

LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

"Hagamos como los cazadores, mi querido Glaucón, averigüemos el punto donde la justicia debe encontrarse, tomemos todas las medidas para impedir que se escape y desaparezca a nuestros ojos... El lugar me parece oscuro, embarazoso y de difícil acceso. Sin embargo avanzemos... Hace mucho tiempo mi querido amigo, que la tenemos a nuestros pies, y no la habíamos visto. Merecemos que se rían de nosotros como de los que buscan lo que tienen entre manos. Fijamos nuestras miradas allá lejos, en lugar de mirar cerca de nosotros, que es donde está. Quizá es ésta la causa de habérsenos ocultado por tanto tiempo..."

PLATÓN, "La República"

"Misión de la Filosofía del Derecho es también, en segundo lugar, el enseñar en qué consiste la justicia. El concepto del Derecho es una noción parcial que sólo sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad humana frente a otras modalidades y categorías de la voluntad... Pero resuelto este problema, y por encima de él, surge en seguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados... Puede decirse, pues, que la idea (de la justicia) es como la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda presentar en toda su integridad en la realidad sensible."

Rudolf STAMMLER

"Tratado de Filosofía del Derecho" Introducción I.2.

"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 y esclarecedora 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 son injustas han de ser reformadas o abolidas".

John RAWLS, "Teoría de la Justicia" I.1.

SUMARIO: 1. *El problema de la justicia en el siglo XX*. 2. *Término histórico y polémico*. 3. *Término impreciso. La justicia y sus clases*. 4. *Justicia Distributiva, las concepciones modernas en debate*. 5. *Justicia correctiva*. 6. *La necesidad de encontrar una sola respuesta a los distintos problemas de justicia*. 7. *Conclusión*.

1. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN EL SIGLO XX

A Rudolf Stammler, sin duda, le corresponde el mérito de haber rescatado la importancia de retomar en el siglo XX, los estudios sobre la Filosofía del Derecho, para hacer frente a los excesos a los que había llevado el positivismo jurídico, que se perfilaba, a finales del siglo diecinueve, como la visión predominante de explicación del fenómeno jurídico, el cual ponía el énfasis en los particularismos nacionales, en la preponderancia de las experiencias concretas, así como en su carácter coactivo. También para combatir la pretendida necesidad de las leyes económicas que amenazaban desplazar todos los contenidos jurídicos y regir, al amparo de esas mismas leyes, supuestamente *científicas*, el devenir de los estados. De tal manera, con la Filosofía Jurídica se debería retornar la búsqueda de la faceta científica de lo jurídico, elaborando una herramienta conceptual que pudiera distinguir en los fenómenos sociales, aquellos que le dan su peculiaridad y su unicidad frente a otras manifestaciones humanas. De ahí la importancia de estudiar lo que es el concepto mismo del *Derecho* como una noción formal, general y absoluta.

Pero no solo debía ocuparse de esta misión teórica, sino al mismo tiempo y con igual importancia, resultaba inevitable el saber y encauzarse en la pregunta de en qué consiste la *justicia*, que no era otra cosa que el permitir distinguir si son o no legítimos intrínseca y fundamentalmente los dictados de la voluntad contenidos en las normas jurídicas. Es decir, frente a la realidad a la que nos conducía el concepto del Derecho, el tema de la justicia nos dirigía al de su *idea*, esto es, a la posibilidad de armonizar la mente humana de un modo absoluto y general con todas las aspiraciones concretamente históricas que se concibieran. De ahí que este término jugará el papel de brújula hacia donde debería encaminarse el quehacer de los juristas: *la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar en toda su integridad en la realidad sensible*.¹

¹ SAMPER, Rudolf, "Tratado de Filosofía del Derecho", traducción de Wenceslao Roces, Madrid, Reus, 1930, p. 4. Una de las imágenes que siempre, en el tema de este concepto, podemos encontrar a lo largo de la cultura occidental desde sus inicios, es precisamente el de la estrella, como nos lo apunta también se ha tomado como una metáfora del ideal imposible de alcanzar que implica la necesidad que se tiene de él, pero su incapacidad para lograrlo. El origen de esta idea, al parecer, se encuentra en la

Pero la primera mitad del siglo precedente no fue terreno propicio para que el llamado del profesor de la Universidad de Berlín hiciera eco y tuvieron que transcurrir los desastres de las dos guerras mundiales para que se tuviera que volver a plantear este tema. Primero, en el terreno del derecho internacional, posteriormente, en el plano del derecho constitucional y, al final, como la había vaticinado Hegel con su metáfora del vuelo en el crepúsculo de la lechuza de Minerva, en la filosofía jurídica.

En efecto, como nos lo recordó don Antonio Gómez Robledo, al final de la segunda conflagración internacional, el tema estaba ausente en los proyectos que se habían elaborado para la formación de un organismo internacional que pudiera evitar la generación de un nuevo conflicto armado a nivel mundial. Se hablaba de paz, de seguridad, de la libre determinación de los pueblos, pero no de justicia. No se trataba de una mera omisión, sino, por el contrario, de una acción deliberada. En el viejo pacto que formó la Sociedad de las Naciones se había incluido expresamente este término, como una de las tareas principales para la cual se había constituido, pero esa mención no ayudó en nada a evitar la masacre. En ese sentido, se pensaba que se trataba y, no sin razón, de un concepto vago y hasta de una *noción perturbadora*. No fue sino hasta el 8 de diciembre de 1944, cuando el Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro llamó la atención sobre la necesidad de hacer referencia explícita a la promoción de la justicia en las relaciones internacionales, como una condición necesaria para el mantenimiento de la paz mundial. En ese sentido, se tuvo que dar la batalla por parte de los países hispanoamericanos para lograr la inclusión de este término en la Carta de la ONU, como uno de los propósitos a alcanzar por parte de este organismo internacional, así como uno de los principios sobre los que debe basar su actuación, como se muestra actualmente en sus Artículos 1 y 2 (3) valor que se encuentra al mismo nivel de importancia que la paz y la seguridad.²

Más tarde, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana del año de 1949, también incorporó el término *justicia* como un valor relevante en la formación del sujeto estatal, que propicia tanto la paz nacional, como mun-

antigua Grecia, con la tragedia hoy perdida de Eurípides, "*Melampo*". De ahí la tomó Aristóteles en su Ética a Nicómaco, como puede verse en el libro V, 1129b. También esta idea se tomó en el siglo XX, en tono de desprecio y de imposibilidad de encontrar una respuesta satisfactoria a esta interrogante, como lo encontramos en Alf Ross en *Sobre el Derecho y la Justicia: Puesto que la idea formal de igualdad o justicia como estrella polar para la orientación político-social carece de todo significado, es posible abogar por cualquier tipo de postulado material en nombre de la justicia*, traducción de Genaro R. Caró, Exudaba, S.E.M., segunda edición, Buenos Aires, p. 340.

² Véase al respecto, GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, "*Meditación sobre la Justicia*", Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pp. 7 a 9.

dial y constituye el fundamento de los Derechos Humanos, como se dispone en su Artículo 1.

Por su lado, la Constitución Española de 1978, en su preámbulo, señala que la Nación busca con ese documento establecer la justicia, la libertad y la seguridad entre sus habitantes, a fin de promover su bien y, por ello, garantiza la convivencia democrática por medio de leyes que se den conforme a un orden económico y social justo.

Sin duda, se trata de dos textos positivos de máximo nivel, actualmente en vigor, que resaltan la importancia del término que nos ocupa, y está en el origen, fundamento y finalidad de la acción pública que debe inspirar a los estados modernos.

En México, a pesar de la relevante reforma constitucional en materia de los Derechos Humanos del mes de junio del 2011, no hemos logrado introducir el tema de la justicia como fundamento mismo del poder público y de la actuación del Derecho. Si bien en muchas de sus disposiciones aparece este término, se hace para referir, en el mejor de los casos, unos de los fines que deben conducir la educación que imparta el Estado, como se señala en el Artículo 3; pero, sobre todo, se utiliza para referirse a los sistemas judiciales de aplicación del derecho o a nuestro máximo tribunal, por lo que su uso es muy limitado. Tal vez se desprende de la constitución, dada ya su casi centenaria vigencia, el escepticismo con que hemos apreciado a este concepto, habida cuenta que la inspiración de nuestra norma constitucional fue de corte positivista, lo que aún no ha logrado desprenderse del todo.

En el plano de las ideas, no cabe duda que desde la aparición de la clásica obra del profesor John Rawls, *A theory of Justice*, en el año de 1971, se ha colocado el debate del término en las principales universidades del mundo, sobre todo, en las áreas de las ciencias políticas, económicas y sociales, donde hoy día es un término debatido y necesario para apreciar la realidad mundial. Sin embargo, por lo que hace al país y dentro de sus facultades de Derecho, este tema no cobra relevancia ni se profundiza en la abundante obra que ha aparecido. Ante esta situación, habría que preguntarse las razones de dicho descuido y si, sobre todo, resulta necesario incorporarse al debate mundial que hay sobre el tema, como parte indispensable para la formación de juristas, lo que se aprecia que así debe de ser; labor que no puede aplazarse más. En ese sentido, las siguientes notas tratarán de justificar esta necesidad y la importancia de ocuparse nuevamente de los temas de la justicia.

2. TÉRMINO HISTÓRICO Y POLÉMICO

El término *justicia* proviene del latín *iustitia*, con lo cual se le vincula no sólo a una virtud moral, social o política, sino también al propio Derecho (*ius*). Pero en realidad no se sabe bien cuál es su origen. Se ha llegado a pensar que proviene de la raíz sánscrita *ju (yu)* que significa *ligar*, como opinó Santo Tomás de Aquino. Por su parte, Groccio y Vico consideraron que la palabra tenía una misma raíz griega que se vinculaba con Zeus y más tarde, en Roma, con Júpiter, pero también se ha afirmado que la palabra tuvo su origen en el idioma védico *yós* y el avéstico *yaos* que tampoco tienen una precisa significación, pero que se relacionan con el aspecto religioso y, por ello, con la relación del hombre con la voluntad divina, la purificación, la salvación, o la defensa contra el mal.³

En ese tenor, es claro que tuvo un origen religioso y de ahí que en los principales textos antiguos de esta naturaleza aparezca como una forma de evaluar el trato de la persona o el grupo al que pertenece con la divinidad, como se aprecia, por ejemplo, en el Deuteronomio 32,4; concepción que de cierta manera, ha permanecido hasta nuestros días, como se puede apreciar en diversos textos del Nuevo Testamento. También por su origen histórico, se refiere la justicia a una idea de juicio u orientación y de guía para la actuación de los dioses y de los hombres, como se aprecia ya con Hesíodo y Homero, por medio de la divinidad Temis, consejera de Zeus, no necesariamente en tono conciliador o pacífico, sino que, algunas veces, incluso para provocar guerras, como la de Troya. De ahí que en su connotación inicial, no necesariamente tenía ese matiz ético que posteriormente vino a unírsele.⁴ De la relación Zeus y Temis, nace Dike, la diosa de los juicios y hermana de la verdad, quien será la encargada de resolver las disputas entre los hombres.

De su nacimiento mítico y religioso, pasa al terreno de la poesía, donde también alimentó el espíritu de la sociedad griega. Tan importante fue este medio de comunicación humana, que el propio Platón, en su *República*, pone en voz de un poeta, el primero que cantó al hombre común y no a los héroes ni a los dioses, como lo fue Simónides de Ceos (556 a.C.-468 a.C.) la original definición popular, seguramente muy difundida en esa época, de lo que se entendía como *justicia* y sobre la cual habría que iniciar la especulación ra-

³ En Homero pueden encontrarse pasajes al respecto como lo es en la *Iliada*, XVIII, o en la *Odisea*, VI, IX o XIII.

⁴ DEL VENCIO, Giorgio, "La Justicia", traducción de la tercera edición de Francisco P. Aplaza, Buenos Aires, Ed. Despalma, 1952, pp. 3-4.

cional que nos permitiera desentrañar su sentido. Para este poeta, su correcto sentido obligaba a los hombres a decir la verdad y a devolver a cada uno lo que de ellos se ha recibido, esto es, lo que le es *debido*.⁵ Nótese cómo ya esta inicial definición, a pesar de su antigüedad, sigue vigente hoy en día como una concepción común compartida de que lo debe entenderse como justo.

Si somos fieles a las enseñanzas de Platón, fue Sócrates el primero en intentar definir en el terreno racional y científico lo que es la justicia, al parecer, sin mucho éxito; pero sí reconociendo la dificultad que tenemos para llegar a su adecuada comprensión y necesidad de adentrarse en su estudio, debido a que su ejercicio producía la virtud moral de quien la practicaba, lo que se traducía, en el plano social, en la felicidad de los gobiernos en donde imperaba.

