

LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE JUSTICIA EN LOS FUTUROS CIUDADANOS Y PROFESIONALES DEL DERECHO

Carlos E. CUENCA DARDÓN

Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia. y sobre todo, ten fe en la liberad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

*Octavo mandamiento del abogado. Eduardo J.
Couture*

1. Exordio el sentido de la búsqueda del sentido de la Justicia.

La injusticia es uno de los principales problemas de nuestras sociedades. La injusticia y la predominante percepción de injusticia que hay en el mundo actual, lacera nuestra intuición acerca de la posibilidad de crear y mantener un orden social tal que el desarrollo y la realización de los habitantes sea una meta realizable. Ahora más que nunca cobra relevancia el diálogo racional, la discusión y el debate acerca del sentido de la justicia, de su significado y del camino que nos puede conducir a transformar a nuestra sociedad en un orden más justo. Ahora más que nunca cobra sentido el octavo mandamiento del decálogo formulado por Eduardo J. Couture y que abre, a manera de epígrafe la presente reflexión.

Es la justicia el destino normal del derecho y es la libertad, el presupuesto básico de la justicia. Así resumió magistralmente el jurista uruguayo el sentido del derecho; así lo hemos repetido a numerosas generaciones de abogados, de licenciados en derecho que hemos tenido el privilegio de formar desde la cátedra, así lo hemos tratado de enseñar a nuestros hijos, y en su caso a nuestros pasantes y hoy en día, aún está en la mesa de discusión cuál es el sentido del derecho, cuál es el sentido de la justicia.

Vivimos una época muy peculiar, somos los testigos privilegiados del tránsito de un siglo y de un milenio; fuimos testigos de la caída de un precario equilibrio del terror, guardado y provocado por dos polos ideológicos con poder de destrucción suficiente para aniquilar varias veces la vida en nuestro planeta. Hemos sido testigos de increíbles avances en el conocimiento humano, la eficiencia administrativa y las mejoras tecnológicas y científicas son abrumadoras e irónicamente, ninguno de ellos han sido

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

capaces de dar la felicidad al mayor número posible de habitantes del mundo, y lo peor, cuanto más hablamos de equidad, de igualdad y de libertad, la calidad de vida se nos escapa de las manos y el malestar social crece a la sombra de la desesperanza en un futura mejor y más digno para todos.

El genial jurista austriaco Hans Kelsen en su obra "¿Qué es la justicia?" hace un planteamiento por demás interesante acerca del sentido de la justicia, aunque cabe advertirlo, después de un largo periplo de casi ochenta cuartillas, al final de su texto se disculpa por no poder definir a la Justicia, a esa palabra o mejor aún, a ese concepto que escribimos con mayúscula inicial y que se apodera de todos los discursos políticos o de quienes desean pontificar desde el cómodo rellano de la filípica moral.

No pudo, o no se atrevió el célebre maestro austriaco tratar de definir a esa Justicia absoluta, y se conformó con dar su concepto sobre una justicia relativa, muy menor, muy terrenal pero que no deja de mirar hacia arriba, como uno de los propósitos más altos, a la Justicia absoluta. El gran logro de Kelsen fue bordar un valioso concepto de justicia que puede ser comprendido fácilmente, asimilado y en su caso, argumentado y enseñado.

Quiero emular aquí al maestro austriaco y no por querer compararme con él, sino por reconocer que mis limitaciones intelectuales no pueden rebasar la tarea donde un gran sabio decidió llegar a conclusiones más humildes pero pragmáticamente valiosas. Dice una bella metáfora que en cuestión del conocimiento estamos parados sobre los hombros de gigantes, y esto no será la excepción. Por razones históricas tendré el privilegio de subir sobre los hombros de Hans Kelsen, Perelman y Riddall, entre otros, para hacer una pequeña aportación sobre el sentido de la justicia.

Solamente me queda pendiente en este apartado, reflexionar un poco acerca de la importancia que tiene la discusión sobre el sentido de la justicia. Hace cincuenta años, en nuestro país habría sido un debate inútil; nuestra nación que no sufrió directamente las consecuencias de una guerra injusta, no fue invadido su territorio ni segregada parte de su población por razones étnicas o religiosas y que tiempo atrás había dejado una intensa y prolongada pugna revolucionaria que devino en lucha de facciones, tenía una vida relativamente plácida que prometía progreso.

Renovado el espíritu del positivismo por la fe en el desarrollo nacional, en la posibilidad de ingresar pronto al selecto club de países industrializados y plenamente desarrollados, nos volvimos, en el ámbito de la enseñanza del derecho, radicalmente formalistas. A la luz del nuevo positivismo jurídico no cabía la discusión sobre el contenido de los valores en el derecho, ni sobre el origen divino o racional o natural del derecho. Dichas discusiones quedaban en manos de los profesores de dos materias: Introducción al estudio del derecho, en el primer semestre y Filosofía del derecho en el último, impartidas la mayoría de las veces por adustos viejecitos que nos regañaban por la indiferencia con que leíamos a Aristóteles y a Kant.

