

LAS FUNCIONES Y LOS FINES DEL DERECHO

1. LAS FUNCIONES DEL DERECHO

Análisis estructural y análisis funcional del derecho. La función de orientación de comportamientos. La resolución de conflictos. La función promocional y la configuración de las condiciones de vida. La función distributiva. La organización y legitimación del poder social. El cuidado del derecho. Derecho y cambio social.

Análisis estructural y análisis funcional del derecho. En algunos de los capítulos previos de esta obra hemos estudiado los componentes del derecho –las “piezas del derecho”, como las llaman Atienza y Ruiz Manero–, o sea, hemos fijado la atención en las normas jurídicas y en otros estándares presentes también en todo ordenamiento jurídico, como es el caso de los principios jurídicos. Del mismo modo, identificamos las distintas maneras de producción de las normas jurídicas y la estructura que éstas forman, como consecuencia de reconocer un fundamento común en cuanto a su validez, estructura a la que se denomina “ordenamiento jurídico”.

Todos esos enfoques pertenecen a un *análisis estructural* del derecho, porque fijan su atención en los componentes del derecho y en el modo como éstos se relacionan entre sí para constituir un todo unitario. Lo que procede acometer ahora es un *análisis funcional* del derecho, que fije su atención, por lo mismo, en las *funciones* que el derecho cumple en la sociedad.

Del modo antes señalado, un análisis estructural del derecho, como el que Kelsen lleva a cabo en su teoría del ordenamiento



jurídico, pone su atención en la norma jurídica, en las relaciones entre las distintas normas jurídicas, y en el hecho de que merced a tales relaciones las normas forman un ordenamiento. Además, un punto de vista como éste acaba desplazando la atención desde la norma jurídica considerada aisladamente al ordenamiento que éstas forman. Como dice Kelsen, “es imposible captar la naturaleza del derecho limitando nuestra atención a la norma aisladamente. Las relaciones que ligan entre sí a las normas de un ordenamiento jurídico son esenciales a la naturaleza del derecho”. Por lo tanto, “sólo sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el ordenamiento jurídico se puede entender plenamente la naturaleza del derecho”.

Pero el examen del derecho no puede quedarse en un análisis estructural del mismo, sino que dicho análisis tiene que ser complementado por uno de tipo funcional. El análisis estructural mira al derecho en un estado de reposo o quietud y nos provee de mucha e importante información acerca del fenómeno jurídico. En cuanto al análisis funcional, mira al derecho tal cual este actúa de hecho en la sociedad, y proporciona una información adicional sin la cual sólo conoceríamos la respuesta a la pregunta qué es el derecho, mas no a la que inquiriere por la manera como el derecho actúa en la vida social.

Sin embargo, tiene razón Bobbio cuando afirma que el problema de las funciones del derecho, tal y como se han ido desarrollando en los últimos años, no debe cerrarnos los ojos frente al hecho de que los resultados hasta ahora alcanzados por este tipo de análisis están bien lejos de ser satisfactorios.

Los distintos autores que se han ocupado de las funciones del derecho expresan bajo esta denominación cosas bien diversas, a veces incluso obvias, que añaden poco o nada al conocimiento que tenemos del fenómeno jurídico, percibiéndose, además, que no todos parecen compartir un mismo significado de la palabra “función” y, ni siquiera, de la propia palabra “derecho”. Por otra parte, es frecuente que tales autores no distingan entre *funciones* y *finés* del derecho, y que, a la hora de identificar las primeras, presenten un conjunto de aseveraciones en las que funciones y fines del derecho aparecen confundidos.

Bobbio es un autor que examina detenidamente las dificultades de un análisis funcional del derecho y las confusiones que se producen como resultado de que ese análisis no tenga lugar en los diferentes autores sobre la base de una misma idea acerca de qué se entiende por “función” y qué por “derecho”. Por nuestra parte, sin embargo, mantendremos la distinción ya señalada entre *funciones* y *finés* del derecho, y procuraremos, acto seguido, identificar y explicar aquéllas y éstos, valiéndonos para ello, ante todo, de la contribución que Manfred Rehbinder ha hecho a la cuestión de las funciones del derecho.

La función de orientación de comportamientos. La primera y más visible de las funciones del derecho es la que consiste en *orientar comportamientos*, o sea, en dirigir la conducta de los miembros del grupo social, valiéndose para ello de normas y otros estándares que pueden ser vistos como mensajes que tratan de influir en el comportamiento humano.

Si se atiende a esta primera función del derecho, éste se nos presenta como un medio de control social.

Como sabemos, la vida del hombre en sociedad está regulada por distintos tipos de normas, no sólo por normas jurídicas, y el papel de las distintas normas es ejercer algún control sobre las conductas. Pues bien, si hay diversos factores de control social, el derecho es uno de ellos.

En toda sociedad hay diversos mecanismos de control social, entre ellos la educación, la familia, la moral, la religión, los usos sociales, las ideologías, las diversas asociaciones que forman los hombres, etc., y el derecho es otro de tales factores. En términos generales, como se lee en la obra antes mencionada cuya coordinación debemos a Javier de Lucas, suele afirmarse “que en la sociedad se dan diversos factores o instancias que orientan los comportamientos humanos hacia una red de relaciones entre los hombres evitando su carácter conflictivo”, aunque en el caso del derecho puede decirse que éste ejerce un control social *formalizado*.

Todos los medios de control social, incluido el derecho, procuran mantener la cohesión del grupo social, evitando los conflictos, de tal manera que el derecho, en cuanto medio de control



social, se concentra en la dirección de las conductas allí donde existen o son de esperar conflictos de intereses. Por lo mismo, las normas jurídicas, al orientar y dirigir el comportamiento, no son “normas de valoración que se formulan con posterioridad a un caso conflictivo, sino que son –como dice Maihofer– normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, deben estimular al comportamiento jurídico e impedir el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido”. En suma, son normas que “pretenden dirigir a través de la regulación el comportamiento individual y las expectativas individuales, con el fin de evitar o limitar los conflictos”.

Por lo mismo, esta primera función del derecho está en directa relación con el fin de la seguridad jurídica.

Con todo, cabe reproducir aquí la observación de Vincenzo Ferrari, en el sentido de que afirmar que el derecho regula y orienta comportamientos resulta un tanto obvio, puesto que, antes de afirmar eso, se ha dado por establecido que el derecho es un orden normativo, esto es, un conjunto de normas y otros estándares, y lo propio de todo orden normativo es, precisamente, regular y orientar comportamientos.

La resolución de conflictos. En toda sociedad se dan, a la par, relaciones de cooperación y de conflicto entre sus miembros, como resultado de que en toda sociedad coexisten individuos y grupos con intereses que tanto pueden ser coincidentes como discrepantes. En consecuencia, ni la colaboración es propiamente un atributo de la vida social ni el conflicto una patología. Ambas son inherentes a la vida en sociedad, de modo que decir, por ejemplo, “Quiero una sociedad donde haya colaboración entre sus miembros” es redundante, en tanto que afirmar “Quiero una sociedad en la que no exista conflicto entre sus miembros” resulta por su parte contradictorio. Así lo explicamos al inicio del Capítulo II de este libro.

Lo anterior quiere decir que “en la sociedad puede haber determinados grados de consenso respecto a unos valores, concepciones del mundo o patrones culturales que son más o me-

nos comunes, pero que también está permeada de conflictos de intereses”. El conflicto –como dice Ferrari– “es la interacción en que dos o más partes, obstaculizándose mutuamente, tratan de ampliar –unas en detrimento de otras– la propia capacidad de decisión, y se produce porque lo común es que cada individuo o grupo desee proteger sus propios intereses y su propia concepción del bien. Por lo demás, si cada sector social tiende a hacer valer sus intereses en la medida de su propia fuerza, también es efectivo que en el momento en que un grupo alcanza determinada posición como resultado de sus confrontaciones con otros grupos, trata de reconstruir la posición alcanzada bajo la forma del derecho”.

Tratándose en particular del conflicto, es preciso no ver en éste un elemento puramente negativo ni menos patológico de la sociedad. Lejos de ello, muchas veces el conflicto atiza situaciones anómalas que, una vez resueltas, producen un mayor beneficio social. Sin embargo, es evidente que una concepción semejante del conflicto se opone a las teorías que ven las sociedades como conjuntos unitarios que se caracterizan por relaciones armónicas y estables. Para tales teorías, la socialización al interior de un grupo se produce sólo cuando sus integrantes comparten un mismo Código de valores, creencias y concepciones del mundo y del hombre, como resultado de lo cual los conflictos son vistos como fallas del proceso de socialización, como una disfunción que atenta contra la cohesión del grupo social.

Con todo, y cualquiera sea la posición teórica que se tenga frente al conflicto, lo cierto es que una segunda función del derecho consiste, precisamente, en regular y en resolver los conflictos cuando “la función de orientación social no ha cumplido su finalidad persuasiva y orientadora y los sujetos decepcionados en sus expectativas no han desistido en sus exigencias”.

En otras palabras, el derecho, a través de la primera de sus funciones –orientar comportamientos– consigue, si no evitar, al menos disminuir los conflictos, mientras que a través de la segunda de sus funciones –resolver los conflictos– establece normas, procedimientos e instancias que, una vez producido un conflicto, permiten dar a éste un curso regulado que aminore sus efectos negativos y, sobre todo, que lo encauce a algún tipo de solución



pacífica que excluya la posibilidad de que el problema suscitado sea resuelto en aplicación de la ley del más fuerte.

Como partes de esta segunda función del derecho es preciso distinguir, por un lado, la represión de los comportamientos desviados, y, por el otro, la resolución de los conflictos de intereses, si bien ambas son funciones terapéuticas que asume el derecho, esto es –como dice Bobbio–, “funciones que el derecho cumple no ya para prevenir y en lo posible evitar las conductas ilícitas y los conflictos de intereses, sino para atender a la situación que se produce cuando tales conductas y conflictos acaecen efectivamente en el curso de la vida social”.

Por su parte, la represión de los comportamientos desviados es propia del Derecho Penal, en tanto que la resolución de los conflictos de intereses aparece en el ámbito del Derecho Civil y del derecho privado en general.

Tratándose de la represión de los comportamientos ilícitos y de la aplicación de los infractores de los correspondientes actos coactivos, Kelsen advierte acerca del error de considerar que tales comportamientos equivalen a la negación del derecho, que constituirían algo que amenaza, quebranta o inclusive suprime la existencia del derecho. Esto es así porque en su función de orientar comportamientos el derecho no se limita a establecer cuáles son los comportamientos que espera de los sujetos imperados, sino que, además, preestablece cuál es el acto coactivo que habrá de hacerse efectivo sobre aquél de tales sujetos que no ajuste su conducta a lo establecido por el derecho. De este modo, un ordenamiento jurídico no establece que no hay que matar, sino que el que mate a otro sufrirá una pena determinada. En consecuencia, el acto ilícito (matar) es el antecedente o condición de la pena y, en tal sentido, no debe ser visto como la negación de la norma que lo tipifica y castiga, sino como un hecho que la propia norma prevé y determina en sus consecuencias jurídicas.

De este modo, la validez de la norma que ordena determinada conducta –no quitar la vida a otro– no es propiamente quebrantada por la conducta contraria –privar a otro de su vida–, “como si se tratara de una cadena que mantiene preso a un hombre y que es rota”, puesto que “la cadena del derecho encadena también al hombre que ‘rompe’ el derecho”.

Las precedentes ideas de Kelsen son coherentes con su afirmación de que el derecho es un orden normativo que exige una determinada conducta sólo en cuanto enlaza a la conducta contraria una sanción. De este modo, conducta *conforme* a derecho es la que evita el acto coactivo, en tanto que conducta *contraria* a derecho es la que la norma ha descrito como condición o antecedente de la aplicación de un acto coactivo. De este modo, abstenerse de matar a otro es una conducta conforme a derecho, mientras que matar a otro es un comportamiento contrario a derecho. En consecuencia, si una norma jurídica penal puede ser descrita como una proposición que enuncia que si se presenta determinada conducta (matar un ser humano a otro) debe llevarse a cabo determinado acto coactivo (la prisión del ofensor), conviene reparar en que en dicha proposición “lo ilícito aparece como el antecedente o condición, pero no como negación del derecho, y, además, se muestra que lo ilícito no es algo exterior al derecho, que estuviera en contra suyo, sino que se trata de un hecho interno al derecho, determinado por éste, al cual el derecho, por su esencia, justa y muy particularmente, se refiere”.

Por lo demás, si el derecho, en especial en su rama penal, opera del modo antes señalado, también es cierto que el prestigio del derecho se acrecienta cuando, fracasado ya en su intento en orden a impedir un determinado comportamiento que se considera indeseable, reacciona con prontitud y eficacia en la fase de la imposición de la consecuencia coactiva del caso. En este sentido, los comportamientos ilícitos, así como también los conflictos, son una oportunidad para que el derecho se acredite a los ojos del público, puesto que si bien no pudo evitar el comportamiento prohibido, sí puede ahora imponer el castigo que el propio derecho previó para el caso de que ello ocurriera.

En cuanto a la resolución de conflictos de intereses, corresponde recordar que en toda sociedad coexisten personas y grupos cuyos intereses son diferentes y que, por tanto, pueden entrar fácilmente en contradicción. Los antagonismos y conflictos no son patologías sociales, sino fenómenos inherentes a la vida de los hombres en sociedad, y pueden llegar a producir incluso un efecto positivo cuando tienen una base de justificación que, una vez resuelto el conflicto, da lugar a un estado o situación social



mejor que aquella que originó el conflicto o la confrontación del caso.

En relación con los conflictos de intereses, lo que el derecho hace es intervenir para proponer o imponer modelos de comportamiento que obligan a las partes a adecuar sus relaciones en la evolución del conflicto y a llegar a una resolución pacífica de éste. Más precisamente, al derecho le corresponde establecer regulaciones acerca de las condiciones en las que se producen los conflictos, sobre la manera de neutralizar o aminorar los efectos negativos que para las partes o para la sociedad puedan seguirse durante la vigencia del conflicto, sobre el modo de encauzar pacíficamente el conflicto hacia una resolución del mismo, y sobre la manera de alcanzar una decisión final respecto de las demandas o expectativas no coincidentes de las partes. Más limitadamente, un autor como Vincenzo Ferrari afirma que el papel del derecho es tan solo dirigir las controversias, de manera que lo que es preciso ver en el derecho no son *soluciones* o *arreglos* de los conflictos, sino tan solo un determinado *tratamiento* de éstos.

De la manera antes indicada, el derecho cumplirá una función “socioterapéutica”, algo así como una “terapia de grupo”, según señala Redbinder, puesto que “a través de la discusión en torno a los conflictos jurídicos se socavan las agresiones y se restablece la concordia en el grupo”.

Una visión en cierto modo coincidente con la de Ferrari es la que postula Jeremy Waldron. Para este autor, los desacuerdos, incluso los más profundos que puedan producirse en cuanto a la organización de la sociedad, no sólo no son anómalos, ni menos todavía patológicos, sino que tienen un valor en sí mismo, puesto que activan procedimientos de deliberación democrática y enriquecen los argumentos que puedan darse en el marco de esa deliberación.

Como formas más habituales de resolución jurídica de los conflictos, cabe mencionar, en fin, la *negociación*, la *mediación*, el *arbitraje*, la *conciliación* y la *adjudicación*.

La negociación es una modalidad que consiste en que las propias partes o interesados en el conflicto buscan directamente, sin intervención de un tercero, la solución de la diferencia que las separa.

La *mediación* se produce cada vez que las partes de un conflicto aceptan que intervenga un tercero, cuyo papel es convencer a una de las partes que la otra tiene la razón o convencer a ambas que se hagan concesiones recíprocas, aunque las partes no se obligan a acatar el parecer del mediador.

El *arbitraje* se produce cuando en el tratamiento de un conflicto las partes designan de común acuerdo a un árbitro y se obligan previamente a acatar la decisión de éste.

La *conciliación* es un procedimiento de resolución de conflictos en el que también interviene un tercero imparcial –el conciliador–, que es asignado al conflicto por el propio ordenamiento jurídico, y cuyo papel consiste antes en procurar un acercamiento de las partes que en proponer e implementar soluciones al conflicto de que se trate. Por lo mismo, la conciliación suele ser prevista por el derecho, ya sea en forma obligatoria o voluntaria, como una modalidad de resolución de conflictos posible de ensayar antes de llevar éstos a las instancias propiamente jurisdiccionales.

En fin, la *adjudicación* tiene lugar cuando en presencia de un conflicto interviene para su conocimiento y resolución un órgano jurisdiccional previamente institucionalizado con ese fin, dándose así lugar a un proceso en el que las actuaciones de las partes y las del propio tribunal, así como los criterios de decisión del asunto, se encuentran regulados por el ordenamiento jurídico.

