



# Las Fuentes Axiológicas del Derecho Parlamentario

**Jorge Garabito Martínez(\*)**

Podemos definir al Derecho Parlamentario como aquel conjunto de normas que realizan la autonomía Constitucional del Parlamento, regulando su organización y actividades así como sus relaciones con los otros dos poderes que constituyen la estructura jurídica del Estado moderno.

El conjunto de normas que informan al Derecho Parlamentario se refieren a la estructura de sus asambleas, su origen, su constitución, los órganos que las integran, el gobierno de las mismas, los grupos parlamentarios, su procedencia, su disciplina y la revisión de sus actos así como la organización de su burocracia y de sus servicios.

El Parlamento surge como poder en Inglaterra como consecuencia de larga

lucha que sostiene contra la monarquía para arrebatarle poco a poco todos los poderes del monarca y asumirlos el Parlamento hasta adquirir su plena soberanía.

En este sentido, contemplando ya el moderno Estado de Derecho, la Constitución de cada Estado se origina precisamente en un poder Legislativo que dota al Estado de su completa estructura jurídica. De esta manera, las normas que rigen al Poder Ejecutivo y que conocemos fundamentalmente como Derecho Administrativo, que regula el funcionamiento interno de dicho Poder, sus relaciones internas entre los distintos departamentos que lo componen, sus controles y la validez de sus determinaciones, es decir, el universo jurídico del Poder Ejecutivo es

(\*) Investigador del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Parlamentario en la Facultad de Derecho de la UNAM

obra del Poder constituyente que es el Poder Legislativo original.

De la misma manera podemos decir que el Derecho Procesal que rige al Poder Judicial es también obra del Poder Legislativo.

Así, el Poder Legislativo quedó dotado de plena autonomía para regular su estructura y el funcionamiento interno del mismo, criterio plenamente reconocido por la Constitución Mexicana en su artículo 70.

El Derecho Parlamentario surge como un orden jurídico exclusivo, cerrado al Derecho general y exento de los pronunciamientos judiciales. Así sucedió en Inglaterra donde el Parlamento hizo valer su condición de Alto Tribunal de Justicia para conseguir regirse por una ***Lex et consuetudo Parlamenti***, distinta de la ***Lex tertia***, de manera que sus prácticas, las resoluciones de sus presidentes, ***rulings of the chairs*** y sus privilegios e inmunidades terminaron constituyendo un cuerpo de Derecho propio del que sólo las Cámaras podían disponer.

Este cuerpo de normas que constituyen el Derecho Parlamentario tiene como fundamento un principio axiológico: la libertad de pensamiento y de expresión sin la cual no es posible que ningún Parlamento pueda funcionar. Así, el Derecho Parlamentario, como todo el Derecho, sea positivo, escrito o consuetudinario o sea derecho natural, tienen como base los principios axiológicos que rigen toda norma jurídica.

“El Derecho es, en esencia, un orden para promover la paz -dice Kelsen- tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica; esto es, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general. Este orden es el Derecho” (Derecho y paz en las relaciones internacionales).

La doctrina jurídica considera como “Estado de Derecho” (***Rule of law*** para los juristas angloamericanos) básicamente aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos se encuentra regidos por el Derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de Derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el Derecho.

La llamada “**Razón de Estado**” es un concepto que alude al Poder que ejerce el Estado por su propia fuerza sin consideración alguna de carácter moral o jurídico.

La guerra siempre es una razón de Estado que se opone al Estado de Derecho. La razón de Estado pretende justificar los intereses particulares de los estados beligerantes sin importar las razones del Estado de Derecho.

Alf Ross, de la Universidad de Copenhague, en su libro *El Derecho y la Justicia* nos dice: “La vida en sociedad no es nunca algo caótico, ni cabe interpretarla como una maraña de acciones individuales inconexas. De la

vida social sólo se habla en la medida en que las conductas individuales se relacionan unas con otras de acuerdo con reglas de comportamiento". "Dentro de ese comportamiento subyacen las normas jurídicas que tienen el carácter de directrices y se consideran "socialmente vinculantes".

### **El Fundamental Principio Axiológico de la Libertad.**

Silvano Tosi dice, al iniciar su libro de Derecho Parlamentario, "El Derecho Constitucional nace como una ciencia empírica, más bien, como una técnica: la técnica de la Libertad" y alude a Benjamín Constant cuando elaboraba su *Politique Constitutionelle*, inducido por la exigencia de imponer límites precisos al ejercicio arbitrario del poder.

El Derecho tiene como principio y fin el ejercicio de la libertad. Este concepto es particularmente apropiado para el Derecho Parlamentario. La libertad es consustancial al concepto de Parlamento. No puede haber Parlamento si no hay libertad de expresión y libertad de pensamiento, de manera que la libertad viene siendo el sustrato, la infraestructura ética sobre la que descansa toda la construcción de un Parlamento.

"Es más, dice Fernando Santaolalla, el Derecho Parlamentario no puede darse más que dentro de un sistema constitucional, entendido este último en su sentido ideológico y material, esto es, como un régimen político basado en las ideas de Estado de Derecho, en la

garantía efectiva de las libertades públicas -individuales y sociales-, y en el reconocimiento del sufragio universal y de la libre y plural concurrencia como medios de provisión de los órganos de gobierno. No hay verdadero Parlamento, y, por consiguiente, no hay verdadero Derecho Parlamentario, ahí donde no se enfrentan distintas -y libremente organizadas- fuerzas políticas. Es casi consustancial al genuino parlamentarismo la existencia de una mayoría que gobierna y una minoría, u oposición, que fiscaliza, critica y se prepara para gobernar. Esta diferenciación, auténtico eje sobre el que gravita la vida parlamentaria, no puede darse más que en aquellos países que disponen de un verdadero sistema constitucional". (Derecho Parlamentario Español). Es decir, aquellos países cuya estructura jurídica descansa sobre el principio de la libertad.

La libertad siempre es definida en sentido negativo, es decir libertad es la ausencia de obstáculos para realizar lo que se quiere. Sin embargo, Eduardo García Máynez, en una serie de cinco conferencias que dictó en el aula Jacinto Pallares de la (entonces) Escuela Nacional de Jurisprudencia, de la Universidad Nacional Autónoma de México, en octubre y noviembre de 1939 abordó el tema de la Libertad, como derecho y como Poder.

La finalidad de tales conferencias -lo explica el mismo- consistió en demostrar, en contra de la tesis del procesalista italiano Hugo Rocco, que

no sólo es posible, sino necesario, definir en forma positiva el citado Derecho.

“Me propuse examinar -explicar- además, el problema de la justificación filosófica de la libertad jurídica, y llegué a la conclusión de que tal problema sólo puede resolverse a la luz de la teoría de los valores. Si toda facultad jurídica existe en función de los deberes de cada sujeto, y la libertad es un derecho subjetivo, resultará imposible desvincularla de las obligaciones del individuo. Por esta razón es inadmisibles la contradictoria idea de la libertad natural, que tantos pensadores han querido contraponer al concepto de libertad jurídica. La libertad, como poder, es un mero atributo de la libertad del hombre, no un derecho subjetivo. Pretender referir al arbitrio humano la validez del orden jurídico, es desconocer por completo la esencia de éste. Un sistema de normas no puede fundarse en la voluntad de los destinatarios porque los deberes que el mismo impone sólo tienen sentido si valen independientemente de aquéllos.” (Ontología del Derecho. Pág. 103-4)

La libertad, como derecho suele ser definida negativamente. De acuerdo con la definición negativa, tal derecho se traduce en la facultad, atribuida a toda persona, de hacer u omitir aquello que el Derecho objetivo no prohíbe ni manda. Esta fórmula, a pesar de ser correcta, no satisface del todo, ya que sólo indica los límites de la libertad jurídica, mas no su naturaleza

verdadera. Declarar que la libertad consiste en hacer o dejar de hacer lo que el orden jurídico no prescribe ni veda, es como describir una ciudad diciendo hasta dónde llegan sus murallas.