El término "justicia" y concretamente "justicia social" pasó a ser una palabra más del repertorio sexenal de los discursos políticos. Los políticos usaron tanto el término de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Justicia social que fue desgastando hasta quedar reducido a una simple muletilla donde se agotaba la argumentación o donde se deseaba dar pie para el aplauso se colocaba la frase: "y lograremos en este gobierno el anhelo revolucionario de la justicia social".

La justicia pasó a significar ese anhelo inalcanzable de los grandes iusfilósofos. Inalcanzable epistemológicamente para los juristas e inalcanzable en la práctica para la gran masa de la población, que siempre la vio alejarse de su cotidianidad.

Tampoco estuvimos exentos de flagrantes injusticias cometidas en nuestro territorio nacional, los asesinatos e incluso, las matanzas por razones políticas fueron una de las constantes de la forma de hacer política en nuestro país. Tuvo que pasar más de un cuarto de siglo para que se llevaran a juicio los crímenes colectivos de fines de los sesenta y principio de los setenta, encubiertos siempre bajo la lógica de las razones de Estado, que no eran. Sino las razones de un régimen político que llegó a ser descrito como "monarquía sexenal" o como "la dictadura perfecta".

Esta situación generó una especie de sentido esquizoide sobre la justicia, por un lado, en la academia, bajo la influencia del paradigma formalista, más kelseniano que el propio Kelsen, se ignoraba y menospreciaba su estudio. Por otro lado, en la percepción del ciudadano común, se tenía la idea de que nos alejábamos cada vez más de un ideal de justicia y ésta se fue configurando de manera negativa, en sentido contrario a la conducta de los funcionarios públicos, de los jueces, de los miembros del ministerio público, de los policías, quienes actuaban regularmente "cometiendo" injusticias.

Contrario a esta situación de esquizofrenia entre la percepción de la justicia y la investigación y reflexión acerca de la justicia, estaba el discurso y la acción social de un grupo ideológico que combatía la violencia con la violencia; la injusticia con otras injusticias: la izquierda radical, inspirada en las figuras de luchadores sociales de los años sesenta se apoderó de la bandera de la justicia y en una moderna concepción de la ley del talión exigía diente por diente y muerto por muerto. Todo se justificaba por la lucha social, por la defensa de la clase trabajadora, la emancipación del proletariado y el derribo del orden burgués. No fue la solución, provocó un serio aumento en los grados de represión.

La década de los ochenta fue un tiempo perdido para nuestro país, una Era de retrocesos donde irónicamente, la solidaridad perdió sentido y la búsqueda del beneficio personal con un sentido egoísta sustituyó a la sed de justicia que había caracterizado a la juventud que llenaba las aulas de las escuelas y facultades de derecho. La justicia social más que nunca careció de sentido, solamente la justicia individual tenía significado, uno demasiado simple y restringido, que puede reducirse en la frase de Reveillere: "Lo que consideramos justicia es, con mucha frecuencia, una injusticia cometida en nuestra favor".

A fines de los ochenta una rápida sucesión de acontecimientos nos envolvieron a todos: el muro de Berlín se cayó, desapareció uno de los polos ideológicos que compartió el poder con los países capitalistas. Todo parecía un plácido camino hacia la "occidental-

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

zación" del mundo, los valores del occidente capitalista protestante parecía que podrían imponerse por encima de la voluntad de los demás pueblos y culturas.

Se predicó el fin de las ideologías, el triunfo del pensamiento democrático burgués y liberal de occidente por encima de cualquiera de las opciones conocidas, se desvaneció la esperanza en el cooperativismo con la desaparición de la ex Yugoslavia en medio de luchas fratricidas que terminaron con la confianza en la convivencia pacífica interétnica e interreligiosa.

Asistimos a un nuevo orden social mundial que no es el prometido por la ilusión y el sueño del racionalismo decimonónico y del siglo de las luces. Ninguno de los problemas más angustiantes de la humanidad se han podido resolver, incluso, no creo equivocarme al señalar que éstos se han agudizado: el hambre, la desnutrición crónica, enfermedades de fácil y económico tratamiento matan a decenas de millares de seres humanos cada año en el mundo subdesarrollado, el cual, se ve flagelado por igual por enfermedades propias del primer mundo como la obesidad, los males cardíacos y el SIDA.

Por otra parte, el discurso de la irracionalidad fundamentalista se radicalizó y en pleno siglo de los grandes avances tecnológicos se dio una enfermiza simbiosis por una parte, el uso de un discurso ideológico religioso que controla de manera absoluta la vida de los habitantes de algunos países musulmanes, que niega y viola los derechos fundamentales del ser humano, en particular de las mujeres y los niños, y por otra parte se usan los medios más adelantados de destrucción y de eliminación de la disidencia: armas de fuego sofisticadas, bombas y sustancias químicas. Son por decirlo así, guerreros feudales dotados con rifles de mira telescópica y visión nocturna.