En la continuación de esta tarea, Platón pone el énfasis en que hallar el verdadero significado del término permitiría revolucionar a las ciudades estados griegas, pretendiendo vincular acción política con conocimiento racional. La regeneración de las polis sólo podría llevarse a cabo si también se transformaba a los individuos que las conformaban, de ahí que en su obra la *República*, todavía encontramos un significado individual y otro social del término, que se irá perdiendo posteriormente. En ese sentido, el conocimiento de lo que es la justicia social, nos permitirá conocer lo que es la individual, dada sus similitudes. Así, en el nivel de la comunidad política, la cual está necesariamente estratificada en tres niveles sociales, como son los agricultores y trabajadores en general, los guerreros y los gobernantes, la justicia consiste en que cada miembro de la comunidad realice lo que tiene el deber de hacer dentro del segmento al que corresponde y que está de acuerdo con su naturaleza, por lo que debe ejercitar la virtud que le es propia a cada uno de esos niveles, como son la fortaleza, en el caso de los soldados; la templanza, para el pueblo en general y la sabiduría para los dirigentes.⁶ A nivel individual, la justicia no es otra cosa que una armonía interior, en donde cada una de las partes del cuerpo y del alma realiza lo que le es propio y en concordancia con la razón. Sólo de esta manera el hombre alcanza su armonía y, por ello, se hace dueño de sí mismo, estableciendo el orden y la concordia entre las distintas partes de su ser.⁷

Figura señera en el tema lo es, sin duda, Aristóteles, quien alcanzó, y conservar al día de hoy, los más grandes avances en su estudio. Apunta en primer lugar, que el saber cómo actuar requiere de una ciencia particular práctica

⁵ Platón, *República*, 331d.

⁶ *Op. cit.* 433c.

⁷ *Op. cit.* 443e.

que nos ayude a dilucidar de manera racional los fines humanos, y entre todos ellos, los que nos permitan escoger los mejores que produzcan en nosotros la felicidad;⁸ no estando separada la ética de la política, debido a que para contar con buenos gobiernos, como lo había señalado ya su maestro, se requiere antes, de buenos ciudadanos, por lo que no se puede lograr lo segundo sin que hayamos atendido al primero, cuestión que en estos días se pasa por alto en el debate de los problemas políticos.

Señala que en realidad este concepto es de tipo *relacional*, es decir, que para su existencia se requiere, por lo menos, de dos personas conectadas entre sí y sobre el cual se pueda evaluar la actuación de ellas. Como veremos más adelante, esa relación puede ser de tipo horizontal o vertical, dependiendo del plano en el que están colocados los individuos. En este sentido, la orientación hacia el otro, como lo indica John Finnis,⁹ es uno de los rasgos característicos de esta virtud moral, por ello, está fuertemente vinculada al Derecho como ramas de estudio que analizan precisamente ese tipo de relaciones. El segundo elemento es la nota del *deber hacia el otro* que se deriva de esa relación, es decir, la acción u omisión que debemos desplegar hacia esa otra persona, y que en el terreno ético generaría el deber o la obligación moral y en los tiempos modernos la generación de un derecho individual. El tercer elemento sería la *igualdad o proporcionalidad*, como lo trataremos más adelante.

De hecho, como lo han apuntado los críticos modernos, a pesar de que estos tres elementos se encuentran siempre en el concepto de justicia, no bastan para alcanzar un conocimiento pleno de su sentido, por lo que, a pesar de ellos, la palabra sigue, para esos críticos, siendo hueca, al no saber en cada relación humana, el tipo de igualdad que *debe* aplicarse, por lo que es insuficiente la detección de estas tres notas. Otras importantes ya resaltadas por este gran filósofo y que siguen vigentes al día de hoy, consisten en que para que se pueda hablar de este término, como de cualquier virtud moral, debemos presuponer la idea de que el hombre es libre y que, además, es responsable moral y socialmente de sus actos. Sólo con el requisito de que el hombre puede actuar voluntariamente y decidir entre distintas opciones de

⁸ Respecto de este tema de la felicidad, que en griego era identificado con la palabra "*eudaimonia*", se ha discutido su posible concepción moderna, la cual no se puede identificar con nuestro sentido usual de la palabra "*felicidad*", sino más bien con la idea de una vida buena, es decir, apegada a las virtudes morales y por lo mismo, no como una buena vida, en donde abunden bienes materiales o ausencia de dolores.

⁹ Sobre estas notas puede verse FINNIS, John, *Ley Naturales y Derechos*, traducción de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abelardo Perrot, pp. 191-ss.

conducta se puede hablar de justicia y de que la misma se pueda alcanzar de manera consciente y voluntaria, ya que no existe si no se ha procurado ese resultado, notas que encontraremos en definiciones posteriores.

El estoicismo es una filosofía muy importante para entender el desarrollo posterior que sufrió este término y su vinculación definitiva con los temas jurídicos, sobre todo, por el influjo que ejerció en el Imperio Romano, de ahí al cristianismo y al pensamiento escolástico. Ya su fundador, Zenón de Citio, había señalado que el hombre debía vivir de una manera coherente, con base en un solo principio, porque lo diverso y contradictorio volvía desdichadas a las personas y dicho principio no era otra cosa que el que ordenaba el que se debía vivir conforme a la "naturaleza", lo cual significaba que se debía vivir de acuerdo con la virtud, lo que a su vez nos remontaba otra vez a la naturaleza.¹⁰

Posteriormente, en Roma, Cicerón se refería a una sola ley eterna e inmutable y, por lo mismo, común para todas las naciones y los tiempos; la cual era conforme con la naturaleza del hombre, la que no podía cambiarse por otra, ni era posible derogarla o abrogarla.¹¹ Cicerón apuntaba que las obligaciones morales u honestas que tienen las personas con otras surgen, siguiendo a Platón, de la sabiduría, la templanza, la fortaleza y la justicia, entendiendo esta última como el dar a cada uno lo que es suyo.¹² Tal es el espíritu que encontramos en la famosa definición de Ulpiano que se contiene en las Institutas de Gayo; la virtud cívica que se traduce en un hábito y, por ello, en una práctica reiterada y consistente de dar a cada quien lo suyo; siendo que el estudio científico del Derecho tiene como objetivo fundamental este conocimiento de las cosas divinas y humanas, con la ciencia de lo justo y lo injusto, desprendiéndose de ello que los preceptos que se contienen dentro del mismo Derecho son el vivir de manera honesta, el no causar daño a nadie y darle a cada quien lo que le corresponde.¹³

Santo Tomás de Aquino constituye el cruce de caminos en donde confluye la filosofía grecolatina, con el derecho romano y la filosofía escolástica para fundirlos en un solo pensamiento y, por ello, llega a la identificación misma del Derecho con la Justicia debido a que el objeto del primero es,

¹⁰ Fragmentos números 286 y 287 recogidos en: "Los Estoicos Antiguos", introducción y traducción de Angel J. Cappeletti, Madrid, Gredos, pp. 116-117.

¹¹ CICERÓN, "Sobre la República", libro tercero, No. 33, traducción José Guillén, Madrid, Técnos, 1986, p. 101.

¹² Véase CICERÓN, "Acerca de los Deberes", también conocida históricamente como "Los Oficios" I.V.

¹³ Instituciones de Justiniano, Libro Primero, Título I, 1 a 3.

precisamente, la segunda, de ahí que reciba su nombre (*jus*) y, por ello, es susceptible de ordenar todas las acciones del hombre que tiene frente a los demás. Basándose en la definición clásica del derecho romano, indica que consiste en un hábito conforme al cual cada uno de nosotros debe dar al otro lo que le pertenece según el propio derecho positivo, permaneciendo en ello una costumbre, es decir, una acción que refleje una voluntad constante y permanente.¹⁴ Ahora bien, la cosa debida, que es en lo que se centra la noción de justicia, más que los agentes que la practican, puede ser, conforme a la naturaleza o por convención, siendo la primera la llamada justicia natural y la segunda el derecho positivo, pero al existir una naturaleza humana, la ley del hombre no puede contravenir la ley natural, sin convertirse en un acto de violencia y tiranía. Por el contrario, debe este derecho positivo aplicar el natural, dentro de sus circunstancias históricas, sociales y culturales en que se encuentren.¹⁵

La filosofía del derecho natural de los siglos XVII y XVIII siguió el camino de la justicia para secularizar lo logrado por la escolástica y confiarlo sólo en la razón como la herramienta adecuada para poder comprenderla y plasmarla en los ordenamientos nacionales. El contenido mismo de la justicia ya no dependerá ahora de un dictado divino, sino que será la expresión misma de la razón humana con independencia de una posible razón divina, incluso si ésta no existiera.¹⁶

Mención especial debe hacerse de Thomas Hobbes, quien señaló que si bien era correcta la definición tradicional de la justicia, sólo la existencia de los estados y de las leyes positivas podían permitir la efectiva práctica de este término, ya que los primeros hacen efectiva realidad a la justicia y son las segundas las que establecen lo que en rigor corresponde a cada uno, por lo que, en realidad, es la ley la que crea la justicia.¹⁷

David Hume fue quien, en el terreno filosófico, introdujo la duda sobre si la justicia podía ser analizada científicamente y si, como se había dado por supuesto, era un concepto real y externo que pudiera conocerse así como predicarse su verdad, señalando que esto no era así, ya que no era otra cosa que un reflejo de nuestro propio interés práctico en la elaboración de los conceptos morales, particularmente para los juristas. En ese tenor, esta idea no

¹⁴ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II, II cuestiones, pp. 57-58.

¹⁵ *Op. cit.*, II, II cuestión 57, Artículos 2 y 3.

¹⁶ Véase BLOCH, Ernst, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, traducción de Felipe González Viçén, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 120-ss.

¹⁷ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de Juan Carlos García Borrón, Madrid, Bruguera, 1984, Parte Primera, capítulo XV.

podía ser tenida como *natural* o real, sino, en todo caso, *artificial* y, por ello, fruto de nuestra mera invención, de ahí que la justicia no se fundamente en la razón o en el descubrimiento de relaciones o conexiones con ideas eternas, inmutables o universalmente obligatorias, sino sólo tienen un sustento en nuestros sentimientos e impresiones a los que habría que acudir para conocer su verdadera naturaleza.¹⁸

Podemos afirmar que esta crítica y otras que se hicieron a partir de ella, marcaron el inicio del declive en la especulación sobre este término y abrió la puerta para el escepticismo y el relativismo que aún hoy vemos. Ni siquiera el vigoroso intento de Kant de introducir la racionalidad de la justicia en el propio individuo y en sus mandatos categóricos y universales pudo destruir o combatir esas tendencias, aunque abrieron una de las opciones vigentes en el tema de la justicia, como lo es la deontológica que será utilizada por Rawls. De hecho, ya en el campo de lo estrictamente jurídico, durante el siglo XX, importantes juristas, entre ellos, Perelman, Kelsen y Ross, enfatizaron el aspecto hueco, emotivo o irracional del término, incapaz de un verdadero análisis filosófico y, por ello, poco digno de constituir un objeto de estudio científico; influjo que, en cierta manera, se percibe que ha permanecido en nuestras aulas universitarias, como motivo para no adentrarse en su estudio.

Dos elementos más contribuyeron a afianzar estas dudas sobre el término que estudiamos y son, por un lado, la proliferación de teorías éticas que pretendían constituirse como las correctas en el entorno social y que se transformaron en ideologías políticas dispuestas a imponerse a cualquier medida, no sólo en los estados nacionales, sino a nivel mundial, como el liberalismo, el utilitarismo y el socialismo o comunismo. Con ello también, el papel que debía desempeñar el individuo en el entorno político: si como elemento base de la formación del sujeto estatal, como lo postulaba el liberalismo político, o como parte del estado al que había que cuidar como valor superior, como lo postulaban las ideas políticas totalitarias, como el fascismo o el comunismo. Así, la idea de la justicia social fue la bandera con la que se arropaban las ideas políticas para los principales acontecimientos bélicos del siglo XX, lo que produjo, aún más, la desconfianza en la necesidad y, sobre todo, en la utilidad de este término.

Chaim Perelman¹⁹ intentó realizar un análisis formal y lógico del término, basándose en sus usos sociales frecuentes, para saber si en ellos existían

¹⁸ HUME, David, *Tratado de la Naturaleza Humana*, traducción Vicente Viqueira, México, Porrúa, Libro Tercero, Parte Segunda, Sección Segunda, pp. 308-ss.

¹⁹ PERELMAN, Chaim, *De la Justicia*, traducción de Ricardo Guerra, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1964.

elementos comunes que los pudieran unir en una sola connotación. Encontró que en todos ellos se halla la idea de la *justicia formal*, lo que significa que todos los seres que forman parte de una misma categoría *deben* ser tratados de una misma manera; pero esto no es suficiente para concluir con el análisis del término, ya que no se responde la manera como deben ser tratados los seres de una categoría, por lo que a este elemento permanente le tenemos que unir otro de carácter variable y valorativo, que constituye la idea de la *justicia material*, con sus diferentes soluciones, debido a que se tienen que seleccionar, para la aplicación de la idea formal de justicia, alguna característica relevante del grupo, como su universalidad, lo que nos lleva a *a cada quien lo mismo*; a la cualidad intrínseca de los miembros, como *a cada quien sus méritos*; a los resultados de las acciones, lo que nos da *a cada quien según sus obras*; o si se trata de resolver problemas de los individuos, como *cada quien según sus necesidades*; o también, tomando en cuenta la jerarquía que se cuenta en el grupo, como *a cada quien según su rango* y, por último, lo que la norma social o jurídica determina, así tenemos *a cada quien según la ley*. De ahí se desprende que tenemos seis criterios diferentes de justicia que no podemos unificar ni excluir, lo que nos conduce a la arbitrariedad en su aplicación.

De hecho, la historia misma ha mostrado la preferencia, en algunas de sus etapas, sobre uno de esos valores sobre otros. De ahí la complejidad del tema, toda vez que en cada caso debemos decidir cuál es la nota o el criterio, simple o complejo, de justicia material que nos ayude a resolver el problema, pero siempre dentro de la arbitrariedad de los distintos valores que pueden ser utilizados.

