

LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA

*Víctor Blanco**

Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres -desde Platón a Kant-. Y sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizás sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva sino tan sólo preguntar mejor¹.

Es ésta una de las premisas que sirven a Hans Kelsen como punto de partida para la exploración que lleva a cabo en un pequeño, pero imprescindible, ensayo que lleva por título precisamente *¿Qué es la Justicia?*

Podría darse con ella por terminada la cuestión, dejándola de lado como irresoluble y ociosa, sin embargo ni el mismo Kelsen resiste a la subyugante atracción que el problema de la justicia (como las legendarias sirenas que le cantan a los hombres y los llevan irremediabilmente a su destrucción²) ejerce sobre quienes se han ocupado en su quehacer racional de los problemas del hombre y de las colectividades humanas.

No hay época de la historia documentada del pensamiento humano en la que no encontremos planteamientos teóricos y cuestionamientos prácticos relacionados con el problema de la justicia.

Es muy diversa la metodología que se ha empleado al abordar el asunto y son muy diversas también las respuestas que se han

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, México, 1991, p. 8.

² En el relato homérico, por cierto, es constante el deseo del héroe Odiseo (Ulises) de intentar tareas consideradas por los mismos dioses como imposibles.

dado; se intercalan en los planteamientos tomas de postura (en ocasiones radicales y, paradójicamente, no pocas veces excluyentes) que implican principios, concepciones del mundo y valores identificados con ciertas corrientes filosóficas y doctrinales bien definidas en la historia de la filosofía jurídica, que es el nicho natural de este asunto (aunque se ha dado un desplazamiento gradual hacia la Ética, la Filosofía Moral y la Filosofía Política)³.

Es permanente la actualidad de esta pregunta que está en boca de todos los hombres, pues todos tienen relación directa con el Estado y con el Derecho y todos se consideran a sí propios como sujetos dignos de un trato justo; se hace dramáticamente urgente cuando la sociedad en la que el individuo vive parece haber perdido la capacidad de proponer normas justas o de promover su eficacia.

El Problema de la Justicia

La larga historia a la que se ha hecho referencia no es gratuita, ni mero producto de la originalidad de algunos filósofos; se trata de una auténtica disputa que versa sobre la identificación misma del concepto, sobre la posibilidad o imposibilidad de dotarlo de un contenido determinado, sobre su necesidad o prescindibilidad, sobre su materialización, sobre su permanencia o transitoriedad, sobre su trascendencia o su inmanencia.

Las respuestas que apuntan explícita o implícitamente hacia un contenido objetivo, trascendental y permanente de la justicia ejercen el atractivo de brindar un parámetro de enjuiciamiento a la realidad y, en particular, al Estado y al Gobierno; pero tropiezan con un problema muy complejo y hasta ahora (como veremos)

³ Son varias las obras que podrían consultarse respecto del desenvolvimiento histórico de la filosofía jurídica. Una de ellas es *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental* de Alfred Verdross, traducida al español por Mario de la Cueva y publicada en 1962 por el Fondo de Cultura Económica. Otra es *Meditación sobre la Justicia* de Antonio Gómez Robledo, editada también por el Fondo de Cultura Económica en 1963. O la magnífica obra del noble inglés Sir Dennis Lloyd *Introduction to Jurisprudence*, publicada por la casa londinense Stevens & Sons. Antonio Truyol y Serra publicó en la editorial Revista de Occidente su *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Antonio Hernández Gil comenzó en 1971 la edición de los tres tomos de su *Metodología de la Ciencia del Derecho*, un amplio estudio de la evolución del pensamiento jurídico que abarca incluso planteamientos doctrinales muy recientes.

insoluble que termina por barruntar en el insuperado relativismo axiológico, que se hace patente a través de la historia y que pareciera cuestionarlas.

Es cierto que la cultura occidental judeo-cristiana, que se arroga la primacía de la civilización, pretende haber llegado a determinaciones materiales, en una de sus variantes escondidas en planteamientos analíticos, y, en consecuencia, finales de los contenidos de la justicia, pero la realidad es que, dejando a un lado ciertos prejuicios y modas, podemos encontrar en esos planteamientos alguna de estas cosas o una mezcla de ellas:

- Enunciación de una escala valorativa material que no deja de ser discutible y es, por tanto, relativa.

- Estructuras que acaban reduciéndose (como ocurre con las muy aceptadas proposiciones griega y latina sobre la justicia) a fórmulas huecas.

En un primer grupo que intenta la solución del problema satisfaciendo el requerimiento de un contenido material de la justicia, estarían todos los exponentes del iusnaturalismo, que desde bien antiguo, como lo demuestra Sófocles en su tragedia *Antígona*⁴, han intentado abiertamente dotar al concepto de justicia de un contenido material.

No escapa a quienes se encuentran inscritos en esta corriente filosófica la percepción de algunos de los problemas que plantea la pretendida existencia objetiva y absoluta de la justicia y su conocimiento:

La conciencia, por intuición más o menos vaga, nos hace sentir que una cosa es justa o es injusta. Pero, esta conciencia, ¿es igual en todos los hombres? Si no es así -como los hechos nos muestran-, ¿qué conciencia debe ser decisiva?: ¿la del príncipe?, ¿la del legislador, delegado por aquél o por el pueblo?, ¿la de este pueblo en su

⁴ Increpa Antígona al rey Creón, que ha dejado insepulto el cuerpo de su hermano Polinice como castigo por violar la ley, con estas palabras: «Porque esas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la Justicia que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía yo pensar que tus normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, de hoy, no son leyes de ayer... son leyes eternas y nadie sabe cuándo comenzaron a vigir...». Sófocles. *Antígona*, trad. de Ángel Ma. Garibay, 7a. ed, Editorial Porrúa, México, 1970.

mayoría?, ¿la de sus prudentes o jueces? Esa conciencia, ¿debe ser puramente intuitiva? o, de ella, ¿podemos y debemos extraer unos principios de los cuales la razón deductivamente puede obtener las normas y soluciones justas? ¿Ha de predominar la conciencia de los grandes principios, convertidos en normas generales, o la conciencia del caso concreto?⁵

Son éstas, precisamente, las preguntas que quedan en definitiva sin una respuesta suficiente. Vallet de Goytisolo es iusnaturalista, las plantea entonces no para poner una trampa a la doctrina que sustenta, sino para sentar en ellas las bases de su propuesta, pero la respuesta que da (que sintetiza las grandes corrientes del iusnaturalismo) pone en evidencia los pies de barro de esta concepción del Derecho y de la justicia desde la perspectiva científica:

Al lado de la posible revelación íntima de Dios en nuestra conciencia, tenemos el orden ínsito por Él en su obra creadora y que podemos leer en la naturaleza...

