

CAPÍTULO CUARTO

LA JUSTICIA EN EL DERECHO

“Inocente soy yo de la sangre de este justo,
allá vosotros”

Mt 27, 24

Hemos llegado a la parte final de la obra reservada para la cuarta época o paradigma axiológico, en donde nos preguntamos: ¿existe la justicia?, o ¿es sólo una palabra que el hombre creó para saber que nunca la materializará?

Sin duda alguna la justicia existe, y para sustentar preliminarmente esta afirmación recurriremos a una versión débil del principio antrópico. Dicho principio nos dice que el mundo es necesariamente como es porque hay seres que se preguntan por qué es así; entonces, la justicia existe por el hombre y para el hombre, porque de no ser así ¿cuál sería su razón de ser? Sin el hombre no habría quién pregunte qué es la justicia. Existiendo sólo dioses, ¿tiene cabida la pregunta?

En estricto sentido, quien afirme que la justicia no existe porque nunca se logrará pues lo que es justo para alguien puede no ser justo para otro, realmente no afirma su inexistencia, sino que pugna por una postura relativista (¿en qué sentido es absoluta o relativa la justicia?) A quien afirme que la justicia no existe por esta razón, le pregunto lo siguiente: para que la justicia sea justicia ¿es indispensable la aceptación de todos a los que afecta? Sostener que la justicia no existe porque jamás se logrará consenso absoluto o falta de aceptación universal implica negar la individualidad de los seres humanos, y si negamos este atributo que nos hace precisamente ser seres humanos y no máquinas de idéntico pensamiento y comportamiento, entonces ni siquiera valdría la pena reparar sobre el concepto de justicia, porque en un mundo en donde todos los habitantes son exactamente iguales (en el sentido más amplio de la palabra) es innecesario preguntarse si algo es justo o no, porque, al compartir el mismo pensamiento, todos compartiríamos la noción sobre lo asertivo de los castigos o represalias impuestos a quien violente las normas jurídicas, sociales o morales, incluso, todos los

aceptaríamos porque serían impuestos por alguien exactamente igual a nosotros, y no cuestionaríamos la legitimidad de quien lo imponga ni la legitimidad de la sanción.

En este escenario, la única forma en que puede afirmarse que la justicia no existe es si afirmamos que todos los seres humanos somos réplicas exactas del mismo molde que pensamos y actuamos de la misma forma. Afortunadamente, no es así.

Si la justicia existe, entonces ¿qué es?, o, mejor dicho, ¿qué es, para quién y en qué época? Utilitaristas, liberales, libertarios, comunitaristas, Ulpiano, Hans Kelsen, Karl Marx, Gandhi, inclusive Albert Einstein, todos se ocuparon de este problema. Las teorías, los conceptos y las discusiones son infinitos, de manera que, o ya sabemos lo que es y no lo queremos aceptar, o nunca lo sabremos, y seguiremos especulando. En un supuesto u otro, no la merecemos, porque si sabemos lo que es y nos autoinhibimos de reconocerlo, entonces deviene estéril todo intento para tratar de definirla; en cambio, si nunca sabremos qué es la justicia, entonces no existe una razón práctica para seguir conservando su noción y continuar invirtiendo recursos intelectuales intentando encontrarla; sería como pretender ganarle una carrera a la velocidad de la luz ¡es imposible!, mejor deshacernos de ella. Olvidarnos de la justicia para siempre porque no la merecemos... esta proposición es más difícil de asimilar que la de negar su existencia.

Debido a la problemática en torno a la justicia, es indispensable incluirla en este trabajo de investigación, pero relacionada con el derecho, que es nuestra área de conocimiento; por eso, en este último paradigma me ocuparé de responder a la pregunta ¿cómo se logra justicia mediante la interpretación del derecho? Con todo lo hasta aquí expuesto, pareciera que esta pregunta tendría que quedar permanentemente indescifrada: el mundo del derecho se ha analizado y presentado como un ente autónomo y absoluto que rechaza la intervención de cualquier agente ajeno a él, en este mundo absolutista ¿en dónde halla lugar la justicia? En este capítulo lo averiguaremos; antes, es importante establecer una precisión: en forma deliberada se ha denominado «paradigma axiológico» al que aquí se abordará, no porque se considere que la justicia es un valor, sino porque es la parte sensible de la obra. La justicia no posee área del conocimiento propia; actualmente ha sido absorbida casi por completo por la filosofía política, posicionándose como uno de sus paradigmas.

I. LA JUSTICIA

Al parecer, la justicia no fue creada para los hombres. Cuando Baruch Spinoza demuestra la existencia necesaria del Dios cristiano, establece que Dios es un “ser absolutamente infinito, esto es, una substancia que consta de infinitos atributos, cada uno de los cuales expresa una esencia eterna e infinita... todo cuanto es, es Dios, y sin Dios nada puede ser ni concebirse. Excepto Dios”.¹³⁶

¿Es la justicia un atributo de Dios? Veamos.

Para Spinoza, la justicia no es solamente un atributo de Dios —porque posee infinitos atributos— sino que es un atributo exclusivo de Él; sostiene que todas las creaciones de Dios son perfectas como Él; de lo contrario, no sería Dios; pero cuando analiza las «afecciones del alma», también sostiene que “quien imagina que se destruye lo que ama, se entristecerá, pero si imagina que se conserva, se alegrará... quien imagina que se destruye aquello que odia, se alegrará”,¹³⁷ porque la naturaleza del hombre es apetecer lo que juzga bueno y aborrecer, lo que juzga malo. En esta exposición, siendo el hombre una creación de Dios, entonces, ¿qué tan perfecto es que el ser humano se alegre cuando destruye aquello que odia si consideramos que la entidad destruida puede ser amada por alguien más?, ¿acaso no es imperfecto destruir el objeto que uno odia, mismo objeto que otro lo ama?, ¿esta destrucción es causa de justicia o de injusticia? Sin duda alguna será justo para quien destruye aquello que odia. En contraste, será injusto para quien ama aquello que fue destruido, porque causar daño a alguien más, aunque sea en forma indirecta por medio de la eliminación de aquello que ama, es imperfecto, pero inevitable, e inclusive esperado, debido a la diversidad de criterios, pensamientos y sentimientos de todos y cada uno de los que vivimos en sociedad. ¿En dónde queda la perfección de todo lo creado por Dios? La única forma de salvar la consideración de Spinoza es afirmar que la justicia, si bien es cierto que es un atributo que posee Dios, también es cierto que no fue concedido a los seres humanos por su natural imperfección.

Agustín de Hipona no trata explícitamente el tema de la justicia; la noción de ella se infiere cuando explica que los «vicios» —el mal— preceden de una conducta «no viciosa» —el bien—, y por esa razón son antinaturales, causan daño, perjuicio y deben ser corregidos tal y como Dios hizo

¹³⁶ Spinoza, Baruch, *Ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Orbis, 1980, pp. 30 y ss.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 139.

cuando expulsó a Lucifer del cielo. “Dios, así como es el creador excelente de las naturalezas buenas, así es justísimo ordenador de las malas voluntades, de suerte que, usando ellas mal de sus naturalezas buenas, endereza Él al bien las voluntades malas. Así, hizo que el diablo, bueno por su creación, malo por su voluntad, fuese colocado entre los más bajos y mofado de sus ángeles, esto es, que los santos, a quienes él desea perjudicar, obtengan fruto de sus tentaciones”. ¿Dios ejerció un acto legítimo de justicia sobre el diablo? Anticipadamente podríamos contestar que sí; Dios justamente exilió a Lucifer de Su ciudad. El caso planteado se complica si consideramos que, al crear al diablo, Dios “no estaba ignorante de su malicia y preveía ya los bienes que había de sacar de sus males... de suerte que en lo mismo que le creó, aunque bueno por su bondad, nos diera a entender que ya había preparado, valiéndose de su presciencia, la manera de sacar provecho aun de aquel mal”.¹³⁸ ¿Podemos seguir afirmando que Dios actuó justamente? No. Además, es notoria Su malicia y premeditación.

¿Acaso la justicia —divina o no divina— no es más que un instrumento para obtener algún beneficio?, ¿será que Dios utilizó al diablo para obtener el beneficio de la adoración a costa de todo el mal que inevitablemente éste causaría? En el contexto de san Agustín, la justicia no es solamente un acto divino, sino falaz; se disfraza como un instrumento de poder para obtener alguna ventaja o provecho, sin importar que el objeto sobre el que se ejerce sea el mismísimo Lucifer. ¿Es justo para el diablo haber sido creado sólo para ser desterrado al averno? El diablo no pidió ser creado, mucho menos tuvo opinión en lo que le pasaría por su inevitable rebelión. Si todo el mal es algo previsto por Dios, ¿es justo para los seres humanos haber sido creados a sabiendas de todos los males que aquejan a la humanidad? ¿Es justo haber sido creados sólo para adorarlo, amarlo, respetarlo y temerle? Esta concepción nos reduce a no más que simples objetos animados con algo que se llama «libre albedrío», que resulta ser sólo una ilusión, por la habilidad predictiva de Dios.

Si no quiere Dios que el mal exista, ¿por qué no lo prohíbe?, añade, no importa si como autor asista, o de los males en fautor se convirtiera. ¿Acaso pudiendo evitarlo no dejare que en crimen la acción buena se invirtiera? como omnipotente si determinare que su voluntad santa no se altere, a los morales todos en inocuos convirtiera: ¿se mancharán acaso sus manos con acción aleve? Luego Dios hizo el mal y lo tolera, pues desde lo alto ve y aprueba que se haga, como si él lo cometiera. Él lo ha creado, ya que

¹³⁸ Hipona, Agustín de, *La Ciudad de Dios*, 2a. ed., España, Tecnos, 2010, pp. 320 y ss.

pudiendo suprimirlo lo dejó avanzar por el continuo uso, sin molestarse en abolirlo.¹³⁹

Epicuro de Samos considera que la divinidad —no el Dios cristiano— es un ser feliz e incorruptible; los dioses no son como comúnmente se les percibe, y sostiene que “los más grandes daños y ventajas”¹⁴⁰ provienen de ellos; así, la justicia bien podría incluirse entre los daños y ventajas que los dioses nos transmitieron. Para el filósofo griego, “lo justo según la naturaleza es un acuerdo de lo conveniente para no hacerse daño unos a otros ni sufrirlo”; es una entidad creada por el ser humano que varía dependiendo de factores temporo-espaciales, porque

...cuando, sin sufrir variaciones en las circunstancias reales, resulta evidente que las cosas sancionadas como justas por las leyes no se adecuan en los hechos mismos a nuestra percepción de lo justo, éstas no eran justas. Cuando, al variar las circunstancias, ya no son convenientes las mismas cosas sancionadas como justas, desde ese momento eran sólo justas entonces, cuando resultaban convenientes al trato comunitario de los conciudadanos. Pero luego ya no eran justas, cuando dejaron de ser convenientes.¹⁴¹

¿Es la justicia exclusiva de la divinidad? ¿Los seres humanos únicamente podemos anhelar a la justicia? No, la justicia es de los seres humanos, quienes no actuamos porque algún ser supremo así lo predeterminó. No existe un plan divino para cada uno de nosotros; actuamos conforme a nuestro temperamento, carácter, criterio y voluntad, tenemos libre albedrío y autodeterminación; por lo tanto, toda maldad o bondad se justifica solamente en nosotros.

“¿A dónde ha ido Dios?”, gritó, “*yo os lo voy a decir!*” ¡Nosotros lo hemos matado —vosotros y yo—! ¡Todos nosotros somos sus asesinos! ¿Pero cómo hemos hecho esto?... ¡Dios ha muerto! ¡Dios permanece muerto! ¡Y nosotros lo hemos matado!... ¿no hemos de convertirnos nosotros mismos en dioses, sólo para aparecer dignos ante ellos?... Aquí calló el hombre frenético y miró nuevamente a sus oyentes: también éstos callaron y lo miraron extrañados.

¹³⁹ *Hamartigenia u Origen del pecado* de Prudencio; recuperado de Leibniz, Gottfried Wilhelm, en *Teodicea*, s/1, s/ed., s/a, p. 311., obtenido desde *t.ly/np2wr*, consultado el 3 de noviembre de 2023.

¹⁴⁰ Epicuro, “Carta a Meneceo”, *Ética de Epicuro. La génesis de una moral utilitaria*, Barcelona, Barral Editores, 1974, pp. 89 y ss.

¹⁴¹ Epicuro, “Máximas capitales”, *Ética de Epicuro. La génesis de una moral utilitaria, cit.*, pp. 113 y ss.

Finalmente lanzó él su lámpara al suelo, que saltó en pedazos y se apagó. “Llego muy temprano”... “los hechos necesitan tiempo, aun después de que han sido hechos, para ser vistos y escuchados”.¹⁴²

La teología no debe confundirse con la justicia, mucho menos ser un factor decisivo en ella. La justicia es sólo uno de tantos temas tratados por la teología, temas que *prima facie* no son de interés para el derecho; sin embargo, cuando se transgrede este límite y en nombre de determinada deidad o siguiendo algún mandamiento los seres humanos transgreden a las proposiciones jurídicas, entonces el derecho interviene para regular esta conducta... y quizá para evitar una injusticia.¹⁴³

Entonces, ¿existe la justicia? No nos referimos al símbolo «justicia» ni a la justicia teológica, sino la justicia como tal, a su materialización: ¿fácticamente existe la justicia? Si la justicia existe ¿qué es?, ¿es un ideal?, ¿un hecho?, ¿un objetivo?, ¿un instrumento?, ¿un valor?, ¿una institución? ¿La justicia es consecuencia de la maldad y característica de la bondad? ¿Por qué y para qué existe? Si la justicia es inexistente ¿para qué ocuparnos de ella? mejor olvidarla. ¿Cómo sería un mundo en donde la justicia no existiera?, ¿sería igual o distinto al mundo en que vivimos?, ¿acaso tenemos un parámetro para determinar cómo sería un mundo con justicia y sin justicia? Pobreza, hambruna, enfermedad, guerra, homicidios masivos... ¿eso es justicia? Sin soslayar que también tenemos actos que combaten —o intentan combatir— cada uno de estos hechos, ¿esto sí es justicia?

¿Alguna vez lograremos tener justicia? Intentemos resolver este cuestionamiento.

¹⁴² Nietzsche, Friedrich, *La gaja ciencia*, trad. de José Lara Barcelona, Venezuela, Monte Ávila, 1990, p. 114.

¹⁴³ Supongamos que en el hospital α se encuentra internado un infante gravemente enfermo, que requiere de un trasplante de corazón o morirá; los padres, que siguen determinada teología, rechazan el trasplante porque una máxima que los rige es «sus cuerpos no deberán ser profanados con agentes extraños a ellos»; por lo tanto, el infante fallece. ¿Es justo para el infante morir porque una máxima teológica prohíbe profanar su cuerpo? Para el infante no lo es; para sus padres, probablemente no sea sólo justo, sino correcto; para el lector de esta obra podrá parecer también injusto. Es más, ¿esta máxima teológica es jurídica? Si el sistema jurídico del país en donde esto sucede contiene la norma β que concede preferencia a la vida sobre la libertad de culto y, además, establece como tipo penal al homicidio equiparado o al homicidio por acción o por omisión cuando el sujeto activo tiene a su alcance todo para preservar la vida y no lo hace, en este supuesto, la máxima teológica es contraria al derecho, y los padres del infante deben ser sancionados por el delito cometido, así como también los médicos que, al permitirlo, fueron cómplices, esto con independencia de las sanciones que correspondan a los responsables de establecer dicha máxima.

1. *Recomposición de la justicia*

La justicia está presente no en casi, sino en todas nuestras actividades, desde la más simple, como el reparto de deberes en el núcleo familiar, hasta la más complicada, como el reparto de la riqueza en el mundo o la resolución de un caso jurisdiccional; quizá por esta omnipresencia su estudio es complejo, probablemente ha sido analizada desde las primeras agrupaciones humanas hasta el día de hoy, existiendo tantas cuantas posturas como formas de pensamiento y perspectivas, relacionándola con otras áreas del conocimiento, como la economía, la axiología, la política, la ética, la teología y, desde luego, el derecho.

John Rawls se centra en la noción de “justicia social”, cuyo objeto primario es “el modo en que las grandes instituciones sociales —constitución política y principales disposiciones económicas y sociales— distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”. Presupone una sociedad inicialmente desigual, por contener varias posiciones sociales y diversas expectativas de vida. En este sentido, las instituciones definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre lo que se puede esperar, hacer, y sobre lo que llega; por lo tanto, serán justas si no hacen “distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social”. Las instituciones satisfacen los principios de justicia aceptados por todos los miembros de la sociedad no obstante que cada integrante posea alguna concepción particular; por esta razón, afirma que la justicia es “la primera virtud de las instituciones sociales”: cuando éstas obtienen el “mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos de la sociedad, entonces está correctamente ordenada y es, por tanto, justa”.¹⁴⁴

Rawls propone dos principios rectores de la justicia:

1. Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos y
2. Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidos a los cargos y funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades.

¹⁴⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 559.

Asimismo, establece dos normas de prioridad:

1. Prioridad de la libertad según el cual las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad y 2. Prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar, conforme a esta norma la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos y, una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga.¹⁴⁵

Amartya Sen propone analizar a la justicia desde un enfoque humanista, no institucionalista, porque “la justicia guarda relación, en última instancia, con la forma en que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean”; así, en lugar de tratar de responder a la pregunta «¿Qué serían las instituciones perfectamente justas?», se debe responder «¿Cómo debería promoverse la justicia?» para concentrarse en las realizaciones de las sociedades estudiadas más que en las instituciones y reglas que sólo deben promover la justicia, en lugar de ser la justicia. En este sentido, emite una crítica a la teoría de Rawls, porque “supone básicamente que hay un tipo de argumento imparcial que satisface las exigencias de la equidad y está libre de intereses creados” para la elección unánime de los principios de justicia omitiendo que existe pluralidad de principios rivales que aspiran a ser relevantes para la evaluación de la justicia. Bajo este enfoque, la teoría de la justicia de Sen se basa en las nociones de razón, objetividad, escrutinio público, imparcialidad y elección social, de manera que la elección sobre los principios de justicia deberán ser siempre producto del razonamiento público, para que los integrantes de la sociedad tengan una mejor calidad de vida (bienestar, felicidad, igualdad, libertad y capacidades) —o al menos la oportunidad de tenerla—, siendo este el indicador principal de la justicia.¹⁴⁶

Compartimos la postura de cambiar de enfoque para estudiar a la justicia desde una perspectiva humanitaria en lugar de la institucional —o institucionalismo trascendental, como lo denomina Sen—, porque pugna por una justicia real, no ideal. Mientras que el enfoque institucional se fundamenta en conceptos «perfectos», como la «justicia perfecta», la «sociedad perfecta» o la «convivencia perfecta», el enfoque humanitario no se desgasta en utopías ni en misticismos, sino que se erige en torno a conceptos tangibles para que la justicia deje de ser inasequible; no nos preguntamos si la justicia existe o no; ahora nos ocupamos de construir modelos que per-

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 281.

¹⁴⁶ Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, México, Taurus, 2018, p. 499.

mitan materializarla en un mundo tan (im)perfecto como el ser humano. La noción de justicia institucional probablemente sea la más adecuada si, y sólo si, el consenso fuera la regla general, y los desacuerdos, la excepción; el concepto de justicia social no se cuestionaría si viviéramos en una sociedad que genuinamente reconociera legitimidad a las instituciones en donde sus integrantes estuvieran de acuerdo con los principios de justicia, y voluntariamente aceptaran equiparar la desigualdad natural; sin embargo, esta sociedad es inexistente.

¿Cómo es nuestra sociedad?

