

## JUSTICIA. PHYSIS Y NOMOS. EL DILEMA JURISDICCIONAL

Bonifacio PADILLA GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Justicia abstracta*. II. *Justicia concreta*. 1. *La ley como realización y negación de la justicia*. 2. *Legalidad, legitimación y legitimidad*. 3. *Justicia concreta*.

### I. JUSTICIA ABSTRACTA

Querer definir la justicia sería tan pretencioso como querer definir a Dios. Y de Dios, dijo Maimónides, es más exacto llegar a su concepto diciendo lo que no es que lo que es. Quizá de la justicia resulte lo mismo. Es más accesible su idea por lo que de hecho vemos que no es, que por un concepto afirmativo abstracto. *La justicia, como tal, es una idealidad*. Como idealidad es real en la medida en que se realiza la *apetencia humana* de dar y recibir aquello que a la persona le corresponde. Como idealidad es una falsedad en la medida en que no se satisface plenamente esta apetencia. Además, toda apetencia, aun satisfecha, genera nuevas insatisfacciones. Alguien dijo que el hombre más que ser un animal de necesidades es un animal de deseos. La justicia es una apetencia, es un deseo y como deseo es un deseo siempre insatisfecho. Por eso —irrespetuosamente interpretado quizá de mi parte— tiene sentido en lo literal la Bienaventuranza que refiere al hambre y sed de justicia, pues hambre y sed son deseos, apetencias naturales indefectiblemente renovadas. Siempre existirá la sensación de la injusticia, es más, siempre existirá en este mundo injusticia que debe ser erradicada. La injusticia es esencialmente desorden, apropiamiento de espacios que no corresponden, ambición por el

dominio y el sojuzgamiento del otro, desbordamiento de las leyes o de las exigencias de la naturaleza. El desorden es el pecado original metido en el alma de las cosas. Sin que tal afirmación implique que tal deficiencia esencial no deba ser “redimida” continuamente, en una ascesis permanente como “voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo”.

La ley, cuando es injusta, es instrumento eficaz de sojuzgamiento, de desorden, de injusticia. También el juzgador, incluso frente a una ley justa, puede ser eficaz instrumento de injusticia por la indebida aplicación de aquella o por la distorsión, consciente o inconsciente, que haga de la misma. Y el riesgo de cometer mayor injusticia se da cuando el juzgador tiene mayor jerarquía decisoria. El juez no sólo tiene una facultad, sino fundamentalmente tiene una responsabilidad. Cuando más autónoma es su facultad de decidir, es decir, cuando por los diversos niveles revisores se tiene mayor libertad o ausencia de controles superiores, mayor es su libertad pero mayor es su responsabilidad. Por ello cuando la facultad decisoria se corrompe, por cualquier causa (dinero, influencias, posicionamientos de grupos o individuales, e incluso por la simple satisfacción del “poder de la firma” ...), la corrupción es más reprobable a medida que tal facultad jurisdiccional es superior. Por eso el viejo —pero no por ello necio— Aristóteles afirmó que “la corrupción de lo mejor es la peor de las corrupciones”.

De las definiciones de justicia, la clásica de Ulpiano sintetiza o resuelve o pretende resolver especulativamente el contenido de la justicia: “*Constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*”, “la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que le corresponde”. Pero ¿qué es lo que le corresponde? Aquello que es conforme a su naturaleza. ¿Quién define aquello que es conforme a la naturaleza? *La razón que descubre la naturaleza de las cosas.*

Norberto Bobbio radicaliza su análisis de la justicia y hace el reclamo de que la justicia se sustente precisamente en el respeto a “la naturaleza de las cosas”, y expresa un *doble contenido de “naturaleza de las cosas”*:

1. *Iusnaturalista*: es el respeto a lo que las cosas son desde el punto de vista de una racionalidad que mira los aspectos trascendentes del ser. Lo que más adelante se denominará “physis”.