Tal como se indica en el texto editado por Javier de Lucas que hemos mencionado antes, las distintas formas de tratamiento jurídico de los conflictos “pueden ser entendidas como una línea continua en uno de cuyos extremos se encuentra el modo menos formalizado de abordar un conflicto a través de un mediador y en el otro extremo se encuentra el proceso de adjudicación. Esta línea continua que va desde la intervención de un intermediario a la mediación, el arbitraje, la conciliación y la adjudicación, supone una constante disminución del consenso o las posibilidades de consenso entre las partes hasta que este consenso es sustituido por la autoridad impuesta del derecho”.



La función promocional y la configuración de las condiciones de vida. Esta nueva función del derecho aparece en la medida que los ordenamientos jurídicos, para conseguir determinados comportamientos que se consideran deseables, se valen no sólo de castigos que tendrán que ser aplicados a quienes dejen sin observar tales comportamientos, sino también de premios o recompensas a ser adjudicadas a quienes ejecuten determinadas conductas que al derecho interesa promover.

Esta función del derecho parte de la base de que la amenaza de *sanciones negativas*, o sea, de perjuicios, no es la única manera de conseguir determinados comportamientos socialmente deseables, y que a este mismo propósito pueden servir los ofrecimientos de *sanciones positivas*, esto es, de beneficios para los sujetos normativos.

Que el que denuncia la existencia de un tesoro hasta entonces oculto pueda compartir el contenido de éste con el propietario del lugar en que el tesoro fue hallado, o que el Estado ofrezca completar lo que falta para la adquisición de una vivienda por parte de un trabajador cuando éste ha conseguido ahorrar una cierta suma de dinero con ese mismo fin, constituyen ejemplos de cómo el derecho promueve determinados comportamientos por la vía de ofrecer beneficios a quienes observen tales comportamientos.

Como dice Bobbio, la diferencia entre el derecho como técnica de incentivación o de premio y como técnica de represión o de castigo, “está en el hecho de que el comportamiento que tiene consecuencias jurídicas no es la inobservancia sino la observancia”.

Debe ser destacado, asimismo, que el primero de tales procedimientos –el de incentivación o premio– consiste en una ventaja ofrecida al que observa la norma, aunque la inobservancia de la norma no tiene ninguna consecuencia jurídica.

En consecuencia, y otra vez en palabras de Bobbio, “la vieja afirmación de que el derecho pena la inobservancia de las propias normas y no premia su observancia, no refleja la realidad de hecho”.

Por lo demás, el uso del derecho como técnica de incentivación no se produce sólo en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas,

como, por ejemplo, cuando el empleador ofrece gratificaciones especiales a sus empleados si se alcanzan determinadas metas o la dueña de un animal doméstico extraviado ofrece una recompensa en dinero a quien lo encuentre y devuelva, sino también en el ámbito público, como acontece en el anterior ejemplo del subsidio habitacional. Como indica Bobbio, “cuando el Estado pretende alentar ciertas actividades económicas (y no solamente económicas) se vale cada vez más a menudo del procedimiento de la incentivación o del premio, es decir, del procedimiento de la sanción positiva”. Los incentivos existen también como elementos importantes del nuevo proceso penal.

Así las cosas, la función promocional que cumple también el derecho tiene efectos en la noción de sanción, puesto que ésta no es ya sólo la consecuencia *negativa* de una conducta *ilícita*, sino la consecuencia de una acción, sea lícita o ilícita, que tanto puede ser negativa como positiva, esto es, que tanto puede constituir un perjuicio como un beneficio para quien ejecutó la acción de que se trate.

La función distributiva. El derecho realiza también una función de carácter distributivo, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico asigna a los miembros del grupo social, sean éstos individuos o grupos, recursos económicos o servicios destinados a mejorar su situación.

El paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, que puede ser visto como el paso de los derechos humanos de las dos primeras generaciones a los derechos económicos, sociales y culturales de la tercera generación, ha acentuado la importancia de la función distributiva del derecho, que tiene por propósito asignar recursos a los sectores sociales más débiles y mejorar las condiciones materiales de vida de éstos. Recíprocamente, en momentos de revisión o de contracción del Estado social de derecho, en los cuales es el mercado el que prevalece sobre el Estado como asignador de recursos, provocando un debilitamiento de la injerencia estatal en las relaciones económicas, la importancia de la función distributiva del derecho decae sensiblemente, aunque no puede decirse que ella desaparezca del todo.



La organización y legitimación del poder social. Es también función del derecho organizar y legitimar el poder social, distribuyendo este poder entre diversas autoridades y estableciendo los procedimientos a que estas autoridades tendrán que sujetarse cada vez que adopten decisiones en el ámbito de sus respectivas competencias.

Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico determina en la sociedad distintas instancias decisorias –por ejemplo, ejecutivas, legislativas y judiciales–, las dota de una determinada organización interna, y fija los procedimientos que cada una de ellas debe observar para la formación y exteriorización de su voluntad vinculante para el grupo social.

A la vez, y al proceder el derecho del modo antes indicado, legitima tales centros de poder, esto es, consigue establecer unos criterios objetivos en la adopción de decisiones, los cuales permiten que éstas sean reconocidas como obligatorias por parte de los integrantes del grupo social. Por lo mismo, cuando se afirma que el derecho legitima el poder, la palabra “poder” viene utilizada aquí en sentido amplio, o sea, no se trata sólo del poder de los que gobiernan, de los que detentan el poder político dentro de la sociedad, sino el poder entendido como toma de decisiones. De este modo, como afirma nuevamente Ferrari, lo que se quiere significar con esta función legitimadora del poder que cumple el derecho es que todos los sujetos que tienen capacidad de decidir respecto de otros sujetos deben hacer uso del derecho para conseguir consenso justificatorio sobre las decisiones que adoptan.

Puede decirse que por medio de esta función se consigue transformar el poder en derecho, esto es, se consigue que los sujetos miembros de una comunidad jurídica vean en las decisiones del poder no órdenes arbitrarias que se les imponen por medio de la fuerza, sino mandatos que ellos deben obedecer.

A propósito de esta función del derecho –advierte Rehbindler–, no se trata de concesión de derechos subjetivos, sino de reglas de competencia y reglas procesales, es decir, de instrumentos jurídicos y de su delimitación. “No es la sustancia del derecho lo que se determina, sino las personas del aparato de poder actuantes y su procedimiento. Se trata, evidentemente, de la Constitución,

y ciertamente no sólo de la Constitución de la sociedad en su conjunto, sino de la de cada grupo o subgrupo, es decir, de la distribución del poder, que sólo puede ser ejercido de acuerdo con determinadas reglas procesales”.

De este modo, las reglas de competencia y de procedimiento no sólo permiten la introducción de nuevas normas, es decir, los cambios en el derecho, sino que cumplen una especial función legitimadora, puesto que determinan con precisión qué autoridades podrán decidir de manera incontrovertible cuándo alguna de las normas del derecho ha sido infringida y cuándo corresponde aplicar una determinada consecuencia de carácter coactivo.

Sin embargo, el derecho no sólo *organiza* y *legitima* el poder, sino que también lo *limita*. Es más, puede decirse que distribuirlo es un modo de limitarlo y que al limitarlo favorece su legitimidad. De este modo, el reconocimiento de derechos a todas las personas constituye una limitación al poder, y, a la vez, importa la “apertura de una fuente de poder para los menos poderosos desde el punto de vista económico y social”, como apunta nuevamente Rehbinder.

Una visión distinta de las relaciones entre derecho y poder es la que promueven ciertas doctrinas, en particular el marxismo, que atribuyen al derecho una función ideológica de dominación. Para una visión como esa, el Estado y el derecho no son más que instrumentos de que se vale una clase dominante para mantener sojuzgada a la clase dominada, de manera que si el derecho cumple las funciones que estamos ahora revisando no es de manera neutral, sino de un modo que asegura y prolonga esa dominación. De este modo, si el derecho orienta comportamientos, resuelve conflictos y organiza, legitima y limita el poder –por mencionar sólo algunas de sus funciones–, lo hace de una manera interesada, es decir, a favor de la clase dominante, aunque también encubierta, solapada, ocultando sus verdaderos propósitos e invocando sólo de manera retórica palabras tales como “libertad” e “igualdad”. Por lo demás, esta percepción negativa que el marxismo tiene tanto del derecho como del Estado conduce a sus partidarios al postulado de la desaparición del derecho y del Estado, los cuales, producido el advenimiento de la sociedad comunista, irían a formar parte del museo de antigüedades de la historia, como



ya lo hicieron la rueca y el hacha de bronce, según la expresiva imagen de Engels.

El cuidado del derecho. Con esta denominación suele tratarse de una nueva y última función del derecho, que concierne a los que suelen llamarse los *operadores jurídicos*, o el *staff* jurídico, compuesto por todos quienes se relacionan con el derecho de una manera regular y estable por razón de su actividad habitual –vale decir, legisladores, jueces, mediadores, abogados, notarios, profesores del derecho, funcionarios de la administración–, de quienes se espera una práctica de sus respectivas profesiones, así como una interacción con los sujetos normativos miembros del grupo, que permitan una más eficiente realización por parte del derecho de todas las demás funciones que hemos señalado precedentemente.

Por tanto, el cuidado del derecho, como admite el propio Rehbinder, no es “una función auténtica del derecho”, sino algo que se relaciona con la conveniencia de que el derecho cumpla todas sus demás funciones, y se extiende, por tanto, “al conjunto de todos los fenómenos culturales jurídicamente relevantes, a los que no sólo pertenecen las normas jurídicas como tales, sino también las instituciones jurídicas, como parlamentos, tribunales, autoridades, cárceles, policía, universidades, bibliotecas, etc.”.

Por lo mismo, en nombre del cuidado del derecho, lo que se espera de las distintas ramas del *staff* jurídico no es únicamente un buen desempeño técnico en sus respectivas áreas o campos de trabajo, sino que procuren poner a tono el derecho con los requerimientos sociales que se le dirigen y se le renuevan constantemente, ya sea por medio de nuevas leyes o del desenvolvimiento del derecho ya existente. Tal como dice Rehbinder, “si el *staff* jurídico no tiene éxito en la adaptación de la materia jurídica a las necesidades sociales –sea por medio de leyes reformistas, sea a través del desenvolvimiento del derecho ya creado–, crece entonces muy pronto una peligrosa competencia para el derecho”, a través, por ejemplo, de “la jurisdicción arbitral, la huelga, las manifestaciones de protesta próximas al disturbio y otras formas de conducta, incluyendo las revoluciones”.

Por todo lo anterior, para conocer bien el derecho, así como para adoptar medidas conducentes a una mejor realización de sus diversas funciones, es preciso estudiar las técnicas, los artificios, las tradiciones, los modelos, los hábitos profesionales, las organizaciones, las maneras de pensar y de sentir, los reclutamientos, en fin, el *ethos* –o el sello, como dice Rehbinder–, de que entre los miembros del *staff* jurídico existen ciertas prácticas que son la expresión de determinados modelos de comportamiento. “Estas prácticas, o sea, el comportamiento fáctico del *staff* jurídico, tienen que ser investigadas con el fin de conocer su importancia en el proceso de integración dentro de la sociedad”.

Derecho y cambio social. Todos los desarrollos acerca de las funciones del derecho suelen concluir con algunas reflexiones acerca de las relaciones entre derecho y sociedad, o, más particularizadamente, entre derecho y cambio social.

Si por cambio social se entiende el proceso de transformación a que está sometida toda sociedad y cada uno de los diferentes sectores de ésta, la pregunta que es posible enunciar se refiere a si el derecho *acompaña* simplemente ese proceso, constituye un *estímulo* para él o bien se constituye en un *obstáculo* para dicho proceso. En otras palabras, se trata de saber si el derecho promueve, retarda o tan sólo sigue los compases del cambio social.

En verdad, el derecho se encuentra en una red de relaciones que abarca la esfera política, económica, cultural, etc., y en esta dinámica interactiva el derecho es con frecuencia un factor que cambia al hilo de las transformaciones sociales y que, a la vez, encierra posibilidades que pueden hacer de él un factor de cambio y transformación social. En consecuencia, el derecho puede tanto anticiparse como seguir al cambio, o bien ir a la zaga de éste, y que se destaque una u otra de esas posibilidades va a depender del rasgo más conservador o reformista que anime en un momento dado a la sociedad y al gobierno de ésta.

Si bien no es posible concebir una sociedad totalmente estática, pudo haber épocas en determinadas sociedades, como aquella de gran estabilidad que vivió Europa entre 1871 y 1917 –lo que se llamó la *belle époque*–, en las que, por lo mismo, el distanciamiento entre el derecho y la realidad social es apenas perceptible. Sin embargo,



desde el término de la Primera Guerra Mundial en adelante –como apunta Eduardo Novoa– “se abre una brecha creciente entre la realidad social y el derecho, a partir del cual el mundo en general y con ello la casi totalidad de los países han tomado un ritmo muy veloz en su movilidad”. Por tanto, “la disociación entre la ley y la realidad social se transforma en un problema notorio que ni el sociólogo ni el jurista pueden pasar por alto”.

Novoa va todavía más lejos y advierte que “la brecha entre derecho y realidad social se ha ido ensanchando aceleradamente debido a la rigidez de aquél opuesta a la movilidad de ésta” y que los distintos operadores jurídicos permanecen impermeables ante ese fenómeno, todo lo cual trae consigo que “los juristas, por sus trasnochadas teorías, conceptos y formulaciones, sean mirados por la generalidad de los demás seres humanos como especímenes de una fauna en vías de extinción y, en todo caso, cada día menos decisiva en el curso de la vida social”.

Algo similar –según Elías Díaz– podría decirse de los símbolos, formas, rituales y procedimientos del derecho: “superación de lenguajes arcaicos, incomprensibles, casi ridículos y grotescos para el común de los ciudadanos, modificación a fondo de modos de proceder laberínticos, distanciadores y ocultadores, eliminación de determinadas rutinas, prácticas y corruptelas que –como todo lo demás– sólo producen extrañamiento, temor e interesado sometimiento, lo cual por supuesto nada tiene que ver con la legítima seriedad y formalidad requerida desde luego en la aplicación y ejecución del derecho”.

Otra manera de preguntarse por la relación entre derecho y cambio social consiste en investigar si aquél es meramente *expresivo* o *instrumental* respecto de éste, o sea, si el derecho refleja lo que una sociedad es en un momento dado o si se constituye en un medio para modificar la sociedad en una dirección determinada cualquiera que pueda estar en la mente de sus integrantes o de quienes han sido elegidos para gobernarla. Pero la verdad es que el derecho es siempre expresivo y a la vez instrumental, con lo cual quiere decirse que, junto con reflejar la realidad social, opera sobre ésta como un factor de cambio de la misma, enfatizándose uno u otro papel según las circunstancias que se vivan y el sector de regulación jurídica de que se trate.

Resumiendo las ideas precedentes, podríamos decir lo siguiente: a) derecho y cambio social guardan entre sí relaciones dinámicas e interactivas que no es posible reducir al postulado de que el derecho *acompaña* al cambio, como tampoco a los postulados de que el derecho *instiga* el cambio o lo *obstaculiza*; b) el derecho tiene la particularidad tanto de acompañar al cambio, reflejándolo normativamente cuando éste ya se ha producido, como la de instigar el cambio, estimulando su producción por medio de sus normas, sin descartar que a veces se constituya en un obstáculo al cambio; c) el carácter predominantemente conservador o reformista de los tiempos que corran, así como el similar carácter que tengan en un momento dado los gobernantes, puede enfatizar en una sociedad dada una u otra de tales posibilidades que tiene el derecho, a saber, reflejar el cambio, instigarlo o retrasarlo sin que deba perderse nunca de vista la lúcida constatación de Cesare Beccaria: “Con respecto a la sociedad, la ley nace siempre vieja”. Lo cual quiere decir que, a fin de cuentas, el derecho casi siempre se toma su tiempo frente al cambio social; d) cada vez que el derecho promueve el cambio con éxito acaba también reflejándolo, puesto que, una vez producido el cambio querido, el derecho lo recoge y expresa en sus normas e instituciones; e) la posición de la administración, de la legislatura y de la judicatura no es la misma respecto de las posibilidades que cada uno de esos poderes normativos tiene para influir a favor o en contra del cambio social. Dicha posición va a depender del régimen político y del sistema jurídico que adopte cada sociedad, así como de las convicciones y del temperamento que tengan los individuos que estén a cargo de esos poderes normativos. Así, por ejemplo, según si el régimen político sea presidencial o parlamentario, el Presidente o el Parlamento estarán en una mejor posición relativa para hacer del derecho un instrumento de cambio o uno de conservación. Por otra parte, las convicciones y el temperamento de quienes ocupan posiciones públicas de poder no son siempre las mismas ni son tampoco uniformes entre todos los que desde la administración, la legislatura o la judicatura están autorizados para producir normas jurídicas y conseguir por medio de éstas una aceleración o un retardo en determinados cambios sociales; y f) el derecho juega



siempre tanto un papel expresivo como instrumental respecto de las realidades sociales llamado a normar. Esto quiere decir que ningún ordenamiento jurídico es perfectamente expresivo o plenamente instrumental respecto de la realidad social. Además, existen ramas del derecho que por la índole de las materias que regulan son más expresivas que instrumentales, como acontece, por ejemplo, con el derecho de familia, mientras que otras son más instrumentales que expresivas, como es el caso del derecho tributario.