En suma, la última década del siglo y milenio pasado se observó un retroceso más o menos generalizado en la situación de la justicia, en el nivel mundial y en el nacional.

La fractura de muchos de los paradigmas científicos no ha alcanzado a la ciencia del derecho, al menos en nuestro país, donde permanece suspendida la discusión acerca del sentido de la "justicia", escudada bajo un sentido formalista que se conforma muchas veces con el texto de la ley y de la jurisprudencia, en el mejor de los casos, deja de lado los fundamentos últimos del derecho y del quehacer del jurista en cualquiera de los variados ámbitos en los cuales se desenvuelve.

Queda pues, la realización de la justicia y la definición o redefinición de un sentido de justicia, propio para estos tiempos de la postmodernidad. Esta asignatura pendiente es inaplazable, porque su resolución o simplemente su discusión servirá para definir nuestras metas como sociedad en el plano general, como instituciones educativas en el plano intermedio y como individuos en el plano particular.

2. En busca del sentido de la justicia

¿Qué es la justicia? Se ha preguntado durante muchos siglos el ser humano. Para nosotros, estudiosos del derecho que hemos abrevado, en ocasiones a regañadientes, de las fuentes de la filosofía del derecho, la solución es relativamente simple: la justicia es la meta suprema del orden jurídico, es lo que le da sentido a la vida del derecho y a la actividad del jurista.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Es, en suma y retomando el octavo de los mandamientos de Eduardo J. Couture, el destino normal del derecho. Pero ¿cuál es el contenido de la justicia?

De acuerdo con Kelsen, el sentido de la justicia no se puede encontrar fuera del ser humano, lo justo o lo injusto solamente se puede dar en el contexto de la sociedad humana. Buscar el sentido de la justicia en la naturaleza, en lo biológico, o en el inabarcable espectro de la naturaleza es hasta cierto punto ocioso, porque la naturaleza no responde a los deseos, pasiones o valores del ser humano.

Dice Kelsen que el orden de la naturaleza no es justo o no debemos buscar a la justicia en el orden de la naturaleza porque este se ve rebasado por la complejidad humana. Agrega nuestro autor: "Cuando analizamos la naturaleza desde el punto de vista de la justicia, debemos convenir que no es justa: unos nacen sanos y otros enfermos, unos inteligentes y otros tontos. Y no hay orden social que pueda reparar por completo las injusticias de la naturaleza."

¿Cuándo nos percatamos que un orden social es justo? La respuesta es en apariencia sencilla: hay un orden social justo cuando se garantiza la felicidad de todos. Pero ¿es posible garantizar la felicidad de todos? Hay conflictos que no pueden resolverse porque la naturaleza no permite una solución fácil ¿qué sucede cuando dos hombres pretenden a la misma mujer? -se pregunta Kelsen- y la decisión de ella provocará el sufrimiento de uno de los dos y al afectado le parecerá injusta la mujer, su propia situación y muy probablemente hasta la vida.

Contextualiza Kelsen incluso el célebre caso de la justicia del rey Salomón, que resolvió la disputa de dos mujeres que peleaban la posesión de un niño, dice la tradición que el rey ordenó cortar en dos al niño para repartirlo por partes iguales a las presuntas madres; sólo la verdadera retiraría su demanda para salvar la vida del niño. Sin embargo, reflexiona Kelsen ¿qué sucede si ambas mujeres quisieran por igual al niño y abandonar sus pretensiones? La controversia quedaría irresoluta. De igual forma, sin prejuzgar sobre la motivación de la falsa madre ¿acaso la decisión del juez no provocaría en ella la infelicidad? Y agregando una nota muy contemporánea, que solución daría Salomón a un caso de arrendamiento de útero, donde la madre que renta su útero queda convencida, a pesar de no haber aportado el óvulo y que el esperma es de un hombre ajeno, que el producto que llevó durante nueve meses en su seno es suyo y reclama la maternidad.

Necesitaría tener una dimensión colosal su inteligencia y capacidad de discernimiento para resolver tales situaciones porque, es lógico suponer que en tal circunstancia ambas mujeres desean tener al niño, la que aportó el óvulo porque muy probablemente su fisiología o edad no le permite garantizar un feliz arriba al final del embarazo; la segunda, porque al llevar en su seno una criatura durante nueve meses será difícil no sentirlo como propio. ¿A cuál de las dos mujeres será justo entregarle el niño? ¿La otra podrá aducir que la decisión fue injusta?

A estas circunstancias personales cabrá preguntarse ¿consta en un documento el contrato de arrendamiento de útero? En un contexto social conservador, si no está

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

expresamente regulado por la ley ¿es válido? ¿Cabe el pago de daños y perjuicios por el rompimiento unilateral del contrato? Tal complejidad de la vida moderna seguramente habría provocado profundos dolores de cabeza a Salomón.