En contra de la tesis de Hugo Rocco, según la cual el derecho de libertad únicamente puede definirse en forma negativa, tratamos de demostrar la posibilidad de una definición positiva.

La libertad jurídica no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino derecho. Podríamos decir, con toda justicia, autorización. Estar autorizado significa tener derecho de realizar u omitir ciertos actos.

En su libro *L' autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, afirma Hugo Rocco que “la libertad sólo puede definirse negativamente”. Esta afirmación es incorrecta. El derecho de libertad puede y debe ser definido en forma positiva, pues de lo contrario se indican sus límites, mas no su esencia.

Al referirse Jorge Jellinek al status de las personas, por ejemplo, dice que está compuesto por tres clases de facultades: a) derechos de libertad; b) derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales; c) derechos políticos.

La libertad como derecho puede ser definida en los siguientes términos: “libertad jurídica es la facultad que todo sujeto tiene de ejercitar o no ejercitar

sus derechos subjetivos, cuando éstos no se fundan en un deber del mismo sujeto”.

Desde el punto de vista del Derecho natural, la definición sería esta: “libertad jurídica es la facultad que las normas de un derecho justo u objetivamente válido conceden a toda persona de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos”.

Sin embargo, existe la posibilidad de conflictos entre el orden positivo y el Derecho natural; puede ocurrir, por ende, que la ley positiva, en vez de reconocer el derecho de que hablamos, indebidamente lo restrinja y, en ciertos casos, incluso lo nulifique. El ámbito de las facultades legales que cada Derecho positivo concede al individuo, no coincide nunca, de manera cabal, con el de los derechos que, desde el punto de vista de la justicia, deben reconocérsele. El ideal de los jusnaturalistas sería la coincidencia total de las normas positivas con las del Derecho natural, en tanto que los defensores de la actitud positivista niegan tal dualismo, y no reconocen más derechos subjetivos que los que la ley o la costumbre estatalmente admitida consagran. Las discrepancias entre los ideales de justicia y los preceptos de la ley positiva son la causa de las luchas, casi siempre sangrientas, que provoca la conquista de la libertad.

“Cada vez -continúa García Máynez- que los hombres o los pueblos obtienen el reconocimiento de un nuevo derecho, concomitantemente su libertad aumenta; cada vez que sus facultades

legales son restringidas, su libertad disminuye.”

### Tesis de Hugo Rocco.

Cuando la libertad individual -dice el famoso procesalista- es protegida por el Derecho objetivo, transfórmase de libertad de hecho en libertad jurídica. Esta última es la facultad que cualquier sujeto tiene “de obrar dentro de los límites de aquello que los preceptos de derecho no ordenan ni prohíben, y de impedir que otras personas se opongan al desenvolvimiento de dicha actividad, o intervengan en ellas”... todo acto no contrario a una prohibición y toda omisión no opuesta a un mandato jurídico pertenecen al sector de los procederes jurídicamente libres”.

El derecho de libertad -dice García Maynez- es, en opinión de Rocco, “una suma de **facultates agendi**, pues todo ciudadano se encuentra autorizado para hacer lo que no está prohibido y omitir lo que está ordenado... El derecho de libertad existe **erga omnes** y, por ende, es correlativo de una obligación negativa universal. En sus múltiples manifestaciones comprende una larga serie de facultades de obrar, cuyo reflejo esta constituido por el deber que todos tienen de respetar el ejercicio de aquella”.

Creemos, -continúa García Maynez- que el maestro italiano incurre en un error cuando dice “la libertad jurídica comprende una serie facultates agendi, y que en ellos se distingue el derecho de acción, que encierra un conjunto de

**facultates exigendi.** Los derechos absolutos ofrecen en realidad un doble aspecto, en cuanto estriban en diversas facultades de obrar e implican, además, ciertas exigencias o pretensiones. Sostener que la libertad es sólo un conjunto de facultades exigendi constituye un error tan grave como el que cometen quienes únicamente ven en la propiedad la relación entre el propietario y la cosa, y prescinden del vínculo existente entre aquél y todas las demás personas, obligadas a respetar las facultades de obrar que el derecho objetivo concede al dueño de la cosa”.

### La Teoría Tridimensional del Derecho

Ya en 1968, Miguel Reale publica en Sao Paulo, su **Teoría Tridimensional do Direito** en la cual sostiene la existencia de tres aspectos constitutivos de toda norma jurídica, que son dimensiones distintas que hay que tener en cuenta para entender cabalmente el fenómeno jurídico y factores que lo determinan, su conocimiento y análisis nos explican las profundas raíces de las que emergen las normas jurídicas. Por su naturaleza podemos catalogar las fuentes del derecho como **sociológicas, normativas y axiológicas.**

Las normas jurídicas son el resultado de la interacción de elementos que concurren a su estructura y que son la realidad social, el acaecer de los acontecimientos indicativos de las necesidades sociales en las que inciden profundamente los “factores reales de poder” a que alude Fernando Lasalle,

presionan para que el Estado actúe en determinado sentido. Estos grupos de presión, este devenir histórico, estos hechos concatenados son la expresión viva de la sociedad civil actuante, constituyen la dimensión y la fuente sociológica de las normas emitidas por los órganos legislativos, fundamentalmente en lo que en la actualidad se denomina “Estado de Derecho”.

Paolo Biscaretti di Ruffia, define lo que se entiende por el moderno “Estado de Derecho” :“El Estado de Derecho se caracteriza fundamentalmente por la introducción sin precedente en la historia por una eficaz limitación de la actividad gubernamental por medio del derecho, cuya elaboración corresponde a los ciudadanos a través de la acción de sus representantes en el Parlamento y la determinación precisa de dichos límites por medio de constituciones escritas”. (Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Pág. 114)

De ahí surge la importancia del Derecho Parlamentario como conjunto de las normas que rigen el funcionamiento del Poder Legislativo, cualquiera que sea su denominación, Parlamento o Congreso. El Derecho Parlamentario surge igualmente de sus fuentes sociológicas, normativas y axiológicas. Estas últimas son la razón fundamental de nuestras reflexiones.

## Los Fines del Derecho.

“Creemos que entre los grandes problemas de la paz, figura preeminentemente la preocupación por una ordenación más justa de la convivencia humana, tanto de los hombres dentro del Estado y frente a él, cuanto de los Estados en la comunidad mundial. Esta estructuración social descansa sobre tres pivotes esenciales : Justicia, Seguridad, Bien Común”, dice Daniel Kuri Breña en el prólogo a la obra : “Los Fines del Derecho” publicada por la UNAM y que contiene una selección de los trabajos presentados en el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado en Roma en 1937-1938, entre los que resaltan la participación de Louis Le Fur, catedrático de Filosofía del Derecho en París, y antiguo Presidente del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, así como de José T. Delos, profesor de la Facultad Libre de Lille y también la del ilustre catedrático de la Universidad de Heidelberg, Gustav Radbruch.

Las exposiciones de los ilustres catedráticos ofrecieron puntos de vista diferentes. En cierta forma, Louis Le Fur y de José T. Delos coincidieron en gran parte de su exposición a la cual se opuso la concepción del maestro alemán suscitando una polémica no sólo interesante sino profunda que hizo recordar los tiempos de Platón. Giorgio Del Vecchio ilustre jurista italiano dijo al terminar este simposio: “En nuestro tiempo, raramente se filosofa en forma

de diálogo, ni se usa, como antiguamente, conversar sobre las cosas supremas en los pórticos y en los jardines; nuestra cultura es casi exclusivamente libresca, y no sé si esto sea un beneficio. Pero ahora, asistiendo a nuestro congreso, me parece encontrarme delante de una biblioteca viviente, toda animada, donde los mejores libros de la moderna Filosofía del Derecho se levantan de sus silenciosos anaqueles, adquieren su viva voz, se hacen valer con más clara eficacia y no sin nuevos argumentos y nuevos desarrollos, exponen las ideas en ellos encerradas.”

