



*Empirismo jurídico y justicia..., Vol. 30, (2016), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.*

## **EMPIRISMO JURÍDICO Y JUSTICIA: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA?**

**(A PROPÓSITO DEL LIBRO “LA IDEA DE LA JUSTICIA”, DE AMARTYA SEN)<sup>1</sup>**

HIPÓLITO GIMÉNEZ<sup>2</sup>  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA SAN JUAN BOSCO

### **1. Introducción**

**L**as reflexiones que seguidamente compartiré son fruto de la gratificante sensación que nos embarga cuando advertimos que algunas ideas que – quizá atrevidamente- hemos concebido en soledad, han encontrado compañía o la tenían desde antes.

---

<sup>1</sup> La presente disertación fue expuesta por la autor en XXVIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social del Primer Congreso Iberoamericano de Filosofía Jurídica y Social, realizadas del 15 al 17 de octubre de 2014, en la ciudad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> El autor es abogado. Especialista en Derecho Penal. Fundador, conjuntamente con otros abogados y estudiantes de Derecho, del Instituto Nordpatagónico de Filosofía y Ciencias Sociales Dr. Carlos Cossio”, con sede en Puerto Madryn, Chubut. Docente Universitario, a cargo de las Cátedras Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho de la Sede Puerto Madryn de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, y de Introducción al Derecho, Sede Trelew, de la misma universidad, durante el período 1994 al 2014.- Actualmente participa como codirector del proyecto nacional de investigación titulado Digesto federal de Derechos Humanos, dirigido por el Dr. Jorge Douglas Price.

Es lo que me ocurrió cuando, a mediados del presente año 2014, leí el relevante libro titulado “La idea de la Justicia”, del economista hindú, premio nobel de economía, Amartya Sen.

Lo mío, muy modesto por cierto, vio la luz en internet, en dos ensayos: “Valor Justicia e Ideología” y “Valor Justicia en el pensamiento cossiano. Proyecciones y expectativas”, publicados en los meses de agosto y septiembre del año 2012, respectivamente, en el sitio web *www.drgimenez.com.ar*.

Entiendo que las tesis que postulo en ellos encuentran fuerte respaldo en el pensamiento de Amartya Sen (2014), materializado en su citada obra. Trataré por ello de vincular nuestras afirmaciones en aquellos trabajos, inspirados en el ideario de la Teoría Ecológica del Derecho de Cossio (1994), con las expuestas por el destacado pensador en “La idea de la Justicia”.

## 2. Concepción tradicional de la justicia e ideología

Decimos en “Valor Justicia e ideología” que en el contraste entre la idea de justicia y los contenidos que deben corresponderle, hace fuerte presencia la problemática de la ideología en el campo del Derecho. En efecto, ningún compromiso *en el terreno de los hechos* acarrea la coincidencia acerca de lo que la Justicia es en el plano formal, más la verdadera cuestión se presenta cuando se trata de trasladar aquélla idea a los hechos, es decir de instrumentalizar las medidas que la hagan realidad. Aquí aparece, con suma claridad y en toda su dimensión, la distancia que media entre la coincidencia abstracta y la discrepancia concreta en el terreno de la praxis social.

Nos ilustra, al propio tiempo, respecto de la singular irrelevancia que dicha coincidencia formal ha tenido en torno de tan magna cuestión social –sin duda la de mayor jerarquía en las relaciones humanas-, habida cuenta que el transcurso de más de veinticinco siglos de experiencia histórica ha resultado impotente para generar avan-

---

ces en ella. Una frustración tan espectacular, está denunciando una profunda crisis epistemológica, un yerro en el planteamiento y abordamiento mismo de la cuestión.

Nunca en la historia de la cultura, un coincidente bloque de ideas respecto de un tema fundante, sintetizadas bajo el apotegma “la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, ha mostrado tamaña esterilidad operativa sobre la realidad”. Por ello para nosotros, la respuesta deviene obvia: aquélla incapacidad responde a un enfoque ideológico de la problemática abarcada por el valor justicia. Enfoque que ha resistido exitosamente por más dos milenios y medio todo intento de desocultar la verdad acerca de ella, replanteándola en sus verdaderos términos en el escenario de las realizaciones concretas.