Por otra parte, no hay que perder tampoco de vista que “el derecho –como dice Arnold– es básicamente un gran depósito de símbolos sociales emotivamente importantes y que todos los operadores jurídicos hacen un gasto verbal enorme para mantener el prestigio del derecho”.

Como continúa diciendo Arnold, “el jurista está obligado a demostrar que en un mundo esencialmente irracional se acerca constantemente a la racionalidad; que en un mundo cruel se acerca cada vez más a la humanidad; y que en un mundo permanentemente en cambio, nos encontramos en un mundo estable y duradero”.

2. LOS FINES DEL DERECHO

La paz. La seguridad jurídica. La justicia. Anticipo de algunas concepciones de la justicia.

La paz. En el Capítulo II tuvimos oportunidad de caracterizar al derecho como un orden coercible, es decir, como un orden normativo que cuenta con la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de sus normas y, sobre todo, para ejecutar las sanciones que esas mismas normas prevén para el caso de su incumplimiento por parte de los correspondientes sujetos normativos.

Siguiendo en esto a Kelsen, puede decirse que los ordenamientos jurídicos coinciden, en grandes líneas, con respecto a los actos coactivos que prevén para el caso de incumplimiento de sus normas. Tales actos coactivos suelen consistir en la privación de

ciertos bienes de los infractores, tales como la vida, la libertad, la propiedad, el honor, como acontece, en efecto, con la pena de muerte, las penas privativas de la libertad, las multas, y con ciertas penas que inhabilitan para el acceso a cargos públicos o privan de los derechos políticos para elegir y ser elegido en cargos de representación popular.

Sin perjuicio de esa coincidencia, los ordenamientos jurídicos se distinguen, a veces notablemente, en las condiciones a que enlazan actos coactivos como los antes mencionados, es decir, en las conductas humanas a cuya realización vinculan la aplicación de esos actos coactivos. En síntesis, los ordenamientos jurídicos se distinguen por las diversas situaciones socialmente deseables que aspiran introducir mediante sus normas y sanciones.

Sin embargo, existe a lo menos una tendencia en común a todos los ordenamientos jurídicos, desde los primitivos comienzos del derecho hasta el derecho de los Estados modernos, que consiste: a) en la prohibición del uso de la fuerza física entre los individuos y grupos que forman la sociedad, y, b) en la circunstancia adicional de que se haga de un uso semejante de la fuerza el antecedente de la aplicación de un acto coactivo por parte del derecho. De este modo, el derecho convierte al recurso a la fuerza en la condición de una sanción que es posible imponer en uso de la fuerza organizada por el propio derecho, de donde se sigue que es preciso distinguir entre una fuerza *prohibida* (la que un sujeto ejerce indebidamente sobre otro) y una fuerza *permitida* (la que aplica el derecho, entre otros, al sujeto que ejerce la fuerza sobre otro). En consecuencia, la prohibición de emplear la fuerza tiene sólo un carácter relativo, puesto que el propio derecho se vale del recurso a la fuerza para imponer sus sanciones.

En otras palabras, hay una fuerza prohibida y una fuerza permitida o autorizada, o bien, actos de fuerza prohibidos y actos de fuerza autorizados. La fuerza está autorizada o, lo que es lo mismo, estamos en presencia de acto de fuerza autorizado, cuando este acto se impone como reacción del órgano coactivo organizado ante una determinada conducta o hecho que el ordenamiento jurídico ha descrito previamente como condición o antecedente de esta consecuencia.



Por el contrario, la fuerza está prohibida o, lo que es lo mismo, estamos en presencia de un acto de fuerza prohibido, cuando este acto no se impone como reacción del órgano coactivo organizado ante una determinada conducta o hecho que el ordenamiento jurídico describa como condición del acto coactivo que, impuesto a través del órgano coactivo organizado, es el resultado o consecuencia de aquel acto.

En síntesis, acto de fuerza autorizado es el acto coactivo que debe seguir al comportamiento o hecho que el ordenamiento jurídico describe como su condición o antecedente, mientras que acto de fuerza prohibido es aquel que, descrito como tal por el ordenamiento jurídico, no tiene lugar a través del órgano coactivo autorizado, pero que, a la vez, da lugar a un acto coactivo autorizado que se aplica por el órgano correspondiente.

Ahora bien, desde que todos los ordenamientos jurídicos han progresado en el sentido descrito, esto es, prohibiendo todo empleo de la fuerza que no sea precisamente la ejecución de los actos coactivos que el mismo derecho establece como consecuencia de determinadas conductas o hechos, cada ordenamiento procede también a fijar con toda precisión las condiciones en que deba tener lugar un determinado acto coactivo, o sea, el tipo de conductas precisas a las cuales se apareja un acto coactivo, así como la indicación del órgano a través del cual se deberá proceder a ejecutar dicho acto. En este sentido que se dice que *el derecho se atribuye el monopolio de la fuerza*.

Al monopolizar el uso de la fuerza, el derecho provee de una paz relativa a la sociedad en que rige. Provee *paz* porque, al monopolizar con éxito el uso de la fuerza, termina con la guerra de todos contra todos e impide que las luchas y conflictos de intereses entre individuos y grupos concluya simplemente con la aplicación de la ley del más fuerte. Pero se trata sólo de una paz *relativa* por un doble motivo: en primer lugar, porque el derecho, si bien prohíbe el recurso a la fuerza, no consigue nunca erradicar ésta del todo, como ocurre, por lo demás, con todas las conductas que el derecho prohíbe; y, en segundo lugar, porque el propio derecho se vale de actos coactivos, es decir, de actos de fuerza, como reacción a las conductas contrarias a sus prescripciones.

Respecto del segundo de tales motivos, conviene decir que el recurso de que se vale el derecho para evitar el uso de la fuerza por parte de los individuos y grupos es de la misma índole que lo que se quiere evitar, salvo, claro está, que la fuerza que el derecho autoriza no es cualquier fuerza, sino la fuerza socialmente organizada, esto es, la fuerza que ha sido institucionalizada por el propio derecho.

Kelsen lo dice en los siguientes términos: “El derecho y la fuerza no han de ser entendidos como absolutamente discordantes entre sí. El derecho es una organización de la fuerza. El derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza únicamente está prohibido como entuerto, es decir, como condición (en la norma), pero está permitida como sanción, es decir, como consecuencia”. Y agrega: “la fuerza se emplea para evitar el empleo de la fuerza... El derecho es sin ningún género de dudas un ordenamiento para promover la paz en tanto que prohíbe el uso de la fuerza... Sin embargo, no excluye absolutamente el uso de la fuerza. El derecho es una organización de la fuerza. En este sentido de la palabra, el derecho provee únicamente una paz relativa, en cuanto priva al individuo del derecho de emplear la fuerza, pero la reserva para la comunidad”.

En el sentido indicado en el presente acápite, en consecuencia, puede decirse que el derecho tiene en la paz uno de sus fines más importantes, sin perjuicio de que, por lo antes explicado, se trate sólo de una paz relativa.

La seguridad jurídica. “Seguridad” es una palabra que se relaciona con las ideas de “orientación”, “orden”, “previsibilidad” y “protección”. Por su parte, la “seguridad jurídica”, en cuanto uno de los fines del derecho, se relaciona también con esas mismas ideas. Esto significa que el derecho, en cuanto procura realizar la seguridad jurídica, provee a los integrantes de la comunidad jurídica de orientación, orden, previsibilidad y protección. En todo caso, la pregunta es en qué sentido el derecho provee todo aquello y dentro de qué límites, o sea, cómo y con qué limitaciones el derecho disminuye la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo, sobre todo si en más de algún sentido la vida humana es –como dice Ortega– “radical inseguridad”.



Sin embargo, al asumir como uno de sus fines a la seguridad, el derecho no se propone satisfacer el constante anhelo de seguridad que el hombre lleva dentro de sí en los más variados campos de la existencia, sino atender únicamente a la necesidad de seguridad que el hombre tiene en lo que concierne a su vida jurídica.

En primer lugar, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orientación*, puesto que, por su propia naturaleza, el derecho se presenta siempre como un conjunto de normas y otros estándares que, junto con establecer cómo debe ser el comportamiento de las personas, influye de hecho en el modo como éstas se conducen efectivamente en el curso de la vida social.

Seguidamente, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orden*, porque, al regular coactivamente cómo deben conducirse las personas y al establecer quiénes y bajo qué condiciones estarán autorizados para producir, interpretar y aplicar, sus normas, se configura a sí mismo como un orden objetivo y, a la par, como un medio a través del cual se ordenan las relaciones entre los hombres. Como dice Jorge Millas, “el orden consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les corresponden, de acuerdo con un principio superior de organización social”.

A continuación, el derecho provee seguridad en cuanto *previsibilidad*, puesto que allí donde rige un ordenamiento jurídico que es en términos generales eficaz, los correspondientes sujetos normativos saben a qué atenerse, es decir, conocen lo que el derecho demanda de ellos y de los demás sujetos y están informados acerca de cuáles serán las consecuencias de los actos que ejecuten en el curso de la vida en sociedad.

Por último, el derecho provee seguridad en cuanto *protección*, puesto que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza un conjunto de derechos, algunos de ellos en carácter de fundamentales, que se relacionan con ciertos valores de interés general, tales como la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Todo lo anteriormente expresado da una idea general de la seguridad jurídica, aunque es preciso afinar mejor este *concepto*, identificar luego las *condiciones* bajo las cuales es posible realizar la seguridad jurídica y, en fin, presentar las principales *manifestaciones* que tiene en la actualidad la seguridad jurídica.

En ello vamos a seguir, por modo principal, las contribuciones hechas al tema de la seguridad jurídica por autores como Radbruch, Atienza, Pérez-Luño, Henkel, Coing y Jorge Millas.

En sentido estricto, la seguridad jurídica es la situación que en lo tocante a sus relaciones sociales se encuentran los sujetos normativos, en cuanto tales relaciones se hallan previstas y reguladas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado.

De este modo, la seguridad jurídica, como su propia denominación lo indica, es una seguridad específica. No se trata, en consecuencia, de la seguridad metafísica del místico, ni de la seguridad moral del optimista, ni de la seguridad psicológica del que se siente a salvo de males o amenazas, ni de la seguridad económica del que tiene bienes materiales en abundancia. Se trata, simplemente, de la seguridad social del hombre que vive en una determinada comunidad jurídica y que conoce o puede llegar a conocer, con bastante certeza, qué es lo que tanto para él como para los demás está mandado, prohibido o permitido por el derecho, y que puede conocer también cuáles serán las precisas consecuencias que habrán de seguirse en caso de que él, o cualquiera de los otros integrantes de la comunidad, no ajusten su comportamiento a las normas jurídicas del respectivo ordenamiento.

Así entendida, según Millas, “la seguridad constituye un valor de situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplirán”.

De este modo, la positivación del derecho, esto es, el carácter de puestas y públicas que tienen todas las normas jurídicas, constituye la condición indispensable y básica de la seguridad jurídica. Podrán existir y prolongarse indefinidamente las discusiones acerca de qué es lo justo, es decir, acerca de qué es lo que el derecho debe establecer como mandado, prohibido o permitido, pero el derecho positivo y vigente en un lugar y tiempo dados, al margen de cuál pueda ser el resultado de la evaluación a que pueda sometérselo desde el punto de vista de uno u otro ideal de justicia, determina siempre qué es lo que los sujetos normativos deben hacer y cuáles serán las precisas consecuencias que



deberán seguirse en caso de que no ajusten su proceder a las prescripciones del derecho.

Por lo mismo, y refiriéndonos siempre al sentido de seguridad jurídica antes precisado, todo derecho, es decir, todo ordenamiento jurídico vigente provee de seguridad jurídica, puesto que su sola existencia como orden normativo de carácter objetivo permite a los sujetos normativos saber qué deben hacer o no hacer para evitar verse expuestos a la aplicación de sanciones coactivas cuyos contenidos también conocen de antemano.

En tal sentido, por lo mismo, la seguridad jurídica se vincula con las ideas tanto de *previsibilidad* y de *calculabilidad*. De *previsibilidad*, en cuanto se tiene información cierta acerca de cómo debe uno comportarse y de cómo se comportarán seguramente los demás, y de *calculabilidad* en cuanto el comportamiento propio y ajeno puede ser sometido a un plan que tenga debidamente en cuenta los efectos o consecuencias de tales comportamientos.

Esta clase de seguridad, por lo mismo, es la que permite que el sujeto pueda saber cómo ha de comportarse según las exigencias del derecho en determinadas situaciones o relaciones de su vida social, así como qué comportamientos puede esperar de los demás, y saber, asimismo, cuáles serán las consecuencias jurídicas tanto de sus propios actos como de los demás.

De la manera antes indicada, la seguridad jurídica, desde el punto de vista de los sujetos que la disfrutan, tiene un doble componente, por un lado de *sabery* por el otro de *confianza*. En cuanto al saber, él se refiere al conocimiento de que hay ciertas normas que disponen determinadas conductas en carácter de obligación y de que tales normas son generalmente observadas. En cuanto a la confianza, y que deriva de ese conocimiento, consiste en la expectativa de que el correspondiente ordenamiento jurídico continuará estando vigente y que siempre existirá la posibilidad de informarse acerca de cuáles de sus normas se eliminan y qué nuevas normas se incorporan a él.

Ahora bien, las condiciones que deben ser satisfechas para que exista seguridad jurídica en el sentido antes indicado, son las siguientes:

- a) existencia de normas jurídicas que regulen las relaciones sociales y establezcan las consecuencias jurídicas de su observancia o inobservancia;
- b) preexistencia de tales normas a las conductas que van a ser luego juzgadas en utilización de aquéllas;
- c) objetividad de las normas, de modo que su sentido pueda ser determinado;
- d) impersonalidad de las normas, esto es, que en su contenido las normas regulen por igual a todos los sujetos normativos y que en su aplicación no se introduzcan ni discriminaciones ni privilegios en favor de nadie;
- e) publicidad de las normas por medios que aseguren su oportuno e íntegro conocimiento por parte de los sujetos, y
- f) autoridad de las normas, en el sentido de tener éstas la garantía del poder público.

Un punto de especial interés para los autores cuando se discute acerca del concepto de seguridad jurídica y sobre las condiciones que el derecho debe satisfacer para proporcionar seguridad a los sujetos normativos es el que se refiere a la dimensión *ontológica* o *axiológica* de la así llamada “seguridad jurídica”.

Así, por ejemplo, para Jorge Millas la seguridad jurídica es una dimensión *ontológica* del derecho, con lo cual quiere decir tres cosas: a) que entre todos los fines a que el derecho sirve, la seguridad jurídica es el que tiene las más singulares conexiones con la vida jurídica, puesto que la seguridad jurídica sólo puede ser realizada por medio del derecho, a diferencia de la justicia, la libertad, la paz, ninguno de los cuales valores y fines se encuentran ligados por modo necesario al derecho, puesto que podrían ser conseguidos fuera del derecho, esto es, extrajurídicamente; b) que la seguridad jurídica halla en el derecho la condición suficiente de su existencia, lo cual significa que todo ordenamiento jurídico, por sí mismo, provee seguridad en el sentido específicamente jurídico de este término; y c) un derecho que no implique la intención pragmática de una cierta seguridad real en la vida afectiva de las personas, no es, propiamente hablando, derecho.

En síntesis, para Millas sólo el derecho, como previsión normativa y coactiva, puede brindar ese saber y esa confianza que



son constitutivos de la seguridad jurídica, de modo que el derecho es condición necesaria de la seguridad, aunque también es condición suficiente de la misma.

Por su parte, Antonio Pérez-Luño llama la atención acerca del carácter “inequívocamente axiológico de la seguridad jurídica”, con lo cual quiere decir que la seguridad jurídica no es un “mero *factum* inmanente a cualquier sistema de derecho, sino un valor del derecho justo que adquiere su plena dimensión valorativa en el Estado de Derecho”. Para este autor, la posibilidad del derecho no puede ser entendida como base de la seguridad jurídica, ni, tampoco, como el primer factor o exigencia de esta última. Por lo mismo, declara no compartir la conocida afirmación de Radbruch –“La seguridad jurídica exige positividad del derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico”– y sostiene que la seguridad es un valor que tanto puede darse como no darse en las diferentes formas históricas de la positividad jurídica. “De hecho –escribe–, han existido ordenamientos jurídicos de seguridad precaria o prácticamente inexistente; pero no ha existido ninguno carente de positividad”.

