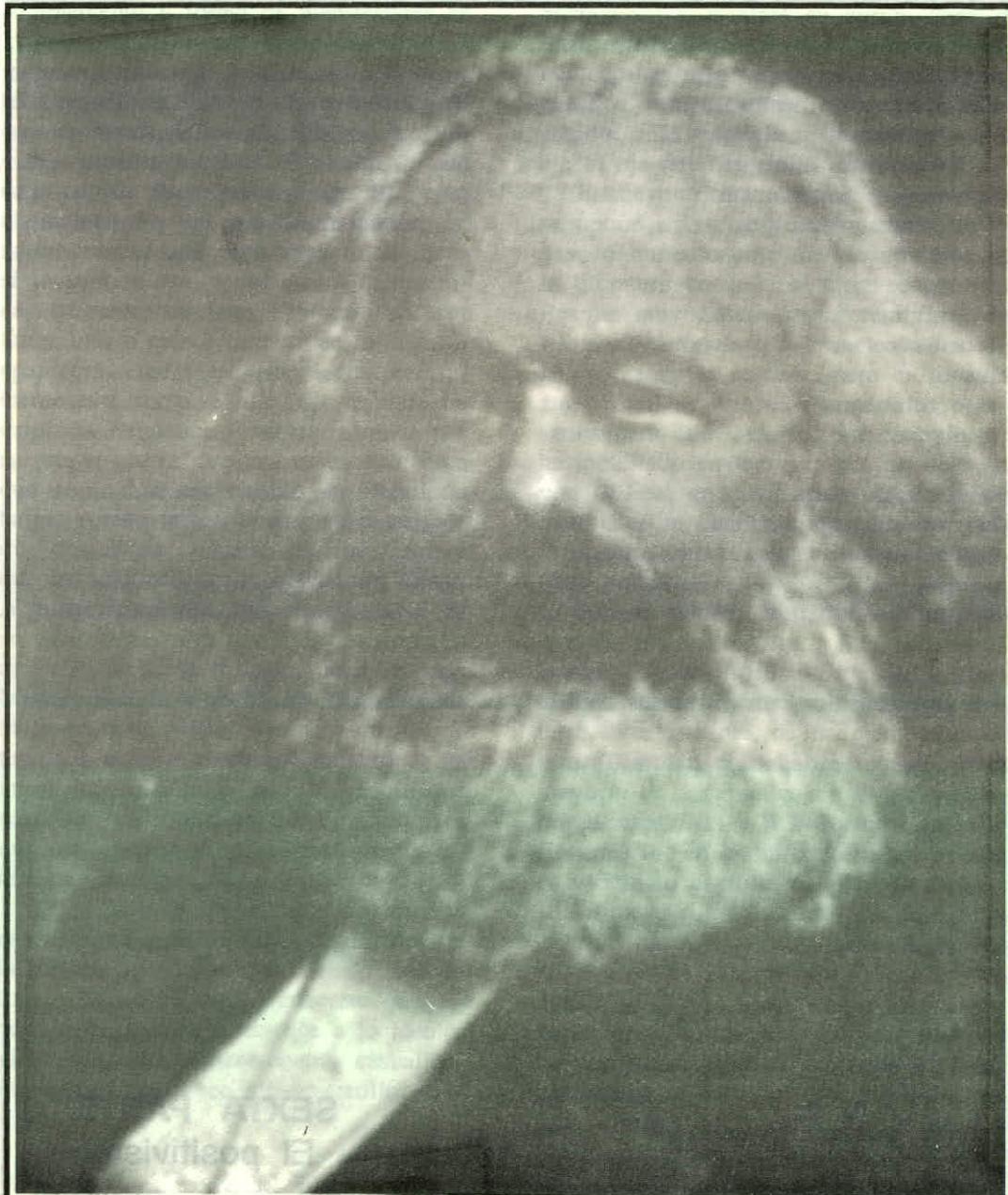


SEXTA PARTE
El positivismo



Karl Marx

19 AUGUSTO COMTE

Se ubica en la segunda mitad del siglo XIX el surgimiento del positivismo, como corriente del pensamiento que tendrá gran influencia en todos los campos del conocimiento.

En virtud del notable avance de las llamadas ciencias naturales, se pretende aplicar la rigurosidad de su metodología en el ámbito de las ciencias sociales, a partir de la observación cuidadosa y sistemática de los hechos empíricos, así como el registro fidedigno de los datos percibidos por los sentidos.

El positivismo intenta una actitud científica en todas las esferas del saber, caracterizada por elementos de análisis como:

1. Seguridad en la validez de la ciencia;
2. Admisión de leyes naturales absolutamente constantes y necesarias.
3. Uniformidad de las estructuras de la realidad.
4. Continuidad en el tránsito de una ciencia a otra.
5. Tendencia a la matematización y al mecanicismo.

Se considera a Augusto Comte (1798-1857) como el fundador del positivismo, escribió entre otras obras un "curso de Filosofía Positivista". Afirma que la humanidad ha pasado por tres grandes etapas en su evolución: teológica, metafísica y positiva.

a) Estado teológico: en el cual todos los fenómenos son explicados por referencia a causas sobrenaturales y a

la intervención de seres divinos.

b) Estado metafísico: la explicación se realiza en función de principios e ideas, concebidos como existentes más allá de la superficie de las cosas y como constitutivos de las fuerzas reales que actúan en la evolución de la humanidad.

c) Estado positivo: en el cual se rechaza todas las construcciones hipotéticas en filosofía, historia y ciencia, limitándose a la observación empírica y las leyes de la conexión de los hechos, siguiendo los métodos utilizados en las ciencias naturales.

De acuerdo con Edgar Bodenheimer esta "ley de los tres estados" aunque criticable como interpretación general de la evolución humana, es útil para poner de manifiesto el desarrollo del pensamiento humano desde comienzos de la Edad Media hasta mediados del siglo XIX. Por lo que se refiere al campo de la filosofía jurídica hemos visto que la interpretación del Derecho de la Edad Media, estaba fuertemente determinada por consideraciones teológicas; ponía el Derecho en conexión íntima con la revelación divina y la voluntad de Dios.

El período que va desde el Renacimiento hasta aproximadamente mediados del siglo XIX puede ser calificado de período metafísico de la filosofía jurídica. La doctrina clásica del Derecho natural, lo mismo que las filosofías históricas sostenidas por Savigny, Hegel y Marx se caracterizan por un fuerte elemento metafísico. Esas teorías tra-

taron de explicar la naturaleza y el significado del Derecho por referencia a ciertos principios últimos, concebidos como operantes más allá de la superficie empírica de las cosas. La "razón eterna" de los filósofos iusnaturalistas, el "espíritu del pueblo" y las "fuerzas que operan silenciosamente" de Savigny, el "espíritu universal" de Hegel, la "desaparición del Estado" en la sociedad comunista de Marx, no pueden ser juzgados y medidos en términos del mundo empírico. Todas esas construcciones son metafísicas porque van más allá de la apariencia física de las cosas y parten del supuesto de fuerzas invisibles y causas últimas que haya que buscar más allá de los hechos de la realidad.

En el tercer estado el positivismo pretende proporcionar el carácter "científico" a todas las manifestaciones del pensamiento humano, incluyendo al Derecho y en general a las ciencias sociales, rechazando especulaciones apriorísticas y metafísicas y limitándose a los datos de la experiencia.

El positivismo pretende una actitud "científica" rechazando las especulaciones apriori y metafísicas, para limitarse a las bases proporcionadas por los datos de la experiencia.

Para el Derecho es importante la

influencia del positivismo que derivó en dos corrientes:

- a) el positivismo analítico y
- b) el positivismo sociológico.

El positivismo analítico tiene como objetivo esencial: clasificar las normas jurídicas, en un sistema de relaciones de conexión e interdependencia; además de la definición de los conceptos generales de la ciencia jurídica. Se concibe el Derecho como un imperativo del poder gubernamental. Es decir que no existe más norma jurídica que la creada (y respaldada por tanto) por el Estado.

Al igual que el positivismo sociológico su esencia consiste en eliminar de la teoría del Derecho la especulación metafísica y filosófica.

Los principales autores de la corriente del positivismo analítico son: Bentham, Jhering, Austin, Jellinck y Kelsen entre otros. En tanto que la escuela del positivismo sociológico se forma con autores como Gumpowicz, Kohler, Radbruch y Roscoe Pound principalmente.

El positivismo sociológico incluye en el análisis del Derecho a las fuerzas sociales que ejercen influencia en su origen y desarrollo. Sin descuidar su base positivista en el sentido de considerar al Estado como única fuente del Derecho.

20. JHEREMY BENTHAM

La teoría jurídica de Bentham (1784-1832) es conocida como "utilitarismo individualista" y consiste básicamente en que:

1. La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos soberanos: el dolor y el placer.

2. En consecuencia toda consideración del bien o del mal se realiza en función del dolor o placer que ocasione.

3. De tal manera que por lo tanto sea la utilidad el medio para juzgar toda acción humana.

Jheremy Bentham define el principio de utilidad como "aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia que parezca tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está envuelto en aquella acción.

De acuerdo con esto la legislación debe tener como valor teleológico el principio de utilidad: "la aspiración

suprema de todo legislador habrá de ser la felicidad del pueblo".

De todo lo cual deriva una concepción sobre la justicia: "la medida de lo justo y de lo injusto es la mayor felicidad del mayor número".

El utilitarismo individualista pretende en el legislador que éste considere el interés de la comunidad, como esencial en su tarea de creación y orientación de las normas jurídicas hacia la utilidad que proporcione al individuo como integrante de la colectividad:

"El legislador que desee asegurar la felicidad de la comunidad debe luchar por conseguir la subsistencia, la abundancia, la igualdad y la seguridad de los ciudadanos".

Esto en opinión de Bentham asegura la felicidad de los individuos y es lo justo. Pero también compromete al Estado en una mayor participación hacia lo que posteriormente se conoce como justicia social.

21. RODOLFO VON JHERING

Su teoría es conocida como "política de la fuerza" porque en su concepto el Derecho sin fuerza es un nombre vacío. Siendo por lo tanto la coercitividad la característica fundamental del Derecho y lo que le va a diferenciar de otros ordenamientos como la moral o la costumbre.

"Una norma legal sin coacción, es un fuego que no llamea, una luz que no brilla"

El Estado es para Jhering (1818-1892) el legítimo postador de la fuerza coactiva que hace posible al Derecho. Por lo que Derecho y Estado se ligan indisolublemente, ya que éste es el único y legítimo creador de normas jurídicas, en tanto aquel es el regulador de toda función estatal.

"El derecho es la suma total de principios con arreglo a los cuales funciona el Estado como disciplina de coacción. El Estado es pues la única fuente del Derecho".

Planteada así la cuestión el Estado tiene como fuente exclusiva de normas jurídicas, la responsabilidad de

definirse teleológicamente.

Puesto que para Jhering el Derecho es en gran parte, una acción de poder estatal, dirigida intencionalmente a cierto fin, es necesario explicitar tal finalidad: la seguridad de las condiciones de vida social.

El Derecho es -por lo tanto dice Jhering- "la suma de las condiciones de la vida social en el sentido más amplio de la palabra, aseguradas por el poder del Estado, mediante la coacción externa".

"Es el preajuste de los intereses individuales a los propósitos sociales del Estado, según el principio de utilidad social. El derecho ha de aspirar a producir un equilibrio entre el individuo y el principio social".

Al oponerse al iusnaturalismo el positivismo resalta la presencia del Estado, en base al pensamiento realista orientado a darle esencia al Derecho, considerado en el sentido de la suma total de principios con arreglo a los cuales funciona el Estado como disciplina de coacción.