Para Alain Touraine, el modelo clásico de sociedad favorece la correspondencia entre individuo e instituciones; se desarrolla en torno a la idea de soberanía popular, en donde los ciudadanos son hombres libres, y se permite su libre desarrollo tanto en lo individual como en lo colectivo, sin que exista oposición entre ambos. Este modelo se ha abandonado debido a la disociación imperante en el mundo; en él coexisten la economía de mercado con una economía cerrada, internacionalismo y nacionalismo, tolerancia, cultura y fragmentación cultural. Existe una “desmodernización”, definida como la “ruptura de los vínculos que unen la libertad personal y la eficacia colectiva”; en esta desmodernización existe fragmentación cultural o multiculturalismo que conduce a un “mundo de sectas”, al rechazo de toda norma social, a la deslegitimación de las instituciones, al debilitamiento o desaparición de las normas codificadas y protegidas por mecanismos legales, a la desaparición de juicios de normalidad y a la discriminación positiva, “que se traduce en políticas de cupos o subvenciones a categorías particulares” justificada en una supuesta “desigualdad de hecho”, originando “utopías retrospectivas”, como la de retornar a un orden global fundado en creencias religiosas. Como consecuencia de la desmodernización está la “desocialización” —que es la “desaparición de los roles, normas y valores sociales mediante los cuales se construía el mundo vivido”— y la “despolitización” —el orden político ya no constituye ni funda el orden social—. ¹⁴⁷

Por su parte, Ulrich Beck estima que la catástrofe de Chernóbil significó el final de la “sociedad industrial clásica”, y que en lugar de tener una naturaleza socializada tenemos una “socialización de las destrucciones de la naturaleza” o una “sociedad del riesgo”, por las constantes amenazas sociales, económicas y políticas del sistema de la sociedad mundial superindustrializada. Los mercados se hunden, los sistemas jurídicos no captan los hechos, domina la carencia en la sobreabundancia, la destrucción de los

¹⁴⁷ Touraine, Alain, *¿Podemos vivir juntos? Iguales y diferentes*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 33 y ss.

ecosistemas, la contaminación; estamos expuestos a toxinas, a sustancias nocivas y a radiación. En este sentido, considera que

...en la modernidad avanzada la sociedad son todos sus sistemas parciales (economía, política, familia, cultura) ya no se puede comprender de una manera “autónoma respecto de la naturaleza”. Los problemas del medio ambiente no son problemas del entorno, sino (en su génesis y consecuencias) problemas sociales, problemas del ser humano, de su historia, de sus condiciones de vida, de su referencia al mundo y a la realidad, de su ordenamiento económico, cultural y político.¹⁴⁸

Zygmunt Bauman considera que vivimos en una “sociedad moderna líquida”, es decir, “aquella en que las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en una rutina determinadas”. En este tipo de sociedad todo es contingente y nada es seguro; todo cambia con rapidez, lo que implica la imposibilidad de lograr estabilidad y certidumbre; existe una constante sucesión de nuevos comienzos; todo es desechable, y demanda una permanente modernización; es una sociedad de masas y consumista en donde la individualidad es determinada por las leyes del mercado, y la globalización es causa de desequilibrio e inestabilidad; por lo tanto, mayor desigualdad económica.¹⁴⁹

¿Decadencia, perversión o liberación social?, ¿desmodernización?, ¿sociedad del peligro, del consumo o líquida? Sea cual fuere el calificativo que se le otorgue o prefiera, todos representan lo mismo: indican circunstancias paradigmáticas de lo que denominaremos “recomposición social”. No es que hayamos convertido al mundo en un lugar heterogéneo, variado o diverso, siempre ha sido así. No es que exista pérdida de valores, éstos han cambiado. No es que nos enfrentemos a nuevos peligros, sino que los peligros a los que ahora nos enfrentamos son distintos a los de otra época. No es que exista deslegitimación política o institucional, es que los actuales sistemas resultan insuficientes, y han sido sobrepasados por los hechos. No es que la riqueza se concentre en manos de sólo unos; siempre ha habido concentración de ella en un reducido número de personas.

¿Qué implica la recomposición social?, y lo que es más importante, ¿qué tiene que ver con la justicia? La recomposición social implica que todos los

¹⁴⁸ Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 1998, pp. 90 y ss.

¹⁴⁹ Bauman, Zygmunt, *Vida líquida*, España, Paidós, 2006, p. 206.

mundos funcionales, o al menos los que afectan directamente la vida del ser humano, como el derecho, la política y la economía, se adapten a la facticidad y abandonen toda doctrina, institución o modelo de regulación conductual tradicional para resolver eficaz y eficientemente cada aporía. La justicia no escapa a este darwinismo funcional, por lo que debe también adecuarse y adaptarse para sobrevivir, porque requerimos que sea conforme con nuestra realidad. En un mundo tan variado y cambiante, ¿cómo hacerlo? Reacompliéndola.

A continuación se propondrá un enfoque positivo de la justicia, con el que se pretende definirla, establecer una forma para lograr su materialización y, finalmente, erradicar la noción falaz de ideal inalcanzable.

2. *Justicia positiva*

Bertrand Russell establece que el positivismo lógico es un método, no un determinado tipo de conclusión, consistente en afirmar que “no hay ningún modo específico de conocimiento que sea propiamente filosófico, sino que las cuestiones de hecho únicamente pueden resolverse por medio de los procedimientos empíricos de la ciencia, mientras que las cuestiones que pueden ser resueltas sin recurrir a la experiencia son o bien matemáticas o bien lingüísticas”, siendo precisamente la atención prestada a la matemática, a la lógica y a la lingüística lo que diferencia al positivismo lógico del empirismo.¹⁵⁰

El enfoque positivista de la justicia consiste en establecer una definición sustentada en los hechos, para lo cual será necesario A) determinar qué hechos fundamentan la definición B) a efecto de obtener los presupuestos de la justicia de los que se C) derivará su significado intencional o atributos de la justicia, para finalmente D) definirla por connotación. Por razón de método, cada etapa de este proceso se denomina de la siguiente forma, en orden progresivo, indico:

- A) Fáctica.
- B) Fundamental.
- C) Significadora.
- D) Definitoria.

¹⁵⁰ Russell, Bertrand, *Ensayos sobre lógica y conocimiento*, Madrid, Taurus, 1966, p. 509.

A. *Etapa fáctica*

Los hechos determinantes para la definición de justicia que se propondrá conforme al enfoque positivo son:

Primer hecho. No existe una sociedad exenta de conflictos, sino que éstos se suscitan en razón de la convivencia humana cuando hay divergencia entre cualquier tipo de interés.

Cada padre de familia va a buscar al mercado cuanto necesita para él y los suyos. Lleva lo que necesita sin que se le pida a cambio dinero o prenda alguna. ¿Por qué habrá de negarse a algo alguien? Hay abundancia de todo, y no hay el más mínimo temor a que alguien se lleve por encima de sus necesidades. ¿Pues por qué pensar que alguien habrá de pedir lo superfluo, sabiendo que no le ha de faltar nada? Lo que hace ávidos y rapaces a los animales es el miedo a las privaciones. Pero en el hombre existe otra causa de avaricia: el orgullo. Éste se vanagloria de superar a los demás por el boato de una riqueza superflua. Un vicio que las instituciones de los utopianos han desterrado... Hacen de grado suyo aquel principio de que “ningún placer está prohibido con tal de que no engendre mal alguno”. Así viven los utopianos en las ciudades... Diré que existen en la república de los utopianos muchas cosas que quisiera ver impuestas en nuestras ciudades. Pero que no espero lo sean.¹⁵¹

La noción de sociedad perfecta o utopía ha sido más una ilusión que una realidad; la misma suerte acontece con la distopía. No por esto vivimos en caos total o en completo orden; así como el ser humano es complejo —en ocasiones complicado—, así también lo es su forma de relacionarse con otros. La sociedad es tan perfecta como lo es el ser humano. En una sociedad arquetípica, los conflictos son inexistentes, principalmente porque todos sus integrantes están de acuerdo en todo; la diversidad de pensamientos no existe; tampoco la multiplicidad de opiniones o criterios, es como si todos los seres humanos fueran los mismos y poseyeran idénticos intereses, razón por la cual es posible satisfacer a todos; fácticamente esto no sucede en nuestro mundo, porque los intereses se confrontan, y es precisamente aquí en donde la justicia encuentra su génesis.

Existe la noción de la justicia/injusticia porque existen conflictos generados por la confrontación de intereses divergentes. Estos conflictos, sin importar su magnitud o el número de involucrados, deben ser resueltos para procurar que la convivencia social sea más —que menos— estable, más —que

¹⁵¹ Moro, Tomás, *Utopía*, pp. 34 y ss., obtenido desde *Uly/26N9n*, consultado el 3 de noviembre de 2023.

menos— pacífica y más —que menos— ordenada. Si todos fuéramos los habitantes arquetípicos de la sociedad arquetípica con el pensamiento e intereses arquetípicos, jamás habría surgido la justicia, porque siempre habría consenso y acuerdo en todas y cada una de las acciones privadas y públicas; mientras los seres humanos interactúen, habrá conflictos y será necesaria la justicia; por lo tanto, no es algo que surja una vez y se agote, sino que se manifestará en cada ocasión en donde exista conflicto de intereses y se extinguirá cuando se solucione.

Segundo hecho. Se formulará como contradicción lógica: «todos somos iguales y desiguales». Este hecho no implica ninguna paradoja si consideramos que todos los seres humanos somos entidades autónomas e individuales con distintas necesidades, oportunidades, intereses, ideales, gustos, criterios, ideologías, razas, culturas, nacionalidades, géneros, preferencias sexuales, grado de escolaridad, tipo de moralidad, ética, poder adquisitivo, credo, religión, filosofía, postura política, sueños, ilusiones; además, poseemos diversas capacidades, aptitudes, habilidades, temperamentos, personalidades, hábitos, metas, desempeñamos diferentes trabajos, funciones o empleos, que ni siquiera son uniformes durante toda nuestra vida, algunos varían circunstancialmente; pero, al fin y al cabo, todos los seres humanos somos precisamente eso, seres humanos.

Immanuel Kant se propuso diseñar una historia universal del género humano para intentar descubrir el comportamiento de la especie, dado que no nos comportamos enteramente de modo instintivo ni tampoco como ciudadanos racionales del mundo, sino conforme a un determinado plan de la naturaleza. Así, establece nueve principios conforme a los cuales esboza un probable inicio y desenlace de la historia humana con la unificación universal del género humano por medio de la perfecta integración civil. En esencia, los nueve principios afirman:

- El ser humano se desarrolla conforme a un fin. No determina qué fin es este; sin embargo, podríamos asumir que el fin natural del hombre se determina por las cuatro preguntas que plantea para la filosofía; éstas son: “¿qué puedo yo saber?”, “¿qué debo yo hacer?”, “¿qué se necesita esperar?”, y “¿qué es el hombre?”.¹⁵²
- En el ser humano las disposiciones naturales que tienden al uso de la razón sólo deben desarrollarse por completo en la especie, mas no en el individuo.

¹⁵² Kant, Immanuel, *Lógica*, s./p.; edición digital basada en la edición de Madrid, Librerías de Francisco Iruvreda y Antonio Novo, 1875, Biblioteca Nacional (España); obtenido desde *t.ly/qRgj*, consultado el 9 de enero de 2020.

- La naturaleza quiere que el hombre omita su instinto animal para que la razón sea el único medio de procurar su felicidad y perfección.
- Naturalmente, el ser humano es antagónico, y tiende a socializar. El antagonismo da pauta para la instauración de un orden legal que le permita vivir en sociedad.
- La naturaleza obliga al hombre a instaurar una sociedad civil universal que administre al derecho.
- El ser humano debe erigir un jefe supremo que decida los conflictos causados por su natural antagonismo; es el principio más difícil, razón por la que no propone a alguna persona o entidad determinada que desempeñe este papel, únicamente afirma que tardíamente será resuelto, y se limita a describir sus características: justo por sí mismo, que quebrante su propia voluntad y que obedezca a una voluntad universalmente válida.
- Para el establecimiento de una constitución civil perfecta se debe determinar primero una reglamentación de relaciones interestatales.
- La historia del ser humano se puede considerar como la ejecución de un plan oculto de la naturaleza para llevar a cabo una constitución perfecta, pues sólo así se pueden desarrollar plenamente todas las disposiciones de la humanidad.
- Se debe considerar que la historia universal conforme al plan de la Naturaleza es posiblemente la intención de la misma naturaleza.¹⁵³

Para Zygmunt Bauman, “muchas culturas: ésta es la realidad. Una sola humanidad es un destino, un propósito o una tarea ideales”. Considera que el multiculturalismo es herencia histórica que debe superarse por la “humanidad única” —noción que retoma de Kant—. Estima que si bien es cierto cada uno de nosotros es único y distinto a todos los demás, también es cierto que entre nosotros existen infinitas diferencias, que generalmente omitimos por su irrelevancia, considerando sólo aquellas que, en determinadas ocasiones, nos causan molestia y queremos modificar o erradicar.¹⁵⁴

Tercer hecho. La justicia cobra vigencia en conflictos de cualquier índole; por consecuencia, la justicia no se confunde con la moral, con la ética,

¹⁵³ Kant, Immanuel, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 54.

¹⁵⁴ Bauman, Zygmunt, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, Buenos Aires, Katz, 2009, pp. 13 y ss.

con la economía, con la teología, con la axiología, ni siquiera con el derecho; las afecta, pero no se reduce a ellas. No sólo tiene que ver con el reparto de la riqueza; no sólo se ocupa cuando existe violación de derechos; no tiene que ver solamente con la forma de gobierno o con las minorías, porque aquello que divide o distingue sólo separa; todos somos seres humanos, y todos, en algún momento de nuestras vidas, necesitaremos justicia. La justicia no es algo bueno o malo, debido o indebido, correcto e incorrecto; la justicia en ocasiones podrá ser mala, pero justa; para Spinoza, “según la guía de la razón, entre dos bienes escogeremos el mayor, y entre dos males, el menor porque un bien que impide que disfrutemos de otro bien mayor es, en realidad, un mal”. Los conceptos de bien y mal se predicán de los objetos hasta que los comparamos entre sí; por lo tanto, un mal menor es, en realidad, un bien.¹⁵⁵

La justicia está más allá de calificativos y clasificaciones que son materia de otras disciplinas: la justicia es una entidad autónoma que no distingue sobre la naturaleza del conflicto en donde debe ejercerse; no depende ni se condiciona a si el ser humano es bueno o malo por naturaleza; tampoco depende de que sea aceptada o rechazada por las partes intervinientes en cualquier conflicto; mucho menos depende de los valores o principios que cada ser humano o sociedad eleve como máximas, porque lo que para alguien es justo para otro no; inclusive puede ser que lo que fue justo antes, no lo es ahora, y viceversa; menos aún depende de lo que alguien crea o piense que es justo/injusto. La justicia trasciende a los observadores y a quienes afecta, trasciende a su opinión.

Cuarto hecho. Enunciaremos este hecho como principio: «es preferible la racionalización que la distribución». Como ya dijimos, la justicia surge cuando existe conflicto de intereses. En condiciones ideales y de alguna forma extraña que no logro concebir, ambos intereses prevalecen; no se tiene que elegir entre uno u otro. En condiciones reales, para solucionar el conflicto, un interés prevalece; en este tenor, la selección del interés que prevalece será conforme a un criterio racional; esto es, eligiendo el que represente mayor beneficio o menor afectación posible dentro del contexto conflictual, omitiendo el que implique mayor afectación.

Supongamos que ningún interés se traduce en mayor beneficio, que los intereses solamente causen afectación o que existe un tercer interés ajeno a la controversia, omitido por las partes, pero que represente mayor beneficio; en todos estos casos, deberá prevalecer el interés ajeno a la controversia. La determinación del contexto conflictual o universo en donde ha de presen-

¹⁵⁵ Spinoza, Baruch, *op. cit.*, p. 234.

tarse la justicia es conforme a las circunstancias particulares de cada caso concreto; todos los hechos e información de cualquier índole que se relacione con él servirá de parámetro para determinar el interés que prevalece; en seguida volveré sobre este tema.

La justicia racional, no distributiva, evita problemas del tipo: ¿qué se distribuye?, ¿cómo se distribuye?, ¿a quién se distribuye?, ¿quién distribuye?, y ¿por qué? No se trata de “dar a cada quien lo que le corresponde”, porque ¿cómo sabemos que le corresponde a cada quién?, o ¿según quién le corresponde esto o aquello? La justicia positiva trata sobre la maximización de intereses cuya valorización para determinar cuál de ellos maximiza, cuál de ellos perjudica, o si es necesario un interés ajeno, depende del contexto en que surge el conflicto. La tasación de los intereses será absoluta para las partes, pero contingente para cualquier ajeno a la controversia, no será universal, porque la valorización depende de cada caso, variará de uno a otro sin que sea posible establecer una escala definitiva y de aplicación general.

Carl Schmitt considera que, en una sociedad múltiple, hiperdesarrollada, pluralista o compuesta por numerosos grupos heterogéneos, el espacio público se tiene que transformar en un “campo de ejercicio para manifestaciones de la lógica del valor” en donde se otorga el mismo valor —económico— a cada bien, meta, ideal e interés de las facciones, de manera que se “vuelven comparables y se convierten en materia de negociación” para poder “calcular un cupo en la distribución del producto social”; esta concepción permite “hacer conmensurable lo inconmensurable” para procurar satisfacer los intereses de cada grupo poblacional. Sostiene que esta lógica del concepto económico de valor tiene un ámbito racional de “justicia conmutativa”, porque un valor se realiza por medio de la destrucción de otro valor; es decir, la transformación de algo en un valor implica la transposición en un sistema en donde cada valor recibe una ubicación, de manera que por medio de continuas reubicaciones en la escala de valores, esta transformación posibilita continuas transvaloraciones, revalorizaciones y supresiones siempre y cuando «todos los valores, desde el más elevado hasta el más bajo, se encarrilen en el riel»; esto es, lo importante es la valorización más que la ubicación que es contingente para realizar el valor supremo.¹⁵⁶

No importa qué valor se posicione en la jerarquía más elevada, porque siempre podrá cambiar de posición; lo que no cambiará es que el valor con mayor posición jerárquica será un valor supremo. Los valores se determinan libremente de conformidad con cada universo o sistema concreto; por ejemplo, en un sistema ateo Dios será un no-valor; en contraste, en un

¹⁵⁶ Schmitt, Carl, *La tiranía de los valores*, Buenos Aires, Hydra, 2009, p. 147.

sistema católico Dios será el valor supremo —en la teoría de los valores la libertad es el valor supremo— esta concepción permite tener un proceso de “neutralización universal” que suprime todas las oposiciones tradicionales. Para Schmitt, “tratar algo como valor le confiere la apariencia de realidad efectiva, objetividad y científicidad propias de la esfera económica y de la lógica de valor adecuada a esta última”.¹⁵⁷

Cabe aclarar que si bien es cierto que el concepto de «racionalización» empleado para establecer que la justicia tiende a la maximización y no a la distribución es económico, también es cierto que no implica afirmar que la valorización de los intereses en conflicto obedezca a parámetros económicos; su valor se determina conforme a la naturaleza de la contienda: si el conflicto es jurídico, su valor se determinará conforme al derecho; si el conflicto es económico, el valor de los intereses se determinará conforme a lo que la economía prescriba, y así en cada caso. Hasta aquí no es claro cómo es que se determinará el interés prevalente ni conforme a qué parámetros; este tema será abordado en los siguientes apartados. De momento sólo es necesario establecer los hechos que determinarán el concepto de justicia, particularmente este último hecho es que la selección del interés que prevalezca y solucione el conflicto en donde es necesaria la justicia debe representar mayor beneficio para las partes.

B. *Etapa fundamental*

Los presupuestos de la justicia se derivan de los hechos que a su vez los justifica, y servirán para establecer su significado intensional y definirla.

- 1o. La justicia presupone que el ser humano vive en sociedad y convive.
- 2o. La justicia presupone conflicto de intereses en donde uno prevalece por encima del otro.
- 3o. La justicia presupone la desigualdad específica y la igualdad general.
- 4o. La justicia presupone el fin del conflicto, pero no el fin de ella misma.
- 5o. La justicia presupone su distinción con otras entidades.
- 6o. La justicia presupone su existencia en toda actividad humana.
- 7o. La justicia se presupone a sí misma con independencia de apreciaciones subjetivas.
- 8o. La justicia presupone la maximización del interés y la minimización del daño.