De este modo, el autor antes citado critica lo que él llama “concepciones positivistas” de la seguridad jurídica –como sería, por ejemplo, la de Jorge Millas– y se muestra en desacuerdo con la afirmación de que la sola existencia de un ordenamiento jurídico garantice por sí sola, al margen de la justicia de sus instituciones y normas, la seguridad jurídica de los sujetos. Por lo mismo, la vigencia y preexistencia de las normas, su publicidad, el principio de legalidad, y el carácter general, abstracto e impersonal de las leyes, constituyen sólo garantías formales y engendran seguridad únicamente en la medida en que sus contenidos materiales sean justos. Y, citando a Elías Díaz, señala que la seguridad jurídica supone la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no es sólo un *hecho*, es también, sobre todo, un *valor*.

De la manera antes señalada, para un punto de vista semejante acerca de la seguridad jurídica, ésta no es un atributo inmanente

de cualquier derecho, o, mejor aún, no es un resultado que todo ordenamiento jurídico produzca por el solo hecho de existir y de ser, en términos generales, eficaz. Se trataría, en cambio, de una condición y meta del derecho justo, o sea, de los sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho, de manera que si no todo Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier derecho provee un sistema de seguridad jurídica. Para una posición como ésta, en suma, el Estado de Derecho no es sólo un Estado de legalidad, esto es, un Estado capaz de producir un ordenamiento jurídico, sino aquel Estado en el que la legalidad producida se funda en la soberanía popular y se dirige inequívocamente a la protección de los derechos fundamentales. “El Estado de Derecho –concluye Pérez-Luño– es una expresión de legitimidad política y precisamente por serlo se identifica con ese principio de legitimidad jurídica que representa la seguridad”.

En una línea de pensamiento similar a la anterior, Manuel Atienza distingue tres niveles de seguridad en el derecho, a saber, *orden*, *certeza* y *seguridad* propiamente tal.

En cuanto al primero de esos niveles –el *orden*– se trata de una característica de cualquier derecho, porque es propio o constitutivo de éste, incluso en el caso de los derechos poco evolucionados, ordenar la conducta humana y, de ese modo, lograr un mínimo de previsibilidad en relación con las acciones jurídicamente significativas y con las consecuencias de estas mismas acciones.

Tocante a la *certeza*, se trataría nada más que de un especial grado de previsibilidad que conseguirían los derechos más evolucionados, gracias al carácter preciso de sus normas y al hecho de que el cumplimiento de éstas se encuentra efectivamente asegurado por el aparato coactivo del Estado.

Utilizando el lenguaje de Hart, para tener *orden* bastaría con las llamadas *normas primarias*, en tanto que la *certeza* sería provista en especial por las *normas secundarias*, puesto que estas últimas permiten establecer cuándo una norma pertenece al sistema jurídico de que se trate, quiénes y cómo pueden cambiar las normas del sistema, y quiénes y cómo pueden determinar de una manera incontrovertible cuándo una norma ha sido infringida.



Por lo último, la *seguridad* propiamente tal, consiste en la capacidad de un ordenamiento jurídico para hacer previsibles, esto es, seguros, los valores de libertad e igualdad. Este tercer nivel presupone los dos anteriores y se relaciona con la idea de justicia, puesto que ésta no es otra cosa que la seguridad de que el derecho nos proporciona un máximo de libertad e igualdad.

Como se ve, no es una sola la respuesta que puede darse a la pregunta acerca de qué significa estar jurídicamente seguros, dependiendo dicha respuesta depende del concepto o idea que se tenga acerca de este fin del derecho. En un sentido *estricto*, la seguridad jurídica es provista por todo ordenamiento jurídico, sin más condiciones que las seis que fueron indicadas en su momento; en un sentido *amplio*, la seguridad jurídica es un valor que no realiza todo ordenamiento jurídico por el solo hecho de existir y requiere para su realización de condiciones adicionales a esas seis que se vinculan con la existencia de lo que se llama, modernamente, Estado de Derecho. En el primer caso, la seguridad jurídica es vista con independencia de la justicia de las normas e instituciones del ordenamiento jurídico que la provee, mientras que en el segundo ella es vista engarzada con la idea de justicia, y, en particular, con los valores de libertad e igualdad que componen esa idea.

En cuanto ahora a las *manifestaciones* que tiene en la actualidad la seguridad jurídica, ellas son la *presunción de conocimiento del derecho*, que tuvimos oportunidad de explicar a propósito de los efectos de la ley en cuanto a las personas; el *principio de legalidad*, en virtud del cual lo lícito y lo ilícito, así como las consecuencias de lo ilícito, se encuentran preconfiguradas con claridad y precisión por las normas del ordenamiento jurídico; la *irretroactividad de las normas* como mandato para el juez que debe aplicarlas y como principio para el legislador que las produce y que sólo en forma excepcional puede dar carácter retroactivo a las normas que crea; los *derechos adquiridos*, como prolongación del principio de irretroactividad, que son aquellos válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación, de modo que un cambio de ésta no puede afectarlos

con posterioridad; la *cosa juzgada*, como factor que elimina la incertidumbre al establecer el carácter irreductible que toman a partir de cierto instante las decisiones contenidas en los fallos judiciales y al impedir un nuevo examen judicial de los asuntos que ya han sido resueltos por medio de una sentencia; y la *prescripción*, por último, como institución que también elimina la incertidumbre, al poner fin al estado potencial de una conducta o acción jurídicamente significativa.

La justicia. La justicia suele ser indicada con el más alto de los fines que el derecho debe satisfacer. Se dice a menudo que el derecho existe para realizar la justicia y cada vez que se afirma algo semejante se piensa más en el contenido de las normas y principios del derecho que en los métodos o procedimientos formales a través de los cuales tiene lugar la producción y aplicación de tales normas y principios.

Todavía más, la misma palabra derecho está asociada a la palabra justicia. Como advierte Javier de Lucas, la relación entre derecho y justicia viene atestiguada por la misma palabra “derecho”, que, como sus equivalentes en las demás lenguas romances (*droit, dret, diritto*, etc.) proviene del latín *directum*, que quiere decir “recto”, “correcto”, “adecuado”, en definitiva “justo”; también en las palabras de origen no latino, como *recht* o *right*, subyace la idea de lo recto, como contrapuesto a “torcido”, “incorrecto” o “injusto”. Dicha conexión, expresada todavía con más fuerza, se da en las lenguas eslavas, hasta el punto de que, en ruso, derecho se dice *pravo*, en tanto verdad se dice *pravda*. Por otra parte, y desplazando ahora nuestra atención a la palabra “justicia” –*iustitia*–, ella procede de la expresión latina *ius*.

Es tal la importancia de la idea de justicia, tantas las pasiones, las energías y las controversias que ella provoca –como recuerda Carlos Nino– que Sócrates, por intermedio de Platón, sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro, en tanto que Aristóteles afirmaba que ni la estrella vespertina ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia.

Sin embargo, “justicia” es una palabra utilizada en diversas acepciones, de las cuales las principales son las que siguen a continuación.



En primer lugar, se distingue entre un *sentido subjetivo* y uno *objetivo* de esa palabra. En un sentido *subjetivo*, justicia es un término que se emplea para aludir a una virtud de la vida personal. De este modo, puede decirse que un padre o que un profesor son justos, o que lo son determinadas actitudes de uno o de otro. En un sentido *objetivo*, justicia es una cualidad que se predica, a la vez que se espera, de determinadas estructuras, normas e instituciones sociales, entre las cuales figura ciertamente el derecho. De este modo, puede decirse que una ley o que una sentencia son justas. Con todo, una distinción como esa no es tajante, puesto que, como dice Javier de Lucas, “la justicia se encuentra en la intersección entre vida personal y vida social”. La virtud de la justicia “no se refiere primariamente a uno mismo como las demás virtudes, sino a otro, y por ello se orienta a lo social e institucional”.

Como dice por su parte Carlos Nino, “algo en lo que coinciden casi todos los filósofos que es intrínseco al concepto de justicia es su carácter de valor intersubjetivo. Aristóteles, por ejemplo, sostenía que la justicia es la única virtud de una persona que es considerada como el bien de alguna otra, ya que ella asegura una ventaja para otra persona, sea un funcionario o un socio. Además de este carácter intersubjetivo, el valor de la justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o de beneficios y cargas, entre diversos individuos de un grupo social”.

Jorge Millas es de parecer que la justicia no es un valor propiamente jurídico, puesto que “ni su esencia ni su efectiva realidad se hallan inexorablemente ligadas en principio al derecho. El derecho contribuye a realizarla, puede incluso ser la condición de hecho necesaria para que haya justicia entre los hombres, pero su idea y la posibilidad de vida que ella involucra, no contiene la idea de vida jurídica como ingrediente esencial. También es concebible teóricamente una comunidad de hombres en donde, por el solo imperio de los valores religiosos y morales impera la justicia en plenitud, aunque esa organización carezca de organización jurídica”.

Lo mismo piensa Millas de la paz, puesto que ésta tampoco sería un valor específicamente jurídico, porque “el derecho no es condición necesaria de la paz social”, desde el momento en

que “es perfectamente concebible, en el plano teórico, una sociedad en donde sólo el imperio de los valores morales asegure la convivencia pacífica”.

Para Millas, como se señaló en su momento, el “orbe de los valores jurídicos, *sensu strictu*, se reduce a un valor único: la seguridad jurídica”.

Sin embargo, es preciso admitir que la idea de justicia tiende a objetivarse en el derecho, lo cual significa que el derecho es siempre una cierta justicia, en el sentido de que todo ordenamiento jurídico se presenta como un intento de expresión y de realización de una determinada concepción de la justicia, a la vez que, por otro lado, la idea de justicia subsiste, fuera del derecho, como un criterio o medida que permite valorar el ordenamiento jurídico, sus normas y sus instituciones, o sea, que permite emitir enunciados acerca de si ese ordenamiento, normas e instituciones son justos o injustos, correctos o incorrectos.

Cabe distinguir, asimismo, ahora con John Rawls, entre el *concepto* de justicia y las *concepciones* de la justicia. El concepto de justicia se refiere a “un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales”. A su turno, las concepciones de la justicia “son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones y esta división apropiada”.

Al concepto de justicia se refiere Bobbio, por ejemplo, cuando define justicia como “el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que sabemos dar el nombre de derecho”. Al hilo de esa definición, las concepciones de la justicia serían aquellas que emitirían un pronunciamiento acerca de cuáles son o deben ser, exactamente, esos valores, bienes o intereses en los que consiste la justicia.

Además, Bobbio distingue entre una *fenomenología de la justicia*, que tendría por cometido describir el valor de lo justo, y una *ideología de la justicia*, encargada de hacer propuestas de criterios de valoración y también de transformación de la sociedad, a raíz de lo cual se podría concluir lo siguiente: la teoría *analítica* de la



justicia discurre sobre el valor denominado justicia, de modo que a una teoría analítica, sin ir más lejos, pertenece la definición de justicia que proporciona el mismo Bobbio. Por su parte, la teoría *fenomenológica* de la justicia, valiéndose para ello de investigaciones de derecho comparado, explora cuáles han sido en el hecho los criterios asumidos en cada caso, en las diversas civilizaciones y en las distintas épocas, para juzgar lo justo y lo injusto. Por último, la *ideología de la justicia*, al modo de lo que antes hemos llamado concepciones de la justicia, se constituye como una propuesta de criterios sustantivos que permiten valorar y transformar tanto el derecho como la sociedad en que este rige.

Existe desde luego una relación entre esos tres planos de la justicia, puesto que los resultados de una teoría analítica de la justicia permiten orientar las investigaciones de tipo descriptivo que lleva a cabo la teoría fenomenológica de la justicia, mientras que esta última desemboca en una toma de posición ideológica, esto es, prescriptiva. Sin embargo, son las *concepciones* de la justicia, entendidas éstas como una determinada selección de los criterios a que se refiere el *concepto* de justicia de Bobbio, las que en mayor medida dividen las opiniones de los autores y de las personas en general. Las distintas teorías o concepciones de la justicia no responden a la pregunta *qué es justicia*, aunque siempre presuponen una respuesta a una pregunta como esa, sino que procuran establecer *qué es justo o injusto*, o sea, se trata de puntos de vista sustantivos o de contenido acerca de lo justo que se intentan realizar por medio del derecho –aunque no únicamente por medio del derecho, sino también de la política, de la economía, etc.– y que, a la vez, sirven como vara o medida para emitir juicios de justicia acerca del derecho o de quienes lo producen y aplican, esto es, sirven para emitir enunciados que procuran informar acerca de cuán justo o injusto es el derecho o quienes se ocupan de producirlo y aplicarlo.

En consecuencia, el derecho es una *medida* de la justicia, un medio idóneo para realizar una concepción de la justicia; pero, a la vez, el derecho es algo que es posible de ser *medido* por la justicia, o sea, de ser evaluado por ésta, ya sea con resultados positivos o negativos. En todo caso, el derecho siempre realiza de manera parcial la o las concepciones de la justicia que plasma, con lo

cual quiere decirse que “el derecho es mediación entre ideal de justicia y exigencias de la vida humana asociada”, como escribe Helmut Coing. Por tanto, entre ese ideal de justicia y el derecho se da siempre una cierta tensión. Recurriendo a este respecto al ejemplo de que se vale Javier de Lucas, el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, no implica el conocimiento real del derecho por parte de todos, puesto que se trata de una exigencia de seguridad para que el ordenamiento jurídico pueda funcionar eficazmente. Sin embargo, el principio democrático de publicidad de las leyes exige que el conocimiento de las normas sea lo más real y efectivo posible.

Pues bien, si nos situamos en una perspectiva *objetiva* de la justicia, esto es, si nos preguntamos por una cualidad de un orden social –en particular el derecho– y no por una virtud humana que pueden o no tener los individuos en sus relaciones con los demás, y si, además, centramos nuestra atención en las *concepciones* de la justicia, podríamos dar por establecido lo siguiente:

La pregunta por la justicia, entendida, como el acto del hombre que quiere por un criterio superior que establezca con cierta nitidez y exactitud aquello que *debe ser* en relación con lo que *son* o *pueden ser* los derechos positivos dotados de realidad histórica, es una de las cuestiones que más frecuentemente –e incluso apasionadamente– ha preocupado a los juristas de los tiempos y sitios más diversos. Ello es producto, en lo fundamental, del hecho de que el hombre, junto a su facultad de *conocer*, cuenta también con una determinada aptitud para *valorar*, la que le insta y le conduce a una incesante formulación de apreciaciones estimativas acerca de los objetos y fenómenos que le rodean. El hombre conoce y, a la vez, quiere. Quizá quiere, o llega a querer, precisamente porque conoce, o bien, por la inversa, conoce porque es capaz de querer las cosas de un modo distinto a como éstas son; sin embargo, de lo que no cabe duda es de que el hombre no siempre quiere las cosas del modo en que las conoce.

“Todo hombre, por naturaleza, apetece saber” –dice Aristóteles–, y añade Zubiri que “la conciencia del hombre no es sólo conciencia cognoscente, es también conciencia moral”.

El derecho positivo, entendido como una específica normatividad reguladora de la conducta social del hombre, es,



con preferencia a otros, uno de aquellos fenómenos propios de la existencia que los hombres no se reducen meramente a conocer –para saber así qué espera de ellos esta normatividad y cuáles serán las consecuencias desfavorables que se seguirán en caso de no acomodarse a ella–, sino que, además, se trata de un fenómeno que, por su alto grado de imbricación con la vida de todos los individuos, resulta permanentemente enjuiciado o valorado por éstos a la luz de unos determinados criterios o ideas acerca de lo que cada cual entiende como *lo debido* o *lo que debe ser*. El derecho, con ser creación humana, es de aquellas que menos indolencia provocan en los individuos, en especial porque éstos se encuentran advertidos acerca del carácter coercible de sus normas y de la consiguiente posibilidad de verse privados de ciertos bienes deseables –como la vida, la libertad, el patrimonio y el honor– en caso de no ordenar su conducta a las exigencias de comportamiento que esas mismas normas les dirigen.

Esta apreciación estimativa del derecho positivo la lleva a cabo todo hombre y, por lo mismo, también los juristas, aun cuando éstos suelen confinarse a una función de mero conocimiento y exposición acríicas de un determinado derecho vigente. En verdad, la identificación y descripción que los juristas llevan a cabo de un determinado ordenamiento jurídico positivo, no presuponen necesariamente, por parte de esos mismos juristas, ni aprobación del ordenamiento jurídico de que se trate ni, tampoco, adhesión política a la autoridad que lo ha instituido como tal. Por lo mismo, todo jurista puede pronunciarse moralmente acerca de los contenidos prescriptivos que ha identificado y descrito como pertenecientes a un ordenamiento jurídico dado, como también oponerse políticamente a la autoridad que se encuentre en el origen de ese ordenamiento.