El maestro Louis Le Fur expuso: “¿El fin del Derecho es el bien común, la justicia y la seguridad a la vez, o alguna de estas cosas si entre ellas existe oposición o si, como se ha dicho varias veces, son entre ellas antinómicas? Yo creo que la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o del orden público que, bien comprendidas tienen el mismo sentido, un poco como se dice indiferentemente libertades individuales o derechos públicos, según que uno se coloque en el punto de vista del individuo o de la sociedad, lo que otros también han llamado libertades necesarias o derechos fundamentales...”

“La función del Estado, contemplado como la forma más elevada de la organización humana, bajo los nombres diversos de ciudad en la antigüedad, baronía o señorío bajo el feudalismo,

cantón, región o estado en las diversas federaciones, dominio o gran estado unitario en la época moderna, consiste en promulgar o en decidir el Derecho. Por medio de éste, porque el Derecho y el Estado aparecen uno con relación al otro como medios necesarios, el Estado asegura el bien de la sociedad que está llamado a regir, el bien de todos sus miembros, en consecuencia, el bien común. Se ve el estrecho lazo que liga entre ellos, Estado y Sociedad, Derecho y Estado, Bien Común y Derecho.”

Más adelante, el ilustre jurista explica: “La gran mayoría de juristas ha reconocido ese fin del Derecho, su carácter normativo y en consecuencia finalista, y durante mucho tiempo nadie hubiera pensado en negarlo. Pero se presenta una dificultad, y de ella nace la oposición que ha llegado a ser clásica entre positivistas jurídicos y partidarios del Derecho natural o “jus-naturalistas”. Los primeros rechazan, en tratándose del Derecho, la idea de una ciencia normativa que se impondría a los hombres, como la moral; ellos afirman que fuera de un acto emanado de los poderes públicos, ese bien común que se dice ser el objeto final del Derecho, por lo mismo, que varía según las opiniones, no puede ser apreciado sino subjetivamente; el Derecho no puede, por tanto, aparecer como una ciencia verdadera, o por lo menos no puede serlo sino con una condición, la de sujetarse, como las ciencias físicas o naturales, únicamente a comprobación. ¿Comprobación de qué? No de apreciaciones subjetivas y por tanto variables en cada uno, sino de hechos

positivos: textos, leyes, reglamentos, juicios, en rigor, costumbres bien establecidas. Solamente así puede el derecho reivindicar el título de ciencia; pero desde que se abandona ese camino y se entrega uno a juicios de valor, se hace moral o política, hasta metafísica si se quiere, pero jamás derecho. De manera que las peores injusticias, las disposiciones más monstruosas o radicales como los sacrificios de cientos de personas a la muerte de un rey negro o los honores conferidos a su caballo por el emperador Calígula, serían Derecho desde el momento que fuera comprobada su existencia en un texto; pero una verdad jurídica universal como la obligación de respetar la palabra dada o de reparar el daño injustamente causado, no lo sería si por casualidad se encuentra una sociedad que no la hubiera proclamado oficialmente”.

En esta forma, el ilustre maestro plantea la disyuntiva entre el Derecho positivo y el Derecho natural y aclara que las dos proposiciones no son contradictorias sino que representan cada una un aspecto de la compleja realidad. Se puede decir no hay nada en el derecho que no venga de los hechos, salvo el Derecho mismo, exactamente como ocurría con la celebre máxima escolástica *nihil est in intellectu quod non prius fuerit in sensu*, que no es exacta sino con la adición de Leibniz, *nisi ipse intellectus*.

Le Fur concluye con estas consideraciones: "En realidad, la verdadera oposición, si se trata de encontrar una, es aquélla entre lo que se llama ahora el Estado totalitario y el "personalismo" (*que es distinto del individualismo abstracto del siglo XVIII*). De un lado se tiene el concepto de la ciudad antigua y del Estado soberano que Hegel ha intentado justificar filosóficamente y aún divinizar. Es el que han puesto en práctica el marxismo soviético, el régimen hitleriano, el sindicalismo absoluto que no quiere la muerte del Estado sino para sustituirse a él y, de una manera general, todos los regímenes totalitarios que disuelven a la persona humana en la sociedad. En estas teorías, no existe sino una sola conciencia, una sola voluntad soberana, la conciencia y la voluntad sociales, como quien ha visto en el hormiguero al único verdadero organismo completo; es la sociedad -recuérdese a Hegel-, no el hombre, la imagen de Dios.

Frente a estas doctrinas se alza la razón del hombre y Le Fur concluye: "el hombre ciertamente está ligado a la sociedad, pero es ella la que existe para él y no él para ella, es él quien tiene un fin en sí", como se dice frecuentemente después de Kant.

En su turno, J. T. Delos expone: "El Derecho es la expresión de una voluntad soberana -sea la de los individuos cuyo libre acuerdo se registra en un contrato que es la ley de las partes-, o sea la del Estado igualmente soberano, y creador él también de la ley

a la cual se somete, imponiéndola a sus súbditos. Para el positivismo y el voluntarismo jurídicos, el Derecho positivo es derecho por su origen y no por su fin social."

Ciertamente la legalidad no es establecida por el Estado sin designio; es establecida "esencialmente en interés de los individuos" y se inclina ante sus "derechos públicos subjetivos".

Por una parte, el Derecho positivo es una regla de la vida social; por otra parte, es una obra de razón. Así habría dos maneras de contemplar el problema. Una de ellas es más racional e intelectual. Se coloca en el punto de vista de la ley, obra de razón, busca la relación que mantienen el derecho positivo con el Derecho racional, con la ley natural, y finalmente con la ley divina.

"Por una reflexión sobre sí mismo, el hombre descubre su naturaleza; es su razón la que percibe las relaciones necesarias que se desprenden de esta naturaleza y leyes fundamentales de la vida social. El Derecho positivo mismo es obra de la razón del legislador, esclarecida por la ley natural e instruida de las necesidades sociales propias de un pueblo y de una época.

Porque el hombre es un ser social existe un Derecho *Ubi societas ibi jus*. Ahora bien, la sociedad tiene su individualidad, su vida propia; opera y el Derecho es una de sus creaciones. Una parte importante del derecho es consuetudinaria, resulta del consensus omnium. El legislador mismo no

interviene como instrumento o eco del cuerpo social. Así el Derecho positivo es un conjunto de reglas que la sociedad elabora para servir a sus fines propio. Es pues necesario considerar el Derecho positivo desde el punto de vista sociológico y verlo en sus relaciones con la sociedad.”

El punto de vista sociológico es el de la acción. Pero la acción nos coloca frente a un fin; Para Duguit, el hecho de la solidaridad social es el fundamento de todo derecho.

Desde un punto de vista psicológico y concreto todo fin social responde siempre directa e indirectamente a una necesidad de los individuos que componen la sociedad.

Nadie negará que la seguridad y la justicia forman parte del bien común. Nadie negará tampoco que ellas sean, una y otra, fines del Derecho positivo.

Pero es evidente que la seguridad y la justicia son profundamente diferentes. **Salus populi suprema lex est.**

¿La seguridad antes que la justicia, o la justicia antes que la seguridad? El conflicto es de todos los días.