22. JOHN AUSTIN

Es considerado como el fundador de la escuela analítica. Comparte con Bentham las ideas fundamentales de la filosofía jurídica utilitarista; aunque hace una clara separación entre la ética y el Derecho, congruente con su postura positivista, es decir, pretendiendo una ciencia del Derecho con características de autonomía e independencia, al margen de consideraciones éticas:

"La ciencia de la jurisprudencia se ocupa de leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad"

En síntesis la teoría de Austin (1790-1859) podría expresarse en cuatro puntos esenciales:

1.- La clara distinción entre derecho positivo y otros tipos de normas como preceptos morales o usos sociales;

2.- La potestad conferida al Estado, en el sentido de que no está sometido a ninguna limitación superior;

3.- La ciencia jurídica no debe ocuparse de la valoración de las normas, respecto a si son buenas o malas moralmente;

4.- La ciencia jurídica debe centrarse en la elaboración y sistematización de los conceptos del derecho.

La interpretación que hace Edgar Bodenheimer resulta interesante por las implicaciones de Derecho positivo en la concepción de Austin:

"Todo Derecho positivo, o simplemente todo Derecho en sentido estricto, es establecido por una persona o cuerpo soberano, para un miembro o miembros de la sociedad política independiente donde aquella persona o cuerpo es soberano o supremo". El elemento imperativo en el Derecho es considerado por Austin como su característica más significativa. Las leyes propiamente tales son mandatos. Pero... no todos los mandatos son leyes. Un mandato ocasional o particular no es ley; este término se aplica sólo a aquellos mandatos que son obligatorios para la generalidad o al menos para toda una clase de personas. El derecho creado por el juez es, en opinión de Austin, verdadero Derecho positivo. Las normas que el juez crea derivan su fuerza legal de la autoridad dada por el Estado.

23. HANS KELSEN

La "Teoría Pura del Derecho" es considerada una de las obras jurídicas de mayor influencia en la actualidad. Para muchos Kelsen (1881-1973) es el auténtico representante de la escuela jurídica positivista y el que más se acerca al intento de eliminar de la jurisprudencia todos los elementos no jurídicos.

Derecho y Estado han de ser entendidos en su pura realidad jurídica, y las disciplinas extrañas, como la psicología y ética, han de ser desterradas de la ciencia jurídica. Kelsen define la ciencia del Derecho como el conocimiento de las normas: entendiendo por normas un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer un determinado acto debe ir seguido de una medida coactiva por parte del Estado. El análisis del derecho debe hacerse con independencia a la realidad social en que actúa. La ciencia jurídica tiene por objeto el conocimiento del conjunto de normas que constituyen el derecho vigente o positivo. El derecho, entendido como sistema de normas, y nada más que esto, ha de ser su tema de estudio. Tal es la actitud positivista. (Latorre).

Al definir a la ciencia del Derecho como el conocimiento de las normas, señala que éstas se refieren a un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer un determinado acto debe ir seguido de una medida coactiva por parte del Estado: "en determinadas circunstancias un sujeto debe seguir tal o cual conducta, si no la observa, un sujeto órgano del Estado debe

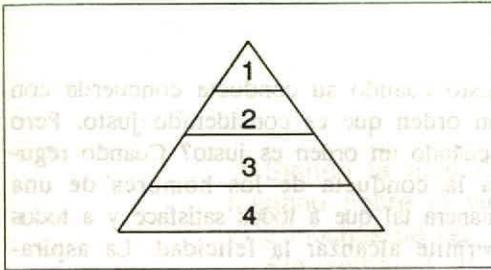
imponerla. Si A es, debe ser B, no es, debe ser C". La teoría de la norma podría enunciarse en los siguientes puntos:

- 1.- La ciencia jurídica versa sobre normas y no sobre hechos.
- 2.- Las normas pertenecen a la categoría del "deber ser".
- 3.- La ciencia del Derecho es por lo tanto una ciencia normativa.
- 4.- El carácter normativo de la norma se manifiesta de dos maneras:
 - a) Positivamente, en tanto que estudia normas por lo que los conceptos lógicos para aprehenderlas pertenecen al plano categorial del deber ser;
 - b) Negativamente, en tanto que no se ocupa de hechos, no trata de fenómenos, no explica realidades.

Para Kelsen el Derecho es un sistema gradual de normas coactivas, es decir, un orden coactivo exterior, el cual conserva su unidad por la relación que guardan en referencia común a la norma básica o fundamental "idéntica a la constitución política de un país".

Ubicada en la cúspide de la pirámide de la estructura jurídica, la norma básica prescribe métodos y condiciones de coacción y determina además órganos y procedimientos, así como el lugar que ocupan las distintas normas:

1. Norma fundamental
2. Normas generales
3. Juicios y decisiones administrativas
4. Ejecución material o acto coactivo



Kelsen otorga dos sentidos a la palabra Constitución, que como norma fundamental es aplicable a cualquier forma de gobierno:

a) Sentido lógico-jurídico, como norma básica hipotética cuando instituye un órgano creador del Derecho;

b) Sentido jurídico-positivo, "como grado inmediatamente inferior en el momento en que el legislador establece normas que regulan la legislación misma.

Para Kelsen conceptos como "im-

perio de la ley" o "Estado de Derecho" carecen totalmente de significado, ya que todo Estado es de Derecho puesto que son idénticos o sinónimos por lo que el Estado no es sino la suma total de normas que ordenan la coacción y es así coincidente con el Derecho, de donde resulta que el término "Estado de Derecho" es un pleonismo, carente de significado.

En opinión de Bodenheimer la doctrina Kelseniana es acaso la expresión más acabada del positivismo analítico en la teoría jurídica. Es característico del positivismo jurídico contemplar la forma del Derecho más que su contenido moral o social, limitarse a la investigación del Derecho tal como es, sin considerar su justicia o injusticia, y tratar de liberar a la teoría jurídica de toda cualificación o juicio de valor de naturaleza política, social o económica.

¿QUE ES LA JUSTICIA?

HANS KELSEN

Cuando Jesús de Nazareth en el interrogatorio ante el Gobernador romano admitió que era un Rey, dijo: "Yo he nacido y he venido al mundo para dar testimonio de la verdad". Entonces Pilato preguntó: "¿Qué es la verdad?". Evidentemente el escéptico romano no esperaba respuesta alguna a esta pregunta y el Justo tampoco dio ninguna. Pues lo esencial de Su misión como Rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. El había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa justicia que El quería realizar en el Reino de Dios. Y por esta justicia murió en la cruz.

Así surge de la pregunta de Pilato: "¿Qué es la verdad?" y de la sangre del Crucificado otra pregunta mucho más importante; la pregunta eterna de la humanidad: "¿Qué es la justicia?"

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

1. La justicia es, ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es

justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo. Pero ¿cuándo un orden es justo? Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad; al no poder encontrarla como individuo aislado, busca el hombre esta felicidad en la sociedad. La justicia es la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza. -En este sentido, identifica Platón la justicia con la felicidad cuando afirma que sólo el justo es feliz y el injusto desgraciado.

Evidentemente, con la afirmación de que la justicia es la felicidad, la cuestión no ha sido contestada sino tan sólo desplazada. Pues entonces se plantea la pregunta: ¿qué es la felicidad?

2. Desde luego, un orden justo, es decir, aquel que garantiza a todos la felicidad, no puede existir si -de acuerdo con el sentido originario de la palabra- se entiende por felicidad un sentimiento subjetivo, es decir, lo que cada uno considera como tal. En este caso, es imposible evitar que la felicidad del uno entre en conflicto con la felicidad del otro. Un ejemplo: el amor es la más importante fuente de felicidad y de desgracia. Supongamos que dos hombres aman a una misma mujer y que ambos -con o sin razón- creen no poder ser felices sin ella. Pero de acuerdo con la ley, y tal vez de acuerdo con sus propios sentimientos, esa mujer no puede pertenecer más que a uno de los dos. La felicidad de uno provoca irremediablemente la desgracia de otro. Ningún orden social puede solucio-

nar este problema de una manera justa, es decir, hacer que ambos hombres sean felices. Ni el mismo célebre juicio del Rey Salomón podría conseguirlo. Como es sabido, el rey resolvió que un niño, cuya posesión disputaban dos mujeres, fuera partido en dos con el propósito de entregarlo a aquella que retirara su demanda a fin de salvar la vida del niño. Pues ésta, así lo suponía el rey, probaría de esta suerte su verdadero amor. El juicio salomónico sería justo únicamente en el caso de que sólo una de las dos mujeres amara verdaderamente al niño. Si ambas lo quisiesen y ambas desearan tenerlo -lo que es posible e incluso probable- y ambas retirasen las respectivas demandas, el conflicto quedaría sin solución, y cuando finalmente, el niño debiera ser entregado a una de las partes, el juicio sería, claro está, injusto, pues causaría la infelicidad de la parte contraria. Nuestra felicidad depende, a menudo, de la satisfacción de necesidades que ningún orden social puede lograr.

Otro ejemplo: hay que designar el jefe de un ejército. Dos hombres se presentan a concurso, pero sólo uno de ellos puede ser nombrado. Parece evidente que aquel que sea más apto para el cargo deberá ser designado. Pero ¿si ambos fuesen igualmente aptos? Entonces, sería imposible encontrar una solución justa. Supongamos que uno de ellos sea considerado el más apto por tener buena presencia y un rostro agradable que le confiere un aspecto de fuerte personalidad, mientras que el otro es pequeño y de apariencia insignificante. Si aquél es designado, éste no aceptará la resolución como justa; dirá, por ejemplo, ¿por qué no tengo yo un físico tan bueno como él?, ¿por qué la naturaleza me ha

dado un cuerpo tan poco atractivo? Y en realidad, cuando juzgamos a la naturaleza desde el punto de vista de la justicia, debemos convenir en que no es justa: unos nacen sanos y otros enfermos, unos inteligentes y otros tontos. Ningún orden social puede reparar totalmente las injusticias de la naturaleza.

3. Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo si por justicia se entiende la felicidad individual. Pero es también imposible un orden social justo aun en el caso en que éste procure lograr, no ya la felicidad individual de todos, sino la mayor felicidad posible del mayor número posible. Ésta es la célebre definición de justicia formulada por el jurista y filósofo inglés Jeremías Bentham. Pero tampoco es aceptable la fórmula de Bentham si a la palabra felicidad se le da un sentido subjetivo pues individuos distintos tienen ideas aún más distintas acerca de lo que pueda constituir su felicidad. La felicidad que un orden social garantiza no puede ser la felicidad tomada en un sentido individual-subjetivo, sino colectivo-objetivo. Esto quiere decir que por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador, y que son dignas de ser satisfechas. Tales, por ejemplo, la necesidad de alimentos, de vestido, habitación y otras del mismo estilo. No cabe duda alguna que la satisfacción de necesidades socialmente reconocidas es algo que no tiene nada que ver con el sentido originario de la palabra felicidad, que es profunda y esencialmente subjetiva. El deseo de justicia es tan elemental y está tan hondamente arraigado en el corazón

del hombre, por ser precisamente la expresión de su inextinguible deseo de subjetiva y propia felicidad.