2. *Positivista* o lo que clasificaremos como “nomos”: es el respeto a la naturaleza de las instituciones jurídicas, el análisis de la sistemática jurídica y sus orientaciones ideológicas concretas, históricas.

Aquí puede abrirse una interrogante para el juzgador, para el que tiene el deber de aplicar la ley y de “hacer justicia”: También implica una toma de posición de mi parte. El juez ¿es un filósofo del derecho o es un aplicador de la razón del derecho contenido en la norma misma, lo que teóricamente denominamos “*ratio legis*”? En este segundo aspecto no lo reduzco a ser un mero y autómatas recitador de preceptos bajo el simple etiquetado de que los mismos son “aplicables al caso”, ajeno al razonamiento jurídico. Parto, además, de un principio consistente en que toda norma positiva tiene un sustrato de racionalidad o de ética racional que debe ser visualizado y aplicado.

El juzgador no es un “iluminado” ni un “profeta” ni un “apóstol de la justicia”, ni tiene frente a sí un código moral emanado de su propia conciencia, pues lo único que tiene frente a sí es un hecho concreto frente a una norma concreta, dada, a veces ya definitivamente interpretada, a veces no. El juzgador no puede hacer justicia fuera de la ley, pues está constreñido por ella, aplica la “razón de la ley”, no la “razón de la propia conciencia”.

El juez interpreta y *aplica normas jurídicas* no normas éticas, pero debe aplicar *éticamente (ética de la racionalidad)* las normas jurídicas, dando la razón a quien la tiene, en un ejercicio prudente de su facultad y deber de *interpretar* y aplicar la ley, siendo la interpretación jurídica *igual a razonamiento jurídico, ajeno al dogmatismo jurisdiccional* tan útil para encubrir incapacidades intelectuales o morales.

En nuestro sistema jurídico, para bien o para mal, no se aplica el sistema anglosajón llamado del “realismo jurídico”, en donde “la creatividad judicial es un rasgo esencial de los tribunales en su actuación cotidiana”.<sup>1</sup> Corresponde al legislador el crear leyes que respondan a la realidad social a la que van dirigidas, permitiendo de este modo al juez encontrar en las mismas la solución más aceptable

<sup>1</sup> CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996.

a los casos que se le presenten, de tal modo que pueda realizarse la justicia con fundamento en la ley.

Aristóteles que veía en la ley la encarnación de la justicia, decía que “la ley es la razón desprovista de pasión”. Pero la razón pura no existe. La justicia pura no es de este mundo.

Parece que las ideas resuelven la vida. Pero es la vida la que trae en trasiego a las ideas. Tales aporías de las ideas están hermosamente expresadas en la *Antígona* de Sófocles. Ahí la “ley inmanente”, la ley que encarna la justicia, es expresada como “*physis*”, como “naturaleza”, como “la justicia de los dioses subterráneos”, como aquello que se impone a la voluntad del gobernante o determinante de la norma jurídica misma a la que se denomina “*nomos*”, derecho positivo producto de la voluntad de quien detenta el poder. “*Nomos*” es el hecho jurídico que se impone como tal.

Por eso Ismene expresa frente al decreto injusto de Creonte que la desautoriza a sepultar a su hermano: “*Si tales son los hechos, quién soy yo para mudarlos, lo mismo si me someto que si me insubordino*”. La persona es ajena al contenido de la norma, prevalece la norma, así no sea conforme a la naturaleza de las cosas. Ya formula, en otros términos, lo que Hobbes expresará: “*No hay ley justa o injusta por naturaleza, sino sólo en virtud de la voluntad del gobernante*”.