El maestro Delos, borda sobre los mismos conceptos que Le Fur y al final obtiene sus propias conclusiones: los fines del Derecho son a la vez interiores a la regla del Derecho, de la cual son el alma y el principio inmanente y exteriores o trascendentes a la ley positiva que los encarna, imponiéndoles sus modalidades o determinaciones concretas.

“Estos fines siempre están constituidos por un elemento, una “idea” de justicia. Ciertamente, para comprenderlos es necesario entender la noción de justicia en su sentido exacto. El Derecho tiene siempre por materia o por fin un elemento de justicia, que el Derecho discierne en el complejo de la vida social y reviste de su formulismo positivo.”

Ciertamente, la noción de seguridad es siempre distinta de la noción de justicia. Pero hay un ángulo bajo el cual la seguridad llega a ser un derecho, un derecho para el individuo, o un derecho para la sociedad. Bajo este aspecto la seguridad es jurídica y llega a ser materia del Derecho positivo.

En su turno, Gustav Radbruch inició su exposición aludiendo a “Cuatro viejos adagios (que) hacen aparecer a nuestros ojos los principios supremos del derecho y al mismo tiempo las fuertes antinomias que reinan entre esos principios. He aquí el primero: *Salus populi suprema lex est*; pero ya un segundo adagio responde: *iustitia fundamentum, regnorum*; ¡No es el bien común es fin supremo del derecho, sino la justicia! Esta justicia, sin embargo, es una justicia suprapositiva, y no es la justicia positiva o más exactamente la legalidad, la que contempla nuestro tercer adagio así concebido: *fiat iustitia pcreat mundos*; la inviolabilidad de la ley debe ser colocada por encima del mismo bien común. A lo cual, en fin, el cuarto adagio objeta: *summum ius, summa iniuria*: la estricta observancia de la ley implica la injusticia más sublevante”.

De acuerdo con el autor se puede definir el bien común confiriéndole un sentido específicamente social; es el bien común de todos o, por lo menos, del mayor número de individuos posibles, es decir, de la mayoría.

El ilustre filósofo italiano Giorgio Del Vecchio sostiene una idea totalmente contraria a lo sostenido por Radbruch al decir: "El derecho de un solo hombre es tan sagrado como el de millones de hombres. Radbruch replica que "la doctrina que permite al individuo defenderse contra la mayoría y aún contra la totalidad se llama liberalismo." La idea liberal se justifica en los otros dos fines del derecho, que se refieren a la justicia y la seguridad."

Radbruch admite que: "No es menos cierto que un orden basado únicamente sobre la idea del bien común y dejando a los individuos en la imposibilidad de defender sus intereses contra el bien común, no podría aspirar al nombre de "Derecho"; que las ciencias jurídicas perderían el sentido que se les ha atribuido hasta el presente; que se debería, en fin, renunciar a la explicación de numerosos fenómenos prácticos generalmente reconocidos, como la independencia de los tribunales, los derechos subjetivos públicos, en fin, el "Estado de Derecho".

"La noción de justicia ha sido determinada por Aristóteles de manera definitiva: justicia significa igualdad, no tratamiento igual de todos los hombres y todos los hechos, sino aplicación de una medida igual. El tratamiento mismo será

diferente en la medida en que difieren los hombres y los hechos; y habrá pues, no una igualdad de tratamiento absoluto, sino proporcional. He aquí la *iustitia distributiva* de Aristóteles."

La *iustitia commutativa* no es más que un caso de aplicación del principio de la *iustitia distributiva*: es la *iustitia distributiva* aplicada a los hombres que se consideran como iguales. En efecto, no es sino procediendo así como se puede exigir la igualdad entre una prestación dada y su contrapartida, porque se elevaría a un hombre sobre otro si se le concediera más de lo que él mismo consiente en otorgar.

Si la *iustitia commutativa* es la justicia aplicada a hombres cuyas semejanzas efectivas son consideradas como no existentes, es preciso entender por equidad una justicia que tiene en cuenta, en la medida de lo posible, la particularidad más individual del caso dado. Pero aun bajo esta forma, la más especializada, la justicia sigue siendo esencialmente la aplicación de una medida general. Presupone hombres y hechos por lo menos comparables, y hace así abstracción de su más profunda individualidad; considera como iguales los hechos que difieren en realidad. A pesar de su carácter proporcional, la justicia exige que, en derecho, los hombres y los hechos agrupados según categorías más o menos bastas, sean tratados sobre un pie de igualdad, o, lo que quiere decir la misma cosa, que las normas que regulan este tratamiento sean más o menos generales.

“La justicia se limita a exigir un castigo muy severo para el que es más culpable, y un castigo más indulgente para el que lo es menos, no es, sin embargo, que el asesino es más culpable que el ladrón: presupone la existencia de una medida que permita fijar el grado de culpabilidad”. Para terminar su exposición, Radbruch ha distinguido tres estados: el estado de policía, que da la preeminencia al bien común; el estado de derecho natural que la da a la justicia; el positivismo que la da a la seguridad. La decisión la da la época en que se vive.”

Al terminar este histórico evento, A.J. Carlyle hace referencia a la forma como se entendían estos conceptos en la época medieval y empieza por recordar a Ulpiano con las cuales se abre el Digesto. “Aquellos que tienen que tratar del ius deben comenzar por conocer el origen de esta palabra, que es derivada de la justicia. El derecho es el arte de lo que es bueno y equitativo.” Estas fórmulas son paralelas a las establecidas por los Padres de la Iglesia Cristiana, por intermedio de las cuales un número considerable de principios del mundo antiguo han pasado al mundo medieval. San Ambrosio describe la justicia y la beneficencia como fundante de la ratio de la sociedad y de la raza humana, para declarar que la equidad conserva al Estado y la injusticia lo destruye.

Casiodoro define la justicia en términos parecidos a los de Ulpiano: “El derecho es el instrumento del progreso social porque representa a la justicia.” San

Isidoro de Sevilla declara que “el derecho es justo y esta constituido por el bien común”.

Carlyle compara este concepto de la justicia con los términos de la famosa Carta Magna en Inglaterra de 1215 y los expuestos por las Cortes de Valladolid en Castilla, de 1299.

Carlyle sostiene que el concepto de equidad probablemente es una reminiscencia de Cicerón *est rerum convenientia quae in paribus causis paria jura desidera*, mientras que la justicia es una cualidad de la voluntad tanto de Dios como de los hombres. El derecho tiene su origen en la justicia y de ella fluye como un río de su fuente.

En fin, Carlyle hace una larga lista de citas relativas a los conceptos de justicia y equidad en los autores que escribieron sobre estos conceptos del Derecho en la edad media y señala que son el origen del Common Law. De la misma manera establece las relaciones entre los conceptos del Derecho y del bien común desde Aristóteles, Cicerón, San Agustín, San Isidoro de Sevilla, Santo Tomás de Aquino y Soto para concluir que: “En el espíritu de los pensadores políticos de la Edad Media, la concepción del bien común, en calidad de piedra de toque de las formas legítimas de los gobiernos, es inseparable del principio de que el bien común se encuentra en el establecimiento de la justicia y en el Derecho como expresión de esta justicia.”

## El Derecho Natural.

Los derechos de la persona humana se encuentran fundados en la ley natural, considerada como una perspectiva ontológica transmitida a través de las estructuras y exigencias esenciales de la naturaleza. La ley natural es el conjunto de normas que brotan espontáneamente de la naturaleza de las cosas y en consonancia con esa misma naturaleza.

La ley natural es una ley no escrita. La razón humana no descubre sus regulaciones de una manera abstracta y teórica. Tomás de Aquino dice que “la ley natural se conoce de una manera más profunda y más precisa que la que se tiene de ordinario. La razón humana descubre la ley natural bajo la guía de las inclinaciones de la naturaleza humana. Han sido esas inclinaciones realmente auténticas las que en la inmensidad del pasado humano han guiado a la razón en su toma de conciencia.”

