que rigieron hasta el 29 de septiembre de 2003, los procedimientos, organización, funcionamiento y competencia, fueron la ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Querétaro, promulgada en diciembre del año de 1985, la ley de responsabilidades de los servidores públicos y, aplicado en forma supletoria, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado, pues a partir de esa fecha, se creó la triada de leyes (Ley de Enjuiciamiento de lo Contencioso Administrativo, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Ley Estatal del Procedimiento Administrativo), que vinieron a reformar integralmente el Sistema Estatal de Justicia Administrativa al establecer, por una parte, la ley del procedimiento que establece el catálogo de derechos del ciudadano y la responsabilidad de los servidores públicos, y por la otra, la nueva organización y estructuración del contencioso administrativo, que rige su actuación por una ley adjetiva autónoma.

El amplio espectro de competencia genérica, le permite al Contencioso Administrativo dirimir controversias que se susciten entre los particulares y las autoridades del Estado y de los Municipios, así como de los actos que pronuncien los organismos descentralizados con funciones de autoridad, respecto de actos material y formalmente administrativos.

Dentro de su marco jurídico, debemos señalar que la Ley de enjuiciamiento contempla el procedimiento contencioso administrativo ágil y sencillo dentro de cuyas particularidades destaca, para efectos del presente trabajo de investigación, la afirmación dogmática que las sentencias se fundarán en derecho, en que se examinarán todos los puntos controvertidos sin exceder la *litis* planteada y declarar el derecho aplicable al caso concreto, sin que el juzgador pueda abstenerse de resolver los asuntos planteados, etc., de lo que destaca el principio de suficiencia del orden jurídico analizado en este estudio que sustenta a dichos tribunales que son precisamente de legalidad, es decir, revisores de los actos emanados por las autoridades estatales y municipales que afecten los intereses jurídicos o legítimos de los particulares, estableciendo la ley aplicable al caso, es decir, todo ello dentro del marco formal de la legalidad, recurriendo al núcleo materia de este capítulo, pues al privar la misma esencia jurídica del derecho, se impone la necesidad de vertebrar el binomio estudiado con el derecho fiscal y administrativo.

En este primer capítulo nos enfrentamos a una información contenida en un conocimiento abierto por cuanto a que, la historia sobre tales cuestiones se remonta a la existencia y registro del derecho y una vez obtenida, al haber establecido un hilo conductor para confrontar ambas posiciones y arribar a la premisa necesaria que la contraposición polar es sólo aparente, pues finalmente se trata de partes complementarias de un todo, que se interrelaciona mutuamente. Este recorrido del pensamiento jurídico filosófico en torno al derecho natural y del derecho positivo, motivado en una primera hipótesis que sostiene que los juristas se afilian y etiquetan en una u otra postura, lo cual se vive desde el salón de clases de la licenciatura en cuanto si las respuestas a los problemas planteados se basan directamente en la ley o se recurre a algún otro referente y analizar tales posiciones que en principio son excluyentes y contrarias, para llegar a demostrar, al través del material biblio-

gráfico consultado, que en realidad ese antagonismo es aparente, pues son un binomio necesario ley y justicia y que gracias a su confrontación se logra la evolución de las instituciones jurídicas para que arriben a estadios superiores y con ello comprobar la primera hipótesis planteada a la luz de la doctrina estudiada en este capítulo.