4. La idea de felicidad debe sufrir un cambio radical de significación para que la felicidad de la justicia pueda llegar a ser una categoría social. La metamorfosis que experimenta la felicidad individual y subjetiva, al transformarse en la satisfacción de necesidades socialmente reconocidas, es igual a aquella que debe sufrir la idea de libertad para convertirse en principio social. La idea de libertad es a menudo identificada con la idea de justicia y, así, un orden social es justo cuando garantiza la libertad individual. Como la verdadera libertad, es decir, la libertad de toda coacción de todo tipo de gobierno, es incompatible con el orden social, cualquiera que éste sea, la idea de libertad no puede conservar la significación negativa de un mero ser libre de todo gobierno. El concepto de libertad debe aceptar la importancia que tiene una determinada forma de gobierno. Libertad debe significar gobierno de la mayoría y, en caso necesario, contra la minoría de los súbditos. La libertad de anarquía se transforma así en autodeterminación de la democracia. De la misma manera, se transforma la idea de justicia, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que protege determinados intereses, precisamente aquellos que la mayoría de los sometidos a dicho orden reconoce como valiosos y dignos de protección.

5. Pero ¿qué intereses humanos tienen ese valor y cuál es la jerarquía de esos valores? Tal es el problema que surge cuando se plantean conflictos de intereses. Y solamente donde existen esos

conflictos aparece la justicia como problema. Cuando no hay conflictos de intereses no hay tampoco necesidad de justicia. El conflicto de intereses aparece cuando un interés encuentra su satisfacción sólo a costa de otro, o, lo que es lo mismo, cuando entran en oposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, o cuando el uno puede ser realizado únicamente en la medida en que el otro es pospuesto, o cuando es inevitable el tener que preferir la realización del uno a la del otro y decidir cuál de ambos valores es el más importante y, por último, establecer cuál es el valor supremo. El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido y únicamente para el sujeto que formula el juicio, y en este sentido es relativo.

6. Lo que se acaba de decir puede ser ilustrado con algunos ejemplos. Para una determinada convicción moral, es la vida humana, la vida de cada cual, el valor supremo. La consecuencia de esta concepción es la prohibición absoluta de dar muerte a un ser humano aun en caso de guerra o de pena capital. Esta es, como se sabe, la posición de los que se niegan a prestar servicio militar o rechazan por principio la pena de muerte. Opuesta a esta posición hay otra convicción moral que sostiene que el valor supremo es el interés y el honor de la nación. Por lo tanto, todos están obligados a sacrificar su vida y a matar en caso de guerra a los

enemigos de la nación, cuando los intereses y el honor de ésta así lo exijan. Parece entonces también justificable el condenar a muerte a los grandes criminales. Desde luego, es imposible decidirse de una manera científica-racional por cualquiera de estos juicios de valor fundados en tan contradictorias concepciones. En último caso es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, quien resuelve el conflicto.

7. Otro ejemplo: a un esclavo o a un prisionero de un campo de concentración, en donde la fuga es imposible, se le plantea el problema de saber si el suicidio es moral o no. Este es un problema que se presenta continuamente y que jugó un papel muy importante en la ética de los antiguos. La solución depende de la decisión que determina cuál de los dos valores, vida o libertad, es superior. Si la vida es el valor más alto, el suicidio es injusto, si lo es la libertad y si una vida sin libertad no tiene valor alguno, el suicidio no es entonces tan sólo permitido sino exigido. Es el problema de la jerarquía entre el valor vida y el valor libertad. En este caso sólo es posible una solución subjetiva, una solución que únicamente tiene valor para el sujeto que juzga y que en ningún caso alcanza la validez universal que posee, por ejemplo, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este último es un juicio de realidad y no de valor.

8. Supongamos -sin por eso sostenerlo- que sea posible demostrar que mediante los llamados planes económicos se puede mejorar en tal forma la situación de un pueblo que la seguridad económica individual quede asegurada, y que tal

organización sólo sea factible mediante una renuncia o al menos una considerable limitación de la libertad individual. La respuesta a la pregunta de si es preferible un sistema económico o una economía planificada depende de que nos decidamos por el valor de la libertad individual o por el valor de la seguridad económica. Una persona, con fuerte sentimiento individualista, preferirá la libertad individual, mientras otra que sufra de un cierto complejo de inferioridad se inclinará por la seguridad económica. Esto significa que a la pregunta de si la libertad individual es un valor superior a la seguridad económica o si la seguridad económica es un valor preferible a la libertad individual, sólo es posible dar una respuesta subjetiva y en ningún caso formular un juicio objetivo como lo es aquel que afirma que el acero es más pesado que el agua y el agua más pesada que la madera. Estos son juicios de realidad que pueden ser comprobados experimentalmente y no juicios de valor que no permiten tales verificaciones.

9. Después de un cuidadoso examen de su paciente, descubre el médico una enfermedad incurable que en poco tiempo provocará la muerte de aquél. ¿Tiene el médico que decir la verdad al enfermo, o puede y hasta debe mentir y decir que la enfermedad es curable y que no existe ningún peligro inmediato? La decisión depende de la jerarquía que se establezca entre ambos valores: verdad o compasión. Decir la verdad al enfermo equivale a mortificarlo con el temor de la muerte, mentir significa ahorrarle este sufrimiento. Si el ideal de la verdad es superior al de la compasión, el médico debe decir la verdad, en caso contrario deberá

mentir. Pero cualquiera que sea la jerarquía de estos dos valores, es imposible dar a esta pregunta una respuesta fundada en consideraciones científico-rationales.

10. Como se hizo notar anteriormente, Platón sostiene que el justo -y esto significa para él aquel que se conduce legalmente- y únicamente el justo es feliz y el injusto -o sea el que actúa ilegalmente- infeliz. Platón dice: "la vida más justa es la más feliz". Sin embargo, admite que en algunos casos el justo puede ser desgraciado y el injusto feliz. Pero -agrega el filósofo- es absolutamente necesario que los ciudadanos sometidos a la ley crean en la verdad de la frase que afirma que sólo el justo es feliz aun en el caso en que ésta no sea verdadera. De lo contrario nadie querría obedecer la ley. En consecuencia, el gobierno tiene, según Platón, el derecho de difundir entre los ciudadanos, por todos los medios posibles, la doctrina de que el hombre justo es feliz y el injusto desgraciado aun cuando esto sea falso. Si esta afirmación es una mentira, es una mentira necesaria, pues garantiza la obediencia de la ley.

"¿Puede encontrar un legislador que sirva para algo una mentira más útil que ésta o alguna otra que pueda lograr en forma más efectiva que los ciudadanos, libremente y sin coacción, se conduzcan justamente?" "Si yo fuera legislador obligaría a todos los escritores y a todos los ciudadanos a expresarse en este sentido, es decir, a afirmar que la vida más justa es la más feliz".

Según Platón, el gobierno está autorizado para utilizar aquellas mentiras que considere convenientes. Platón coloca así la justicia -es decir lo que el gobierno como tal entiende, o sea, la legalidad- por

encima de la verdad. Pero no hay ninguna razón que nos impida colocar la verdad por encima de la legalidad y rechazar la propaganda del gobierno por estar fundada en la mentira, aun en el caso en que esta última sirva para el logro de un buen fin.

11. La solución que se dé al problema de la jerarquía de los valores -vida y libertad, libertad e igualdad, libertad y seguridad, verdad y justicia, verdad y compasión, individuo y nación- será distinta según que este problema sea planteado a un cristiano, para quien la salvación del alma, es decir, el destino sobrenatural, es más importante que las cosas terrenas, a un materialista que no cree en la inmortalidad del alma. Y la solución no puede ser la misma cuando se acepta que la libertad es el valor supremo, punto de vista del liberalismo, y cuando se supone que la seguridad económica es el fin último del orden social, punto de vista del socialismo. Y la respuesta tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y, por lo tanto, relativo.

12. El hecho de que los verdaderos juicios de valor sean subjetivos y que, por lo tanto, sea posible que existan juicios de valor contradictorios entre sí, no significa en ningún caso que cada individuo tenga su propio sistema de valores. En realidad, muchos individuos coinciden en sus juicios valorativos. Un sistema positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado, sino que es siempre el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado (familia, raza, clan, casta, profesión) bajo determinadas condiciones económicas. Todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con su idea central de justi-

cia, es un fenómeno social y, por lo tanto, diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. El hecho de que ciertos valores sean en general reconocidos dentro de una determinada sociedad es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman estos juicios. El que varios individuos coincidan en un juicio de valor no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo. Lo mismo que el hecho de que muchos hayan creído que el sol giraba alrededor de la tierra no prueba en absoluto que esta creencia esté fundada en la verdad. El criterio de justicia lo mismo que el criterio de verdad aparecen con muy poca frecuencia en los juicios de realidad y en los de valor. A menudo, en la historia de la civilización humana, juicios de valor aceptados por la mayoría han sido desplazados por otros juicios de valor más o menos opuestos, aunque no por eso menos aceptados. Así, por ejemplo, las sociedades primitivas consideraban que el principio de la responsabilidad colectiva (venganza de sangre, por ejemplo), era un principio absolutamente justo. Por el contrario, la sociedad moderna afirma que el principio opuesto, o sea el de la responsabilidad individual, es el que mejor responde a las exigencias de una conciencia recta. Sin embargo, en ciertos campos, como, por ejemplo, el de las relaciones internacionales, el principio de responsabilidad colectiva y en el terreno de las creencias religiosas, la responsabilidad hereditaria, el pecado original -es también una especie de responsabilidad colectiva- no son incompatibles con los sentimientos del hombre actual. Tampoco es absolutamente imposible que en el futuro

-si el socialismo llega al poder- vuelva a ser considerado como moral en el campo de las relaciones internacionales un principio de responsabilidad colectiva independiente de toda concepción religiosa.

13. Aunque la pregunta acerca de cuál sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente, el juicio subjetivo y relativo, con el que en realidad se responde a la misma, es presentado, por lo general, como una afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo, como norma de validez absoluta. Un rasgo característico del hombre es el sentir una profunda necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. La conducta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande come al pequeño, tanto en el reino animal como en el humano. Pero cuando un "pez humano", movido por sus instintos, se conduce de esta manera, procura justificar su conducta ante sí mismo y ante los demás y tranquilizar su conciencia con la idea de que su conducta con respecto al prójimo es buena.

14. Como el hombre es, en mayor o menor medida, un ser racional, intenta racionalmente, es decir, mediante una función de su entendimiento, justificar una conducta que el temor o el deseo determinan. Tal justificación racional es posible sólo en una medida limitada, es decir, en tanto su temor o su deseo se refieran a determinado medio mediante el cual debe lograrse un determinado fin. La relación de medio a fin es semejante a la de causa a efecto; por lo tanto, puede ser determinada empíricamente o sea por procedimientos científicos racionales. Evidentemente, esto no es posible cuando los

medios para lograr un determinado fin son medidas específicamente sociales. El estado actual de las ciencias sociales no nos permite tener una comprensión clara del nexo causal de los fenómenos sociales y, por lo tanto, una experiencia suficiente como para determinar en forma precisa cuáles son los medios adecuados para lograr un determinado fin social.

Este es el caso, por ejemplo, del legislador cuando se enfrenta con el problema de establecer la pena de muerte o simplemente la de prisión para evitar ciertos delitos. Este problema puede también formularse con la pregunta: ¿cuál es la pena justa, la de muerte o la de prisión? Para resolver esta cuestión, el legislador debe conocer el efecto que la amenaza de las diferentes penas tiene sobre el hombre que, por inclinación natural, procura cometer los delitos que el legislador quiere evitar. Desgraciadamente, no tenemos un conocimiento exacto de estos efectos y no estamos en condiciones de llegar a tal conocimiento, pues aun en el caso en que esto fuera posible mediante la utilización de experimentaciones, la experimentación en el campo de la vida social es aplicable sólo en una medida muy limitada. De aquí que el problema de la justicia, aun cuando se lo reduzca a la cuestión de saber si una medida social es medio adecuado para lograr un supuesto fin, no pueda ser siempre solucionado racionalmente. Pero aun en el caso en que estos problemas pudieran ser solucionados exactamente, la solución de los mismos no podría proporcionar una justificación completa de nuestra conducta, es decir, aquella justificación que nuestra conducta exige. Con medios sumamente adecuados pueden lograrse fines sumamente problemáticos. Basta pensar

en la bomba atómica. El fin justifica o, como suele decirse, santifica los medios. Pero los medios no justifican el fin. Y es precisamente la justificación del fin, de ese fin que no es medio para otro fin superior, que es precisamente el fin último y supremo, lo que constituye la justificación de nuestra conducta.

