

LA IDEA DE “BIEN COMÚN”

SEBASTIÁN SOLER,
Buenos Aires, Argentina

I. *Bien social y bien individual*

La expresión “bien común”, hoy bastante difundida y empleada a veces sin análisis, no es una expresión vulgar. Proviene de conocidas doctrinas filosóficas y jurídicas en las cuales el “bien común” viene a constituir una especie de instancia última de legitimidad y de justicia.

Aun en sentido vulgar, sin embargo, para la apreciación del mérito o demérito de acciones humanas concretas, se aplica ese cartabón porque, debiéndose desplegar siempre la conducta humana dentro de un medio social, de una comunidad de convivientes, el valor de cada acción no puede medirse en su plenitud desde el estrecho ámbito vital del individuo. Este patrón será siempre defectuoso por insuficiencia, al no abarcar en plenitud a la acción humana en todas sus dimensiones, una de las cuales está constituida por la necesaria socialidad de ella. Esta calidad es insita en el hacer humano-externo, y lo es a punto tal, que la inicial carencia de socialidad en los planes egoístas del autor de un hecho o bien llevará a la frustración, fatal destino de todo cálculo equivocado, o bien determinará que, sin la voluntad del autor y aun en contra de ella, al despliegue externo del hecho venga después a agregarse, *torto collo*, el elemento faltante, bajo forma de anulación o reprobación del hecho egoísta y de restablecimiento del equilibrio roto por la acción asocial o antisocial. La justicia y la fuerza públicas cumplen esa precisa función.

El “bien común” imprime al hecho un valor al agregarle alteridad si de ella carecía, pues la acción, al estar despojada de esa *proportio hominis ad hominem* en la que Dante veía la justicia, carece de caridad y de amor al prójimo, y es, por eso mismo, menos valiosa que la acción plenaria, es decir, aquella que además de expresar una subjetividad individual, fecunda y creadora, contiene alteridad, se da dentro de una convivencia, que es, según decimos, el ámbito natural y necesario de todo hacer humano.

Este aspecto del tema, sin embargo, no muestra con la claridad que deseamos todas las facetas e implicancias del concepto de “bien común”. La operación de medir esa acción como adecuada u opuesta al “bien común” consistirá en examinarla desde el complejo de normas dotadas del poder de corregir la acción defectuosa y de devolver el proceso externo al cauce común de las acciones debidas. El juzgamiento de una acción singular y concreta, como adecuada u opuesta al derecho vigente, vendría así a super-

ponerse con la apreciación de aquélla desde el punto de vista del “bien común”.

II. *Bien social y bien común*

No es ésta, sin embargo, una caracterización satisfactoria de la doctrina en la que aquel concepto florece. Aun cuando se acepte que el “bien común” consiste de ordinario en la preservación de los valores que dan sustento a un sistema jurídico determinado, es lo cierto que la doctrina no acota de esa manera el ámbito de validez de aquel concepto, pues la idea de “bien común” va a jugar no solamente como patrón de las acciones humanas, sino como una especie de instancia de segundo grado ante la cual deberán responder también las normas jurídicas, bajo cuyo imperio la actividad humana es desplegada.

Se postula de tal manera una especie de dualismo en la idea del “bien común”, pues se admitirá tácitamente que el derecho positivo, aun cuando por su misma naturaleza se funda en sistemas de valoraciones sociales, comunes o suprapersonales, puede ocurrir que el contenido de ellas responda a una idea equivocada de bien común.

Habría, en realidad, pues, no ya un solo bien común, sino dos: el bien común que forma y determina el sustrato valorativo de todo orden jurídico y otro bien común de carácter puramente social, extrajurídico y autónomo.

Este segundo bien común sería el que estaría dotado del verdadero poder fundante de las normas jurídicas, poder eventualmente derogatorio de alguna de ellas, pues no podría descartarse que la valoración fundante de una norma o de un grupo de normas, aun teniendo el carácter de objetiva, común y heterónoma con relación a los destinatarios del precepto, tal valoración no correspondiera a lo que verdaderamente es bueno para la *polis*. Podría haber errores y aun malicias del legislador en esa apreciación.

Se hace indispensable un análisis muy cuidadoso, porque en todo esto andan algunos supuestos poco claros.

III. *El bien fundante de toda norma*

En primer lugar, tengamos presente que la idea de “un” bien común es insita en la idea de norma social. Esta afirmación reproduce en lenguaje vulgar la proposición de Husserl, según la cual todo enunciado normativo presupone una valoración positiva. Lo muestra con el tan recordado ejemplo del buen soldado: la norma “el soldado debe ser valiente” supone que el soldado es buen soldado cuando es valiente, y que queremos soldados buenos.