Con estas circunstancias tiene que lidiar el juez moderno, que pocas ocasiones se asemeja al modelo de juez Hércules que exigen algunas de las teorías de la argumentación jurídica. El juez estricto de la sociedad neoliberal pretenderá que se respete lo pactado en el contrato, en las condiciones en que fueron estipuladas; mientras que el juez conservador pretenderá utilizar probablemente los criterios civilistas de que la maternidad se comprueba por el hecho del nacimiento, sin que ninguna circunstancia adicional se pueda hacer valer.

Dos conclusiones retomo del pensamiento de Kelsen: a) Es absurdo pensar en una fundamentación "naturalista" de la justicia, porque la propia naturaleza plantea situaciones que de suyo pueden válidamente calificarse como injustas, y b) Ningún orden social hasta el momento, es capaz de reparar por completo las injusticias de la naturaleza.

Es obvio que Kelsen elude la referencia a una fundamentación divina. En un primer momento y a partir de una posición agnóstico-racionalista, podríamos decir que tal pretensión es vana, que no funciona, que no puede sustentarse una fundamentación divina de la justicia porque la existencia misma de las injusticias haría dudar de la bondad de Dios, de su cordura o de su capacidad para dirigir verdaderamente un orden justo en el Universo.

Sin embargo, desde la complejidad de la teología cristiana puede argumentarse que la voluntad divina es inconmensurable e inaprehensible para la razón humana (temporal, parcial y deficiente), por lo que somos incapaces de apreciar en toda su magnitud el plan divino y de descubrir lo bueno que se esconde detrás de los grandes desastres que provocan muchas pérdidas humanas.

Me declaro en déficit cultural para abordar el análisis del origen divino de la justicia y como el maestro austriaco me abstengo de intervenir en el mismo. Mi formación positivista me obliga a mirar hacia un lado, mi corazón y mi esperanza en un mundo mejor me llaman hacia otro. El concepto de Dios no funciona, en un contexto de educación laica para fundamentar a la justicia.

Si el concepto de felicidad debe ser abandonado como fundamento de la justicia, porque es demasiado complejo y elusivo como categoría de análisis y porque como aspiración humana difícilmente puede ser satisfecha en su *totalidad* por cualquier orden social, nos queda entonces otro concepto que con frecuencia se ha tomado como fundamento radical o último de la justicia: la libertad. Es decir, un orden social será justo si garantiza la libertad.

2.1 La libertad como fundamento de la justicia

Y de nuevo Kelsen nos introduce en las complejidades del concepto fundante: ¿qué entendemos por "libertad"? Distingue entre el sentido anarquista de la libertad y el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sentido social de la misma. En un sentido anarquista la libertad es desorden, en el sentido social, promueve la realización de las potencialidades del ser humano.

Dos tipos de libertad confluyen y se complementan, la individual y la social. Una no se puede distinguir sin la otra, la primera ausente de la segunda se transforma en anarquía o tiranía, donde el poder del más fuerte prevalece y la infelicidad de la mayoría se convierte en la tónica de la sociedad.

La libertad pensada así, se liga con un sistema de gobierno que constituye, de acuerdo con nuestra Carta Magna, una forma de vida: la democracia. No hay libertad sin democracia, cualquier adjetivo que se le coloque a este concepto pervierte el sentido del mismo: democracia popular, democracia revolucionaria, democracia restringida, democracia en transición, todos son máscaras que encubren al autoritarismo de cualquier especie, de izquierda o derecha.

Concluye Kelsen: "La idea de justicia se transforma, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que salvaguarda determinados intereses, precisamente aquellos reconocidos como valiosos y dignos de protección por la mayoría de los súbditos."

Esta idea de ligar a la libertad con la responsabilidad, con el sentido de comunidad y con la democracia establece límites más precisos para el sentido de la justicia. Ya no es un fin inalcanzable, una inspiración fundada en la voluntad y raciocinio divino. Es ahora algo más terrenal y factible.

La libertad encierra dos presupuestos fundamentales, la tolerancia y la búsqueda de la paz. En sentido inverso, la libertad irresponsable, que colinda con el libertinaje, niega de entrada a la propia libertad, la destruye en el corto o mediano plazo, porque provoca conflictos: los intereses encontrados de dos sujetos que buscan ambos sin la menor de las restricciones "hacer lo que desean", provocará necesariamente conflictos, el rompimiento de la paz. Se requiere entonces de la tolerancia, del diálogo, de la capacidad de empatía.

La tolerancia, el convivir con el otro, con el prójimo a pesar de las diferencias, de no estar de acuerdo con su forma de pensar o con sus costumbres mantiene la paz en la sociedad.

En concordancia, Fernando Savater, el célebre filósofo hispano de la obiedad, la libertad consiste en "hacer lo que quieras... siempre que se asuman las consecuencias de los actos personales." Esto es que la libertad es en primer lugar conciencia de los actos propios, inteligencia para calcular, suponer o especular acerca de la consecuencia de nuestros actos, y finalmente, el valor para responder de dichos actos, de dichas consecuencias.