La idea auténtica de la ley natural es una herencia del pensamiento griego coincidente con el pensamiento cristiano. Su expresión más remota y clara se encuentra en Antígona, la tragedia de Sófocles, que relata cuando Etéocles y Polinice, los hijos de Edipo, peleando por el dominio de Tebas, se dan muerte mutuamente y, por órdenes de Creón, el cadáver de Polinice debería quedar insepulto. Antígona, sabiendo que su desobediencia a la ley humana le acarrearía la muerte, pero obedeciendo a una ley superior increpa

así al tirano: “...ni creí que tus bandos habrían de tener tanta fuerza que habías tú, mortal, de prevalecer por encima de las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Que no son de hoy ni son de ayer, sino que viven en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron. No iba yo a incurrir en la ira de los dioses violando esas leyes por temor a los caprichos de hombre alguno”. Antígona es pues, la heroína del Derecho natural.

La ley natural se refiere a los derechos y deberes que se reducen de manera necesaria al primer principio de “hacer el bien y evitar el mal”.

## El Derecho de Gentes.

El derecho de gentes -dice Maritain- “es difícil de definir exactamente, porque es intermedio entre la ley natural y la positiva. Digamos que, en el más profundo y auténtico sentido, el que quería darle Tomás de Aquino, el derecho de gentes o, por mejor decir, la ley común de la civilización, difiere de la ley natural en que es conocido, no por inclinación, sino por el ejercicio conceptual de la razón o por vía del conocimiento racional. En este sentido está en el mismo caso que la ley positiva y constituye formalmente un orden jurídico (si bien no implica necesariamente un código escrito), mas en lo que toca a su contenido, el *ius gentium* incluye, al mismo tiempo, cosas que pertenecen a la ley natural por cuanto no son sólo conocidas por inferencia racional, sino también por inclinación, y cosas que, aunque son

obligatorias de manera universal por ser inferidas de un principio de ley natural como conclusiones necesarias, desbordan el contenido de la ley natural. El derecho de gentes o ley común de la civilización, se refiere como la ley natural a derechos y deberes que se reducen al primer principio de manera necesaria.”

### **Derecho Positivo.**

La ley positiva continúa, Maritain, o el conjunto de las leyes en vigor, sean consuetudinarias y simplemente emanadas de un comportamiento espontáneo, o sean establecidas por el Poder Legislativo en un grupo social dado, se refiere a los derechos y deberes que se reducen al primer principio de manera contingente, en virtud de reglas de conducta que dependen de la razón y voluntad del hombre cuando establecen leyes y generan las costumbres de una cierta sociedad dada, decidiendo por sí mismas que en el grupo particular en cuestión, ciertas cosas serán buenas y permitidas y otras malas y no permitidas.

“Es en virtud de la ley natural como el Derecho de Gentes y la ley positiva tienen fuerza de ley y se imponen a la conciencia. El Derecho de Gentes y la ley positiva son una prolongación o extensión de la ley natural, que pasa a zonas objetivas que la mera constitución intrínseca de la naturaleza humana es cada vez menos capaz de determinar suficientemente. Es, en efecto, la ley natural misma la que exige que todo lo que ella deja indeterminado se determine ulteriormente, bien como

un derecho o un deber que existe para todos los hombres”. (El Hombre y el Estado págs 114-116).

Al respecto, García Máynez cita: “El derecho es una regulación bilateral o, como también suele decirse, imperativo atributiva de la conducta humana; las normas de aquél, además de imponer deberes, conceden, correlativamente, facultades... con su habitual elegancia, Radbruch, expresa el mismo pensamiento cuando escribe: “los deberes morales son deberes, pura y simplemente; los jurídicos no sólo son deberes, sino deudas”. (García Máynez, Ontología Jurídica pág. 89).

Volviendo a Maritain, aclara: “Derechos tales como el derecho a la existencia, el derecho a la libertad personal, el derecho a la prosecución de la perfección de la vida moral corresponde, en el más estricto sentido, a la ley natural”.

“El derecho a la propiedad privada de los bienes materiales compete a la **ley natural** en tanto que la especie humana tiene naturalmente derecho a poseer para su uso común los bienes materiales de la naturaleza; compete al **derecho de gentes**, en tanto, que la razón concluye necesariamente que, en interés del bien común, esos bienes materiales deben ser objeto de una apropiación privada como consecuencia de las condiciones naturalmente requeridas para su gestión y el trabajo humano. Y las modalidades particulares de ese derecho de apropiación privada, que varían según las formas de sociedad y el estado de evolución de la economía, son determinadas por la **ley positiva**”

## La filosofía de los valores.

La moderna teoría de los valores puede ser considerada como el capítulo más rico e interesante de la filosofía actual. Penetró valientemente en la liza de las contiendas filosóficas para enfrentarse con el subjetivismo y con todas las corrientes de tipo relativista: historicismo, nominalismo, relativismo sociológico etc.

Dice García Máynez: "La obra fundamental sobre los valores apareció en 1913, un año antes de la guerra europea, me refiero al famoso libro de Max Scheler *Der Formalismus in der Ethik un die materiale Wertethik*. Este escrito señala el principio de una nueva época en la historia de la filosofía y marca un radical cambio en la orientación, método y tendencias de la mencionada disciplina. Puede afirmarse, sin temor de incurrir en exageración, que a partir de entonces deja aquélla de ser formalista y se convierte en filosofía material. Los argumentos que muchos años antes esgrimiera Brentano contra la ética kantiana son recogidos por Scheler, reforzados con razones nuevas y expuestos con inimitable claridad..."

Expresa García Máynez que la obra de Scheler puede considerarse continuada por Nicolai Hartmann uno de los más ilustres pensadores contemporáneos.

Según Hartmann, la filosofía tiene como misión contestar satisfactoriamente tres preguntas: ¿Qué podemos conocer?, ¿Qué debemos hacer?, ¿Qué nos es

licito esperar? De estas tres interrogantes, la segunda constituye el problema capital de la ética. Su objeto no consiste en estudiar lo existente, sino en descubrir el sentido de lo existente. Ocupa dicha disciplina un lugar intermedio entre las duras realidades de la vida y los ideales lejanos de una contemplación visionaria, y aun cuando no se refiera de modo inmediato a lo real, se halla, sin embargo, más cercana a la experiencia que toda abstracción o que cualquier anhelo. Hunde sus raíces en lo más profundo de la tierra, pero jamás pierde de vista el reino ideal de los valores absolutos, que en su imponente y sublime majestad se eleva sobre ella como la bóveda celeste sobre los confines del mundo.

"En el corazón humano -escribe Hartmann- hállanse íntimamente mezclados lo caótico y lo demiúrgico; en lo caótico yacen sus responsabilidades, pero también sus peligros; en lo demiúrgico se halla su vocación. Realizarla es ser hombre."

"El problema de los valores -dice García Máynez- "es tan importante como el relativo al deber; su significación metafísica es más profunda, su contenido más rico y amplio. La primera cuestión encierra en su seno a la segunda. No puedo saber cuál debe ser mi conducta, si ignoro qué es valioso y qué carece de valor. La solución que se dé al problema del deber, depende por consiguiente de la solución que se dé al otro problema."

El sentido de lo valioso es muy estrecho. Para la mayor parte de los mortales, los límites de sus intereses más urgentes, de sus relaciones vitales más inmediatas, son a la vez los límites de su existencia moral. Su vida es una vida limitada, empequeñecida, una caricatura de humanidad.