157 *Idem.*

- 9o. La justicia presupone que los intereses son valorizables conforme a las circunstancias específicas de cada conflicto, y sólo para ese conflicto.

C. *Etapas significadoras*

Los atributos de la justicia se derivan de sus presupuestos; son su significado intensional; es decir, aquellas propiedades sin las cuales no es posible referirse e identificar a la justicia como tal. Cada atributo es correlativo a los presupuestos, y se justifica en ellos; en estricto orden, indico:

- 1o. La justicia es un sistema artificial.
- 2o. La justicia es contingente y selectiva.
- 3o. La justicia es (para las partes en conflicto) particular; asimismo, es (para los ajenos a la controversia) universal.
- 4o. La justicia es (para las partes en conflicto) definitiva y terminal; asimismo, es (para los ajenos a la controversia) no fungible e inagotable.
- 5o. La justicia es autónoma y neutral.
- 6o. La justicia es omnipresente.
- 7o. La justicia es objetiva.
- 8o. La justicia es racional.
- 9o. La justicia es (para las partes en conflicto) absoluta; asimismo, es (para los ajenos a la controversia) relativa.

D. *Etapas definitivas*

Con los atributos de la justicia se procederá a definirla por connotación. En este sentido, se propone la siguiente definición de «justicia» conforme al enfoque positivo:

La justicia es un sistema artificial creado por el ser humano para resolver conflictos de intereses de cualquier índole; dependiendo del contexto, el conflicto se soluciona al elegir el interés, o un interés ajeno, conforme a un criterio racional que implique obtener el mayor beneficio/menor afectación posible a las partes.

3. *Racionalización de la justicia*

Para Jesús Mosterín, la racionalidad se emplea en, al menos, tres sentidos distintos: 1) como capacidad lingüística; es el sentido más débil confor-

me al que un ser racional es alguien capaz de comunicarse lingüísticamente; 2) como razonabilidad, esto es, como la facultad de dar —o estar dispuesto a dar— razones para decir o hacer lo que se dice o hace, y 3) en sentido fuerte, presupone las concepciones previas, e implica procesos de evaluación y optimización; aquí, existe racionalidad cuando un agente elige o toma decisiones en función de ciertas preferencias u objetivos siempre y cuando existan alternativas entre las que elegir —que la decisión no esté unívocamente determinada— y que no todo dé igual —que unas decisiones sean preferibles a otras—, de manera que en situaciones deterministas (en donde no hay nada que decidir o elegir) o en situaciones de indiferencia o frivolidad (no existen objetivos que alcanzar ni preferencias que satisfacer) no se plantean problemas de racionalidad; la racionalidad es práctica si se decide qué cosas hacer; en cambio, será teórica si se decide qué cosas creer.¹⁵⁸

Si el agente ha de elegir entre varias alternativas, actuará bajo condiciones de certeza si, y sólo si, sabe (o cree saber) cuál será el resultado de cada una; si desconoce este resultado, pero es posible estimarlo en términos de probabilidad, entonces el agente actúa bajo condiciones de riesgo; finalmente, si no conoce ni puede estimar los resultados, se dice que el agente actúa bajo condiciones de incertidumbre. En el primer caso se trata de maximizar o minimizar un parámetro fijo. En el segundo caso se trata de maximizar la utilidad esperada (regla de Bayes). En el tercer caso, se actuará conforme a determinadas reglas; Mosterín cita dos de ellas: 1. *Maximin*, maximizar la mínima utilidad, es decir, minimizando el máximo riesgo suponiendo que se perderá y que ocurrirá lo peor posible, y 2. *Maximax*, maximizar la máxima utilidad suponiendo que se ganará, considerando sólo el mejor caso posible (Mosterín señala que la teoría de la justicia de Rawls sigue la regla del *maximin* para deducir los dos principios de justicia).¹⁵⁹

Como ha sido señalado, la justicia implica establecer el valor de los intereses en conflicto para estimar el grado de beneficio/afectación que cada uno de ellos ocasionaría y elegir el que procure el mayor beneficio/menor afectación posible. En este contexto, ahora surge la siguiente cuestión ¿cómo podemos determinar este valor dada la abstracción de los intereses en conflicto y la imposibilidad de calcular la conducta humana? Por medio de un examen de racionalidad —entendida en el sentido fuerte que propone Mosterín— sustentado en dos principios: principio de tasación, todo

¹⁵⁸ Mosterín, Jesús, *Epistemología y racionalidad*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Garcilaso de la Vega, 1999, pp. 29 y ss.

¹⁵⁹ Mosterín, Jesús, *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, España, Alianza, 2008, pp. 130 y ss.

interés es susceptible de valorarse y no toda valorización es monetaria, métrica o numérica, y principio de incertidumbre, no se tiene certeza plena de las consecuencias que cada interés provocaría en caso de ser elegido.

Para efecto de esta obra definiremos al «interés» como la postura que cada parte sostiene en el conflicto. Esta postura se traduce en la afectación de cualquier entidad de cualquier tipo de mundo de acuerdo con la taxonomía expuesta en el capítulo primero, se traduce en un bien corpóreo, imaginario, funcional, real, aparente, presente, pasado o futuro. En este sentido, los intereses se valuarán por medio de lo que en adelante se denominará “examen de racionalidad” que consiste en analizar parámetros para determinar el grado de beneficio/afectación que cada interés causará considerando tanto el mejor como el peor escenario posible.

El examen de racionalidad no es un algoritmo que tasa exactamente la conducta humana conforme a parámetros numéricos en una escala perfectamente delimitada; esto es imposible. Al contrario, partiendo de la variabilidad de la conducta humana, el examen de racionalidad es una forma de medir lo inconmensurable, porque los intereses conflictuados no siempre son traducibles en entidades susceptibles de medirse en escalas aceptadas universalmente. Los intereses excepcionalmente pueden ser medidos o pesados, pero no por ello estamos impedidos para estatuir una forma de medición y una escala que permita compararlos y determinar el daño o beneficio que causarán procurando que la elección del interés prevalente esté sustentada en criterios objetivos y justificables, no de manera aleatoria ni discrecional.

El examen de racionalidad se lleva a cabo en dos fases. La primera fase o de análisis consiste en evaluar cada interés conforme a los parámetros epistemológicos, antropológicos, físicos e históricos. La segunda fase o de valorización consiste en asignar valor a cada interés mediante su comparación en una escala gradual que va del «mayor beneficio» a la «mayor afectación».

A. Parámetros epistemológicos

Son aquellos proporcionados por el tipo de mundo al que pertenece el conflicto —recordemos que en nuestra taxonomía de la realidad expuesta en el primer capítulo tenemos ocho tipos de mundos clasificados conforme a tres criterios—; esto es, son las reglas preestablecidas para los casos en donde exista conflicto de intereses. Estos parámetros son la mejor forma de tasación; no obstante, pueden o no existir, esto dependerá de cada mundo.

Por ejemplo, si el conflicto pertenece al mundo funcional del derecho, para determinar el valor de los intereses en conflicto se deberá acudir a la jerarquía establecida previamente por el sistema jurídico —si es que existe—, en donde se suscite la controversia de intereses, que, en este caso, serán derechos; o, en su defecto, a las prescripciones contenidas en las proposiciones jurídicas. Lo mismo deberá hacerse si el conflicto es de índole económica, política, etcétera, en cuyo caso se acudirá a las disposiciones sobre cada materia; en el siguiente apartado se establecerá cómo operan estos parámetros en el mundo del derecho.

B. *Parámetros antropológicos*

Son todos aquellos relacionados con los sujetos que ostentan intereses en contrario, desde la información que permite individualizarlos (edad, género, estado económico, escolaridad, ocupación, etcétera), hasta la exposición que cada parte haga para defender su interés (motivos que lo sustentan y lo que pretenden lograr). Estos parámetros son subjetivos sin aparente relevancia; sin embargo, proporcionan indicios relevantes para poder determinar si existe abuso de una parte hacia la otra, si alguna de las partes se sitúa en desventaja con relación a la otra, si alguna parte tiene la pretensión de obtener algún beneficio indebido o causar perjuicio deliberado.

C. *Parámetros físicos*

Comprenden todos aquellos datos temporo-espaciales que delimiten al conflicto, así como la información sobre el tipo de mundo en donde se suscita.

D. *Parámetros históricos*

Estos parámetros son los antecedentes del conflicto, es decir, el relato cronológico de los hechos motivantes de los intereses de las partes, desde su origen hasta el momento en donde se contraponen.

El examen de racionalidad implica asignar valor a intereses abstractos conforme a la mayor cantidad de información disponible para solucionar un conflicto y justificar la decisión terminal, de manera que no se cuestione su legitimidad, su imparcialidad, su objetividad o su validez. De ninguna

manera conlleva la afirmación implícita de que el ser humano actúa siempre en forma racional, porque no siempre es así. Max Weber sostiene que no toda clase de acción humana es social, y no toda acción social es racional. La “acción social se orienta por las acciones de otros, las cuales pueden ser pasada, presente o esperada como futuras”; por eso, una acción no es social si se orienta únicamente por la expectativa de determinadas reacciones de objetos materiales. La acción social puede ser racional con arreglo a fines; esto es, determinada por expectativas (condiciones o medios) en el comportamiento de objetos y sujetos para lograr fines racionalmente sopesados y perseguidos; racional, con arreglo a valores, se determina por la creencia consciente en cualquier tipo de valor ético, religioso, moral, etcétera sin relación alguna con el resultado; afectiva, determinada por estados sentimentales o emotivos, y tradicional, determinada por costumbres arraigadas.¹⁶⁰

Nuestra conducta e intereses obedecen a diversos móviles, conscientes e inconscientes; pretender establecer sólo alguno de ellos sería extremadamente soberbio, o bien, extremadamente torpe.

4. *Materialización de la justicia*

La justicia se materializa mediante un proceso integrado por ocho fases, en donde intervienen las partes en conflicto y el agente que decide la controversia (en adelante «agente resolutor») que siempre será un tercero con legitimidad, a efecto de lograr imparcialidad en la decisión. En condiciones óptimas, el agente resolutor no tiene inclinación o preferencia alguna hacia las partes; sin embargo, no se omite el hecho de que pueda ser corruptible, pero este tema no nos interesa ahora, porque será abordado cuando analicemos las aporías de la justicia en torno al derecho; de momento basta con hacer esta acotación.

La legitimidad del agente resolutor puede derivar del consenso de las partes conflictuadas o es impuesta, dependiendo del mundo en donde se genere el conflicto. Por ejemplo, si se genera en el mundo funcional del derecho, el agente resolutor será un órgano jurisdiccional o un árbitro, dependiendo de cada caso. En cambio, si se genera entre dos hermanos, dentro de un núcleo familiar en el mundo corpóreo, el agente resolutor será el padre o la madre o aquel a quien se le reconozca autoridad decisoria en esa fami-

¹⁶⁰ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 18 y ss.

lia. Por su parte, la legitimidad de la decisión no se sujeta ni se condiciona a la opinión o arbitrio de las partes, sino que depende de si el proceso de materialización de la justicia se efectúa siguiendo todas y cada una de sus fases. En este sentido, las partes no están obligadas a estar de acuerdo con la decisión; su única obligación es acatarla; de no ser así, se harán efectivas las medidas decretadas por el agente para lograr su cumplimiento.

El proceso de materialización de la justicia asume todos y cada uno de sus presupuestos.

En el listado de abajo se sigue en estricto orden sucesivo conforme a la ejecución de cada una de sus fases:

Primera fase. El agente resolutor determina la naturaleza del conflicto; esto es, el mundo al que pertenece.

Segunda fase. El agente resolutor fija los intereses en conflicto; por consecuencia, identifica a las partes involucradas.

Tercera fase. Conforme al análisis de la naturaleza del conflicto e intereses en pugna, el agente resolutor establece si existe o no algún interés omitido por las partes que guarde relación y pueda ser considerado al momento de emitir una decisión siempre y cuando dicho interés sea benéfico y no perjudicial a las partes.

Cuarta fase. El agente resolutor lleva cabo el examen de racionalidad para asignar valor a los intereses.

Quinta fase. El agente resolutor plantea casos hipotéticos para cada interés, a efecto de establecer las posibles consecuencias que se darían si la controversia se resuelve al elegir tal o cual interés. Aquí se establece una relación causal del tipo «si el conflicto se resuelve al elegir el interés α , entonces β ».

Sexta fase. En atención al examen de racionalidad y al planteamiento de casos hipotéticos, el agente resolutor elige el interés que prevalecerá y pondrá fin al conflicto.

Séptima fase. El agente resolutor debe justificar su decisión; para este efecto señalará: 1. Por qué el interés prevalente implica mayor beneficio/menor afectación para las partes, 2. Por qué el interés que no prevaleció implica menor beneficio/mayor afectación, y, si es el caso, 3. Por qué no elige ningún interés de las partes y opta por uno ajeno.

Octava fase. El agente resolutor prescribe el término a partir del cual las partes deberán ejecutar su determinación, así como también los mecanismos y, en su caso, sanciones que cobrarán vigencia si las partes deciden omitir, no acatar o incumplir con la resolución final. Estos mecanismos serán tan efectivos y plausibles en la medida en que lo permita el mundo en donde

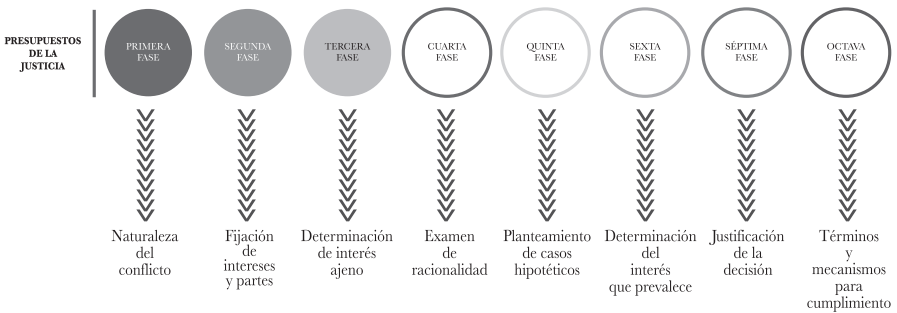
se suscite; inclusive, se podrá recurrir a una instancia o a un diverso agente que obligue a las partes a cumplir con la determinación o ejecute la sanción derivada por su incumplimiento.

El proceso de materialización de la justicia se reduce a ocho preguntas que el agente resolutor debe responder:

- 1a. ¿Qué tipo de conflicto es?
- 2a. ¿Cuáles son los intereses conflictuados y las partes involucradas?
- 3a. Además de los intereses conflictuados ¿existe un interés que se relacione con el conflicto?
- 4a. ¿Qué valor tiene cada interés?
- 5a. ¿Qué sucedería si prevalece el interés α , β , γ ...?
- 6a. ¿Qué interés prevalece para resolver el conflicto?
- 7a. ¿Cómo se justifica la decisión que resuelve el conflicto?
- 8a. ¿A partir de qué momento las partes deben cumplir la decisión, qué sanciones se establecen en caso de incumplimiento y quién se encarga de hacerla cumplir?

FIGURA 15

Proceso de materialización de la justicia



FUENTE: elaboración propia.

Por alguna razón idealizamos todo aquello que no podemos o no queremos comprender; anhelamos vivir en una sociedad perfectamente armónica, y así conceptualizamos a la justicia; por eso le imponemos cargas, que lejos de ponerla a nuestro alcance, la alejan hasta ser inalcanzable para el

ser humano, siendo que es el único que la necesita. La justicia no es sólo un símbolo, no es un ícono, no es un sueño, la justicia es una entidad, así como el derecho, creada por el hombre y para el hombre.

El proceso propuesto es una estructura para materializar a la justicia; por consecuencia, es susceptible de ser desarrollado de la manera que se estime conveniente en cada tipo de mundo, particularmente tratándose de mundos funcionales, en donde sea necesaria su aplicación, siempre y cuando se respeten las fases y los sujetos que lo componen. En cada ocasión en que sea aplicado podremos afirmar que, al menos en ese caso y para los involucrados, *se hizo justicia*. Por razón de método, los ejemplos de aplicación de este proceso serán materia del último apartado de la obra; antes, nos ocuparemos de los fundamentos de la definición de justicia conforme al enfoque positivo.

II. FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA POSITIVA

La justicia positiva se sustenta en cuatro fundamentos que la justifican desde cuatro dimensiones.

La primera dimensión es estrictamente teórica; se representa por la pregunta ¿la propuesta de justicia positiva es válida?, y su respuesta constituye el fundamento epistemológico. La segunda dimensión corresponde al ámbito práctico; aquí se recurrirá a un fundamento pragmático para resolver la cuestión ¿la justicia positiva es universalmente aplicable? La relación del ser humano con otros seres humanos es la tercera dimensión; fundamentaremos sociológicamente nuestra propuesta para responder a la interrogante ¿la justicia positiva es una consecuencia de la convivencia humana? La cuarta dimensión comprende al ser humano por sí mismo; esto es, todo aquello que nos individualiza y diferencia de otros seres humanos haciéndonos seres únicos, se recurrirá a un fundamento antropológico para dar una respuesta a la pregunta ¿la justicia positiva es compatible con la diversidad humana?

1. *Fundamento epistemológico*

Al distinguir entre «historia» y «teoría», Jesús Mosterín establece que la historia es la descripción de un «sistema», y la teoría es la descripción de una «estructura» de manera que la historia trata sobre todo tipo de asuntos —humanos o no humanos— y no es solamente temporal —en este caso, se

trata de una «crónica», que es un tipo de historia—. Define al sistema como una “parcela de la realidad” considerada desde determinado ángulo; es un conjunto bien delimitado de objetos, junto con ciertas propiedades, posiciones e interrelaciones bien definidas entre los mismos; por ejemplo, el sistema bancario internacional. Para definir a un sistema se debe indicar el conjunto o conjuntos de cosas que lo conforman y que constituirán su «dominio» o «universo», así como las relaciones, funciones, propiedades o posiciones de las entidades.¹⁶¹

En contraste, se define a la estructura como aquellos rasgos más o menos formales comunes a varios sistemas —«conceptores»— como la estructura del átomo de helio o la estructura alfabética; es algo que tienen en común varios sistemas; por eso se afirma que la estructura es abstracta. Las estructuras son susceptibles de caracterizarse en diversos sistemas por medio de la introducción de una extensión del lenguaje mediante el uso de conceptores que son “testaferros que de algún modo permite pensar a la vez en innumerables sistemas distintos, correspondientes a las historias de innumerables sistemas distintos, pero que, sin embargo, tienen algo en común: una estructura”.¹⁶²

La combinación de los conceptos del sistema da origen a proposiciones, mientras que la combinación de los conceptores de la estructura da origen a teoremas. Los sistemas aspiran a la elaboración de una teoría que contenga enunciados, ecuaciones, fórmulas y esquemas que permitan describir adecuadamente su funcionamiento, así como explicar su pasado y predecir su desarrollo futuro.¹⁶³ En este contexto, la propuesta de justicia positiva constituye tanto historia como teoría. La parte que comprende la recomposición de la justicia, los hechos justifican la definición propuesta, así como sus presupuestos, atributos y la definición en sí misma son historia, porque describen al sistema de la «justicia» considerada desde el enfoque positivo. ¿Por qué se afirma que la justicia es un sistema? Como ya se estableció, un sistema es una representación de un fragmento de realidad. En esta investigación la realidad o mundo corpóreo se ha dividido, entre otros, en mundos funcionales conforme a los criterios establecidos en el capítulo primero; así, la justicia se plantea como una entidad que constituye un mundo funcional —como el derecho—, por eso es un sistema. En seguida se expone su taxonomía:

¹⁶¹ Mosterín, Jesús, *Conceptos y teorías...*, cit., pp. 193 y ss.

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ *Idem.*

SISTEMA

«Justicia».