El ejemplo es preciso, pero esquemático. En realidad, todo complejo normativo y aun toda norma aisladamente tomada, es siempre la resultante no ya de la valoración simple de un sólo interés, sino más bien del juego de una compleja trama de valoraciones, no todas ellas orientadas en el mismo sentido, y hasta con frecuencia señaladas con signos contrarios. En este

punto no todas las normas se ajustan a un mismo patrón; hay entre ellas ciertas diferencias dignas de consideración. En algunas, en efecto, el predominio de un valor determinado es total y decisivo, y a su vez el rechazo de otras consideraciones es, en principio, muy radical. Esto ocurre, sobre todo, con las normas penales. Ante ellas no cabe duda acerca de la naturaleza mala de la acción prohibida bajo una amenaza penal, expresiva siempre del más enérgico repudio posible para una norma. Inversamente, con igual claridad aparece como bien el interés así defendido. La vida, el honor, la libertad, la propiedad son bienes referibles a ese fondo de “bien común”.

Aun en esos casos, sin embargo, se presentan problemas, porque siendo el derecho no ya un orden teórico sino un sistema de regulación de la *praxis*, en las relaciones externas de la acción humana proyectada al mundo, nunca se da con pureza una sola relación de aquélla con la realidad. Antes al contrario, la acción cumplida entra en una infinitud de relaciones inesperadas, y muchas veces de aquélla no resulta el bien que queremos sino el mal que no queremos.

Esto hace que, en realidad, en caso alguno, ni en el de las normas penales, pueda afirmarse que la norma jurídica vaya fundada en un valor o en un bien absolutos. Aun el bien de la vida, en ciertas condiciones puede ser vulnerado sin repudio del derecho, como ocurre en la legítima defensa. El estado de necesidad altera todas las relaciones externas de la pura libertad humana, y es lógico que así sea, porque el derecho es un regulador de las relaciones externas, es decir, de las que no se quedan en el ámbito subjetivo donde la libertad impera, sino, precisamente, de las que se proyectan más allá y ocurren en el ámbito donde imperan las leyes naturales y las relaciones se tornan necesarias: *natura non nisi parendo vincitur* (Bacon).

IV. *Relatividad de los valores jurídicos*

Esa relatividad del juego de valores es aún más patente en las normas no penales, en las normas civiles, comerciales, administrativas, etcétera. En éstas, la regulación misma de la norma es la visible resultante de la mera preferencia de un valor y de una postergación sin rechazo de otros valores, a los cuales se acuerda, a veces, cierto poder limitador. La prueba de que no son para el derecho simples y desnudos disvalores, sino valores preteridos en determinadas situaciones o relaciones, se corrobora con el examen de otras situaciones en las que el segundo valor adquiere realce y prevaencia, al entrar a otra esfera de relaciones dentro del mismo orden jurídico.

Un ejemplo sencillo del juego recíproco y limitante de valores complejos lo dan las normas que regulan cuantitativamente la capacidad. La ley que fija ese límite preciso en veintiún años, sacrifica la posible capacidad real anterior a ese tope, y admite en principio la validez de los actos jurídicos otorgados después de él. Es obvio que ambas decisiones postergan el respeto debido a la capacidad real de la persona humana concreta. Más bien debe decirse que ese tipo de regulaciones tiende a crear un sistema de presunciones

y de ficciones tan falsas a veces como lo es la de trazar un límite cualitativo radical entre un joven de 20 años, 11 meses y 29 días y otro joven de 21 años.

La ley no apela a ese medio técnico por puro capricho y despreciando “en general” el valor de la persona humana y la real capacidad creadora de ésta. Allí es patente la presencia de “otro valor” que resulta preferido “en este caso”, sin repudio del otro. Una razón de seguridad, de firmeza en los negocios, una razón de orden, en suma, hace indispensable que se evite en cada caso el concreto examen de su validez desde el punto de vista de la capacidad. Si los negocios jurídicos no gozaran nunca de la presunción genérica de su validez como expresiones de una voluntad capaz y libre, no habría manera de celebrar contratos seguros y obligatorios, y todo trato quedaría expuesto a impugnación. Claro está que todo trato es impugnabile, aun con este sistema; pero la ley fija límites muy precisos y estrechos a esas impugnaciones. Lo importante era determinar qué contratos valen en principio, y esa determinación derivada de razones de seguridad y orden, no puede hacerse sino postergando la consideración debida a la real personalidad humana.