Pese al carácter pesimista de la obra, el autor dejó abierta una posibilidad que nos ayuda a comprender el desarrollo ulterior que tuvo su pensamiento y que nos resulta tan benéfico para nosotros en estos días, y es que la forma como podemos elegir entre las distintas variables de justicia que se encuentran en posibilidad de aplicarse en cada caso, puede realizarse, no de manera aleatoria o arbitraria, sino mediante una adecuada *justificación* por medio de las razones que empleemos en la solución; lo que nos lleva a la necesidad de emplear el razonamiento práctico que nos convenza de la mejor solución.²⁰ Esto fue desarrollado por él en obras posteriores para rescatar la antigua retórica. De esta última idea podemos señalar que la justicia pasaría no sólo a ser un contenido mismo de las normas que se aplican, sino que, respetando la idea de la justicia formal, podemos encontrar en cada caso los criterios

²⁰ Véase *op. cit.*, pp. 55-ss.

que nos llevan a una mejor decisión material, pero esto último ya no fue reconocido por el autor, ni fue tomado en cuenta por los demás críticos que se apoyaron en él para intentar demostrar la inutilidad del término.

Según Alf Ross, la justicia nos remite constantemente a varios tipos de soluciones, como lo ha mostrado Perelman. Por ello, sólo nos es útil para rechazar cualquiera de los criterios seleccionados por el legislador para atender los problemas que quiere resolver, pero no nos es útil para establecer en cada caso la solución correcta a esos problemas, de ahí que detrás de ella, sólo encontramos *emociones*, pero ya no basadas en la utilidad pública, como lo planteaba Hume, sino en una mera reacción sentimental y, por ello, subjetiva: *invocar la justicia, es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto*.²¹ Pero va más allá: no es más que un término sin significado, que busca persuadir, no con razones objetivas, por lo que se convierte en una mera *ideología* que conduce a la sociedad y a los individuos que la conforman a la intolerancia y al conflicto, de ahí que sea, en realidad, un término nocivo no sólo para el conocimiento, sino para la pervivencia de los estados.

En el mismo plano escéptico y relativista se encuentra Hans Kelsen, quien consideró que el estudio de los problemas morales y, por ello, el de la justicia, debería quedar al margen de la ciencia y por ello también del Derecho, porque con ellos se pretendía la aceptación de valores absolutos y universales, cuando no existe la posibilidad de determinar de manera *a priori* su existencia, siendo que lo común en los sistemas morales y jurídicos es precisamente el establecimiento de valores relativos.²² Además, con el ideal de la justicia siempre se ha pretendido alcanzar la felicidad de los hombres, pero todas las reglas o fórmulas que se han creado a lo largo de la historia para lograrlo, como la tradicional que se maneja en el Derecho, la aristotélica, la de "oro", el imperativo categórico de Kant o la respuesta de corte metafísico de las escuelas del derecho natural que la hacen desprender de una supuesta "naturaleza", resultan meras fórmulas vacías que no dan una respuesta cierta a la interrogante perseguida por los hombres a lo largo del tiempo.

Kelsen considera que la búsqueda de la justicia constituye un ideal irracional, una mera ilusión que por siempre acompañará al ser humano. Bajo una correcta visión filosófica únicamente puede vislumbrarse el relativismo, la existencia de valores aplicables sólo en un tiempo y lugar determinado, lo que nos lleva a la idea de la tolerancia y la aceptación de la idea de la

²¹ ROSS, *op. cit.*, p. 340.

²² KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción Roberto J. Vernengo, II.11, México, UNAM, 1979, pp. 76-79.

democracia, que da cabida a la libertad humana y a la paz,²³ pero habría que preguntar si estas ideas expuestas por el profesor de la Universidad de Viena estaban de más, ya que si no podemos extender a otros nuestros deseos, dado su carácter relativo, y si estamos convencidos de que los mismos no pueden ser racionalizados, no podemos plantearlos de manera externa ni mucho menos querer considerar que deben ser universalizables, como al parecer se deja reflejar al final de las palabras de este jurista.

En un intento de rescatar la filosofía de los valores, propia de la escuela sudoccidental alemana, Gustav Radbruch, en un inicio, consideró que de la idea de la justicia no podía derivarse todo el contenido que encierran las normas jurídicas, que dependen de decisiones voluntarias y que, además, sólo procuran un trato formal hacia las personas, por lo que sólo incidían en el aspecto formal del Derecho. Para apreciar su contenido, debíamos tomar en cuenta el fin al que aspiraba el sistema normativo, lo cual constituye un dato "supra empírico", que implica favorecer unos valores en detrimento de otros, lo que conlleva la necesidad de optar por los valores a los que se les debe dar el mayor rango. De esto surge la posibilidad de obtener tres tipos diferentes de concepciones del Derecho. Si se privilegia a los valores del individuo, destacando con ello la libertad, entonces nos encontramos ante una concepción individualista; si se opta por los valores colectivos, en donde se da preminencia al sujeto estatal, entonces nos ubicamos ante una concepción supra individualista; por último, si nos enfocamos a los valores del trabajo y al producto de la actividad humana, que al parecer era la que prefería el propio Radbruch, nos hallamos en una concepción transpersonalista. Sin embargo, los estados reales sólo podían lograr algunas de esas concepciones diferentes de justicia, en detrimento de las otras y de ahí la pluralidad de estados y de modelos normativos, todos consistentes y válidos entre sí.²⁴

Después de la segunda guerra mundial se interrogó si en verdad todo sistema jurídico podía permitirse cualquier contenido normativo en sus normas integrantes y si el hecho de que este sistema o cualquiera de los elementos que lo conformaban perseguían fines *extremadamente injustos*, traería como consecuencia el que perdiera la nota de jurídica de esos mismos sistemas o normas, lo que hoy se conoce como la *fórmula Radbruch*. De ahí la necesidad de que la ciencia jurídica y las Facultades de Derecho hicieran surgir un

²³ Véase KELSEN, Hans, *¿Qué es Justicia?*, ensayo desarrollado con base en la conferencia de despedida del maestro como miembro activo de la Universidad de California, traducción de Albert Calsamiglia, México, Planeta, 1992, pp. 35-63.

²⁴ RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, traducción José María Echeverría, Madrid, Reus, 2007, pp.113-ss.

nuevo *derecho natural*, que no era otra cosa que la creación de una moderna teoría de la justicia, que sirviera de contrapeso a los excesos que pudieran producir los sistemas jurídicos positivos.²⁵

Tal vez nos debemos detener con este gran jurista, quien hace la pregunta capital del Derecho en el inicio de la segunda mitad del siglo XX y que, como lo señala al final de su vasta producción intelectual, constituye el tema fundamental de la filosofía jurídica: ¿le es permitido al Derecho perseguir cualquier fin? O deben sus normas conservar un mínimo de moralidad y de justicia. Tal, podría decir, constituye nuestro problema científico fundamental desde entonces.

Nuestro querido maestro, Manuel Villoro Toranzo, pensó que en realidad la razón no nos podría resolver el problema de la justicia, ya que debería ser enfocado ante todo como un problema integral, tanto para el ser humano como para la sociedad. Por ello, el conocimiento puramente lógico deductivo no es el adecuado para adentrarse en él, sino, dada la relatividad de nuestras experiencias, sólo los individuos y los grupos a través de lo que él llamó *vivencia*, podían resolver adecuadamente esta pregunta, lo que nos conducía al tema de la caridad social y los mínimos que de ella se pueden dar en lo jurídico. De ahí que el Derecho se tuviera que auxiliar de la sicología y de la sociología.²⁶

Así, en la segunda mitad de la centuria pasada y después de las grandes guerras mundiales, los eventos de la guerra fría, los regímenes totalitarios, que significaron el sacrificio de hombres, grupos étnicos y naciones, se está buscando la manera de volver a retomar el problema y dar respuestas al viejo tema de la justicia. Podemos decir que este renacimiento se ha intentado por dos caminos. El primero de ellos, retomando el legado de las viejas tradiciones de la justicia expuestos por los grandes filósofos y juristas del pasado, resucitando viejas fórmulas de su conocimiento. Por ello es muy importante conocer la historia de este concepto, teniendo como ejemplos de esta postura a autores como Sandel, Finnis, o Sen. Otro sendero es el intentar, con el apoyo o no de esas tradiciones filosóficas, una nueva visión *moderna* para adentrarse en el problema y dar soluciones a él, como tenemos el caso de Rawls, Dworkin, Otto Apel o Habermas.

Frente a este panorama histórico muy general de las distintas concepciones que se han dado al tema de la justicia, debemos preguntarnos la razón de esta permanente pregunta. Podríamos decir, por un lado, que tal vez obedezca a una mera ilusión, como lo piensan las teorías críticas, realistas o positivas del

²⁵ Como ejemplo: RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía de Derecho*, Wenceslao Roces (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 178-189.

²⁶ Véase VILLOORO TORANZO, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, pp. XXI-XIV.

Derecho, y que en realidad el hombre moderno debe dejarla a un lado, debido a que sólo se trata de un *seudoproblema*. Sin embargo, lo permanente de esta interrogante, a pesar de los grandes logros alcanzados a nivel científico o tecnológico, nos lleva a pensar que, en verdad, no es por ahí el camino y esa interrogante nos debe llevar a una o varias respuestas objetivas y convincentes.

En este sentido, es posible que, en realidad, este tema constituya una interrogante legítima, inserta en nuestro propio ser como especie y que debe ser analizado y resuelto. De hecho, también es probable que el *sentido de la justicia* como pauta orientadora de nuestra conducta individual o colectiva, debe entenderse como universal y que explica, en parte, lo que nos ha sucedido como género y la cultura que hemos formado, además de que tampoco sea sólo una característica específicamente humana. Los profesores Sara F. Brosnan y Frans B. M. del Waal²⁷ han podido encontrar también una clase de *idea* de la justicia se encuentra en los monos capuchinos (*cebus apella*) cuando diseñaron juegos de recompensas con base en resultados y cómo esos animales se *molestaban* si recibían recompensas desiguales a acciones iguales realizadas por otros miembros de su mismo grupo.

Evidentemente, si este tipo de experimentos se pueden extender a otros primates, se podría descubrir si dentro de lo que se considera como su *naturaleza* nos encontramos con algo parecido a una noción de justicia, con lo que compartiríamos, además de muchas otras cosas, esa especial característica y, por ello, nos ayudaría a entender el porqué tenemos que lidiar en nuestras vidas con este tema y con el sentimiento con el que va acompañado. Tal vez el tema de una adecuada concepción de la justicia no sólo debe preocuparnos en el aspecto intelectual, como meras inquietudes del conocimiento, sino que resulta vital para nuestra supervivencia como individuos y como especie y, por lo tanto, resulta vital su atención, ya que sólo así se mantiene la permanencia de los sistemas sociales y se garantiza la cooperación de los individuos.

También, de este somero repaso debemos tomar en cuenta si este tema se puede resolver con la mera razón o, con el conocimiento, o si también es necesario hacer uso de otras formas del saber. Sin duda, el hombre no puede rehusar a utilizar su inteligencia para tratar de atender a esta problemática, sino que debe utilizarla, de hecho las nuevas concepciones de la justicia han insistido en este tema, nuestras ideas deben, en cierto sentido, aspirar a la racionalidad. Pero, si queremos formular una adecuada concepción de justi-

²⁷ Véase BROSINAN, S. y DEL WAAL, Frans B. M., "Monkeys reject unequal pay", en *Nature*, Vol. 425, 18 de septiembre del 2003, pp. 297-299.

cia, como lo apuntó nuestro querido maestro Villoro, no sólo debemos tomar en cuenta este elemento, sino, también, como ya lo había señalado Hume, nuestros propios sentimientos que nos conectan con los demás y nos hacen desear o rechazar conductas y de ahí nuestras intuiciones. Razón, sentimiento e intuición son los elementos que nos deben llevar a la formulación de una adecuada teoría de la justicia. El filósofo español Jesús Mosterín lo ha plasmado de la siguiente manera:

Nuestras intuiciones, emociones y sentimientos morales, en parte anclados en nuestro genoma, son la piedra de toque de las teorías éticas. Las emociones morales desempeñan (hasta cierto punto) un papel en la ética comparable al de las observaciones empíricas en la física. Por muy plausible que resulte una teoría física, si contradice nuestras observaciones, tanto peor para la física. Y por muy elocuente que sea una teoría ética, si a partir de ella resultan conclusiones contrarias a nuestras intuiciones y sentimientos morales, tanto peor para la teoría ética...²⁸

Tal vez esa relación ha hecho que al día de hoy rechacemos cualquier idea que tienda a descartar el tema de la justicia como algo digno de nuestro conocimiento y por qué a pesar del tiempo transcurrido y de los débiles resultados obtenidos, sigamos insistiendo en buscar una respuesta aceptable para nosotros, ya que, como Max Born le llegó a decir a Albert Einstein, en el ser humano confluyen, de manera funesta, el sentimiento y el entendimiento, por lo que tenemos que lidiar con ambos para crear una teoría que nos sirva no sólo para entender, sino, sobre todo, para emprender la transformación de nuestro entorno social.

3. TÉRMINO IMPRECISO. LA JUSTICIA Y SUS CLASES

Como lo hemos expuesto en la sección anterior, el problema del concepto de justicia no es sólo el problema de su posible racionalidad, sino que también dentro de él tenemos que dar cabida a nuestros sentimientos e intuiciones que son difíciles de armonizar y que, en su análisis, como lo dijera Carlos Nino, se despierten tantas pasiones, se consuman tantas energías y se generen tantas controversias.²⁹ Por otro lado, ya Aristóteles afirmaba que en el término "justicia" aparecía la nota de ambigüedad con la que había que estar preparado y que, por ello, no sólo debíamos de ser capaces de distinguir entre

²⁸ MOSTERÍN, Jesús, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Barcelona, Gedisa, 2013, p.75.