La funcionalidad ideológica de la caracterización formal de la justicia acuñada por Ulpiano, encuentra pruebas históricas contundentes. Relata el historiador Raúl Fradkin (2007), que durante nuestro período Colonial hubieron esclavos que reclamaron por su derecho a no trabajar en horario de misa “porque ello no les permitía comportarse como buenos cristianos”, tal como estaban obligados. Los reclamos tuvieron favorable acogida por las autoridades, fundándose la decisión en el principio definitorio que reza: “La justicia consiste en dar a cada uno lo suyo”.

Alto voltaje adquiere aquí la afirmación crítica de Carlos Marx al señalar que hasta aquí “... los filósofos han interpretado el mundo. El punto, sin embargo, es cambiarlo”.

Precisamente el rol de las ideologías consiste en ocultar la verdad, en encubriarla, y su éxito aquí ha resultado portentoso. No debe sorprendernos, sin embargo. Si el Derecho, al decir de Michael Foucault (1991) “es el discurso de poder”, la ideología en este campo de la estimativa jurídica ha concentrado todas sus fuerzas para que el discurso acerca de la justicia perdure embretado en la vacía coincidencia formal, a la par de repeler todo intento de traducirla en realidad.

Enseña el Dr. Cossio (1963) que el error en las ciencias sociales, en tanto que expresión ideológica, se convierte en un “obstáculo social”, al perturbar la búsqueda de la verdad.

Expresa Sen sobre el particular:

*(...) otros filósofos de la Ilustración (por ejemplo Smith, Condorcet, Wollstonecraft, Bentham, Marx, Johan Stuart Mill, adoptaron una variedad de enfoques... bajo la influencia de las instituciones, pero también del comportamiento real de la gente, las interacciones sociales y otros factores determinantes (Amartya Sen, 2014: 20).*

*(...) Estos autores, con sus muy diferentes exigencias de la justicia, propusieron muy distintas formas de comparación social; puede decirse, con tal sólo una ligera exageración, que todos ellos estaban implicados en comparaciones entre sociedades que ya existían o que podían existir, en lugar de reducir sus análisis a la búsqueda trascendental de una sociedad perfectamente justa. Aquellos que se concentraban en comparaciones basadas en realizaciones, estaban principalmente interesados en la eliminación de la injusticia manifiesta en el mundo que observaban (Amartya Sen, 2014: 39).*

*Debe atribuirse importancia al punto de partida, y en particular a la selección de unas preguntas que van a responderse (por ejemplo, “¿Cómo debería promoverse la justicia?”) en lugar de otras (por ejemplo, “¿Qué serían las instituciones perfectamente justas?”). Este cambio de rumbo tiene el doble efecto, primero, de tomar la ruta comparativa en lugar de la trascendental, y segundo, de concentrarse en las realizaciones reales de las sociedades estudiadas, más que en las instituciones y las reglas. Dado el actual equilibrio*

---

*de énfasis en la filosofía política contemporánea, esto requerirá un cambio radical en la formulación de la teoría de la justicia.*

*(...) Un ejercicio de razón práctica que entraña una elección real, exige un esquema para comparar la justicia de escoger entre las alternativas factibles y no la identificación de una solución perfecta (...)*

*El contraste tiene que ver aquí, como se ha mencionado antes, con una dicotomía general y mucho más entre una visión de la justicia centrada en esquemas, y una concepción de la justicia centrada en realizaciones”. ¿No deberíamos (...) examinar lo que surge de la sociedad, incluidas las vidas que las personas viven realmente con las instituciones y reglas existentes, así como otras influencias, como el comportamiento real, que afectarían ineludiblemente a las vidas humanas (Amartya Sen, 2014, 41-42).*

*El concepto de ilusión objetiva, figura en los escritos económicos de Marx (y no sólo en los filosóficos), incluidos en el volumen I de “El Capital y la Teoría de la Plusvalía”. Marx estaba particularmente interesado en mostrar que la creencia común sobre la equidad del intercambio en el mercado laboral es, en efecto, ilusoria, y sin embargo esa reivindicación de equidad es “objetivamente” aceptada por la gente que ve cómo las cosas se intercambian en términos de valores iguales y precios de mercado. Aún los trabajadores explotados que, en el análisis marxista, son despojados de parte del valor de sus productos, podrían encontrar difícil de ver que en el mercado laboral no había más que intercambio de “valores iguales (Amartya Sen, 2014: 193).*