CRITERIO DE SISTEMATIZACIÓN

Enfoque positivo.

ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA

«Hechos de la justicia», «presupuestos de la justicia», «atributos de la justicia» y «definición de la justicia».

UNIVERSO DEL SISTEMA

Se constituye por el conjunto de entidades.

PROPIEDADES DE LAS ENTIDADES

Los «hechos de la justicia» tienen propiedades demostrativas porque evidencian la facticidad o positividad de la realidad; los «presupuestos de la justicia» tienen propiedades fundamentales porque son la justificación de la propuesta de justicia positiva; los «atributos de la justicia» tiene propiedades constitutivas porque la génesis de la justicia positiva se sustenta en ellos; finalmente, la «definición de la justicia» tiene propiedades definitorias porque identifica e individualiza a la justicia como entidad.

FUNCIONES DE LAS ENTIDADES

La función de los «hechos de la justicia» es delimitar y determinar qué situaciones fácticas fundamentarán la definición; los «presupuestos de la justicia» tienen la función de establecer las condiciones sin las cuales no puede existir justicia; la función de los «atributos de la justicia» es proporcionar el significado intensional; y, la «definición de la justicia» tiene precisamente esa función, definirla.

RELACIONES ENTRE LAS ENTIDADES

Existen cuatro tipos de relación entre las entidades: 1. Causal, la definición es consecuencia de los atributos, que a su vez son consecuencia de los presupuestos, que son consecuencia de los hechos; 2. Isomorfía, la definición es isomorfa con los atributos y los hechos son isomorfos con los presupuestos; 3. Condicional, la definición se condiciona a los atributos, éstos a los presupuestos y éstos a los hechos; y, 4. Codependencia, solamente entre la definición/atributos/presupuestos porque los hechos son autónomos con relación a ellos.

CONCEPTOS DEL SISTEMA

«Justicia» e «interés».

En contraste, la parte del apartado precedente que comprende el método empleado para definir a la justicia, el examen de racionalidad y el proceso para materializarla constituye teoría porque son estructuras susceptibles de ser caracterizadas en diversas historias sobre el sistema «justicia» descritas desde diversos enfoques como el económico, jurídico o político. En este sentido, tenemos:

ESTRUCTURAS DEL SISTEMA

Método para definir, método para llevar a cabo el examen de racionalidad y método para materializar.

CONCEPTORES

Son las fases del método de definición, las fases del examen de racionalidad, las fases del proceso de materialización de la justicia y las preguntas a las que éste se reduce.

2. *Fundamento pragmático*

Que la especie humana no es infalible; que sus verdades no son más que medias verdades, en la mayor parte de los casos; que la unidad de opinión no es deseable a menos que resulte de la más libre y más completa comparación de opiniones contrarias, y que la diversidad de opiniones no es un mal sino un bien, por lo menos mientras la humanidad no sea capaz de reconocer los diversos aspectos de la verdad, tales son los principios que se pueden aplicar a los modos de acción de los hombres, así como a sus opiniones. Puesto que es útil mientras dure la imperfección del género humano, que existan opiniones diferentes, del mismo modo será conveniente que haya diferentes maneras de vivir; que se abra campo al desarrollo de la diversidad de carácter, siempre que no suponga daño a los demás; y que cada uno pueda, cuando lo juzgue conveniente, hacer la prueba de los diferentes géneros de vida. En resumen, es deseable que, en los asuntos que no conciernen primariamente a los demás, sea afirmada la individualidad.¹⁶⁴

La justicia positiva no requiere que las partes compartan los mismos valores, ideales o principios; ni siquiera exige que estén de acuerdo en ellos; lo único que demanda es que, en una controversia, debe prevalecer el interés que importe el mayor beneficio/menor afectación para las partes. Al

¹⁶⁴ Mill, Stuart John, *Sobre la libertad*, s/l, s/e, Aguilar, s/f, p. 69, obtenido desde *t.ly/X13qw*, consultado el 16 enero de 2020.

sustentarse en la diversidad de pensamiento y al crear un universo que varía en cada caso en donde haya de ser aplicada, la justicia positiva es universalmente aplicable y compatible para todos los sistemas políticos, jurídicos, económicos, culturales, teológicos, morales y éticos.

La justicia positiva no determina un criterio o valor supremo que invariablemente deberá respetarse, la abstracción y neutralidad de la justicia positiva implica que calificativos como «valor supremo» o «principio de justicia» varíen en cada caso atendiendo a la delimitación de los intereses conflictuados.

La justicia positiva evita la problemática relacionada con los enfoques utilitaristas, distributivos, conmutativos, equitativos, multiculturales, comunitaristas o marxistas, porque al determinar que todo conflicto se resolverá atendiendo al interés que provea mayor beneficio/menor afectación posible a las partes, se evita establecer imperativos estáticos e inmutables para resolver sobre qué bienes se distribuirán entre la población, conforme a qué principios se realiza la distribución, qué criterios se utilizarán para determinar a las minorías, qué se debe hacer para equiparar el estado de las minorías con el de la mayoría, qué capacidades se deben desarrollar, etcétera. Lo único que interesa a la justicia positiva es el concepto de interés —que comprende cualquier postura, derecho, posición, determinación, consideración de una parte— y el criterio para seleccionar el interés que prevalezca —racionalización de la justicia—.

Actualmente los enfoques tradicionales de la justicia comparten el mismo problema: distinguen y, por lo tanto, separan. La recomposición de la sociedad requiere que la justicia se conceptualice como una entidad asequible, para todos y en todos los supuestos, respetando las particularidades que cada ser humano posea, su autodeterminación y libre albedrío, que se condicionan a no causar perjuicio o daño a los demás.

Alain Touraine sostiene que los seres humanos buscamos ser diferentes los unos de los otros; evitamos ser manipulados por las pretensiones de una sociedad de masas o autoritaria; por lo tanto, nuestro comportamiento individual y colectivo se organiza en torno a tres principios: 1) racionalidad instrumental, 2) afirmación de la identidad y pertenencia a una comunidad, y 3) subjetivación, que es el deseo de individuación, de manera que somos iguales entre nosotros sólo porque somos diferentes los unos de los otros. Estima que el principio de igualdad ya no se funda en nociones religiosas, racionales, sobre la realización del espíritu en la historia o sobre el interés general del cuerpo social, sino sobre el único derecho de cada individuo de “conjugarse libremente su propia participación en el universo instrumental

con el mantenimiento, la reintegración y la continua reconstrucción de su identidad personal y colectiva”.¹⁶⁵

3. *Fundamento sociológico*

Para Immanuel Kant es algo bastante obvio que a la naturaleza humana subyace un antagonismo entre los seres humanos, es decir,

...la insociable sociabilidad... su inclinación a vivir en sociedad sea inseparable de una hostilidad que amenaza constantemente con disolver esa sociedad. Sostiene que si bien es cierto que el ser humano tiende a socializar, también es cierto que tiene una fuerte inclinación a individualizarse o aislarse porque encuentra simultáneamente en sí mismo la insociable cualidad de doblegar todo a su mero capricho y, como se sabe propenso a oponerse a los demás, espera hallar esa misma resistencia por doquier.¹⁶⁶

Thomas Hobbes sostiene que todos los hombres somos iguales por naturaleza, de ahí que desconfiemos los unos de los otros, porque todos, al igual que nosotros, encaminamos nuestras acciones al logro de nuestros fines; en este contexto, nos enfrentamos, de ahí que la guerra deriva de la desconfianza. Determina que en la naturaleza del hombre existen tres causas principales de discordia: la competencia, la desconfianza y la gloria. La primera causa nos impulsa a atacarnos para lograr un beneficio, utiliza la violencia para atacar. La segunda causa nos impulsa a lograr seguridad; también utiliza a la violencia para defender. La tercera causa nos impulsa a ganar reputación, utiliza a la “fuerza por motivos insignificantes, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta, como cualquier otro signo de subestimación”. Fuera del estado civil siempre hay guerra de cada uno contra todos.¹⁶⁷

Existe una diferencia sustancial entre conceptualizarnos como lo que somos y como lo que queremos ser —o queremos que sean los demás—. Es un hecho que el ser humano tiende a generar conflictos, no porque su naturaleza sea malévola, belicosa o sumisa, sino porque los intereses que cada quien posee varían de uno a otro. No estamos predispuestos a generar algún daño o mal, pero tampoco estamos exentos de malicia: puede ser que

¹⁶⁵ Touraine, Alain, *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 61 y ss.

¹⁶⁶ Kant, Immanuel, *Ideas para una historia...*, cit. p. 20.

¹⁶⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 100 y ss.

en forma deliberada suscitemos controversia o que simplemente la controversia se dé causalmente. En cualquier caso, el hecho es que vivimos en sociedad, los conflictos son consecuencia de ello y es necesario resolverlos si pretendemos alcanzar alguna especie de orden, armonía o paz social sin importar su temporalidad.

4. *Fundamento antropológico*

La justicia positiva garantiza y protege la autodeterminación del hombre porque a pesar de implicar tanto la decisión de un conflicto por un agente extraño a la contienda, así como la imposición de una sanción en caso de incumplimiento para garantizar dicha decisión, de ninguna forma coarta la libertad que cada ser humano tiene de conducirse como mejor estime conveniente, siempre y cuando no cause daño o perjuicio a los demás.

Cuando John Stuart Mill diserta no sobre el libre albedrío —noción a la que nos referimos en el fundamento pragmático—, sino sobre la libertad civil o social, es decir, sobre “la naturaleza y límites del poder que puede ser ejercido legítimamente por la sociedad sobre el individuo”, establece que existe un límite indispensable para la acción legal de la opinión colectiva sobre la independencia individual, a efecto de lograr la buena marcha de las cosas humanas y la protección contra el despotismo político. Este límite descansa en la premisa de que nadie puede ser “obligado a actuar o abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo”; en todo caso éstas son buenas razones para discutir con él, convencerle o suplicarle, pero de ninguna forma para obligarle o causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Establece que la coacción se justifica necesariamente en el perjuicio que la conducta del ser humano ocasione a otro porque el ser humano es soberano “sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu”.¹⁶⁸

La justicia positiva no requiere de una legitimación interna ni de una aprobación ética o aceptación moral; únicamente exige que las partes cumplan con la determinación que pone fin al conflicto. El hecho de que suponga la determinación de supremacía del interés prevalente en un caso concreto, no por ello niega, impide o pretende que las partes adopten internamente dicha supremacía; pueden o no hacerlo, en uno u otro caso, es intrascendente.

¹⁶⁸ Mill, John Stuart, *op. cit.*

De nada sirve una propuesta si ésta no tiene aplicación en la realidad; es vacuo establecer una teoría perfectamente estructurada que satisfaga las características de coherencia y completitud si no es congruente con el mundo ni con la realidad; para evitar caer en este vacío cognitivo se establecieron los cuatro fundamentos de la justicia positiva; las interrogantes que motivaron a cada uno han sido contestadas: ¿la propuesta de justicia positiva es válida? Sí, porque se erige como historia y teoría. ¿La justicia positiva es universalmente aplicable? Sí, porque se sustenta en la individualidad y autodeterminación del ser humano, sin que ello implique negar que todos somos iguales, y que todo interés merece el mismo tratamiento. ¿La justicia positiva es una consecuencia de la convivencia humana? Sí, porque el hecho de vivir en sociedad conlleva la existencia de conflictos por el choque de intereses opuestos; en este tenor, es indispensable que se resuelvan justamente procurando el mayor beneficio/menos afectación posible a las partes. Finalmente, ¿la justicia positiva es compatible con la diversidad humana? Sí, porque no establece distinción alguna ni presupone que los seres humanos compartan los mismos ideales o formas de pensamiento.

En este sentido, la justicia positiva es válida, verdadera, útil y viable: válida, conforme al fundamento epistemológico; verdadera en atención al fundamento pragmático; útil, de conformidad con el fundamento sociológico, y viable, en términos del fundamento antropológico. Todos los fundamentos se reducen al abandono de la noción de la justicia como un ideal inalcanzable.

III. LA JUSTICIA Y EL DERECHO

Hasta aquí se ha sostenido la autonomía de la justicia y del derecho respecto de sí y con relación a otras entidades. ¿Esta autonomía deviene necesariamente en exclusión o contradicción?, ¿significa que al derecho no le interesa la justicia y que a la justicia poco le importa el derecho? Sobre el tema, Niklas Luhmann establece que la autonomía de los sistemas funcionales es manifestación de una renuncia a la multifuncionalidad, porque cada sistema confía en que los demás funcionen. Entiende por «autonomía» a la autorregulación del sistema, mas no a la independencia o aislamiento de los demás, porque uno de los caracteres típicos de los sistemas autorreferentes es que a pesar de ser cerrados son al mismo tiempo abiertos en la medida en que su reproducción sólo “puede tener lugar en un ambiente y gracias a la irritación y perturbación constantes que éste produce”.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

En el capítulo primero se fragmentó a la realidad para comprenderla mejor; se estableció una taxonomía para representar a la realidad conforme a la cual se han formado diversos sistemas y clasificaciones a lo largo de la investigación; sin embargo, no por ello se pretende incurrir en radicalismo para rechazar la inexorable influencia que existe entre los mundos propuestos, porque fragmentar la realidad no es sinónimo de crear diversas realidades; la realidad material, el mundo corpóreo y la raza humana son uno y sólo uno; lo que varía es el lente bajo el que se analizan y la forma en que se representan. Por esta razón, se determinó que la multiplicidad de los mundos impide su aislamiento; su existencia es simultánea y condicionada a sus características definitorias; para regular esta relación establecimos reglas de coexistencia sustentadas en los principios aristotélicos de oposición y contrariedad. En este sentido, negar la relación e influencia entre el derecho y la justicia es negar todo lo hasta aquí propuesto.

El derecho, para ser derecho, no necesita ser justo. El derecho, para ser obedecido, no requiere de aceptación. El derecho, para ser cumplido, no depende de la voluntad. El mundo del derecho no admite consideraciones axiológicas o éticas para cumplir con su función que es regular la conducta externa del hombre. El derecho es —y debe permanecer así— positivo e impositivo para garantizar su autonomía y efectividad.

Considerando que por estas mismas características el derecho ha servido a fines no humanitarios ocasionando, inclusive, genocidios y las más fatales atrocidades ¿acaso no es nuestro deber proveer al derecho de un ideal?, ¿humanizar al derecho? Pareciera reiterativo tener que humanizar algo que, por sí, debe considerarse humano. Ante lo imprevisible de nuestra conducta, ante lo fatídico que puede resultar la defensa de algún interés y ante nuestra aparente naturaleza autodestructiva, no podemos omitir introducir metaobjetivos del derecho, que en realidad son los mismos metaobjetivos de todo mundo funcional: contribuir para lograr bienestar general, paz, armonía y felicidad. Estos metaobjetivos son cualidades deseadas para todos los mundos funcionales y valores —axiológicos, no cuantitativos— compartidos por ellos; no son cualidades esenciales para su existencia.

Sobre este tema, Risieri Frondizi considera que “los valores —axiológicos— no existen por sí mismos, al menos en este mundo: necesitan de un depositario en que descansar”; por lo tanto, se aparecen como cualidades valorativas de esos depositarios, a diferencia de las cualidades esenciales que forman parte de la existencia del objeto, le confieren ser; el valor no confiere ni agrega ser porque el objeto existe con independencia de él.¹⁷⁰

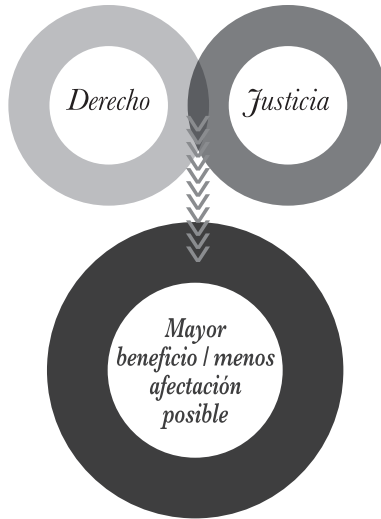
¹⁷⁰ Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 15 y ss.

La justicia, al resolver los conflictos, logra paz, al menos para las partes involucradas —sin importar el radio de alcance, logra paz—. ¿Cómo puede el mundo funcional del derecho lograr algún metaobjetivo? Por medio de la racionalidad, entendida en el mismo contexto que se han planteado en esta obra, es decir, como la forma de elegir, entre varias alternativas, la que represente mayor beneficio/menor afectación posible. En seguida volveré sobre este tema.

En el ámbito de la taxonomía formal, las clases que constituyen una clasificación se solapan si poseen elementos comunes; por ejemplo, la clasificación de los humanos por nacionalidad es solapante porque hay individuos con doble nacionalidad.¹⁷¹ En nuestra clasificación de los mundos por tres criterios —espacial, existencial o temporal— tenemos que el mundo funcional del derecho y el mundo funcional de la justicia constituyen clases solapantes. Además de haber sido creados por el ser humano y de compartir los mismos metaobjetivos, ¿qué elemento tienen en común? La racionalidad. El siguiente diagrama de Venn ilustra lo aquí referido.

FIGURA 16

Proceso cognitivo



FUENTE: elaboración propia.

¹⁷¹ Mosterín, Jesús, *Conceptos y teorías...*, cit., p. 76.

1. *Racionalización del derecho*

La justicia aplica la racionalidad como criterio para tasar los intereses enfrentados en un conflicto y elegir el que se traduzca en mayor beneficio/menor afectación para las partes. En cambio, la racionalidad aplicada en el mundo del derecho presupone confrontación entre proposiciones jurídicas o interpretaciones del lenguaje del derecho, en donde se elija las que se traduzcan en mayor beneficio/menor afectación para quienes se encuentran bajo el imperio de determinado sistema jurídico; esta elección puede ser al momento de su creación, formación, o cuando surja la necesidad de ser modificadas o reformuladas conforme a los procedimientos establecidos para ese efecto.

La racionalidad en la elección de las proposiciones jurídicas o de la interpretación del lenguaje del derecho se traduce en la necesidad de concederles valor, no un valor ético, sino racional, tal y como se determina el valor de los intereses conflictuados para poder materializar a la justicia. Este valor se determina por medio del examen de racionalidad explicado en apartados precedentes con las siguientes variantes:¹⁷²

- Cuando se aplique la racionalidad en el lenguaje del derecho, en lugar de «intereses» se aplicará sobre «proposiciones jurídicas» (que es el lenguaje del derecho —normas jurídicas, declaración de voluntad, resoluciones jurisdiccionales y jurisprudencia—) e «interpretación interna del lenguaje del derecho» (metalenguaje del derecho —jurisprudencia—). En esta variante, se excluye a los enunciados del derecho y a la interpretación externa del lenguaje del derecho, porque adolecen de obligatoriedad e imperio al ser formulaciones lingüísticas dentro de cualquier teoría jurídica.
- Cuando se aplique la racionalidad a la interpretación del lenguaje del derecho, en lugar de «intereses» se aplicará sobre «interpretaciones externas» (que es el lenguaje del derecho —normas jurídicas, declaración de voluntad, resoluciones jurisdiccionales y jurisprudencia—) e «interpretación interna del lenguaje del derecho» (metalenguaje del derecho —jurisprudencia—).
- La tercera variante se da en los parámetros antropológicos; aquí, en lugar de constituirse por todos aquellos datos relacionados con los sujetos que ostentan intereses en contrario, comprenderán a todos

¹⁷² Las «variantes» son la sustitución de los conceptores del examen de racionalidad por unos que se adapten a la descripción del sistema «jurídico» y no del sistema «de justicia».

aquellos relacionados con los sujetos o grupo de individuos a los que afectan, dirigen o regulan las proposiciones jurídicas o interpretaciones del lenguaje del derecho en conflicto.