El tema del deber y el problema valorativo son los fundamentos de la ética. No se trata de dos problemas independientes. Entre ellos existe una íntima y estrecha relación. Más que de dos diferentes cuestiones, habría que hablar de los aspectos centrales de un solo problema, la cara o cruz de la misma moneda. El problema del deber únicamente puede ser resuelto a la luz de la teoría de los valores. Todo deber ser, toda norma fúndase en la existencia de un valor y postulan la obligación de realizarlo”.

### ¿Qué son los valores?

Desde muchos siglos admítase, junto al mundo de la materia, un mundo de entes inmatriciales, un reino de lo ideal. Platón llamaba a éste el reino de las Ideas; Aristóteles, el de las formas, y los escolásticos, el de las esencias. Después de haber sido negado por el subjetivismo dominante, ese mundo es casi unánimemente reconocido y afirmado por los pensadores contemporáneos. (Fronzizi. ¿Qué son los valores?).

El modo de ser de las ideas platónicas es el modo de ser en virtud del cual lo que de las Ideas participa es como es.

Entre los arquetipos de Platón se hallan comprendidos los principios éticos y los valores que la moral estudia. Por lo que a su modo de ser respecta, los valores son Ideas platónicas. Pertenecen a ese mundo ideal descubierto por el filósofo helénico, a esa esfera suprasensible que es posible intuir o mirar intelectualmente, pero que no puede ser vista con los ojos, ni palpada con las manos.

De los valores cabe decir lo que de los arquetipos se afirma: en virtud de lo cual, lo que de ellos participa es como es. O expresado en lenguaje moderno: los valores son esencias. Esta frase sintetiza los resultados que en el campo de la ética logró la crítica kantiana. Los valores no dependen ni del sujeto ni de las cosas; ni el realismo ni el subjetivismo explican su modo de ser. Pero no son formas sin contenido, sino materias y estructuras que determinan y especifican cualidad en los objetos, personas y relaciones en que se hallan.

Los valores no son accesibles a una mirada o intuición emocional. El motivo platónico del mirar, que a manera del Leitmotiv utiliza el filósofo en su bella “Alegoría de la Caverna”, equivale en el fondo a lo que la ética contemporánea denomina el sentido o sentimiento de lo valioso. “El sentimiento de lo valioso - escribe Hartmann- es la anunciación del ser de los valores en el sujeto, la anunciación del ser ideal característico de aquéllos. La aprioridad de ese conocimiento no es reflexiva o intelectual, sino emocional e intuitiva.” (García Máynez. Ensayos Filosófico Jurídicos págs. 29-33).

## La Justicia.

### *La justicia como virtud.*

André Comte-Sponville, en su "Pequeño tratado de las grandes virtudes" nos dice, en relación con la justicia considerada como virtud: "¿Qué es una virtud? Es una fuerza que actúa o puede actuar".

Para Aristóteles es lo que distingue al hombre del animal (Ética a Nicómaco I, 6.). La virtud surge en el cruce entre la hominización como hecho biológico y la humanización como exigencia cultural.

Para Comte-Sponville, la Justicia es la última de las cuatro virtudes cardinales, y la única absolutamente buena. La prudencia, la temperancia o el coraje sólo son virtudes si están al servicio del bien o de la justicia. Si están al servicio del mal no son virtudes.

La justicia es buena en sí. "Es una virtud completa", decía Aristóteles pero no quiere decir, añade Comte-Sponville, que haga las veces de felicidad, pero ninguna felicidad puede prescindir de ella."

"Si la justicia desaparece, escribe Kant, la vida del hombre en la tierra carece de valor. (Doctrina del Derecho II. 1). Se llega así al límite del utilitarismo. Si la justicia fuese sólo un aumento del bienestar colectivo, como señalan Bentham y Mill, podría ser considerado justo, en beneficio de la dicha de casi todos, sacrificar a algunos inocentes sin su conformidad.

La justicia se dice en dos sentidos: como conformidad al derecho (jus) y como igualdad o proporción. La justicia se juega entera en ese doble respeto: de la legalidad en la polis, y de la igualdad entre los ciudadanos."

En la antigüedad griega Sócrates sostenía que la justicia es la felicidad del hombre. El hombre injusto no es feliz.

### **Teoría Platónica de la Justicia.** *(República. Libro IV)*

#### **La eudemonia, fin del Estado.**

Platón piensa que el principal propósito de los fundadores de la polis no era conseguir la felicidad de unos cuantos, sino la de toda la polis. La eudemonia de ésta sólo puede hacerse depender de las clases que la integran y sobre todo de la de los componentes de cada una. Ciñéndose al idealismo ético que siempre defendió, y que Aristóteles compartía con él, podía haber dicho que si los de las clases superiores son los hombres más sabios, virtuosos y valientes de todo el Estado, tendrán que ser los más felices, puesto que la virtud es el camino idóneo para llegar a la dicha.

Platón insiste, en boca de Sócrates, en que una ciudad sólo puede ser sabia, o valerosa, o temperante por el saber, la bravura y la temperancia de los que en ella viven. (García Máynez. Teorías sobre la Justicia en los Diálogos de Platón. Págs. 69 y sig.)

La conclusión de García Máynez sobre el tema de la justicia en Platón es que el fin del Estado es la eudemonia (del griego eudaimon, felicidad) de los ciudadanos, y por consiguiente, Platón equipara justicia con felicidad, concepto que encontramos no sólo en la República, sino en otros diálogos. “El hombre justo es feliz, el injusto no es feliz”. Sin embargo, Platón no llega a definir concretamente la justicia, pero sí afirma que la finalidad del Estado es proporcionar felicidad a los ciudadanos.

### ***La justicia según Aristóteles.***

Aristóteles, en el Libro Quinto de su *Ética Nicomaquea*, desarrolla la tesis de Platón de que la justicia es la felicidad, y que el hombre justo es feliz y el injusto no lo es. Aristóteles lleva el análisis del tema por el método de los contrarios.

“Todos, a los que vemos, entienden llamar justicia a aquel hábito que dispone a los hombres a hacer cosas justas y por el cual obran justamente y quieren las cosas justas. De igual modo con respecto a la injusticia, pues por ella los hombres obran injustamente y quieren las cosas injustas.”

“Son, pues, tenidos por injustos el transgresor de la ley, el codicioso y el inicuo o desigual, de donde es claro que el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo justo, pues, es lo legal y lo igual; lo injusto, lo ilegal y lo desigual.”

“Así pues, en un sentido llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política.

La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino en relación a otro.” Aquí alude Aristóteles a que el justo no lo es por lo que hace para sí mismo, sino por lo que hace para otros. El gobernante es justo si busca la felicidad de su pueblo. “Y por esto la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes, y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos” (*Ética Nicomaquea* Libro V pág. 38 sig).

### **La Imagen Aristotélica del Buen Juez.**

Aristóteles se refiere a la función de los jueces, no sólo en el famoso libro V de la principal de sus tres *Éticas*, sino en diversos pasajes de sus obras.

“Cuando están en desacuerdo, los hombres recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia, y el juez quiere ser la justicia animada.”

“En consecuencia, ser justo es la virtud esencial del juzgador. Este no ignora lo que de él se espera, por ello aspira a que las partes lo vean como una encarnación de la justicia. Por eso los hombres van confiadamente al juez a plantear sus diferencias, ya que están convencidos de que **“ir al juez es ir a la justicia”**.

“Los magistrados han aprendido que en la justicia toda virtud está en compendio y que podemos darle el nombre de virtud perfecta porque el que la posee puede ejercitarla en relación con terceros y no sólo consigo mismo. Saben igualmente, que al lado de la justicia total hay otra

que se llama particular, de la que ellos deben ser aplicadores". (García Máñez Ensayos Filosófico-Jurídicos pág. 389).

En resumen, para Aristóteles la justicia es la equidad.