*“Lo que hay que evitar ante todo es el restablecimiento de la sociedad como una abstracción con respecto al individuo” (Amartya Sen, año: 275).*

(...) A pesar de las luces que aporta, he sostenido que *la tradición contractualista, entraña limitaciones tan serias en la sustentación de una teoría de la justicia con el alcance suficiente, que en últimas se convierte en una barrera para la razón práctica en el campo de la justicia* (Amartya Sen, 2014: 444).

### 3. Sobre la necesidad de consensos sociales

Decimos en “Valor justicia en el pensamiento cossiano...” que la idea de igualdad, de proporcionalidad como contenido de la justicia, ya advertida por los Pitagóricos, pasa de un enfoque estático a uno dinámico, y la igualdad pasa a transformarse en un proceso que, partiendo de ella como idea, persigue como objetivo ‘la igualación’ en el terreno de la praxis. Igualación en el ‘punto de partida’, precisará Cossio (1963).

Dos categorías de desigualdades se infieren del pensamiento cossiano: las “objetivas” y las “de mérito”. Las primeras escapan a la voluntad operativa de los sujetos que las padecen, son estructurales o de contexto. Las segundas son el resultado del ejercicio de las opciones individuales por parte de los sujetos, al mismo tiempo que expresión libre de las cualidades personales de que estuvieren dotados.

Cada ser humano es una experiencia única, tanto en su expresión biológica como biográfica, por ello, las desigualdades objetivas, corregidas o compensadas en su propio ámbito, encuentran ahora nueva expresión, en orden al mérito o desmérito que las respectivas proyecciones existenciales de los individuos les insuflén.

En caso alguno, este operar sobre desigualdades heterónomamente, debe perturbar o trabar la iniciativa y desenvolvimiento de los seres individuales, sino que, por el contrario, lo que se busca es crear las condiciones para su afloramiento, para su extraversión. Es que aquí, la medida exacta de la cooperación, es la que tiene como límite el portal de ingresos al ámbito de la libertad de los individuos, el santuario en

---

el que generan su creatividad existencial. Invadido este delicado ámbito individual, se quiebra la esencia del ser humano, “masificándolo”.

Es claro que en este proceso dinámico, de escenario permanentemente cambiante, la detección de nuevas desigualdades objetivas requiere, para su superación, de sensibles sensores sociales, personificados por individuos de singular calidad. Y en esto estamos apuntando quizá, al mayor desafío que la concepción Cossiana enfrenta: ¿Quiénes podrán satisfacer tamañas exigencias de sensibilidad y calidad humanas”.

Entendemos que el interrogante es no sólo pertinente, sino que también resulta necesario asumirlo, habida cuenta del sólido apego a la realidad que caracteriza al pensamiento de Cossio (1963), sino que también para contrarrestar el seguro ataque del pensamiento antiecológico, so capa de utopismo.

Para nosotros, una cosa representa la concepción, el ideario, fruto del análisis ontológico acerca del valor justicia en el entramado social, y otra las mayores o menores dificultades que su consecución nos presente. Como en todo problema el orden lógico de tratamiento radica en desentrañar su naturaleza y alcance, para luego avocarse a las vías y medios para su tratamiento.

Imagino como respuesta posible al dilema, un ágil y democrático mecanismo de consulta *a organizaciones comunitarias, cuya respuesta configure el insoslayable basamento de las medidas a adoptar desde el poder.*

En el pensamiento de Amartya Sen, la búsqueda de consensos sociales para la individualización de injusticias y determinación de mecanismos de lucha contra las mismas, resulta crucial. Nos dice:

*Al buscar soluciones mediante el razonamiento público, se propone con energía no excluir las perspectivas y razones de todo aquel cuyos juicios sean relevantes, o porque sus intereses están comprometidos o porque sus opiniones acerca de estos temas arrojan luz so-*

*bre juicios particulares, una luz que se perdería si no existiera la oportunidad de airear esta postura (Amartya Sen, 2014: 74).*