El propósito de la racionalidad en el derecho es que su lenguaje se cree o modifique con la pretensión de lograr su legitimidad, porque no basta con imponer determinado sistema jurídico, suponer su obediencia, cumplimiento y sanción en caso de que se violente. La aspiración es que el derecho sea aceptado, acatado y cumplido voluntariamente, sin recurrir a la fuerza o haciendo un mínimo empleo de ella; y, en caso de que sea necesario utilizar la fuerza, que se acepte su utilización, pues de esta manera se podrá alcanzar, al menos uno, de los metaobjetivos de todo mundo funcional. Antes de desarrollar la estructura de materialización de la justicia en el derecho y de abordar temas relacionados con la legitimidad del derecho, debemos precisar qué es «legitimidad».

Jürgen Habermas propone un enfoque “reconstructivo” para definir a la legitimidad a partir de las nociones empíricas y normativas. Empíricamente, la legitimidad es la creencia y predisposición de acatar determinado orden por parte de quienes se encuentran sujetos a él —no por parte de los observadores—; esta motivación se debe a que los partícipes tienen “buenas razones” para así hacerlo, es el reconocimiento fáctico de la validez de determinado orden político, económico, jurídico o de cualquier otra naturaleza; en cambio, la legitimidad —normativa— es la justificación del orden, proporcionada por el propio orden. Habermas sostiene que es limitativo entender a la legitimación desde sólo uno de los dos enfoques analizados; por esta razón, reconstruye el concepto: equipara a la legitimidad con el interés general de manera que las pretensiones de validez de determinado orden dependen de: 1) un sistema de posibles justificaciones en donde cada justificación es una razón o argumento de legitimidad. Para poder calificar a un orden como “legítimo” se deberá hallar el sistema de justificación que permita valorar la validez o invalidez de dicho orden —enfoque normativo—, y 2) una evaluación al propio sistema de justificación —enfoque empírico—. ¹⁷³

En adelante, para los efectos de este trabajo de investigación, siempre que se haga referencia a la legitimidad, será entendida desde el enfoque empírico porque en los capítulos precedentes ya se abordaron, entre otros, los temas de la creación e interpretación del lenguaje del derecho, así como

¹⁷³ Habermas, Jürgen, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1992, pp. 265 y ss.

también se hizo referencia a sus fundamentos, por lo que —en términos de Habermas— constituyen la legitimación normativa o —siguiendo su reconstrucción del concepto— el “sistema de justificación que permite valorar su validez o invalidez”. Para este capítulo se reservó la temática relacionada con la aceptación de obediencia al sistema jurídico y el sometimiento de su imperio para que se sancione por su incumplimiento.

La razón de por qué queremos legitimidad en el derecho ha quedado precisada; se pretende que el derecho sea aceptado, acatado y cumplido voluntariamente, sin utilizar fuerza, o, en caso de ser necesaria, utilizarla al mínimo. La legitimación del derecho se logra por medio de su racionalización, de manera que si se logra, se cumplirá, al menos uno, de los metaobjetivos del derecho; por consecuencia, estaremos en aptitud de afirmar que se tiene un derecho justo. En resumen: racionalización para legitimidad, legitimidad para lograr un metaobjetivo (bienestar general, paz, armonía y felicidad) y lograr un metaobjetivo para tener un derecho justo.

En este punto es importante precisar que los metaobjetivos se logran en la medida en que así se estime por determinada agrupación humana; es decir, el bienestar general, la paz, la armonía y la felicidad jamás tendrán algún contenido definitorio absoluto, ya que la representación de cada metaobjetivo se condiciona a los estándares axiológicos y éticos que cada sociedad o la mayoría de sus integrantes determinan, son dados por la herencia cultural y han sido transmitidos de generación en generación. Este relativismo implica que cuando dos agrupaciones humanas sostienen nociones contradictorias de cada metaobjetivo, existe la posibilidad de un enfrentamiento si alguna tiene la pretensión de dominar o conquistar a la otra —para lograr cualquier fin—, vulnerando su soberanía, autodeterminación e independencia como Estado o nación; sin embargo, este no es un tema que ahora merezca nuestra atención; sólo nos interesa establecer que la legitimidad en el derecho posibilitará algún metaobjetivo (en todo caso, el conflicto por la confrontación de intereses relacionados con el contenido de la felicidad, paz, bienestar general o armonía es susceptible de resolverse con el proceso de materialización de la justicia que se ha propuesto, sería un ejercicio interesante desde la selección del agente resolutor hasta la determinación final y su justificación).

Escindidas y desgarradas así entre facticidad y validez la teoría de la política y la teoría del derecho se disgregaron hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede

servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante *vs.* observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual *vs.* descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.).¹⁷⁴

Compartimos el pensamiento de Habermas en el sentido de que no debemos perder el contacto con la realidad social —en cualquier contexto—. En relación con este trabajo de investigación, no se pretende incurrir en teorías normativistas, mucho menos en un positivismo radical o ideológico. La razón de abordar el tema de la justicia hasta el capítulo final no significa que aquél se sitúe en último lugar de alguna escala imaginaria de importancia, para cumplir con los objetivos metodológicos de esta obra se analizó primero el mundo del derecho habida cuenta de la defensa de su autonomía respecto de otros mundos funcionales, entre los que se incluye a la justicia. Quedando claro que el derecho es independiente, es momento de abordar todo lo relativo a controles y agentes exógenos que lo doten de legitimidad, porque si bien es cierto que no interesan al derecho, también es cierto que interesan al ser humano. Nuestro evolucionado cerebro nos permite fraccionar la realidad para comprenderla, realidad que, debido a nuestra complejidad, es también compleja, y por eso es imposible proponer alguna teoría estructuralmente válida, pero vacua, por excluir enteramente al factor humano. En los siguientes tres apartados se presentan aporías que impiden tener legitimidad en el derecho.

La primera aporía se relaciona con la legitimidad en la creación del lenguaje del derecho; su falta no impide ni afecta su validez; simplemente obstaculiza la aceptación del mismo, obligando a su imposición por medio de la fuerza. La segunda aporía tiene que ver con la legitimidad del derecho para que sea cumplido, su falta no impide ni afecta la obligatoriedad del sistema jurídico, porque, al estar dotado de coacción, obliga a su observancia. La tercera y última aporía trata sobre la legitimidad de la coacción; su falta no impide ni afecta esta potestad y atributo del sistema jurídico; no obstante, se desea obtener consenso sobre la utilización de la fuerza para hacer cumplir el lenguaje del derecho.

¹⁷⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 68.

2. Creación del derecho y legitimidad

Para Jürgen Habermas

...un orden jurídico no sólo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas; sino que el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás tiene que descansar en leyes que serán legítimas en la medida en que garanticen iguales libertades a todos, de suerte que “la libertad del arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de cada uno de los demás”.

Condición que ha de ser cumplida por el legislador, porque el proceso de producción de normas es el auténtico lugar de la integración social, razón por la que se exige a los legisladores que adopten la perspectiva de miembros de la comunidad para regular la vida en común.¹⁷⁵

El lenguaje del derecho se crea conforme a las cuatro reglas comprendidas en el capítulo tercero; estas reglas son de formación, transformación, validez y vigencia; conforme a ellas, las proposiciones jurídicas son válidas semántica y sintácticamente si, y sólo si: 1. Satisfacen las reglas de formación y transformación prescritas por el sistema, y 2. No son contradictorias con los demás enunciados del sistema. Su validez no depende ni se condiciona al posible daño o afectación que pudieran fácticamente ocasionar; además, atento a las características del sistema jurídico, son obligatorias hasta en tanto no sean expulsadas conforme a los procedimientos establecidos para ese efecto.

El derecho es creado para regular la conducta externa del ser humano ¿con qué fin? Hasta este momento nos hemos apartado de los fines del derecho porque no afectan su definición, lenguaje o interpretación. En el capítulo segundo se precisó que no era nuestro interés calificar el objetivo de regulación de la conducta en determinado sistema de derecho objetivo —sistema jurídico— porque conlleva aceptar la universalidad e inmutabilidad de los valores, lo que es irrelevante para los átomos del derecho; sin embargo, ahora, con la precisión de la relatividad en la representación de los metaobjetivos de todo mundo funcional, entre los que se incluye al derecho, podemos sostener que el fin del derecho es regular la conducta externa del ser humano a efecto de lograr bienestar general, paz, armonía y felicidad —como sea que se definan—.

Se espera, o desea, que el lenguaje del derecho sea creado conforme a los metaobjetivos, y que su contenido no cause daño o afectación a quienes

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 94.

están bajo su imperio; si se estima que estas condicionantes han quedado satisfechas, entonces se concederá legitimidad al derecho.

Finalmente, nos quedan las interrogantes ¿por qué el sistema jurídico incluye alguna proposición que pudiera causar o que cause daño a quienes están sometidos a él? Leyes de segregación racial en Estados Unidos, leyes antisemitas en la Alemania Nazi, leyes que no permitían votar a las mujeres; incluso, leyes que niegan a un ser humano el hecho de ser humano. ¿Por qué se han instaurado sistemas jurídicos completos que resultan notoriamente lesivos para la humanidad?, ¿para qué?, ¿con qué fin? Jamás sabremos las respuestas con certeza; podría sostener que este tipo de sistemas jurídicos y proposiciones se crean para servirse del derecho, para tener en él un medio de dominación, para convertirlo en instrumento de poder... las razones son tan infinitas como los móviles de la acción humana.

3. *Obediencia del derecho y legitimidad*

Para Max Weber, «orden» es la orientación de la acción social por medio de máximas; este orden es legítimo o «válido» si los seres humanos actúan conforme a los mandatos que éste prescribe porque sienten que deben hacerlo —modelos de conducta— o porque deben hacerlo —el orden así lo prescribe—; de lo contrario, su transgresión se traduce en perjuicios. En este sentido, los órdenes son «convenciones» —costumbre— si su validez está garantizada externamente por la probabilidad de que, dentro de un determinado círculo de hombres, una conducta discordante habrá de tropezar con una —relativa— reprobación general y prácticamente sensible; en cambio, un orden debe llamarse «derecho» si se garantiza externamente por la probabilidad de la coacción —física o psíquica— ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.¹⁷⁶

Considera que, además de la garantía externa de validez de los órdenes, se posiciona una garantía interna, consistente en normas morales impuestas a la conducta humana por una determinada creencia en valores, de manera que este tipo de validez se condiciona por la tradición —algo que siempre ha existido—, por una creencia afectiva o emotiva, por una creencia racional con arreglo a valores o en mérito de lo estatuido positivamente, es decir, en cuya legalidad se cree —y por eso se obedece— al suponer que: 1. Todo derecho es estatuido racionalmente con arreglo a fines, valores o ambos,

¹⁷⁶ Weber, Max., *op. cit.*, pp. 25 y ss.

2. Todo derecho, según su esencia, es un cosmos de reglas abstractas estatuidas intencionalmente, que estas reglas se aplican a casos concretos y que la administración del orden supone el cuidado racional de los intereses previstos por el orden, dentro del límite de las normas jurídicas y 3. Que el soberano legal típico, en tanto que ordena y manda, es imparcial, y sólo obedece al derecho —orden impersonal—. ¹⁷⁷

¿Por qué hemos de obedecer y cumplir con lo prescrito por el lenguaje del derecho? En primer lugar, como sostiene Weber, porque el derecho es coactivo. ¿Esta razón es suficiente? Como se indicará más adelante, la coacción también requiere de legitimación; por lo tanto, no basta por sí misma para legitimar la obediencia al derecho. Veamos.

Tal como se expuso en el apartado anterior, el lenguaje del derecho puede ser: 1. Creado conforme a fines positivos para lograr bienestar general, paz, armonía y felicidad, 2. Creado conforme a fines negativos para dominar, someter y obtener poder. En el primer caso, idealmente, las proposiciones jurídicas jamás implicarán daño o afectación a sus destinatarios; sin embargo, existe la posibilidad de que en forma no intencional, en algún momento, se cree alguna proposición que cause daño. En el segundo caso, las proposiciones jurídicas siempre causarán afectación, y no existe el deber de cumplirlas por la connotación negativa que de origen la afecta, no obstante la amenaza inminente de uso de coacción que, incluso, puede ser llevada al extremo de privar de la vida al disidente; tampoco existe el deber de cumplimiento por parte de las autoridades, ya que su actuación siempre será en perjuicio y con el ánimo de lesionar a los gobernados.

Regresemos al primer caso. Si existe la posibilidad de que las proposiciones jurídicas se traduzcan en daño a la persona o a sus bienes o a todo aquello que con ella se relacione, ¿debemos o no debemos cumplirlas? Si no cumplimos, seremos sancionados. En cambio, si cumplimos, nos estaremos causando perjuicio a nosotros mismos. Incluso, si alguien más la cumple por nosotros, aun así, existe el perjuicio. Aquí se presenta una complicación derivada de la falta de ánimo de causar un mal intencionado a los destinatarios del derecho: si la proposición deriva de un procedimiento jurisdiccional en donde hay una parte ganadora y una parte vencida, será dañina sólo para el vencido, quien debe siempre acatarla, porque es resultado de un procedimiento previamente desahogado en donde tuvo oportunidad de defenderse. De igual forma, si la proposición jurídica es una norma, deberá también ser cumplida a pesar de que se cause daño hasta que sea expulsada del sistema por medio de los procedimientos estableci-

¹⁷⁷ *Idem.*

dos para ese efecto, en cuyo caso el afectado tiene siempre la posibilidad de actuar para instar dichos procedimientos.

La desobediencia al derecho sólo se justifica en el segundo caso; esto es, cuando el sistema jurídico es creado conforme a fines negativos; aquí el derecho únicamente es legitimado por la facción que impone el sistema jurídico; jamás será legitimado por los destinatarios, porque es creado con la intención de dañarlos. En cambio, el derecho deberá ser siempre cumplido, y posee legitimación general cuando el sistema jurídico se crea conforme a fines positivos, se debe asumir la afectación porque no es intencional; además, la no obediencia derivaría, tarde o temprano, en un estado de hecho, con el riesgo de caos y alteración del orden.

De lo anterior se sigue que la legitimación del derecho varía y se condiciona al tipo de sistema jurídico:

1. En un sistema jurídico creado conforme a fines negativos, el derecho se obedece y se cumple por temor a la utilización de amenazas o violencia de cualquier tipo; quienes imponen este sistema lo legitiman por convencimiento, voluntad o conveniencia; los afectados jamás lo legitimarán, y, en caso de así hacerlo, será una legitimación por temor, imposición o sometimiento.
2. En un sistema jurídico creado conforme a fines positivos, el derecho se obedece y se cumple porque así se considera correcto, porque estamos convencidos, porque tememos a las sanciones, porque pensamos que nos conviene, porque somos vencidos en una contienda jurisdiccional, o simplemente porque queremos, en todos estos casos la legitimación por voluntad.

Emmanuel Levinas se pregunta cómo es posible ordenar si ordenar es actuar sobre una voluntad, y si actuar sobre una voluntad implica “actuar sobre una realidad independiente, sobre algo que no sólo ofrece una gran resistencia, sino una resistencia absoluta”. Sostiene que la heteronomía de un mandamiento es realmente una autonomía porque la libertad de mandar no es una fuerza ciega, sino un pensamiento razonable; por lo tanto, la voluntad obedece porque se encuentra a sí misma en la orden, “la exterioridad del mandamiento no es sino una interioridad. Si la orden es contraria a la razón, ésta se enfrentará a la resistencia absoluta de la razón... La libertad, como obediencia a la ley, tiende ciertamente a la universalidad de la máxima, pero también a la incorruptibilidad de la existencia exterior de la ley”.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Levinas, Emmanuel, *La huella del otro*, México, Taurus, 2001, pp. 77 y ss.

4. *Aplicación del derecho y legitimidad*

El derecho pretende su aplicación; esto es, que los destinatarios cumplan con lo prescrito por su lenguaje. Requiere de un medio para sancionar en caso de incumplimiento; este medio es la coacción, aquí entendida como el uso de la fuerza por parte de quien determine el propio sistema para hacer cumplir al derecho. La coacción no se reduce al dominio del derecho penal, sino que es una coacción general que cobra vigencia en cualquier ámbito del derecho siempre que se infrinja.

Si el cumplimiento de las proposiciones jurídicas me causara daño inminente, ¿por qué me han de sancionar si la omito?, ¿por qué debo aceptar o, en todo caso, acatar tal sanción? Regresemos a nuestros dos tipos de sistemas jurídicos: en el sistema creado conforme a fines negativos, la coacción adolece de legitimidad por parte de los afectados, únicamente se legitima por los beneficiarios y simpatizantes del sistema. En cambio, en el sistema creado conforme a fines positivos, la coacción se legitima en razón de su necesidad porque es imprescindible para lograr mantener un estado fáctico más —que menos— estable y ordenado; si bien es cierto que la coacción no se desea, también es cierto que es vital recurrir a la fuerza para lograr la efectiva aplicación del derecho, para obligar a su cumplimiento; de lo contrario, no sería más que un orden de papel considerando que la desobediencia puede ser deliberada, es decir, no cumplo el derecho porque no quiero hacerlo.

Hasta aquí hemos expuesto las aporías relacionadas con la legitimidad en el derecho, ¿cómo resolverlas?, ¿cómo resolver la falta de legitimidad en el derecho? Planteado en distinta forma ¿cómo lograr legitimidad en el derecho? Hemos conceptualizado y descrito a la legitimidad sin exponer cómo materializarla. También se ha establecido que la racionalidad en el derecho es la forma de lograr justicia en él, y tampoco se ha expuesto cómo. La resolución de las aporías mediante la racionalización del derecho y el desarrollo de la estructura para materializar a la justicia en el derecho son los últimos temas que abordaremos en el presente trabajo.

IV. JUSTICIA EN EL DERECHO

Hasta aquí hemos conceptualizado a la justicia en dos formas, explícitamente cuando se propuso el enfoque de justicia positiva, e implícitamente cuando tratamos los temas de legitimidad en el derecho como un medio para lograr

algún metaobjetivo en el mundo del derecho; por consecuencia, para tener un «derecho justo». Aunque ambas conceptualizaciones se refieren a la «justicia», sólo la primera la define; la segunda es más bien una percepción sobre ella; no por eso la percepción es irrelevante, como ya se dijo, sino que es deseable que los destinatarios del derecho consideren que es justo porque lo acatarán voluntariamente.

En ambas conceptualizaciones la racionalidad desempeña un papel esencial: en la justicia positiva la racionalidad es una fase del proceso para materializarla; en la percepción sobre la justicia, la racionalidad es uno, entre otros, medios para obtener legitimidad. Tenemos que la racionalización en el derecho es un medio para lograr legitimidad, la legitimidad en el derecho logra justicia —como percepción—, y la racionalización en el derecho logra justicia —positiva—.

La racionalidad en el derecho es 1) la forma para tener un derecho justo; 2) es el medio para lograr una percepción de «derecho justo» y, por consecuencia, 3) es una manera para tener legitimidad en el derecho. A continuación, se desarrollará el proceso para materializar a la justicia no solamente en su interpretación, sino también en su creación, modificación y aplicación. Se debe precisar que el proceso para materializar a la justicia es exógeno y paralelo a los procedimientos del derecho; en nada afecta la validez de las proposiciones jurídicas; el momento de aplicación dependerá de cada caso: si se trata para la creación del lenguaje del derecho y aplicación de sanciones, será antes; en cambio, si es para modificarlo o interpretarlo, será después, subsecuente a los procesos del derecho.

1. *Creación del derecho y justicia*

El proceso para materializar a la justicia en la creación del derecho tiene dos variantes: primera, para la creación originaria; esto es, para el primer orden jurídico impuesto en determinado lugar, por practicidad se denominará «variante originaria»; y, segunda, para la creación derivada, es decir, para las proposiciones jurídicas subsecuentes, denominaremos a esta «variante derivada». Sólo nos ocuparemos de los sistemas jurídicos positivos. Por razón de método se desarrollará en primer lugar la variante originaria.

VARIANTE ORIGINARIA

Partes en conflicto

Son las posibles proposiciones de entre las cuales se elegirán aquellas que formen el sistema jurídico. En este caso no podemos referirnos a las proposiciones como «jurídicas» porque aún no existe el procedimiento establecido por el sistema para formarlas toda vez que no existe sistema, por eso son proposiciones formuladas en lenguaje de primer grado, con aspiración a constituir lenguaje de segundo grado.