La responsabilidad nos permite ser libres, autolimitar nuestra conducta al reconocer el valor del otro, al tolerar las diferencias y defender el derecho del otro a ser distinto, permite la convivencia en paz. Todo está detrás del concepto de justicia, de un concepto con minúsculas, terrenal, frágil e histórico, conformado desde el principio del tiempo y hasta nuestros días, donde un mundo más pequeño, que ha acortado las distancias reales, en teoría facilita el diálogo y la convivencia.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Quiero cerrar esta reflexión sobre el sentido de la justicia desde el punto de vista de la libertad, con una cita final de Hans Kelsen: "No sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia."

A varias décadas de haber sido escrito el texto de Kelsen, mantiene su frescura y optimismo, debemos tomar como ejemplo a seguir siendo él, un promotor de una de las corrientes formalistas más influyentes de nuestro tiempo y se atreve a especular sobre la justicia.

Los tiempos han cambiado y todo sigue siendo igual pero distinto, esta notable contradicción del espíritu y del quehacer humano, certeramente captado por las líneas de Lampedusa, ejemplifica con perfección los reclamos de justicia después de Kelsen y la dificultad para aplicar categorías medianamente precisas para resolver los conflictos de la vida humana en sociedad.

2.2 La igualdad como fundamento de la justicia

A la argumentación de la libertad social, la democracia y la tolerancia como elementos y condiciones necesarias para la justicia, falta un elemento mucho más elusivo y que provoca aún más controversias: la igualdad.

Chaín Perelman enumeró al menos seis criterios que toman en cuenta las personas para definir a la justicia, en particular la justicia "concreta", que define la manera en que se distribuyen los beneficios y las cargas en la vida.

Primer criterio: a cada uno, de acuerdo con sus obras; este criterio ha sido retomado por la filosofía de la libre empresa y del neoliberalismo.

Segundo criterio: a cada uno, de acuerdo a sus necesidades; este criterio es propio del Estado benefactor según Riddall, aunque bien lo podríamos ubicar más como parte de los antiguos regímenes comunistas.

Tercer criterio: a cada uno de acuerdo a su mérito. De nuevo Riddall indica que detrás de la concepción cristiana de que es justo que los buenos se vayan al cielo y los malos al infierno, se encuentra este criterio. Es además, la base de las estructuras organizacionales meritocráticas, donde los ascensos, los premios y los aumentos de sueldo se obtienen por los méritos personales.

El elemento común de estos tres criterios de justicia concreta lo encuentra Perelman en el concepto de categoría esencial (que pueden ser coincidentes en un mismo caso específico, pero que también pueden ser contradictorios y generar conflicto incluso en un mismo criterio), el cual hace referencia a las categorías en las cuales podemos agrupar a las personas para aplicar cualquier ejemplo de justicia concreta.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Con estos elementos Perelman construye un concepto de Justicia formal, al que define como "el principio de acción según el cual los seres humanos de una misma categoría esencial debe tratarse de la misma manera". Esto quiere decir, que para aplicar el criterio de igualdad al momento de "hacer justicia", previamente debieron haberse formulado criterios de construcción de categorías esenciales (o tener catálogos de dichas categorías). El mérito entonces consiste en haber elaborado esta fórmula y los criterios de justicia concreta, a los cuales adiciona otros tres:

Cuarto criterio. A cada uno de acuerdo a su rango, es decir, a mayor rango, más grandes las ventajas. El criterio de rango es polivalente. Puede construirse con base en una idea social (clase social, grupo, etcétera), con base en la edad, la religión, el lenguaje, entre otros.

Quinto criterio. A cada uno de acuerdo con su título jurídico. Este criterio alude a determinadas circunstancias definidas por el derecho en contextos muy especiales, por ejemplo, los privilegios de preliberación que pueden tener algunos reclusos, dependiendo de lo establecido en las normas respectivas.

Sexto criterio. A cada uno le corresponde lo mismo... independientemente de cualquier otra consideración. El cual es, al parecer el criterio más simple para la distribución de los beneficios. Aunque no necesariamente puede ser considerado como el "mas justo", en particular en un contexto tan complejo como la sociedad contemporánea.

A estos criterios expuestos por Perelman, Riddall adiciona uno más:

Séptimo criterio: a cada uno de acuerdo con su capacidad de pagar. El cual, a pesar de lo ilegítimo que podría parecer desde el punto de vista de la mayoría de las posiciones filosóficas e ideológicas igualitaristas, es un criterio que prevalece en el actual mundo capitalista. Pueden fácticamente formarse grupos de categorías esenciales conformadas a partir de individuos que podrían considerar el poder económico como relevante en la determinación de los beneficios, por ejemplo, ¿por qué debe esperar un individuo con dinero para conseguir una medicina o para obtener atención médica, si tiene la capacidad monetaria para poder sufragar los gastos hospitalarios o la compra de la medicina aún más cara? Razonan, ¿por qué deben esperar ser sorteados para obtener el trasplante de un órgano si ellos tienen la capacidad económica para comprar el órgano directamente?

