

22106
EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ

MIEMBRO DE EL COLEGIO NACIONAL. PROFESOR EMÉRITO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FILOSOFÍA DEL DERECHO

SEGUNDA EDICIÓN REVISADA



COLEGIO UNIVERSITARIO
DE CÓRDOBA - BIBLIOTECA

EDITORIAL PORRÚA, S. A.
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 1977

Se dirá que aunque dispongamos de criterios para establecer lo que no es justo, ello no nos ofrece directrices positivas para la justa regulación de las relaciones entre los hombres. No obstante, tales directrices pueden ser elaboradas cuando se pasa de las categorías más generales a otras particulares de las relaciones interhumanas, con lo que, gradualmente, los contenidos de las fórmulas aparecen en forma cada vez más determinada y pueden aplicarse a problemas jurídicos concretos, aun cuando la solución no derive exclusivamente de ellos.

Henkel recuerda cómo, para Aristóteles, el principio de justicia adquiere un sentido distinto de acuerdo con las diversas situaciones fundamentales de la vida en común, a consecuencia de lo cual la tendencia hacia lo justo, lo mismo respecto del contenido del *sum cuique* que del que corresponde a la exigencia de igualdad, se desenvuelve según principios específicos y determinados criterios de medida.

En el caso de la *justicia distributiva*, primer modelo básico ofrecido por el Estagirita, tratase de una relación de supra y subordinación dentro de la cual existe una instancia que representa a la totalidad frente a una pluralidad de súbditos, a quienes, como miembros de esa totalidad, se atribuye una participación en el bien común bajo la forma de obligaciones y derechos. Tal participación se halla sujeta a un criterio estimativo, el de la "dignidad" o "mérito", criterio que, dentro del susodicho modelo básico, adquiere distintas especificaciones. El resultado de la atribución debe corresponder al grado de dignidad o, mejor dicho, a la medición que se obtiene al aplicar tal criterio.¹⁴³ El principio distributivo resulta vulnerado: a) cuando el *bonum commune* se reparte sin sujeción a una medida objetiva; b) cuando a casos iguales se aplican medidas diferentes.

El segundo modelo básico, es decir, el de la *justicia correctiva*, consiste en el vínculo de coordinación en que varias personas (dos al menos) se hallan unas frente a las otras dentro del todo. Se supone que, en el caso, el "equilibrio" entre los participantes ha sido perturbado por una "dislocación" del estado de sus pertenencias, si ésta se produce no por azar, sino como consecuencia de actos imputables a uno de ellos. La rectificación consiste entonces en restablecer la igualdad entre las partes, *sin acepción de persona*, según el principio de la *aequalitas rei ad rem*.¹⁴⁴ Sabemos ya que Aristóteles refiere el principio igualitario a las relaciones intersubjetivas, y que, respecto de las mismas, distingue dos especies, las voluntarias y las involunta-

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ Henkel, *opus cit.*, pág. 311.

rias.¹⁴⁵ Pero semejante limitación, observa Henkel, es muy estrecha, pues habría que tomar también en cuenta la relación de grupos y asociaciones dentro de la comunidad política, lo mismo que la de los Estados entre sí.¹⁴⁶

10. CONCLUSIONES SOBRE EL CONCEPTO DE JUSTICIA

I) Si, de acuerdo en este punto con Heinrich Henkel,¹⁴⁷ prescindimos de los aspectos teológicos del problema, lo mismo que de los relativos a la llamada justicia del destino, para tratar, en forma exclusiva, de los concernientes a la *iustitia particularis* o, a fin de emplear una expresión más moderna, de los que atañen a lo justo como valor supremo del derecho, encontraremos que los autores de las doctrinas expuestas adoptan siempre, como punto de partida de sus desarrollos, el planteamiento aristotélico.

La justicia, como valor objetivo de toda ordenación social, exige en primer término, de los encargados de realizarla, la formulación de lo que en la sección octava de este capítulo hemos denominado la *norma de tratamiento*. Tal norma, en consonancia con el principio de que la *iustitia particularis* consiste en la igualdad, ordena tratar igualmente a quienes son iguales y desigualmente a quienes son distintos, pero en proporción a su desigualdad. Aun cuando parezca evidente, esta regla no puede aplicarse si el encargado de aplicarla no dispone de un *criterio comparativo* de los *respectos* en que los hombres resultan iguales o, por el contrario, diferentes entre sí. Coincidimos con Nef cuando sostiene que cualquier juicio que afirme la igualdad o la diferencia de dos o más personas o cosas, tiene dos supuestos: el de que *sólo puede ser igual lo diferente* y el de que *lo mismo la igualdad que la diferencia a fortiori se refieren a objetos que pueden ser comparados en tal o cual respecto*.¹⁴⁸ Aceptamos, también, que la igualdad es, como enseña William Stern, una relación trimembre, puesto que requiere, "además de las dos cosas comparadas, *a* y *b*, una tercera *c*", el llamado *tertium comparationis*.¹⁴⁹ Si, volviendo a la doctrina de Aristóteles, admitimos que de la justicia particular y de lo justo según ella hay dos especies, la referida a la distribución de honores, riquezas, cargos y demás cosas repartibles

¹⁴⁵ Aristóteles, *Ética nicomáquea*, V, 1131a, 1-9.

¹⁴⁶ Henkel, *opus cit.*, pág. 311.

¹⁴⁷ Henkel, *opus cit.*, pág. 302.

¹⁴⁸ Nef, *opus cit.*, págs. 4-7.

¹⁴⁹ Cita de Nef.

entre los miembros de la comunidad, y la que regula lo concerniente a las relaciones interpersonales, sin olvidar que la primera (es decir, la llamada *distributiva*) exige que los desiguales reciban cosas desiguales, proporcionalmente a su desigualdad, en tanto que la segunda (esto es, la *rectificadora*) tiene como fin corregir lo que en las mencionadas relaciones debe ser, por contrario a la igualdad, rectificado o corregido, fácilmente podremos percatarnos de que la aplicación de la norma de tratamiento a casos concretos presupone que el aplicador —sea particular o autoridad— tiene a la mano criterios para medir tanto la igualdad como las diferencias de los sujetos o de las cosas. Tratándose de la justicia distributiva de bienes, cargos u honores, el *criterio comparativo* es el *mérito* de los sujetos; tratándose de la justicia distributiva de sanciones, el *demérito* (o la culpa) de aquéllos. En ambos casos, lo justo es lo igual; pero, en el primero, la igualdad es proporcional a los merecimientos (o el demérito) personales, mientras que en el segundo se predica sólo de las cosas (o prestaciones), sin atender al mérito o a la culpa de las personas.¹⁵⁰

En relación con el problema de si a las dos especies de la justicia particular distinguidas por Aristóteles, esto es, a la *distributiva* y a la *rectificadora*, debe añadirse, como una tercera especie, la llamada *retributiva*, es decir, la que exige, en el caso de las relaciones de naturaleza contractual, por ejemplo, la *equivalencia económica* de los bienes o servicios objeto del intercambio, reiteramos aquí lo expuesto en la página 444 de la sección anterior o, en otras palabras, la tesis de que más que de tres especies de justicia: *distributiva*, *rectificadora* y *retributiva*, debe hablarse de *tres formas de aplicación* del principio en que descansa la doctrina aristotélica sobre la *iustitia particularis*. A estas formas de aplicación, objetivamente consideradas, corresponden, en el plano de lo subjetivo, *tres distintas funciones de la conducta justiciera*: 1) la *distributiva* de lo repartible entre los miembros de la comunidad de acuerdo con su mérito o demérito; 2) la *rectificadora* de las relaciones en que una de las partes causa y la otra sufre un daño indebido, y 3) la *retributiva* o *igualadora*: a) de las prestaciones que son objeto de un intercambio voluntario; b) del *daño* resultante de un hecho delictuoso y la *sanción pecuniaria* que, además de la pena, debe imponerse a quien ha delinquido.

La norma de tratamiento y el criterio comparativo no bastan, sin embargo, para realizar los ideales de justicia, porque el *tertium comparationis* suele ser objeto de valoraciones discrepantes o antagónicas. Si el respecto de que se hace uso para aplicar aquella norma es el

del mérito, verbigracia, la estimación de éste varía no sólo en función de puntos de vista individuales, sino, como ya lo señaló Aristóteles, de acuerdo con el trasfondo axiológico de las diversas formas de gobierno.¹⁵¹ Por ello hemos afirmado¹⁵² que hay casos en que para aplicar la norma de trato no es suficiente el criterio comparativo, porque el respecto que tal criterio ofrece para determinar la igualdad o la desigualdad de las personas debe, a su vez, ser determinado de acuerdo con una *pauta de valoración*. Y es claro que, a propósito de la última, ineludiblemente surgen todas las dificultades inherentes a los problemas del conocimiento, la objetividad, la jerarquía y la realización de lo valioso.