Es el camino de la razón, elevándose de la naturaleza de las cosas. No descendiendo a ellas desde la intuición vaga, como ha pretendido la escuela fenomenológica. Es una perspectiva amplia y total de la naturaleza...⁶

Tanto las elaboraciones iusnaturalistas de corte teológico y confesionales, como las racionalistas incurren en lo que sus críticos positivistas denominan la 'falacia dualista' y que consiste, precisamente, en considerar que aparte de la realidad fáctica, existe otra, trascendente y absoluta, que ilumina y enjuicia a la primera.

Giorgio del Vecchio sintetiza la cuestión de esta manera:

El Derecho Natural es, pues, el criterio que permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia del mismo...⁷

⁵ Vallet de Goytisolo, Juan, *En Torno al Derecho Natural*, Organización Sala Internacional, Madrid, 1973, p. 176.

⁶ *Ibid.*, p. 181.

⁷ Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del Derecho*, Trad. Luis Legaz y Lacambra. 3a. ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1942, p. 488.

Si la cuestión se mira desde una confesión religiosa o incluso ética, la idea del relativismo axiológico resulta desde luego repugnante; pero si se analiza, como lo hace Kelsen, desde la perspectiva rigurosa de la ciencia las cosas cambian radicalmente.

La respuesta del iusnaturalismo a la crítica kelseniana y a los planteamientos positivistas es tan extrema como injustificada, que concluye anatematizándolo:

...las escuelas positivistas han puesto en trance de descrédito el valor del Derecho objetivo, al considerarlo como mero producto de la decisión -fundada o no- de la autoridad⁸.

...el positivismo ha provocado todo ese sentido de proliferación legislativa, arbitrariedad y contradicciones que caracteriza al régimen de las leyes modernas, y se considera -...- como una de las manifestaciones más acusadas de la crisis del Derecho⁹.

Con un desarrollo muy consistente, que ha contado además con el prestigio de la difusión de que goza el mundo anglosajón y ha ejercido una influencia considerable sobre el resto del pensamiento occidental, encontramos como paladines de la concepción moderna de la justicia a H. L. A. Hart (cabeza y pieza fundamental de la Escuela Oxoniana) y a John Rawls (que tanto influjo ha ejercido sobre la Teoría Económica aunque sea considerado por algunos como heterodoxo). Ambos, como veremos, hacen planeamientos que combinan una aproximación analítica y formal, por tanto hueca, con una propuesta de carácter material que en definitiva es relativa.

Hart recoge en un inicio el principio aristotélico de la justicia¹⁰, pero considera que es incompleto y propone los elementos que lo complementan:

⁸ Castán Tobeñas, José, *Crisis Mundial y Crisis del Derecho*, 2a. ed., Reus, S.A., Madrid, 1961, p. 56.

⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹⁰ En su *Ética Nicomaquea* Aristóteles propone: «Lo justo es, pues, lo proporcional; lo injusto lo que está fuera de la proporción, lo cual puede ser en más y en menos. Esto es lo que acontece en la práctica: el que comete injusticia tiene más; el que la sufre, menos de lo que estaría bien. En el mal es a la inversa: el mal menor está en concepto de bien comparado con el mal mayor. El mal menor es preferible al mayor; ahora bien, lo preferible es un bien, y cuanto más preferible, mayor bien», trad. Antonio Gómez Robledo, 4 ed., Editorial Porrúa, Colección Sepan Cuántos Núm. 70, México, 1972.

... la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un equilibrio o proporción, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: 'tratar los casos semejantes de la misma manera'; aunque es necesario añadir 'tratar los casos diferentes de diferente manera'...¹¹

Percibe Hart el problema del formalismo de este planteamiento y se propone darle solución averiguando qué semejanzas y qué diferencias son relevantes. Este añadido a la cuestión resulta ser para Hart un criterio cambiante, variable y, además, discutible e impugnabile.

... los criterios de semejanzas y diferencias relevantes pueden variar a menudo en función del enfoque moral fundamental de una determinada persona o sociedad. Cuando ello ocurre, las estimaciones sobre la justicia o injusticia del derecho pueden enfrentar contra-afirmaciones inspiradas por una moral diferente...¹²

A pesar de la percepción de esta dificultad, Hart intenta determinar lo que él llama 'contenido específico' tanto de la moral, cuanto del derecho. Este contenido es un mínimo que sustenta al derecho y a la moral como ordenamientos que materializan el propósito de supervivencia que los hombres al asociarse tienen. Parece que entra, pues, a la determinación de contenidos materiales, objetivos e inmutables.

Se sintetizan esos contenidos en estas cinco proposiciones: vulnerabilidad humana, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados, comprensión y fuerza de voluntad limitadas.

De estos cinco elementos en realidad sólo dos de ellos tienen alguna referencia material más o menos objetivable: *la vulnerabilidad humana y los recursos limitados*. La primera de ellas se refiere a la restricción del uso de la violencia (que se traduce en matar o en causar daños corporales); la segunda se refiere a la indispensabilidad, así sea en grado mínimo, de la institución de

¹¹ Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Trad. Genaro Carrió, 2a. ed. (reimpresión), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 198.

¹² *Ibid.*, p. 202.

la propiedad. No es difícil encontrar ejemplos en los que cualquiera de esas propuestas se pone en tela de juicio, desde luego los hay en las normatividades positivas, pero se encuentran también en planteamientos teóricos de la ética y la moral.

No se trata nada más de exponer preferencias. El principio de respeto a la vida humana, como sustento de las colectividades que el hombre ha creado, o el de la propiedad privada, así sea en una mínima expresión, como sustento de los mercados y motor del crecimiento económico, en los que yo creo, no son más que una forma de ver las cosas, hay planteamientos exactamente opuestos; la dificultad estriba en que respecto de ninguna de las dos vertientes se pueden esgrimir razones objetivas, inmutables y universales, y eso es precisamente lo que las hace relativas.

Hans Kelsen lo expresa de manera clara y contundente:

Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional...»¹³.

Para encontrar un reducto respecto del que no pudiera formularse una contra-afirmación tendríamos que llegar a una formulación tan mínima que resultaría vacía.