El “bien común” es siempre un bien complejo y complicado, porque es la resultante de la convergencia de diferentes valores que, como vectores, no todos presionan en el mismo sentido. Antes al contrario, con frecuencia molesta, se da en concreto una franca incompatibilidad entre aspiraciones que quisiéramos ver hermanadas y victoriosas al mismo tiempo.

En tal sentido, generalmente el conflicto se da entre distintas formas de disfrute de libertad individual por una parte, y necesidades de orden, seguridad, paz, salud, etcétera, por la otra.

Cuando se considera el tema del bien común desde este ángulo, en seguida se advierte que la idea de “bien común” puede solamente aspirar a corresponder a “lo mejor posible”, a lo “menos malo” dadas las circunstancias. Ello es así, porque siempre se trata de regular planes de acción posibles en la realidad, es decir, planes sujetos por definición a las compulsiones que el obrar humano encontrará siempre al proyectarse en un mundo que al mismo tiempo le es imprescindible y extraño, previsible y sorprendente, dominable y hostil.

Dentro de esa intrincada red de implicaciones, allí, es preciso escoger. Para tomar esa decisión nosotros comprendemos que haya dos instancias, pero no tres.

V. *Dos instancias decisorias*

Esas instancias se encuentran en los polos entre los cuales toda acción se tiende, desde el momento de su origen en el centro de un *yo*, al momento de su agotamiento en el mundo social externo. La decisión será tomada o bien para afirmar la plena autonomía del individuo o bien la prevaencia de la *polis*. O el bien singular o el bien común.

Dentro del juego de esas preferencias y decisiones se dan formas bien variadas, pues es posible colocarse mentalmente en cualquiera de esos extremos, y desde allí resolver el conflicto de valores y bienes. El individuo puede afirmar su decisión como opuesta y conflictiva con el valor político y el bien común, es decir, puede obrar en forma autónoma, aceptando los riesgos de su comportamiento y el eventual fracaso de su plan.

Puede, por el contrario, tomar su decisión dentro del mundo de valores heterónomos en que vive, acatándolos, con o sin asentimiento subjetivo. A los fines del derecho, basta con el acatamiento externo. Éstas son dos posibilidades interpretativas individuales. De la primera derivan actos ilícitos e inválidos; de la segunda, una conducta jurídica lícita.

Tomemos ahora el punto de vista del legislador. Aun cuando éste, por hipótesis, va a representar la *vox populi*, no por ello es ciego al valor de que es portadora la persona humana singular. A pesar del carácter político del hombre, desde hace siglos (Fr. 2, *Dig*, 1,5) ya todos los legisladores saben que las leyes son hechas para el hombre y no, al revés, el hombre para las leyes. Tomando en cuenta ese rasgo humanista de la legislación moderna, las opciones del legislador dando preferencia a la autonomía de la voluntad individual creadora, en determinadas esferas de acción posible, producen el efecto de admitir como “bien común” dentro de ese ámbito lo que originariamente es bien individual. Allí la ley ha optado por la libertad de cada uno, entendiendo que eso era lo mejor para todos, y confiando en que esa libertad será fecunda en la mayoría de los casos y digna de absorber los riesgos de desviación y los casos negativos.

Otras veces la opción de la ley será directamente en favor del interés social o común y, con acierto o sin él, llegará a sacrificar la capacidad libremente creadora de otros bienes.

Esa situación se plantea como ineludible en todo acto legislativo, porque no hay norma alguna que no comporte una opción y la consiguiente postergación de algún interés digno en general de apoyo. Esa intrincada red de decisiones irá determinando lo que es realmente el “bien común”. La variedad de situaciones contempladas, la gran complejidad abarcada por un *corpus juris*, nos debe poner en guardia contra una concepción demasiado simplista o esquemática de lo que es bien común.

Éste será siempre una resultante del complejo de valoraciones vigentes y de la experiencia de normas preexistentes que han debido ser sustituidas al mostrar interferencias insospechadas antes de su efectiva aplicación.

Sean como sean las preferencias que acordarán sustancia y sentido a las normas, lo cierto es que el proceso selectivo solamente puede provenir o de un querer singular o de un querer plural, o de un individuo o de una comunidad, y no de cualquier comunidad, sino precisamente de aquella a la cual pertenece el individuo como súbdito.