²⁹ NINO, Carlos S., "Justicia", en *El derecho y la justicia*, 2a. edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 467.

su exceso y defecto, sino entre los muchos significados con que se nos podía aparecer; lo que nos llevaba a hacer precisiones entre sus distintos sentidos en los que solemos utilizarlo en nuestra vida diaria, para así ir reduciendo esta ambigüedad.³⁰

También, como se ha anotado, no sólo se habla de justicia en el plano jurídico, sino en todo tipo de problemas en donde encontramos interacción humana, como en el terreno religioso, social, político, moral, etc. En ese sentido debemos preguntarnos en qué tipo de relación nos encontramos para cuestionarnos sobre la clase de justicia con la que nos podemos enfrentar, la que a su vez puede dar origen a otros tipos de justicia, por ejemplo, de la justicia política o moral, se puede pasar a una justicia jurídica, cuando se incorporan los valores de las primeras en la última.

Lo anterior es crucial en el tema que nos preocupa, debido a que también en las situaciones humanas pueden coexistir varios tipos de relaciones que pueden ser evaluadas en este tema y aquí es donde nos enfrentamos al punto más importante, el querer evaluar una relación de justicia bajo otra perspectiva. Tal es el caso de la relación entre Moral y Derecho, lo que confluye en la relación entre los elementos que hallamos en todo sistema jurídico con el tema de la justicia.

Ya el profesor Hart nos ha mostrado que no podemos confundir el tema de la Moral, que es mucho más amplio, con el tema de una de sus múltiples virtudes, como lo es la justicia. Los términos de *justo* e *injusto* son mucho más específicos que los términos *bueno* y *malo*, ya que sólo se tocan aspectos específicos de la Moral y, por ello, deberíamos ser más cautos cuando nos preguntamos sobre las posibles relaciones, necesarias o contingentes, entre Moral y Derecho.³¹ En realidad, ni todas las normas, ni, como diríamos ahora, todos los principios que integran el sistema jurídico pueden contener una idea en sí de justicia, ya que encontramos reglas técnicas, definitorias, lógicas o meramente procesales en las que escasamente pudiera encontrarse elementos directos que se basen en ideas de justicia. La evaluación de las normas jurídicas la podemos realizar solamente cuando nos encontramos en el tratamiento de individuos entre sí, ya sea que se hallen o no en un plano de igualdad, por la nota de alteridad que siempre debemos encontrar para esta evaluación.

En conexión con lo anterior, el mismo Aristóteles indicaba que cuando se analizaba la virtud específica de la justicia, podríamos distinguir dos clases:

³⁰ ARISTÓTELES, *op. cit.* 1129a.

³¹ HART, Herbert, L.A., *El Concepto de Derecho*, traducción Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 196-197.

la legal y la natural, esta última que corresponde a nuestra idea de lo que es equitativo.³² En cambio, la primera pertenece a lo que la ley ordena, ya sea una obligación, una prohibición o una autorización. Para el Estagirita, como después lo expuso Santo Tomás de Aquino, lo que prescribe la ley debería estar ordenado hacia la virtud moral, pero hoy sabemos que no es necesariamente así y que, por ello, esta justicia legal a su vez puede ser materia de un análisis si la misma se considera por el que evalúa como derivado de una justicia natural, es decir, si es *correcta* o no, esto es, si es justa o no; pero no por esta cuestión haría que perdiera su nota de juridicidad, ya que no constituye un requisito de la existencia de las normas jurídicas, como Hart lo ha defendido y creo que con razón, a pesar de lo propuesto por Radbruch. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

En relación muy estrecha con lo anterior, tenemos otra clasificación entre justicia formal y material. La primera, como ya hemos tenido oportunidad de apreciar, es fija o permanente y se basa únicamente en las notas de igualdad o proporcionalidad que debe revestir el trato hacia los destinatarios de las conductas, sin tomar en cuenta el contenido mismo de esa conducta, o como lo expone Hart: *tratar a los casos de la misma manera*,³³ o como lo decía Perelman, *a cada quien*. En tanto que la justicia material toma en cuenta las notas relevantes en el caso, que nos llevan a optar por un contenido específico en la conducta y, como lo ha apuntado, Perelman es siempre variable, dependiendo de la naturaleza del problema, de las personas involucradas o de la época en que se aplica. Tan variable puede ser su contenido, que ha producido el que se haya renunciado a dar una solución racional en el tema de la justicia y es lo que constituye el problema central en este tema ¿cómo debemos tratar a los iguales o a los diferentes? Al parecer, ni la ciencia, ni la historia se han puesto de acuerdo en este punto, lo que luego comentaremos.

La siguiente clasificación tiene relevancia en la evaluación de los sistemas jurídicos o solamente en uno de sus componentes y se derivaría de la primera clasificación propuesta por Aristóteles sobre la justicia legal y natural, la cual también puede ser referida a la regla o norma de conducta, que Hart denomina justicia del derecho, o a la justicia que puede producirse en la aplicación de esa misma regla.³⁴ En el primer caso, lo que es materia de calificación es la norma en sí, para ver si se ajusta o no al criterio de justicia *natural* en que se tendría que apoyar. En tanto que la segunda sólo se aprecia en la forma en que es utilizada, ya sea por alguna autoridad administrativa o judicial, en el

³² ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1130b.

³³ HART, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

³⁴ *Op. cit.*, p. 199.

caso del Derecho. Aquí también pueden producirse combinaciones y evaluaciones, toda vez que puedan existir reglas justas con aplicaciones injustas o reglas injustas con subsunciones o resultados justos, o también reglas justas aplicadas rectamente, o reglas injustas que son aplicadas indebidamente. No cabe duda que esta distinción es relevante para poder comprender en dónde se encuentra el problema de justicia en un caso determinado y evitar ambigüedades cuando se utiliza en la práctica este término.

Dentro de la justicia legal, Aristóteles hacía una distinción entre este término y equidad, o su acepción griega *epiqueya*. Como se sabe, la primera establece un trato general e igualitario en todos los casos comprendidos dentro de la norma, es decir, la justicia legal tiende hacia la justicia formal, pero su aplicación consistente puede producir situaciones concretas no deseadas ni ideadas con su establecimiento, es decir, situaciones injustas, o como decían los romanos *suma jus suma injuria*; y es que las reglas generales no pueden comprender todos los posibles puntos que pueden concurrir en un caso y, por otro lado, la ley no permite aplicaciones diferentes en cada uno de ellos, por ser categóricas y no conferir discrecionalidades al momento de esta aplicación. Por ello, puede suceder que se tenga que corregir esta norma para seguir respetando su correcto sentido o la idea que la inspiró, ya que si el que elaboró la norma tuviera que aplicarla, llegaría al mismo resultado, de ahí que el filósofo dijera que ésta era una rectificación de la ley en su parte deficiente, dado su carácter general.³⁵ Este tipo de situaciones también tienen acogida en el Derecho con situaciones tales como el indulto, la interpretación *pro homine*, etcétera.

Aristóteles también distinguía entre una justicia doméstica, aquella que se podía hallar en la relación con los hijos, la o el cónyuge o con los esclavos, ya que él veía legítima esa última relación, y la política, esto es, la que se encontraba en las relaciones fuera del núcleo familiar y dentro de las polis.³⁶

Rawls ha desarrollado más esta distinción y ha señalado que dentro de la justicia política pueden existir tres clases diferentes, dependiendo del tipo de agrupación en la que nos encontremos. Así tenemos en primer lugar una justicia local, que es la que puede haber dentro de un Estado, en las relaciones que hay entre los individuos que lo conforman y sus distintas corporaciones de naturaleza privada, como las asociaciones o sociedades civiles o mercantiles; también la justicia doméstica, misma que define los roles en un Estado entre poder público y sus ciudadanos o, como él lo remarca, es

³⁵ ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1137b.

³⁶ *Op. cit.*, 1134b.

la que configura la estructura básica de la sociedad y que constituye el tema central de toda teoría moderna de la justicia y, finalmente, podemos encontrar una justicia global, que es la que podemos utilizar para evaluar al derecho internacional.³⁷ Como después expondremos, las teorías modernas se centran preponderantemente en la justicia doméstica como una justicia distributiva, descuidando, sin razón, a la local y a la global.

Todavía quedan dos clasificaciones relevantes, sobre todo, para el Derecho, a las que debemos prestarles mayor amplitud, para poder apreciar de mejor manera el problema con la disciplina que cultivamos. Nos referimos a la justicia histórica y la justicia moderna, y a la justicia correctiva y distributiva. Tal es su importancia que nuestra rama del saber no podría comprenderse debidamente si no acudimos a estas dos ramificaciones para analizarlas. Veamos el porqué.

Como se ha visto, la justicia tiene que ver con una forma de relación entre personas, la cual puede calificarse de justa si es debida y de injusta si no lo es. Ahora bien, esa relación y el contenido de justicia material que puede utilizarse, puede ya estar establecido en reglas, lo que se llama justicia legal, o puede no estar establecido en ellas y entonces se llama justicia natural; incluso esta última puede servir para evaluar a la justicia legal. En ese sentido, dentro de la justicia legal, el contenido mismo de las reglas está establecido dentro de un espacio de tiempo y territorio concreto, el cual rige y en donde se pueden dar los distintos tipos de justicia y al que llamamos ámbitos de validez de las normas o de los demás elementos que conforman al Derecho y que puede ser espacial y temporal. Ésta es la respuesta de justicia que se da a los distintos tipos de problemas que se pueden presentar en una sociedad; así, cuando aplicamos ese criterio de justicia podemos decir que utilizamos la *justicia histórica*, es decir, la que ya se encuentra establecida por la sociedad para atender a ese problema social. De hecho, como se ha señalado, la existencia de esta justicia legal histórica hace que los operadores de las reglas no tengan que buscar otras respuestas o acudir a razones para resolver este problema. Se convierte así en una razón formal para las decisiones jurídicas, las más utilizadas por los operadores del Derecho. De hecho, justicia formal, legal e histórica tienden a coincidir en cada caso y es la que resulta susceptible de evaluación por la justicia, a la que llamamos natural o nuestro sentido de justicia.

³⁷ Véase RAWLS, John, *La Justicia como Equidad, una reformulación*, traducción de Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 33-35. Su obra *Teoría de la Justicia* está dedicada a la justicia doméstica, en cambio, la justicia en el derecho internacional la desarrolla en su libro *"The Law of People"*, del año de 1999, con una traducción al español: *El Derecho de Gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.

En cambio, cuando la respuesta que se da al problema de justicia no se apoya en esa razón tradicional, sino que la modifica o la sustituye, estamos ante una razón de justicia "moderna", en donde cambia la respuesta dada a ese problema, para convertirse posteriormente en un criterio de justicia histórica, formal y legal. Esa variación puede ser porque se encuentra permitida por las propias normas que contemplan su aplicación diferente; porque se produce un cambio mismo de la regla, o puede no estar contenido en ella y se da, por razones de equidad, como se ha expuesto, la necesidad de una aplicación diferente; se puede dar en contra del propio sistema de reglas por una aplicación no autorizada por ella o por cambios violentos o revolucionarios.

Esta clasificación es relevante al Derecho porque, en primer lugar, gran parte de los elementos que la conforman, a los que Hart ha denominado reglas primarias, tienen que ver con relación a individuos y, por ello, con relaciones de justicia. De ahí que su contenido pueda ser evaluado con base en este término, para apreciar si en ellas se encuentra una razón de tipo histórico o moderno.

Además, las teorías del derecho modernas sólo llegan a la detección y descripción del tipo de elementos y rasgos que existen en un sistema jurídico, es decir, al tipo de norma o de principio, o demás elementos que podemos encontrar en él, pero han evitado el entrar al tema de su contenido, ya que se piensa que el mismo es variable en cada estado y, por lo tanto, resulta imposible su estudio de carácter objetivo; aunque se da por sentado que muchos de estos contenidos son similares entre distintos sistemas normativos nacionales. Tan es así, que el propio Hart llegó a mencionar la existencia de un *contenido mínimo del derecho natural* que se podría encontrar en todo Derecho y que tienden a explicar las ideas constantes y generales que se pueden dar en el individuo, en las sociedades en donde se encuentre y, por ello, la explicación de por qué en la realidad encontremos similitud en los sistemas normativos nacionales, mismas que se basan en las características de la vulnerabilidad humana, el altruismo restringido, los recursos económicos limitados, la fuerza de voluntad no siempre constante de los hombres.³⁸

Una aplicación de la teoría de la justicia ayudaría, sin duda, a colmar esta laguna y a ahondar en la similitud de los contenidos de estos sistemas, no con base en las ideas propuestas por Hart, sino en la idea de la justicia histórica que se ha compartido por las grandes tradiciones jurídicas.

Como se ha apuntado, la justicia histórica es la que se ha establecido en un momento y lugar determinado y la que se utiliza para resolver los problemas

³⁸ HART, *op. cit.*, pp. 239-ss.

que se presentan durante su vigencia. En ciertos ámbitos, como es el Derecho, equivale a la justicia legal. Para conocerla de mejor manera, tenemos que acudir a su origen para apreciar los motivos que se tomaron en cuenta para su establecimiento. En algunas ocasiones, como ironizaba Montaigne, no era conveniente, sino incluso peligroso remontarse a este origen, ya que nos encontraríamos la *fuentecilla insignificante* de donde surgió.