Los otros tres elementos (*igualdad aproximada, altruismo limitado, comprensión y fuerza de voluntad limitadas*) son desde su enunciado mismo relativos y se plantean más de manera formal que material; nadie es tan fuerte como para poder dominar a los demás permanentemente, ni siquiera por un lapso amplio; en el hombre se alternan el altruismo y las tendencias a la agresión que tienen que ser controladas; la sumisión al sistema

¹³ Kelsen, Hans, *Ob. cit.*, p. 75.

de reglas se basa en la 'garantía' de que quienes obedecen voluntariamente no van a ser sacrificados a quienes no lo hacen¹⁴.

La conclusión respecto al planteamiento hartiano es que no se logra satisfacer el propósito de darle contenido material objetivo y permanente, así sea mínimo, al derecho, a la moral y a la justicia.

John Rawls lleva a cabo un apasionante y comprensivo análisis de la justicia en su libro *Teoría de la Justicia*. Posee también el atractivo poder analítico que caracteriza a los filósofos anglosajones y la enorme capacidad de abstracción y 'modelización' que tanto auge ha tenido en el pensamiento humano de los últimos lustros.

Sería imposible sintetizar en unas cuantas líneas todo su pensamiento, pero sí pueden entresacarse las ideas fundamentales.

... una sociedad está bien ordenada no sólo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino también cuando está efectivamente regulada por una concepción de justicia. Esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que: 1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen...¹⁵

Para Rawls la justicia depende en lo fundamental de la asignación de derecho y deberes y de las oportunidades económicas y condiciones sociales de los sectores sociales y está sujeta a estos dos principios:

La primera enunciación de los dos principios es la siguiente:

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

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos¹⁶.

¹⁴ Hart, H.L.A. *Ob. cit.*, p. 239 ss.

¹⁵ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*. Trad. María Dolores González, 1a. reimp., 1a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 21.

¹⁶ *Ibid.*, p. 82.

Cuando Rawls desarrolla el primero de los principios hace referencia a lo que él considera que son las libertades básicas, es decir a las libertades ineludibles y, por tanto, pretendidamente inmutables y absolutas, por ejemplo habla del derecho a votar o del derecho a ocupar cargos públicos, a la libertad de expresión y de reunión, a la de conciencia y pensamiento, o al derecho a la propiedad. El segundo de los principios es meramente formal. Es una situación similar a la descrita antes en relación a los planteamientos de Hart. En tanto se haga referencia a contenidos materiales se enfrenta el problema de la dificultad de sustentar racionalmente como objetivas las conclusiones.

Hay que decir de nuevo que no se trata de los buenos y los malos, de la civilización y la modernidad frente al primitivismo; tampoco es una cuestión de fe, pues la fe no tiene cabida en la racionalidad.

Puede reconocerse que predomina en el pensamiento occidental de hoy este tipo de consideraciones y aproximaciones; pero lo que no puede hacerse es eliminar las demás alternativas que respecto de estos problemas pueden sostenerse, no puede predicarse de ninguno de estos conceptos que sea absoluto, definitivo y universal.

En este devenir de alternativas las más exitosas y de mayor aceptación son las eminentemente formales, que son estructuras vacías que a fin de cuentas satisfacen sólo lateralmente la pregunta ¿qué es la justicia?

Se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia la conocida frase que afirma que la justicia significa dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula ha sido aceptada por notables pensadores y especialmente por filósofos del derecho. Es fácil demostrar que ésta es una fórmula completamente vacía. La pregunta fundamental: ¿qué es lo que cada uno puede considerar realmente como 'lo suyo'? queda sin respuesta¹⁷.

También en el Derecho Romano se encuentra esta fórmula, en los *Digesta* de Justiniano, que recogen el pensamiento de Ulpiano, importante jurisconsulto del siglo III después de Cristo, con la particularidad de que se considera a la justicia como un atributo de la voluntad y no como una entelequia con existencia propia:

¹⁷ Kelsen, Hans. *Ob. cit.*, p. 45.

*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*¹⁸.

‘La constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho’. No son superficiales las variaciones entre la fórmula griega y la romana: se hace referencia a la voluntad, por lo que se trata de una característica que se agrega a un comportamiento, no habría justicia ‘in se’, sino comportamiento justo.

La segunda diferencia, muy característica del Derecho Romano y de la idiosincrasia pragmática de ese gran pueblo de la antigüedad, es que el ‘suyo’ de cada quien está circunscrito al ámbito de los derechos subjetivos: la justicia tiene que ver con el comportamiento social regulado por el Derecho; sin Derecho no hay justicia.

Dentro del contexto del Derecho y la Filosofía romanos habría que tomar en cuenta otro concepto al que no suele hacerse referencia y que resulta también de gran importancia, se trata de la *aequitas* que no podría traducirse simple y directamente como ‘equidad’, pues en su contexto original tiene ciertas peculiaridades:

Aequitas y *aequus* son términos expresivos de la adecuación del Derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva. El *ius* ha de plegarse a las singulares contingencias de cada hecho, de cada negocio o de cada relación, habida cuenta de esa mudanza cotidiana a que es llevada la vida social. En otro caso, el *ius* conduce a la iniquidad: *summum ius, summa iniuria*.

La *aequitas* clásica trae a concierto Derecho y justicia. Sustancia del derecho es la *aequitas*, si por *aequitas* se entiende la justa adhesión de la norma positiva a la mudable vida social que regula...¹⁹

Este condicionamiento que significa la ‘*aequitas*’ para que el Derecho sea justo penetra a profundidad en uno de los temas

¹⁸ Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. José Ferrández González, Editora Nacional, México, 1966, p. 19.

¹⁹ Iglesias, Juan, *Derecho Romano*, 5a. ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1965, p. 84.

centrales relativos a la justicia: ¿hay justicia objetiva y trascendente? La respuesta parece ser negativa.

Ni las formulaciones abiertas iusnaturalistas, ni los modernos planteamientos hechos para el Derecho desde la perspectiva ética y que apuntan (aunque en apariencia de manera analítica y formal) hacia principios que en definitiva tendrían contenido material y la pretensión de ser últimos (por ejemplo los que se emplean para la sustentación de las argumentaciones relativas a derechos humanos), no escapan a la crítica kelseniana:

... El hombre debe creer en la existencia de Dios, es decir, en la existencia de una justicia absoluta, pero es incapaz de comprenderla o sea de precisarla conceptualmente. Los que no pueden aceptar esta solución metafísica del problema de la justicia pero conservan la idea de los valores absolutos con la esperanza de poder definirla racional y científicamente, se engañan a sí mismos con la ilusión de que es posible encontrar en la razón humana ciertos principios fundamentales que constituyen estos valores absolutos que, en verdad, están constituidos por elementos emocionales de la conciencia. La determinación de valores absolutos en general y la definición de la justicia en particular que de ese modo se logra, son fórmulas vacías mediante las cuales es posible justificar cualquier orden social.