Aquí, *tertius non datur*. Las relaciones que pueden presentarse imponen la necesidad de distinguir entre el bien común y la opinión que sobre él se

tenga. Y quede desde luego aclarado que las normas salen más bien de las opiniones que de las relaciones reales. Lo que espanta a los hombres, dice Argesilao, no son las cosas sino las opiniones sobre las cosas.

Sea como sea, se debe distinguir:

- I. El bien común: *a*) la opinión común sobre él; *b*) la opinión particular sobre él.
- II. El bien particular: *a*) la valoración (opinión) común sobre él; *b*) la valoración de un particular.

Si admitimos que hay otros puntos de vista posibles para establecer lo que es “bien común”, debemos suponer que esa otra no es una opinión particular, sino otra opinión común que no es la que subyace en la ley vigente. Esa otra opinión común, acerca de lo que es bueno, supone la presencia de un diferente poder decisorio por encima del Estado.

Se ha dicho que para saber quién manda, quién tiene efectivamente el poder soberano, se debe buscar al sujeto que decide en las situaciones extremas. Quién resuelve lo que se hace en un estado de necesidad, es decir, en esas situaciones en las que para salvar un bien es inevitable postergar y aun sacrificar otro, ése es quien tiene el poder.

¿Quién es, pues, ese otro ente colectivo que decidirá las preferencias socialmente obligatorias y de dónde extraerá las pautas del bien común que un tercero deberá acatar?

¿Qué certificación habrá de que el bien común discernido por ese tercero no será también una opinión sobre el bien común?

Porque en ese plano ha habido errores. Por lo mismo que las leyes no nacen directamente de los hechos, sino sólo indirectamente y a través de la valoración que sobre esos hechos recae, muchas leyes ha habido que ciertamente no favorecían lo que objetivamente era el bien común de determinada *polis*. Esas leyes eran hijas de una idea, de una interpretación, de una ceguera, y el bien que las fundaba era, en realidad, una ilusión y resultaba un funesto error.

Y aquí que no venga ningún jusnaturalista a tirar la primera piedra contra el derecho positivo, porque nos veríamos obligados a recordarle que la poligamia, la esclavitud, la tortura procesal y la pena de muerte tienen el respaldo de los más altos expositores, paganos y cristianos, de esa doctrina.

El hecho de que acordemos aquel poder de decidir no ya al Estado sino a otro ente, no altera la estructura de todo proceso normativo. Sea quien sea el sujeto, en la norma irá siempre mezclada, junto con un condicionamiento real, una fuerza espiritual interpretativa, valorante y creadora.

En este punto nos parecen igualmente equivocadas las tesis extremas contrapuestas: la que intenta reducir todo el derecho a un mero producto necesario de relaciones reales, causalmente obrantes sobre la mente de un legislador inadvertido o servil, y, por otra parte, la que postula la existencia de un ámbito de principios del cual fluye el “verdadero” derecho.

VI. Fuentes críticas del derecho: vigencia y temporalidad

No nos detendremos aquí a considerar la primera de esas dos posiciones con sus variantes típicas del positivismo determinista y del materialismo histórico. Iremos directamente a la segunda posición, al supuesto mundo de principios anteriores y superiores al del derecho positivo, y a las relaciones posibles entre esos dos mundos.

Desde luego, aquel mundo de valores, de bienes y de normas puede ser distinguido del mundo del derecho positivo. Tan es así, que uno de los motivos para la afirmación de la existencia de ese mundo se finca, precisamente, en la función correctiva que deberá cumplir frente a un derecho imperfecto, con frecuencia miope e injusto.

Todo lo que es acción conclusa, obra acabada, puede ser para el hombre fuente de insatisfacciones, porque una cosa es la imagen deseada, alrededor de la cual se organizan nuestros planes de acción, y otra cosa es la acción cumplida, echada al mundo e inserta en el proceso infinito de lo real con sus imprevistas y muchas veces indeseadas resonancias. El derecho, las normas que el hombre crea, no han de sustraerse a esa deficiencia de toda creación humana. Las leyes, menos aún que otras creaciones de los hombres, la padecen en un doble sentido, porque en ellas, además de su momento de creación, en el que ya se ocultan deficiencias inadvertidas, la temporalidad propia de toda obra humana asumirá una forma singularísima de duración y persistencia, porque además de sanción (creación) aquellos tendrán vigencia, es decir, imperio real sobre la futura vida, la cual no podrá mirarlas como un espectador indiferente, y las padecerá, quiera o no quiera.