Pero, sin duda, hay que tomarla en cuenta para dar razón y poder explicar muchos de los contenidos y las direcciones que podemos encontrar en los distintos sistemas jurídicos. Como lo apunta Hart, la idea de que todos los seres humanos deben ser tratados con igualdad y que cuando surgen criterios para no aplicarlo, con base en factores como el color de la piel, la raza, el sexo, la orientación sexual, la religión, etc., choca con nuestra idea (intuición o sentimiento) de justicia, es algo que solo podemos encontrar si nos adentramos a la historia misma de la justicia. Lo mismo sucede cuando penetramos en el sentido de los distintos tópicos jurídicos que a lo largo de la civilización hemos ido perfilando, dando preferencia a unos en detrimento de otros. Como por ejemplo, “nadie puede ser juez de su propia causa”, “hay que restituir lo que se ha adquirido sin causa”, “en la duda hay que partir por partes iguales”, “hay que escuchar a la parte contraria”, “in dubio pro reo”, “in dubio pro libertate”; o “no se puede aplicar una ley de manera retroactiva”, son máximas que se han ido afianzando a lo largo de la historia y forman un núcleo de ideas que identificamos como de justicia, mismas que se han creado y cimentado en tradición misma de nuestra cultura. En ese sentido, cobra relevancia lo expuesto por Radbruch de que un adecuado conocimiento de lo jurídico no consistía en explicar este fenómeno, sino más bien, comprenderlo, y la historia nos ayuda sin duda a ello.

Así, debemos señalar que tenemos que acudir a este tipo de justicia para comprender cuál ha sido el sendero que ha tomado en su formación y lo que ha llevado a la configuración misma de la idea de lo jurídico. De ahí que podamos partir de las normas confiadas a la voluntad de los dioses y reservado su conocimiento a una categoría especial de personas, como los sacerdotes, se hayamos pasado a la necesidad de que las leyes fueran escritas y que además se hicieran públicas a sus destinatarios, como sucedió ya con los romanos y su ley de doce tablas (451-50 a.C). Posteriormente se dio la lucha del establecimiento de leyes superiores donde no se podrían modificar por el legislador ordinario y con ello la existencia de derechos propios de ciertas clases de individuos que el poder político tenía que respetar y defender (1215). Más tarde, con el establecimiento del principio de las mismas leyes

para todos los individuos, con la división de poderes en el Estado, separando los órganos de creación y de aplicación del derecho, con la universalización de los derechos del hombre (1776-1789), que en un principio se dio a nivel nacional, pero que ahora contemplamos a nivel internacional (a partir del año de 1945).

Asimismo la idea misma de las leyes o normas ha sufrido una evolución con base en ideas mismas de justicia. De la generalidad de las normas se llega al aspecto de justicia formal que ya hemos señalado, lo que se apoya también en el aspecto de su abstracción. Lo mismo sucede cuando se piensa en la necesidad de que se hagan públicas a sus destinatarios para que puedan ser válidas y por ello ser cumplidas, es decir, que es indispensable su promulgación; también por lo que se refiere a que en términos generales, sólo producen efectos hacia el futuro y, por ello, no pueden ser retroactivas. De igual manera, su redacción debe ser clara para una persona común, tendiendo hacia la coherencia dentro de todo el sistema normativo al que pertenece y por ello debe evitar las contradicciones. La materia de su regulación debe ser posible para los sujetos obligados, así como deben aspirar a su permanencia de tal manera que permita la seguridad en sus destinatarios, para planear sus planes de vida con base en lo que consideran valioso y saber, de antemano el que no serán molestados por el Poder Público. Esto es, como lo descubre Lon Fuller, la evolución del concepto mismo de leyes ha llevado a dar una cierta moralidad formal interna al mismo Derecho, de tal forma que el concepto moderno de norma jurídica ya no es posible distinguirlo si no se cuenta con estas características.³⁹

Resulta evidente que esta rápida revisión de los temas de justicia que han transformado al Derecho mismo, ameritaría una reflexión más detenida, pero nos basta ahora para entender cómo se ha ido modificando a lo largo de la historia nuestra idea de la justicia y, con ello, la del Derecho mismo. Ahora bien, qué es lo que ha operado estas transformaciones a lo largo de la historia, la respuesta de ello puede basarse en consideraciones de lo que en cada momento y lugar se ha considerado como justo.⁴⁰

³⁹ Estas ocho características de lo que se ha denominado *la moralidad interna del Derecho* pueden verse en un mayor desarrollo en FULLER, Lon, F., *La Moral del Derecho* traducción Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, pp. 56-ss. Pero como nos lo recuerda Hart, el cumplimiento de ellas en nada garantizan que el contenido de las mismas normas sea justo o moral, ya que regímenes despóticos o totalitarios pueden respetarlas y no por ello se convertirían en modelos de moralidad.

⁴⁰ Lo anterior no nos debe conducir al error de que esta búsqueda de la justicia se ha llevado de una manera lineal, uniforme y sin contradicciones, ya que como nos lo ha mostrado Grossi, más bien la historia jurídica ha sido el resultado del enfrentamiento de ideas de justicia distintas e incluso opuestas que han existido en Occidente, por lo menos en los tres grandes períodos que él estudia, como la Edad

Lo anterior es obra de las ideas de justicia *moderna* que en cada época se ha tenido y que han propiciado el cambio de una solución a otra y que constituyen los motivos y razones que nos hacen modificar nuestros criterios establecidos en cada etapa de nuestra historia y que constituye el elemento dinámico en el Derecho. Esta es la idea de la estrella polar que dibujaba Stammler como misión principalísima de la noción de justicia; la de ser el motor de cambio de todas las transformaciones que ocurren en el Derecho y sin la cual, no lo podríamos entender correctamente.

Por último, tenemos la división más importante para el Derecho y que ha dado pie a la distinción tan difundida en los abogados entre el Derecho Público y el Privado, que surgió desde el propio derecho romano. Nos referimos a la justicia política que puede encontrarse en toda ciudad entre los individuos que la conforman y que depende de si estos se encuentran en mismo plano de igualdad o no. Para Aristóteles la primera desempeña una tarea correctiva en las relaciones entre las personas.⁴¹ En cambio, la segunda, implica resolver los problemas de distribución de los derechos y bienes en la sociedad y, por ello, es la que se produce entre el poder público y los ciudadanos. Enseguida nos ocuparemos de estas dos acepciones.

Sin embargo, antes de entrar en esto, no hay que perder de vista que esta clasificación no es tajante y pueden existir de manera conjunta. De hecho, en grandes áreas del sistema jurídico se perciben una como antecedente de la otra o, incluso, se presentan de manera coexistente. Por ejemplo, en el tema de los seguros, o en ramas del derecho civil que pese a desarrollarse con base en ideas de justicia correctiva, se encuentran también elementos de justicia distributiva, como es el caso del derecho procesal, o la responsabilidad objetiva por el riesgo creado, o la regulación moderna del derecho de propiedad.⁴²

Por otro lado, con un análisis cuidadoso de los sistemas normativos modernos podemos apreciar que esta clasificación, pese a su notoria vigencia, ha sido superada en la práctica con distintas clases o tipos de *justicias* que no obedecen específicamente al esquema compensatorio o de distribución que originalmente se establecieron, como podremos comentar más adelante.

Media, Moderna y Posmoderna. Véase Grossi, Paolo, *Europa y el Derecho*, traducción Luigi Giuliani, Barcelona, Crítica, 2007.

⁴¹ ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1132a.

⁴² Sobre esta tercera posibilidad véase FINNIS, *op. cit.*, 206-ss.

4. JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Como se ha indicado, esta clase de justicia es la que puede hallarse entre personas que no se encuentran en un mismo nivel y por ello es la que puede predicarse, aunque no necesaria ni exclusivamente, entre la que se da entre una autoridad y los individuos sujetos a su potestad, por lo que, asimismo, es la que también se da entre el poder político y los habitantes y ciudadanos dentro de los Estados; de ahí que no sólo sea jurídica, sino, ante todo, política y por ello que podamos explicar el motivo del por qué es la que más desarrollo teórico y debate ha suscitado en nuestros días y que ha producido a las se pueden identificar como *las modernas teorías de la justicia* que, desde 1971 hasta estos días, se están desarrollando y que concentran casi todos los objetivos de la discusión científica.

Si bien, como lo apunta Finnis, en principio involucra dos tipos de distribuciones como lo son, en primer lugar, la que acontece en la repartición de un objeto que le es común a los destinatarios, como sería, por ejemplo los bienes de uso común o los que se consideran como públicos en general, también incluye la forma en que los miembros de una comunidad han de participar en la consecución y el reparto de los productos de una empresa común, como sería el combate a una epidemia o una crisis colectiva. Dentro de esta última, asimismo, incluiría la formación y organización del propio poder estatal.⁴³

Rawls ha especificado y profundizado aún más las tareas que le corresponden a esta categoría, ya que ha puntualizado que debe de determinar de una manera general los términos de la cooperación de los individuos dentro de los Estados, lo que definiría y establecería los derechos y deberes básicos que deben asignar las instituciones políticas y sociales a esos mismos individuos; también le corresponde regular la división de los beneficios que surgen de esta cooperación social y distribuir las cargas necesarias para sostenerla. Es decir, esta justicia es la más importante para nosotros y para los Estados modernos, ya que resolvería el problema fundamental de la teoría política, al no sólo justificar la existencia de los regímenes como lo son los democráticos, sino que atendería a la cuestión fundamental sobre cuál es la concepción política de la justicia que resuelve de mejor manera los términos *equitativos* de la cooperación entre los ciudadanos que son libres e iguales dentro de un Estado.⁴⁴ Esto es, justifica, por un lado, el poder político, así como señala el

⁴³ FINNIS, *op. cit.*, pp. 196-ss.

⁴⁴ RAWLS, John, *La justicia como equidad, una reformulación*, traducción de Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 30-31.

cuadro básico de las instituciones estatales y define, así como da sustento racional, a los derechos fundamentales de que debemos gozar.

Ya desde los tiempos de Aristóteles el contenido de esta justicia no era el mismo para todos y por lo tanto se tenía que repartir entre los distintos grupos de individuos dependiendo de su participación en la sociedad, de ahí que tuviera una proporcionalidad de tipo *geométrico*; además, dependía del régimen político en donde se aplicara, ya que el criterio del mérito propio de cada clase variaba si nos encontrábamos ante un régimen democrático, en donde el bien mayor a repartir era la libertad; o en una oligarquía donde lo que se distribuía eran las riquezas; o el repartimiento de las virtudes en una aristocracia.⁴⁵

Cabe señalar que el afán por encontrar una característica “matemática” a los distintos tipos de esta virtud, obedece, según Russell, no sólo a ser fieles a esa intuición histórica ya presente desde sus orígenes, de dar a cada quien lo que le corresponde, lo que se conservó en la Academia de Platón, sino, sobre todo, con la necesidad de encontrar siempre relaciones numéricas a todas las cosas, como un resabio de la filosofía pitagórica y del legado de Heráclito. En todo caso, es de llamar la atención que en el inicio en la discusión de esta categoría, nunca se consideró como una única ni exclusiva forma correcta de distribución de los bienes colectivos y aplicables para todos los regímenes políticos, algo que después fue rescatado por Radbruch, como ya hemos expuesto.

Sin embargo, el debate histórico posterior, enfatizó la idea por encontrar una respuesta única y definitiva a esta interrogante, lo que finalmente lo llevó a considerar como irresoluble, ante la imposibilidad de dar una adecuada *racionalidad* al tema de los valores, como lo pensaron Weber y Sartre.⁴⁶ De ahí que, como lo apuntara Perelman, la respuesta que se da en todos los casos se antoja *arbitraria*, ante la situación de decidirse entre cualquiera de las opciones que se han dado para resolverlo, como el dar a cada quien lo mismo, o de acuerdo a sus necesidades, o con base en sus méritos, o las obras que hayan realizado, o lo previsto por la ley, etc., en donde básicamente se trata de resolver, en última instancia los problemas políticos más agudos cuando se enfrentan los valores de la libertad y la igualdad.

Lo mismo sucede con las respuestas unitarias modernas que se han producido en el debate actual, como la propuesta de Hart de reducir la idea de la justicia a la igual consideración y respeto hacia todas las personas, o los

⁴⁵ ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1131a.

⁴⁶ Véase FINNIS, *op. cit.*, p. 204.

dos principios de justicia de Rawls, tratando de mediar entre la libertad y la igualdad, o la Dworkin o, en su caso, la de Sandel, etc., pero trataremos este punto más adelante.