Hay, pues, mucha razón en el tipo de argumentación propuesto por Von Wright en el sentido de que “el positivismo jurídico está en lo cierto cuando sostiene que el derecho no es lo mismo que la moral, lo cual se aprecia, por ejemplo, en la función que cabe asignar a ésta como modelo para enjuiciar la corrección de aquél, aunque no lo está, sin embargo, cuando, en nombre de la ‘pureza’ del derecho, el positivismo insiste en eliminar toda

consideración de orden moral acerca del derecho legislado y de su interpretación por los juristas”.

La neutralidad valorativa con que el jurista debe proceder ante su objeto de estudio –el derecho positivo– tiene así únicamente el sentido de atenerse a lo dado que tiene su trabajo de verificar y dar cuenta de ese derecho, pero no puede entenderse que ella alcanza, de modo alguno, a las posibilidades de crítica moral y política del derecho y de las autoridades u órganos encargados de dictarlo. Así, vedar al jurista estas posibilidades constituye, cuando menos, una extensión indebida del postulado de la neutralidad valorativa; pero puede también esta prohibición enmascarar, en lo más, un interés no siempre confesado: el de hacer desaparecer a los juristas como instancia de crítica moral y política del derecho positivo y de la autoridad encargada de dictarlo, precisamente con el propósito de inmovilizar un determinado ordenamiento jurídico y de preservar el poder de la correspondiente autoridad.

Así, entonces, el derecho restringe la libertad y confina a los individuos a conducirse únicamente dentro de la zona de lo lícito y de lo permitido. Por lo mismo, para nadie resulta indiferente cuáles sean en un momento y lugar dados los específicos contenidos prescriptivos de un determinado ordenamiento jurídico positivo con realidad histórica, puesto que, según lo que ha sido dicho, la limitación de la libertad y la amenaza de sanciones coactivas, constituyen, respectivamente, la temperación de un instinto primario del hombre y una cierta especie de agravio para éste: la que trae consigo toda advertencia o conminación.

Ahora bien, si el derecho positivo, con sus diversos y cambiantes contenidos prescriptivos, conduce a la búsqueda y fijación de un criterio de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho pueda ser luego calificado de justo o injusto, lo cierto es que la fijación de tal criterio, en cuanto posea o se encuentre dotado de un determinado contenido, permite enseguida la emisión de los correspondientes *juicios de justicia*, entendiéndolo por éstos aquellos que, enunciados sobre la base de un determinado ideal de justicia, califican de justa o injusta la actividad de las personas u órganos encargados de la producción jurídica, a la vez que el contenido de las normas que resultan de esta misma producción.



Cabe señalar, por lo mismo, que los juicios de justicia, entendidos al modo que ha sido indicado previamente, son posibles sobre la base de tres supuestos, a saber: *primero*, que exista un determinado derecho positivo con realidad histórica al que se tratará de evaluar en su justicia o injusticia; *segundo*, que exista un determinado criterio o ideal de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho positivo puede ser finalmente calificado de justo o injusto; y, *tercero*, que exista un sujeto interesado en llevar a cabo la confrontación entre el ideal de justicia y el derecho positivo, a fin de verificar el grado en que éste realiza dicho ideal.

De estos tres supuestos necesarios para que puedan tener lugar los juicios de justicia, no cabe duda de que el más problemático resulta ser el segundo de ellos, o sea, el que dice relación con la existencia de un criterio de justicia que permita llevar a cabo esa evaluación positiva o negativa a que esta clase de juicios puede ser finalmente reducida.

En efecto, el derecho positivo –primer supuesto para la formulación de los juicios de justicia– es siempre un dato que se puede verificar de manera objetiva, establecido que todo grupo humano reconoce alguna forma de ordenación jurídica y que ésta, más allá de las divergencias que puedan surgir acerca de su sentido y alcance, es invariablemente puesta por alguna autoridad o consenso y posee siempre un determinado contenido que se reparte, por así decirlo, entre los diversos continentes de normas o fuentes formales del derecho. Por lo mismo, siempre será posible esclarecer qué es y qué no es derecho positivo en un momento y lugar dados. Las normas jurídicas constituyen prescripciones de *deber ser*, como no cabe duda pero no por ello dejan de *ser* algo, de constituir un determinado *factum* al que el hombre puede aproximarse con fines de conocimiento y valoración.

Lo mismo, siempre habrá también uno o más sujetos interesados en evaluar críticamente la actividad creadora del derecho y el contenido de éste, puesto que esa actividad y este contenido caen dentro de una esfera de intereses próximos y vitales para todo individuo mínimamente consciente de su propia persona y de su situación dentro de la sociedad.

¿Pero qué decir, en cambio, del criterio o ideal de justicia que, en lo sustantivo que éste tiene, es el que permite al sujeto, por vía

de la comparación o cotejo con el derecho positivo, concluir que éste, globalmente considerado, o en una o más de sus normas e instituciones singularmente consideradas, realiza o no, y en qué grado, el contenido de este mismo ideal?

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

a) La historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia, ya sea que se los presente bajo esta misma y estricta denominación, o bien como programas de gobierno, exhortaciones para la acción pública o demandas para la reforma o la sustitución de un determinado derecho vigente;

b) Esa misma historia muestra, también, que los hombres han elaborado no sólo uno, sino múltiples ideales de justicia;

c) Igualmente, es posible advertir que a la multiplicidad de ideales de justicia se añade la diversidad de los mismos, en cuanto sus contenidos no son siempre similares y resultan a menudo contrapuestos entre sí, como cuando se dice, por ejemplo, que la democracia es justa, o que lo es su contrario, la autocracia, o bien alguna forma de democracia limitada; o que la propiedad privada de los medios de producción es una institución justa, o que lo es, en cambio, el régimen de propiedad colectiva de tales medios; o que la pena de muerte, como respuesta frente a determinados delitos, es una institución justa, o que dicha pena no está nunca justificada desde el punto de vista de la justicia, ni siquiera en presencia de los delitos más graves.

Ahora bien, de la existencia, multiplicidad y, sobre todo, de la diversidad de los criterios que acerca de lo justo han sido ideados históricamente, resulta un problema fundamental en relación con la naturaleza y verificabilidad de los juicios de justicia, a saber, el de si es o no posible fundar racionalmente la *verdad* y por tanto la *preeminencia* de uno determinado de esos criterios de justicia por sobre los restantes.

Una opinión, de la que puede ser fiel exponente el jurista italiano Giorgio del Vecchio, se inclinará por la respuesta afirmativa, y admitirá, en consecuencia, que es posible a la razón



trazar un ideal de justicia que permita valorar el derecho positivo; otra, en cambio, de la que Kelsen puede ser el arquetipo, sostendrá precisamente lo contrario, negando la posibilidad de una demostración racional que conduzca a la identificación de un determinado criterio como el mejor o el verdadero. Para Kelsen, tras la formulación de los distintos ideales de lo que es justo se esconden nada más que los intereses o, cuando menos, la simple subjetividad del sujeto que lleva a cabo esa formulación.

Por lo mismo, y de acuerdo con el punto de vista antes señalado, Del Vecchio considera la filosofía del derecho como “la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo *valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón*”.

Por su parte, Kelsen, situado en la trinchera opuesta, confiesa que “en verdad no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo, pues, darme por satisfecho con una justicia relativa y decir *qué es para mí la justicia*”.

Ese mismo antagonismo es iluminado por otro jurista contemporáneo –Hart–, cuando afirma que los que piensan que es posible a la razón humana acceder a ciertos criterios seguros acerca de lo que debe ser, dicen a los segundos, o sea, a los que niegan esa posibilidad, “Ustedes son ciegos”, mientras que éstos, por su parte, replican, con no menos énfasis, “Ustedes están soñando”.

Es preciso advertir que este problema –el de la posibilidad de una opción racional entre los diversos criterios en pugna– se agrava aún más si se piensa que, para no pocos, la función específica del ideal de justicia trazado por la razón no se reduce al de servir como un mero paradigma o modelo a partir del cual se puedan enjuiciar críticamente los contenidos prescriptivos del derecho positivo y la actividad de los órganos o autoridades encargadas de su producción, sino que –mucho más allá de todo eso– tal función se eleva a la de una fundamentación de la validez del derecho positivo, de donde se sigue que éste alcanzaría el carácter de tal, con su consiguiente pretensión de obligatoriedad, sólo en el caso de que sus contenidos estuvieren en consonancia con determinado criterio de justicia escogido para este efecto. En el caso de la primera de estas dos funciones, el derecho positivo

se instituiría como tal con independencia del criterio de justicia con que luego es evaluado, de modo que la operación estimativa puede arrojar tanto la conclusión de que el derecho investigado es justo o injusto, sin que pierda su carácter de tal –de derecho positivo– en el evento de estimárselo injusto. Por la inversa, en el caso de la segunda de tales funciones, y como consecuencia de presentar el criterio de lo justo con el fundamento de validez del derecho positivo, éste no podría existir sino en armonía con dicho criterio, de donde resultaría la redundancia de la afirmación “Este derecho positivo es justo”, y la contradicción lógica de la que dijere, por su parte, “Este derecho positivo es injusto”. Por lo mismo, en el primero de los casos mencionados, el criterio de la justicia desempeña una función *valorativa*, mientras que en el segundo tal función es de tipo *ontológico* o, si se prefiere, en el primer caso el criterio de justicia cumple un papel *evaluativo* y en el segundo uno *constitutivo*.

No es posible resolver la cuestión fundamental antes apuntada acerca del mayor valor de verdad que pueda eventualmente concederse a un determinado ideal de justicia sobre los restantes que comparecen con él y que disputan –si así puede decirse– las preferencias de los individuos, aunque, claro está, todos podamos tener alguna posición personal a este respecto. Sin embargo, y aun en el caso de que nos situáramos en la posición relativista, esto es, en aquella que desiste de llevar a cabo una elección racional entre individuos ideales en pugna, dejando a éstos, por lo mismo, en una libre y tolerada concurrencia al interior del grupo social y renunciando, por lógica consecuencia, a la imposición de un determinado punto de vista estimativo como el mejor o el verdadero, creo posible fijar las siguientes conclusiones:

Primero. El derecho positivo, entendido como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, de la cual la nota o propiedad de la coercibilidad es una de las más típicas y destacadas, constituye un fenómeno que se encuentra presente en cualquier experiencia de vida social del hombre, por cuanto si la sociedad resulta una forma ineliminable de la vida humana, el derecho, por su parte, aparece luego como una regulación necesaria de toda vida social.



Segundo. El derecho es, a la vez, creación humana, en cuanto son los hombres quienes producen las normas jurídicas y dotan a éstas, con un margen de determinación y de arbitrio que es variable según los casos, de unos concretos contenidos prescriptivos.

Tercero. Ante su propia obra o producción –el derecho positivo–, los hombres son capaces de formular y mantener apreciaciones estimativas, que se traducen en juicios de valor que verifican si la actividad de quienes aparecen investidos de la facultad de crear normas jurídicas y el contenido prescriptivo de éstas son o no son como deben ser de acuerdo con un determinado ideal de justicia.

Cuarto. Si llamamos a esos juicios “juicios de justicia”, tenemos que convenir, acto seguido, que tales juicios no sólo son posibles, sino inevitables, y que, además, son racionales, si no en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como verdaderos, al menos en el sentido de que es plausible que los hombres se ocupen de su formulación.

Lo anterior significa que la sola pregunta por la justicia no puede ser considerada, en sí misma, irracional, aunque sí pueda calificarse de este modo el esfuerzo consiguiente –lo cual es ya otra cosa– por demostrar que una determinada respuesta a esa pregunta constituye la única, la mejor o la verdadera. Como dice acertadamente Ross, “podrá objetarse que todo aquel que, de este modo, niegue que puedan determinarse científicamente valores, de consuno se priva de la posibilidad de escoger entre el bien y el mal, debiendo concluir en una pasividad culpable. Pero esta objeción es necia. Puesto que por ser una opinión, simplemente una opinión, y no una verdad científica, no se sigue, naturalmente, que uno no pueda tener opiniones. Sé muy bien lo que sostengo y lo que defenderé luchando. Sólo que no me concibo creyendo, o haciendo creer a otros, que puede probarse científicamente que mi punto de vista es el verdadero”.

La pregunta por la justicia tiene, pues, en sí misma, un fundamento suficiente, derivado de la necesidad de enjuiciamiento crítico y de valoración que el hombre admite frente a todo derecho, necesidad ésta que, por lo demás, no es de menor entidad que el menester de conocimiento que frente al mismo derecho el hombre reconoce también como tarea ineludible. La racionalidad de esta

pregunta, en el sentido de ser ella plausible y de poseer un determinado fundamento, no puede verse afectada por la circunstancia de que tal vez no resulte luego posible, entre las diversas contestaciones a que conduce la correspondiente investigación, la preferencia racional de una de estas respuestas sobre las restantes.

Quinto. Esa misma circunstancia, esto es, la posibilidad de que los valores absolutos puedan resultar inaccesibles al conocimiento, lo cual quiere decir, por su parte, que todo hombre puede valorar y poseer convicciones estimativas aunque nadie se encuentre en situación de demostrar por métodos racionales que una determinada de estas convicciones debe ser tenida como la única verdadera, hace aconsejable, en el terreno de la organización política, la adopción de un régimen que garantice la libre concurrencia de todas las opiniones, con el fin de que la inteligencia y la voluntad de los hombres puedan escoger las que estimen más convenientes, y con el fin, también, de que, a través del procedimiento de concurrencia y discusión de esas mismas opiniones, pueda tener lugar alguna suerte de compensación de los puntos de vista opuestos. Esta opción, desde luego, no es otra que la democracia, puesto que al conceder ésta igual estima a las ideas y convicciones de cada individuo, establece la base objetiva y necesaria para favorecer y garantizar debidamente la libre concurrencia de las opiniones y el consiguiente debate que, por su parte, prelude o anticipa la búsqueda y adopción razonadas del punto de vista que resulte más aconsejable.

Por lo tanto, el relativismo en punto al conocimiento de valores absolutos, conduce naturalmente a la tolerancia, y ésta, por su parte, a la democracia, lo cual quiere decir que todas las opiniones y doctrinas políticas, impedidas de presentarse como verdades absolutas, tienen necesariamente que coexistir y manifestarse dentro de un cuadro de idénticas posibilidades, con la voluntad consiguiente –como apunta Radbruch– de “otorgar el poder a toda convicción que haya podido ganar para sí la mayoría”, aunque esta última deba proceder, por aplicación del mismo principio democrático, con respeto y protección de la o las opiniones de minoría. Precisamente, la presencia y protección de las minorías constituye una exigencia que se corresponde muy



bien con el carácter transaccional que posee el modo de operar de toda auténtica democracia, establecido que esta forma de gobierno presupone la representatividad de todos los intereses en juego y la búsqueda, por medio de la controversia y el pacto, de soluciones de compromiso que, al venir acordadas con la participación más o menos activa e influyente de todos los grupos, crean en la comunidad lo que Kelsen ha referido como una cierta “predisposición a la obediencia”.

“Lo que acarrea el desorden –recuerda el propio Kelsen en la parte final de su conocido trabajo titulado *¿Qué es justicia?*– es la intolerancia, no la tolerancia. Si la democracia es una forma justa de gobierno, lo es porque supone la libertad, y la libertad significa tolerancia. Cuando la democracia deja de ser tolerante, deja de ser democracia”.

Sexto. Por lo mismo, inmersos en una multiplicidad y diversidad de ideales de justicia que no es posible compatibilizar entre sí, y que, más aún, se contradicen a menudo abiertamente unos a otros, con el entorpecimiento adicional de que podamos estimarnos desprovistos de los medios necesarios para llevar a cabo una elección confiable al interior de ese ámbito tan vasto como heterogéneo, lo cierto es, en todo caso, que siempre tendrá algún sentido la mantención de la pregunta por la justicia, al menos ese mínimo sentido que cabe continuar atribuyendo a toda tarea, aunque infructuosa, a la que, no obstante, sentimos concernir de alguna manera a esa zona de las inclinaciones y más profundas e irrenunciables del espíritu humano.

Séptimo. Finalmente es conveniente dejar establecido que el *absolutismo* y el *relativismo* valorativos, o, si se prefiere, el *cognotivismo* y el *no cognotivismo* éticos –tal como fue presentado a propósito del contraste entre las posiciones de Del Vecchio y de Kelsen– no constituyen las únicas alternativas posibles –en nuestra opinión– cuando se trata de establecer las diferentes actitudes o temperamentos que una persona pueda adoptar frente a la cuestión de la posibilidad o imposibilidad de fundar racionalmente nuestros juicios de valor, y, en particular, los juicios que podemos emitir en nombre de ese valor que denominamos “justicia”. Tales actitudes o temperamentos morales son los que señalamos antes

en este libro, en esa suerte de taxonomía de temperamentos morales que va desde los indiferentes a los fanáticos.