Cuando los gustos de la gente se apartan de un género de pintura, los museos envían a los sótanos unos cuantos cuadros, y todo queda en paz. Será de verse dentro de algunos años la crisis desesperante de espacio que habrá en los sótanos de los museos de arte moderno. Algún astuto museólogo futuro confiará en la solución pilatuna de las ratas, cuyo apetito aumentará, rabioso, por el fastidio de no poder descubrir qué es lo que comen y si es siquiera alimenticio.

Esa solución es imposible con las leyes. Ya inicialmente ellas están hechas para regir acciones futuras. Su intromisión en el futuro es vital. Nadie en el porvenir podrá estar seguro de ser nada más que un espectador, agrado o disidente, de ella. Las leyes, después de su creación, mostrarán, pues, nuevas debilidades reveladas por el puro devenir temporal. Antes de ciertos acontecimientos, antes de ciertos cambios, las leyes no tenían el defecto que de pronto una realidad auténticamente nueva pone a la vista. En estos casos no se trata de algo que existía al tiempo de la sanción y que el legislador no vio, o viéndolo, no quiso regular de determinada manera. Se trata de la aparición de algo que no existía realmente.

Grande es la montaña de leyes que han perdido poder. Muchas de éstas llevaban, por decirlo así, su pecado original. La mayoría de ellas, sin em-

bargo, sólo fueron creando insatisfacciones en su confrontación con circunstancias que yacían, incógnitas, en el porvenir.

Las ideas que determinarán el cambio de las leyes germinan allí. Volvamos ahora, desde ese plano, nuestra mirada a ese orgulloso mundo de principios universales, suprajurídicos, que siempre nos viene pintado como creador originario y autosuficiente de normas sociales y depositario perpetuo de la suprema facultad valorativa para disponer lo que es bueno para el común.

El derecho, la normatividad que va realmente tejida con la *praxis*, no opina sobre la existencia o inexistencia de un bien absoluto. Sospecha que si existiera y fuera apresable, no hay motivos serios para explicar que no lo haya sido. A fin de cuentas, con muy raras excepciones tiránicas, el derecho ha sido siempre hecho por hombres bien intencionados. Sospecha, además, que si se puede enunciar algún principio con aquellos alcances o, por lo menos, con aquellas pretensiones, ese enunciado será con la mayor posibilidad una tautología.

Veamos. Si decimos: “hacer el bien es bueno”, pareciera que efectivamente enunciáramos algo, sobre todo porque la frase parece cobrar sentido expresivo frente a la aparente falsedad del enunciado contrario, esto es, “hacer el bien es malo”. Poco cuenta, sin embargo, advertir que si el primer enunciado se traduce a su equivalente exacto “hacer el bien es hacer el bien”, el otro enunciado no es una falsedad sino una autocontradicción: “hacer el bien es hacer el mal”. Lo que aparentemente acordaba sentido al primer enunciado sirve ahora para mostrar, con su carencia de sentido, el mismo defecto que aquejaba al enunciado opuesto. Para salir de ese círculo vicioso no hay más camino que definir lo que entendemos por bien, es decir, debemos acordar un contenido a esa palabra, de manera que podamos transformar el primer enunciado en otro que equivalga a decir: “hacer esto es bueno”. En una palabra, el bien del derecho es un bien histórico, un bien dotado de determinado contenido concreto y relacionado con las circunstancias reales dentro de las cuales, y no otras, toda acción humana deberá ser desplegada.

VII. *Dos consecuencias defectuosas: a) el derecho y la moral*

La duplicación de la idea del bien común resultaría así afectada, a mi juicio, de dos deficiencias.

En primer lugar, parecería responder a una de esas maneras de concebir el espíritu humano como dividido en sectores incommunicantes entre sí. En este punto, vendría a afirmarse la existencia de una región en la que se generan o moran increados ciertos principios que obran sobre la vida humana por derivación, prescribiendo modos absolutos de conducta. Sería un mundo de principios superiores, anteriores al derecho positivo y autónomos frente a él. Un mundo que a éste le da principios sin recibir nada de él en recompensa, salvo tal vez disgustos. Por esa vía se va a parar al planteo