Agente resolutor

Es el órgano colegiado o individuo legitimado para decidir qué proposiciones se traducen en mayor beneficio/menor afectación de los gobernados. La posible corrupción o parcialidad del agente resolutor es un factor de riesgo que se debe asumir, en este caso, quedará evidenciada cuando éste emita su decisión y se procederá a sustituirlo, a dejar sin efecto todo lo actuado y a iniciar de nueva cuenta con el proceso.

Legitimidad del agente resolutor

Deriva del pacto, expreso o tácito, suscrito entre el conjunto de seres humanos establecido en determinado lugar, para designar al agente resolutor.

Desarrollo del proceso

Se sigue con estricto apego a las ocho fases establecidas en la estructura general de materialización de la justicia, con las siguientes variantes:

Primera fase. El agente resolutor determina la naturaleza del conflicto, es decir, que se trata de la elección de las primeras proposiciones que integrarán el primer orden jurídico en determinado lugar.

Segunda fase. El agente resolutor fija las proposiciones en conflicto, son todas aquellas propuestas o postulaciones que se tienen para formar el primer sistema jurídico que regulará la conducta de todos aquellos que estarán bajo su imperio.

Tercera fase. Conforme al análisis de la naturaleza del conflicto y proposiciones en pugna, el agente resolutor establece si existe o no alguna proposición omitida que guarde relación y pueda ser susceptible de incluirse entre las propuestas, siempre y cuando sean benéficas y no perjudiciales para los gobernados.

Cuarta fase. El agente resolutor lleva a cabo el examen de racionalidad para asignar valor a las proposiciones.

Quinta fase. El agente resolutor crea conjuntos de proposiciones para plantear casos hipotéticos a efecto de establecer las posibles consecuencias que se darían si se eligiese un conjunto u otro. Aquí se establece una relación causal

del tipo: «si el conflicto se resuelve al elegir el conjunto de proposiciones α , entonces β ».

Sexta fase. En atención al examen de racionalidad y al planteamiento de casos hipotéticos, el agente resolutor elige el conjunto de proposiciones que prevalecerán y pondrán fin al conflicto, erigiéndose como el primer sistema jurídico.

Séptima fase. El agente resolutor debe justificar su decisión, para este efecto señalará: 1. Por qué el conjunto de proposiciones prevalentes implica mayor beneficio/menor afectación a los gobernados, y 2. Por qué el conjunto de proposiciones que no prevaleció implica menor beneficio/mayor afectación. Aquí se suprime la tercera posibilidad del proceso estructural porque la propuesta de proposiciones jurídicas es abierta desde un inicio.

Octava fase. El agente resolutor prescribe el término a partir del que cobra vigencia el sistema jurídico creado, así como también los mecanismos y, en su caso, sanciones que serán aplicables si no se acata.

A continuación, se muestra un ejemplo hipotético del proceso de materialización de justicia en la variante originaria de la creación del derecho. Las fases se representarán por las preguntas a las que se reducen; por practicidad, se limitará a diez el universo de proposiciones de entre las que se tendrán que elegir aquellas que integren el nuevo sistema jurídico.

PLANTEAMIENTO DEL CASO

Un grupo de exiliados encuentra un lugar no habitado ni conquistado por alguna nación, es su deseo e intención de establecerse en ese lugar para formar un nuevo Estado. Para ese efecto están de acuerdo en crear su propio sistema jurídico, para lo cual convienen la creación de su primera Constitución, y deben determinar su contenido.

Partes en conflicto

- 1a. Todos son iguales ante la ley.
- 2a. Se prohíbe a los varones ejercer el derecho de voto.
- 3a. Es obligación de todos pagar tributo a la nación y contribuir al gasto público.
- 4a. Se prohíbe a las mujeres manifestar sus ideas.
- 5a. Todos tienen derecho a la educación.
- 6a. Se prohíbe la esclavitud.
- 7a. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales.
- 8a. El pueblo es titular original de la soberanía nacional, todo poder público dimana de él y se instituye a favor de él.

- 9a. Es voluntad del pueblo dividir al poder, para su ejercicio, en ejecutivo, legislativo y judicial.
- 10a. Este orden jurídico y, toda proposición que de él derive, son ley suprema.

Agente resolutor

Poder constituyente —órgano colegiado—.

Legitimidad del agente resolutor

El conjunto de seres humanos establecidos con la pretensión de regular su conducta mediante el derecho, reconocen al poder constituyente la facultad de otorgar la primera Constitución.

Desarrollo del proceso

Primera fase: ¿qué tipo de conflicto es? Se debe elegir el conjunto de proposiciones que integrarán la primera Constitución de la agrupación humana “ α ”.

Segunda fase: ¿cuáles son las proposiciones conflictuadas y las partes involucradas? Son las proposiciones 1a. a 10a. precisadas con antelación para regular la conducta de la agrupación humana “ α ”.

Tercera fase: además de las proposiciones conflictuadas ¿existe alguna que se relacione con el conflicto? No, todas las posibles proposiciones han sido planteadas.

Cuarta fase: ¿qué valor tiene cada proposición? Examen de racionalidad de las proposiciones conforme al análisis de parámetros epistemológicos, antropológicos, físicos e históricos para determinar el grado de beneficio/afectación que cada una causará:

Fase de análisis

Parámetros epistemológicos: no existen, por tratarse de la variante originaria.

Parámetros antropológicos: la agrupación humana “ α ” se reúne para que su convivencia sea pacífica; todos sus integrantes están de acuerdo en que son seres humanos; por lo tanto, la única diferencia que existe entre hombres y mujeres es en razón de su género; no existe razón para que no tengan los mismos derechos y obligaciones; asimismo, están de acuerdo en crear una figura ficticia dotada de soberanía, imperio y coacción para que los gobierne.

Parámetros físicos: la agrupación humana “ α ” se estableció en la región β del mundo, en el año dos mil veinte.

Parámetros históricos: la agrupación humana “ α ” es un grupo de exiliados del país y que encontró un lugar en el mundo para establecerse; este lugar no había sido conquistado por ningún otro país.

Fase de valorización

La escala gradual que nos permita establecer un valor a cada proposición se determina de la siguiente forma: causará «mayor beneficio» si la proposición es compatible con las razones que tiene la agrupación humana “ α ” para crear sistema jurídico que los regule; en cambio, causará «mayor afectación», si no es compatible; esta escala incluye todo tipo de valor intermedio que oscile entre sus extremos, tales como «menor afectación», «menor beneficio pero sin afectación», «beneficio liso y llano», «afectación lisa y llana», etcétera, en este sentido, se indica:

A la 1a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 2a. proposición se le asigna el valor: mayor afectación.

A la 3a. proposición se le asigna el valor: menor afectación.

A la 4a. proposición se le asigna el valor: mayor afectación.

A la 5a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 6a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 7a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 8a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 9a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 10a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

Quinta fase: ¿qué sucedería si prevalece el conjunto de intereses γ o δ ...? El primer conjunto propuesto se integra por las proposiciones 1a., 2a., 4a., 6a., 7a., 9a. y 8a.; si el conflicto se resuelve al elegir este conjunto entonces se prescribirá que todos son iguales ante la ley; sin embargo, se prohibirá que los varones voten y que las mujeres manifiesten sus ideas; es contradictorio; debe observarse que se incluye la prohibición de esclavitud.

El segundo conjunto propuesto se integra por las proposiciones 1a., 3a., 5a., 6a., 7a., 8a., 9a. y 10a.; si el conflicto se resuelve al elegir este conjunto, entonces no existe contradicción alguna, las proposiciones corresponden a las razones de la agrupación humana no obstante que se prescriba la tributación porque es necesaria para que el Estado subsista.

Sexta fase: ¿qué conjunto de proposiciones prevalece para resolver el conflicto?

Prevalece el segundo conjunto; será la primera Constitución de la agrupación humana “ α ”.

Séptima fase: ¿cómo se justifica la decisión que resuelve el conflicto? En primer lugar, el conjunto de proposiciones elegido implica el mayor beneficio/menor afectación posible a la agrupación humana “ α ” porque, de acuerdo con el examen de racionalidad, no es contradictorio con las razones que tuvo dicha agrupación para decidir otorgarse una Constitución; en contraste, el conjunto de proposiciones que no prevaleció, si bien es cierto que contiene algunas proposiciones que son congruentes con las razones de la agrupación, también es cierto que contiene dos proposiciones totalmente contradictorias,

porque comparten la noción de igualdad entre hombres y mujeres; por lo tanto, no existe razón para establecer una diferencia en los derechos que a cada uno le corresponden, máxime si son derechos que no requieren de una distinción biológica en razón de género.

Octava fase: ¿a partir de qué momento se debe cumplir la decisión, qué sanciones se establecen en caso de incumplimiento y quién se encarga de hacerla cumplir?

Primero, la decisión es de cumplimiento inmediato, es decir, la Constitución cobra vigencia a partir de que se publique en el diario que la agrupación ya determinó como «oficial»; segundo, de conformidad con las proposiciones 7a. y 10a., las sanciones en caso de incumplimiento van desde el apercibimiento y amonestación, hasta pena privativa de libertad o expulsión del Estado, previo juicio seguido en contra del disidente; y, tercero, de conformidad con las proposiciones 8a. y 9a. los poderes Ejecutivo —imposición de sanción— y Judicial —desahogo del juicio—.

¿Se puede concluir que la agrupación humana “α” tiene una Constitución justa?, ¿es legítima?, ¿es percibido como «justa» por los integrantes de la agrupación? Si, de acuerdo con el enfoque de justicia positiva, porque las proposiciones elegidas representan mayor beneficio/menor afectación a dicha agrupación. Asimismo, por haber sido elegidas conforme a sus condiciones y razones para agruparse, son legítimas.

Ahora, nos ocuparemos del proceso de materialización de la justicia en la variante derivada de la creación del derecho:

VARIANTE DERIVADA

Partes en conflicto

Una parte es representada por las proposiciones jurídicas existentes en el sistema jurídico; la otra parte se constituye por la proposición o proposiciones que se quieren integrar a él.

Agente resolutor

Al tratarse de un sistema jurídico previamente establecido, el agente resolutor es quien así lo determine el sistema.

Legitimidad del agente resolutor

Deriva del sistema jurídico.

Desarrollo del proceso

Se sigue con estricto apego a las ocho fases establecidas en la estructura general de materialización de la justicia, con las siguientes variantes:

Primera fase. El agente resolutor determina la naturaleza del conflicto, es decir, se pretende integrar una nueva proposición al sistema jurídico.

Segunda fase. El agente resolutor fija las proposiciones en conflicto (partes).

Tercera fase. Conforme al análisis de la naturaleza del conflicto y proposiciones en pugna, el agente resolutor establece si existe o no alguna proposición que guarde relación y pueda ser susceptible de incluirse entre las propuestas, siempre y cuando sea benéfica y no perjudicial para los gobernados.

Cuarta fase. El agente resolutor lleva a cabo el examen de racionalidad para asignar valor a las proposiciones.

Quinta fase. El agente resolutor plantea casos hipotéticos para cada proposición a efecto de establecer las posibles consecuencias que se darían si se eligiese como integrante del sistema; aquí se establece una relación causal del tipo: «si se decide integrar al sistema la proposición α , entonces β ».

Sexta fase. Con atención al examen de racionalidad y al planteamiento de casos hipotéticos, el agente resolutor determina qué proposición se integrará al sistema, poniendo fin al conflicto.

Séptima fase. El agente resolutor debe justificar su decisión; para este efecto señalará: 1. Por qué la proposición prevalente implica mayor beneficio/menor afectación a los gobernados; 2. Por qué la proposición que no prevaleció implica menor beneficio/mayor afectación; y, si es el caso, 3. Por qué eligió otra proposición distinta a las planteadas.

Octava fase. El agente resolutor prescribe el término a partir del cual cobra vigencia la nueva proposición, así como también los mecanismos y, en su caso, sanciones que serán aplicables si no se acata.

Enseguida se muestra un ejemplo hipotético de materialización de justicia en la creación derivada del lenguaje del derecho:

PLANTEAMIENTO DEL CASO

Se desea adicionar al sistema jurídico “ α ” una norma jurídica que imponga como sanción la privación de ejercer el derecho de voto a todos aquellos que hayan sido condenados por un delito que merezca privación de la libertad.

Partes en conflicto

- 1a. “Artículo 1o. Todos son iguales ante la ley”.
- 2a. Proposición que dispone: “Se prohíbe a los varones ejercer el derecho de voto cuando sean sancionados por un delito que sea sancionado con privación de la libertad”.
- 3a. Proposición que dispone: “Se prohíbe ejercer el derecho de voto a todo aquel que sea sancionado con pena que lo prive de su libertad”.

Agente resolutor

Poder Legislativo.

Legitimidad del agente resolutor

El sistema jurídico le concede esta facultad.

Desarrollo del proceso

Primera fase: ¿qué tipo de conflicto es? Se debe elegir la proposición que se integrará al sistema jurídico “ α ”.

Segunda fase: ¿cuáles son las proposiciones conflictuadas y las partes involucradas? Se han precisado con antelación.

Tercera fase: además de las proposiciones conflictuadas ¿existe alguna que se relacione con el conflicto? No, todas las posibles proposiciones han sido planteadas.

Cuarta fase: ¿qué valor tiene cada proposición? Examen de racionalidad de las proposiciones conforme al análisis de parámetros epistemológicos, antropológicos, físicos e históricos para determinar el grado de beneficio/afectación que cada una causará:

Fase de análisis

Parámetros epistemológicos: al sistema jurídico “ α ” contiene una proposición que dispone: “Artículo 30. El Poder Legislativo está impedido para estatuir como derecho cualquier disposición que devenga contraria a las proposiciones jurídicas previamente establecidas”.

Parámetros antropológicos: el sistema jurídico “ α ” afecta tanto a hombres como a mujeres.

Parámetros físicos: país “ α ”, año dos mil veinte.

Parámetros históricos: desde el año dos mil diez, hasta el año dos mil veinte, aumentó en un cincuenta por ciento el índice de delincuencia en el país “ α ”, considerando que en la década anterior el aumento de la delincuencia fue de un quince por ciento; algunos expertos sobre el tema consideran que se debe a la falta de sanciones efectivas que incidan en la mente del delincuente para evitar delinquir; entre las sanciones establecidas no se incluye la privación del ejercicio de derecho a votar, que es sumamente importante para los gobernados; existe la tendencia de considerar que los hombres delinquen con mayor frecuencia y reincidencia que las mujeres; sin embargo, adolece de sustento teórico y demostración; actualmente no se ha comprobado que las mujeres delincan menos que los hombres.

Fase de valorización

La escala gradual que nos permita establecer un valor a cada proposición se determina de la siguiente forma: causará «mayor beneficio» si las proposiciones 2a. y 3a. no son contradictorias con la proposición 1a.; en cambio, causará «mayor afectación», si son contradictorias; esta escala incluye todo tipo de valor intermedio que oscile entre sus extremos, tales como «menor

afectación», «menor beneficio pero sin afectación», «beneficio liso y llano», «afectación lisa y llana», etcétera; en este sentido, se indica:

A la 2a. proposición se le asigna el valor: mayor afectación.

A la 3a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

Quinta fase: ¿qué sucedería si prevalece la proposición γ o δ ...? Si prevalece la 2a. proposición; es decir, si es la que se elige para que se integre al sistema jurídico “ α ”, entonces se generaría contradicción con la 1a. proposición porque no se puede establecer una norma jurídica que únicamente sancione a los varones cuando éstos cometan delitos que ameriten privación de la libertad toda vez que las mujeres pueden también delinquir y, en efecto, lo hacen, amén de que el sistema jurídico prescribe la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres; en este sentido, no existe una razón que justifique el establecimiento de una distinción con base en el género; tanto el hombre como la mujer delinquen, por lo tanto, la sanción se aplica a ambos; además, de acuerdo a las características del orden jurídico, debe existir congruencia entre sus proposiciones.

Si prevalece la 3a. proposición, se integraría al sistema jurídico una norma que es congruente y coherente con las demás; norma jurídica que, si bien es cierto implica privar de un derecho, también es cierto que esta privación se establece por igual a hombres y mujeres que sean sancionados por un delito que amerite privación de la libertad.

Sexta fase: ¿qué proposición prevalece para resolver el conflicto? Prevalece la 3a. proposición; será la que se integre al sistema jurídico “ α ”.

Séptima fase: ¿cómo se justifica la decisión que resuelve el conflicto? La proposición jurídica prevalente se traduce en mayor beneficio/menor afectación posible, porque no es contradictoria con el sistema jurídico “ α ”; se estima que la privación del derecho de votar a quienes sean sancionados por un delito que merezca privación de la libertad contribuya a la disminución del índice de criminalidad porque los gobernados consideran grave la pérdida de este derecho; por lo tanto, evitarán delinquir con tal de seguir votando en las elecciones; ahora bien, la proposición jurídica que no prevaleció causa mayor afectación no sólo porque establece una diferencia injustificada con base en el género, sino porque implica incluir una proposición evidentemente contradictoria al sistema jurídico, por lo que se deberán incoar los procedimientos determinados para expulsarla, lo cual adolece de sentido y razón práctica: admitir una proposición que después será expulsada, sin omitir la inversión de recursos temporales y económicos para poder llevar a cabo la expulsión, esto se evitará si desde el inicio se rechaza incluirla en el sistema.

Octava fase: ¿a partir de qué momento se debe cumplir la decisión, qué sanciones se establecen en caso de incumplimiento y quién se encarga de hacerla cumplir? De conformidad con el sistema jurídico, la decisión cobra vigencia a partir de que es publicada en el *Diario Oficial*; las sanciones que se establecen

en caso de incumplimiento son para el operador jurídico; es decir, para quien condene a los delincuentes; si no los condena a la pérdida de ejercer su derecho a votar, entonces será destituido del cargo que desempeña e inhabilitado por siempre para volver a ejercer un cargo público; se establecerá un órgano de revisión de todas las condenas con competencia para sancionar a los jueces que no impongan esta sanción.

Los ejemplos que se han propuesto son simples, pero ello no implica que el desarrollo del método para materializar a la justicia en la creación del derecho falle en casos de mayor complicación. El método propuesto es viable para aplicarse en casos controversiales, trascendentes o de relevancia nacional, como la despenalización de drogas, a efecto de permitir no sólo su consumo, sino también su libre comercialización. Otro caso en donde puede aplicarse es para decidir si se incluye alguna norma jurídica que imponga cuotas de género en las cámaras de Diputados o de Senadores; en casos como éstos la complejidad del método radica en la inclusión de más variables, es decir, de más información para considerar en cada fase. Ambos ejemplos son de normas jurídicas; sin embargo, el método puede ser aplicado por igual para los casos de jurisprudencia, declaración de voluntad o resoluciones jurisdiccionales.

2. *Modificación del derecho y justicia*

En este apartado nos ocuparemos de desarrollar el proceso de materialización de la justicia en la modificación del lenguaje del derecho por eso se presupone que se ha incoado el procedimiento conducente para tal modificación conforme prescribe el sistema jurídico. En este caso ya existe la proposición jurídica, pero existe la presunción de incompatibilidad con el sistema, el resultado del proceso determinará si se expulsa del sistema, si se conserva sin modificación alguna o si se conserva, pero se modifica, dependiendo del resultado del examen de racionalidad.

Partes en conflicto

Una parte es representada por las proposiciones jurídicas existentes en el sistema jurídico. La otra parte se constituye por la proposición o proposiciones jurídicas incongruentes con el sistema, que serán expulsadas o modificadas.

Agente resolutor

Al tratarse de un sistema jurídico previamente establecido, el agente resolutor es quien así lo determine el sistema.

Legitimidad del agente resolutor Deriva del sistema jurídico.