No obstante, este hecho positivo, esta norma concreta que se impone, es exigencia racional que la misma se sujete al ideal ordenador de justicia, con vista al bien común, como lo reconoce el propio Creonte: “*Nadie de un hombre puede conocer anticipadamente si es capaz de gobernar o no. ¿Quién su alma conoce? ¿Quién de su interior juzga? Hay que ver cómo reina, cómo imparte la justicia. Para mí aquel que rige un pueblo, con mordaza a la lengua, imponiendo el temor desbordado, es el peor de los gobernantes. Traidor fue, traidor es. Pero tampoco el otro, que prefiere lo que a un ser amado beneficia (interés particular), para mí es un ser cual si no fuera (por el interés colectivo que se protege) ... Porque Zeus nunca favorece al que ama si es enemigo del orden público*”.

*Se confronta así el bien particular con el bien común. Pero en los casos particulares puede subyacer la exigencia de justicia natural, como lo hace ver el Corifeo (el que guía el coro de la tragedia griega, siendo el coro la manifestación de la conciencia colectiva): “En tal*

*asunto el corazón me sugiere que andan de por medio los dioses*”. Cuando tal sucede, *debe prevalecer el principio de justicia que asiste al particular*, la “*physis*”, sobre el principio normativo, “*nomos*”, que en su carácter de generalidad no mira al caso particular, “*porque estas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la justicia que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía yo pensar —dice Antígona— que tus normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer..., son leyes eternas y nadie sabe cuándo comenzaron a regir. ¿Iba yo a pisotear esas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre fuera el que fuera?*”

*Si el principio de justicia asiste a la persona, no debe importar quién sea su detentador ni su condición social.* Creonte, enfrentado a Antígona, pretende justificar su acto, por naturaleza injusto, bajo la circunstancia o accidentalidad de la persona a la que se dirige. Antígona es mujer y, para los griegos, la mujer carecía de valor sustancial: Creonte, al justificarse frente a su hijo, dice: “*¿Qué es la mujer, oh hijo? Un puro placer que envenena la mente y enajena el corazón*”. *Tampoco debe prevalecer el poder formal frente a la exigencia racional de justicia.* Creonte opone su poder cuando dice: “*Aquel a quien una ciudad ha elevado sobre sí mismo y está en el poder, debe ser acatado en lo pequeño, en lo justo y aun en lo injusto*”. A lo que su hijo, Hemón, le responde: “*Padre, son los dioses los que donan al hombre la sensatez y cordura —el don más alto de los dones todos— pero no siempre se habla con la razón*”. Creonte se opone al criterio del joven, por su juventud: “*¿Tendré que doblegarme a ser instruido por un jovencuelo...?*” A lo que Hemón responde: “*No en lo no justo. Joven soy, verdad es, pero no es a la edad a la que debe atenderse sino a la recta manera de pensar*”.

Como ha sido dicho por los teóricos, *se enfrenta la “polis”, a la “cosmopolis”, el pensamiento cerrado frente al pensamiento abierto, la sociedad cerrada a la sociedad abierta. Es la prevalencia del pensamiento libre frente al pensamiento constreñido desde el exterior, en el entendido de que el pensamiento libre no es aquél que se ejerce en destino arbitrario ajeno o indiferente a la verdad, sin compromiso ni sujeción a ella, sino aquél que busca cordialmente la verdad,*

por su propio valor. En estos textos reseñados vemos la oposición del individuo que hace prevalecer la "cosmopolis" a la "polis". A partir de aquí y durante siglos será ésta una idea compartida y debatida por la cultura jurídica occidental que mira a la *igualdad de naturaleza* sustancial entre los hombres.

Pero esta igualación que da la *naturaleza* racional tampoco nos resuelve la cuestión, ni la resolvió para los pensantes griegos. Para unos, todos los hombres están vinculados por una ciudadanía común por su igualdad sustancial. Hipias, en el *Protágoras* de Platón, dice: "Amigos presentes, considero yo que vosotros sois parientes y familiares y ciudadanos, todos por naturaleza, no por convención legal... Pero la ley, que es tirano de los hombres, les fuerza a muchas cosas en contra de lo natural". No obstante, se planteaba que era "natural", es decir, conforme a la naturaleza, que el débil se sujetara al fuerte. En el *Gorgias* de Platón aparece: "Según yo creo, la naturaleza misma demuestra que es justo que el fuerte tenga más que el débil y el poderoso más que el que no lo es". Pero también el derecho es visto como un invento de los débiles e inferiores para coartar la libertad de los más fuertes, lo cual no deja de ser cierto y debe ser así en alguna medida. Por ello se ha dicho que "la naturaleza del hombre es un concepto tan abierto y maleable, que puede decirse que no hay nada que no pueda ser introducido en ella y pueda después ser extraído en forma de argumento".<sup>2</sup>