El plantear la existencia fáctica de este criterio de adjudicación de los beneficios, resulta importante desde el punto de vista sociológico, mas no desde el punto de vista axiológico, porque no se justifica como un criterio de otorgamiento de beneficios válido para una democracia o para un sistema que tiene aspiraciones democráticas.

En tal contexto, sería interesante entonces considerar otro criterio más, muy acorde con los fines e ideales que se han propuesto las sociedades postmodernas: a cada uno de acuerdo con su capacidad de negociar.

Además de ser un criterio fáctico susceptible de ser analizado en las diversas organizaciones socio políticas del mundo contemporáneo, es un criterio que se puede justificar desde diversos ángulos. Desde el enfoque de la sociología política, a partir del

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

estudio de las dinámicas de poder, de influencia y de uso de la fuerza y de la forma de actuar de los grupos de interés y los grupos de presión, se pueden analizar la diferenciada capacidad de negociación que tienen los individuos y los individuos pertenecientes a diversos grupos sociales.

Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación jurídica, la capacidad de negociar tiene además un componente de racionalidad, de convencer a los demás, en cualquiera de las circunstancias donde sea necesario, de la validez de las posiciones asumidas respecto de un problema o un hecho social.

Si bien es cierto que tradicionalmente se puede concebir que el factor más importante de un proceso de negociación puede ser el poder (con todos sus fenómenos colaterales), no podemos negar la importancia que tiene en este momento histórico el proceso de argumentación, sobre todo cuando en el plano nacional e internacional existe la tendencia a obedecer determinadas reglas de juego, que son previamente aceptadas por los participantes en el escenario social, nacional e internacional.

La racionalidad como componente y como aspiración de la sociedad postmoderna obliga a prepararnos más en el terreno de la lógica formal y a material, es decir, la ligada con la argumentación en os niveles especializados y cotidiano.

Resumiendo, la igualdad es uno de os elementos fundamentales de la justicia, junto con la libertad social, la responsabilidad, la democracia y la búsqueda de la paz social. Como concepto problemático es necesario dotarlo de un contenido y este contenido difícilmente puede ser trascendental, inmutable y absoluto; de nuevo, nuestra aspiración consiste en encontrar un conjunto de criterios que nos permitan resolver los problemas de justicia aquí en la tierra, donde los seres humanos somos imperfectos, más buenos y más malos de lo que somos o creemos ser.

Esos criterios difícilmente van a ser "descubiertos" por alguna mentalidad genial, por algún teórico o filósofo que pueda superar en los últimos años lo que el ser humano no ha podido formular o descubrir después de más de 3000 años de filosofía y de ciencia. Luego entonces, los criterios deben ser contruidos, elaborados y considerados en un humilde contexto histórico: lo que hasta este momento el ser humano, después de muchos siglos de desarrollo social, ha logrado consensar como lo más valioso.

La sociedad, las escuelas, los especialistas deben de promover un diálogo a partir del cual se puedan estudiar los criterios de igualdad que se usan realmente en una sociedad y aquellos que deben ser promovidos y considerados en la solución de los diversos problemas sociales.

3. Educación y justicia

Una vez que he tratado de argumentar acerca de la importancia actual de retomar la discusión acerca del contenido del concepto de justicia, ya sea que lo escribamos con mayúsculas, es decir como una aspiración suprema del espíritu humano para alcanzar la felicidad y la perfección. O con minúsculas, es decir, como un conjunto de reglas y criterios bien definidos que se constituyan en una guía práctica para la solución de los conflictos que surgen en la sociedad y que hice un breve recorrido por algunas de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

las consideraciones más importantes en torno del sentido del concepto de justicia, incluyendo algo del pensamiento contemporáneo posterior a Kelsen, trataré de vincular a la justicia con la educación, referida sobre todo a la educación formal.

La educación, es una institución social y una actividad que sirve para construir los espacios en los cuales el ser humano se configuran, se convierte de simple homo sapiens en un ser humano completo, miembro de una colectividad. Es un espacio y actividad social donde las sociedades transmiten las diversas formas de los saberes, del conocimiento, de los modos de organización y de las valoraciones que sustentan el desarrollo, tanto del individuo como del grupo social.

La escuela por otra parte es una institución social, históricamente configurada a lo largo de la civilización con diversas funciones y tareas asignadas, y que en este momento, se constituye en un espacio donde se transmiten los conocimientos considerados como socialmente importantes y relevantes y que dotan a los individuos de las herramientas conceptuales que les permitirán desenvolverse adecuadamente en el mundo de los adultos.

Ante esta Imagen, que podría calificar casi de "romántica" en torno de la educación y concretamente de la escuela, hay que oponerle el hecho de que es arrollada por las actuales crisis y que en ocasiones es la protagonista de las mismas.