Por eso no es extraño que las numerosas teorías sobre la justicia que se han formulado desde los tiempos antiguos hasta hoy, puedan ser reducidas a dos tipos fundamentales: uno metafísico-religioso y otro racionalista, o mejor dicho, pseudo racionalista²⁰.

¿Quién dice qué es lo Justo? La Justicia Legal, la Forma Colectiva de la Justicia

Después de esta revista a diversas formulaciones teóricas de la justicia, que sin ser exhaustiva sí es suficientemente explicativa, cabría de nuevo plantearse la imposibilidad de resolver la cuestión y la consecuente inutilidad de su planteamiento.

Sin embargo la vida misma nos coloca una y otra vez ante la necesidad de dilucidar de alguna manera el problema. No hay, se

²⁰ Kelsen, Hans. *Ob. cit.*, p. 36.

ha visto ya, uniformidad en las respuestas teóricas que la Filosofía del Derecho y otras disciplinas afines brindan; menos la habría si se pretendiera acudir al sentimiento de cada uno, terminaríamos en un verdadero caos.

El único instrumento que puede operar de manera eficiente en la colectividad, como vehículo no sólo de ordenación, sino también de satisfacción de ciertas demandas, exigencias y expectativas de los seres humanos, es el Derecho.

Hay que dejar sentado que, precisamente por su carácter instrumental, el Derecho puede por igual satisfacer que frustrar los requerimientos de justicia y de otro tipo que el hombre tiene; el punto de inflexión se encuentra, precisamente, en el ordenamiento que logra convertirse en orden, porque para que ello suceda es indispensable una cierta legitimidad, que no puede lograrse si no está mínimamente reflejada en el ordenamiento la concepción de justicia que la colectividad tiene.

El Derecho requiere formalismo, generalidad y abstracción; es una necesidad de orden estructural y práctico que permite la regulación de colectividades y no sólo la de individuos. Incluso en los sistemas de corte consuetudinario y de precedentes judiciales, donde en principio no existe una ley como la conocemos en los sistemas de derecho escrito, es necesaria la formalización, la abstracción y la generalización, pues sin ellas resulta imposible el traslado de la solución dada a un caso, a la solución de otros casos.

Formalismo, generalidad y abstracción además brindan la posibilidad de que los individuos sujetos a la regulación prevean posibilidades y consecuencias y en función de ellas determinen su comportamiento.

... al dejar el formalismo jurídico específico que el aparato jurídico funcione como una máquina técnico-racional, garantiza al mismo tiempo a los diversos particulares el máximo relativo de posibilidad de movimiento y, sobre todo, de posibilidad para el cálculo racional de las probabilidades y consecuencias jurídicas de su actividad con arreglo a sus fines...²¹

²¹ Weber, Max, *Economía y Sociedad*. Trad., José Medina Echeverría, et. alt. t. II, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 605.

Podría pensarse que Weber supone en este pasaje que es indispensable una cierta aplicación puntual del Derecho; pero aún en el caso de que la eficacia de las normas fuera débil, la previsibilidad sería mayor a la que se daría en ausencia del Derecho, con lo que la certeza que la formalización jurídica ofrece se convierte en una ventaja para la vida colectiva.

No hay que dejar escapar, desde luego, lo que se apuntaba antes, en el sentido de que el Derecho, como instrumento de regulación humana, puede servir a propósitos y fines distintos y que, incluso, la mera implantación de la igualdad formal y el carácter previsible del Derecho pueden ser impugnados por resultar insuficientes para grandes sectores de la población.

... En particular deja insatisfechas a las masas desposeídas la 'igualdad jurídica' formal y la justicia y el gobierno 'calculables', tal como lo exigen los intereses 'burgueses'. Para tales masas el derecho y el gobierno tienen que estar al servicio de la nivelación de las probabilidades de vida económicas y sociales frente de los poseedores, y solamente pueden desempeñar esta función cuando asumen un carácter no formal, es decir, un carácter esencialmente 'ético' (o de Cadí)...²²

¿Esta disyuntiva weberiana entre justicia racional (basada en la formalización) y justicia de Cadí (basada en consideraciones de orden ético, sin considerandos racionales y elaborada 'caso por caso'), que parece responde al mismo hilo conductor de la disyuntiva hoy planteada entre neoliberalismo y populismo, es la única posibilidad?

La Idea de Derecho

Pero la regulación jurídica no sólo es formalidad, generalidad y abstracción. Cada una de sus normas tiene un contenido y un sentido, determinables con mayor o menor dificultad según el caso, que son una propuesta de deber ser y, en esa medida, también una propuesta de orden valorativo.

²² *Ibid.*, p. 735.

En la medida en que un ordenamiento jurídico subsiste en una determinada sociedad, puede afirmarse que respecto de él los individuos adoptan mayoritariamente una actitud de respeto y cumplimiento que refleja cierta legitimidad de quienes ejercen las funciones de gobierno.

En la base de la conversión del ordenamiento jurídico en orden jurídico se encuentran dos elementos:

- Aplicación de los mandatos legales por parte de los gobernantes.
- Obediencia a los mandatos legales por parte de los súbditos.

El primero de los elementos es insuficiente por sí solo, pues una ausencia generalizada de obediencia por parte de los súbditos resulta insuperable, sin importar los medios que se pongan en juego para combatirla.

La obediencia de los mandatos legales, que en parte puede aplicarse por la amenaza latente a quien los infringe, sólo se generaliza en la medida en que el Derecho refleja en sus normas lo que Georges Burdeau llama la 'idea de derecho'.

... existe en toda sociedad una *creencia* y una *representación*.

- a) Una creencia en la posibilidad de una organización que satisfaga las condiciones de lo que -haciendo abstracción de todo compromiso doctrinal- podría llamarse Bien Común... la sociedad es tan necesaria al individuo, que la creencia en los beneficios que se derivan del orden se arraiga en esta misma necesidad. b) Una representación del ordenamiento a que debe conformarse el grupo para que pueda lograr el Bien objeto de su creencia. Hemos llamado a esta representación del orden social deseable *idea de derecho* porque de ella proceden las normas jurídicas... La idea de derecho es la figura del orden esperado visto a través de las normas jurídicas que le servirán de armazón y de garantía²³.