Si justicia viene a ser la "cualidad intrínseca de los actos ejecutados por y sobre las personas, racionalmente determinados", la justicia es racionalidad. Y racionalidad es campo para el ejercicio pleno de libertad, conforme al axioma: "La verdad os hará libres". El concepto de justicia se liga al concepto de *racionalidad*, el de racionalidad al de *libertad* ejercida racionalmente; la libertad racional al de la realización fáctica de la *igualdad* sustancial entre los hombres. Nada más que, en los hechos, el ejercicio de libertades implica libre apropiación de espacios disponibles, lo cual produce reales desigualdades, siendo aquí donde la ley es ámbito de libertades y de coacciones a la libertad misma, realizando en ambos aspectos —apertura y limitación—, justicia.

<sup>2</sup> WELSEL, H. *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, p. 11.

## II. JUSTICIA CONCRETA

Nos dice la antropología que la sociedad o grupo humano estable tiende a dar seguridad a sus conceptos, a su cultura, a su forma de vida, mediante instituciones que pueden y deben ir transformándose con su propia evolución histórica. También nos dice, y puede ser que nos guste menos, que los hombres primero buscamos seguridades y después libertades. Con la institucionalización se da seguridad, con la evolución continua mejores formas va adquiriendo libertad. La cultura, entendida como conjunto de conocimientos, tiende a institucionalizarse mediante los centros educativos formales, con lo que se pretende conservar lo válido de los mismos y proyectarlos. El hombre busca institucionalizar el amor mediante el matrimonio; la necesidad religiosa mediante las iglesias. Del mismo modo el hombre institucionaliza su afán de justicia en el derecho. La ley entraña, como principio general, unos contenidos socialmente aceptados que especifican la manera en que los individuos pueden y deben comportarse con los demás.

### 1. La ley como realización y negación de la justicia

Al encarnarse la idea, el "logos" de la justicia en el cuerpo de la ley, se institucionaliza. Como toda institución es estratificación. Y como estratificación es inamovilidad. Y como inamovilidad es desfaseamiento continuo del avance de los requerimientos humanos. Y por lo mismo, la ley como norma establecida es, a la vez, concreción y negación de la justicia. Como concreción no podemos negarla; como negación no podemos sostenerla invariable.

Contra el formalismo legal, el reconocido jurista español, Luis Díez-Picazo,<sup>3</sup> al prologar el libro de Wieacker: *El principio general de la buena fe*, nos dice: "El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una fuerte dosis de certidumbre, se desvanece"... Ahí mismo se cita a Puig Brutau: "Sería preciso que en la vida no irrumpieran jamás

<sup>3</sup> Citado por José LÓPEZ MESA, en *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 21.

hechos nuevos para que pudiera existir un derecho cuyo carácter ideal consistiera en estar formulado de una vez para siempre"; a Carbonnier: "El derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta". Y en boca propia López Mesa afirma: "Aplicar ideas rígidas e inflexibles implica casi con seguridad, aplicar inequidades". Pero el propio autor con anterioridad afirmaba: "La solución de 'lege lata', no coincide con la de 'lege ferenda'. Lo que es justo no siempre es lo procedente" y, citando a López Olaciregui, "Cuando la voluntad se aparta de la ley, la ley se aparta de la voluntad, es la represalia del ordenamiento". Tal insoslayable dicotomía sería válida si se pretendiera un derecho inmodificable.