Retomando, por último, el contrapunto entre Kelsen y Del Vecchio, podría decirse, en el marco de dicha taxonomía, que este último es un *absolutista*, o acaso tan sólo un *falible*, mientras que Kelsen es antes un *escéptico* que un *relativista*.

Si se revisa el texto central de Kelsen sobre la materia –su libro *¿Qué es justicia?*–, puede comprobarse que el jurista vienés se considera a sí mismo un relativista, puesto que se declara partidario de lo que él mismo llama “filosofía relativista”, a la que describe como aquella que afirma que no existe un único sistema moral, sino varios, de modo que cada cual tiene que escoger entre ellos sin excluir a ninguno en nombre de la verdad del punto de vista escogido. “Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado –escribe el autor– es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre”.

Con todo, si nos atenemos a la caracterización que hicimos por nuestra parte de los *relativistas* y de los *escépticos*, Kelsen es más lo segundo que lo primero, puesto que, inmediatamente después de declarar lo antes señalado, hace una opción moral explícita a favor de determinados valores –en los que dice creer y a favor de los cuales ofrece una determinada argumentación–, aunque reconoce que no puede presentar tales valores como si fueran absolutos, esto es, evidentes y excluyentes de valores contrarios. Tales valores se relacionan con la tolerancia, la libertad de pensamiento, la paz y la democracia como forma de gobierno.

Para llegar a esa conclusión, Kelsen, hacia el final de *¿Qué es justicia?*, se pregunta si acaso la filosofía relativista que él define bajo ese nombre es necesariamente amoral, o incluso inmoral, y si acaso su relativismo es incompatible con la toma de posición y la responsabilidad en el terreno moral.

El autor responde negativamente a ambas preguntas y sostiene, con un rotundo “¡Cómo no!”, que el relativismo que él dice profesar es compatible con la responsabilidad moral.



Dice: “El punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y que hay que escoger entre ellos. De este modo, el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno, o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan el tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer una orden superior que ser moralmente responsable de uno mismo. Una de las razones más poderosas para oponerse apasionadamente al relativismo es el temor a la responsabilidad personal. Se rechaza el relativismo y, todavía peor, se le interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente, sino porque lo es demasiado”.

Al hilo de tales reflexiones, en consecuencia, puede entenderse que Kelsen concluya su libro *¿Qué es justicia?* con el siguiente párrafo: “He empezado este ensayo preguntándome qué es la justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Lo único que puede salvarme aquí es la compañía. Habría sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado. Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante de mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la de la democracia, la de la tolerancia”.

Una de las características más sobresalientes de las sociedades libres, esto es, de aquellas sociedades que garantizan de manera efectiva libertades tales como la de pensamiento y expresión, así como las de reunión y asociación entre individuos afines en ideas y aspiraciones, está constituida por la multiplicidad y variedad de sistemas o de concepciones morales y, en particular, por la

multiplicidad y variedad de sistemas o de concepciones acerca de la justicia.

A un fenómeno como ese podemos llamarlo “pluralidad”, para aludir con esta palabra al *hecho* de existir en toda sociedad libre una multiplicidad y variedad en las ideas que se tienen acerca del bien y, en lo que ahora nos interesa, acerca de ese bien social que llamamos “justicia”. Pero al simple hecho de la pluralidad se ha venido sumando en cada vez mayor medida esa *actitud* del espíritu humano que consiste en dar valor a la “pluralidad”, es decir, la actitud que ve en la pluralidad un bien y no un mal o una amenaza. A su vez, el pluralismo, de la manera como acabamos de definirlo, ha traído consigo una expansión de la *virtud* de la tolerancia, consistente esta última en una práctica de aceptación de todas las ideas y en el convencimiento de que ninguna de ellas puede ser suprimida.

De este modo, la pluralidad, que es un *hecho*, alienta el pluralismo, que es una *actitud* frente a ese hecho, en tanto que el pluralismo ha facilitado la entronización de la tolerancia, que es, por su parte, una *virtud*.

Un proceso como ese es en verdad muy reciente en el mundo occidental. Como señala Isaiah Berlin, “la noción de que una pregunta puede tener dos facetas, de que puede haber dos o más respuestas incompatibles, cualquiera de las cuales puede ser aceptada por hombres honestos y racionales, es muy reciente”, y contrasta con la vieja idea de que “la verdad es una y el error múltiple”, idea esta última que hasta épocas históricas no muy lejanas solía sumarse a la de que el error no tiene derechos, con lo cual se quería decir que quienes no suscribían la verdad única no podían legítimamente tener, ni menos expresar, difundir y enseñar, los puntos de vista contrarios a dicha verdad.

Una cada vez mayor conciencia acerca de la imposibilidad de dar respuestas únicas y finales a las preguntas morales y políticas –y, en definitiva, a toda pregunta sobre valores–, unida al hecho de que las respuestas que da la gente son muchas veces incompatibles entre sí, ha traído consigo una actitud propicia no sólo a la tolerancia, sino a la deliberada y consciente búsqueda de compromisos y acuerdos que permitan dar algún tipo de solución a los conflictos sociales más destructivos.



De ese modo ha podido transitarse desde una *tolerancia pasiva*, entendida como una mera aceptación resignada de los puntos de vista distintos u opuestos al propio, a una *tolerancia activa*, entendida esta última como la disposición a buscar a quienes suscriben esos puntos de vista diferentes, a entrar en diálogo con ellos, a escuchar las razones que puedan ofrecer a favor de sus posiciones, y a dejarnos influenciar por esas razones con miras a modificar nuestros propios puntos de vista o, cuando menos, con miras a adoptar algún tipo de acuerdo o compromiso que todos o la mayoría puedan compartir.

Sobre el particular, Berlin es del parecer que algunos valores últimos según los cuales viven los hombres no pueden conciliarse por completo, ni tampoco, cambiarse simplemente unos por otros, aunque “no ya por razones políticas, sino en principio, conceptualmente”. Así, no se podrían combinar, por ejemplo, la libertad plena con la igualdad plena, ni la justicia absoluta con la piedad permanente, ni el conocimiento con la felicidad. Y como ciertos valores humanos no pueden combinarse, porque son incompatibles, no queda más alternativa que elegir, una acción que puede ser muy dolorosa, sostiene Berlin, aunque elegir no significa aquí destronar uno de esos valores en nombre del otro con el cual entra en conflicto, sino equilibrar ambos valores de algún modo. De esta manera, si las colisiones entre valores no pueden evitarse, sí pueden suavizarse, lo cual requiere la búsqueda de acuerdos en cada situación concreta en que la colisión se produzca

Pero si bien entre los valores humanos últimos la elección es inevitable, lo cual quiere decir que no hay manera de evitar la elección, es preciso cuidar que las elecciones, vistas desde una perspectiva social, no resulten demasiado dolorosas. Esto último, como sugiere siempre Berlin, significa que “necesitamos un sistema que permita perseguir diversos valores, de modo que, en lo posible, no surjan situaciones que obliguen a los hombres a hacer cosas contrarias a sus convicciones morales más hondas”.

Y concluye Berlin con lo siguiente: “En una sociedad liberal de tipo pluralista no se pueden eludir los compromisos; hay que lograrlos; negociando es posible evitar lo peor. Tanto de esto por tanto de aquello. ¿Cuánta igualdad por cuánta libertad? ¿Cuánta

justicia con cuánta compasión? ¿Cuánta benevolencia por cuánta verdad?”.

La posibilidad de buscar conjuntamente diversos valores, en especial cuando dos de ellos pueden colisionar a partir de cierto punto –como es bien visible en el caso de la libertad y de la igualdad, como también en el del orden y la libertad–, conlleva la idea de que ninguno de los valores en conflicto podrá nunca realizarse completamente, de modo que jamás tendremos una sociedad que pudiéramos considerar perfecta. Por lo demás, los que creen en sociedades perfectas consideran que ningún sacrificio es excesivo para conseguirlas, de modo que hasta la violencia y el derramamiento de sangre se justifican a veces como el precio que hay que pagar para conseguir sociedades semejantes.

Toda fe fanática en la posibilidad de una solución final perfecta –como advierte nuevamente Berlin– suele recordarnos que “no es posible hacer una tortilla sin romper huevos”. El problema aparece, sin embargo, cuando se continúa rompiendo huevos en forma indefinida sin que aparezca propiamente ninguna tortilla, o, lo que es peor, cuando lo que se rompen no son ya huevos, sino cabezas.

Por último, conviene decir que la democracia como forma de gobierno de la sociedad, que, como dice Bobbio, importa la sustitución del tiro de gracia del vencedor sobre el vencido por el voto, tiene, entre otras ventajas –tal como han puesto de manifiesto autores como Kelsen, Popper, Ross y el propio Bobbio– que hace posible la concurrencia de los distintos puntos de vista acerca de la justicia y de lo que debe hacer el gobierno para alcanzarla, y crea las condiciones para el diálogo, la compensación y la transacción entre puntos de vista opuestos.

Los partidarios de una sociedad perfecta –cree Popper– no serán nunca partidarios de la democracia, puesto que la democracia sólo permite instaurar sociedades imperfectas, desde el momento que ella consiste únicamente en elegir el mal menor y en sustituir gobernantes ineptos sin derramamiento de sangre.

“Hay dictaduras perfectas –recuerda por su parte Mario Vargas Llosa–, aunque las democracias sólo pueden ser imperfectas”.



Anticipo de algunas concepciones de la justicia. Ahondando un tanto más en la justicia, en la justicia como fin del derecho y no como virtud o hábito de bien que los individuos pueden practicar y llegar a adquirir mediante la reiteración de actos justos, conviene recordar la distinción que hemos hecho entre *concepto* y *concepciones* de la justicia, o, como hace Bobbio, entre el *concepto de justicia*, o sea, qué entender por ésta; *fenomenología de la justicia*, que describe cuáles doctrinas o puntos de vista sobre lo justo inspiran o han inspirado de hecho a uno o más derechos determinados; e *ideologías de la justicia*, es decir, los distintos criterios de justicia que sirven para orientar y también para evaluar al derecho como justo o injusto, y, más ampliamente, para conseguir una sociedad justa, independientemente de que esos criterios hayan tenido éxito en inspirar al derecho y ser efectivamente considerados en las políticas o en cualquier otro género de decisiones públicas orientadas a establecer una sociedad justa. Una distinción que recordamos para advertir que *concepciones* de la justicia es lo mismo que *ideologías* de la justicia. En consecuencia, *concepciones* de la justicia, en especial tratándose de las que explicaremos más adelante, tienen que ver por cierto con la justicia como fin del derecho, pero, más ampliamente aún, conciernen a las prácticas y a las condiciones de vida en la sociedad, a lo que debería hacerse no sólo para tener un *derecho justo*, o más justo, sino una *sociedad justa*, o progresivamente más justa, a cuya realización, por cierto, un derecho justo o más justo puede colaborar de manera decisiva, puesto que las concepciones de la justicia se plasman en decisiones normativas de autoridades y órganos encargados de la producción del derecho. No descartamos tampoco que en el caso de algunas de sus concepciones la justicia aparece también como práctica individual, como idea acerca de lo que deben ser nuestras relaciones con los demás, aunque lo que prevalecerá en nuestro análisis de las distintas concepciones de la justicia será la justicia como práctica social, como forma de relación de personas que viven en comunidad, y, por tanto, se trata no sólo de un asunto de filosofía jurídica, sino también de filosofía política.

Pues bien, además del problema ya explicado, a saber, si es o no posible en uso de la razón acreditar el mayor valor de una determinada concepción o ideología de la justicia sobre las res-

tantes, está también la cuestión de cuáles son las principales o más conocidas de tales concepciones. Unas concepciones que pueden resultarnos más o menos próximas y atractivas desde un punto de vista teórico, pero que, llevadas al campo de determinados problemas prácticos o concretos, pueden ser fuente de distintas respuestas frente a tales problemas y de diversas posiciones en los debates públicos que se llevan a cabo, por ejemplo, en materia de satisfacción de derechos sociales como la educación, la salud y otros, y, asimismo, en los dilemas que plantean la adopción de la pena de muerte, o la despenalización del aborto en determinadas circunstancias, o la eutanasia, o la lucha contra el hambre y la pobreza en el mundo, todos los cuales plantean cuestiones que consideramos importantes y que dividen fuertemente las opiniones.

Por lo mismo, tiene razón Tom Campbell cuando en su libro *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, constata que “los argumentos sobre la justicia y la injusticia ocupan un lugar central en los debates políticos actuales relativos al derecho, las políticas sociales y la organización económica”, puesto que muchas situaciones –desigualdad en los ingresos y en las oportunidades, disparidad en la distribución de la propiedad, discapacidad, enfermedad y acceso a prestaciones sanitarias, o presión de personas por su raza, género o edad, por ejemplo– son habitualmente “denunciadas no simplemente como malas, sino como injustas”. Entonces, toda teoría de la justicia, o, en el lenguaje que hemos empleado antes, toda concepción o ideología de la justicia, “debería formular los criterios que deberíamos utilizar para identificar qué tipo de situaciones son correctamente descritas como justas o injustas, respondiendo de este modo a la pregunta ¿qué es lo justo?”.

Entendemos como materia propia del curso de Filosofía del Derecho la presentación, análisis y comparación de las distintas concepciones de la justicia. Sin embargo, parece conveniente adelantar alguna información básica sobre la materia.

De partida, Kelsen, en su ya mencionado ensayo *¿Qué es justicia?*, luego de sostener que la justicia es una cualidad posible pero no necesaria de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres, identifica justicia con felicidad social, e indica



que justo, por tanto, “es el orden social que regula la conducta de los hombres de modo satisfactorio para todos, es decir, en el que todos los hombres encuentran en él la felicidad”. Justicia es así felicidad social garantizada por un orden social, una meta que al autor parece imposible, puesto que lo común es que la felicidad individual de las personas se encuentre en contradicción con la de otros individuos que aspiran a bienes que no pueden compartirse porque son únicos (el amor de la misma mujer, por ejemplo, o la designación en un cargo determinado) o porque son escasos (recursos materiales). Entonces, como un orden social no puede satisfacer la subjetiva aspiración a la felicidad de cada individuo, tampoco puede asegurar la felicidad en un sentido objetivo y colectivo, incluso si lo que se busca no es ya la felicidad de todos, sino la del mayor número de personas.

Interesa destacar que Kelsen establece el siguiente paralelo entre libertad y justicia: si existe un impulso hacia la libertad individual que nos lleva a rechazar toda autoridad u organización, sin recibir órdenes más que de nosotros mismos, tal impulso, para hacer posible la vida en sociedad, se transforma o muda en una demanda acerca de que la autoridad u organización que se establezca lo sea con la participación de los propios sujetos que quedarán subordinados a ella. Tal es para Kelsen el origen de la democracia. De manera similar, la idea de justicia como felicidad individual se transforma en la demanda de un orden social que proteja bienes e intereses que la mayoría considere que deban ser protegidos. Pero ¿cuáles son los bienes e intereses que deben ser asegurados y protegidos, establecido que los primeros son escasos y los segundos suelen hallarse en conflicto, y cuál es el orden o la jerarquía que debe ser establecida entre ellos? Para el autor, como sabemos, esas preguntas no tienen una respuesta racional, sino que cada individuo las responde desde su subjetividad, es decir, desde sus propias convicciones, preferencias y emociones, una conclusión que Kelsen cree estar en condiciones de probar examinando luego las fórmulas o criterios generales de justicia que propusieron autores como Platón, Aristóteles, Kant y Marx. Por lo mismo, ese texto de Kelsen puede ser utilizado para presentar, desde la óptica de su autor, las concepciones que acerca de lo justo profesaron esos otros cuatro autores, aunque Kelsen no se muestre de acuer-

do con ninguno de ellos y su sentencia final, como sabemos, sea que nadie puede decir qué es la justicia absoluta –esa que toda la humanidad desearía alcanzar–, y que debemos contentarnos con una justicia relativa –la que cada uno estima como tal–, una justicia relativa que, en el caso de Kelsen, según él mismo declara, encarna en los valores, instituciones o virtudes de la libertad, la paz, la democracia y la tolerancia. Por lo mismo, no es que un autor como Kelsen no profese determinados valores, o, peor aún, que no crea en absoluto en éstos. Lo que ocurre es algo distinto: Kelsen cree que hay valores, profesa algunos, aunque reconociendo que lo hace desde sus propias convicciones, preferencias e intereses, vinculados en su caso al cultivo de la ciencia, y declara que los valores no son ni objetivos ni absolutos y que tampoco es posible introducir entre ellos un orden o jerarquía con validez universal. Como él mismo escribe a este respecto, “el punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino que hay varios, y que hay que escoger entre ellos. De este modo el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí mismo qué es bueno y qué es malo”. Por tanto, el relativismo no es “poco exigente moralmente”, sino que es “demasiado exigente”.