No se trata de una concepción jurídica estructurada y formalizada, sino de un conjunto de valores de orden colectivo que, además de identificar y diferenciar a una determinada sociedad, sintetizan la concepción de justicia a que esa sociedad aspira.

²³ Burdeau, Georges, *Método de la Ciencia Política*, trad. Juan Carlos Puig. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 190.

... Un sistema positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado sino que es siempre el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado (familia, raza, clan, casta, profesión) bajo determinadas condiciones económicas. Todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con su idea central de justicia, es un fenómeno social y por lo tanto, diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. El hecho de que ciertos valores sean en general reconocidos dentro de una determinada sociedad es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman estos juicios...²⁴

Sin perder el carácter relativo que toda concepción valorativa tiene, los valores que forman la 'idea de derecho' cuentan con la aceptación generalizada de los miembros de una determinada sociedad.

Es claro que en la medida en que las influencias individuales recíprocas se van generalizando (los fenómenos de globalización que la humanidad vive cada vez con mayor intensidad abarcan todos los aspectos de la vida humana y no sólo los comerciales y económicos), esos valores colectivos se generalizan también. Eso, en parte, explica el hecho de que en las democracias occidentales desarrolladas se compartan ciertos valores en los que algunos teóricos encuentran el contenido material de la democracia y la justicia, cuya relatividad estriba no en su discurso, sino en el hecho de que hay otras formas de plantear y resolver estas cuestiones.

No resultaría sencillo determinar en qué consiste la 'idea de derecho' de una sociedad concreta, sin embargo sí es posible aproximarse a ella en la medida en que el gobierno se legitima y su Derecho se cumple, porque esa legitimidad y ese cumplimiento se deben a que las normas jurídicas (a través de las cuales el poder se ejerce) y los valores que proponen coinciden sustancialmente con la 'idea de derecho' y sus valores.

Cuando una determinada sociedad enfrenta problemas serios de desobediencia, seguramente se debe a que las normas jurídicas que la rigen no reflejan suficientemente su 'idea de derecho' o lo hace de manera ineficiente. El grado de desobediencia y el sector o sectores de la normatividad que se desobedecen, son las señales

²⁴ Kelsen, Hans. *ob. cit.*, p. 27.

inequívocas de qué parte del ordenamiento jurídico está fallando. La desobediencia generalizada al Derecho es síntoma de ilegitimidad y prolegómeno de un cambio.

A la pregunta ¿dónde está la justicia?, puede responderse: La justicia está en cada Derecho, hay, en consecuencia, una justicia para cada tiempo y para cada sociedad, como hay un derecho para cada tiempo y cada sociedad.

No puede, en cambio, darse respuesta a la pregunta ¿qué es la justicia?, porque no hay una respuesta, sino tantas como derechos han sido y son.

Este relativismo podría resultar decepcionante e incómodo y sugerir que cualquier formulación jurídica es inapelable y válida axiológicamente; pero no es así de simple.

A pesar de la irremisible relatividad y subjetividad de los valores humanos, nada impide que se argumente en favor de unos y en contra de otros en busca de una mayor universalidad. Los parámetros morales, éticos y jurídicos que se empleen estarán sometidos a la prueba de los demás individuos y a la prueba de la permanencia; los que logren aceptación y alcancen permanencia podrán ocupar el papel de premisas, mientras no haya otros que los suplan con esas características, en los juicios que se hagan de instituciones políticas y jurídicas positivas, de la misma manera en que ciertos postulados de la ciencia se emplean en la lógica del *como si* de Vaihinger²⁵.

Son útiles ciertos principios de carácter formal que facilitan la conformación de la idea de derecho y a través de los cuales se articulan la democracia, el pluralismo y la tolerancia como formas

²⁵ Kelsen cita en su obra escrita «La Función de una Constitución», contenida en el libro de Dennis Lloyd *Introduction to Jurisprudence*, la filosofía de Vaihinger del como si: «Para Vaihinger una ficción es una ayuda para el pensamiento, que le habilita a uno si la finalidad del pensamiento no puede alcanzarse con el material del que se dispone. La finalidad del pensamiento al presuponer la norma básica es: fundamentar la validez de las normas que integran un ordenamiento positivo moral o jurídico, esto es, interpretar el sentido subjetivo de los actos que imponen estas normas, como su sentido objetivo, es decir, como normas válidas, y los actos en cuestión, como actos de imposición de normas. Este objetivo sólo puede conseguirse por medio de una ficción. Por esto uno debe tener presente que la norma básica, en el sentido de la filosofía de Vaihinger del como si, no es una hipótesis -como yo mismo la he caracterizado ocasionalmente-, sino una ficción que es distinta de una hipótesis en que está o debe estar acompañada de la conciencia de que la realidad no le corresponde». Lord Lloyd of Hampstead, Dennis Lloyd and M.D.A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, Stevenson & Sons, Londres, 1985, p. 383.

universales y permanentes (bajo el criterio del *como si* recién expuesto) de organización humana.

La libertad, la igualdad, la legalidad, la división de poderes y la seguridad jurídica serían los principios formales básicos a los que se hace referencia.

El Estado de Derecho

Nos topamos de nuevo con un concepto que ha recibido tratamientos diversos, desde la consideración al estilo kelseniano de que se trata de una tautología, hasta la que lo identifica con la garantía de ciertos derechos fundamentales del individuo.

Kelsen considera que la llamada *persona jurídica* no es en realidad más que la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, un punto común de imputación de los actos humanos determinados por el mismo orden; la llamada *persona física*, en cambio, es la personificación de un complejo de normas que regulan la conducta de un individuo. El sustrato de personificación es el mismo en ambos casos²⁶.

Siguiendo esta idea, Kelsen considera que el Estado es la personificación del orden jurídico nacional:

... El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye...²⁷

Manuel Atienza, en el otro extremo de la cuestión, hace la siguiente consideración:

No todo Estado es un Estado de Derecho sino únicamente el que cumple determinados requisitos: 1) imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular; 2) división de poderes, con

²⁶ Al respecto puede verse la *Teoría General del Derecho y del Estado* de Hans Kelsen, trad. Eduardo García Máynez, Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, p. 117 ss.

²⁷ *Ibid.*, p. 217.

primacía del legislativo; 3) legalidad de la Administración; 4) garantías de los derechos y libertades fundamentales...²⁸

Si bien, por un lado, dentro de la homogénea construcción Kelseniana se desprende la conclusión de que derecho y estado son lo mismo, es claro que ese monolítico edificio no es suficiente para comprender y explicar desde perspectivas diversas al análisis estrictamente jurídico fenómenos como la legalidad, la división de poderes y las garantías al individuo.