Otra perspectiva de este carácter bifronte de la justicia es que está relacionada tanto con el contenido formal de las normas como con los fines a los que éstas deben perseguir: tratar a las personas de un modo justo significa aplicar *con justeza, en la estricta medida de sus términos y de sus contenidos*, las reglas previstas al caso. Pero también la justicia implica *a los resultados de la aplicación de la norma*: las personas deben terminar teniendo aquello que les es debido. Nos debatimos entre la justicia de una aplicación coherente de las reglas y de la justicia que demanda que las reglas deben ser abandonadas o revisadas si sus resultados son inaceptables. Por ello es preciso no andar todo en las nubes y tratar de acercarnos a este concepto de "justicia", con los pies descalzos, con el acercamiento de la realidad humana a su contenido, el cual, en cuanto más abstracto lo consideremos, menos nos sentiremos obligados por sus exigencias.

## 2. Legalidad, legitimación y legitimidad

Es muy útil ayudarnos en nuestro ámbito de trabajo, para un acercamiento práctico al tema, con tres conceptos íntimamente vinculados: Legalidad - Legitimación - Legitimidad.

La *legalidad* está evidentemente relacionada con la *ciencia del derecho* en sentido estricto. El de *legitimación* con la *sociología del derecho*; y el tercero, la *legitimidad*, con la filosofía ética o política o con lo que acertadamente se trata como *filosofía del derecho*.

- La *legalidad* responde a los procesos mismos de creación de la norma y a sus efectos previstos.

- La *legitimación* es la forma "viva" en que un grupo concreto, en un determinado momento histórico, acepta o rechaza la norma.
- La *legitimidad* es la justificación ética-racional, en mayor o menor medida, de una determinada legalidad o de la legitimación misma; es el aspecto crítico racional y valorativo de los sistemas de legalidad y de los sistemas de legitimación.

## 3. Justicia concreta

La justicia concreta mira a la justificación racional de la existencia misma de la norma y a la de su aceptación o rechazo. La ley y la sociedad pudieran hipotéticamente (como hipótesis de trabajo) considerar "justo" el torturar a un soldado enemigo capturado, pero no por ello ese hecho realiza justicia. La justificación (la justicia históricamente aplicada) del derecho radica fundamentalmente *en la realización de actos concretos, protegidos jurídica y políticamente, que tienden objetivamente a la defensa y fomento de los derechos de la persona*.

Esta definición tan, en apariencia, "definitiva" no puede hacer desaparecer, no obstante, los problemas muchas veces delicados, teóricos o prácticos, de límites, de formas, de interferencias de conflictos intersubjetivos de partes que se sienten ambas que se les debe "hacer justicia", de tal manera que al otorgársele la razón jurídica a uno el otro siente sufrir "injusticia"; donde la ética de la norma puede apartarse de la ética o exigencia racional del individuo; problemas insalvables inherentes a todo sistema jurídico y político democrático.

Cuando hablo de "actos concretos" me refiero a que sólo existe justicia cuando existen disposiciones jurídicas que proclaman o declaran derechos que resultan normas aplicables, cuando se generan las condiciones jurídicas y de hecho necesarias para su real y oportuna aplicación; y cuando efectivamente se aplican.

Con la simple intención de hacer crítica a la norma y así ejemplificar lo antes dicho, y sin desconocer los límites reales de actuación del Estado, cuando la Constitución, por ejemplo, establece "objetivos" o "*metas sociales*" deseables ("Toda persona tiene derecho a la protección de la salud", "*toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa*"; "*toda persona tiene derecho a un trabajo digno y socialmente útil*"...), dichas normas revisten aspectos de legalidad

y de legitimación pero no de legitimidad porque “no hacen justicia”, sino sólo la proclaman. Cuando el ejecutivo —como hipótesis de trabajo— a través de un Decreto desgrava los impuestos a los trabajadores, tal norma del ejecutivo es ilegal porque las normas tributarias y sus excepciones deben ser generadas por el Congreso. No obstante esta carencia de legalidad, puede haber legitimación y legitimidad.