Antes de ahondar en este punto, recordemos, en actitud crítica, una de las conclusiones de Nef sobre el problema de la justicia. Como, para él, las cosas son, al propio tiempo, iguales y desiguales, vale decir, iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros, habrá que tratarlas igualmente desde el punto de vista de la igualdad y desigualmente en lo que atañe a sus diferencias. Por ello afirma el jurista suizo que las dos formas de tratamiento son igualmente correctas, desde el ángulo visual de las cosas. "Si las trato igualmente, puedo invocar su real igualdad y decir: 'igual a lo igual'. Si las trato desigualmente, invocaré su real desigualdad para decir: 'trato desigual a lo desigual'."¹⁵³

Pero si las cosas no me indican qué posición debo asumir al juzgarlas, tampoco me enseñan cuál de las dos formas de justicia es la que en cada caso deberé aplicarles. Si no me revelan qué es en ellas lo más importante, la igualdad o la desigualdad, tendré que atenerme, al juzgarlas, a *lo que me parezca decisivo*. Y esta elección estará, a su vez, en lo que concierne a la igualdad o a la desigualdad de los objetos, *subjetivamente* condicionada, en el sentido de que la solución nunca podrá derivar de las cosas mismas.

Examinemos, en conexión con este tópico, uno de los ejemplos de Nef, el del problema racial.¹⁵⁴ Según Nef, tan *objetiva* es la posición de quienes establecen discriminaciones en el trato de acuerdo con *diferencias* de raza, como la postura de los que exigen un tratamiento igual, por considerar que 'en su humanidad y dignidad' todos los hombres son iguales. ¿Por qué piensa Nef que las dos formas de tratamiento son justas? Porque, en su concepto, una y otra poseen un *fundamento objetivo*. El de la primera residiría en la *diferencia real*

¹⁵¹ Aristóteles, *Ética nicomáquea*, 1131a, 27-29.

¹⁵² Cfr. E. García Máynez, obra citada en la nota 150, Cap. V, A.

¹⁵³ Nef, *opus cit.*, pág. 105.

¹⁵⁴ Nef, *opus cit.*, pág. 110.

¹⁵⁰ Cfr. E. García Máynez, *Doctrina aristotélica de la justicia*, Cap. IV.

de las razas (el blanco no es negro, el negro no es amarillo, etc.); el de la segunda, en la igualdad real de los hombres *en cuanto tales*. "Los de razas distintas —dice— son, a un tiempo, iguales y desiguales entre sí. Por eso puede sostenerse que hay que darles lo mismo o, a la inversa, que debemos atribuirles cosas desiguales." En ambos casos estaremos en presencia, según él, de una diferente especie de justicia.

Lo que me parece más dudoso es el aserto de que, "desde el punto de vista de las cosas" —y obsérvese que en el caso no se trata de *cosas*, sino de *personas*— resulta imposible establecer cuál de los dos tipos de tratamiento es correcto. Si a hombres de razas distintas hay que tratarlos de acuerdo con la justicia conmutativa o, por el contrario, según la distributiva, no es, para Nef, problema de *justicia*, sino cuestión que sólo cabe resolver a la luz de criterios que la doctrina de lo justo no puede ya brindarnos.

Pero vayamos por partes. ¿Es cierto, en primer término, que la discriminación racial sea, en el sentido que Nef expresa, tan justa como la igualdad de tratamiento?

Si lo fuera, podríamos considerar igualmente justa cualquier clase de trato basada en diferencias de orden físico o biológico distintas de las raciales. Habría entonces que decir, por ejemplo, que el tratamiento igual —en lo que a los hombres respecta— es tan justo, y tan objetivo, como cualquier forma de discriminación impuesta por el legislador a los calvos o a los barrigudos. Pues también los barrigudos y los calvos —en cuanto tales— son distintos de los no barrigudos y los no calvos, y ello en el mismo sentido en que un negro, por el color de su piel, difiere de un blanco o de un amarillo.

Sostener, como Nef, que cualquier diferencia en los objetos —o, lo que es más grave, en las personas— justifica la desigualdad de tratamiento, equivale a privar de sentido a la noción de justicia, sobre todo si se afirma que la selección y valoración de las notas comunes o diversas depende de apreciaciones subjetivas. Pues como el número de esas notas es infinito, siempre se podrá declarar que alguna —o algunas— de ellas fundamentan ora la igualdad, ora la desigualdad.

El verdadero problema no consiste en descubrir semejanzas o diferencias creyendo que con ello se justifica cualquiera especie de tratamiento, sino en determinar qué notas *tienen* y cuáles *no tienen* relevancia jurídica. Volviendo a los ejemplos diremos, pues, que las diferencias de color, o cualesquiera de orden físico o biológico, jamás podrán justificar ninguna regulación contraria a la dignidad humana, porque estas diferencias carecen de importancia frente a la igualdad fundamental de los hombres como tales. Insistiendo en el ejemplo, no podemos admitir, por ende, que la discriminación racial sea tan

justa u objetiva como la igualdad de tratamiento. ¿No es precisamente el trato discriminatorio que a veces se da a individuos de otras razas lo que más profundamente hiere nuestro sentimiento de justicia? ¿Y cómo no podría herirlo si nada tuviera que ver con el problema de lo justo?

La teoría que discutimos no puede, pues, concluir en el punto que Nef señala, pues su problema básico consiste en determinar —de acuerdo con notas jurídicamente esenciales— cuándo debe aplicarse un trato igual y cuándo un trato diferente o, para expresarlo en otro giro, cuándo hay que recurrir a la fórmula de la justicia igualadora y cuándo a la de la justicia distributiva. Con esto no queremos decir que la determinación de la validez intrínseca de las normas dependa siempre de consideraciones de justicia. Pues, como Nef correctamente lo señala, aquel atributo deriva a veces de la realización —por tales normas— de valores distintos del de lo justo. No es, por tanto, este aspecto el que suscita nuestras objeciones, sino el *relativismo* de su doctrina.

La falla principal de ésta consiste, a nuestro entender, en la creencia de que las diversas formas de tratamiento jurídico encuentran su justificación inmediata en la *igualdad* o la *diferencia* de los objetos, personas o situaciones a que se refieren.

Obsérvese que dichas formas en todo caso se traducen en *juicios normativos*. Estos consisten unas veces en la *imposición de obligaciones*; otras, en el *otorgamiento de derechos*. Su fundamento depende, según nuestro autor, de la *igualdad* o la *desigualdad* de los casos de aplicación de cada precepto. Los juicios que establecen la igualdad o la diferencia no son *normativos*, sino *enunciativos*. Ni imponen deberes ni conceden facultades; limítanse a comprobar igualdades o discrepancias entre dos o más situaciones o personas. Pero si de la observación de los hechos no es correcto desprender —como decía Kant— conclusiones normativas, las normas del derecho no pueden encontrar su justificación en los juicios de igualdad o diferencia.

Como todo lo comparable es también, al propio tiempo, igual en ciertos aspectos y desigual en otros, siempre será posible, de acuerdo con la doctrina que discutimos, fundar cualquier tipo de tratamiento, ya el que aplica la fórmula de la justicia conmutativa, ya el que da aplicación al otro criterio. Sostener que toda norma que se base en el reconocimiento de igualdades o diferencias entre los casos que regula queda, *eo ipso*, justificada, en el fondo equivale a decir que ninguna se justifica, puesto que lo que se afirma de la que establece un trato igual se asevera asimismo de las de carácter discriminatorio.

Las normas no descansan de manera inmediata en juicios enun-

ciativos sobre la igualdad o la diferencia de los casos que regulan. Entre aquéllas y éstos aparecen siempre ciertos *juicios valoradores*, ya de la igualdad, ya de la diferencia de las situaciones a que se refieren.

La norma jurídica deriva de modo directo del juicio de valor, no del que comprueba igualdades o diferencias. La relación entre las tres especies de juicios puede ejemplificarse así:

1) 'El sujeto A es igual al sujeto B en el respecto C' (juicio de igualdad).