15. Cuando se justifica algo, especialmente una conducta humana, como medio para un determinado fin, surge inevitablemente el problema de saber si este fin es también justificable. Y esta cuestión conduce finalmente a la aceptación de un fin supremo que es precisamente el problema de la moral, en general y de la justicia, en particular.

Cuando se justifica una conducta humana como medio apropiado para el logro de un fin propuesto cualquiera, esta justificación es sólo condicional, depende de que el fin propuesto sea justificado o no. Una justificación condicionada y en cuanto tal relativa, no excluye la posibilidad del contrario, pues cuando el fin no es justificable tampoco lo es el medio. La democracia es una forma justa de gobierno, pues asegura la libertad individual. Esto significa que la democracia es una forma de gobierno justa únicamente cuando su fin supremo es el cuidado de la libertad individual. Si en vez de la libertad individual se considera que el valor supremo es la seguridad económica y si puede probarse que en una organización democrática, aquella no puede ser suficientemente garantizada, no será entonces la democracia sino otra, la forma de gobierno considerada como justa. Otros fines exigen otros medios. La democracia, como forma de gobierno, puede justificarse relativa, pero no absolutamente.

16. Nuestra conciencia no se contenta con estas justificaciones condicionadas, sino que pide una justificación absoluta, sin reservas. Por lo tanto, nuestra conciencia no queda tranquila cuando justificamos nuestra conducta sólo como medio adecuado para un fin cuya justificación es dudosa y exige que justifiquemos nuestra conducta como último fin o, lo que es lo mismo, que nuestra conducta concuerde con un valor absoluto. Pero no es posible lograr tal justificación por medios racionales. Toda justificación racional es esencialmente justificación de algo en tanto es medio adecuado; y, precisamente, el último fin no es medio para ningún otro fin. Cuando nuestra conciencia pide una justificación absoluta de nuestra conducta, es decir, postula valores absolutos, nuestra razón no está en condiciones de satisfacer estas exigencias. Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular, están más allá de la razón humana que sólo puede lograr una solución limitada -y en este sentido, relativa- del problema de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana.

17. Pero la necesidad de una justificación absoluta parece ser más fuerte que toda consideración racional. Por esto busca el hombre esta justificación, es decir, la justicia absoluta, en la religión y en la metafísica. Pero esto significa que la justicia es desplazada de este mundo a un mundo trascendente. Será la característica esencial y su realización la función esencial de una autoridad sobrenatural, de una deidad cuyas características y funciones son inaccesibles al conocimiento humano. El hombre debe creer en la existencia de Dios, es decir, en la existen-

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

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

18. El clásico representante del tipo metafísico es Platón. La justicia es el problema central de toda su filosofía. Para solucionar este problema desarrolla su célebre teoría de las ideas. Las ideas son entidades trascendentes que existen en otro mundo, es una esfera inteligible, inaccesible para los hombres, prisioneros de sus sentidos. Representan esencialmente valores, valores absolutos que deben ser realizados en el mundo de los sentidos aunque, en verdad, nunca pueden serlo completamente. La idea fundamental a la cual están subordinadas todas las demás y de la cual obtienen su validez, es la idea del bien absoluto; esta idea desempeña en

la filosofía de Platón el mismo papel que la idea de Dios en la teología de cualquier religión. La idea del bien encierra en sí misma la idea de justicia, esa justicia a cuyo conocimiento aspiran casi todos los diálogos de Platón. La pregunta: ¿qué es la justicia?, coincide con la pregunta: ¿qué es bueno?, o ¿qué es lo bueno? Platón realiza en sus diálogos numerosos intentos para responder a estas preguntas en forma racional. Pero ninguno de estos intentos conduce a un resultado definitivo. Cuando parece haberse logrado una definición, aclara inmediatamente Platón por boca de Sócrates, que son necesarias aún otras investigaciones. Platón remite con frecuencia a un método específico de razonamiento abstracto, libre de toda representación sensible, la llamada dialéctica que -como él afirma- capacita a aquellos que la dominan, para comprender las ideas. Pero el mismo Platón no emplea este método en sus propios diálogos, o al menos no nos comunica los resultados de esta dialéctica. Llega incluso a decir taxativamente que la idea del bien absoluto está más allá de todo conocimiento racional, o sea más allá de todo razonamiento. En una de sus cartas, la VII, en donde da cuenta de los motivos profundos y de los últimos fines de su filosofía, declara que no puede existir una definición del bien absoluto, sino tan sólo una especie de visión del mismo, y que esta visión se hace efectiva en forma de vivencia mística que logran sólo aquellos que gozan de la gracia divina; además, es imposible describir con palabras el objeto de esta visión mística, es decir, el bien absoluto. De aquí -y ésta es la última conclusión de esta filosofía- que no se pueda dar ninguna respuesta al pro-

blema de la justicia. La justicia es un secreto que Dios confía -si es que alguna vez lo hace- a muy pocos elegidos, y que no deja nunca de ser tal, pues no puede ser transmitido a los demás.

19. Es notable como se acerca en este punto la filosofía de Platón a la de Jesús, cuyo contenido más importante es igualmente la justicia. Después de haber rechazado enérgicamente la fórmula racionalista del Antiguo Testamento: "ojo por ojo, diente por diente" -el principio de represalia- Jesús proclama la nueva y verdadera justicia, el principio del amor: el mal no debe pagarse con el mal sino con el bien, no rechazar el mal sino el delincuente y amar al enemigo. Esta justicia está más allá de toda realidad social de un orden posible, y el amor que constituye esta justicia no puede ser el sentimiento humano que llamamos amor. No sólo porque está en contra de la naturaleza humana el amar al enemigo, sino también porque Jesús rechazaba enérgicamente el amor humano que une al hombre con la mujer, a los padres con los hijos. El que quiera seguir a Jesús y alcanzar el reino de Dios, debe abandonar su casa y sus propiedades, padres, hermanos, mujer e hijos. Quien no aborrece a su padre, a su madre, a su mujer, a sus hijos, a sus hermanos, a sus hermanas, y aun su propia vida, no puede ser discípulo de Jesús. El amor que enseña Jesús no es el amor de los hombres. Es el amor que hará que los hombres sean tan perfectos como Su Padre en el cielo, que hace salir el sol sobre los malos y buenos y llover sobre justos e injustos. Es el amor de Dios. Lo más raro en este amor es que debe ser aceptado como compatible con la terrible y eterna pena que será impuesta a los pecadores en

el Juicio Final y, por lo tanto, con el más grande temor que el hombre es capaz de sentir: el temor de Dios. Jesús no intentó aclarar esta contradicción; tampoco es posible hacerlo. Es una contradicción sólo para la limitada razón humana, no para la razón absoluta de Dios que el hombre no puede comprender. Por eso enseñó Pablo, el primer teólogo de la religión cristiana, que "la sabiduría de este mundo es necesidad para Dios", que la filosofía, es decir, el conocimiento lógico-racional no es camino que conduzca a la justicia divina que se encierra en la oculta sabiduría de Dios, que la justicia es confiada por Dios a los fieles y que la fe es actuada por el amor. Pablo se mantiene fiel a la nueva doctrina de Jesús sobre la nueva justicia, el amor de Dios. Pero admite que el amor que Jesús predica supera todo conocimiento racional. Es un misterio, uno de los muchos misterios de la fe.

20. El tipo racionalista que por medio de la razón humana procura dar solución al problema de la justicia, es decir, definir el concepto de justicia, está representado por la sabiduría popular de muchas naciones y también por algunos célebres sistemas filosóficos. Se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia la conocida frase que afirma que la justicia significa dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula ha sido aceptada por notables pensadores y, especialmente, por filósofos del derecho. Es fácil demostrar que ésta es una fórmula completamente vacía. La pregunta fundamental: qué es lo que cada uno puede considerar realmente como "lo suyo"?, queda sin respuesta. De aquí que el principio "a cada uno lo suyo" sea aplicable únicamente cuando se supone que esta cuestión está ya resuelta de antemano; y

sólo puede estarlo mediante un orden social que la costumbre o el legislador han establecido como moral positiva u orden jurídico. Por esto, la fórmula "a cada uno lo suyo" puede servir para justificar cualquier orden social, sea éste capitalista o socialista, democrático o aristocrático. En todos ellos se da a cada uno lo suyo, sólo que "lo suyo" es en cada caso diferente. Esta posibilidad de defender cualquier orden social por ser justo -lo es en cuanto esté de acuerdo con la fórmula "a cada uno lo suyo"- explica la aceptación general de esta fórmula y demuestra a la vez que es una definición de justicia totalmente insuficiente, ya que ésta debe fijar un valor absoluto que no puede identificarse con los valores relativos que una moral positiva o un orden jurídico garantizan.

21. Lo mismo puede decirse de aquel principio que muy a menudo se presenta como esencia de la justicia: bien por bien, mal por mal. Es el principio de represalia. No tiene sentido alguno, a menos que se suponga evidente la respuesta a las preguntas: ¿qué es lo bueno?, ¿qué es lo malo? Pero esta respuesta no es de ningún modo evidente, pues la idea de lo bueno y de lo malo, en los distintos pueblos y en las distintas épocas, es también diferente. El principio de represalia sirve para expresar la técnica específica del derecho positivo que vincula el mal delito con el mal de la pena. Pero éste es el principio que subyace fundamentalmente a toda norma jurídica positiva; de aquí que todo orden jurídico puede ser justificado en tanto es realización del principio de represalia. El problema de la justicia es, a última hora, el problema de saber si un orden jurídico es justo en la aplicación del principio de

represalia, es decir, si el hecho ante el cual el derecho reacciona como ante un delito con el mal de la pena, es en realidad un mal para la sociedad, y si el mal que el derecho establece como pena conviene a aquél. Éste es el verdadero problema, el problema de la justicia del derecho. Y el principio de represalia no da respuesta alguna a este problema.

22. La represalia, en tanto significa pagar con la misma moneda, es una de las múltiples formas bajo las que se presenta el principio de igualdad que también ha sido considerado como esencia de la justicia. Este principio parte de la suposición de que todos los hombres, "todos los que tienen rostro humano", son iguales por naturaleza y termina con la exigencia de que todos los hombres deben ser tratados de la misma manera. Pero como la suposición es completamente falsa, pues en verdad los hombres son muy distintos y no hay dos que sean realmente iguales, esta exigencia puede significar únicamente que el orden social en el otorgamiento de derechos y en la imposición de deberes, debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades. Sería absurdo tratar a los niños de la misma manera que a los adultos, a los locos igual que a los cuerdos. ¿Cuáles son pues las diferencias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles las que no? Ésta es la pregunta decisiva, y el principio de igualdad no da respuesta alguna a la misma. En realidad, las respuestas de los órdenes jurídicos positivos son muy diferentes. Todos están de acuerdo en la necesidad de ignorar ciertas desigualdades de los hombres, pero no hay dos órdenes jurídicos que coincidan en lo que se refiere a las diferencias que no deben ignorarse y que hay que tener en

cuenta para el otorgamiento de derechos y la imposición de obligaciones. Algunos conceden derechos políticos a los hombres y no a las mujeres; otros tratan igualmente a ambos sexos, pero obligan sólo a los hombres a prestar servicio militar; otros no establecen diferencia alguna en este sentido. Pero, ¿Cuál es el orden justo? Aquel para quien la religión es indiferente afirmará que las distinciones de religión son irrelevantes. El creyente, por el contrario, considerará que la diferencia fundamental es aquella que existe entre los que comparten su fe -que él, como creyente, considera la única verdadera- y los demás, es decir, los no creyentes. Para él será completamente justo conceder a aquellos los derechos y a éstos negárselos. Se habrá así aplicado con toda rectitud el principio de igualdad que exige que los iguales sean tratados igualmente.