Resulta por lo pronto más accesible entender al Estado y al Derecho como dos realidades distintas y, por tanto, relacionadas, en la inteligencia de que cuando hablamos de Estado hacemos referencia no sólo a normas jurídicas de distintos niveles jerárquicos, sino también al Gobierno (que Kelsen explica como órgano de la personificación estatal), al pueblo, al bien común y al territorio.

La conceptualización de Atienza hay que entenderla en sentido eminentemente formal, es decir, sin especificar contenidos, sobre todo por lo que se refiere a los derechos y libertades fundamentales, pues al respecto hay distancias enormes entre los ordenamientos de las democracias más avanzadas y aquéllos de las democracias incipientes, sin que pueda descalificarse de plano a éstas como estados de derecho.

El Estado de Derecho podría resumirse entonces en los siguientes elementos:

- Supremacía del Derecho, en el doble sentido de legalidad constitucional y de legalidad legal.
- Control efectivo de la legalidad, en esas dos acepciones.
- Representación política efectiva, por una parte, y responsabilidad eficaz de los representantes, por otra.
- Determinación y protección de derechos de los individuos frente al poder público, con base en la igualdad formal ante la ley y la libertad, y sistema de solución de controversias.

Cuando existe realmente el Estado de Derecho, es decir cuando la sumisión al Derecho se extiende a los detentadores del poder y éstos aplican las normas jurídicas, por una parte, y, por otra, la

²⁸ Atienza, Manuel. *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 154.

'idea de derecho' se encuentra recogida en la normatividad, el ordenamiento jurídico se convierte en orden jurídico y puede decirse que, en lo fundamental, hay justicia en ese Derecho y se hace justicia a esa sociedad.

Esto no quiere decir que a todos los individuos que integran la sociedad se les dé en todos los casos en que se les regula y se les aplican normas jurídicas un trato justo.

Hay que distinguir entre una situación generalizada de regulación jurídica justa y la administración individualizada de la justicia.

Puede darse una situación de justicia en la regulación, concomitante con una ineficiencia de los órganos jurisdiccionales; es ésta una situación que podría corregirse con una reforma de los órganos encargados de la jurisdicción del Estado y de las regulaciones directas que les rigen, sin tener que encarar una reforma que atendiera a otros ordenamientos legales.

Pero puede también presentarse una situación de creciente deterioro en los niveles de justicia de la regulación, que no podría resolverse con una mera reforma judicial, sino que requeriría de una reforma extensa. Esta es la situación más delicada, porque se conecta con la desobediencia y la ilegitimidad.

La Estructuración Jerarquizada del Ordenamiento, la Legalidad y el Paradigma de la Cascada

En los sistemas jurídicos en los que la Constitución es un conjunto específico de normas sujeto al principio de rigidez en la reforma (prácticamente todos los estados constitucionales modernos, grupo del que está exenta la Gran Bretaña en virtud de sus 'convenciones constitucionales') y que se establecen como democracias constitucionales y estados de derecho, la Constitución guarda una posición de supremacía respecto de todas las demás normas jurídicas.

Es respecto de la Constitución y de sus normas que se establece la primera forma de legalidad. La Constitución sirve de fundamento, tanto material cuanto formal, de todas las normas jurídicas y, además, crea y distribuye las competencias que se asignan a los distintos órganos de poder.

Sin embargo y quizás precisamente por las restricciones que la Constitución implica para quienes ejercen el poder del Estado, no es difícil toparse en la realidad jurídico-política de los estados con actitudes remisas o de franca rebeldía de los gobernantes. Karl Loewenstein lo señala con alarma:

Si se acepta como el presupuesto fundamental del constitucionalismo democrático que la constitución creada por el *pouvoir constituant* del pueblo soberano ligue tanto a detentadores como destinatarios del poder, hasta que sea enmendada a través de un procedimiento previsto constitucionalmente, sería de esperar que la constitución, tal como está escrita, fuese aplicada plenamente, con su validez normativa y sin excepción, por los detentadores del poder: gobierno, parlamento y tribunales. Pero se pueden citar casos en los cuales los detentadores del poder, sin respeto a las disposiciones constitucionales, descuidan frecuentemente los deberes que les ha impuesto la constitución.

... Las razones para esta inobservancia son varias. Una disposición constitucional se puede presentar desde el primer momento como irrealizable. Sin embargo en la mayor parte de los casos, las razones de esta inobservancia son puramente de orden político...²⁹

Pero aún más grave que esta rebeldía de orden político, que podría corregirse a través de los mecanismos de control de la legalidad constitucional que deben operar eficientemente en un Estado constitucional democrático, es la tendencia cada vez más frecuente a ir vaciando, a través de sucesivas reformas, a la Constitución de los contenidos normativos que significan límites al ejercicio del poder.

El mecanismo empleado para este vaciamiento es la delegación de fuente, que consiste en remitir al órgano legislativo ordinario la determinación de contenidos normativos que sólo se enuncian de manera genérica en la disposición constitucional, con lo que resulta inoperante cualquier ejercicio de control de legalidad constitucional.

Junto con esta delegación de fuente constitucional, es cada vez más frecuente, en aras de la inmediatez que se pretende necesaria

²⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallefo Anabitarte, 2a. ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1986, p. 223.

para que la administración pública pueda gobernar eficientemente, una segunda delegación de fuente en favor de la administración pública, que la colma a través de la llamada 'legislación delegada' o a través de la actividad reglamentaria.

Se cierra el círculo con la creación de esferas de alta discrecionalidad en favor de la administración pública, tanta que bien podría calificarse de arbitrariedad.

La Distribución de Funciones y el Equilibrio

En este contexto que en unos estados se vive con mayor intensidad que en otros, pero que parece una tendencia constante, resulta indispensable el replanteamiento de la vieja idea de la distribución de funciones, como una forma de balanzas y contrapesos que evite los excesos en el ejercicio del poder.

Es ineludible, si de Estado de Derecho, de democracia y, en fin, de justicia se trata, hacer que los mecanismos de control de legalidad (tanto constitucional como legal) sean realmente eficaces.

La eficacia de esos controles tiene dos sentidos:

- Hacer real la limitación de quienes ejercen el poder del Estado, fijada por la Constitución en primer término y por las leyes en segundo término. Esta es una forma de control que requiere de efectos generales, pues de lo contrario los actos de autoridad violatorios de la legalidad (constitucional y legal), pueden sobrevivir respecto de algunos individuos, generando una situación esquizofrénica de validez-invalidéz que atenta contra la seguridad jurídica y hace incomprensible al Derecho.