2) 'La igualdad de A y B en el respecto C es jurídicamente esencial' (juicio de valor).

3) 'El sujeto A tiene derecho a ser tratado, en el respecto C, en forma igual que el sujeto B' (norma jurídica).

Cuando las diferencias entre las personas se consideran jurídicamente esenciales o, lo que es lo mismo, cuando se juzga que deben producir consecuencias de derecho, la relación se expresa de este modo:

1) a) 'El sujeto A es diferente del sujeto B en el respecto C' (juicio de diferencia).

2) a) 'La diferencia entre A y B en el respecto C es jurídicamente esencial' (juicio de valor).

3) a) 'El sujeto A y el sujeto B deben ser desigualmente tratados en el respecto C' (norma jurídica).

Declarar que determinadas diferencias entre dos o más sujetos son jurídicamente esenciales, en el fondo equivale a sostener que aquel a quien se atribuye mayor valor, en tal o cual respecto, debe, en ese respecto, tener mayores derechos. La relación entre los tres juicios puede entonces ejemplificarse así:

1) b) 'El sujeto A y el sujeto B son diferentes en el respecto C' (juicio de diferencia).

2) b) 'El sujeto A vale más que el sujeto B en el respecto C' (juicio de valor).

3) b) 'El sujeto A debe tener, en el respecto C, mayores derechos que el sujeto B' (norma jurídica).

Cuando lo que se declara esencial es la igualdad de los hombres entre sí, los juicios se formulan de esta guisa:

1) c) 'Todos los hombres, en cuanto hombres, son iguales entre sí' (juicio de igualdad).

2) c) 'Todos los hombres, en cuanto tales, valen lo mismo' (juicio de valor).

3) c) 'Todos los hombres, en cuanto tales, deben ser igualmente tratados' (norma jurídica).

Estos ejemplos revelan que ni la igualdad ni la diferencia justifican, *por sí mismas*, la igualdad o la desigualdad de trato. Lo decisivo, desde el punto de vista jurídico, no es la comprobación de que ciertos hechos, situaciones o personas *difieren* o, por el contrario, son *iguales* en tal o cual respecto; lo decisivo es el *juicio de valor* sobre las igualdades o diferencias a que los otros juicios dan expresión.

La validez de las normas jurídicas depende, pues, de que sea posible fundarlas en el juicio de valor que atribuye un predicado axiológico positivo a la conducta cuya realización esas normas exigen, ya de un sujeto, ya de todos los de cierta clase. El problema básico de la teoría de la justicia no consiste en determinar la igualdad o la diferencia de los casos de aplicación de los diversos preceptos, sino en establecer, relativamente a *situaciones concretas* de la experiencia jurídica, qué consecuencias de derecho tales situaciones deben producir.

Los juicios sobre valores jurídicos tienen su origen, como dice Mircea Djuvara, en el examen y apreciación de casos singulares; por ello llevan, directamente, a normas *especiales* o *individualizadas*.¹⁵⁵ Esto no excluye, como es obvio, a las de carácter *general* o *abstracto*. No sólo se puede decir que en tales o cuales circunstancias determinado individuo debió abstenerse de robar tal o cual cosa a otra persona; también es posible establecer, generalizando, la regla de que la propiedad ajena debe ser respetada.

Cuando, frente a casos concretos de la vida jurídica, se valora una situación con el propósito de señalarle consecuencias de derecho (facultades o deberes), tanto el *juicio de valor* como la *norma* de que se parte tienen carácter singular; al precepto abstracto se llega después, gracias a un razonamiento de tipo inductivo.

Una vez hecha la generalización, la norma genérica no vale solamente para el caso concreto que se tuvo a la vista al formular el juicio de valor y la norma individuales (o rectores del propio caso), sino para todos los hechos del mismo jaez. Los conceptos integrantes de las normas de índole abstracta derivan del *método generalizador de concepción* empleado por el autor de la ley,¹⁵⁶ y son, por ende, *conceptos de clase*. Por ello no están referidos a la *individualidad* de determinados hechos jurídicos, sujetos, facultades o deberes, sino a hechos, personas, obligaciones o derechos de cierto género.

La formación de clases o categorías de hechos, deberes, personas, etc., que resultan iguales en tal o cual respecto, no obedece

¹⁵⁵ M. Djuvara, "Droit rationnel et droit positif", en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, págs. 245-277.

¹⁵⁶ Cfr. E. García Máynez, *Lógica del concepto jurídico*, Cap. I, 11.

empero al prurito de comprobar la igualdad de los que pertenecen a cada grupo, sino al propósito de imponer la obligación de que *se les trate del mismo modo*. Pues, como escribe Ch. Perelman, "ser justo es tratar de la misma manera a los seres que son iguales desde cierto punto de vista, es decir, que poseen *la única característica que se debe tener en cuenta en la administración de justicia*".¹⁵⁷ La justicia 'formal' o 'abstracta' debe, pues, ser definida, en opinión del autor belga, como "un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de igual manera".¹⁵⁸

La igualdad —relativamente a quien forma parte de una misma clase o categoría esencial— es, como el propio Perelman lo afirma, "una consecuencia de la regularidad",¹⁵⁹ puesto que la 'justicia formal' se reduce "a la aplicación correcta de la regla".

Pero entonces resulta que lo esencial, desde el punto de vista de la justicia, no es la igualdad o la diferencia de las situaciones que son objeto de regulación jurídica, sino la determinación de las consecuencias de derecho que, de acuerdo con la naturaleza de tales situaciones, deben éstas producir. Que las que se atribuyen a un caso concreto sean después imputadas, por generalización de la norma individual, a todos los de la misma especie, no es algo que *derive* de la comprobación de su igualdad, sino de la operación generalizadora. En otras palabras: si todos esos casos son regulados del mismo modo, *no es porque sean como otros*, sino porque son *como son*. Lo que en cada caso importa no es que sean *como los demás de su clase*, sino que tengan las características que justifican que el autor de la ley les atribuya tales o cuales consecuencias normativas. La igualdad de tratamiento no es, pues, *fundamento*, sino *consecuencia* del carácter general de la regla que los convierte en "casos" de su propia aplicación. Por eso hemos sostenido, contrariamente a la opinión de Nef, que a la formulación de normas justas no puede llegarse cuando se han descubierto determinados nexos de igualdad o diferencia entre las situaciones que son objeto de regulación, pero no se han valorado esas igualdades o diferencias, ni se ha establecido qué consecuencias de derecho han de atribuirse a cada caso.

II) En lo que respecta a la doctrina de Emil Brunner deseamos subrayar y hacer nuestra la fórmula de que el teólogo suizo se sirve cuando explica de qué manera se combinan *la idea de la igual dignidad de todos los hombres* y *la de las desigualdades derivadas de la*

¹⁵⁷ Ch. Perelman, *De la justice*, Office de Publicité, Bruxelles, 1945, pág. 27.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Perelman, *opus cit.*, pág. 56.

especie y la función.¹⁶⁰ En el seno de la vida comunitaria cada individuo tiene su propia tarea, "su propio servicio a la totalidad", en virtud de su peculiar naturaleza. Brunner piensa que la religión cristiana revelada "es la única que asocia al reconocimiento de la dignidad personal", el de la responsabilidad del individuo frente al grupo de que forma parte, "como deber y derecho de recíproca dependencia y servicialidad".¹⁶¹ Aun cuando es cierto que las dos ideas son expuestas y se enlazan de modo perfecto en la concepción cristiana, justo es reconocer, en lo que atañe a la segunda de aquéllas, que tanto Platón como Aristóteles explicaron con gran claridad la importancia que el intercambio de servicios y la variedad de los talentos tiene para la consolidación de la vida comunitaria,¹⁶² y que el Filósofo de la Academia expresamente sostiene que la justicia consiste en que cada hombre realice bien su propia obra, lo que no sólo permite el cumplimiento de la función que de acuerdo con sus aptitudes le incumbe, sino la complementación y coexistencia armónica de las tres clases que forman el Estado.¹⁶³

Coincidimos también con Brunner en su enérgica afirmación de la objetividad de la justicia, pero, en consonancia con nuestro propósito de prescindir de fundamentos de orden teológico que por su propia índole descansan en actos de fe, pensamos que la tesis de la igual dignidad de todos los hombres puede fundarse en el hecho de que son *personas*, y que este carácter deriva, como dice Nicolai Hartmann, de dos atributos esenciales del ser humano: su libertad y la capacidad de intuir y realizar valores.¹⁶⁴ El reconocimiento de las diferencias *jurídicamente esenciales* y el tratamiento *proporcional* de las mismas se fundan, por su parte, en los rasgos individuales que determinan la vocación de cada hombre y en la diversidad, ejercicio y necesidad de complementación de los talentos y aptitudes, al servicio del bien común y de la autorrealización de cada ser personal.