En este sentido, el debate se da en la teoría sobre la mejor concepción política que pueda resolver el problema de distribución de los bienes sociales, dividiéndose entre los valores de la libertad o la igualdad, básicamente. De ahí que a lo largo de ese debate se propugnara entre el comunismo, socialismo, liberalismo, libertarismo, utilitarismo, la utilidad pública, el comunitarismo, la posición deontológica y, recientemente, el constructivismo ético, en donde al final se trata de encontrar la respuesta única y universal idónea que pueda resolver todos los problemas de distribución de los bienes sociales en los Estados. En ese sentido, como lo ha apuntado Michael Sandel, el problema actual de la justicia distributiva es atender cuál de estas distintas posturas puede resolver de mejor manera la naturaleza de esta institución y, por ello, cualquier estudio sobre lo que es la justicia debe entrar a analizar cada una de estas posturas para ver si responden de una manera satisfactoria, al problema que representa esta clase de justicia, de entre las cuales se deberá escoger a la que ofrezca la mejor respuesta, esto es, la correcta.⁴⁷ Nosotros no podemos detenernos en analizar todas ellas, ya que escapa de los propósitos de esta investigación, pero sin duda debemos tenerlas presentes que para atender adecuadamente a los distintos problemas que se nos presentan en esta clase de justicia, en ese sentido, debemos tener claras y definidas este tipo de posturas y tomarlas en cuenta al momento de intentar resolver los problemas de justicia distributiva, debido a que nos conectan con el debate actual y principal que se tiene en las distintas teorías económicas, sociales y políticas. Ante ello, sólo daremos lo que consideramos las ideas esenciales de las principales de ellas y que son motivo de un debate actual, pero sin duda habría que ampliar este estudio hacia todas estas posturas para tener un panorama más amplio en este debate. Por otro lado, frente a las usualmente tratadas, introduciremos la vertiente del legalismo, que no es recogida por autores políticos y económicos pero que para el Derecho es muy importante por los autores que la han defendido de manera expresa o tácita. Empecemos entonces con este somero análisis:⁴⁸

⁴⁷ Esto lo pretende realizar en su ya clásica obra *Justice* del año del 2009. Existe una traducción al español, con el nombre de *Justicia. Hacemos lo que debemos?*, a cargo de Juan Pedro Campos Gómez, Random House Mondadori, Barcelona, 2011. Este libro recoge básicamente el curso que imparte en la Universidad de Harvard, lo que se puede complementar con el material de lectura preparado por este autor, que se puede encontrar con el título *Justice. A reader*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

⁴⁸ Para el análisis que se realiza a continuación nos basaremos, entre otros, en la obra de Sandel ya citada, así como la de BIRD, Otto, *The idea of Justice*, F. A. Praeger, 1967.

- a) El Legalismo. Sin duda una de las más antiguas concepciones de la justicia distributiva, ya que estaba presente desde los antiguos griegos y la vemos ya reflejada en la *República* de Platón, en la posición de Trasímaco⁴⁹ y posteriormente la vemos renacer en el pensamiento de Hobbes, como lo expusimos. En el siglo XX, la encontramos reflejada en autores como Alf Ross o Chaim Perelmann, por lo que nos remitiríamos a las obras citadas para desarrollar esta posición. En síntesis, señala que resulta justo y, por lo mismo, hay que distribuir los bienes y derechos que la ley positiva establece y, por ello, el contenido de la misma dependerá de quienes detentan la facultad de crearlas. Justicia y Derecho son dependientes entre sí, de tal forma que la primera sólo existirá en la medida en que lo señale la segunda y la extensión y alcances de la misma dependerá sólo de la ley. De esto se desprende, además, que el actuar de acuerdo con la justicia consiste en realizar lo previsto en las propias normas, no pudiendo ir más allá y, por ello, la obediencia a la ley se convierte en un acto justo.

Sin duda, esta vertiente tiene la ventaja de eliminar cualquier controversia sobre los posibles contenidos de las normas y, por ello, evita posturas contrarias al respeto de la ley, pero no nos puede dar razones o los motivos de orden moral, económico, político o social que se tuvieron en cuenta para crear, modificar o suprimir la misma ley y, con ello, los contenidos sociales de justicia. Tampoco establece criterios de orientación hacia dónde debe encaminarse el legislador en sus funciones, por lo que en realidad, dado su carácter formal, no nos ayuda actualmente sobre cómo debe comportarse el Derecho ante los problemas más importantes que se le presentan. Por lo que no nos podemos conformar actualmente con este tipo de respuestas, que en realidad no proporcionan ninguna sobre la manera como deben distribuirse los bienes sociales y, como lo apuntara Radbruch, deja inerme a los juristas cuando se trata de evaluar las normas en aras a su cumplimiento o justificación.

- b) El comunitarismo. Es una posición filosófica que surgió en el siglo XX, pero que se alimenta del pensamiento antiguo occidental, en donde se trata de dar una posición privilegiada a la sociedad en donde interactúan los individuos y por ello, trata de ser un freno a las con-

⁴⁹ PLATÓN, *República*, 338c.

cepciones liberales o libertarias de la justicia. Entre sus representantes más famosos estarían Alasdair MacIntyre⁵⁰ o Michael Sandel.⁵¹

El fundamento adecuado para la regulación social, no debe depender de las posiciones individuales de quienes integran un Estado o de la acción de sus decisiones individuales. Por el contrario, para dar una debida respuesta a los derechos y obligaciones fundamentales con que debemos contar, necesitamos apreciar la historia común que compartimos todos los integrantes de esa comunidad, así como la solidaridad que debe existir entre las personas que la conforman, junto con la lealtad, las ideas o la fe religiosa que se han establecido en la propia comunidad y que forman e identifican al propio individuo, no como un ser aislado, sino vinculado a esa misma sociedad; por lo que además de deberes morales y jurídicos que se nos imponen de carácter universal y que no requieren de nuestro consentimiento y que resultan necesarios para la vida social, sin la cual no serían viables, están los deberes que asumimos de manera voluntaria en la propia sociedad y que postula el liberalismo como los únicos válidos. A ellos se deben agregar los deberes de solidaridad, cuya existencia, como los primeros señalados, tampoco requiere de nuestro consentimiento y que son indispensables para conservar el vínculo social, ya que finalmente los individuos han sido formados y se han beneficiado de la propia comunidad en la que viven. Bajo esta perspectiva, la sociedad no debe buscar el beneficio de los individuos de manera aislada, sino de forma conjunta con el grupo al que pertenece, ya que se participa con él una sola historia concreta y un mismo destino.

- c) El utilitarismo. Esta visión intentó ser una opción teórica para dar sustento a la objetividad y por ello a la racionalidad de las decisiones sociales, al pretender dar una posibilidad de medición y comprobación objetiva a las preferencias de los grupos humanos. De hecho, es una concepción fuerte, aceptada y muy extendida en los países anglosajones y de varias posturas económicas actuales y reconocidas. Podríamos decir que tiene dos etapas. La clásica propuesta tanto por Jeremy

⁵⁰ Sobre todo en su libro *After Virtue*, existe traducción al español: *Tras la virtud*, a cargo de Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona 1987.

⁵¹ Véase la obra ya citada de él y que constituye la base de su curso, sobre todo en sus pp. 250-ss.

Bentham,⁵² como de John Mill, o en su versión revisada de John Stuart Mill.⁵³

En términos generales, se puede decir que el objetivo de esta propuesta teórica es lograr la mayor felicidad de la persona o de la sociedad, entendiendo a la felicidad como procurar el placer y evitar el sufrimiento, por ello, se debe maximizar esta felicidad, de ahí que las decisiones personales y sociales deben enfocarse a lograr esta maximización y, para ello, se basa en el llamado *principio de utilidad*, en donde en el caso de las comunidades todos votan y cuenta su voto en el mismo pie de igualdad al de sus semejantes, en donde todas las preferencias y valores se toman en consideración, procurando alcanzar la mayor felicidad del mayor número de personas, evidentemente la asignación de los bienes o derechos sociales se hace en función del resultado de aplicar este principio. Pese a apreciarse que tiene una base universal, al tomar en cuenta a todos los miembros a los que se dirige el objetivo social, en realidad la puesta en práctica de este principio y en aras de lograr el interés de las mayorías se desconocen en realidad los derechos que le deben corresponder a cada individuo y, además, no toma en cuenta que ni todos los valores e ideales sociales deban debatirse y los coloca en un mismo plano de igualdad, lo que corre el riesgo de que desaparezcan, si se someten al debate de esas mayorías.

Por ello, Stuart Mill trató de superar estas deficiencias y, si bien conservó la idea de que la bondad y, por ello, la justicia de las decisiones es un hecho social, que consiste en promover el bien o el interés público, en donde el legislador debe poner su atención al momento de elaborar sus normas, existe una esfera de libertad que le debe corresponder a cada persona y donde el Estado no puede intervenir, siendo los propios individuos con base en su propio criterio los que deben decidir lo que es mejor para ellos y no así esas mayorías. Por otro lado, señala que deben existir placeres y por ello preferencias que son superiores a otros y que han sido reconocidos por quienes lo han experimentado y por ello deben preservarse con base en ese mismo interés público.

d) El neocontractualismo. Representado por la figura de John Rawls, quien trató de rescatar las teorías del derecho natural y del contrato social, en aras de poder superar las posiciones utilitarias predominantes

⁵² Sobre todo en: "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation" en *The collected Works of Jeremy Bentham*, editados por J.H. Burns y H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996.

⁵³ En su libro *Utilitarianism*, en donde existe una traducción al español en sus partes relevantes: *El Utilitarismo*, de Esperanza Guisán, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

en los Estados Unidos y que como hemos comentado, no reconocen la existencia de los derechos fundamentales.⁵⁴

En síntesis, esta concepción busca obtener los principios de justicia dentro de una comunidad, que determinen los derechos y deberes que se deben asignar a los miembros que la componen, a través de la idea de un *acuerdo equitativo*, por supuesto hipotético y meramente teórico, en donde los individuos que intervienen en él son libres e iguales y están, además, debidamente informados, son racionales y están dispuestos a establecer, para procurarse un modelo óptimo de gobierno, esos principios de justicia. Los mismos no son descubiertos, ni son preexistentes, ni forman parte de una teoría objetiva moral o religión existente, sino son creados por los propios individuos con base en ese acuerdo ideal, no de acuerdo con sus sentimientos como dijera Hume, sino según diversos componentes.

En efecto, este acuerdo se logra a través de varios requisitos, como son: el que los individuos que participan estén ubicados en una misma posición original, en donde desconocen el papel que desempeñarán en la sociedad y que para llevar a cabo su participación en el acuerdo, han realizado lo que se identifica como un equilibrio reflexivo, en donde han llegado a establecer sus ideas de justicia no sólo de manera concordante con sus intuiciones morales, sino sobre sus ideas racionales y que, además, se ve acompañado de un consenso entrecruzado, es decir, en donde sus concepciones sobre la justicia se ven sustentadas por doctrinas religiosas, políticas, morales y filosóficas, también racionales.

De tal manera que aplicado todo ello al acuerdo que se tuviera entre los individuos, se llegaría precisamente al resultado de dos principios de justicia, el primero, y más importante, nos llevaría a establecer un derecho a todo individuo, a un sistema amplio de libertades básicas, compatibles con un esquema similar de libertades para las demás personas. El segundo principio es el reconocimiento de la existencia de desigualdades sociales y económicas, pero su existencia tiene que cumplir con dos condiciones, la primera, que los cargos y posiciones sociales deben estar abiertos a todos, en condiciones de igualdad de oportunidades, así como el principio que llama de "diferencia", es decir, que estas desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la propia comunidad.

⁵⁴ La Teoría del Profesor Rawls se encuentran sobre todo en su famosa obra: *A theory of Justice*, tanto en su versión original de 1971, como en su versión revisada de 1999, publicada esta última por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, así como en la obra ya citada que constituye la revisión final de su teoría: *La justicia como equidad*.

- e) La deontológica. Esta postura es contraria al utilitarismo, en donde, como se ha apuntado, el valor y, por ello, la forma de decidir los problemas de asignación de los bienes sociales se apoya en el conjunto de la mayoría de las personas que optan por ella. Aquí, en cambio, la medida de valor es el propio individuo y la dignidad moral que le debe corresponder. De hecho, es la posición teórica que ha dado sustento a las concepciones modernas de los derechos fundamentales, así como está detrás de algunos textos constitucionales de los estados contemporáneos y está representada por la filosofía práctica de Immanuel Kant.⁵⁵

Basado en la idea de que somos personas racionales, que podemos alcanzar nuestra capacidad para ser libres, somos por ello, dignos de respeto y debemos ser tratados, todos por igual, como fines en sí mismos, ya que por medio de nuestra propia libertad, intentamos llegar a establecer de manera autónoma las leyes que nos deben gobernar, por lo que no es permisible el que se nos pueda sacrificar, en aras de lograr objetivos sociales o la felicidad de otros individuos, a pesar de que se encuentren en mejor o peor condición que nosotros. De ahí que debemos siempre de tratar a los demás también como fines en sí mismos y no como medios para alcanzar otro tipo de situaciones no reconocidas por el propio individuo. De hecho, el ejercicio de esta auténtica libertad ética, nos hará conducirnos de manera correcta, con base en la auténtica ley moral, es decir, obrar siempre conforme a nuestro deber, junto con los fines morales que debemos buscar y no así, buscando las consecuencias de los actos, ni nuestro placer o conveniencia. Por ello, un adecuado sistema de justicia debe reconocer los derechos mínimos de estos individuos para ejercer su criterio moral, de tal forma que les permita conducirse como les corresponde, con base en el valor individual que encierran. Aunque similar a la postura que veremos a continuación, en cuanto hace resaltar la importancia de las personas de manera aisladas, éstas, en realidad, sólo son libres si cumplen el papel que les incumbe en la sociedad, es decir, si ejercitan correctamente su capacidad de ser auténticamente libres.