Por lo mismo, y como queda claro en el acápite VI de su libro *¿Qué es justicia*, Kelsen no puede estar de acuerdo con Kant, y no sólo porque este segundo autor proponga un imperativo categórico para regirse en los asuntos morales –compórtate de modo tal que la máxima que guía tu conducta pueda ser transformada en ley universal–, sino porque de un enunciado como ese no podrían derivarse preceptos concretos de justicia que orientaran con claridad el comportamiento de las personas. Se trataría, según Kelsen, de una fórmula vacía, tanto como aquella que en materia de justicia ordena dar a cada uno lo suyo, precisamente porque de fórmulas como esas, que a veces son presentadas como reglas de oro que todos deberíamos adoptar y aplicar, no es posible derivar guías concretas de acción que sean obligatorias para todos los hombres, incluidos aquellos que en condición de legisladores o jueces adoptan decisiones normativas de las que se espera sean justas.



En una línea de pensamiento similar a la de Kelsen se sitúa ALF ROSS, aunque su posición resulta algo más radical que la del jurista austriaco. Para Ross, la justicia es una idea clara y simple, como también recurrente, que está dotada de una poderosa fuerza motivadora. Por todas partes –explica– “parece haber una comprensión instintiva de las demandas de justicia”, y “hasta los niños de pocos años apelan ya a la justicia si uno de ellos recibe un trozo de manzana más grande que los otros”. De esta manera, “el poder de la justicia es grande, y luchar por ella es algo que fortalece y excita” a las personas, puesto que tiene que ver con la igualdad.

Como fin del derecho, cree Ross, la justicia “delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en conflicto en la vida social de la comunidad”, y, por tanto, “ella equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas y cargas” que ofrece e impone la vida en común.

Respecto ahora de las concepciones de la justicia, esto es, de las respuestas que se han dado y continúan dando a la pregunta que inquiera acerca de cómo efectuar ese reparto, considera Ross que todas responden a reacciones emocionales de las personas. Así, por ejemplo, cuando alguien afirma que una norma jurídica es injusta no expresa ninguna cualidad discernible en ella, de manera que si una persona exclama: “Estoy en contra de esta regla porque es injusta”, lo que debería decir es “Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella”.

De allí que, al no constituir materia de discusión racional, Ross, en una de sus frases más conocidas y polémicas, sostiene que “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa”, o sea, se trataría de una mera expresión emocional y no argumental.

Por la inversa, las palabras “justa” o “injusta” tienen sentido para Ross únicamente cuando se usan para calificar la decisión tomada por un juez o por cualquier autoridad que deba aplicar un conjunto determinado de normas. Esa decisión será justa si ha sido adoptada en conformidad con las normas del ordenamiento jurídico de que se trate, y no lo será en caso contrario. Por lo mismo, justicia “es la aplicación correcta de una norma como opuesta a la arbitrariedad”. Lo que no resulta posible, sin embargo, es predicar justicia o injusticia de una norma jurídica

general, o de un ordenamiento en su conjunto, puesto que no hay manera de establecer un criterio de exigencia objetivo respecto del contenido de la norma o del orden de que se trate, y ello porque la justicia no puede constituir un criterio último para juzgar una norma. Cuando de una norma o de un ordenamiento se afirma que son “justos”, o que son “injustos”, no se procede entonces sobre la base de una pauta o criterio que posea validez superior de carácter absoluto, sino que se trata de la mera expresión de un cierto interés que puede hallarse en conflicto con intereses opuestos. “La ideología de la justicia –concluye Ross– es una actitud militante de tipo biológico-emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses”.

Ross lleva también a cabo una crítica a la concepción kantiana de la justicia, a la que considera formalista y circular. Pero tratándose de Kant, y en especial a propósito de un tema como éste, no podemos quedarnos sólo con los juicios reprobatorios de Kelsen y de Ross, puesto que la contribución a la ética del filósofo alemán, amén de resultar digna de ser explicada más allá del imperativo categórico recordado y criticado por Kelsen, influyó en alguna medida, tal como tendremos oportunidad de ver más adelante, en concepciones de la justicia de importantes autores contemporáneos, tales como John Rawls y Jürgen Habermas.

KANT advierte que disponemos tanto de una *razón teórica* como una *razón práctica*. La primera es la que permite nuestros razonamientos teóricos, que son aquellos que nos permiten aumentar nuestros conocimientos, mientras que la segunda permite el razonamiento práctico, es decir, aquel que nos permite encontrar y argumentar el fundamento de nuestra conducta, y, más concretamente, la justificación de las preferencias, decisiones y cursos de acción que adoptamos en nuestra vida. Por otra parte, de la razón teórica y del razonamiento del mismo tipo se ocupa la *filosofía teórica*, y de la razón y del razonamiento práctico lo hace la *filosofía práctica*.

En materia de comportamientos humanos, así como de las pautas que prescriben como deben ser ellos, Kant distingue entre legislación *moral* y legislación *jurídica*. La primera es la que hace de una acción un deber, y de ese mismo deber, a la vez, el móvil



de la acción; en cambio, la segunda, junto con hacer también de ciertas acciones un deber, admite móviles distintos de la idea misma de deber, incluido, por cierto, el temor a las sanciones. Por lo mismo –y en palabras del propio Kant–, el derecho es “una legislación que coacciona”, mientras que la moral constituye un “reclamo que atrae”.

Es de esa manera como Kant distingue entre derecho y moral, reparando también en que, debido a la *exterioridad* del primero y a la *interioridad* de la segunda, la legalidad o ilegalidad de una conducta se mide por su concordancia o discrepancia con lo dispuesto por el derecho, mientras que la moralidad o la inmoralidad de una acción se evalúa sobre la base de examinar si el móvil de ella está o no de acuerdo con la moral.

Es pues la idea de deber la que ocupa el lugar principal en la teoría jurídica y en la teoría moral de este autor; en el caso del derecho, deber de comportarse conforme lo dispone la norma, independientemente del motivo que se tenga para ello; y, en el caso de la moral, deber de comportarse conforme a la norma, pero sin otro motivo que la aceptación de ésta, y, más aún, la adhesión e incluso el amor que la norma nos produce. Como escribe Kant, toda acción reconoce una motivación para llevarla a cabo, y “cuando esa motivación es tomada de la coacción, la necesidad de la acción es jurídica; pero si es tomada de la bondad intrínseca de la acción, entonces la necesidad es ética”. Y ejemplifica: “quien salda una deuda no es ya por ello un hombre honrado, pues puede hacerlo por miedo al castigo” o –agregaríamos por nuestra parte– por temor a perder el prestigio o el crédito de que goza en la sociedad. Quien procede de esa manera –sigue Kant– “es sin duda un buen ciudadano cuya acción observa una *rectitud jurídica*, mas no *ética*; por el contrario, si actúa por motivo de la bondad intrínseca de la acción, su talante es moral y observa una *rectitud ética*”. El derecho exige actuar conforme al deber, nada más, en tanto que la moral, que también demanda actuar conforme al deber, demanda todavía más: hacerlo por el deber. Por lo mismo, en el ámbito de la moral se puede conseguir *premio*, mas no buscar *retribución*. Esto quiere decir que, situados en el terreno moral, podemos obtener un bien aunque no haya sido la búsqueda de éste el motivo de nuestra acción (por ejemplo, la felicidad), pero

lo que no debemos hacer, por un lado, es que las acciones morales se lleven a cabo con miras a conseguir una recompensa, y, por otro, a que se las ejecute creyendo que por ello quedamos en situación de exigir a otro una retribución de cualquier tipo. Como escribe el mismo Kant, “el hombre puede esperar ser feliz”, como resultado de sus buenas acciones morales, “pero esa esperanza no ha de motivarle, sino tan solo confortarle”, o, puesto por él de otra manera, “aquel que vive moralmente puede esperar ser recompensado por ello, pero no debe dejarse motivar por ello”. Así las cosas, la felicidad por las buenas acciones morales no se encuentra en la raíz de éstas, impulsándolas a ser realizadas, sino algo que simplemente se añade a la ejecución de tales acciones. Actuando según la moral *se obtiene*, pero no *se busca*, esa tranquilidad del alma en que consiste la felicidad según la antigua ética de los estoicos que Kant retoma en la modernidad.

El principio moral supremo que propone Kant, al modo de un imperativo categórico, es éste: “obra de tal modo que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley universal”. Las máximas de las acciones se consideran “principios subjetivos”, algo así como móviles o motivos, de manera que para que una conducta sea moral, se requiere que la máxima que la guía valga universalmente, para todos, y no sólo para el sujeto que ejecuta la acción del caso.

Los sujetos son autónomos, en el sentido de dueños de sí mismos y responsables por tanto de todas sus acciones, puesto que las máximas que guían a éstas son asumidas por los individuos y no coaccionados a ellas en forma externa. La máxima de la acción debe ser universalizable, esto es, ser susceptible de ser reconocida como buena no sólo por el sujeto que realiza la acción. Con todo, del imperativo categórico propuesto por Kant no se derivan directamente preceptos morales concretos, por ejemplo, pautas acerca de lo que es justo.

Por lo mismo, vale la siguiente caracterización de la moral kantiana que debemos a Osvaldo Guariglia: concentración en la *obligación moral* como fenómeno básico; procedimiento de *universalización* de la máxima de la acción como criterio por antonomasia de lo moral; *irrelevancia* del contenido material de las acciones (valores históricos, tradición, costumbres, etc.) para



la determinación del carácter moral o inmoral de las mismas, es decir, lo que comúnmente se entiende por *formalismo*; y, por último, primacía del concepto de *persona autónoma* como un concepto normativo central.

Refiriéndose ahora en particular al derecho, considera Kant que los juristas pueden indicar *qué es derecho*, o sea, “lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado”, aunque deben preguntarse también si lo establecido como derecho “es también justo” y, por lo mismo, han de disponer de un “criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto”. Una doctrina jurídica únicamente empírica, esto es, que se limita a verificar qué rige o ha regido como derecho en un lugar y tiempo dados, sin inquirir sobre la justicia de ese derecho, “es como la cabeza de madera en la fábula de Fedro: una cabeza que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso”.

Al señalar qué es *el* derecho, no qué es derecho en un lugar y tiempo dados, Kant lo define como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”, entendiéndose por “arbitrio” una facultad determinable e individual referida a la acción y de la cual proceden las máximas de ésta, y entendiéndose la libertad en su sentido positivo, esto es, no como mera ausencia de impedimentos o restricciones (libertad negativa), sino como autodeterminación de los sujetos. Por lo mismo –afirma enseguida–, “una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”.

Tal es presentado por Kant como el “principio universal de derecho”, como aquel que ha de regir todas las máximas de las conductas en el campo jurídico.

Respecto ahora de los deberes jurídicos, Kant sigue la conocida fórmula de Ulpiano –vivir honestamente, no dañar a nadie, y dar a cada uno lo suyo–, aunque retocándola y confiriéndole un sentido más preciso. Así, para el filósofo alemán, la *honestidad* jurídica consiste en afirmar el propio valor como hombre en la relación con otro u otros hombres, sin convertirse en un simple medio para los demás, y tratando a la vez a éstos como fines y

no como medios. Por su parte, el imperativo de *no dañar a nadie* debe ser observado aun en el caso de que para ello deba el sujeto desprenderse de toda relación con otro y evitar incluso la vida en sociedad. Y en cuanto a *dar a cada uno lo suyo*, parece a Kant un despropósito, “porque no puede darse a nadie lo que ya tiene”, de manera que para que un enunciado como ese pueda cobrar sentido, es preciso reformularlo de la siguiente manera: “Entra en sociedad con otros de manera tal que pueda asegurarse a cada uno lo suyo frente a los demás”.

Respecto de la primera de las tres dimensiones del principio antes señalado –vivir honestamente–, el postulado de tratar a las personas como fines, no como medios, puede ser colocado en los siguientes planos: significa, en primer lugar, considerar que los seres humanos no están a nuestra disposición para hacer con ellos lo que nos plazca o lo que mejor sirva a nuestros propósitos, es decir, que las personas deben ser tratadas no como objetos, sino como sujetos, no como algo disponible, sino como seres libres. En segundo lugar, significa admitir que cada individuo es capaz de adoptar sus propios fines, de manera que ya nadie es pupilo de otro y que todos, como sujetos autónomos, hacen del libre pensar no sólo una inclinación, sino una práctica. Seguidamente, tratar a otro como un fin implica también que nadie debe subordinar los fines de otro a sus propios fines. Por último, significa que es preciso respetar los fines de los demás como si se tratara de nuestros propios fines. Y si el fin supremo que cada cual se propone alcanzar es la felicidad –felicidad que no depende de la ocurrencia de un solo momento feliz, del mismo modo que una golondrina no hace verano–, es preciso permitir que cada individuo escoja su propio verano y que vuele hacia él sin interferencias de los demás, contando con que éstos serán capaces de apreciar ese vuelo ajeno como si se tratara de su propio vuelo. Todo lo cual equivale a pasar del mero respeto a eso que Kant llama la “amabilidad moral” que ata los corazones de los hombres.

En materia de derecho, Kant distingue entre *derecho natural*, el cual “sólo se basa en principios *a priori*”, y *derecho positivo*, “que procede de la voluntad del legislador”, y, asimismo, en cuanto ahora a los derechos, como facultades, diferencia los *innatos* y los *adquiridos*, donde los primeros son los que corresponden a cada



uno por naturaleza, con independencia de todo acto jurídico, y los segundos aquellos para los que se requiere un acto de este tipo.

Concerniente nuevamente a los deberes jurídicos, que son correlativos a los derechos de los demás (como lo es el de Juan de pagar el precio de la cosa que compró a Pedro respecto del derecho de éste a percibir el precio), Kant se anota un buen punto cuando antepone el cumplimiento de las obligaciones jurídicas a los imperativos que puedan provenir de la bondad o generosidad de las personas. Así, escribe, “todas las acciones y obligaciones que se basan en el derecho ajeno suponen los principales deberes para con los demás”, y “cualquier acción benévola sólo tiene cabida en tanto que no atente contra el derecho de otra persona (o que tampoco pretenda sustituir ese derecho, agregaríamos por nuestra cuenta), ya que de lo contrario no se verá moralmente autorizada”. De este modo, carece de valor moral la caridad que hace un empleador con la familia de sus trabajadores si no paga a éstos sus salarios ni entera las correspondientes cotizaciones previsionales o de salud, o, por utilizar ejemplos del propio Kant, “no puedo salvar a una familia de la miseria y dejar luego deudas al morir” ni “echar una mano a quien se halla en la indigencia por haber sido despojado previamente de sus pertenencias”. En casos como ese –sostiene el autor–, “la benevolencia supone una execrecencia”, de manera que “aquel que no lleva a cabo acción benevolente alguna, pero tampoco ha lesionado nunca el derecho de los demás, siempre puede ser tenido por justo”; en cambio, “quien ha practicado buenas obras durante toda su vida, pero ha zaherido el derecho de un solo hombre, no podrá borrar esta inequidad con todas sus caridades”.

En consecuencia, “nada más sagrado que el derecho del prójimo” –afirma Kant–, y, nada, por lo tanto, más urgente e insoslayable que el cumplimiento de los deberes correlativos de ese derecho, de manera que –utilizando aquí el llamado que popularizaría Dworkin siglos más tarde– si hemos de tomarnos los derechos en serio, hemos también de tomarnos los deberes en serio, puesto que tomarse en serio éstos es la manera más eficaz de demostrar que lo hacemos con aquéllos.

Imposible abandonar este examen de Kant sin aludir a su idea de un derecho cosmopolita, tomada y desarrollada en nuestro

tiempo por autores como John Rawls y Jürgen Habermas, cuyas concepciones de la justicia presentaremos más adelante.

Kant, como se sabe, propicia lo que él denomina “una comunidad pacífica perpetua de todos los pueblos de la tierra”, lo cual considera un principio antes del derecho que de la moral. Anticipándose al tipo de reflexiones que se hacen hoy acerca de la globalización, Kant constata que “la naturaleza ha encerrado a todos los hombres juntos por medio de la forma redonda que ha dado a su domicilio común (*globus terraqueus*) en un espacio determinado. Y como la posesión del suelo sobre el cual está llamado a vivir el habitante de la tierra no puede concebirse más que como la posesión de una parte de un todo determinado, por consiguiente, de una parte sobre la cual cada uno de ellos tiene un derecho primitivo, todos los pueblos están *originariamente* en comunidad del suelo; no en comunidad *jurídica* de la posesión (*communio*), y por tanto de uso o de propiedad de este suelo, sino en *reciprocidad de acción* (*commercium*) física posible, es decir, en una relación universal de uno solo con todos los demás”. Y agrega “este derecho, como la unión posible de todos los pueblos, con relación a ciertas leyes universales de su comercio posible, puede llamarse *derecho cosmopolítico* (*Jus cosmopoliticum*)”.