Bien dice Brunner que en la medida en que la justicia asigna "a cada cual lo suyo" resulta, al propio tiempo, "ligante y separante". "Es ligante en tanto que inserta a cada uno en la estructura que abarca a todos; es separante, en tanto que le señala 'su' recinto o ámbito, que es diferente del distrito o ámbito del otro. Lo que me corresponde, precisamente porque es lo mío, no le corresponde al otro. La justicia me liga con el otro; en tanto que estoy 'ligado',

¹⁶⁰ Brunner, *opus cit.*, pág. 82.

¹⁶¹ Brunner, *opus cit.*, pág. 58.

¹⁶² Cfr. E. García Máynez, *Doctrina aristotélica de la justicia*, Cap. V. A.

¹⁶³ Platón, *República* IV, 433 A — 433 E.

¹⁶⁴ N. Hartmann, *Ethik*, Erster Teil, VI, 19, g).

obligado a darle lo suyo, no puedo desligarme de él, no puedo escaparme de mi deuda. Pero, al propio tiempo, la justicia me separa de él en tanto que traza a su alrededor un círculo en el que no debo penetrar, o en tanto que no me acerca al otro en sí mismo, sino que de él me muestra tan solo aquello 'que es lo suyo'. Luego "no tengo que ver con él directamente, sino tan solo con su derecho".¹⁶⁶

La idea de que el derecho por una parte 'liga' y por otra 'separa' los ámbitos de actividad de las personas puede precisarse en forma rigurosa cuando se reflexiona en el carácter bilateral de la regulación jurídica. Según lo hemos expuesto en diversos trabajos,¹⁶⁶ tal regulación deriva de la conexión necesaria y recíproca de dos normas, de las cuales la primera *atribuye* un *derecho subjetivo* a una persona frente a otra u otras, y la segunda correlativamente *impone* a éstas el *deber jurídico* de observar la conducta exigida para el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor.¹⁶⁷ La norma *atributiva* determina así lo que "pertenece" al derechohabiente y, al hacerlo, *separa* lo que en virtud de tal pertenencia "le es propio" o constituye "lo suyo"; y la *prescriptiva*, al imponer a los sujetos obligados el deber de asumir la conducta que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del otro sujeto, *une* o *vincula* a aquéllos con éste, estableciendo, a la vez, el necesario *complemento* de tales facultades. Debemos recordar, sin embargo, que ni el concepto de *derecho subjetivo* ni los de *lo mío* o *lo tuyo* son interpretados por Brunner en sentido positivista. Al contrario: todos ellos son referidos a ese orden ultrapositivo que el teólogo suizo denomina "originario". Este último no sólo permite afirmar que las leyes vigentes en determinado lugar son justas o injustas; también puede referirse a todos los casos en que no se trata de la *justicia del derecho*, es decir, a los que cabría llamar de *justicia extrajurídica*, como los del maestro y el crítico musical.¹⁶⁸ Quien se resista a fundar teológicamente la validez de los ordenamientos legales, no puede admitir que exista un orden "originario" de la pertenencia. El problema implícito en esta doctrina de Brunner es el de la *objetividad* de un derecho suprapositivo. Es muy explicable que el creyente refiera la validez de tal derecho a la inteligencia o a la voluntad de un ser perfecto. En el orden de la fe no hay mejor manera de dar un fundamento al pensamiento iusnaturalista. Pero: ¿acaso no tienen también un fundamento

¹⁶⁶ Brunner, *opus cit.*, pág. 27.

¹⁶⁸ Cfr. E. García Máynez, *Lógica del juicio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, Cap. II.

¹⁶⁷ Cfr. Cap. II, sección 3 de este libro.

¹⁶⁸ Brunner, *opus cit.*, III.

de fe las doctrinas que afirman que por encima de los ordenamientos positivos existe otro que vale *en sí y por sí?*... Esto puede decirse de casi todas las tesis sobre el *ius naturae*, y no sólo de las teológicamente fundadas. Pero hay algo que no puede negarse, por ser un *dato* de la experiencia jurídica: para sostener que un precepto de derecho o todo un ordenamiento son injustos, no en el sentido *formal*, sino en el *axiológico-material* del vocablo, *es indispensable partir de criterios ultrapositivos de valoración*. El *conocimiento* de éstos podrá ser más o menos defectuoso; pero la admisión de que *existen* es inevitable. Si su existencia se desconoce, tanto la crítica como la reforma de los ordenamientos legales pierden su sentido.

III) Siguiendo en este punto a Helmut Kuhn, creemos que las *pautas valoradoras* de que se hace uso para determinar, en casos concretos, el contenido de las fórmulas de justicia, las establece cada sociedad para un momento determinado, de acuerdo con las necesidades vitales que la opinión pública considera como orden de los bienes.¹⁶⁹

De las *normas de tratamiento* que formula Helmut Kuhn, nos parece enteramente correcta la que el publicista alemán expresa así: "la comunidad debe dar al individuo lo mismo que de él recibe".¹⁷⁰ Tal norma coincide substancialmente con las que emplean Platón y Aristóteles cuando tratan de la justicia distributiva.¹⁷¹ Existe, en cambio, mayor rigor que en los planteamientos clásicos, en otro aspecto de la doctrina de Kuhn: aludimos a la tesis de que, cuando se procede a dividir entre las personas deberes y derechos, hay que atender a tres momentos: el de la *necesidad*, el de la *capacidad* y el de la *dignidad*, y no únicamente al tercero. Recordemos la explicación de Kuhn: el momento de la *necesidad* fundamenta el *deber de ayuda* a los necesitados o impedidos; el de la *capacidad* condiciona el postulado de que todos deben contribuir por igual, cada uno en la medida de sus fuerzas y talentos, a la integración y al progreso de la vida comunitaria; el de la *dignidad*, por último, permite dar un contenido al principio del *suum cuique*, en consonancia con la regla: "a cada quien según sus méritos".¹⁷²

En lo que atañe al primero de los tres momentos, nos parece que tiene un alcance mucho mayor que el que Kuhn le atribuye, pues no debe sólo concebirse como fundamento del deber de ayuda a los necesitados, ni referirse únicamente a la protección de los individuos

¹⁶⁹ H. Kuhn, *opus cit.*, pág. 197.

¹⁷⁰ Kuhn, *opus cit.*, pág. 196.

¹⁷¹ Platón, *República* IV; Aristóteles, *Ética nicomáquea*, V, 1131a, 15-20.

¹⁷² Kuhn, *opus cit.*, págs. 200-202.

en cuanto tales; ha de entenderse también como *necesidad de proteger a los económicamente débiles frente a los económicamente fuertes* y, por tanto, como fundamento de un *derecho de clase*, el del trabajo.¹⁷³ "Si los hombres son como hermanos —escribe Ripert— deben ser todos iguales, y si en la realidad no lo son, el más débil debe tener el derecho de que se le proteja."¹⁷⁴

IV) Respecto de la doctrina de Nicolai Hartmann deseamos subrayar y hacer nuestra una importante observación: la de que, en la rica multiplicidad de los valores hasta hoy descubiertos, no es la justicia el más alto, sobre todo cuando dejamos de interpretarla como virtud y la concebimos como *valor objetivo de una ordenación social*. Pero si desde este punto de vista no representa un *máximum*, sino un *mínimum* de exigencia moral, y ésta empieza por manifestarse *de modo negativo*, bajo la forma de un conjunto de prohibiciones, como en la segunda tabla del Decálogo, desde otro ángulo aparece ante nosotros como fundante de una exigencia *positiva*: la de que no sólo se respeten los valores más bajos, sino también los de rango superior, a los que no se refiere de manera inmediata. Pues si la justicia no tiene por objeto realizar los últimos, formula en cambio la exigencia de que el derecho asegure las condiciones en que pueden realizarse o, en otras palabras, la de que se reconozca y proteja la esfera de libertad de cada hombre.