La educación está en crisis, la escuela está en crisis, es una afirmación y un verdadero reclamo que hemos venido escuchando desde nuestra infancia, que han escuchado nuestros padres y tal vez nuestros abuelos, y que seguramente nuestros hijos escuchan y escucharán frecuentemente.

Aparejada a esa crisis en la cual está sumida la educación, sea que la consideremos desde un punto de vista global o desde uno específico, como la educación formal que se imparte en las escuelas, se encuentra una crisis de la justicia. Y al decir una crisis de la justicia nos referimos a una profunda crisis que abarca no solamente a las instituciones gubernamentales encargadas de impartir o administrar justicia, sino que abarca también a toda la concepción social que se tiene acerca del derecho, de lo jurídico, de quienes practican o tienen que ver con las actividades del derecho: los abogados, los servidores públicos, los servidores de barandilla, los burócratas, el ministerio público, las diversas corporaciones policíacas, los peritos e incluso, a la enseñanza del derecho.

En nuestro país es común la percepción de que no hay justicia, además de esa percepción social que ha sido superficialmente explorada en los medios de comunicación, tenemos en este momento el grave antecedente del informe "Sobre la Independencia de Jueces y Abogados" del visitador de la ONU Dato Param rendido a principios de 2002 después de la visita hecha a nuestro país en mayo de 2001, donde concluye que "La impunidad y la corrupción constituyen en México un tremendo problema social", asimismo, indicó que el procurador general de la República, Rafael Macedo de la Concha, le informó que "La corrupción había alcanzado niveles muy altos, pues los funcionarios públicos se valen de sus cargos para enriquecerse y resulta muy complicado detectar ese fenómeno".

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Si la percepción social acerca de la injusticia se presta a un serio debate por que se puede dar una virtual guerra de cifras y de interpretación de las mismas; el informe de Dato Param tiene una consecuencia más grave ya que suscitó en su momento, una airada protesta de parte de muchos de los operadores del derecho en nuestro país. Más que una defensa de las instituciones de justicia del país, pareció un orquestado desmentido con visos de tapar el sol con un dedo.

¿Qué papel ha jugado la educación formal, la que se imparte desde los niveles más elementales hasta la especializada, tendiente a la formación de los operadores del derecho, en la construcción de una determinada percepción social acerca del derecho, de lo jurídico y de la justicia?

Creo que mucho, porque la percepción social y el sentido que se les da a las profesiones se va construyendo desde la infancia, desde la más tierna edad de los futuros ciudadanos y desde el primer contacto que tienen éstos con los diversos operadores.

Asimismo, la enseñanza moral se va dispersando en los diferentes instrumentos e instancias sociales, si antes había relativa correspondencia entre la educación informal que se daba en la familia, con las enseñanzas de la iglesia y de la escuela, donde en todas las instancias anteriores se enseñaban valores más o menos similares o concordantes: el bien común, el concepto de bondad, caridad, equidad, respeto a los demás, tolerancia, etcétera.

En la actualidad, la dispersión del mundo contemporáneo manda mensajes muy diversos, contrastantes y contradictorios a una humanidad cuya infancia parece haberse alargado artificialmente. Somos una sociedad plural étnicamente hablando, donde lo europeo, lo indígena y en menor proporción lo oriental y lo africano se mezcló para dar un 80% de mestizos, y donde todavía hay un 10% de indígenas étnicos.

Somos una sociedad con una gran mayoría (el 78%) de población católica, inmersa en una lógica económica propia del capitalismo protestante. La nuestra, es una sociedad con carencias propias del siglo XIX y con vicios y necesidades del siglo XXI. Los medios de comunicación exigen libertades, que bajo el imperativo del *rating* se convierten en libertinaje. El término "solidaridad" tiene solamente como referencia lejana a la lucha de un sindicato que provocó a la larga la caída del comunismo en Polonia, y en nuestro país refiere a un desgastado lema de campaña política.

Los valores, es cierto, se han desgastado. Aunque cabe aclarar, no son los valores en sí, sino lo que se interpreta ahora de ellos, es abismal la distancia que el mundo moderno ha interpuesto respecto de los valores; en aras de cumplir sus ilusiones *hollywodenses* ha empeñado su alma y su conciencia a los traficantes de la vacuidad.

¿Qué tipo de valores hemos inculcado en la educación formal que se imparte en las escuelas de derecho de nuestro país? la única aseveración general que me atrevo calificar como válida es: ciertamente no los mejores, o quizá no los hemos inculcado de la mejor manera.

Aunque también podríamos suponer que el contenido ético y axiológico que se imparte en la licenciatura se efectúa demasiado tarde, cuando los alumnos llevan ya un largo

camino recorrido en la corrupción.

Independientemente de las razones, me permitiré exponer algunas propuestas.