- Proteger a los individuos que se ven afectados directamente por los actos de autoridad violatorios de la legalidad.

La Igualdad y la Libertad. El Derecho Discriminador

Uno de los paradigmas que han campeado en la cultura occidental desde la Revolución Francesa es el de la igualdad; pero a fin de cuentas se trata en realidad de un principio de orden formal que

ni siquiera puede predicarse de manera general respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Y es que el Derecho, como instrumento de ordenación social que es, tiene que discriminar constantemente para poder lograr eficacia. Sin embargo hay límites a esa función discriminadora.

Un primer límite es de orden práctico: si la discriminación es tal que termina por hacer que la regla del Derecho regule a los individuos en lo particular, provoca la imposibilidad material de regular a la colectividad. Es lo que se denomina *regulación privativa* que se identifica por el carácter insustituible del sujeto individual de la norma. La regulación privativa se evita a través de la generalidad y la abstracción de las normas.

Un segundo límite sería ya de orden ético, vinculado con la justicia: la norma puede discriminar hasta el punto en que las situaciones de hechos semejantes, se regulen por las mismas normas, con las mismas consecuencias. No se trata ya de una necesidad, sino de una opción del legislador.

El punto central de la lucha democrática entonces no es la igualdad, sino la libertad:

... es el valor de la libertad y no el valor de la igualdad el que define en primer lugar la idea de la democracia. Indudablemente, también desempeña un papel en la ideología democrática el pensamiento de la igualdad, pero, como hemos visto, solamente en un sentido negativo, formal y secundario, al intentar atribuir a todos la mayor libertad posible y, por tanto, una libertad igual... Históricamente la lucha por la democracia es una lucha por la libertad política...³⁰

La Democracia ¿Garantía o Cheque en Blanco?

Robert Dahl, quizás el más importante teórico norteamericano de la democracia, prefiere usar el término *poliarquía* para designar a lo que comúnmente se denomina democracia. Lo hace porque considera que la democracia es un estadio superior, siempre por alcanzarse. La caracteriza así:

³⁰ Kelsen, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Editorial Nacional, México, 1980, p. 126.

... la poliarquía es un orden político que se singulariza por la presencia de siete instituciones, todas las cuales deben estar presentes para que sea posible clasificar a un gobierno como poliárquico.

1. *Funcionarios electos*. El control de las decisiones en materia política pública corresponde, según lo establece la constitución del país, a funcionarios electos.
2. *Elecciones libres e imparciales*. Dichos funcionarios son elegidos mediante el voto en elecciones limpias que se llevan a cabo con regularidad y en las cuales rara vez se emplea la coacción.
3. *Sufragio inclusivo*. Prácticamente todos los adultos tienen derecho a votar en la elección de los funcionarios públicos.
4. *Derecho a ocupar cargos públicos*. Prácticamente todos los adultos tienen derecho a ocupar cargos públicos en el gobierno, aunque la edad mínima para ello puede ser más alta que para votar.
5. *Libertad de expresión*. Los ciudadanos tienen derecho a expresarse..., en cuestiones políticas definidas con amplitud, incluida la crítica a los funcionarios públicos, el gobierno, el régimen, el sistema socioeconómico y la ideología prevaleciente.
6. *Variedad de fuentes de información*. Los ciudadanos tienen derecho a procurarse diversas fuentes de información, que no sólo existen sino que están protegidas por la ley.
7. *Autonomía asociativa*. Para propender a la obtención o defensa de sus derechos..., los ciudadanos gozan también del derecho de constituir asociaciones u organizaciones relativamente independientes, entre ellas partidos políticos y grupo de intereses³¹.

A este pormenorizado recuento de los elementos que se requieren para construir la democracia y que cuenta hoy en día con una amplia aceptación entre los teóricos occidentales, habría quizás que agregar dos: un control eficiente de legalidad, constitucional y legal; y la *responsabilidad de los funcionarios públicos*, en el sentido de que exista un mecanismo eficaz por medio del cual quienes ocupan los cargos públicos respondan de su ejercicio.

Resume Dahl en tres las razones por las que considera al proceso democrático superior a otras formas de gobierno:

³¹ Dahl, Robert, *La Democracia y sus Críticos*, trad. Leandro Wolfson, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p. 266.

... En primer lugar, promueve la libertad como no puede hacerlo ninguna otra opción factible... En segundo lugar, el proceso democrático promueve el desarrollo humano, sobre todo en lo tocante a la capacidad para ejercer la autodeterminación, la autonomía moral y la responsabilidad por las propias elecciones. Por último, es la forma más segura... de que disponen los seres humanos para proteger y promover los intereses y bienes que comparten con otros seres humanos³².

Hoy en día hay quienes consideran que las democracias occidentales están enfrentando una crisis importante, relacionada sobre todo con la representación popular, la responsabilidad y los medios masivos de comunicación social.

La Impartición de Justicia. La Procuración y la Jurisdicción

La cuestión de la impartición de justicia queda constreñida al ámbito del comportamiento individual, bien sea frente a la regulación penal, bien respecto de las controversias que puedan suscitarse en relación a la asignación, la titularidad, la disputa o la pérdida de derechos.

No abarca, es claro, todo el ámbito de la justicia y su eficacia, pues las disposiciones que se encargan de materializar el principio de legalidad (constitucional y legal) se encuentran también en relación directa con la justicia; pero ni siquiera sumando estos dos ámbitos jurisdiccionales podría considerarse abarcado en su totalidad el tema de la justicia en un determinado Derecho, pues ésta se expresa también en las mismas normas que lo integran.

La justicia abarca tanto los componentes del Estado de Derecho (supremacía del Derecho, en el doble sentido de legalidad constitucional y de legalidad legal; control efectivo de la legalidad, en esas dos acepciones; representación política efectiva, por una parte, y responsabilidad eficaz de los representantes, por otra; determinación y protección de derechos de los individuos frente al poder público, con base en la igualdad formal ante la ley y la libertad), como los de la 'idea de derecho'; en el primero de los

³² *Ibid.*, p. 373.

componentes se encuentran comprendidas las formas jurisdiccionales de control y de solución de controversias.