V) Se ha dicho, una y mil veces, que fórmulas como las de Aristóteles y Ulpiano no resuelven el problema de la justicia, porque carecen de contenido. Heinrich Henkel está en lo cierto cuando escribe que los que aseveran tal cosa olvidan que aquellas fórmulas encierran, *en su aspecto negativo*, directrices que permiten excluir ciertas soluciones como contrarias a lo que es justo. Y ello es así porque exigen un tratamiento basado en medidas objetivas. Si el encargado de regular las relaciones interhumanas procediese sin sujeción a ninguna regla, sus decisiones serían enteramente arbitrarias. Se objeta a lo anterior que aun cuando dispongamos de pautas para establecer *lo que no es justo*, ello no nos brinda directrices *positivas* para la justa regulación de las relaciones entre los hombres. Creemos, con Henkel, que esas directrices pueden ser elaboradas cuando, como él dice, se pasa de las categorías más generales a otras particulares de los vínculos interhumanos, con lo que, gradualmente, los contenidos de las fórmulas son determinados con precisión cada vez mayor,

¹⁷³ Cfr. Mario de la Cueva, *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1972, Cap. VIII, págs. 86 y siguientes.

¹⁷⁴ Cita de Mario de la Cueva, en la pág. 71 de la obra a que remite la nota anterior.

lo que permite aplicarlas a casos concretos de la experiencia jurídica, aunque la solución no derive exclusivamente de ellas.¹⁷⁵

Por otra parte, *la naturaleza de las cosas* indica muchas veces cuál tratamiento sería contrario a tal naturaleza, y, de esta suerte, ayuda a descubrir la solución que en cada caso es mejor. Ya hemos dicho que aquel término debe ser principalmente referido a la naturaleza del hombre, y que, por tanto, la solución del problema de la justicia en buena parte depende de los progresos de la antropología filosófica. En la medida en que tanto la naturaleza del ser humano cuanto la del mundo que lo rodea tienen *permanencia*, si bien ésta no es absoluta, en esa misma medida el encargado de regular jurídicamente la conducta puede encontrar, en ambas naturalezas, un criterio objetivo de regulación o, al menos, datos reales para la elaboración de éste.

11. LA SEGURIDAD JURÍDICA

El segundo valor fundamental a que apunta la idea del derecho recibe en la doctrina el nombre de *seguridad jurídica*. De acuerdo con Franz Scholz, el término parece haber nacido a mediados del siglo XIX. Según el mismo jurista, el origen de aquél no puede precisarse con rigor. Se desarrolló con la noción de *Estado de Derecho*, si bien los escritos alemanes básicos acerca de la misma, los de Otto Bähr y Rudolf von Gneist,¹⁷⁶ no emplean el tecnicismo *Rechtssicherheit*. "Desde hace varias décadas éste se aplica como algo firme, no sólo en el ámbito de la jurisprudencia y la literatura jurídica, sino en el uso lingüístico de la vida diaria. Pero nunca ha sido fijado, al menos por normas legales, y su caracterización es vacilante en la historia."¹⁷⁷

A fin de determinar, de la manera más precisa posible, su sentido, partiremos de la tesis del sociólogo Teodoro Geiger sobre *las dos dimensiones* del segundo de los valores básicos del derecho. Una de esas dimensiones consiste en la *seguridad de orientación*, o *certeza del orden*, la otra, en la *seguridad de realización*, o *confianza en el orden*.¹⁷⁸

De *seguridad de orientación* o *certeza del orden* sólo puede hablarse cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico

¹⁷⁵ Henkel, *opus cit.*, págs. 309 y 310.

¹⁷⁶ Franz Scholz, *Die Rechtssicherheit (La seguridad jurídica)*, Walter de Gruyter, Berlin, 1955, pág. 3.

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, pág. 101.

tienen un *conocimiento adecuado* de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de *orientar* su conducta de acuerdo con ellas. No hay seguridad, en esta acepción del término, cuando "los bandidos, pese a la ley, pueden impunemente hacer de las suyas, sea porque el poder público es débil, sea porque la negligencia de sus órganos no logra imponer el respeto al derecho".¹⁷⁹ La seguridad tampoco existe cuando el legislador deja a los funcionarios administrativos un margen discrecional demasiado grande, de manera que no es posible conjeturar qué decisión formularán en cada caso, o cuando, relativamente a determinada especie de hechos, "se acumulan demasiadas prescripciones", por lo que nadie sabe a qué atenerse. Falta seguridad de orientación, asimismo, cuando las normas reguladoras de situaciones de igual especie son modificadas con tanta rapidez que los ciudadanos no tienen tiempo para conocerlas bien, ni, por tanto, pueden determinar de manera precisa cuál ha de regir su conducta.¹⁸⁰

El otro aspecto de la seguridad jurídica es el que Geiger llama "seguridad de realización", o "confianza en el orden". Una cosa es "conocer" los derechos y las obligaciones respectivamente otorgados o impuestas por las normas en vigor, y otra "confiar" en que los primeros serán ejercitados y las segundas habrán de cumplirse. Mientras la "certeza" del orden atañe al "qué" de los preceptos legales, la "confianza en el orden" se halla referida a la *eficacia* del sistema que los abarca.

La seguridad de orientación se obtiene merced al empleo de una serie de medios. En el plano de la actividad legislativa, el más importante consiste en la *claridad, precisión y congruencia* de las prescripciones legales; en el de la actividad jurisdiccional, en la correcta inteligencia de esas prescripciones por parte de los encargados de aplicarlas, y en la formación de una jurisprudencia bien definida y libre de antinomias.

La segunda dimensión de la seguridad jurídica exige no sólo el *cumplimiento* de las normas por los particulares; demanda, sobre todo, la *correcta aplicación* de aquéllas por los órganos del poder público.

Como la eficacia de un sistema de derecho deriva de los actos de obediencia y aplicación¹⁸¹ de las reglas ordenadoras, y tales actos son los que hacen del sistema eficaz un orden concreto, resulta que la *seguridad de realización* está condicionada por esos mismos

¹⁷⁹ *Idem.*

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ Cfr. Cap. V, Sección 2 de esta obra.

actos. Pero del hecho de que las normas jurídicas sean eficaces no se sigue, sin más, que su *efectividad* sea valiosa. La última sólo tiene este atributo cuando el sistema de que forman parte realiza los valores para cuyo logro fue instituido y, en primer término, el de justicia. Si tal es el caso, es decir, si las normas vigentes son justas y se hallan dirigidas hacia el bien común, el cumplimiento y la aplicación de aquéllas realizan plenamente el valor de seguridad, en las dos dimensiones que distingue Geiger. O, para expresarlo de otro modo: en la indicada coyuntura, *seguridad jurídica* y *eficacia del sistema* son lo mismo. La efectividad de las reglas ordenadoras engendra entonces un sentimiento de *confianza* en el orden, y hace que en él coincidan las notas de *vigencia, justicia* y *eficacia*.

Si nuestro análisis es correcto, el *valor intrínseco* de un orden jurídico no puede hacerse depender simplemente de los actos de obediencia y aplicación de sus preceptos, sino que está condicionado por la *rectitud* de los últimos. O, para decirlo en forma más drástica: *un orden sólo es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido*. Tiene, pues, razón Hans Heckel cuando afirma: "El derecho es, primariamente, un orden obligatorio de la vida en común; mas el orden, como tal, todavía no tiene nada que hacer con la justicia."¹⁸² Pero es preciso añadir, y Heckel así lo hace, que "como orden de la vida en común, el derecho *tiende hacia la justicia* y debe estar a su servicio". Consecuentemente, "cuando se piensa en él al propio tiempo hay que pensar en la justicia, como pauta de la rectitud del primero".¹⁸³

Por ello sostuvimos, en el capítulo inicial de esta obra, que todo orden se encuentra *teleológicamente condicionado*, y que su valor depende del que tengan los fines que realiza. Puede haber —e infortunadamente hay— órdenes jurídicos injustos; si éste es el caso, la eficacia de las reglas ordenadoras resulta un valor *negativo*, puesto que implica el triunfo de la injusticia. Y entonces, lejos de inspirar confianza, engendra temor.

Para valorar positivamente la eficacia de un sistema de derecho es indispensable, por tanto, atender a su contenido. Quienes piensan que un orden legal vale por el simple hecho de ser eficaz, ignoran las diferencias cualitativas entre los actos de aplicación y cumplimiento. Desde el punto de vista de los órganos estatales, un precepto de ley queda cumplido aun cuando el obligado, al ejecutar la conducta prescrita, no obre espontáneamente. La intención puede no ser

¹⁸² Hans Heckel, *Recht und Gerechtigkeit (Derecho y justicia)*, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, Stuttgart, 1955, pág. 25.