4. Algunas ideas para la construcción del concepto de justicia en los futuros profesionales del derecho.

Deberíamos en primer lugar asumir una idea relativista acerca del derecho y de la idea de la justicia, construida socialmente, histórica, elaborada a partir de las necesidades propias de una sociedad específica, de un tiempo y de unas condiciones muy particulares, no exenta de absolutismos impuestos desde el ejercicio del poder.

Esta sería una idea fáctica, comprobable y verificable acerca del derecho y de la justicia, contrastable con las ideas expuestas por los grandes filósofos y juristas de todos los tiempos, las cuales funcionarían como puntos de referencia para construir y deconstruir la idea de derecho y de justicia que servirá para cimentar la sociedad deseada a partir del libre ejercicio del consenso nacional.

Esta distinción nos permite diferencias entre el ideal de justicia expresado por la teoría y la filosofía, y el ser concreto del derecho y lo que la sociedad concibe como justicia y practica como tal a través de sus operadores respectivos.

Es posible que en un principio lo que podamos encontrar sea muy discordante, puede ser que la distancia entre la idea de justicia asumida implícitamente en la práctica profesional nacional difiera mucho respecto del ideal planteado en la escuela.

Puede ser que la realidad sea incómoda, que la percepción social que se tiene del abogado sea la que predomina en los chistes crueles acerca de la profesión y los profesionales del derecho y que en un principio, en los primeros años de reflexión sobre la carrera y sobre la actividad del jurista sean desalentadores porque no van a modificar la mala imagen y opinión que nos hemos ganado a pulso corno gremio.

No nos debe detener esto, ambas son dos asignaturas cuyas resoluciones hemos diferido durante mucho tiempo:

- a) Discutir profundamente, en un ejercicio inclusivo e incluyente, en muchos niveles de la sociedad y sobre todo en los de la comunidad jurídica, las diferentes ideas acerca de la justicia y del derecho, con el propósito de llegar a consensos respecto de los criterios válidos o mejor dicho, históricamente relevantes para poder distribuir los beneficios, los premios y en su caso los castigos.
- b) Renovar la cultura y el comportamiento ético de los licenciados en derecho. Que la conducta de estos sea acorde con sólidos valores morales que también sean reconocidos por la sociedad.

Estas dos asignaturas pueden conmovir los cimientos de la práctica profesional tal y como se conoce en la actualidad, tal y como se percibe socialmente en estos tiempos de nuevo milenio.

En una de sus reflexiones Kelsen hacia mención de que esa idea <pequeña, discreta y humilde> de justicia (aclaro que los adjetivos son míos) debe tener como uno de sus propósitos fundamentales mantener la paz social.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La cual, en el plano personal se traduce a no adoptar, ni como abogado, ni como individuo que tiene intereses específicos en conflicto con otro u otros individuos, posiciones irreductibles. Esto nos lleva a un principio de acción, a un valor fundamental de la democracia y a una actitud psicológica: el principio de acción consiste en la racionalidad, el valor fundamental, en la tolerancia y la actitud psicológica es la capacidad de empatía.

La racionalidad es la característica más presumida por el ser humano, sin embargo, por razones culturales, sobre todo de educación informal se promueve la irracionalidad del comportamiento humano, solucionar los conflictos interpersonales a la manera de los violentos héroes cinematográficos. Se justifica la irracionalidad en todos los niveles, como algo propio del Ser del ser humano, nada más alejado de la realidad y del ideal de la realidad humana. Es necesario recuperar en la educación formal la enseñanza, el aprecio y la práctica de la racionalidad.

Debemos aprender como estudiantes y estudiosos del derecho, como ciudadanos y miembros de la polis local, regional, nacional y global, a ser tolerantes con las ideas de los demás. Desde el punto de vista de los valores, en el fondo de todo conflicto humano, hay posiciones irreductibles que implican una falta de tolerancia, de respeto a los demás, a su integridad, a su integralidad como seres humanos. La Idea de la competencia egoísta, promovida desde la cultura neoliberal ha provocado serias desviaciones en el ideal más profundo de nuestra cultura: la solidaridad y la caridad, ideas fundamentales del cristianismo.

Mencionamos por último a la capacidad de empatía, de colocarse en el lugar del prójimo, de tratar de ubicarnos en sus sentimientos, en su pesar y en sus alegrías.

Empatía para saber qué palabra de aliento debemos dar a quien sufre por un trágico episodio de su vida. Empatía para saber alentar al alumno que falló en una prueba escolar, pero que no significa su reprobación en el examen de la vida. Empatía para comprender las categorías de justicia concreta de los de más y llegar a un consenso donde cada una de las partes haya dispuesto su mejor intención de comprender las razones del otro.

La justicia no es un don divino, ojalá y lo fuera para que nuestra vida se facilitara, no es una idea que podamos desprender de la naturaleza, del ser del hombre, de su animalidad o de su racionalidad, es una categoría concreta derivada de la práctica cotidiana, de la reflexión y de la conciencia humana, material e histórica que debe servirnos en este momento y en este lugar, para vivir mejor y de nuevo, recurriendo a Savater, para ser felices.