del viejo problema de la relación entre moral y derecho, en el cual me parece que salvo una o dos, las separaciones tajantes no son adecuadas. A mi ver, lo que primero se impone con evidencia es reconocer que la corriente de comunicación no tiene un solo sentido descendente de la moral al derecho, sino que la corriente es doble. El movimiento y proceso se generan porque el derecho se caracteriza por pertenecer al mundo de la *praxis*, allí donde la libertad creadora encuentra resistencia y límites efectivos, allí donde la violación de la ley encuentra efectiva frustración, anulación y desmantelamiento. Allí donde los “principios” que en el individuo tienen un cuerpo que los ejecuta, tienen a su vez una fuerza real, un *artificial man* (Hobbes) que los mantiene y restablece, llegado el caso, contra el transgresor. En una palabra, lo que la experiencia ha hecho para señalar al entendimiento el ámbito legítimo de su imperio, lo hace el derecho para la moral. Los “principios” no son “otros”, son los mismos, y la experiencia de ellos es lo que va mostrando sus limitaciones, sus insuficiencias o sus excesos. Esa comunidad básica de principios entre moral y derecho se muestra en el inexplicable hecho de ceguera ética que aquejaría a la humanidad entera ante leyes hoy tan ignominiosas para todos, como las de la esclavitud y la tortura procesal. A Platón y Aristóteles, a San Agustín y a Tomás de Aquino la ética no les decía nada en contra de esas leyes. Antes al contrario, para todos ellos éstas eran leyes del derecho natural, no ya meros preceptos de un derecho positivo defectuoso. Su teoría moral no era mejor que su teoría jurídica.

¿Cuándo, dónde y cómo ocurre esa revelación? ¿Dónde aprende el hombre lo que es bueno? ¿No será en un proceso parecido, aunque en inverso sentido al del *Génesis* (I, 31), en el que Jehová, después de cada una de sus creaciones, después, no antes, al contemplarlas veía que eran buenas? ¿No será que a nosotros también sólo después de cumplida la obra, sólo después de experimentada en el mundo la norma que la inspiró, sólo entonces los hechos nos van revelando la original deficiencia de toda obra humana? ¿No será que esa verificación es el origen de la fuerza que modifica la norma aplicada, la corrige y hasta la transforma en otra norma?

La diferencia entre la moral y el derecho viene más del carácter externo, práctico y coactivo de éste que del contenido de sus normas fundamentales. Decimos fundamentales, porque hay muchas normas de carácter meramente práctico y técnico que sólo mediatamente van conectadas con principios morales. Por ejemplo: el principio procesal *audiatur et altera pars* está vinculado con un principio moral de respeto a la persona humana. El derecho, sin embargo, en unos casos concede a la otra parte quince días, en otros diez, en otros un plazo de horas para hacerse oír, y todo ello con una minuciosa regulación de notificaciones, traslados, vistas y caducidades, normas todas —y son muchas— moralmente indiferentes, mientras no lleguen en sus cuantificaciones prácticas y asegurativas a importar una efectiva negación del principio, del cual todo el conjunto partía.

El lado técnico y minucioso de las regulaciones jurídicas es, en realidad, una consecuencia de la exterioridad propia de ellas. Éstas tienen que entenderse con el mundo, y para ello deben no solamente mandar sino resolver dificultades. No matarás está pronto dicho; pero en el mundo externo hay necesidad y ése es el tema que el derecho debe enfrentar constantemente, no solamente en casos extraordinarios, sino siempre, porque todo lo externo, todo, incluida la obra humana cumplida, está atrapado por las redes de lo necesario. Casi podría decirse que el carácter de exterioridad, destacado por Thomasio y recibido por Kant como específico para el derecho, podría definirse precisamente por la incorporación de una decisión libre al mundo de las leyes necesarias.

En ese mundo es donde se produce el desequilibrio de las normas del cual provendrá la necesidad de su variación. Y allí quien aprende no es el derecho, sino el hombre todo. Hoy sabemos que la esclavitud, además de antijurídica, es inmoral. Nos lo ha enseñado la experiencia secular de las normas que establecían la esclavitud del prisionero de guerra y la del deudor, y la degenerada y ficticia aplicación de esas leyes a los pobres negros africanos, a partir del descubrimiento de América, que no eran prisioneros de guerra ni, por cierto, deudores de nada a la cultura occidental.

El derecho y la moral no son compartimientos estancos. El derecho inmoral pronto perece; pero la moral sólo a través del derecho adquiere sustancia y vida. Entre las antinomias que Kant incluye en la crítica de la razón pura, la que contrapone la libertad y la necesidad es una auténtica antinomia para la razón pura práctica, y muestra su vacío formalista y vano.