- f) Liberalismo. En esta postura el individuo es el valor principal que se toma en cuenta de manera preponderante para el reparto de los bienes sociales. Sería imposible pretender reducir esta concepción a unas cuantas ideas, ya que es una vertiente económica, política y filosófica

⁵⁵ Básicamente en sus obras, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y la *Crítica de la Razón Práctica*, que existen varias traducciones al español.

que ha tenido un amplio desarrollo por más de dos siglos, pero entre sus más claros exponentes contemporáneos podríamos apuntar a Milton Friedman⁵⁶ y Friederich A. Hayek.⁵⁷

Desvinculado de la sociedad en la que se encuentra, porque se le considera, al individuo, como un ser autosuficiente, capaz de guiarse por sí mismo, sin la asistencia de otros y además sin que sea necesario que su actuación se base en un deber o tenga determinadas características, puede perseguir cualquiera y por ello es capaz de lograr por sus propios medios los fines que se fija a sí mismo, de ahí que sea necesario el establecimiento de una serie de derechos extensos de libertad mínimos indispensables para alcanzarla y el resultado de su actividad y los productos que de ella obtiene sólo a él le pertenecen. En ese sentido, se debe suministrarle la mayor libertad social que sea posible. Como elemento singular, la persona no le debe nada a la comunidad y, por el contrario, el poder público no debe interferir en la realización de esas acciones que sólo podrá restringir cuando se cause un daño real o un peligro inminente para las demás personas. También la actuación del propio poder público se debe reducir en una mayor medida. Si bien reconoce el contenido de la igualdad, es preponderantemente en su aspecto formal, es decir, que el Estado trate a todos de la misma manera en las leyes que emita. El Derecho es indispensable no como guía de las acciones de las personas sino como medio de seguridad que permite planear su vida, al permitirle conocer las acciones que serán sancionadas o no, por lo que el establecimiento y adecuado funcionamiento de un Estado de derecho se considera indispensable para que se respete y subsista el sistema de libertades establecidos.

Si se observa con atención, los sistemas jurídicos occidentales, incluyendo el nuestro, tienen como premisa para su desarrollo este tipo de concepciones liberales, que luego se ven matizadas o restringidas en algunos aspectos, pero en lo general, son estas ideas en las que descansan para el desarrollo de sus distintos elementos de justicia.

En su vertiente radical, el libertarismo, representado sobre todo por el filósofo norteamericano Robert Nozick,⁵⁸ agudiza estas características con la oposición de toda medida paternalista o proteccionista en la legislación; su impedimento a tocar temas morales o que se pretenda establecer una con-

⁵⁶ Sobre todo en su obra clásica *Libertad de elegir* en coautoría con Rose Friedman (traducción de Carlos Rocha Pujol) Barcelona, Orbis, 1983.

⁵⁷ De este autor, sobre todo en: *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University Chicago Press, 1960.

⁵⁸ Para ver más ampliamente estas ideas puede verse: NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción de Rolando Tamayo Salmerán, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

cepción determinada de virtud a las personas; sobre todo, su negativa a que los impuestos tengan un uso distributivo de la renta y que el Estado deba reducirse a lo mínimo posible, es decir, debe pasar a ser el “Estado Mínimo”.

g) En contraste con estas fuertes concepciones políticas se encuentran las visiones socialistas o comunistas, que rechazan la revalorización del valor de la libertad y, por el contrario, enfatizan la preponderancia de la igualdad material de los individuos que conforman un Estado, lo que lleva en algunos casos, a la supresión de esta libertad y al control por parte del poder público, no sólo de los aspectos económicos, sociales o culturales, sino de la formación y desarrollo del mismo individuo y la comunidad en la que se encuentra, lo que también implica una planeación de la actividad económica, revalorizando el papel del hombre, pero como sujeto que produce riqueza social, el trabajador. También el papel del Estado se incrementa en las vertientes socialistas como el único instrumento capaz de cumplir con las transformaciones de las personas y de distribución de los bienes sociales.

Como puede apreciarse de esta rápida y somera revisión de las principales respuestas que se han planteado históricamente al problema que representa la justicia distributiva, todas ellas pretenden el monopolio de la verdad o de la corrección sobre la forma en que deben dividirse los bienes comunes o repartirse los derechos y cargas sociales, respuestas que pretenden dar solución a todos los problemas secundarios que se desprenden del tema y ser, además, consistentes con su propia teoría de carácter universalista, es decir, aplicable a toda clase de sociedades en cualquier momento en el que se encuentre, con exclusión de cualquier otra clase de solución a la que consideren antagónica e incompatible con lo que se considera como la solución correcta al problema. Ante ello, habría que plantearse, como lo haremos al final de las presentes notas, si es éste el método adecuado para atender los problemas que atañen a esta clase de justicia. Los partidarios de la irracionalidad de la justicia podrán seguir pensando que este debate, actualmente presente, sigue confirmando la validez de su postura, en el sentido de que en realidad no existe una forma correcta o satisfactoria de resolver esta encrucijada si es que en realidad existe, ya que ante el cúmulo de soluciones sólo se desprende la propia incapacidad de la teoría para atender este problema y encontrar una solución. Sin embargo, antes de continuar con este tema, deberemos señalar unas cuantas ideas, sobre el tema de la justicia privada, que también hay que tomar en cuenta cuando se habla de la justicia.

5. JUSTICIA CORRECTIVA

También llamada compensatoria, es la que se da, como ya lo apuntaba Aristóteles, en las relaciones de individuos que están colocados en un mismo plano o nivel y que procura establecer la igualdad en los contratos o remediar las afectaciones que pueden surgir entre los individuos. A diferencia de la proporcionalidad geométrica que se halla supuestamente en la justicia distributiva, aquí la proporción es *aritmética*, entendida como una completa igualdad, lo que tiene una parte debe corresponder exactamente a la que tiene la otra, de lo contrario, la acción de justicia debe reestablecer ese equilibrio numérico perdido, lo que responde a nuestra intuición natural de lo que entendemos como justicia. Finnis considera que la misma se aplica a aquellas relaciones entre el poder público y los individuos que no pueden ser asimiladas a una justicia distributiva.⁵⁹ Como también nos lo enseña este autor, en un origen, el término empleado por el Estagirita fue “*diorthortikon*”, que estaba vinculado a los acuerdos *Synallagmata* en un sentido amplio, en donde también quedaban comprendidas relaciones no voluntarias y, por lo tanto, de reparaciones de daños causados y no necesariamente derivados de un acuerdo entre las partes, incluso cuestiones que hoy llamaríamos de derecho penal. Pero fue una indebida interpretación del Doctor Angélico el que hizo que ese término cambiara por *conmutativa*, como también se le conoce en la actualidad y que es aplicable a cualquier intercambio humano, no sólo individual sino colectivo.⁶⁰

Como lo señaló Aristóteles, esta justicia comprende tanto los actos voluntarios, como los actos jurídicos, declaraciones de voluntad, y las relaciones que surgen de manera no voluntaria o accidental.⁶¹ Fueron los romanos los que especializaron este tipo de justicia y es clásica su distinción de las obligaciones que surgían de los delitos y los contratos, pero también abarcaba a los cuasidelitos, que involucraban la responsabilidad civil y los cuasicontratos.⁶² Como se aprecia esta clasificación, tiene claramente su origen en la distinción filosófica que se puede dar a este tipo de equidad. En ese tenor, y a pesar de lo señalado por el Filósofo, no deberíamos seguir comprendiendo dentro de esta categoría a ramas tan distintas como son los actos sujetos al

⁵⁹ FINNIS, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 207.

⁶¹ Aristóteles, *op. cit.*, 1131b.

⁶² Sin embargo, Jorge Adame, siguiendo a Álvaro d'Ors señala que en realidad el derecho romano clásico distinguía cuatro fuentes de las obligaciones, que nosotros podemos decir que derivan de esta clase de justicia, como son los delitos, los préstamos, las estipulaciones y los contratos. Véase: *Curso de derecho romano clásico*, México, Porrúa, 2014, p. 165.

derecho civil, como aquellas conductas que son consideradas como delitos dentro de los Estados, ya que en estos tiempos, las razones que influyen en las regulaciones de estas clases se inspiran en ideas distintas que ahora no podemos ya armonizar con esta categoría de justicia y que se asemejan más a la justicia distributiva, si es que se puede reducir a esa última.

A diferencia de lo que sucede con la justicia distributiva, al comprender en términos generales relaciones privadas, no ha sido desarrollada o ampliada por la teoría moderna y por eso ha quedado rezagada y divorciada entre su formulación teórica y filosófica con el desarrollo práctico que se ha dado en el Derecho, tarea que había que emprender en el futuro, ya que no bastan sus formulaciones teóricas históricas para comprenderla a cabalidad.

En efecto, como hemos indicado, la idea de igualdad que encontramos aquí, según Aristóteles, es del tipo matemático y por ello se procura que cada una de las partes involucradas en esa relación reciba lo mismo, o lo igual, en términos económicos. Esto se aplica, por ejemplo, a nuestra idea moderna de los daños, tal como se dispone, por ejemplo, en el Artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde la parte incumplida en una obligación debe restituir la pérdida o el menoscabo sufrido por la otra parte, estableciendo así la igualdad numérica que preconizaba Aristóteles, debido a que si el daño producido es evaluable en 10, entonces el deber de reparar debe también ser de ese mismo valor. Pero esto ya no es necesariamente así cuando hablamos de los perjuicios, según reza el Artículo 2109, en donde ahora se puede reclamar cualquier ganancia lícita que se pudiera haber obtenido de haber cumplido con la obligación, o de no haberse producido el acto ilícito, en donde no aparece más la proporción señalada por el Filósofo, porque esos perjuicios no se daban antes del hecho generador, ni necesariamente estuvieron en poder o fueron percibidos por el incumplido, aunque sí persiste la idea de reestablecer una idea de igualdad o de reparar un daño efectivamente causado, aunque no haya recibido eso mismo el responsable de ese daño.

De esta forma, para analizar este tipo particular de justicia debemos adentrarnos en la forma en que se regulan las obligaciones entre particulares, para desprender cómo se ha establecido de manera contemporánea este tipo de justicia, en donde ya no se sigue de ello las ideas con las que surgió.

Prueba de ello es el tema de los contratos, la igualdad de las contraprestaciones y el tema del llamado "precio justo", o el de los intereses ordinarios en los contratos de crédito, temas debatidos por la filosofía jurídica. Si fuéramos consistentes con la idea de esta justicia, tendríamos que pensar que es un elemento de validez de los contratos el que existiera efectiva igualdad entre

las partes en el objeto indirecto de las obligaciones, pero esto, si bien por algún tiempo sucedió,⁶³ ya no es así, porque se descansa en una concepción liberal en el tema contractual y por ello, la justicia no surge ya desde el objeto material del acuerdo, sino en la idea de la voluntad de asumir esa obligación, de las fuerzas de la empatía o desagrado, como lo señalaba Adam Smith; lo que conduce a la autoregulación del mercado o la llamada ley de la oferta y la demanda, sin necesidad de referirse al objeto mismo del acuerdo, salvo excepciones previstas en las leyes, como es el caso de la lesión como causa de nulidad de las obligaciones, o la teoría de la imprevisión, para modificar las mismas obligaciones o el interés público para limitar el precio de determinados productos ante situaciones de emergencia, temas de los que no nos ocuparemos por razones de espacio.

En ese sentido, una teoría moderna de la justicia debería nuevamente adentrarse al problema de los contratos, las obligaciones y declaraciones de la voluntad para así darnos una visión actualizada y moderna de cómo debe operar en la realidad, así como la evaluación de las regulaciones positivas actuales, tomando en cuenta los resultados que han producido tanto la dogmática civil como mercantil, tarea que sin duda ha descuidado la ciencia jurídica.

6. LA NECESIDAD DE ENCONTRAR UNA SOLA RESPUESTA A LOS DISTINTOS PROBLEMAS DE JUSTICIA

Como hemos intentado demostrar en los números anteriores, los problemas de justicia, en cualquiera de sus dos dimensiones, se han intentado resolver de manera histórica con base en respuestas únicas y generales, con pretensión de universalidad y ello resulta lógico. Ya los estoicos habían resaltado la necesidad de encontrar respuestas simples a problemas complejos, también es una actitud normal por parte nuestra, al enfrentarnos a las situaciones complicadas que nos atañen como problemas sociales o económicos, el suministrarle causas y respuestas únicas y sencillas que pretendan abarcar las situaciones más diversas posibles. Frente a ello, habría que interrogarse

⁶³ Al respecto véase las consideraciones que se hacen sobre el precio e intereses en la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, en II, cuestión 77 Artículo 1, o la cuestión 78, en donde no sólo se considera injusto sino pecado el cobrar más por el valor de una cosa, o por el cobro de intereses. También véase como ejemplo a POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, el capítulo I, Artículo III, números IV y V, pp. 29-ss., o SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 15a. edición, México, Porrúa, 1977, p. 171.

como lo habíamos dicho, si este camino ha sido el correcto o no, por lo que habría que señalar si ha llegado el momento de reconocer la necesidad de formular un cambio en esta metodología, que revalore el papel de la justicia como el criterio idóneo para resolver los problemas que se presentan entre los individuos y con ello vuelva a jugar un papel relevante como lo tuvo en tiempos pasados.

Amartya Sen, intentando resolver esta problemática, ha destacado que si se revisa la historia del desarrollo de la idea de la justicia, podemos encontrar dos tipos de posturas. La primera de ellas y más extendida, indaga lo que sería la justicia *perfecta*, esto es, lograr identificar cuáles son los elementos necesarios que convierten en justas a las sociedades y sus instituciones, para ello se basan en modelos teóricos que buscan resolver esta cuestión de manera general y aplicable a todos los casos y naciones. A ese tipo de teorías las llama “institucionalistas trascendentales”, postura que estaría caracterizada por autores como Hobbes, los iusnaturalistas contractualistas como Locke o Rousseau e incluso Kant; de hecho este autor lo identifica dentro de la literatura sánscrita como el *niti*, una idea de la justicia que busca ante todo comprender lo que es ésta a pesar de la realidad injusta que se contempla y que estaría representado por el aforismo *fiat justitia et pereat mundus*.