¹⁸³ Heckel, *opus cit.*, pág. 26.

recta, pero si el sujeto hace lo que el precepto ordena, el correspondiente deber se extingue. Dentro del marco de una concepción positivista, la rectitud de las intenciones queda relegada a la esfera ética. En cambio, desde el ángulo visual del filósofo del derecho y, sobre todo, desde el que ocupa quien aspire al logro de una convivencia ordenada y pacífica, el cumplimiento libre y la imposición violenta no tienen, ni pueden tener, valor idéntico, como tampoco lo tienen el acto que se realiza por temor y el que brota espontáneo de los hondones de nuestro espíritu. Tanto en el caso del sometimiento voluntario como en el de la imposición coactiva o en el del individuo que ejecuta a regañadientes lo que la ley ordena, puede hablarse de eficacia; pero estos distintos tipos de comportamiento tienen diferente significación axiológica, al menos como índices de seguridad y garantía de paz.

Los actos de cumplimiento exhiben una enorme gama de diferencias cualitativas. Su primer matiz es la obediencia que brota libérrima del fondo de nuestras convicciones más firmes; el último consiste en la imposición coactiva que doblega los impulsos rebeldes. Pero hay otras y muy diversas gradaciones, entre las que se destaca, para emplear una frase de Miguel de Unamuno, "la insubordinación íntima que va de par con la disciplina externa, o actitud del que 'cumple', pero no obedece".¹⁸⁴

Por otra parte, no debe olvidarse, y Rolz Bennet ha tenido el mérito de subrayarlo, que el concepto de seguridad es "funcional",¹⁸⁵ y que la significación que en último término se atribuya a su objeto depende de la que corresponda al sistema normativo cuya eficacia se busca.

La seguridad se halla siempre referida a *lo asegurado*, y el valor de la misma o, mejor dicho, del *aseguramiento*, deriva del que tenga *lo que se quiere asegurar*. Mientras más valioso es un objeto, mayor importancia reviste su aseguramiento, y tanto más grande es la de la seguridad que a través del aseguramiento se alcanza. La caja de caudales no es un fin, sino un medio, y el valor que como tal le atribuimos procede del que tiene la finalidad a que sirve. El aseguramiento deriva su valor del que posee lo asegurado, y la seguridad es tanto más valiosa cuanto más alto es el precio de lo que se pone a buen recaudo.

Si, en el ámbito del derecho, la finalidad que el aseguramiento

¹⁸⁴ Miguel de Unamuno, "En torno al casticismo", en *Ensayos*. M. Aguilar, Madrid, Tomo I, pág. 109.

¹⁸⁵ J. Rolz Bennet, *El problema de la seguridad en la estimativa jurídica*, Guatemala, 1941.

persigue es la eficacia de los preceptos vigentes, *ésta no puede valer por sí misma, sino en función de lo asegurado*. Lo que en el caso se pretende asegurar es el acatamiento de tales preceptos por todos sus destinatarios, particulares u órganos del poder público; *luego la seguridad jurídica, en sus dos dimensiones, sólo puede valorarse positivamente cuando garantiza la eficacia normal de un conjunto de prescripciones justas*.

Aplicando a la esfera del derecho los famosos axiomas de Max Scheler sobre la realización de valores,¹⁸⁶ podremos, consiguientemente, decir: *a) la realización de un derecho justo es un valor positivo; b) la no realización de un derecho justo es un valor negativo; c) la realización de un derecho injusto es un valor negativo; d) la no realización de un derecho injusto es un valor positivo*.

Si una injusticia es impuesta, aun cuando tal imposición se haga en nombre de la seguridad o como garantía de paz, no por ello deja de ser una injusticia. La paz verdadera, la seguridad genuina y el orden estable sólo pueden florecer intramuros de un Estado justo. El orden aparente, fundado en el temor, nunca alcanza larga vida. Y cuando la injusticia rebasa ciertos límites, la resistencia se organiza, y a menudo desemboca en la revolución.

Franz Scholz, en el libro que antes citamos, claramente ha comprendido que entre seguridad jurídica y justicia hay un nexo inescindible. La certeza de que tal nexo es necesario, se advierte ya en la definición siguiente: "Seguridad significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para dicha protección y goza de la confianza, en quienes buscan el derecho, de que éste será justamente aplicado."¹⁸⁷

La definición anterior no distingue únicamente entre la seguridad como *estado o situación objetiva* y como *proyección subjetiva* en el ánimo de los destinatarios del sistema; también alude a la índole de lo asegurado (los bienes de la vida); a la *forma* en que hay que asegurarlos, es decir, con imparcialidad y justicia, y al *medio* más idóneo para el logro de tal fin, esto es, a la creación de instituciones *ad hoc*.

12. EL BIEN COMÚN

Un orden jurídico concreto sólo es valioso cuando resulta instrumento eficaz de realización de los desiderata que le dan sentido.

¹⁸⁶ M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik*, 3. Aufl. pág. 79.

¹⁸⁷ F. Scholz, *opus cit.*, pág. 3.

De los fines a que tiende, los más importantes consisten en la justicia, la seguridad y el bien común. Estos valores básicos constituyen lo que se ha llamado la *idea del derecho*. Podría también hablarse de *ideal jurídico*, porque, como afirma Heinrich Henkel, las exigencias que dimanen de esos valores nunca pueden cumplirse íntegramente, aun cuando la voluntad, firme y constante, de cumplirlas, sea un deber para todos los miembros de la sociedad jurídicamente organizada.

Henkel juzga que los fines contenidos en la idea del derecho son la justicia, la adecuación teleológica y la seguridad;¹⁸⁸ nosotros pensamos, en cambio, que el segundo no debe considerarse como específicamente jurídico, sino como noción generalísima implicada en la de *teleología* y, por tanto, aplicable a cualquier caso de realización de finalidades, sean jurídicas o de otra índole. Si la regulación del comportamiento sólo es posible merced a un conjunto de normas, y éstas siempre se traducen, dentro del ámbito legal, en la imposición de obligaciones y el otorgamiento de derechos, deberá reconocerse que tanto la observancia de deberes como el ejercicio de facultades *a fortiori* reclaman, del obligado y del pretensor, una actividad teleológicamente dirigida, pues el hombre solamente puede acatar sus obligaciones y hacer valer sus derechos si convierte la observancia de aquéllas y el ejercicio de éstos en finalidad de su conducta. Expresado en otro giro: si lo que Nicolai Hartmann denomina *acto teleológico* es una categoría general de la práctica, y en el proceso de realización de fines existen tres estadios: el del planteamiento del propósito, el de selección de los medios y el de realización de la finalidad por aplicación de los medios elegidos, es evidente que la exigencia de que los últimos sean eficaces no es exclusiva del derecho, sino que se halla contenida en el concepto general de actividad teleológica.¹⁸⁹

De los fines jurídicos más altos hemos hecho ya referencia a la justicia y a la seguridad; sólo nos falta estudiar el *bien común*, que, a diferencia de Henkel, no concebimos como algo "que trasciende el contenido de la idea jurídica" y sólo representa el "ideal social" de la colectividad de que se trate.¹⁹⁰

Basándose en las ideas de Gustavo Radbruch, Henkel considera como verdad incontrovertible la de que los elementos integrantes de la idea del derecho necesariamente se complementan. La necesidad de complementación consiste, de acuerdo con el primero de los ju-

¹⁸⁸ Henkel, *opus cit.*, pág. 300.

¹⁸⁹ N. Hartmann, *Ethik*, Erster Teil, VI, Cap. 20.