### **La Justicia según Tomás de Aquino.**

Ante las afirmaciones de que el Derecho no es objeto de la justicia, Santo Tomás, en su Tratado de la Justicia, responde: "La justicia tiene como característica, entre otras virtudes, el ordenar al hombre en todo aquello que se refiere a los demás. Lo cual supone una cierta igualdad, como el mismo nombre lo demuestra, pues suele decirse ajustar" al adecuar dos cosas; y es que la igualdad siempre se refiere a los demás.

Todas las demás virtudes perfeccionan al hombre en aquello que le corresponde en sí mismo. Por ello juzgamos de lo que es recto en las otras virtudes según aquello a lo que dichas virtudes tienen como propio objeto, y siempre encontramos en lo que conviene al propio agente. En cambio, al hablar de las obras de la justicia, en lugar de fijarnos en si es conveniente al sujeto, atendemos también a que lo sea a los demás, pues solemos llamar obra justa a aquello que responde a demandas del otro; por ejemplo, el dar un salario justo por un servicio prestado. Por ello llamamos justo a aquello que muestra la rectitud de la justicia, y hacia lo cual tiende la acción justa; y ello aun cuando no atendamos al modo como lo hace el sujeto. En cambio, en las demás virtudes, en el objeto de la justicia sólo

consideraremos recto aquello que el sujeto obra de determinada manera. Por ello, el objeto de la justicia queda determinado por lo que en sí es justo, o sea por el Derecho, a diferencia de las otras virtudes. Por tanto es claro que el derecho es el objeto de la justicia" (Tratado de la Justicia pág. 117).

En su tratado, Santo Tomás hace consideraciones acerca de "si es correcta la definición de justicia tomada como la voluntad constante y perpetua de respetar el derecho de cada uno", a lo que responde:

"La definición propuesta de justicia es correcta si se le entiende bien. Pues siendo la virtud un hábito que actúa como principio de los actos buenos es preciso que la virtud se defina por el acto bueno acerca de tal virtud. Y la justicia se refiere a todas aquellas cosas que pertenecen al otro. Ésta es su materia, como se dirá más adelante." Por eso, el acto de justicia se explica al exponer su materia y su objeto cuando se dice "el dar a cada uno lo que le pertenece según derecho". Porque dice Isidoro en las Etimologías, libro 10 que "justo es aquél que observa el derecho" (pág. 122).

En consecuencia, Santo Tomás confirma la sentencia de Ulpiano, a quien llama el jurisconsulto, de que "Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde según derecho," que es la propia definición aceptada por el Derecho Romano.

### La Justicia según Hans Kelsen.

En su obra *¿Qué es la Justicia?* Kelsen examina el problema desde distintos ángulos y comienza por considerar la justicia como problema de la solución de conflictos de intereses o valores. Nos dice: “La justicia es, ante todo, una característica posible pero no necesaria, de un orden social. 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.” En esta forma, Kelsen coincide con Rousseau y su teoría del Contrato Social por el cual el hombre busca la felicidad. Dice Kelsen: “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.

Luego deduce Kelsen: “si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo si por justicia se entiende la felicidad individual, pero un orden social justo es también imposible aun en el caso de que éste procure lograr, no ya la justicia 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.”

“Esto quiere decir que por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de

ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o por el legislador y que son dignas de ser satisfechas”. La satisfacción de las necesidades socialmente reconocidas es algo que no tiene que ver con el sentido originario de la palabra felicidad, que es profunda y esencialmente subjetiva.

“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.” “El concepto de libertad debe aceptar la importancia que tiene una determinada forma de gobierno. La libertad debe significar gobierno de la mayoría y, en caso necesario, contra la minoría de los súbditos. 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.”

Luego se pregunta: “¿Qué intereses pueden ser éstos?” Kelsen identifica “intereses” con “valores”. ¿Qué intereses humanos tienen ese valor y cual 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. 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 únicamente para el sujeto

que formula el juicio, y en este sentido es relativo.”

En consecuencia, podemos concluir que, para Kelsen, los valores siempre son relativos y que la jerarquía de los valores depende de la formación moral de cada quien. “Desde luego -continúa Kelsen- es imposible decidirse de una manera científico-racional por cualquier juicio de valor fundado 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.”

Al final de su obra, Kelsen define su posición personal en un párrafo maestro:

“Como la democracia es por su naturaleza íntima, libertad, y la libertad significa tolerancia, no existe otra forma de gobierno más favorable a 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 argumentos 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 muy 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 si 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, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”. ¿Qué es la justicia?

### **Teoría de la justicia según Rawls.**

*(In memoriam)*

El 24 de noviembre de 2000, falleció en los Estados Unidos, John Rawls, el filósofo más importante en la actualidad principalmente en el campo de la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política. Su cátedra principal en la Universidad de Harvard y su obra cumbre fue precisamente Teoría de la Justicia, obra fundamental de la jurisprudencia moderna.

Según Rawls, la teoría sistemática predominante en Filosofía ha sido el utilitarismo sostenido por Hume, Adam Smith, Bentham y Mill, teóricos sociales y economistas que elaboraron una doctrina moral, ad hoc a sus necesidades, que no es convincente.

Parece ser que nos vemos obligados a escoger entre utilitarismo e intuicionismo.

Rawls trata de elevar la teoría tradicional del contrato -Locke, Rousseau, Kant- a un plano superior de abstracción, pero reconoce que el resultado es netamente kantiano. Pretende que se vean más claramente los rasgos estructurales de la concepción de justicia que se halla implícita en la tradición contractual.

### **La Justicia como Imparcialidad.**

La justicia como imparcialidad es la primera virtud de las instituciones sociales, como la virtud de los sistemas de pensamiento. No importa que las instituciones sean eficientes; si son injustas, han de ser reformadas o abolidas.

Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar.

La justicia niega que la pérdida de libertad de algunos se vuelva justa porque beneficia a otros. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades y la igualdad de los ciudadanos se dan por establecidos definitivamente. Los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo ni a intereses sociales.

Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones. Estas proposiciones expresan la convicción intuitiva de la supremacía de la justicia.

Para demostrar lo correcto de estas afirmaciones, es preciso, dice Rawls, elaborar una Teoría de la Justicia.

Empieza por enunciar los dos principios de la justicia en los que supone habría acuerdo general. "Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos."

Con estos principios, supone, todo mundo estará de acuerdo en renovar o reformular el Contrato Social.

Manuel Atienza, en su Introducción al Derecho, se refiere a la concepción de justicia de J. Rawls: "en los últimos diez o quince años, la discusión sobre el problema de la justicia en un amplio sector de la Filosofía contemporánea se ha polarizado en torno a la obra del norteamericano John Rawls. Su Teoría de la Justicia pretende ser una superación del intuicionismo (el punto de vista según el cual la única vía para el conocimiento de la justicia es la intuición) y, sobre todo, del utilitarismo (la concepción según la cual la justicia depende de las consecuencias de las acciones o de las normas). Para ello, Rawls se inspira fundamentalmente en la filosofía de Kant y construye una nueva versión de la teoría del contrato

social... además, desde el punto de vista metodológico, la obra de Rawls no pretende situarse en el nivel de la metaética o ética teórica, sino esencialmente, en el de la ética normativa. Su propósito es el de justificar unos principios de justicia que puedan servir para establecer cuándo ciertas normas, instituciones sociales, etc. puedan considerarse justas o injustas. De alguna forma, la suya es una concepción postanalítica de la justicia, ideológicamente comprometida con la defensa de un liberalismo de signo progresista.” (pág. 143)

Efectivamente, parecería que la Teoría de la Justicia que John Rawls publica en 1971 tiene como finalidad servir de base filosófica de las libertades constitucionales, del problema de la justicia distributiva y la definición del ámbito y los límites del deber político y la obligación. Incluye en su Teoría un análisis de la desobediencia civil y la objeción al reclutamiento por motivos de conciencia y relaciona su Teoría con una doctrina del bien y del desarrollo moral.