Esto indica que el principio de igualdad no puede dar respuesta a la pregunta fundamental: ¿qué es lo bueno? En el tratamiento dado a los súbditos por un orden jurídico positivo, cualquier diferencia puede ser considerada esencial y servir, por lo tanto, de fundamento para un tratamiento diferente, sin que por esto el orden jurídico contradiga el principio de igualdad. Este principio es demasiado vacío para poder determinar la estructura esencial de un orden jurídico.

23. Y ahora el principio especial de la llamada igualdad ante la ley. No significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca. Si el derecho otorga derechos políticos solamente a los hombres y no a las mujeres, a los ciudada-

nos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de una determinada religión o raza y no a los de otra, se respetará el principio de igualdad ante la ley cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho, resuelvan en los casos concretos de una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de una determinada religión o raza no tiene derecho político alguno. Este principio difícilmente tiene algo que ver con la igualdad. Expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido. Es el principio de juricidad o legalidad, que por su propia esencia es inmanente a todo ordenamiento jurídico sin que para esto interese el que dicho ordenamiento sea justo o injusto.

24. La aplicación del principio de igualdad a las relaciones entre trabajo y producto del mismo lleva a exigir que a igual trabajo corresponda una igual participación en los productos. Esta es, según Karl Marx, la justicia que subyace al orden capitalista, el retendido "derecho igual" de este sistema económico. En realidad es un derecho desigual, pues no tiene en cuenta las diferencias de capacidad de trabajo que existen entre los hombres y, por lo tanto, no es un derecho justo sino injusto. Pues el mismo quantum de trabajo que produce un obrero fuerte y diestro y un individuo débil e incapaz es sólo aparentemente igual; y cuando los dos reciben por su trabajo la misma cantidad de producto, se entrega a ellos algo igual por algo desigual. La verdadera igualdad y, por lo tanto, la verdadera y no la aparente justicia, se logra únicamente en una economía comunista, en donde el principio fundamental es: de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus

necesidades.

Si se aplica este principio a un sistema económico cuya producción, es decir su fin último, está regulada sistemáticamente por una autoridad central, surge inmediatamente la pregunta: ¿cuáles son las capacidades de cada uno, para qué tipo de trabajo es apto y qué cantidad de trabajo puede exigírsele según sus capacidades naturales? Es evidente que esta cuestión no puede ser resuelta según la opinión de cada uno, sino por un órgano de la comunidad destinado a tal efecto y según normas generales establecidas por la autoridad social; y entonces surge otra pregunta: ¿cuáles son las necesidades que pueden ser satisfechas? Sin lugar a dudas, aquellas cuya satisfacción procura el sistema de producción planificado, es decir, dirigido por una autoridad central. Y aun cuando Marx asegure que en la sociedad comunista del futuro "las fuerzas de producción deben aumentar" y "todas las fuentes de la riqueza social fluirán plenamente", no puede quedar librado al absoluto capricho de cada uno, ni la elección de las necesidades que el proceso de producción social debe procurar satisfacer planificadamente, ni el determinar en qué medida debe realizarse la satisfacción de las mismas. Esta cuestión debe ser también resuelta por la autoridad social de acuerdo con principios generales. Así, pues, el principio comunista de justicia presupone -lo mismo que la fórmula "a cada uno lo suyo"- la respuesta del orden social positivo a la pregunta que fundamenta su aplicación. Y, en realidad, este orden social -lo mismo que en el caso de la fórmula "a cada uno lo suyo"- no es un orden cualquiera, sino uno perfectamente determinado. Pero nadie puede prever cómo

funcionará este orden social a realizarse en un futuro lejano y cómo se podrán resolver las cuestiones fundamentales de la aplicación del principio comunista de justicia.

Si se toman en cuenta estos hechos, el principio comunista de justicia -en tanto éste pretenda ser considerado como tal-termina en la norma: de cada uno según sus capacidades reconocidas por el orden social comunista, a cada uno según sus necesidades determinadas por este orden social. El que este orden social vaya a reconocer las capacidades individuales respetando la idiosincrasia de cada uno y el que vaya a garantizar la satisfacción de todas las necesidades de modo que en la armónica comunidad por él constituida vayan a coexistir todos los intereses colectivos e individuales y, por lo tanto, la libertad individual ilimitada, es una ilusión utópica. La típica utopía de una futura edad dorada, de una situación paradisíaca en la que -como Marx profetizaba-sería superado no sólo "el estrecho horizonte del derecho burgués" sino también (ya que no habría conflicto alguno de intereses), el amplio horizonte de la justicia.

25. Otra aplicación del principio de igualdad es la fórmula conocida con el nombre de regla áurea y que dice: no hagas a los demás lo que tú no quieras que a ti te hagan. Lo que cada uno quiere que los demás no le hagan es aquello que causa dolor; y lo que cada uno desea que los demás le hagan es aquello que causa placer. Así pues la regla de oro conduce a la exigencia siguiente: no causes al prójimo dolor sino bríndale placer. Sólo que a menudo sucede que el proporcionar placer a un individuo causa dolor a otro. Si

esto significa una violación de la regla áurea, surge entonces el problema de saber cómo hay que conducirse ante el infractor de la misma. Precisamente éste es el problema de la justicia, pues si nadie causara dolor al prójimo sino sólo placer no habría problema alguno de justicia. Pero si se intenta aplicar la regla áurea en el caso en que ésta haya sido infringida, se ve enseguida que su aplicación conduce a consecuencias absurdas. Nadie desea ser castigado, aun cuando haya cometido un delito. Por lo tanto, siguiendo la regla áurea, el delincuente no debe ser castigado. Para ciertas personas puede ser indiferente el que se les mienta o no, pues con o sin razón se consideran lo suficientemente inteligentes como para poder descubrir la verdad y protegerse a sí mismas del mentiroso. Entonces, de acuerdo con la regla áurea, a ellas les está permitido mentir. Si esto se interpreta estrictamente se llega a la abolición de toda moral y de todo derecho. Esta no es, por supuesto, la intención de la regla; por el contrario, ella procura mantener la moral y el derecho. Pero si la regla áurea debe ser interpretada de acuerdo con su intención, no puede entonces constituir -como pretende su texto- un criterio subjetivo de conducta justa y, por lo tanto, tampoco puede exigir al hombre que se conduzca con los demás como él quisiese que los demás con él se condujeran. Un criterio subjetivo de este tipo es inconciliable con cualquier orden social. Por lo tanto, debe interpretarse la regla áurea en el sentido de que ésta establece un criterio objetivo. Su significado debe ser: condúctete con los demás como éstos deben conducirse contigo; y, en realidad, éstos deben conducirse de acuerdo con un orden subjetivo. Pero

Mtro. Francisco J. Ibarra S.

¿cómo deben conducirse? Ésta es la pregunta de la justicia. Y la respuesta a la misma no da la regla de oro sino que la presupone. Y puede presuponerla porque lo que está presuponiendo es precisamente el orden de la moral positiva y del derecho positivo.

26. Si por vía de interpretación, se sustituye el criterio subjetivo contenido en el texto de la regla áurea por un criterio objetivo, la regla conduce a la siguiente exigencia: condúctete de acuerdo con las normas generales del orden social. A pesar de ser ésta una fórmula tautológica, pues todo orden social está fundado en normas generales de acuerdo con las cuales debemos conducirnos, sugirió a Manuel Kant la formulación de su célebre imperativo categórico que constituye el resultado esencial de su filosofía moral y su solución al problema de la justicia. El imperativo categórico afirma: "condúctete de acuerdo con aquella máxima que tú desearías se convirtiera en ley general". Con otras palabras: la conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos. Pero ¿cuáles son estas normas que podemos o debemos desear que sean obligatorias para todos? Ésta es la pregunta fundamental de la justicia. Y a esta pregunta -lo mismo que la regla áurea- no da respuesta alguna el imperativo categórico.

27. Cuando se consideran los ejemplos concretos con los que Kant procura ilustrar la aplicación del imperativo categórico, se comprueba que son preceptos de la moral tradicional y del derecho positivo de su época; en ningún caso han sido deducidos del imperativo categórico

como pretende la teoría del mismo, pues de esta fórmula vacía no puede deducirse nada. En todo caso, son únicamente compatibles con el imperativo categórico. Pero toda precepto de cualquier orden social es compatible con este principio, ya que éste no dice otra cosa sino que el hombre ha de conducirse de acuerdo con las normas generales. De aquí que el imperativo categórico, lo mismo que el principio "a cada uno lo suyo" o la regla áurea, pueda servir de justificación a cualquier orden social en general y a cualquier disposición general en particular. Y en este sentido es como han sido utilizados. Esta posibilidad explica por qué estas fórmulas a pesar de -o mejor dicho, por ser absolutamente vacías- son y serán también en el futuro aceptadas como solución satisfactoria del problema de la justicia.

28. La Ética de Aristóteles es otro ejemplo significativo del infructuoso intento de definir la idea de una justicia absoluta mediante un método racional, científico o cuasi científico. Ésta es una ética de la virtud, es decir, apunta a un sistema de virtudes entre las cuales la justicia es la virtud más alta, la virtud perfecta. Aristóteles asegura haber encontrado un método científico, es decir, geométrico matemático para determinar las virtudes o, lo que es lo mismo, para responder a la pregunta: ¿qué es lo bueno? La filosofía moral, afirma Aristóteles, puede encontrar la virtud, cuya esencia busca determinar de la misma manera, o al menos de una forma muy parecida, a la que permite al geómetra equidistantemente alejado de los puntos finales de una línea recta, encontrar el punto que divide a la misma en dos partes

iguales. Así, la virtud es el punto medio entre dos extremos, es decir, entre dos vicios: el vicio de exceso y el vicio de defecto. Así, por ejemplo, la virtud del valor es el punto medio entre el vicio de la cobardía, "falta de coraje", y el vicio de la temeridad, "exceso de coraje". Esta es la conocida doctrina del mesotes. Para poder juzgar esta doctrina es necesario tener en cuenta que un geómetra sólo puede dividir una línea en dos partes iguales si se supone que los dos puntos finales están ya dados; en este caso, el punto medio está también ya dado con ellos, es decir, está dado de antemano. Cuando sabemos lo que es el vicio, podemos también saber lo que es la virtud, pues la virtud es lo contrario del vicio. Si la mentira es un vicio, la verdad es una virtud. Pero Aristóteles presupone evidente la existencia del vicio y por vicio entiende lo que la moral tradicional de su época calificaba como tal. Pero esto significa que la ética de la doctrina del mesotes soluciona sólo aparentemente su problema, es decir el problema de saber: ¿qué es lo malo?, ¿qué es un vicio?, y, por consiguiente, ¿qué es lo bueno?, o qué es una virtud? Así, pues, la pregunta: ¿qué es lo bueno?, es contestada con la pregunta: ¿qué es lo malo?, y la ética aristotélica deja librada la respuesta de esta pregunta a la moral positiva y al orden social existente. Es la autoridad de este orden social -y no la fórmula de mesotes- quien determina qué es lo "demasiado" y qué lo "poco" y quién establece los dos extremos, es decir, los dos vicios y, por lo tanto, la virtud situada entre ambos. Esta ética, al presuponer el orden social existente como válido, se justifica a sí misma. Esta es en realidad la función de la fórmula tautológica del

mesotes que concluye diciendo que lo bueno es aquello que es bueno para el orden social existente. Es una función esencialmente conservadora: el mantenimiento del orden social existente.