*Las opiniones imparciales pueden venir de lejos o de la propia comunidad, nación o cultura. Smith alegaba que hay espacio para ambas y necesidad de ambas.*

*(...) El razonamiento de Smith no sólo admite sino que requiere considerar las opiniones de otros, cercanos o lejanos. Este procedimiento para alcanzar la imparcialidad es, en este sentido, abierto y no cerrado, y (no) está confinado sólo a las perspectivas e interpretaciones de la comunidad local.*

*(...) La objetividad exige escrutinio serio y atención a los diferentes puntos de vista, que reflejan la influencia de otras experiencias empíricas.*

*Considerar las opiniones de otros y sus razones, puede ser una manera efectiva de determinar lo que la objetividad exige.*

*La invocación del espectador imparcial por Smith, no implica la intención de ceder la toma de decisiones al arbitraje final de alguna persona desinteresada e independiente (...) procede cuando se escuchan las voces, no porque vienen del grupo de decisión o incluso de partes interesadas, sino por la importancia de oír el punto de vista de otros, lo que cual puede ayudarnos a alcanzar una comprensión más completa y más justa (Amartya Sen, 2014: 152-160).*

*Esta cuestión tiene conexión con las discusiones contemporáneas sobre los derechos humanos. La noción de derechos humanos se basa en nuestra humanidad compartida. Estos derechos no derivan de la ciudadanía de ningún país o de la pertenencia a ninguna na-*



---

*ción, sino que se consideran exigencias o derechos de todo ser humano. Difieren por consiguiente, de los derechos de creación constitucional que se garantizan a pueblos específicos (como los ciudadanos franceses o estadounidenses); por ejemplo, el derecho humano de una persona a no ser torturada o sometida a ataques terroristas se afirma independientemente del país del cual la persona sea ciudadana, y también sin consideración de lo que el gobierno de ese país o de cualquier otro quiera ofrecer o apoyar” (Amartya Sen, 2014: 172 y sigs.).*

#### **4. Sobre la omnipresencia de la injusticia**

Decimos en “Valor justicia...” que en esta dirección del pensamiento, la sabiduría popular, henchida de sentido común, nos orienta. Mucho me llamó la atención escuchar una vez a un hombre, hecho en los avatares de la vida, decir, para hacer referencia a una situación que, desde su apreciación de manera reiterada y desde siempre se presenta, lo siguiente: ‘más viejo que la injusticia’. Pensé inmediatamente, interrogándome a mí mismo, ¿por qué la referencia a la injusticia y no a la justicia, si ambas comparten juntas, desde los orígenes, el mundo humano y el campo de los valores, diciendo por ejemplo “más viejo que la justicia?.

Es que en el ideario popular la injusticia es vieja, por presencia permanente, por omnipresencia diríamos mejor, en tanto que la justicia es joven por ausencia, por falta de presencia, por no uso o ejercicio, al punto que casi podríamos representárnosla como un bebé en pañales. La injusticia vieja y omnipresente, aunque paradójicamente vigorosa e inmune al paso del tiempo, para no ceder ni un milímetro en los espacios de la vida social que ocupa. Toda presencia y actualidad ella, **toda ausencia y sólo esperanza la otra.**

*En el pequeño mundo en el cual los niños viven su existencia, no hay nada que se perciba y se sienta con tanta agudeza como la injusticia (...) Lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediabiles un nuestro entorno que quisiéramos suprimir.*

*La identificación de la injusticia reparable no sólo nos mueve a pensar en la justicia y la injusticia; también resulta central, y así lo sostengo... para la teoría de la justicia que aquí se presenta, **el diagnóstico de la injusticia aparecerá con frecuencia como el punto de partida de la discusión crítica**". Pero podría preguntarse: si éste es un punto de partida razonable, ¿por qué no podría preguntarse: si este es un punto de partida razonable, ¿por qué no podría ser también un buen punto de llegada? ¿Qué necesidad hay de ir más allá de nuestro sentido de la justicia y la injusticia? ¿Por qué debemos tener una teoría de la justicia?.*

*Tenemos que preguntar también qué clase de razonamiento debe contar en la evaluación de conceptos éticos y políticos como justicia e injusticia. ¿En qué sentido puede ser objetivo un diagnóstico de la injusticia o la identificación de lo que podría reducirla o eliminarla?.*