Por el contrario, nos encontraríamos con otro tipo de dirección que en lugar de basarse en modelos ideales o cuestionamientos generales, se apoya en el modelo de confrontación entre una sociedad y otra, o en aspectos concretos que se detectan como justos o injustos para mejorarlos, más que pretender salvar a todo el mundo. Lo que se quiere es aliviar, en algún punto, problemas de las sociedades reales. En esta postura estarían incluidos a los utilitaristas Jeremy Bentham, Stuart Mill y Karl Marx, y se les identificaría como el *enfoque comparativo*, que dentro de la propia literatura sánscrita estaría representada por la palabra *nyaya*, es decir, enfocada a las realizaciones efectivas que pueden lograrse en el tema de la justicia.

Al primer grupo le preocupa resolver de manera radical el problema de la justicia, de manera conceptual y completa; en cambio, al segundo sólo le preocupa mejorar en algún aspecto en concreto algunas situaciones que se consideran como injustas, es decir, más que comprender, lo que buscan son los resultados particulares y perceptibles que procuren mejorar y no solucionar definitivamente el problema, pero sin abandonar la racionalidad que debe añadirse a estas acciones de mejoramiento.⁶⁴

⁶⁴ Véase para un desarrollo más profundo de esta idea: SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, traducción Hernando Valencia Villa, México, Santillana, 2010, particularmente pp. 36-ss., 51-ss.

¿Qué posición debe adoptarse en el campo del Derecho? Sin pretender dar la respuesta definitiva a esta interrogante, lo que, como ya hemos expuesto de manera abundante en este trabajo, no lograremos, se harán algunas observaciones para ello. La primera es que parece que todo sistema normativo jurídico se ha adscrito a alguna de las distintas concepciones que existen sobre la justicia, en particular, con el de la filosofía estoica con base en la definición tradicional que suele darse. Pero si observamos bien el contenido específico de estas normas y demás contenidos que integran nuestro sistema jurídico, podemos ver que no ha sido así. En el derecho privado, por lo menos, el antecedente que tenemos es que no se desarrolló con base en ideas generales de justicia, sino con la emisión de normas concretas y la solución de problemas particulares y específicos que se presentaban día a día, el llamado método “tópico” que nos recuerda Viehweg, como metodología predominante durante la mayor parte de la historia del derecho occidental. En ese sentido, la ciencia se vinculaba con los problemas específicos que se le presentaban y y que permanecían por las soluciones parciales y concretas que no podían generalizarse, estableciendo vacíos con este medio de operar. Sólo más tarde se buscó su generalización y abstracción, para poderlo resumir en fórmulas reducidas y universalizables. Esto es, la idea de la justicia implícita en esta rama del derecho fue efectuada con base en atender problemas específicos y concretos que se presentaron para después intentar aplicarlos a otros semejantes y de ahí crear las reglas generales que todavía hoy nos rigen en alguna medida. Pudiera decirse que, como lo apuntaba Sen, el Derecho en su historia adoptó la postura del enfoque realizativo más que el teórico institucional.

Por lo que hace al Derecho Público, si bien se basó, en su vertiente moderna, más en consideraciones de carácter filosófico o teórico, es decir institucional, luego se transformó con base en la lucha política, para el logro de objetivos específicos de justicia, como el establecimiento de los primeros derechos fundamentales o la modificación de los regímenes políticos, siendo indispensable la historia particular de cada país para comprender los tipos de instituciones que tienen. Teoría e historias concretas han ido moldeando nuestro Derecho Público. En ese sentido, últimamente muchos de los cambios operados están más enfocados en atender problemas concretos que en visiones generales de justicia. En ese tenor, el Derecho, más que buscar la solución al tema complejísimo de la justicia con base en una sola concepción, debería investigar respuestas concretas y especiales a los diferentes problemas que se le presentan, tanto en el Derecho Público como en el Privado, con base en los problemas. Debe buscar cuál de todas las concepciones de justicia es la que pueda dar mejores argumentos para su solución.

Una última observación que resulta importante hacer y que se desprende de lo anterior, es que si además quisiéramos analizar el tipo de justicia que subyace en cada uno de los sistemas jurídicos, entre ellos, el nuestro, llegaríamos a comprender que distintas ramas del Derecho están estructuradas y desarrolladas con base en distintas concepciones de justicia y, entre esas mismas ramas, encontramos también ideas diferentes de justicia, como ya lo hemos podido ver. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad civil. Si esto es correcto, la concepción de justicia que subyace en nuestro sistema no es uniforme, sino variada e incluso contradictoria; en pugna por sobresalir en cada problema que se presenta, como lo vemos reflejado en las normas constitucionales, en donde encontramos normas inspiradas en la concepción liberal, otras en el carácter social o incluso utilitarias o deontológicas, por lo que no podemos concluir tampoco que exista una concepción y, por ello, una respuesta única y general al tema de la justicia en nuestro derecho.

Así, el propio sistema jurídico, a pesar de su pretendida unicidad, ha recogido, como ya lo habíamos dicho, por razones de "justicia histórica", normas que en el propio devenir de la historia se han ido ajustando o sustituyendo con base en una concepción de "justicia moderna", no necesariamente derivadas de una misma y constante concepción de justicia, pero sí con base en nuestra racionalidad, sentimiento e intuición de lo que en cada momento se considera es justo. Sólo contemplándolo así podemos apreciar adecuadamente el contenido mismo de ese sistema y las ideas de justicia que la han inspirado, por lo que deberíamos de renunciar a una teoría que explica por sí misma y para todos los tiempos la manera en que puedan resolverse los problemas que se nos presenten en el futuro. Como también podemos comprender, las soluciones históricas y, por ello, nuestras instituciones son siempre imperfectas y en constante cambio, lo que nos puede explicar por qué nuestros sistemas jurídicos son dinámicos.

7. CONCLUSIÓN

Necesidad de revalorizar la razón práctica. Una de las cuestiones que siempre se han asociado al tema de la justicia es la falta de una respuesta certera, general y abstracta que pueda atender a todas nuestras interrogantes que se presentan en nuestra vida diaria. De ahí la frustración con la que se contemplan los resultados hasta ahora alcanzados, ya que ninguna teoría logra tales objetivos, de ahí que, frente a la falta de una certeza absoluta, cobraron fuerza en el siglo pasado las posiciones negativas o escépticas acerca de ella. Lo

que hoy, afortunadamente, se está intentando corregir, con base en las nuevas formulaciones que se están desarrollando, las que podemos llamar *las nuevas teorías sobre la justicia*.

Sin embargo, esto no siempre fue así, porque lo que se buscaba en los temas del conocimiento abstracto no se pretendía los problemas prácticos. Aristóteles, una vez más, distinguía la razón teórica, en donde el afán era conocer el mundo, por el mero hecho e inquietud de conocer, lo que más tarde fue complementado por la posibilidad de transformar la realidad en la que se encuentra, gracias a los resultados que arrojan la ciencia y a la tecnología. Pero para el conocimiento práctico lo que se busca no es la teoría, no el conocer, sino el saber cómo actuar, el dilucidar la manera en que puedo o debo actuar para conmigo mismo o frente a las demás personas para lograr un objetivo bueno o feliz, es decir, atender a los problemas éticos y de justicia que se nos presentan. La finalidad no es el obtener un dato en mi mente, sino la de encontrar motivos de hacia dónde dirigirme o cómo actuar, así como lo que debo perseguir. Frente al saber teórico, desinteresado, general y objetivo del primero, el segundo busca obtener un motivo concreto, movido por el interés, impreciso y muy ambiguo para la acción.

Pero el desarrollo de nuestra cultura hizo desaparecer esta distinción para assimilarlas a la primera y, por ello, el saber práctico se pretendió erigir ante todo como un saber general, teórico, asimilando las ciencias y los métodos adecuados para ello, perdiendo así lo que se buscaba. De ahí su desprestigio. Tal vez esto fue lo que sucedió en el tema de la justicia.

En ese sentido, debemos regresar a estos orígenes y retomar el tema del genuino razonamiento práctico orientado a los problemas especiales que se nos presenten para obtener de ellos la mejor respuesta posible. Más que buscar el por qué, lograr obtener cómo dilucidar la mejor acción, en este caso, justa, vinculada siempre al problema que intentamos atender. Más que respuestas universales, únicas, exactas y definitivas buscamos atender problemas concretos, específicos y que nos den respuestas provisionales, no necesariamente una única solución, ni la definitiva. Amrtya Sen ha subrayado que es posible que las razones de justicia no sean únicas ni concluyentes, que pueden coexistir varias que superen el escrutinio de la racionalidad y que nos pueden llevar a situaciones y soluciones diferentes, incluso contradictorias, dependiendo de la cultura y el tiempo en que nos enfrentemos, pero son igualmente justas. En cada caso dependerá de los valores y circunstancias involucrados y quién puede tomar parte o decidir la cuestión, pero eso sí, todos los resultados serán siempre revisables, y por ello, modificables, cuando encontremos motivos racionales para creer que es necesario ese cambio.

¿Cómo lograremos estos resultados? Ya se ha señalado que nuestra tradición de corte occidental ha sustentado su desarrollo en la idea de la racionalidad, esto es, obtener nuestros objetivos con base en la optimización de los medios con que contamos para ello, con base en nuestra capacidad de razonar. Esto sólo lo logramos a través de los requisitos de consistencia en nuestros pensamientos, no sólo con nuestras emociones e intuiciones, sino con nuestras propias acciones e ideas en las que nos hemos apoyado como correctas. Además, esa misma nota debe llevarnos a la admisión de las ideas prácticas y a aceptar las consecuencias que se deriven de esas propuestas, debido a que nuestros razonamientos tienden de manera natural a su universalización y, por ello, la aplicación a problemas semejantes de soluciones ya seleccionadas. Sin el cumplimiento de estos tres requisitos (racionalidad, consistencia y universalización) no podríamos lograr respuestas satisfactorias a los problemas sociales; pero deberíamos tomar en cuenta otros elementos:

En todo caso, el razonamiento práctico parte de situaciones concretas y específicas. Con base en ellas podemos preguntarnos si existe alguna razón de justicia histórica que pueda dar una solución o si tenemos que partir del sentimiento de justicia natural que tenemos, aplicando los requisitos anteriores para dar con nuevas respuestas. La búsqueda de soluciones no debe hacerse partiendo de la nada, sino con base en respuestas ya dadas, examinando su racionalidad y su idea de justicia para apreciar si son adecuadas o no. El pretender solucionar el tema de la justicia con base en teorías nuevas o generales es volver a caer en el mismo error en que ya nos hemos colocado históricamente. En el campo del Derecho, esta búsqueda se realiza iniciando por preguntarnos si el problema está o no regulado, es decir, si existe una razón de justicia histórica formal o no, ya que en caso de que exista, deberemos seguirla o, en su caso, evaluarla para que, si no se considera justa, procurar su supresión o modificación por el camino institucional. En caso de no estar regulada, entonces seguir con el camino expuesto.

Asimismo, debemos identificar la razón de justicia que hemos seleccionado para resolver el problema y apreciar si la misma logra salir adelante frente a las críticas de otras posibles respuestas derivadas de visiones opuestas de la justicia, es decir, si es posible cumplir con los requisitos de consistencia y universalidad que hemos apuntado. En ese tenor, tendríamos que conocer debidamente la forma en que se pretenden resolver los problemas con base en esas diversas concepciones de justicia y las consecuencias que traerán para apreciar si las mismas son adecuadas o si la propuesta por nosotros cumple de mejor manera con estos requisitos.

Debemos permitirnos la posibilidad de obtener resultados parciales y limitados que sólo se irán complementando y perfeccionando en la medida que pongamos en práctica las soluciones preliminares que hemos encontrado. Además, las respuestas a las que se lleguen serán en todo momento susceptibles de revisarse para que podamos encontrar mejores razones que corrijan las decisiones tomadas. En este sentido, las respuestas que se alcancen son siempre provisionales, sujetas a escrutinio y a modificación.

Por último, aceptar la posibilidad de que existan varios puntos de vista y, por ello, diversas respuestas a la interrogante que nos planteemos, las cuales, como se ha señalado, estarán sujetas a esa revisión constante. La adscripción a la razón práctica no nos debe llevar al radicalismo de tener en todo momento soluciones únicas ni definitivas. Por supuesto, todas estas características deberían desarrollarse en un estudio aparte.

Así, el Derecho debe seguir el camino que están tomando otras ramas de investigación, como la económica, o la social, para transformarse en un procedimiento de racionalidad práctica preocupado, más que por los resultados, en los instrumentos conceptuales que nos permitan saber si las soluciones a las que hemos llegado cumplen con ese requisito de racionalidad y si, además, son justas o no, para propiciar el mantenimiento o la modificación de las reglas jurídicas que se han creado o el establecimiento de nuevas. Sólo así la idea de la justicia podrá desempeñar el papel que los hombres le han confiado desde que se dieron cuenta de su existencia y reconocerán la necesidad que tienen de ella para utilizarla a fin de modificar su entorno. Sólo así la justicia regresaría a ser, como se presumió en sus orígenes, la estrella polar que puede dirigir correctamente nuestras acciones para que logremos una buena vida, una que merezca la pena ser vivida en sociedad.