¹⁹⁰ Henkel, *opus cit.*, pág. 365.

ristas citados, en que "la naturaleza formal de la justicia ha menester, para adquirir un contenido, del pensamiento de la finalidad, del mismo modo que el relativismo de tal pensamiento exige la positividad y seguridad del derecho".¹⁹¹ Radbruch opinaba que la justicia, como "idea formal" o categoría "vacía", no contribuye a la determinación material de las normas; determina sólo la "forma de lo jurídico". Por ello necesita ser complementada por un principio material, el de *adecuación a un fin*. Pero, para el mismo Radbruch, sobre el contenido concreto de la legislación y de la aplicación teleológicamente dirigidas, está la lucha de las convicciones políticas y de las cosmovisiones, por lo que, si se quiere superar la incertidumbre dimanante de esas divergencias, hay que realizar la seguridad jurídica, a fin de obtener claridad en lo que atañe a los contenidos del derecho positivo. Esto llevó a Radbruch a la siguiente conclusión, que el ilustre jurista modificó radicalmente más tarde: si no es posible determinar con rigor qué es lo justo, tendrá que prescribirse *qué ha de valer como derecho*, y tal prescripción ha de provenir de una instancia capaz de imponer lo prescrito.¹⁹²

Henkel no está de acuerdo con los precedentes desarrollos. De los elementos de la idea jurídica sí cabe desprender criterios materiales para la legislación y la actividad de los jueces, aunque no se trate de "soluciones concretas", sino de directrices de índole general. No es, pues, correcto —prosigue Henkel— considerar a la justicia como *principio sobre la forma*; a la adecuación teleológica como *principio sobre el contenido* y a la seguridad jurídica como condicionante de la *validez del derecho*.¹⁹³ En rigor, de los tres elementos citados, el de adecuación teleológica, lejos de ser un *principio sobre el contenido*, es el más formal de todos, puesto que, como acabamos de señalarlo, *simplemente exige la idoneidad de los medios como instrumento de realización de los fines*, sea cual fuere el contenido de tal relación. Al hablar de las fórmulas de justicia explicamos ya cuáles son los criterios de orden material implícitos en ellas,¹⁹⁴ y, en lo que atañe a la seguridad, los análisis emprendidos en la sección precedente nos revelaron que su valor, en cualquiera de las dos dimensiones que Geiger distingue, está condicionado por el que objetivamente corresponda a los preceptos de cada sistema normativo.

Veamos ahora, siguiendo a Heinrich Henkel, cómo puede definirse

¹⁹¹ G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, pág. 27.

¹⁹² Radbruch, *Filosofía del Derecho*, trad. Medina Echavarría, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 96.

¹⁹³ Henkel, *opus cit.*, pág. 340.

¹⁹⁴ Cfr. Sección 10, V, de este capítulo.

el tercero de los valores jurídicos básicos, y qué relación existe entre él y los dos primeramente estudiados.

Coincidimos con el jurista alemán cuando asevera que la doctrina sobre el bien común no debe hallarse ligada a supuestos de tipo religioso, cual ocurre, por ejemplo, cuando se sostiene que el derecho debe estar al servicio de la salvación personal. También es peligroso, según Henkel, atribuir al orden jurídico, como fin remoto, la realización de la moralidad, si por tal se entiende el perfeccionamiento del hombre en el sentido de la "ética superior".¹⁹⁵ Como supremo orientador del derecho, el *bonum commune* únicamente puede ser una meta social: perfeccionar las relaciones interhumanas que caen dentro del ámbito de su regulación.¹⁹⁶

En este punto, también, Heinrich Henkel parte de otra de las más famosas doctrinas de Radbruch. Éste se propuso descubrir un supremo criterio valorador, del que pudieran derivarse una serie de directrices de orden material para el cumplimiento de las tareas jurídicas. Sólo a tres objetos, según Radbruch, podemos atribuirles un valor absoluto: a la *personalidad individual*, a la *colectividad como persona total* y a las *obras humanas*. Encontramos así tres posibles puntos de vista estimativos, cada uno de los cuales señala el valor supremo: el de la personalidad individual, el de la colectividad y el de las obras. La dificultad proviene de que sólo es posible ponerse al servicio de cualquiera de esos valores descuidando o sacrificando a los otros. Y como entre ellos no existe una previamente dada ordenación jerárquica, no hay más remedio que decidirse por alguno de los tres. El criterio social de juicio dependerá del valor elegido.

a) De acuerdo con la concepción *individualista*, los valores de la colectividad y de las obras deben estar al servicio de la persona. El Estado y el derecho son únicamente instituciones para la protección y el desarrollo de los individuos. En esta meta, que puede ser resumida por medio del lema "libertad", la regulación jurídica encuentra el supremo criterio orientador.¹⁹⁷

b) Para la concepción *supraindividualista*, los valores de la personalidad y de las obras deben subordinarse a los colectivos. El todo no existe en vista de sus componentes, sino éstos en vista de aquél. El todo, entendido como grupo, ente colectivo o nación, representa el valor básico de cualquier orden jurídico.¹⁹⁸

c) Para la concepción *transpersonal*, por último, tanto los valores

¹⁹⁵ Henkel, *opus cit.*, pág. 366.

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ Radbruch, *Filosofía del Derecho*, pág. 75.

¹⁹⁸ *Idem.*

de la persona como los colectivos han de estar al servicio de los de las obras. Fin supremo del derecho es fomentar los valores supra-personales de la cultura.

La tesis de Radbruch, comenta Henkel, tiene la ventaja de que permite llegar a una determinación material del supremo valor jurídico. Por otra parte, cada uno de los criterios propuestos parece ofrecer, cuando es aplicado, "un principio directivo general y constante de regulación legal". Pero la importancia de aquéllos queda nulificada por el relativismo implícito en las siguientes palabras: "Los fines más altos y los más altos valores jurídicos no sólo difieren con las situaciones sociales de los distintos pueblos y épocas, sino que son subjetivamente juzgados de manera diversa por cada hombre, en consonancia con sus sentimientos jurídicos, su noción del Estado, sus puntos de vista de partido, su religión y su concepción del mundo. La decisión sólo puede venir de los hondones de la propia personalidad o, en otras palabras, ser decisión de la propia conciencia."¹⁹⁹

Además, prosigue Henkel, el esquema de Radbruch da pie para otra objeción: la de que cada uno de los tres criterios, tomado como pauta exclusiva o preponderante, conduce a la postre a una "desnaturalización" del orden social y, por tanto, a la de su derecho. Por ejemplo: el interés del hombre en su libertad sólo puede ser principio básico de un orden jurídico cuando, como dice Kant, hace posible la coexistencia de la máxima libertad de cada uno con la máxima libertad de los demás. Pero la atribución y coordinación de las esferas individuales de acción libre sólo puede lograrse a la luz de un principio supraindividualista de regulación.

La concepción supraindividualista, unilateralmente aplicada, conduce a resultados igualmente indeseables, "pero de signo contrario". Cuando los detentadores del poder, invocando el principio: "Tú no eres nada, tu pueblo es todo", creen estar facultados para sacrificar la libertad o el bienestar personales, la consecuencia final es la tiranía colectivista.

La aplicación exclusiva o preponderante del tercer criterio ofrecido por Radbruch también llevaría a resultados contrarios al buen orden social. La cultura —arguye Henkel— no consiste de modo exclusivo, ni quizás predominante, en los valores de las obras o de las instituciones (museos, universidades, etc.), sino, más bien, en el *status* común de las relaciones interhumanas, en cuanto las últimas se hallan dirigidas hacia el logro de fines científicos, artísticos, religiosos, etc.²⁰⁰

¹⁹⁹ Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, pág. 27. Cita de Henkel.

²⁰⁰ Henkel, *opus cit.*, pág. 369.

Henkel cree que el valor supremo de los órdenes sociales es el del bien común. Mas para poder precisar el complejo contenido de este concepto es necesario desechar una serie de interpretaciones incorrectas. La más frecuente, según el citado jurista, consiste en equiparar el *bonum commune* a cualquiera de los elementos de la idea del derecho, ya se trate de la justicia, de la adecuación a un fin o de la seguridad jurídica. Pero, si el bien común ha de servir como supremo criterio orientador, "debe superar o, mejor dicho, servir de remate o coronamiento" a los contenidos jurídicos específicos de aquella idea.