Desarrollo del proceso

Se sigue con estricto apego a las ocho fases establecidas en la estructura general de materialización de la justicia, con las siguientes variantes:

Primera fase. El agente resolutor determina la naturaleza del conflicto; es decir, se pretende expulsar o modificar una proposición jurídica preexistente por ser contradictoria con el sistema jurídico.

Segunda fase. El agente resolutor fija las proposiciones jurídicas en conflicto (partes).

Tercera fase. Conforme al análisis de la naturaleza del conflicto y las proposiciones jurídicas en pugna, el agente resolutor establece si existe o no alguna proposición que guarde relación y pueda ser también susceptible de modificarse o expulsarse del sistema.

Cuarta fase. El agente resolutor lleva a cabo el examen de racionalidad para asignar valor a las proposiciones jurídicas.

Quinta fase. El agente resolutor plantea casos hipotéticos para cada proposición a efecto de establecer las posibles consecuencias que se darían si se expulsa, se conserva o se modifica; en caso de elegir la modificación, se establecerán proposiciones con distintas propuestas de transformación y se crearán casos hipotéticos para cada una, a efecto de establecer las posibles consecuencias que se darían si se elige una opción u otra; la relación causal a establecer es del tipo: «si se decide expulsar/conservar/modificar del sistema la proposición α , entonces β », y en caso de que se elija modificar la proposición jurídica, entonces la relación causal será «si se elige la modificación α , entonces β ».

Sexta fase. En atención al examen de racionalidad y al planteamiento de casos hipotéticos, el agente resolutor determina si la proposición se expulsa del sistema, se conserva sin modificación o se modifica, poniendo fin al conflicto.

Séptima fase. El agente resolutor debe justificar su decisión; para este efecto señalará: 1. Por qué la decisión de expulsar/conservar/modificar implica mayor beneficio/menor afectación a los gobernados; 2. —Sólo en caso de que elija modificación— por qué la proposición que prevalece para modificar implica mayor beneficio/menor afectación a los gobernados; 3. —Sólo en caso de que elija modificación— por qué la proposición que no prevaleció implica menor beneficio/mayor afectación, y si es el caso, 4. —Sólo en caso de que elija modificación— por qué eligió otra proposición distinta a las planteadas.

Octava fase. El agente resolutor prescribe el término a partir del cual cobra vigencia la decisión de expulsar/conservar/modificar la proposición jurídica, así como también los mecanismos y, en su caso, sanciones que serán aplicables si no se acata.

En seguida se aplica el proceso de materialización de justicia en la modificación del lenguaje del derecho en un caso real:

PLANTEAMIENTO DEL CASO

El artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo regula deficientemente los supuestos en donde se podrá ampliar demanda; no contempla, pero tampoco prohíbe, que pueda ampliarse demanda en contra de actos que guarden relación directa, deriven o sean consecuencia del que es objeto de nulidad en el juicio contencioso administrativo.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe la interpretación conforme de la ley y contiene el principio *pro personae*; la defensa en contra de actos de autoridad, audiencia y acceso a la administración de justicia son derechos fundamentales y humanos, garantizados por los artículos 14 y 17 constitucionales.

Las tesis jurisprudenciales registradas en el Sistema de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* con los números 169556 y 183933 prescriben que la ampliación de demanda implica la adición o modificación de lo expuesto en el ocurso inicial para que forme parte de la controversia; de conformidad con los artículos 217 y 221 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las tesis jurisprudenciales de cita son de observancia obligatoria para las salas integrantes del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Partes en conflicto

1a. proposición: artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en su parte conducente prescribe: “Artículo 1o... Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

2a. proposición: artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; en su parte conducente prescribe: “Artículo 17. Se podrá ampliar la demanda, dentro de los diez días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación del acuerdo que admita su contestación, en los casos siguientes: I. Cuando se impugne una negativa ficta. II. Contra el acto principal del que derive la resolución impugnada en la demanda, así como su notificación, cuando se den

a conocer en la contestación. III. En los casos previstos en el artículo anterior. IV. Cuando con motivo de la contestación, se introduzcan cuestiones que, sin violar el primer párrafo del artículo 22, no sean conocidas por el actor al presentar la demanda. V. Cuando la autoridad demandada plantee el sobreseimiento del juicio por extemporaneidad en la presentación de la demanda”.

3a. *proposición: tesis jurisprudencial de rubro y texto*: “Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; época: novena; registro: 169556; tipo de tesis: aislada; fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XXVII, junio de 2008; materia(s): administrativa; tesis: I.4o.A.607 A; página: 1195. AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA EN EL JUICIO DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. PROCEDE SI SE INTRODUCEN NUEVOS ELEMENTOS A LOS ORIGINALMENTE PLANTEADOS EN EL ESCRITO INICIAL, AUN CUANDO NO SE RECLAME UNA RESOLUCIÓN NEGATIVA FICTA. Del examen del artículo 51 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, se advierte que se estableció la figura jurídica de ampliación de la demanda únicamente para el caso en que se demande la nulidad de una resolución negativa ficta. Sin embargo, atendiendo a la definición que de aquélla ha sentado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 12/2003, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVIII, julio de 2003, página 11, de rubro: “AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO. DEBE ADMITIRSE AUNQUE NO ESTÉ PREVISTA EN LA LEY DE AMPARO, YA QUE CONSTITUYE UNA FIGURA INDISPENSABLE PARA QUE EL JUZGADOR DÉ UNA SOLUCIÓN COMPLETA A LA ACCIÓN DEL GOBERNADO.”; se concluye que se trata de la adición o modificación por parte del quejoso de lo expuesto en su escrito original, para que forme parte de la controversia que deberá resolver el juez o tribunal que conozca del asunto; de lo que resulta que lo no expuesto en la demanda o en su ampliación no podrá considerarse por la autoridad jurisdiccional al emitir la sentencia correspondiente, y trasladando estas ideas al juicio de nulidad, en concordancia con los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 80 de la Ley del aludido Tribunal de lo Contencioso, que obliga a sus Salas a fijar en forma clara y precisa los puntos controvertidos al dictar sus sentencias, así como los fundamentos legales en que se apoyen, debiendo limitarse a resolver los puntos cuestionados y a dar una solución a la litis planteada, resulta indispensable otorgar la oportunidad de ampliar la demanda, fuera del caso establecido en el señalado artículo 51, cuando se introducen nuevos elementos a los originalmente planteados en el escrito inicial, pues lo contrario implicaría coartar el derecho fundamental reconocido en el artículo 17 constitucional, que establece como garantía individual la impartición de justicia completa, pronta e imparcial, al no permitir al gobernado ampliar su demanda, aun cuando no reclame una resolución negativa ficta, si se presentan elementos nuevos, que ineludiblemente deberán ser considerados por

la autoridad jurisdiccional al emitir su sentencia. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 37/2008. Juan Domínguez Laguna. 26 de marzo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez. Nota: Por ejecutoria del 1o. de febrero de 2012, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 362/2011 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva”.

4a. *proposición: tesis jurisprudencial de rubro y texto*: “Instancia: Pleno; época: novena; registro: 183933; tipo de tesis: jurisprudencia; fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XVIII, julio de 2003; materia(s): común; obra: P./J. 12/2003; página: 11. AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO, YA DEBE ADMITIRSE AUNQUE NO ESTÉ PREVISTA EN LA LEY DE AMPARO, YA QUE CONSTITUYE UNA FIGURA INDISPENSABLE PARA QUE EL JUZGADOR DÉ UNA SOLUCIÓN COMPLETA A LA ACCIÓN DEL GOBERNADO. La ampliación de la demanda de amparo implica la adición o modificación, por parte del quejoso, de lo expuesto en su escrito original para que forme parte de la controversia que deberá resolver el Juez o tribunal, y si bien no está prevista expresamente en la Ley de Amparo, su inclusión se estima indispensable para que el juzgador dé una solución adecuada al conflicto que le plantea el quejoso, por lo que es posible considerarla como parte del sistema procesal del amparo con fundamento en el artículo 17 de la Constitución Federal, que establece como garantía individual la impartición de justicia completa, además de pronta e imparcial, máxime que dicha figura no está en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas deban llenar. Contradicción de tesis 23/2002-PL. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito (actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del mismo circuito), Primero del Sexto Circuito (actualmente Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del propio circuito) y Cuarto del Décimo Séptimo Circuito. 3 de junio de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Sofía Verónica Ávalos Díaz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintitrés de junio en curso, aprobó, con el número 12/2003, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintitrés de junio de dos mil tres. Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 377/2017 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 31 de octubre de 2017”.

Agente resolutor

Congreso de la Unión; es el facultado para reformar la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Legitimidad del agente resolutor

El sistema jurídico le concede esta facultad.

Desarrollo del proceso

Primera fase: ¿qué tipo de conflicto es? Es un conflicto de modificación del lenguaje del derecho; el agente resolutor debe determinar si modifica o no la 2a. proposición toda vez que existe presunción de contradicción con las proposiciones 1a., 3a. y 4a.

Segunda fase: ¿cuáles son las proposiciones conflictuadas y las partes involucradas? Se han precisado con antelación.

Tercera fase: además de las proposiciones conflictuadas ¿existe alguna que se relacione con el conflicto? Sí, los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que garantizan los derechos fundamentales de debida defensa, audiencia y acceso a la administración de justicia; en este sentido, se indica:

5a. proposición: artículo 14 constitucional que en su parte conducente dispone: “Artículo 14... Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

6a. proposición: artículo 17 constitucional que en su parte conducente dispone: “Artículo 17... 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. Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.

Cuarta fase: ¿qué valor tiene cada proposición? Examen de racionalidad de las proposiciones conforme al análisis de parámetros epistemológicos, antropológicos, físicos e históricos para determinar el grado de beneficio/afectación que cada una causará:

Fase de análisis

Parámetros epistemológicos: el artículo 1o. constitucional obliga a toda autoridad a: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; interpretar la ley de conformidad con la Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos, procurando la protección más amplia.

Parámetros antropológicos: la falta de inclusión de un supuesto que permita promover ampliación de demanda en el juicio contencioso administrativo en contra de cualquier acto relacionado o derivado del acto impugnado sitúa a los gobernados —en el peor escenario— en estado de indefensión; o, en

su defecto, —en el mejor escenario— en desventaja porque tendrían que promover tantos juicios como actos de autoridad no obstante que se generen dentro de un mismo proceso administrativo de cobro de crédito fiscal.

Parámetros físicos: Estados Unidos Mexicanos; año dos mil veinte.

Parámetros históricos: 1. Reforma constitucional del año dos mil once en materia de derechos humanos; 2. Juicio contencioso administrativo radicado ante la potestad de la X Sala Regional de Oriente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en donde se demanda la nulidad del procedimiento de ejecución y embargo de bienes por el no pago del crédito fiscal número; la demanda no suspendió el procedimiento administrativo de ejecución; incoado el juicio, se decretó la adjudicación a favor del fisco de los bienes embargados por el cobro del crédito fiscal de cita. En contra de la adjudicación se promueve ampliación de demanda; el tribunal desecha la ampliación por considerar que “no se surte ninguna de las hipótesis establecidas en el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo para dicha ampliación; por lo que, de ser procedente, podrá controvertir el acto en una nueva demanda”. El actor interpone recurso de reclamación en contra del desechamiento de la demanda, actualmente pendiente de resolución.

Fase de valorización

La escala gradual que nos permita establecer un valor a cada proposición se determina de la siguiente forma: causará «mayor beneficio» si las proposiciones no son contradictorias con la proposición 1a.; en cambio, causará «mayor afectación», si son contradictorias; esta escala incluye todo tipo de valor intermedio que oscile entre sus extremos, tales como «menor afectación», «menor beneficio pero sin afectación», «beneficio liso y llano», «afectación lisa y llana», etcétera; en este sentido, se indica:

A la 2a. proposición se le asigna el valor: mayor afectación.

A la 3a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 4a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 5a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

A la 6a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

Quinta fase: ¿qué sucedería si prevalece la proposición γ o δ ...? Si se elige conservar —sin modificación— la 2a. proposición, entonces no se cumpliría con lo prescrito por la 1a. proposición ya que la deficiencia en la regulación de los supuestos de procedencia de ampliación de demanda en un juicio contencioso administrativo impide a los gobernados defenderse debidamente y acceder a la justicia en forma pronta y completa, derechos fundamentales que deben ser cumplidos.

Si se elige modificar la 2a. proposición para que incluya la admisión de ampliación de demanda en cualquier caso que se impugne un acto derivado, relacionado o causado dentro del procedimiento objeto de nulidad en

el juicio contencioso administrativo, entonces no solamente sería conforme con la 1a. proposición, sino también con las proposiciones 3a., 4a., 5a. y 6a., otorgando al gobernado la protección más amplia, facilitando el acceso a la administración de justicia y evitando la indefinida promoción de juicios que devengan en resoluciones contradictorias.

Sexta fase: ¿qué decisión prevalece para resolver el conflicto? Modificación —reforma— de la 2a. proposición; se modificará la parte inicial y se adicionará una sexta fracción: “Artículo 17. Se podrá ampliar la demanda, dentro de los diez días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación del acto que guarde relación o derive del acto impugnado en la demanda, o en su caso, a aquél en que surta efectos la notificación del acuerdo que admita su contestación, en los casos siguientes... VI. Cuando el acto contra el que se amplía la demanda guarde relación, derive o se cause por virtud del acto impugnado en la demanda”.

Séptima fase: ¿cómo se justifica la decisión que resuelve el conflicto? La decisión de conservar el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo implica mayor afectación para los gobernados porque no regula un supuesto que fácticamente acontece, esto es, la ley no cumple con el propósito de regular la conducta humana comprendiendo el mayor número de supuestos hipotéticos posibles; en los términos en que está el artículo de cita deviene restrictivo pues se circunscribe a actos causados después de la contestación de la demanda, no a actos supervenientes que se sigan generando en el procedimiento objeto de nulidad; restricción que se da, no obstante que la ley en su integridad, no contiene prohibición expresa para promover la ampliación de demanda en el caso que ahora nos ocupa; el hecho de que se imponga al actor la carga de interponer tantas cuantas demandas como actos derivados implica desgaste económico e intelectual innecesario, además que existe el riesgo de obtener resoluciones contradictorias; máxime que a partir de las reformas en materia de derechos humanos del año dos mil once existe la marcada tendencia de inaplicar, modificar o, en su caso, interpretar a las normas jurídicas para que sean conformes con la Constitución de manera que se conceda la más amplia protección al gobernado frente a la autoridad.

En este sentido, la decisión de modificar el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo implica mayor beneficio, además, dejaría de ser incongruente con las demás proposiciones del sistema jurídico, entre las que se señala a las tesis jurisprudenciales registradas en el Sistema de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* con los números 169556 y 183933, [que] prescriben que la ampliación de demanda implica la adición o modificación de lo expuesto en el ocuro inicial para que forme parte de la controversia por guardar relación con ella.

Octava fase: ¿a partir de qué momento se debe cumplir la decisión, qué sanciones se establecen en caso de incumplimiento y quién se encarga de hacerla cumplir?

De conformidad con el sistema jurídico, la decisión cobra vigencia a partir de que es publicada en el *Diario Oficial de la Federación*; las sanciones que se establecen en caso de incumplimiento corren a cargo del operador jurídico, pueden ser administrativas o incluso penales por posible delito en contra de la administración de justicia; el encargado de hacer cumplir la sanción depende del tipo de procedimiento que se entable en contra del funcionario que actúe en contra de lo dispuesto por el artículo reformado.

3. *Aplicación del derecho y justicia*

La aplicación del derecho implica la imposición de cualquier tipo de sanción prevista por el sistema jurídico sin importar su naturaleza; puede tratarse de una sanción penal, fiscal, civil o administrativa. En este sentido, en el desarrollo del proceso de materialización de la justicia en la aplicación del lenguaje del derecho, la proposición jurídica en cuestión se tiene forzosamente que aplicar no obstante que se presuma su incongruencia con el sistema jurídico y sea susceptible de modificarse o expulsarse; hasta en tanto eso no suceda, se elegirá la forma en que la aplicación de dicha proposición se traduzca en menor afectación, porque: 1) el sistema no faculta a los operadores del derecho a exonerar de alguna pena, a menos que sea de las penas expresamente prohibidas por el sistema —en el caso de México, son las comprendidas en el artículo 22 constitucional: penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales—, máxime si se ha seguido un procedimiento en donde se declare la culpabilidad y responsabilidad del infractor o delincuente, y 2) el hecho de que deba ser forzosamente sancionado de ninguna manera implica que la sanción sea desproporcional o injusta.

Partes en conflicto

Son todas las posibles proposiciones jurídicas al momento de individualizar una pena.

Agente resolutor

Al tratarse de un sistema jurídico previamente establecido, el agente resolutor es quien así lo determine el sistema.

Legitimidad del agente resolutor

Deriva del sistema jurídico.

Desarrollo del proceso

Se sigue con estricto apego a las ocho fases establecidas en la estructura general de materialización de la justicia, con las siguientes variantes:

Primera fase. El agente resolutor determina la naturaleza del conflicto; es decir, debe emitir una resolución jurisdiccional que condene al cumplimiento de una sanción de acuerdo con el tipo de delito cometido y con las penas establecidas para cada caso.

Segunda fase. El agente resolutor fija las proposiciones jurídicas en conflicto.

Tercera fase. Conforme al análisis de la naturaleza del conflicto y las proposiciones jurídicas en pugna, el agente resolutor establece si existe o no alguna proposición que guarde relación y pueda ser susceptible de aplicarse.

Cuarta fase. El agente resolutor lleva a cabo el examen de racionalidad para asignar valor a las proposiciones jurídicas.

Quinta fase. El agente resolutor plantea casos hipotéticos para cada proposición, a efecto de establecer las posibles consecuencias que se darían si elige determinada condena. La relación causal a establecer es del tipo: «si se elige la condena α entonces β ».

Sexta fase. En atención al examen de racionalidad y al planteamiento de casos hipotéticos, el agente resolutor determina la sanción a la que condenará al infractor o delincuente, poniendo fin al conflicto.

Séptima fase. El agente resolutor debe justificar su decisión, para este efecto señalará: 1. Por qué la proposición prevalente implica mayor beneficio/menor afectación al infractor o delincuente; 2. Por qué la proposición que no prevaleció implica menor beneficio/mayor afectación al infractor o delincuente.

Octava fase. El agente resolutor prescribe el término a partir del cual cobra vigencia la decisión, así como también los mecanismos y, en su caso, sanciones que serán aplicables si no se acata.

A continuación, se ejemplifica el proceso de materialización de justicia en la aplicación del lenguaje del derecho en un caso hipotético, con fundamento jurídico real:

PLANTEAMIENTO DEL CASO

Seguido el proceso penal en todas sus fases y agotadas todas y cada una de sus instancias es el momento procesal oportuno de dictar sentencia que condene al sujeto α por haber sido responsable de cometer el delito de feminicidio en agravio del sujeto β , ilícito previsto y sancionado por la fracción IV del artículo 325 del Código Penal Federal.

Después de un examen minucioso de todos aquellos indicadores fácticos y normativos para individualizar la pena —circunstancias exteriores de ejecu-

ción y peculiaridades del delincuente— el juez determina que: el sujeto activo actuó a título de culpa; es primo delincuente; privó de la vida al sujeto β porque éste lo atacó primero, al repeler su agresión y defenderse lo empujó y cayó al piso golpeándose la cabeza, lo que inmediatamente devino en una lesión mortal; entre el activo y el pasivo existía una relación de concubinato; el sujeto activo es mayor de edad, su grado máximo de escolaridad es preparatoria, trabaja en una tienda departamental; el delito se cometió el día domingo, a las doce del día en un parque público.