29. El carácter tautológico de la fórmula del mesotes aparece claramente en la aplicación de la misma a la virtud de la justicia. Aristóteles enseña que la conducta justa es el término medio entre el hacer el mal y el sufrir el mal. Lo primero es "demasiado", lo último, "poco". En este caso, la fórmula que dice que la virtud es el punto medio entre dos vicios, no es una metáfora adecuada, pues la injusticia que se hace y la que se sufre no son vicios o males, sino que es una sola la injusticia que el uno hace al otro y la que éste sufre de aquél. La justicia es simplemente lo contrario de esta injusticia. La fórmula del mesotes no da respuesta a la pregunta fundamental: ¿qué es la injusticia? La respuesta está presupuesta y Aristóteles presupone como evidente que injusticia es aquello que para el orden moral positivo y para el derecho positivo es injusto. Lo que la doctrina del mesotes aporta no es la definición de la esencia de la justicia, sino el fortalecimiento del orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo. Esta es una aportación eminentemente política que protege a la ética aristotélica contra todo análisis crítico que señale su falta de valor científico.

30. Tanto el tipo metafísico de filosofía jurídica como el racionalista están representados en la escuela del derecho natural que dominó durante los siglos XVII y XVIII; fue abandonada casi por completo en el siglo XIX, y en nuestros días vuelve a tener influencia. La teoría del

Mtro. Francisco J. Ibarra S.

157

derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas que surge de la naturaleza: de la naturaleza en general, o de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón. La naturaleza es presentada como autoridad normativa, como una especie de legislador. Mediante un cuidadoso análisis de la naturaleza podemos encontrar en ella normas inmanentes que prescriben la conducta recta, es decir, justa del hombre. Si se supone que la naturaleza es creación divina, sus normas inmanentes -el derecho natural- son expresiones de la voluntad divina. En este caso, tiene la teoría del derecho natural un carácter metafísico. Cuando se hace derivar el derecho natural de la naturaleza del hombre en cuanto ser dotado de razón -sin hacer referencia a un origen divino de esta razón-, cuando se acepta que puede encontrarse el principio de la justicia en la razón humana -sin necesidad de recurrir a la voluntad divina- aparece la teoría del derecho natural con ropajes racionalistas. Desde el punto de vista de una ciencia racional del derecho, la posición religioso-metafísica de la teoría del derecho natural no puede ser tenida en cuenta. Por otra parte, la postura racionalista es evidente insostenible. La naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad alguna y, por lo tanto, no puede prescribir ninguna conducta humana determinada. De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o suceder. Cuando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la naturaleza normas para la conducta humana, se apoya en un sofisma. Lo mismo puede

decirse del intento de deducir tales normas de la razón humana. Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad, y esta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera -una cuando quizás él no se conduzca realmente en esta forma, puede ser formulada por la razón humana únicamente suponiendo que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescriba dicha conducta. La razón humana puede comprender y describir, pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la naturaleza.

31. No puede sorprender, por consiguiente, el que los diferentes partidarios de la teoría del derecho natural hayan deducido de la naturaleza divina o encontrado en la naturaleza humana principios de justicia sumamente contradictorios. De acuerdo con uno de los más distinguidos representantes de esta escuela, Roberto Filmer, la autocracia, la monarquía absoluta, es la única forma de gobierno natural, es decir, justa. Pero otro teórico del derecho natural, igualmente significativo, Juan Locke, demuestra, con el mismo método, que la monarquía absoluta no puede ser considerada en ningún caso como forma de gobierno, y solamente la democracia puede valer como tal, pues sólo ella está de acuerdo con la naturaleza y, por tanto, sólo ella es justa. La mayor parte de los representantes de la doctrina del derecho natural afirman que la propiedad privada -fundamento del orden feudal y capitalista- es un derecho natural

y, por lo tanto, sagrado e inalienable; en consecuencia, la propiedad colectiva o la comunidad de bienes, es decir, el comunismo, es algo que está en contra de la naturaleza y la razón: es, por lo tanto, injusto. Pero el movimiento del siglo XVIII, que pretendía la abolición de la propiedad privada y el establecimiento de un orden social comunista y que jugó un cierto papel en la Revolución Francesa, se apoyaba también en el derecho natural, y sus argumentos tienen la misma fuerza probatoria que aquellos que defienden la propiedad privada del actual ordenamiento social, es decir, ninguna. Con un método fundado en un sofisma, como lo es el de la teoría del derecho natural, se puede demostrar todo, o, lo que es lo mismo, no es posible demostrar nada.

32. Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos emprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posible demostrar que ésta y no aquélla es la

solución justa. Si se supone que la paz social es el valor supremo, el compromiso aparecerá como la solución justa. Pero también la justicia de la paz es sólo una justicia relativa y, en ningún caso, absoluta.

33. Pero ¿cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿Es que tiene moral alguna? ¿No es acaso el relativismo amoral o inmoral, como muchos afirman? No lo creo. El principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia, es decir, la exigencia de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aun cuando no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas y, por lo tanto, no impedir su exteriorización pacífica. Es claro que de una concepción relativista no puede deducirse derecho alguno a una tolerancia absoluta, sino únicamente dentro de un orden positivo de garantiza la paz a los a él sometidos y les prohíbe la utilización de la violencia, pero no limita la exteriorización pacífica de sus opiniones. Tolerancia significa libertad de pensamiento. Los más altos valores morales fueron perjudicados por la intolerancia de sus defensores. En las hogueras, que la Inquisición española encendió para defender la religión cristiana, fueron quemados no sólo los cuerpos de los herejes, sino que se sacrificó también una de las enseñanzas más importantes de Cristo: no juzgues para que no seas juzgado. En las terribles guerras de religión del siglo XVII, en las que la Iglesia perseguida estaba de acuerdo con la perseguidora únicamente en la intención de destruir a la otra, Pedro Bayle,

uno de los más grandes libertadores del espíritu humano, objetaba a aquellos que creían poder defender un orden político o religioso existente mediante la intransigencia con los demás: "El desorden no surge de la tolerancia sino de la intransigencia". Una de las páginas más gloriosas de la historia de Austria es el decreto de tolerancia de José II. Si la democracia es una forma de gobierno justa, lo es en cuanto significa libertad y libertad quiere decir tolerancia. Pero ¿puede permanecer tolerante la democracia cuando tiene que defenderse de ataques antidemocráticos? Sí; en la medida en que ella no reprime la exteriorización pacífica de las concepciones antidemocráticas. Precisamente es esta tolerancia lo que distingue la democracia de la autocracia. Mientras esta distinción se conserve, tenemos razón para rechazar la autocracia y estar orgullosos de nuestra forma democrática de gobierno. La democracia no puede defenderse renunciando a sí misma. Pero un gobierno democrático tiene también el derecho de reprimir con la fuerza y evitar con medios adecuados los intentos que procuren derrocarlo violentamente. El ejercicio de este derecho no contradice ni el principio democrático ni el de tolerancia. A veces puede ser difícil trazar una línea divisoria entre la divulgación de ciertas ideas y la preparación de un golpe revolucionario. Pero la conservación de la democracia depende de la posibilidad de encontrar esta línea divisoria. Puede también suceder que

tal delimitación encierre en sí misma un cierto peligro; pero es honra y es esencia de la democracia el asumir este peligro. Una democracia que no sea capaz de afrontarlo, no es digna de ser defendida.

34. Como la democracia es por su naturaleza íntima libertad y la libertad significa tolerancia, no existe otra forma de gobierno más favorable para la ciencia que la democracia. La ciencia sólo puede desarrollarse cuando es libre, y es libre cuando no está sujeta no sólo a influencias externas, es decir políticas, sino cuando es internamente libre, cuando en el juego de argumento y objeciones impera una completa libertad. Ninguna doctrina puede ser eliminada en nombre de la ciencia, pues el alma de la ciencia es la tolerancia.

Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la he contestado. Mi disculpa es que en este caso estoy en buena compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron. En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.

24. LUDWIG GUMFLOWICZ

Auténtico representante del positivismo sociológico, este jurista y sociólogo austriaco proporciona una base sociológica a la teoría positivista al afirmar que el Derecho es esencialmente un ejercicio del poder del Estado.

Para Gumplowicz (1838-1909) el factor que ha estimulado el movimiento de la historia humana es la lucha de las diferentes razas por la supremacía y el poder. Lo cual nos recuerda la postura marxista aunque aquí no se refiere a las clases sociales sino a otro tipo de grupos, pero el motivo de la lucha si es el poder económico, social, político y cultural.

Como resultado de esa lucha por el poder la raza más fuerte oprime a la más débil, estableciendo una organización primero para garantizar la estabilidad del sistema, y en seguida para intentar prolongar lo más posible su dominio.

La organización creada desde el poder es el Estado y uno de sus instrumentos más eficaces es el Derecho. Por lo tanto el Derecho es una forma de vida social que surge del conflicto de grupos sociales heterogéneos y desiguales en su lucha por el poder.

Planteado así el origen sociológico del Derecho, su finalidad será en consecuencia establecer y mantener el dominio del grupo más fuerte sobre el

más débil, utilizando para ello toda la fuerza y el poder del Estado.

De donde se desprende que la finalidad última del Derecho es el mantenimiento y perpetuación de la desigualdad económica, social y política, es decir, cultural. Se concluye entonces que toda forma de Derecho es expresión de algún tipo de desigualdad.

Si el Derecho es esencialmente una emanación del poder estatal, por lo tanto aspectos como: Derecho natural, derechos inalienables, razón, libertad, igualdad, etc. carecen de significación tal, ya que Derecho y Estado son expresiones de dominio de los fuertes (pocos) sobre los débiles (muchos), es decir, de desigualdad y diferencia social.

Sin embargo Gumplowicz admite posteriormente que el Derecho puede ser instrumento de emancipación y, por lo tanto quizá más justo para la mayoría de la sociedad. Porque la cultura humana -reconoce- se caracteriza por su constante lucha por la libertad de los grupos subyugados.

El ejemplo claro de la utilización del Derecho por la emancipación, es la lucha librada por la burguesía en su ascenso al poder, valiéndose para ello de la declaración universal de los derechos del hombre, para vencer los derechos "de sangre" de la nobleza feudal.

25. GUSTAVO RADBRUCH

La teoría relativista de Gustavo Radbruch (1879-1949) podría expresarse en algunos puntos como los siguientes:

1.- Los juicios de valor -justicia, equidad, etc.- son axiomáticos e inde demostrables; por lo tanto son más objeto de fe que de conocimiento.

2.- Ante tal premisa no es posible la determinación científica de lo que podría ser el mejor Derecho y, por lo tanto el mejor orden social.

3.- De estos postulados se desprende que la Filosofía del Derecho no puede enseñar una verdad absoluta sobre la justicia y el Derecho.

4.- La Filosofía jurídica únicamente muestra una serie de opiniones sobre el Derecho y la justicia, por lo que son entonces solamente manifestaciones de una convicción social y política determinada.