Relativamente al bien común, Henkel distingue dos dimensiones: la de anchura y la de profundidad. La primera aparece ante nosotros cuando se advierte que el concepto de "bien", comprendido en el de *bonum commune*, abarca tanto el bienestar material de la sociedad cuanto el de sus miembros, aunque no se agote en ellos. Bajo tal concepto caen asimismo todos los supuestos y relaciones, tanto los de orden económico, como los espirituales, éticos, artísticos, etc., nacionales o internacionales, en cuya ausencia ni la totalidad ni sus componentes pueden alcanzar su perfecto desarrollo.²⁰¹

En su dimensión de profundidad, el bien común es una meta ideal hacia la que deben tender lo mismo la sociedad que quienes la forman. No se trata del estadio final "de una utópica sociedad perfecta", sino del punto a que debe dirigirse la que se preocupe por su perfeccionamiento. El *bonum commune* es punto de orientación y medida del obrar social y, especialmente, de la ordenación jurídica de los vínculos interhumanos. Para darle un contenido hay que considerar, ante todo, la dimensión de profundidad implícita en las "legalidades ontológicas" del propio bien. Tales legalidades contradicen, desde luego, la tesis individualista según la cual el bien común no es otra cosa que la suma de todos los bienes individuales. Este aserto no se sostiene, porque la adición de los bienes de carácter individual únicamente podría conducir al bien común si se tratase de tendencias y valoraciones coincidentes, lo que nunca es el caso.²⁰²

Cierto que hay un bien particular que no puede separarse del común: el que cada uno crea dentro de su esfera de libertad. Esta esfera de bienestar individual no es nunca abarcada o realizada por el bien común, y siempre aparece, según Henkel, como magnitud independiente. No es tarea de la comunidad crear este bien particular; lo único que la comunidad puede hacer es protegerlo, mediante la prohibición de toda interferencia perjudicial. La función protec-

²⁰¹ Henkel, *opus cit.*, pág. 372.

²⁰² *Idem.*

tora del citado bien indica que éste no puede realizarse, como lo afirma la concepción individualista, en forma "aislada y autárquica", sino únicamente dentro de una conexión de tipo social. El individuo crea ese bien *para sí*, pero no exclusivamente *con sus propios medios*, ya que en gran medida lo extrae "del suelo nutricio que la sociedad, con su acervo de bienes materiales y espirituales, le ofrece. Lo que el bienestar individual tiene de propio no consiste en un alejamiento respecto de la comunidad ni, menos aún, en una oposición, sino en su correcto engarce en la vida colectiva".²⁰³

Por otra parte, la vida social postula igualmente la existencia de un bien que le es propio: la buena constitución de la vida del todo, de la cual resulta para los individuos una parte esencial del bien a que ellos aspiran. La concepción colectivista es fundamentalmente errónea cuando ignora que un supuesto bien común desligado del bienestar de los individuos es un disparate, pues la extinción del bienestar de éstos traería consigo la del bienestar general.²⁰⁴ En resumen: el bien común que toma en cuenta las legalidades ontológicas exige una relación de equilibrio entre el interés general y los intereses individuales. Aun cuando aquel bien, como buena constitución de la vida colectiva, represente un valor supraordinado al bienestar de los individuos, sólo puede realizarse "en éstos y para éstos". La obtención del bienestar general demanda, por ende, la constante compensación y el permanente equilibrio de los intereses comunes y privados, así como la cooperación de los individuos con vistas al logro de los fines colectivos.²⁰⁵ Para que la idea del bien común se convierta en "fuerza motriz" y "factor estructurante" del orden social, hacen falta medios que permitan su máxima realización en la vida comunitaria. La sociedad los crea a través de infinidad de *instituciones*. De éstas, la más amplia es el Estado, cuya justificación, forma, esencia, fines y tareas deben precisamente fundarse en la idea del bien común. "Los individuos no existen para el Estado, sino éste para los individuos."²⁰⁶

Henkel sostiene que el bien común no debe equipararse a ninguno de los elementos de la idea del derecho. De aquí se infiere que, para él, ese bien no es elemento de dicha idea. Estamos de acuerdo en que no se confunde con la justicia ni con la seguridad, mas no vemos por qué no ha de ser considerado como un tercer elemento de la idea jurídica, en lugar del de adecuación teleológica. Tiene sentido plantear el problema de la relación jerárquica de los mencionados elemen-

²⁰³ Henkel, *opus cit.*, pág. 373.

²⁰⁴ Henkel, *opus cit.*, pág. 374.

²⁰⁵ *Idem.*

²⁰⁶ Henkel, *opus cit.*, pág. 377.

tos,²⁰⁷ y acaso sea correcto decir que el último es, como piensa Henkel, el supremo orientador de la vida colectiva; pero aun cuando le atribuyésemos ese rango, ello no sería razón suficiente para excluirlo del contenido de la susodicha idea, ni para declarar que debemos situarlo "por encima" de ésta. Si así fuera, dejaría de ser un concepto filosófico-jurídico, y tendríamos que interpretarlo como "idea" no jurídica de la "idea del derecho".

Es conveniente recordar que los elementos de la última no existen ni pueden concebirse aisladamente. La relación entre ellos es de complementación e interpenetración. Los análisis emprendidos en la sección II sirvieron para poner en claro que la seguridad únicamente es valiosa cuando garantiza la eficacia de un sistema normativo justo. Entre el valor a que acabamos de referirnos y el del bien común media una relación parecida. Sin justicia, el *bonum commune* no puede existir, aun cuando, preciso es recordarlo, la primera es condición necesaria, mas no suficiente, del segundo.

El bien común se alcanza cuando todos los miembros de una sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes.

Tal meta es, sin duda, difícilmente asequible y, en esta desbrujada época nuestra, su plena realización parece cada vez más distante. En un mundo cuyos destinos dependen en gran parte de relaciones de poder y no de propósitos de justicia; en que las grandes potencias juzgan que su fuerza las autoriza a intervenir en los asuntos de los países débiles o a apoyar dictaduras que a cambio de tal apoyo velen por los intereses económicos de esas potencias; en una época en que hay todavía discriminaciones, analfabetismo, pobreza y hambre, el bien común resulta, tanto en el orden interno de muchos países, como en el internacional, un sueño o una quimera.

Quizás se objete que el bienestar, la educación, la existencia de instituciones de cultura o la posibilidad de obtener los beneficios de éstas, no son bienes jurídicos, sino de otra índole; mas no hay duda de que pueden encontrarse medios legales para asegurar o fomentar esos bienes, y que el *derecho* a disfrutar de los mismos es una exigencia de la justicia distributiva, pese a que dicha exigencia únicamente puede cumplirse, a veces, a través de una legislación *protectora* o merced a diversas formas de ayuda y cooperación, nacionales e internacionales.

²⁰⁷ Recuérdese que, para Henkel, el bien común es el valor fundamental de lo jurídico.

Debe tenerse en cuenta, por último, que el bien común no se logra simplemente otorgando derechos que a menudo resultan letra muerta, porque a la *posibilidad normativa* de ejercitarlos no corresponde una *posibilidad real*. Y, muchas veces, el verdadero problema consiste en crear las condiciones necesarias para que, quienes legalmente tienen un derecho, dispongan también de los medios indispensables para hacerlo valer.

13. VALORES JURÍDICOS CONSECUTIVOS

En la sección 7 de este capítulo dijimos ya que con el término *valores jurídicos consecutivos* queremos referirnos a los que son consecuencia inmediata de la realización armónica de los fundamentales. Afirmamos también que los más importantes de tal clase, aunque no los únicos, son la libertad, la igualdad y la paz social. Antes de emprender un breve estudio de éstos, deseamos recordar que, hablando estrictamente, más que como *valores*, deben ser considerados como *bienes*, y que tal distinción ha de entenderse en el sentido que Nicolai Hartmann le da en su *Ética*.²⁰⁸

1) El carácter *consecutivo* de la libertad como derecho puede fácilmente inferirse de lo expuesto en la sección 8, IV), del capítulo VI de esta obra. Si libertad jurídica —en sentido positivo— es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio, resulta obvio que la existencia de aquélla está condicionada y es necesaria consecuencia de la de los derechos independientes²⁰⁹ que el sistema normativo de un país otorga a cada sujeto. Por ello sostuvimos, en el mismo sitio, que, más que una especie al lado de otras, dentro de la clasificación general de los derechos subjetivos, el de libertad es una forma de manifestación de los que no se fundan en un deber del titular.²¹⁰

Al hablar de libertad, en sentido jurídico, no nos referimos, pues, a las llamadas *libertades públicas* (como las de tránsito, asociación, prensa, etc.), que son derechos de primer grado, sino a las de segundo que se fundan no sólo en aquéllas, sino en todos los derechos de ejercicio no obligatorio. Precisamente por ser una facultad fundada, el derecho de libertad existe *en función* de los de ejercicio

²⁰⁸ N. Hartmann, *Ethik*, Erster Teil, V, 14, b)

²⁰⁹ Cfr. Cap. VI, 8, III.

²¹⁰ *Idem*.