En primera instancia el juez condena por homicidio a título de culpa en razón del parentesco o relación, no se demostró la legítima defensa; la representación social apela esta determinación por considerar que se debe condenar por el delito de feminicidio; el tribunal de apelación revoca la sentencia de primera instancia y ordena condenar por feminicidio doloso; en contra de la sentencia de segunda instancia la defensa promueve juicio de amparo directo que se resuelve en definitiva con ejecutoria que confirma; por consecuencia, el juez de primera instancia debe condenar por el delito de feminicidio, con libertad de jurisdicción establecerá la sanción; el juzgador se enfrenta con el problema de determinar la sanción debido a las circunstancias especiales del tipo y considerando que, si bien es cierto la ley penal establece una sanción para el feminicidio, también es cierto que la sanción establecida por la ley para el tipo penal de homicidio en razón de parentesco o relación es diez años menor en la penalidad mínima, e igual en la penalidad máxima: el feminicidio se sanciona de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días de multa; el homicidio en razón de parentesco o relación se sanciona de treinta a sesenta años de prisión sin multa.

¿Cómo establecer una sanción justa, respetando los lineamientos de la ejecutoria de amparo, la sanción establecida por la ley para el feminicidio, pero considerando las circunstancias especiales del caso?

Partes en conflicto

- 1a. Proposición: «se condena al sujeto α a cuarenta años de prisión y quinientos días de multa».
- 2a. Proposición: «se condena al sujeto α a treinta años de prisión y mil días de multa».
- 3a. Proposición: «se condena al sujeto α a cuarenta años de prisión».

Agente resolutor

Juez penal.

Legitimidad del agente resolutor

El sistema jurídico le concede esta facultad, su facultad y competencia está en el Código Penal Federal.

Desarrollo del proceso

Primera fase: ¿qué tipo de conflicto es? Es un conflicto de aplicación del lenguaje del derecho; el agente resolutor debe determinar la sanción que sea proporcional con el delito condenado, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ejecución del mismo, así como las particularidades del sujeto activo.

Segunda fase: ¿cuáles son las proposiciones conflictuadas y las partes involucradas? Se han precisado con antelación.

Tercera fase: además de las proposiciones conflictuadas ¿existe alguna que se relacione con el conflicto? No.

Cuarta fase: ¿qué valor tiene cada proposición? Examen de racionalidad de las proposiciones conforme al análisis de parámetros epistemológicos, antropológicos, físicos e históricos para determinar el grado de beneficio/afectación que cada una causará:

Fase de análisis

Parámetros epistemológicos: los artículos 51 a 69 bis. del Código Penal Federal que prescriben la forma de aplicar las sanciones.

Parámetros antropológicos: si bien es cierto que existe una ejecutoria de amparo que obliga al juez de primera instancia a condenar por el delito de feminicidio cometido a título de dolo, también es cierto que los hechos demostrados en el sumario evidencian que el sujeto activo no tenía la intención de privar de la vida al sujeto pasivo; por lo tanto, si se establece una condena máxima entonces se causaría agravio al sujeto activo quien jamás tuvo el ánimo ni deseo de delinquir, la privación de la vida fue un resultado imprevisto y no deseado.

Parámetros físicos: Estados Unidos Mexicanos; año dos mil veinte.

Parámetros históricos: son los hechos expuestos en el planteamiento del problema.

Fase de valorización

La escala gradual que nos permita establecer un valor a cada proposición se determina de la siguiente forma: causará «menor afectación» si las proposiciones se traducen en la mínima sanción posible, esto es, que la sanción se determine conforme a los lineamientos de la ejecutoria de amparo, sin soslayar los hechos demostrados en el sumario; en cambio, causará «mayor afectación», si la sanción es máxima; esta escala incluye todo tipo de valor intermedio que oscile entre sus extremos, como «menor afectación, pero ilegal», etcétera; la escala no incluye el grado «mayor beneficio» porque la imposición de una sanción, cualquiera que sea, no se podrá traducir en beneficio alguno para el condenado; en este sentido, se indica:

A la 1a. proposición se le asigna el valor: mayor afectación.

A la 2a. proposición se le asigna el valor: menor afectación, pero ilegal.

A la 3a. proposición se le asigna el valor: menor afectación.

Quinta fase: ¿qué sucedería si prevalece la proposición γ o δ ...? Si se elige la 1a. proposición entonces se determinaría una condena desproporcional e infundada de conformidad con la prueba de los hechos, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ejecución del delito, así como la intención del sujeto activo que no tenía ánimo de delinquir.

Si se elige la 2a. proposición entonces se determinaría una condena ilegal y contradictoria con la ejecutoria de amparo, porque la mínima pena establecida para el delito de feminicidio es de cuarenta años de prisión, no treinta.

Si se elige la 3a. proposición entonces se determinaría una condena proporcional y debidamente fundada y motivada de acuerdo con la ejecutoria de amparo, con las constancias del sumario, la prueba de los hechos, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ejecución del delito y la intención del sujeto activo que no tenía ánimo de delinquir.

Sexta fase: ¿qué proposición jurídica prevalece para resolver el conflicto? Prevalece la 3a. proposición jurídica, será la resolución jurisdiccional condenatoria.

Séptima fase: ¿cómo se justifica la decisión que resuelve el conflicto? Considerando que la clasificación del delito no corresponde con la prueba de los hechos, la proposición prevalente se traduce en menor afectación al condenado quien, a pesar de no haber deseado el resultado típico e ilícito, desplegó una acción que devino en la privación de la vida, debe ser sancionado, no por ello con el máximo previsto por la ley; las proposiciones que no prevalecieron perjudican, o bien al condenado, o bien al juzgador: la 1a. proposición implica una multa que se traduce en afectación al condenado; en cambio, la 2a. proposición pudiere ser benéfica al condenado pero implica el desacato e incumplimiento de una ejecutoria de amparo, además de la imposición de penas no previstas por la ley para el delito que se sanciona.

Octava fase: ¿a partir de qué momento se debe cumplir la decisión y quién se encarga de hacerla cumplir?

De conformidad con el sistema jurídico, la decisión cobra vigencia a partir de que la sentencia condenatoria es cosa juzgada; el juez de primera instancia es el encargado de hacer cumplir su determinación.

4. Interpretación del derecho y justicia

El proceso de materialización de la justicia para la interpretación del derecho se refiere a la interpretación externa o metalenguaje del derecho que es utilizada para incluirse como razonamiento en alguna proposición jurídica: 1. en las resoluciones jurisdiccionales, para fundarlas y motivarlas; 2. en las normas jurídicas o jurisprudencia, para motivar su creación o modificación, o 3. en la declaración de voluntad, para establecer derechos y obligaciones; puede ser aplicado en forma subsecuente al proceso de in-

interpretación distributiva aquí propuesto o a cualquier otro método de interpretación del lenguaje del derecho.

Este desarrollo del proceso de materialización de la justicia no podrá ser aplicado cuando se trate de crear o modificar una jurisprudencia —interpretación interna del derecho— porque ésta se rige por lo establecido previamente para la creación o modificación del lenguaje del derecho; como ya se dijo, sólo se aplicará si se requiere de algún fundamento que deba incluirse en la jurisprudencia.

Partes en conflicto

Son todas las posibles interpretaciones del lenguaje del derecho para incluir sólo una como fundamento en cualquier tipo de proposición jurídica.

Agente resolutor

Al tratarse de un sistema jurídico previamente establecido, el agente resolutor es quien así lo determine el sistema.

Legitimidad del agente resolutor

Deriva del sistema jurídico.

Desarrollo del proceso

Se sigue con estricto apego a las ocho fases establecidas en la estructura general de materialización de la justicia, con las siguientes variantes:

Primera fase. El agente resolutor determina la naturaleza del conflicto, es decir, debe elegir entre varias posibles interpretaciones del lenguaje del derecho para fundar y motivar cualquier tipo de proposición jurídica.

Segunda fase. El agente resolutor fija las interpretaciones en conflicto.

Tercera fase. Conforme al análisis de la naturaleza del conflicto y las interpretaciones en pugna, el agente resolutor establece si existe o no alguna omitida que guarde relación y pueda ser susceptible de aplicarse.

Cuarta fase. El agente resolutor lleva a cabo el examen de racionalidad para asignar valor a las interpretaciones.

Quinta fase. El agente resolutor plantea casos hipotéticos para cada interpretación a efecto de establecer las posibles consecuencias que se darían si elige determinada interpretación; la relación causal a establecer es del tipo: «si se elige la interpretación α , entonces β ».

Sexta fase. En atención al examen de racionalidad y al planteamiento de casos hipotéticos, el agente resolutor determina la interpretación que elegirá como fundamento y motivación, poniendo fin al conflicto.

Séptima fase. El agente resolutor debe justificar su decisión, para este efecto señalará: 1. Por qué la interpretación prevalente implica mayor beneficio/

menor afectación a los destinatarios de la proposición jurídica a la que sirve de fundamento y motivación; 2. Por qué la interpretación que no prevaleció implica menor beneficio/mayor afectación a los destinatarios de la proposición jurídica a la que sirve de fundamento y motivación.

Octava fase. El agente resolutor prescribe el término a partir del cual cobra vigencia la decisión, así como también los mecanismos y, en su caso, sanciones que serán aplicables si no se acatan aquéllas.

El siguiente caso muestra la aplicación del proceso de materialización de justicia en la interpretación del lenguaje del derecho en un caso real. Al igual que en los ejemplos referidos en el capítulo tercero cuando se aplicó el método de interpretación, para proteger la privacidad de las partes involucradas en el caso se modificarán nombres, fechas, cantidades, números de expediente y cualquier otro dato que revista el carácter de confidencial o se catalogue como información sensible; solamente se referirán los datos sin modificar cuando se haga referencia a los operadores del derecho porque sus resoluciones son públicas. El caso que se empleará como ejemplo se produjo dentro del sistema jurídico mexicano.

PLANTEAMIENTO DEL CASO

Ciudad de Puebla, Estado de Puebla. Juicio Ordinario Civil de Otorgamiento y Firma de Escritura Pública incoado por demanda presentada por el sujeto α en contra del sujeto β y radicado ante el Juzgado Séptimo Especializado en Materia Mercantil del Distrito Judicial de Puebla.

El juicio se encuentra actualmente en la etapa de ejecución de sentencia en donde el juez de primera instancia pronuncia el auto de fecha veintinueve de marzo de dos mil diecinueve que no admite un incidente de nulidad del procedimiento de ejecución de sentencia; se precisa que este proveído no es la última resolución pronunciada en la etapa de ejecución de sentencia, sino que es un acto autónomo que violenta en forma directa e inmediata derechos sustantivos del quejoso.

Se promueve juicio de amparo en contra del auto que no admite el incidente de nulidad del procedimiento de ejecución de sentencia, por razón de turno y materia radicada ante la potestad del Juzgado Quinto Especializado en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo, y Juicios Federales en el Estado de Puebla quien la desecha al estimar que se actualiza en forma notoria y evidente una causa de improcedencia consistente en que el acto reclamado no es la última resolución pronunciada en el procedimiento de ejecución de sentencia de conformidad con la fracción IV del artículo 107 de la Ley de Amparo que dispone: “Artículo 107. El amparo indirecto pro-

cede... IV. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo realizados fuera de juicio o después de concluido. Si se trata de actos de ejecución de sentencia sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, entendida como aquélla que aprueba o reconoce el cumplimiento total de lo sentenciado o declara la imposibilidad material o jurídica para darle cumplimiento, o las que ordenan el archivo definitivo del expediente, pudiendo reclamarse en la misma demanda las violaciones cometidas durante ese procedimiento que hubieren dejado sin defensa al quejoso y trascendido al resultado de la resolución. En los procedimientos de remate la última resolución es aquélla que en forma definitiva ordena el otorgamiento de la escritura de adjudicación y la entrega de los bienes rematados, en cuyo caso se harán valer las violaciones cometidas durante ese procedimiento en los términos del párrafo anterior”.

En contra del desechamiento de la demanda de amparo se interpone recurso de queja, sustancialmente se expresa que no obstante la prescripción de la fracción IV del artículo 107 de la Ley de Amparo, ésta debe interpretarse al tenor de lo prescrito por su fracción V que previene la procedencia del amparo en contra de actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación; su tenor literal es: “Artículo 107. El amparo indirecto procede... V. Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

El recurso de queja radicó ante la potestad del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, autoridad que debe elegir cómo interpretará al artículo 107 de la Ley de Amparo para revocar la resolución de desechamiento de demanda o confirmarla.

Partes en conflicto

1a. interpretación: «en la etapa de ejecución de sentencia, el juicio de amparo es procedente sólo en contra del último acto pronunciado en el procedimiento de ejecución de sentencia».

2a. interpretación: «en la etapa de ejecución de sentencia, el juicio de amparo es procedente en contra de cualquiera de los siguientes tipos de actos de autoridad: 1. Actos que gozan de autonomía con relación a la ejecución de sentencia y ajenos a la cosa juzgada. 2. Actos que afectan con efectos de imposible reparación, es decir, que afectan de manera directa derechos sustantivos. 3. El último acto pronunciado en el procedimiento de ejecución de sentencia».

Agente resolutor

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Legitimidad del agente resolutor

El sistema jurídico le concede esta facultad, su facultad y competencia están en la Ley de Amparo.

Desarrollo del proceso

Primera fase: ¿qué tipo de conflicto es? Es un conflicto de interpretación del lenguaje del derecho; el agente resolutor debe determinar la interpretación que sustente la sentencia que ordene revocar o confirmar el auto que desecha la demanda de amparo.

Segunda fase: ¿cuáles son las interpretaciones conflictuadas? Se han precisado con antelación.

Tercera fase: además de las interpretaciones conflictuadas ¿existe alguna que se relacione con el conflicto? No.

Cuarta fase: ¿qué valor tiene cada interpretación? Examen de racionalidad de las interpretaciones conforme al análisis de parámetros epistemológicos, antropológicos, físicos e históricos para determinar el grado de beneficio/afectación que cada una causará:

Fase de análisis

Parámetros epistemológicos: artículo 1o. constitucional que consagra el principio *pro homine* y la interpretación conforme.

Parámetros antropológicos: si bien es cierto que la fracción IV del artículo 107 de la Ley de Amparo establece una regla que permite la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de la última resolución dictada en el procedimiento de ejecución de sentencia, también es cierto que la fracción V del artículo 107 de la Ley de Amparo dispone que el juicio constitucional indirecto procede en contra de actos dictados en juicio con efectos de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; en este sentido, se causa perjuicio al quejoso si se interpreta restrictivamente la fracción IV de la Ley de Amparo al coartar su derecho de ejercer acción constitucional en contra de un acto de autoridad que es autónomo del procedimiento de ejecución de sentencia y afecta derechos sustantivos.

Parámetros físicos: Estados Unidos Mexicanos; año dos mil veinte.

Parámetros históricos: son los hechos expuestos en el planteamiento del problema.

Fase de valorización

La escala gradual que nos permita establecer un valor a cada interpretación se determina de la siguiente forma: causará «mayor beneficio» si la interpretación es amplia; en cambio, causará «mayor afectación», si la in-

terpretación es restrictiva y limitada; esta escala incluye todo tipo de valor intermedio que oscile entre sus extremos; en este sentido, se indica:

A la 1a. proposición se le asigna el valor: mayor afectación.

A la 2a. proposición se le asigna el valor: mayor beneficio.

Quinta fase: ¿qué sucedería si prevalece la proposición γ o δ ...? Si se elige la 1a. interpretación entonces se confirmaría el desechamiento de la demanda de amparo, obligando al quejoso a esperar a que exista la última resolución pronunciada en el procedimiento de ejecución de sentencia, con el riesgo que se ejecute en forma irreparable el acto reclamado —que es autónomo— y sus efectos ya no puedan ser susceptibles de repararse mediante la concesión del amparo; además, al elegir esta interpretación no se cumple con la obligación que tiene toda autoridad de respetar los derechos fundamentales de los gobernados, tales como el acceso a la administración de justicia.

Si se elige la 2a. interpretación entonces se revoca el desechamiento de la demanda de amparo y se constriñe al juez de distrito a admitirla para que se le dé trámite hasta su total resolución; en este sentido se hace efectivo su derecho de acceso a la administración de justicia, se interpreta a la ley conforme a la Constitución procurando que se dé la mayor protección posible a los gobernados ante un inminente acto de autoridad que violenta sus derechos sustantivos; no por el hecho de que sea causado en ejecución de sentencia implica que sea tendiente a ejecutarla.

Sexta fase: ¿qué interpretación prevalece para resolver el conflicto? Prevalece la 2a. interpretación, será el fundamento para la sentencia que revoque el desechamiento de la demanda de amparo.

Séptima fase: ¿cómo se justifica la decisión que resuelve el conflicto? La interpretación prevalente implica mayor beneficio porque amplía los supuestos de procedencia del amparo indirecto en los casos en que el acto de autoridad sea autónomo al procedimiento de ejecución de sentencia; la amplitud de la norma contenida en la fracción V del artículo 107 de la ley de la materia permite, y obliga al juzgador a interpretar la fracción IV del mismo artículo en beneficio del quejoso, no en su perjuicio ni en forma limitativa como en la 1a. interpretación.

Octava fase: ¿a partir de qué momento se debe cumplir la decisión, qué sanciones se establecen en caso de incumplimiento y quién se encarga de hacerla cumplir? De conformidad con el sistema jurídico, la decisión cobra vigencia a partir de que la sentencia que resuelve el recurso de queja causa estado y es ejecutoria; el Tribunal Colegiado es el encargado de hacer cumplir su determinación y su incumplimiento deviene en sanción administrativa o penal, según sea el caso.

Con los anteriores ejemplos se demostró que el desarrollo del proceso de materialización de la justicia en el mundo del derecho es una for-

ma para tener un derecho justo y legítimo. Por supuesto, el proceso no es obligatorio para los operadores del derecho no obstante que garantice la obtención de la proposición jurídica que implique mayor beneficio/menor afectación para las partes; al final, depende de cada caso y de cada agente resolutor si es que desea o pretende lograr un derecho justo, pues, se insiste, el derecho es derecho con independencia de la justicia, y la justicia no es un requisito indispensable para su existencia. Si los operadores del derecho no aplican el proceso propuesto, entonces recaerá en los destinatarios del derecho hacer todo lo posible para que esto suceda.

En retrospectiva, la pregunta ¿cómo se logra justicia mediante la interpretación del derecho? se responde así: con la racionalización del derecho, por consecuencia, con la aplicación del proceso para materializar a la justicia, que no solamente cobra vigencia para la interpretación del derecho, sino también para su creación, modificación y aplicación. Es menester reformular la pregunta representativa de la cuarta época o paradigma axiológico porque en los términos originales deviene insuficiente, debe quedar de la siguiente manera: ¿cómo se logra justicia mediante la creación, transformación, aplicación e interpretación del derecho?

- Nos gusta creer en soluciones milagrosas, eficaces, rápidas.
- Nos gusta pensar que en algún momento descubriremos o nos será revelada *la fórmula* que podrá curar todas las injusticias. Lo cierto es que la fórmula radica en cada uno de nosotros, tenemos a nuestro alcance los medios, las herramientas y el conocimiento para poder aplicar el proceso de materialización de justicia aquí propuesto —o cualquier otro que resulte mejor— no sólo en el mundo del derecho, sino en todas las actividades que llevamos a cabo.
- La justicia e injusticia se nos presenta en todo lo que hacemos o dejamos de hacer, en lo que permitimos, toleramos, omitimos o ignoramos.
- Si la justicia no existe es porque somos incapaces de materializarla.
- Si la justicia es un ideal es porque somos indignos de ella.
- Si la justicia es inasequible es porque así queremos que sea.
- Si no tenemos un derecho justo es porque así lo queremos.
- No nos podemos permitir ni debemos tolerar que el derecho se establezca al azar, por capricho o para cumplir algún fin político o económico. El derecho regula la conducta humana para lograr bienestar social, paz, armonía, felicidad... justicia. Si bien es cierto que el derecho no es calculable o reductible a fórmulas matemáticas por la propia irreductibilidad de la conducta humana a ellas, también es

cierto que requerimos de guías, parámetros, procesos, mecanismos, directrices, estructuras para lograr más estabilidad y menos caos.

Ni el lenguaje del derecho ni su interpretación pueden darse el lujo de ser entrópicos, impredecibles, mucho menos regirse por la incertidumbre... si Dios no juega a los dados, ¿por qué nosotros sí?