5.- El campo de la Filosofía del Derecho es, sin embargo el análisis o estudio de las posibilidades teóricas del Derecho y la justicia.

6.- Incluso el problema de la verdad o falsedad de una convicción política no pertenece al ámbito de la filosofía jurídica y está fuera de la posibilidad

de la investigación científica.

7.- En opinión de Bodenheimer, Radbruch es un adepto tan convencido del relativismo democrático que no reconoce la existencia de una filosofía de la vida que pueda pretender validez absoluta.

8.- Sin embargo plantea un concepto de Derecho como el conjunto de ordenaciones generales par la vida humana en común.

9.- Todavía más afirma que el fin último del Derecho es la realización de la justicia.

10.- Pero señala también -nuevamente relativista- que la justicia es un concepto vago e indeterminado; el cual exige un trato igual a los iguales y diferente a quienes no se encuentran en el mismo plano de igualdad.

11.- La meta del Derecho -la justicia- se consigue por la idea de la adecuación de la regulación jurídica a un fin, lo cual no queda exento de convicciones políticas y sociales, que deben ser excluidas a través de seguridad jurídica como finalidad inherente a la justicia, que exige la implantación por el Estado de un orden jurídico, político y obligatorio.

LA IDEA DEL DERECHO

RADBRUCH GUSTAVO

La Justicia.

I. La pauta axiológica del Derecho positivo y meta del legislador es la justicia. La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior.

II. Hay que distinguir:

1) La justicia como virtud, es decir, como cualidad personal (como cualidad, por ejemplo, del juez justo), la justicia subjetiva, y la justicia como propiedad de una relación entre personas (la cualidad, por ejemplo, del precio justo), la justicia objetiva. La justicia subjetiva es la intención dirigida a la realización de la justicia objetiva, y es a ésta lo que la veracidad es a la verdad. La justicia objetiva constituye, por tanto, la forma primaria y la justicia subjetiva la forma secundaria de la justicia. La justicia objetiva es la única que nos interesa.

Hay que distinguir, asimismo:

2) La justicia a tono con las exigencias del Derecho positivo, que es la juricidad, y la justicia como la idea del Derecho anterior y superior a la ley, o sea la justicia en sentido estricto. La primera es la justicia del juez; la segunda, la justicia del legislador. Esta justicia en sentido estricto es la que aquí nos interesa.

III. La médula de la justicia es la idea de igualdad. Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma bajo una forma distinta el postulado de la igualdad: La justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una

contraprestación, por ejemplo, entre la mercancía y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena. La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación, su promoción a tono con antigüedad en el servicio y con sus méritos. La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella. Si consideramos el Derecho privado como el Derecho entre personas equiparadas y el Derecho público como el que rige entre personas supraordinadas y subordinadas, tendremos que la justicia conmutativa es la justicia propia del Derecho privado y la distributiva la característica del Derecho público. La equiparación jurídica propia del Derecho privado es el resultado de un acto de justicia distributiva, pues para que la justicia conmutativa pueda llegar a aplicarse es necesario que se les reconozca capacidad jurídica igual a las personas interesadas en ella. Por donde la justicia distributiva, el *sum cuique*, es la forma primaria, y la justicia conmutativa una forma derivada de la justicia.

IV. Aunque la justicia, bajo estas dos formas, constituye un valor absoluto, no derivable de otro superior, al igual que el bien, la verdad y la belleza, no siempre la igualdad que en la justicia va implícita se

apoya psicológicamente en motivos éticos. La igualdad es, no pocas veces, una aspiración de la envidia, deseosa de disfrutar de los mismos favores que los privilegiados; del despecho, que lleva a los de abajo a exigir que los privilegiados se vean rebajados a su misma situación; de la perversidad, feliz de ver a otros caer en la fosa que ellos mismos se cavan; del espíritu de venganza, ansioso por inferir al autor de un daño otro igual al recibido de él. Por donde la realización de la justicia es, en el fondo, un ejemplo de aquella "astucia de la idea" de que habla Hegel y que consiste en tomar a su servicio a la pasión, para poder realizarse.

V. La justicia entraña una tensión incancelable: su esencia es la igualdad; reviste, por tanto, la forma de lo general y aspira siempre, sin embargo, a tener en cuenta el caso concreto y al individuo concreto, en su individualidad. Esta justicia, proyectada sobre el caso concreto y el hombre concreto, recibe el nombre de equidad. Sin embargo, el postulado de la equidad no puede llegar a realizarse nunca por entero; una justicia individualizada es una contradicción consigo misma, pues la justicia requiere siempre normas generales. No obstante, esta generalidad conoce y admite grados, y la misma especialidad es siempre, a pesar de todo, una forma de lo general, algo que se acerca progresivamente a la individualización, sin llegar a alcanzarla nunca por completo. De aquí que la tendencia equitativa de la justicia sólo se realice de un modo parcial en la especialización, operándose una especie de compensación entre la más amplia generalización y la individualización más completa cuando, por ejemplo, el principio de la igualdad de las

personas en Derecho civil es sustituido, en el Derecho del trabajo, por la distinción entre obreros y patronos.

VI. La idea de justicia es una idea formal. No da respuesta a dos preguntas, sino que las presupone más bien como no contestadas. Supone trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales, con arreglo a la misma pauta, pero sin que pueda decirnos 1) a quién debe considerarse igual y a quién desigual, ni 2) cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales. La igualdad es siempre la abstracción de la desigualdad existente, pues las cosas y los hombres de este mundo se parecen tan poco entre sí "como un huevo a otro huevo". Si dos autores del mismo hecho criminoso deben sufrir la misma pena, por haber cometido el mismo delito, o deben ser tratados de diferente modo, atendiendo a sus antecedentes distintos y a su distinta peligrosidad, esta cuestión de igualdad o desigualdad, tiene que ser resuelta con arreglo a consideraciones teleológicas previas, es decir, antes de que la justicia pueda emitir su fallo. Y tampoco es posible derivar de la justicia misma el tipo de la pena ni la cuantía absoluta de ella. La justicia puede solamente determinar la medida relativa de las penas dentro de un sistema penal dado, pero no establecer el sistema penal mismo. No es la justicia la llamada a decidir si el sistema de penas vigente debe culminar en la más grave de las penas, la de muerte, y comenzar con una pena de prisión, o si debe más bien tener como remate de la escala punitiva la pena de cadena perpetua y como primer escalón, por abajo, una mínima multa. Lo único que la justicia puede hacer es determinar, dentro de una escala de penas ya dada, el

punto que corresponde al grado de culpa o peligrosidad del sujeto activo. La justicia sólo puede determinar la forma de la ley: el que ésta sea igual para todos los considerados como iguales y revista, por tanto, la forma de la generalidad. No puede decirnos nada, en cambio, en cuanto al contenido de tales leyes generales, valederas por igual para todos los equiparados como iguales.

VII. No queremos, con ello, decir, naturalmente, que no haya también normas jurídicas, determinadas en cuanto al contenido, que puedan derivarse única y exclusivamente de la idea de justicia. Existen, precisamente, normas jurídicas acerca de la aplicación del Derecho que pueden derivarse exclusivamente de la idea de justicia, incluso en lo tocante a su contenido, como ocurre, por ejemplo, con las normas sobre la independencia del poder judicial o con las que declaran inadmisibles la imposición de una pena definitiva sin conceder al condenado una posibilidad de defensa previa: trátase de simples postulados de justicia, que, por virtud de ello, revisten un carácter absoluto, como la justicia misma. Pero la gran mayoría de las normas jurídicas sólo recibe de la idea de justicia su forma, la igualdad de trato para todos y la generalidad de la reglamentación legal. Su contenido debe determinarse, en cambio, por otro principio que, por eso mismo, forma parte también de la idea del Derecho: el principio de la adecuación a fin.

LA ADECUACIÓN A FIN

I. La justicia, para poder derivar de ella las normas jurídicas, tiene que complementarse con otro factor: finalidad o adecuación a un fin. Por "fin en el Dere-

cho" no debe entenderse, sin embargo, para estos efectos, un fin empíricamente perseguido, sino la idea de fin, de lo que debe ser. Mientras que el concepto de la justicia es incumbencia de la filosofía del Derecho, la idea de fin tiene que tomarla el Derecho de la ética. La ética se divide en dos partes: la teoría de los deberes y la teoría de los bienes. Bienes morales son los valores que forman el contenido de los deberes impuestos por la moral. El fin del Derecho puede hacer referencia tanto a los bienes como a los deberes morales.

II. La teoría de los bienes morales distingue tres grupos de valores, con arreglo a la naturaleza de sus soportes o exponentes. Es exponente del primer grupo la personalidad individual, del segundo la personalidad colectiva y del tercero la obra cultural. Según la jerarquía de estas tres clases de valores, distinguimos tres sistemas de valores: el individualista, que aprecia los valores de la personalidad individual; el supraindividualista, que reconoce los valores de las personalidades colectivas, y el transpersonalista, que proclama como supremos bienes los valores de la cultura.

Las formas de convivencia que corresponden a los tres exponentes de valores señalados son la "sociedad" individualista, la "colectividad" supraindividualista, y la "comunidad" transpersonal. Para ilustrar plásticamente estas ideas debemos representarnos la sociedad como una relación contractual, la colectividad como un organismo, a la manera del cuerpo humano, y la comunidad de creación de obras de cultura bajo la forma de un edificio en construcción en que los canteros, arquitectos, maestros de obras y demás operarios no se relacionen directamente

de individuo a individuo, sino indirectamente, a través de su obra común.

Los ideales de estas tres formas sociales de la convivencia humana son, expresados bajo forma de tópicos, éstos: la libertad, el poder y la cultura, respectivamente. El ideal individualista, la libertad, cobra cuerpo, para traducirlo al lenguaje político, en los partidos liberales, en los democráticos y en los socialistas. Según la concepción liberal, el valor de la personalidad es -matemáticamente hablando- un valor infinito, no susceptible ya, por tanto, de multiplicación, y tiene derecho a imponerse a cualquier interés mayoritario, por grande que la mayoría sea. El pensamiento democrático, en cambio, sólo atribuye a la personalidad un valor finito, lo que vale tanto como decir que, sumados los valores de la personalidad de una mayoría, valen más que los de la minoría. Mientras que la democracia sólo confiere al hombre una libertad formal, jurídica, el socialismo postula una democracia material, es decir, la libertad económica, efectiva, para el individuo, aunque sin alejarse por ello de la meta final individualista.

La teoría orgánica, supraindividualista, constituye, por el contrario, la base de los partidos autoritarios o conservadores, para los que el Estado, el todo, no existe en gracia a sus miembros, sino que, por el contrario, son éstos los que existen en función de aquél, estando las funciones del Estado por encima de los intereses de sus ciudadanos, incluso de la mayoría de ellos.

Finalmente la concepción transpersonal no ha llegado a tomar cuerpo en la doctrina de ningún partido. Constituye, sin embargo, la única pauta de que dispo-

nemos para poder valorar históricamente, al cabo de los siglos, la obra de los pueblos desaparecidos, ya que lo único que de ellos sobrevive son los valores culturales.

III. El orden jerárquico de las tres clases de valores no puede determinarse de un modo inequívoco y susceptible de prueba. Los fines y valores supremos del Derecho no sólo varían con arreglo a los estados sociales de los distintos tiempos y los distintos pueblos, sino que son enjuiciados, además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo. La decisión tiene que tomarla el individuo, descendiendo hasta la entraña de su propia personalidad, como un asunto privativo de su conciencia. La ciencia tiene que limitarse a presentar ante el hombre estos tres grupos de valores, para que él tome una decisión. Y contribuye a esta decisión de tres maneras: 1) desarrollando de un modo sistemático y completo las posibles valoraciones; 2) exponiendo los medios para su realización e, indirectamente, las consecuencias a que conducen; 3) poniendo al descubierto las particulares concepciones del mundo que sirven de base a toda actitud valoradora. Este relativismo enseña al individuo, por tres caminos, si no a conocer lo que debe hacer, sí a saber lo que realmente quiere, es decir, lo que consecuentemente debe querer, siempre y cuando que se someta a la ley de la conciencia en sus actos.