Para Rawls, el concepto de justicia está tan íntimamente ligado al liberalismo político que en 1973 publica su obra: Liberalismo Político, en la que revisa nuevamente sus ideas expuestas en Teoría de la Justicia a la luz de la pluralidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales que coexisten en las instituciones democráticas como consecuencia de la amplitud que ha alcanzado la libertad de pensamiento. Para Rawls, el liberalismo político representa una forma distintiva de

liberalismo con base en una idea de razón pública libre que arroja nueva luz a los criterios de justicia a que nos enfrentamos en las modernas democracias.

Allan Bloom, profesor de Filosofía Social de la Universidad de Chicago, autor de “La Decadencia de la Cultura”, en su más reciente obra titulada “Gigantes y Enanos”, respecto de la tradición ética y política de Sócrates a John Rawls, se refiere a este último en los siguientes términos:

“A Theory of Justice”, de John Rawls, ha atraído en una generación más atención que ninguna otra obra en el mundo anglosajón. Su boga se debe a dos hechos: se trata del más ambicioso proyecto político emprendido por un miembro de la escuela actualmente dominante en la filosofía universitaria; y la obra ofrece no sólo una defensa de la interpretación igualitaria radical de la democracia liberal, sino también un nuevo fundamento de ésta. En cuanto al método y al contenido, el libro se ajusta al gusto de los tiempos. El profesor Rawls cree que puede presentar ciertos principios convincentes de justicia que posean la simplicidad y fuerza de las antiguas doctrinas del contrato, que satisfagan la preocupación del utilitarismo por el mayor número, sin descuidar al individuo, que contengan toda la nobleza moral de los principios de Kant, que determine una riqueza de vida semejante a la que proponía Aristóteles y que puedan realizar todo esto sin caer en los atolladeros de la filosofía tradicional”.

“La democracia liberal necesita una defensa o una renovación si pretende sobrevivir.” Bloom se lanza contra las ideas del “estado de naturaleza”, fundamento de las doctrinas que sostienen el “contrato social” que a su vez sirven de fundamento al liberalismo social. “El estado de naturaleza, -continúa Bloom- y los derechos naturales derivados de él han ocupado su lugar en el cementerio de la historia junto con el derecho divino de los reyes. Se les concibe como mitos o ideologías de clase gobernantes”.

“Pero de manera decepcionante, -añade Bloom- Teoría de la Justicia ni siquiera trasluce conciencia de esta necesidad, para no hablar de responder a ella. A pesar de su radical igualitarismo, no es un libro radical. Su horizonte no parece extenderse a los abismos que hemos experimentado en nuestras vidas; para Rawls, los horrores de Hitler y Stalin no representan un problema nuevo ni especial. Su libro es antes bien una corrección del utilitarismo, la conciencia del autor es norteamericana o en todo caso anglosajona. Los problemas que aborda son los de las libertades civiles en naciones que ya son libres y los problemas de la distribución de la riqueza en aquellas naciones que ya son prósperas.”

“Lo que explícitamente hace Rawls, es suministrar principios de nuestro sentido moral preexistente, elaborar las implicaciones de nuestras convicciones, decirnos lo que entendemos cuando hablamos de

justicia y hallar una base de acuerdo entre nuestros contemporáneos.”

Independientemente de los acres comentarios de Bloom, la obra de Rawls resulta la más importante de la filosofía actual, aunque no sea precisamente la más convincente. En la Teoría de la Justicia (1971) Rawls propone una concepción de la justicia como acuerdo mutuo entre las personas sujetas a las mismas condiciones, lo que lo lleva a elaborar la idea de un nuevo “contrato social” sobre ideas aceptadas por todos, lo que conduce al Liberalismo Político (1993).

“En Liberalismo Político, -nos dice el editor- John Rawls continúa revisando la idea de la justicia como la presentó en su trascendental Teoría de la Justicia, pero modifica su interpretación filosófica en forma fundamental. En su obra anterior, Rawls suponía lo que llamó “una sociedad bien ordenada”, relativamente homogénea, estable en sus creencias morales básicas y en la que hay un general consenso sobre lo que constituye la vida buena. Rawls redefine su concepto de “una sociedad bien ordenada, ya no es una sociedad unida en sus creencias morales básicas sino en su concepción política de la justicia, y esa justicia es el centro de un consenso traslapado de doctrinas razonables y generales”.

“En la Teoría de la Justicia, -nos dice Erin Nelly- profesor de Filosofía en la Universidad de Tufts y editor de “La Justicia como Equidad” de John Rawls, 2001- Rawls proponía una concepción

de la justicia basada en los principios más razonables que serían objeto de un acuerdo mutuo entre personas sujetas a condiciones equitativas”.

En La justicia como equidad, Rawls regresa a Aristóteles: “la justicia es equidad, igualdad, dar igual a los iguales y desigual a los desiguales, buscando en esa desigualdad dar más al que tiene menos. Ésa es la equidad. Ésa es la justicia.”

### **Epifonema.**

Juan Jacobo Rousseau inicia su obra El Contrato Social con estas palabras: “El hombre ha nacido libre y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás. ¿Cómo ha sucedido este cambio?...lo ignoro.”



### **BIBLIOGRAFÍA**

- Aquino Sto. Tomás.- Tratado de la Justicia. Porrúa.  
Aristóteles.- Ética a Nicómaco. Porrúa.  
Atienza Manuel.- Introducción al Derecho. Fontamara Dist.  
Biscaretti di Ruffia Paolo.- Introducción al Derecho Constitucional Comparado. F.C.E.  
Bloom Allan.- La Decadencia de la Cultura.  
Gigantes y Enanos. La tradición ética y política de Sócrates a John Rawls. Gedisa Editorial Barcelona 1999.  
Carlyle A.J.- Los Fines del Derecho. UNAM.  
Comte-Sponville André.- Pequeño Tratado de las Grandes Virtudes. Edit. Andres Bello. Barcelona.  
Constant Benjamín - Politique constitutionnelle.  
Del Vechio Giorgio.- Los Fines del Derecho. UNAM  
Delos José T. Los Fines del Derecho. UNAM  
Frondizi Risieri.- ¿Qué son los Valores? F.C.E.  
García Maynez Eduardo.- Ensayos Filosófico-Jurídicos. UNAM Ontología del Derecho. UNAM. / Teorías sobre la Justicia en los Diálogos de Platón. UNAM.  
Hartmann Nicolai.- Ontología. F.C.E.  
Jellinek Jorge.- Teoría del Estado. F.C.E.  
Kant Emmanuel.- Doctrina del Derecho  
Kelsen Hans.- ¿Qué es la Justicia? Fontamara Dist.  
Kuri Breña Daniel.- Los Fines del Derecho. UNAM  
Le Fur Louis. Los Fines del Derecho.  
Maritain Jacques.- El Hombre y el Estado. Ediciones encuentro. Madrid.  
Platón.- Diálogos.- La República.  
Radbruch Gustav.- Los Fines del Derecho. UNAM  
Rawls John.- Teoría de la Justicia. F.C.E. / Liberalismo Político. UNAM. F.C.E. / La Justicia Como Equidad. Paidós. Barcelona.  
Reale Miguel.- Teoría Tridimensional do Directo. Sao Paulo, Brasil.  
Rocco Hugo.- L'Autorità delle cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi.  
Ross Alf.- Derecho y Justicia. Fontamara Dist.  
Rousseau Juan Jacobo.- El Contrato Social, Porrúa Hnos.  
Santaolalla Fernando.- Derecho Parlamentario Español. Madrid.  
Tosi Silvano.- Derecho Parlamentario. Cámara de Diputados. México.