No hay, pues, dos “bienes comunes”; hay uno solo. Lo que ocurre hoy, con leyes escritas y codificadas minuciosa y sistemáticamente, con la gran pluralidad de sistemas legislativos y con su comparación, procedimiento moderno, con la universalización de la cultura y la internacionalización de los estudios jurídicos, lo que ocurre es que la crítica del derecho positivo se ha ensanchado, profundizado y acelerado. Ello está ocurriendo de modo tan acentuado que hasta debe decirse que acaso se está cayendo en excesos, pues con frecuencia se aprecia con superficialidad pedantesca como “bien común” opuesto al derecho positivo, lo que solamente es un “bien extranjero”.

Pero aunque así sea, sólo queremos destacar que ese otro “bien común” proviene hoy claramente de la experiencia de una norma propia o ajena, pero positiva, sea ello debido al fracaso de una norma o al éxito alcanzado por otra en su aplicación.

VIII. b) *La seguridad*

Y vayamos ya, finalmente, a la segunda deficiencia resultante de la duplicación de la idea de “bien común”. Desde hace algún tiempo estamos empeñados en señalar la importancia del derecho como parámetro conformador de la acción humana en general. Tratamos de inducir a mirar el derecho desde el punto de vista del súbdito que dentro de él debe formarse y despla-

gar su actividad toda; del sujeto que para obrar debe contar con la fuerza pública, así como debe contar con la ley de la gravedad o de la expansión de los gases.

Bien sabemos que remamos contra la corriente, porque desde hace años la doctrina jurídica se ha complacido en la consideración de lo que con tanta equivocidad se ha llamado derecho judicial, el cual se ocupa de lo que hacen los jueces efectivamente. En la adopción de ese punto de vista coinciden corrientes doctrinarias de varias procedencias. Desde las primeras décadas críticas del derecho positivo, las cuales lo vieron como un medio para corregir las "injusticias" de la ley. El medio consistió en destituir a la ley de su tradicional condición de fuente monopolista de derecho, poniendo para ello a disposición de los jueces otras fuentes que le permitieran, sin las antiguas rigideces y limitaciones, tratar con justicia individualizada todo caso, previsto o no previsto por la ley. El "bien común" anda por ahí, codeándose con la costumbre, la sociología, la economía, la jurisprudencia y la libre investigación científica.

Este enfoque, en cuyos múltiples desarrollos no nos detendremos, condujo gradualmente a una exaltación de la tarea del juez, y hasta a considerar que solamente es derecho en verdad el que ellos pronuncian en el caso singular. Las leyes son solamente abstracciones y posibilidades, las sentencias, en cambio, son la efectiva afirmación de los derechos, y dictándolas los jueces sobre el manejo de una amplísima variedad de fuentes, con su *ars magna* combinatoria, producen verdaderas creaciones jurídicas. La afirmación de que los jueces crean derecho es hoy un lugar común.

Tan común como funesto; porque a fuerza de mirar las cosas desde ese ángulo, se ha caído en el olvido más completo de la función principal que el derecho cumple en el despliegue mundano de la vida humana. Dentro de un mecanismo, considerado por todos como regulado firmemente por normas que preestablecen las posibilidades de la acción, esa tesis coloca a un personaje que, precisamente en el momento crítico en que sea necesario apelar a la fuerza pública, podrá darla o no darla según una decisión creadora, original y, por lo tanto, no previsible. Los buenos ciudadanos obrarán teniendo en vista el "bien común", que como tal está declarado por las leyes, y cuando deban apelar a la protección pública ante la injusticia, se encontrarán con una autoridad que tiene el poder de decidir de acuerdo con el *otro* "bien común", el que el súbdito no había calculado, porque si nos apartamos del derecho positivo, las opiniones sobre el "bien común" pueden ser muchas, y ninguna de ellas coactiva.

En síntesis, la fórmula "bien común" es hoy una larvada manifestación de jurisnaturalismo, fundante de un poder judicial autoritario, creador e irrespetuoso para los derechos de los súbditos, que viven y obran confiados en que sus deberes y sus derechos están determinados por normas anteriores a sus obras y empresas.

IX. *La razón histórica del dualismo*

La distinción entre el bien común, necesariamente subyacente en toda ley, y otro bien común de superior jerarquía, no ha sido un mero devaneo doctrinario. En su origen tuvo una razón de ser, un fundamento real e histórico, fácil de descubrir, si se toma en cuenta que la doctrina moderna invariablemente busca respaldo en Tomás de Aquino.

En verdad, Tomás de Aquino tenía motivos, y muy poderosos, para hablar del “bien común” como término definitorio del concepto de ley.

Debe recordarse que Tomás fue contemporáneo de Federico II, el genial Staufen italiano excomulgado, impetuoso cristiano con harén, expresión máxima de un *princeps a legibus solutus*, de esos que de Dios recibían su poder directamente, sin intermediario alguno.