IV. Si el problema de los bienes supremos a que también debe aspirar el Derecho nos obliga a una resignación relati-

vista, de la teoría sobre la esencia general del deber -cualquiera que sea el modo como se determine su contenido- se derivan ciertas exigencias absolutas para el Derecho. Es claro que el Derecho no puede imponerse la misión de servir directamente al cumplimiento de los deberes éticos: el cumplimiento de los deberes de la ética es, por la fuerza del mismo concepto, obra de la libertad, que no es posible, por tanto, imponer mediante la coacción jurídica. Ahora bien, si el Derecho no puede imponer el cumplimiento de los deberes éticos, sí puede hacerlo posible: el Derecho es la posibilidad del cumplimiento de los deberes morales o, dicho en otros términos, la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas. La garantía de aquella libertad externa constituye la esencia y la médula de los derechos del hombre. De donde se deduce que estos derechos tienen un carácter absoluto; pero no porque hayan tomado cuerpo de Derecho positivo, bajo esta o aquella versión, sino porque son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales.

Con lo cual se demuestra y justifica, hasta cierto punto, la necesidad del liberalismo, como factor necesario en toda concepción democrática o socialista, e incluso en la concepción autoritaria del Estado. Pero, de otra parte, se comprende, asimismo, por qué el liberalismo no puede crear de por sí un orden jurídico y estatal completo, pues es, simplemente, una modificación de toda concepción del Estado, cualquiera que ella sea. Toda concepción del Estado abriga, por tanto, una tensión fecunda, bien entre liberalismo y democracia, bien entre liberalismo

y socialismo, bien, por último, entre liberalismo y conservadurismo. La llamada a decidir acerca de la relación sociológica entre los derechos del hombre y el todo supraindividual que forma el pueblo es la justicia distributiva. Pero sería un Derecho absolutamente injusto la total negación de los derechos del hombre, ya situándose en el punto de vista superior al individuo ("tú no eres nada; tu pueblo lo es todo") ya abrazando el punto de vista transpersonal ("una sola estatua de Fidias justifica y compensa toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad": Treitschke).

LA SEGURIDAD JURÍDICA

I. El problema del fin del Derecho, planteado por relación a los bienes éticos, tenía que desembocar necesariamente en el relativismo. Y en la imposibilidad de definir el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con estatuirlo, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para imponer lo estatuido. No es otra la justificación del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho. Surge así, como tercer elemento de la idea del Derecho, un nuevo factor: la seguridad jurídica.

II. Entendemos por seguridad jurídica, no la seguridad por medio del Derecho, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. -pues ésta va ya implícita en el concepto de la adecuación a fin-, sino la seguridad del Derecho mismo. La cual requiere a su vez, cuatro condiciones, a saber:

1) que el Derecho sea positivo, que se halle estatufdo en leyes;

2) que este Derecho estatufdo sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la "buena fe" o el de las "buenas costumbres";

3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean "practicables"; para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad, como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace, v. gr., al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos;

4) finalmente, el Derecho positivo -si se quiere garantizar la seguridad jurídica- no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelear cada caso concreto en forma de ley: los checks and balances -frenos y contrapesos- de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica.

III. La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo. Pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree Derecho. Hay estados de hecho, como el

status quo en Derecho internacional o la posesión en Derecho civil, que gozan de protección jurídica sin necesidad de que se asienten sobre una base de Derecho. La prescripción adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo. En gracia a la seguridad jurídica, es decir, para cerrar el paso a interminables disputas, hasta las sentencias judiciales erróneas adquieren el valor de cosa juzgada y, en ciertos países, por la fuerza del precedente, sirven incluso de norma para el fallo de futuros litigios. Las prácticas contrarias a ley se convierten en Derecho al elevarse a costumbre, pudiendo incluso dejar fuera de combate a las leyes que se interpongan en su camino. La revolución, es decir, la alta traición, es un delito cuando no triunfa, pero si logra el triunfo, se convierte en base para un nuevo Derecho. Es también la seguridad jurídica la que, en estos casos, convierte en nuevo Derecho la conducta anti-jurídica. Los gobiernos revolucionarios se legitiman cuando se demuestran capaces para mantener la paz y el orden. Por eso, al día siguiente de triunfar la revolución, todos los gobiernos revolucionarios suelen proclamar que el orden y la paz (perturbados por la alta traición) serán garantizados enérgicamente. Como vemos, la idea de la seguridad jurídica hace que entre el poder y el Derecho se creen relaciones extraordinariamente paradójicas: no puede decirse que el poder se anteponga al Derecho, pero sí que el poder triunfante crea, en muchos casos, un estado de Derecho nuevo.

IV. En la jurisprudencia inglesa, la idea

de la seguridad jurídica tiene rango preferente por sobre los demás elementos de la idea del Derecho, y un jurista inglés tan descollante como Bentham (1748-1832) entona un verdadero panegírico al postulado de la seguridad jurídica. Gracias a ella podemos, nos dice, prever el futuro y, por tanto, tomar nuestras disposiciones para él; es la base sobre que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; hace que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes, sino una continuidad, y que la vida del individuo entre como un eslabón en la cadena de las generaciones; es la característica distintiva de la civilización, lo que distingue al hombre culto del salvaje, la paz de la guerra, al hombre de la bestia. En cambio, Jacobo Burckhardt se ha burlado, a veces, de lo que él llama la "seguridad burguesa", poniendo de relieve los grandes momentos de florecimiento de la cultura que se han dado precisamente en períodos de falta de seguridad. Es posible que durante aquel período de paz extraordinariamente largo que duró desde 1871 a 1914, las gentes llegaron a cansarse de una seguridad y una estabilidad tan persistentes; nuestra experiencia es cabalmente la contraria, y ello nos enseña a medir y apreciar hoy, en su verdadero valor el bien de la seguridad jurídica.

LA JERARQUÍA DE LAS IDEAS DE VALOR

Hemos visto que las tres ideas de valor señaladas en páginas anteriores necesitan complementarse entre sí, que el carácter formal de la justicia requiere, para poder cobrar un contenido, la idea de fin, del mismo modo que el relativismo de esta idea reclama, a su vez, para contrarrestar-

lo, el carácter positivo y la seguridad del Derecho. Estas tres ideas de valor se complementan mutuamente, pero al mismo tiempo se contradicen entre sí.

I. *Salus populi suprema lex esto*, se dice, de una parte, lo que equivale a sostener que sólo importa el final; *iustitia fundamentum regnorum*, se contesta a ello: la justicia es base y fundamento de todo Derecho. De un lado se dice: *fiat iustitia, pereat mundus*, o sea: el Derecho positivo tiene que regir y aplicarse, aun a costa de sacrificar todos los demás valores jurídicos; de otro lado se afirma que el Derecho positivo, al imponerse de un modo incondicional, podría degenerar por sí mismo en la injusticia: *summum ius, summa iniuria*. Existen, por tanto, en el seno de la idea del Derecho, antagonismos latentes que reclaman una solución.

II. Desde 1933 a 1945 (nos referimos a Alemania), se proclamó en todos los tonos que era Derecho cuanto convenía y beneficiaba al pueblo. Acentuábase con ello, bajo la forma más extrema, la idea supraindividualista del fin, el punto de vista intransigente del bien común y del poder, la total negación de los derechos individuales del hombre. He aquí un ejemplo de la exaltación de la idea de fin por encima de la justicia. Es ésta, en efecto, la llamada a establecer la relación de valor entre la individualidad y la colectividad. La justicia está, por tanto, o debe estar, por encima del fin. Y también debe anteponerse a éste el postulado de la seguridad jurídica. Pues no es posible fijar la adecuación a fin con validez universal. De aquí que una adecuación a fin supuesta o pretextada no pueda nunca distinguirse de la arbitrariedad. Y la esencia y razón de ser de la seguridad jurídica estriban

precisamente en estatuir un Derecho claro e inequívoco frente a las distintas exigencias de finalidad en pugna.

III. El conflicto más importante es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica. La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia; lo que ocurre es que, en este caso -medido por el rasero de la justicia- lo injusto se reparte justamente y por igual entre todos, por donde el restablecimiento de la justicia requiere, ahora, antes de nada, un trato desigual, es decir, una injusticia. Siendo por tanto, la seguridad

jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma.

Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Trátase de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el Derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo en cierta medida injusto.

26. ROSCOE POUND

La escuela sociológica tiene en Pound (1870-1964) un digno representante. Su preocupación fundamental se orienta al intento de reemplazar el racionalismo por el empirismo, a efecto de lograr una auténtica ciencia jurídica.

Oponiéndose al Derecho natural niega la existencia de principios jurídicos eternos e inmutables y pretende que el Derecho ha de ser creado, interpretado y aplicado por medio de métodos experimentales.

La razón dirá Roscoe Pound es que "el Derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su vida. La verdad de sus principios es relativa no absoluta".

Debe buscarse entonces no la naturaleza del Derecho, sino su fin y propósito. Por lo que la jurisprudencia es sobre todo: "una ciencia de ingeniería social, que se ocupa de aquella parte del campo total (de los asuntos humanos) en la que pueden lograrse resultados mediante la ordenación de las relaciones humanas por la acción de la sociedad política organizada".

Para Pound el Derecho -en el contexto de la ingeniería social- es un instrumento para mejorar el orden económico y social por medio de un esfuerzo consciente e inteligente.

Y puesto que la humanidad en su evolución aspira a una mayor y mejor civilización, consistente en el máximo desarrollo del potencial humano, así como el control de la naturaleza externa e interna. Por lo tanto el Derecho es legítimamente un instrumento de civilización.

Para lo cual afirma Pound -el Derecho ha de ocuparse primordialmente de intereses sociales, más que de derechos individuales, ya que estos son al fin también medios de satisfacción de pretensiones colectivas.

Un buen ordenamiento jurídico ubicaría al Derecho como sinónimo de la máxima satisfacción de necesidades sociales más que de tipo individual:

"Me limito a considerar el Derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales las pretensiones y demandas implícitas en la existencia de la sociedad civilizada -logrando lo más posible con el mínimo de sacrificio, en tanto cuanto pueden ser satisfechas tales necesidades o realizadas tales pretensiones mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad política organizada".

Como es lógico sería imposible satisfacer todas las necesidades de todos, se recurre a la idea de lo razonablemente posible. Lo que por supuesto no implica inexistencia de fricciones, por lo que al presentarse antagonismo de intereses, el Derecho es el intento de armonizar y reconciliar.

De donde deriva una especial idea de justicia, que puede lograrse "con Derecho" y que sería la judicial estrictamente considerada, consistente en la aplicación de la norma tal cual al caso concreto; en tanto que una idea de justicia "sin derecho" quedaría más dependiendo de la consideración o arbitrio discrecional del juzgador y que sería la llamada justicia administrati-

va. Del equilibrio de estas dos ideas de justicia deriva el futuro del Derecho y la propia justicia:

“Un sistema jurídico tiene éxito si

consigue lograr y mantener un equilibrio entre el extremo de la autoridad arbitraria y el extremo de la autoridad limitada y coartada”.



Augusto Comte