Los postulados declarativos anteriores pueden ir y de hecho van acompañados de las frases: “*La ley definirá las bases y modalidades...*”, “*la ley establecerá los instrumentos...*”, “*al efecto se promoverá la creación de empleos...*”. Nada de esto significa efectiva aplicación de los postulados, ni por sí mismos señalan al correlativo obligado del derecho reconocido a la persona. El reclamo de justicia no es declarar un principio justo sino la real aplicación de ese principio justo. Si adicionalmente a los últimos términos “*la ley define*”, se establecen realmente los instrumentos, con ello se están generando condiciones más próximas a la justicia, pero todavía no existe justicia.

Para que haya justicia debe existir la posibilidad jurídica real, bajo sistemas eficientes, de hacer valer los derechos fundamentales de la persona, lo cual implica:

- a) La existencia de normas que reconozcan, protejan y fomenten aquello que la persona por naturaleza requiere. No se puede desconocer que es el Estado el que tiene la facultad-deber de crear el derecho. De manera que hay justicia cuando el Estado crea el derecho que la persona y la sociedad requieren para su correcto desarrollo.
- b) Asimismo cuando existe la posibilidad real de que cualquier persona, sin distinción alguna, puede actuar, *puede ejercer realmente sus derechos*.
- c) Se exige además la aplicación eficiente de tales normas por parte del Órgano estatal al que corresponde la administración de la justicia.
- d) Deben existir los mecanismos auxiliares, y su fácil acceso, para obligar al órgano impartidor de la justicia a actuar conforme a derecho y la posibilidad, igualmente real, de responsabilidades por la omisión o inexcusable indebida aplicación de las normas.

- e) Debe darse la *garantía de respeto absoluto a la persona* por el ejercicio de sus derechos, sin que pueda ser coaccionada ni directa ni indirectamente por el ejercicio de tal derecho.

Además, el contenido objetivo del derecho o la ejecución misma de los actos para hacer efectivo el derecho, implica o exige que el derecho —la justicia del derecho— y que el Estado —el Estado de derecho— no puede quedar subordinado a la protección de un interés particular propio o ajeno contrario a los derechos fundamentales de la persona.

Como corolario, la justicia encuentra su mejor punto de referencia en el marco de las insuficiencias y no en su proclamación teórica. La justicia no es una abstracción en referencia a un hombre abstracto. La justicia es el actuar ético-racional histórico para el hombre histórico. El hecho del derecho, en su concreción cotidiana (la ley “aquí y ahora”) puede presentar aristas y deformaciones que, eventualmente, nos hagan dudar de la validez del orden jurídico mismo y de los impartidores de la justicia e incluso de la justicia misma, sin considerar que cuando negamos la justicia —por ser una idealidad— negamos la posibilidad de ir la conquistando día a día. Arropados a veces bajo la gran bandera de la perfección proclamada, bajo la fácil premisa del todo o nada, nos negamos a buscarla caminando, así sea a veces con agobio y tropiezos, en el duro camino de esta vida; nos negamos a ir esculpiendo esta hermosísima imagen de la justicia con el golpeteo de cincel de nuestros actos justos, pequeños quizá, pero que, si son fruto de una “*constans et perpetua voluntas*”, serán realmente depuradores y transformadores. Resultará sumamente útil, para el legislador y para todos quienes nos vemos sujetos a la ley, el reflexionar sobre los principios fundamentales que sustentan la justicia, como un faro que nos lleva por el buen camino de hacerla. No resultan útiles ni los héroes del catastrofismo que niegan la existencia de la justicia y que se niegan a hacerla, ni los triunfalistas vacuos que simplemente la proclaman sin sentirse obligados a ir la haciendo. Aquí y ahora, en la medida de nuestras particulares responsabilidades, todos la podemos realizar en una “*constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde*”.