El conflicto de esa clase de príncipes con la Iglesia, intensísimo en los siglos XIII (Federico II) y XIV (Felipe IV, el Hermoso) exigía que frente a la teoría del derecho divino de los reyes se formulara un sistema jurídico coherente, para fundar la superior autoridad del derecho eclesiástico, para que éste no solamente valiera como derecho interno dentro de los territorios papales, sino con universalidad, como instancia de la validez sustancial para toda ley humana.

El origen de esa construcción está justamente en Tomás de Aquino (*Summa Theol.* I, II, Q. 96, a. 4-6; II, Q. 10, a. 10; Q. 12, a. 2). En definitiva, esa teoría importaba el reconocimiento de dos poderes. Había dos espadas; pero el Papa era el legítimo señor de ambas, de la que concedía y de la que conservaba. Como soporte de esa construcción no bastaba la definición del concepto de la ley como mera “regla y medida de los actos, según la cual alguien es inducido a obrar o a abstenerse de hacerlo”, que es el impecable concepto genérico de la ley, admirablemente preciso, del propio Tomás de Aquino (*Summa Theol.* II, II, Q. 90, 1, 3). Pero resulta que por esa vía, toda ley promulgada sería valiosa, fuese cual fuese su contenido. Para fundar un superpoder de censura sobre todo derecho positivo posible, era indispensable que al concepto genérico de ley se agregaran ciertos requisitos que dieran bases para un examen sustancial y valorativo. Esos elementos adicionales fueron la racionalidad de la norma y su orientación hacia el bien común. Este último rasgo es el que da acceso a un juicio sustancial sobre todo posible derecho secular, porque el bien común que servirá de patrón es el del propio derecho de la Iglesia.

En verdad, sólo aparentemente había dos bienes comunes, pues cuando queda establecido que un orden jurídico es válido en la medida en que sus normas se ajustan a las normas de otro orden jurídico, este último es, en definitiva, el que decide y el otro vive solamente con licencia dentro de determinadas esferas de competencia, y todo va bien mientras el príncipe no vaya *ultra crepidam*.

El concepto de bien común era, pues, un concepto *jurídico*, su determinación concreta era la resultante del sistema de normas jurídicas de la Iglesia,

a las que se acordaba el monopolio para la determinación singular de una regla de ajuste para todo derecho positivo laico.

Para esa doctrina, no había *dos* bienes, sino uno solo, esto es, el propio. En realidad, un orden jurídico que no traiga consigo su propio bien común, y deje abierta esa puerta a una fuente extranormativa, no es propiamente un orden jurídico hermético, finito y concluso, sino subordinado, dependiente e incierto.

La concepción tradicional no es, pues, dualista sino en apariencia. Véase, en cambio, el extraño efecto que produce la incorporación del concepto de “bien común” como enunciado *expreso* en una constitución secular, según lo he visto postulado en algún plan constituyente. Ya hemos visto la complejidad de la operación interpretativa que en cada caso nos irá mostrando cuál es el “bien común”. Siempre entran a jugar vastos sectores de disposiciones legales que juegan alargando o restringiendo sus respectivas esferas de apreciación. Cuando, además, de ese bien común tácito, subyacente por necesidad en todo enunciado normativo, se hace referencia expresa al “bien común”, con esa sola mención queda creado el equívoco de si este “bien común” expreso es el mismo que las normas todas contienen, o si es otro diferente.

La interpretación correcta sería la de afirmar la identidad, entendiendo la expresión “bien común” como una expresión sintética y general, acaso superabundante, referida eventualmente a la valoración concreta que resulte en cada caso particular del examen de las normas concurrentes.

Pero es demasiado grande el riesgo creado por esa expresión, porque su origen y su función histórica corresponden justamente al cumplimiento de una función valorativa y crítica ejercida *ab extra* de un sistema jurídico determinado. Si no fuera tanto el prestigio de aquella fórmula jurídica, acaso podría aceptarse en el primer sentido señalado como interpretación correcta; pero es demasiado pesada la carga histórica que trae, para confiar en ella. Una fórmula jurídica tan general y vaga en sí misma, crea el riesgo de prestarse dócilmente a la aceptación de cualquier contenido. El mismo jurista, admirador de Tomás de Aquino, que recurre a aquella fórmula para incorporarla a una constitución de hoy, no sabe ni puede prever la calidad de los líquidos con los cuales se pretenderá llenar aquel odre vacío.