*¿Cuál es el papel de la racionalidad y la razonabilidad en la comprensión de las exigencias de la justicia.*

*(...) una teoría de la justicia que puede servir de base para el razonamiento práctico debe incluir maneras de juzgar cómo se reduce la injusticia y se avanza hacia la justicia, en lugar de orientarse tan sólo a la caracterización de sociedades perfectamente justas, un ejercicio dominante en muchas teorías de la justicia en la filosofía política actual. Los dos ejercicios para identificar los esquemas perfectamente justos, y para determinar si un cambio social específico podría perfeccionar la justicia, tienen vínculos motivacionales pero están sin embargo analíticamente desarticulados.*

---

*La última cuestión (...) resulta central para tomar decisiones sobre instituciones, comportamiento y otros aspectos determinantes de la justicia, al punto que tales decisiones son cruciales para una teoría de la justicia que se propone guiar la razón práctica acerca de los que se debe hacer (Amartya Sen, 2014: 11-13).*

*Para la idea de la justicia resulta crucial que tengamos un fuerte sentimiento de injusticia con muchos y diferentes fundamentos, y sin embargo que no coincidamos en un fundamento particular como razón dominante para el diagnóstico de la injusticia (Amartya Sen, 2014: 34).*

*Estamos crecientemente vinculados no sólo por nuestras mutuas relaciones económicas, sociales y políticas, sino también por las preocupaciones compartidas, inciertas pero de largo alcance, por la injusticia y la inhumanidad que desafían nuestro mundo, y la violencia y el terrorismo que lo amenazan. Incluso nuestras frustraciones y meditaciones compartidas sobre el desamparo global pueden unir en lugar de separar. Quedan muy pocos no vecinos en el mundo actual (Amartya Sen, 2014: 204).*

*(...) para mostrar que la esclavitud reduce de manera severa la libertad de los esclavos o que la ausencia de cualquier garantía de atención médica recorta nuestras oportunidades sustantivas de vida o que la desnutrición aguda de los niños, que causa agonía inmediata y atraso de las capacidades cognitivas, incluida la habilidad de razonar, es una afrenta a la justicia, no necesitamos un único conjunto de valores relativos sobre las diferentes dimensiones implicadas en tales juicios. Un amplio abanico de valores relativos, no congruentes del todo, podría producir orientaciones similares (Amartya Sen, 2014: 273).*

*Si las exigencias de la justicia tienen que dar prioridad a la eliminación de la injusticia manifiesta (...) en lugar de concentrarse en la búsqueda prolongada de la sociedad perfectamente justa, entonces la prevención y el alivio de la discapacidad han de ocupar un lugar central en la empresa de promoción de la justicia).*

*Una hambruna es el resultado de que mucha gente no tenga suficiente comida para comer, y en sí mismo no es ninguna prueba de que no hay suficiente comida para comer” (Amartya Sen, 2014: 423).*

*Hay muchos casos recientes... en los cuales se ha evitado que la disminución de la oferta de alimentos provoque hambruna a través de políticas públicas que dan garantías mínimas de acceso a la alimentación básica a los más vulnerables. Las mentes inflamadas de las clases bajas estaban mucho más cerca de la razón que los refinados intelectos de Ricardo y Mill (Amartya Sen, 2014: 423).*

### **Referencias bibliográficas**

COSSIO, Carlos (1963): *La Teoría Ecológica del Derecho. Su problema y sus problemas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

(1964): *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

FOUCAULT, Michael Foucault (1995): *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa.

(1992): *Microfísica del Poder*, 3º ed., Madrid: La Piqueta.

(1991): *Espacios de Poder*, Madrid: La Piqueta

(1991): *Saber y Verdad*, Madrid: La Piqueta.

(2002): *Vigilar y Castigar*”, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

FRADKIN, Raúl O. (2007): *El poder y la vara. Estudios sobre la justicia y la construcción del Estado en el Buenos Aires rural (1780-1930)*, Buenos Aires: Prometeo.

---

SEN, Amartya (2014): *La idea de la justicia*, Buenos Aires: Altuna Impresores