La impartición de justicia es entonces un elemento significativo, pero podría considerarse en principio que no tiene una incidencia cuantitativa importante; el efecto de un mecanismo jurisdiccional ineficiente se magnifica sin embargo cuando el resto de la justicia en el ordenamiento jurídico está fallando.

Cuando el ordenamiento jurídico enfrenta problemas de justicia, cualquier injusticia en que incurra el sistema jurisdiccional significa una amenaza de injusticia para todos los demás miembros de la colectividad. Cuando el ordenamiento jurídico es sustancialmente justo, la injusticia en que incurre el sistema jurisdiccional se enmarca en la contingencia de perder su juicio, que cualquiera de los individuos enfrenta.

La mayoría de los juristas que se han ocupado del problema de la administración de justicia coinciden en que hay dificultades serias para fijar criterios independientes que garanticen la justicia, esto se debe en esencia a los problemas que la interpretación de las normas e incluso la aplicación de los precedentes plantean.

A falta de ese criterio hay quienes proponen lo que se conoce en la doctrina como el *due process* y que en definitiva lo que garantiza al individuo es imparcialidad; si las normas aplicadas son justas, el resultado de la debida aplicación, de la aplicación imparcial, será también justo. John Rawls le llama justicia puramente procesal:

... la justicia puramente procesal se da cuando no hay un criterio independiente para el resultado correcto en su lugar existe un procedimiento correcto o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento... Un rasgo característico de la justicia puramente procesal es que el procedimiento para determinar el resultado justo tiene que ser efectivamente observado; ya que en estos casos no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo... Un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado sólo cuando es efectivamente observado³³.

³³ Rawls, John. *Ob. cit.*, p. 109.

Manuel Atienza amplía el concepto de la justicia puramente procesal al elaborar lo que él llama racionalidad formal:

Este tipo de racionalidad podría definirse como sigue: una decisión jurídica está racionalmente justificada si y sólo si: 1) respeta los principios de consistencia (en el sentido de que no comete errores de tipo lógico), de universalidad y de coherencia; 2) no elude como premisa la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; 3) no desconoce la existencia de hechos probados en forma debida, y 4) no utiliza como elementos decisivos de la fundamentación criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico³⁴.

Pero no se queda ahí, pues considera que hay situaciones en que el juez tiene que ir más allá de la racionalidad formal, respetando a raja tabla el primero de sus elementos, pero incorporando en el juicio otros no previstos específicamente, pasando a lo que él llama razonabilidad, sin incurrir en arbitrariedad:

... una decisión jurídica es razonable si y sólo si; 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión que respete los criterios de la racionalidad formal; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso...³⁵

Justifica Atienza esta aparente renuncia a la legalidad, refiriéndose a las distintas características de los asuntos que se plantean a los jueces y que permiten clasificarlos en 'fáciles', 'difíciles' y 'trágicos':

... Un caso es fácil cuando, aplicando los criterios de lo que he llamado 'racionalidad formal', el resultado es una decisión no controvertida. Un caso, por el contrario, es difícil cuando, al menos en principio, puede recibir más de una respuesta correcta: el caso plantea la necesidad de armonizar entre sí valores o principios que están en conflicto, y se presentan varias soluciones capaces de lograr un equilibrio... Un caso es trágico, precisamente, cuando en relación con el mismo no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema...³⁶

³⁴ Atienza, Manuel. *Ob. cit.*, p. 174.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibid.*, p. 177.

Por supuesto, por encima de la decisión del juez puede estar una segunda o ulterior instancia que eche por tierra esa razonabilidad y opte, como superior jerárquico o como órgano de control, por la racionalidad formal.

Otro problema relacionado con la administración de justicia es el de su acceso. No es suficiente que una disposición constitucional consagre la garantía individual correspondiente³⁷, es imprescindible que las condiciones sociales en que viven los individuos les permitan a todos un eficaz acceso a los órganos jurisdiccionales y una al menos inicial igualdad de oportunidades frente a los procedimientos.

Tiene que ver esta cuestión del acceso con los factores de los que, según Rawls, depende la justicia de un esquema social y que se vinculan directamente con la justicia social y los aspectos distributivos de lo que el mismo Rawls denomina estructura básica de la sociedad.

... La justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad³⁸.

Cuando el esquema social es tal que deja a un número importante de individuos sin la posibilidad de acceder a la impartición de justicia, entonces lo que en principio parecía un problema de baja incidencia, se convierte en un problema sumamente serio.

Entonces cuando se habla de la administración de justicia, por lo menos hay que hacer las siguientes distinciones:

- El problema directo de la administración de justicia se presenta cuando hay deficiencias serias en los procedimientos jurisdiccionales prescritos por el Derecho, o ineficiencia, o corrupción generalizadas en los órganos jurisdiccionales.

³⁷ El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo segundo, consagra la garantía de acceso a la jurisdicción del Estado: «...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...».

³⁸ Rawls, John. *Ob. cit.*, p. 24.

- La llamada 'procuración de justicia' que no depende de los órganos jurisdiccionales, sino de órganos que forman parte del Poder Ejecutivo, no es un problema directo de la administración de justicia, aunque evidentemente le afecta.

- La injusticia del ordenamiento jurídico no es directamente un problema de administración de justicia, sino indirectamente como reflejo en las decisiones que toman los órganos jurisdiccionales al aplicar las normas.

- No toda injusticia del ordenamiento jurídico o de su aplicación se refleja necesariamente en la administración de justicia. Los problemas derivados de la arbitrariedad de las autoridades sustentada en preceptos legales y los que produce la ausencia de un mecanismo eficiente de control de legalidad (constitucional y legal) o la falta de democracia o de protección de los derechos individuales no se presentan por fuerza en la instancia jurisdiccional en la que se da la aplicación de justicia.

- La imposibilidad de acceder a la administración de justicia no es un caso directo de injusticia en tal administración, sino una injusticia del sistema jurídico como tal.

Conclusión

Plantear el asunto de la justicia solamente desde la perspectiva de la aplicación y administración de justicia es insuficiente y engañoso.

La justicia tiene que ver con el Estado de Derecho, con la idea de derecho y con la democracia, y si bien son éstos términos a los que debe darse un contenido concreto en el aquí y el ahora de cada sociedad y de cada Derecho, esa relatividad no significa que quienes tienen como función dirigir a la colectividad humana y crear y aplicar sus normas jurídicas estén exentos de responsabilidad. Podrán quizás eludir de momento el juicio jurídico de sus acciones y omisiones, pero no pueden exentarse del juicio político e histórico que los hombres irremisiblemente hacen y que en ocasiones no espera al futuro.