Para Kant, ese derecho no es otro que el de “ensayar la sociedad con todos y de recorrer con este intento todos los países de la tierra”, aun cuando “no haya derecho a establecerse en el territorio de otra nación más que mediante un contrato particular”. Con todo, ese derecho a la paz perpetua, ese derecho a constituir una sociedad de naciones por medio de un derecho cosmopolita, tiene que progresar por medio de fórmulas consensuales y no ser impuesto por medio de la fuerza, evitando de ese modo “la mancha de la injusticia de los medios empleados para su ejecución”.

Para conseguir lo anterior es preciso admitir, al modo de un “veto irresistible”, el mandato *no debe haber ninguna guerra*. Ninguna guerra entre individuos, pero tampoco entre pueblos, precisándose una suerte de “tratado de paz universal y duradero”, que constituiría no ya una parte del derecho, sino “todo el fin”, de éste. Por consiguiente –continúa razonando Kant–, no se trata de saber si la paz perpetua es o no posible en la realidad,



sino de proceder como si este supuesto, aunque pueda no realizarse, debiera no obstante intentar realizarse. Avanzar hacia un tratado semejante y a fórmulas de creciente gobierno mundial es algo que puede efectuarse –según escribe Kant– “por medio de una reforma lenta, insensible, y según principios firmes”, hasta “conducir a la paz perpetua por medio de una aproximación perpetua al soberano bien político”. Y como si se tratara de un autor que escribiera en el siglo XX, Kant dice que para alcanzar una “federación cosmopolita”, la cual constituiría “un notable avance del género humano”, no cabe esperar mucho “por parte de los príncipes, quienes gobiernan caprichosamente y a su antojo, al no tener ascendiente alguno sobre ellos la idea del derecho, de manera que “no existe otro camino que la educación”.

Es cierto que hoy casi no existen los príncipes y que gobernantes democráticamente elegidos, pero que también ejercen y procuran incrementar y conservar su poder con sujeción a las reglas de la democracia que ponen límite al poder y permiten la alternancia en éste, no gobiernan caprichosamente y a su antojo, sino con sujeción al derecho interno, al derecho internacional e, incluso, a las incipientes expresiones que hemos alcanzado en materia de un derecho supranacional. Con todo, hay que confiar en las instituciones educativas –como propone Kant–, puesto que “representan una pequeña y cálida esperanza en este sentido”.

Tomando pie de algo de lo que Kelsen expresa acerca de la justicia, el utilitarismo, encarnado principalmente en la figura de JEREMY BENTHAM, es una de las concepciones de la justicia, en concreto aquella que considera que ésta equivale no al bienestar de cada individuo, sino al del mayor número de ellos, de manera que una institución será justa, o una política pública, o una ley, si de ellas puede decirse que benefician o producen bienestar al mayor número de personas de la sociedad de que se trate. De esta manera, el criterio moral básico es el de la utilidad o beneficio máximo, hasta el punto de que, por lo mismo, deliberar en una situación social cualquiera acerca de qué es lo justo se reduce a calcular lo que produzca la mayor felicidad para el también mayor número de personas. Esto trae como consecuencia, como señala Alejandra Zúñiga, que el utilitarismo tome “como objeto

de evaluación moral no las acciones de los individuos, sino los estados de cosas”: son éstos los que tienen un valor intrínseco, “mientras que las acciones que los propician o evitan sólo cuentan con un valor meramente instrumental”, lo cual quiere decir que su moralidad depende de cuánto contribuyan o no a la felicidad colectiva. Es por eso que el propio Bentham se pregunta “entre dos modos de obrar opuestos, ¿queréis saber a cuál de ellos debéis dar la preferencia? Calculad los efectos buenos o malos, y decidíos a favor del que promete la suma mayor de felicidad”.

Pasando ahora al libertarismo, que es el nombre para la teoría de la justicia de ROBERT NOZICK, el punto de partida son los derechos de las personas, de manera que justicia es lo que respeta tales derechos y proporciona soluciones que eviten que ellos sean vulnerados.

Para Nozick los derechos son títulos que podemos exigir plenamente y no gracias a concesiones que dependan del Estado o de las personas con quienes nos relacionamos. Tales derechos, en especial los que se relacionan con la propiedad, con la vida y con la libertad, son anteriores al Estado e independientes de los sistemas sociales y políticos que puedan existir en un lugar y tiempo dados. Se trata, en consecuencia, de derechos naturales permanentes e inalterables, de manera que el papel del Estado, si quiere éste ser calificado de justo, se reduce a reconocer esos derechos y, sobre todo, a defenderlos, lo cual conduce a la tesis del Estado mínimo, cuyo papel es meramente vigilar la intangibilidad de los derechos y no realizar servicios ni prestaciones sociales que puedan lesionarlos. En expresión del propio Nozick, el Estado es sólo una “agencia protectora” que respalda el cumplimiento eficaz de los contratos que celebran los individuos y protege a éstos del uso ilegítimo de la fuerza que pueda arrebatarles la vida y del robo o el fraude que pueda privarlos de su propiedad. Como comenta Alejandra Zúñiga, cualquier objetivo ulterior que el Estado se proponga, por ejemplo, la garantía, por medio de mecanismos de distribución de la renta, de ciertos derechos entre los que se incluiría la asistencia sanitaria u otros de los así llamados derechos sociales, “supondría un uso ilegítimo de la fuerza violando el derecho de las personas a no ser obligados a hacer ciertas cosas contra su voluntad”.



En consecuencia, si para el utilitarismo la justicia tiene que ver con *beneficios*, y, sobre todo, con beneficios *sociales*, para el libertarismo tiene que ver con derechos, y, especialmente, con derechos *personales*.

Tiene razón Tom Campbell cuando repara en que la violación de los derechos es citada como un ejemplo común o habitual de injusticia y que, por lo tanto, no es sorprendente que se hagan intentos por presentar y analizar la justicia sólo en términos de derechos. Es por eso que hay otros autores –Ronald Dworkin y John Rawls, por ejemplo– que profesan también una concepción de justicia en la que los derechos ocupan el lugar central de la cuestión.

Para el *liberalismo igualitario* de DWORKIN –los derechos en su totalidad y no sólo los tres que se destacan en la posición asumida por Nozick– son “cartas de triunfo” que los individuos pueden oponer a cualquiera que se interponga en su titularidad, disfrute o ejercicio, sea el Estado o una mayoría cualquiera, aunque se diferencia de este último autor en el contenido y en las consecuencias de los derechos, y, especialmente, por el valor que en su concepción de la justicia otorga a la igualdad, hasta el punto de que su principio moral básico consiste en que a todas las personas debe brindárseles “igual consideración y respeto”.

Dworkin, en una clasificación bastante difundida, clasifica las teorías de la justicia en tres grupos. El primero es el de las *teorías teleológicas*, cuyo criterio de justicia está basado en objetivos, es decir, en situaciones o estados de cosas que podrían alcanzarse o preservarse mediante políticas y decisiones normativas de la autoridad pública. Por cierto, el utilitarismo pertenece a ese primer grupo. Por su parte, las *teorías deontológicas*, que se basan en la corrección o incorrección de los actos humanos en sí mismos, independientemente de las consecuencias o resultados que ellos produzcan, pueden poner el acento en los *derechos* o en los *deberes*, lo cual quiere decir que en un caso se promueven y destacan los primeros y en el otro los segundos. El autor norteamericano es consciente, sin embargo, de que todas las teorías o concepciones de la justicia encierran a la vez objetivos, derechos y deberes, aunque, al final –como escribe Campbell– “las justificaciones deben basarse en uno u otro tipo de consideraciones”, o sea, cada teoría

o concepción de la justicia, pudiendo defender un conjunto específico de objetivos, derechos y deberes, dará no obstante “un primer puesto a uno solo de esos conceptos” –escribe Dworkin– y “tomará algún objetivo predominante, o algún conjunto de derechos fundamentales, o algún conjunto de deberes, y mostrará que otros objetivos, derechos y deberes ocupan un lugar subordinado o derivado”. Pero en el caso de Dworkin, son las teorías basadas en derechos, y no en objetivos o en deberes, las más adecuadas para formular una concepción de la justicia.

Pero con la expresión “derechos” Dworkin no se refiere a los derechos subjetivos corrientes de las personas, es decir, a aquellos que resultan de actos que éstas celebran o de posiciones jurídicas que adoptan, sino a los derechos básicos, a los derechos fundamentales que ningún Estado puede violar o lesionar ni aun en el caso de que con ello pudiera producir algún beneficio de tipo general. Por lo mismo, la postura de este autor es antiutilitaria, puesto que, según él, lo que ha de prevalecer son los derechos del individuo y no el bienestar colectivo, de manera que –señala– “está mal que si alguien tiene un derecho el gobierno se lo niegue”, aun en el caso de que “negárselo favoreciera el interés general”.

Entre tales derechos individuales, el derecho fundamental tiene que ver con la igualdad y se expresa en la ya señalada fórmula “igual consideración o respeto”, o, lo que es lo mismo, derecho a ser tratado como igual.

Sobre el particular, Dworkin distingue entre el “derecho a igual tratamiento” y el “derecho a igual consideración y respeto”. El primero refiere a la igual distribución de determinados bienes u oportunidades –por ejemplo, en el caso el sufragio universal–, mientras que el segundo no se relaciona con una igual distribución de algún bien u oportunidad, sino “con la igual consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes y oportunidades”, de manera que si el primero es un derecho a ser tratado *igual*, el segundo es a serlo *como iguales*. Así, por ejemplo, un joven no tiene derecho a obtener un cupo en una universidad simplemente porque otros consiguen un cupo, o sea, no tiene derecho a ser tratado *igual*, pero sí tiene derecho a que a él y a los demás que postulan a



tener un cupo se les apliquen los mismos requisitos de admisión a la universidad, es decir, tiene derecho a ser tratado *como igual*. O, como ejemplifica el propio Dworkin, “si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de la medicina”. Un ejemplo que, según el autor, demuestra que el derecho a ser tratado *como igual* es *fundamental*, y el derecho a ser tratado *igual* es *derivado*. Y concluye: “el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias; de manera que el derecho a ser tratado como igual debe ser considerado fundamental de la concepción liberal de la igualdad, y que el derecho –más restrictivo– a igual tratamiento sólo es válido en aquellas circunstancias en que, por alguna razón especial, se sigue del derecho más fundamental”.

Un criterio de justicia distinto del de Dworkin, es decir, que exige igual tratamiento y no solo igual consideración y respeto, es la conocida fórmula del marxismo: de cada cual según su capacidad y a cada cual según sus necesidades, donde esta última palabra refiere no sólo a requerimientos materiales básicos, sino a todo lo que resulte del caso tener para poder llevar el estilo de vida particular que cada cual haya escogido, lo cual, como es obvio, supone ese tipo de “sociedad opulenta e igualitaria” –la sociedad comunista– que ninguna experiencia histórica de comunismo ha conseguido instaurar.

Dworkin considera también que filosofías de la justicia rivales, es decir, que proponen fórmulas distintas acerca de cómo el derecho y la sociedad pueden desarrollarse en dirección a la justicia, se asemejan a sueños en cadena, unos en pos de otros, cuyos autores, los filósofos, ofrecen al modo de programas que pueden hacer de la labor de legisladores, jueces y abogados algo más consciente y reflexivo. Los filósofos serían así “novelistas en cadena con epopeyas en la mente”. Y en ese sentido –agrega– “cada uno de sus sueños ya está latente en el derecho” y “cada sueño podría ser el futuro del derecho”. Pero no nos engañemos: los sueños son competitivos, las visiones son distintas y es preciso efectuar elecciones: grandes eleccio-

nes por quienes ejercen cargos de autoridad a nivel del poder constituyente, legislativo, judicial y administrativo, y elecciones menos importantes por aquellos cuyas decisiones son más inmediatas y limitadas en cuanto a sus efectos, como sería el caso, por ejemplo, de padres y profesores que quieren ser justos con sus hijos y con sus alumnos.

Dworkin es un liberal igualitario en cuanto su misma idea de la libertad se confunde en cierto modo con el postulado del derecho fundamental a igual consideración y respeto, puesto que éste se basa en la autonomía de los sujetos para establecer sus propios planes de vida y llevar una existencia conforme a éstos sin que el Estado, una mayoría cualquiera, ni nadie en particular, puedan imponer un plan uniforme y privar de reconocimiento y respeto a los que se aparten de él.

JOHN RAWLS es también un liberal igualitario y alguien que, lo mismo que Dworkin, concede un lugar central a los derechos individuales en su concepción de la justicia, aunque, en una línea que lo emparenta con el utilitarismo, presta también significativa atención al bienestar colectivo y a la necesidad de aliviar los sufrimientos de las personas pobres y más desventajadas, asumiendo, esta vez a diferencia de Dworkin, que hay tensiones entre libertad e igualdad, esas tensiones que aparecen muchas veces con ocasión de la discusión sobre políticas públicas o proyectos de ley, por ejemplo, en el caso de políticas de inclusión social o de proyectos de reforma tributaria. El mismo Dworkin lleva a cabo en *Los derechos en serio* un exhaustivo análisis de la concepción de justicia de Rawls, aunque nada dice en defensa de ella y, más aún, declara que sus argumentos podrían estar equivocados.

Como fue explicado en el capítulo sobre ordenamiento jurídico en la parte que presenta la distinción entre derecho nacional y derecho internacional, Rawls utiliza la idea del contrato social para plantear una hipotética posición originaria en la que individuos racionales y velados por la ignorancia acerca de sus propias características, posibilidades, talentos y posición en la sociedad real, escogerían principios de justicia rectores de esta última. En tales condiciones de imparcialidad, ¿qué principios de justicia serían los escogidos por interesar a todos y no a uno o más determinados hombres y mujeres que Rawls imagina en dicha posición originaria,



de manera que, elegidos que fueran, pudieran recibir aprobación general y aplicárselos en el diseño y gestión de instituciones políticas y económicas concretas al interior de la sociedad?

Está de más decir que Rawls no cree ni supone que alguna vez haya ocurrido algo semejante, es decir, que un grupo de hombres y mujeres se encontraran en una posición originaria y celebraran un acuerdo o contrato real acerca de los principios de justicia que prevalecerán en la vida en sociedad. Como señala Victoria Camps, no es, por supuesto, “un estado histórico primitivo, ni siquiera un estado posible, sino una situación imaginaria de imparcialidad para llegar a un acuerdo legislativo sobre qué deba ser la justicia”, en la que “los individuos desconocen todos aquellos aspectos y contingencias de su existencia”, aspectos que los llevarían a actuar en interés propio. De este modo, “ignoran cuál es su estatus social, la fortuna o la inteligencia que poseen, incluso el sexo o la generación a que pertenecen. No saben qué bienes les corresponden, ni siquiera cuál es su concepción singular del bien. Conocen algo tan vago e impreciso como los hechos generales de la naturaleza humana, esto es, las bases elementales de la organización social y de la psicología humana”.

Ahora bien, en una situación como esa, cree Rawls que los principios escogidos serían estos: 1. Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos; y 2. Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones: deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades, y deben procurar el máximo beneficio a los miembros menos aventajados de la sociedad.

Dos principios que se desdoblán en tres, a saber, *principio de libertad*, *principio de igualdad de oportunidades*, y *principio de diferencia*. En cuanto al primero, habría que decir, con Rawls, que los hombres son libres de dos modos: para plantear pretensiones sobre el diseño de las instituciones sociales, lo cual quiere decir que cada individuo es “fuente auto-originante de pretensiones”, o sea, lo contrario de la esclavitud, y, asimismo, libres para formarse concepciones del bien que puedan también revisar y cambiar. En cuanto al segundo, exige que las personas no reconozcan dife-

rencias en el punto de partida que les conduzcan a diferencias inaceptables en sus respectivos puntos de llegada. Y tocante al tercero, es aquel que ordena beneficiar a los miembros menos favorecidos de la sociedad, es decir, a quienes puedan vivir situaciones de pobreza, desamparo o marginación.

Es en el marco de esos principios que se llevaría a cabo la distribución no de *bienes primarios naturales*, tales como la inteligencia, por ejemplo, que según Rawls se distribuyen como resultado de una “lotería natural”, sino los *bienes primarios sociales*, o sea, aquellos cuya posesión desea o maximiza cualquier sujeto racional, dado que son “medios generalizados para promover fines humanos”, tales como trabajo e ingresos suficientes para alcanzar otros bienes o satisfacer otras preferencias ya no de carácter primario, tales como vivienda, medios de transporte, vacaciones, etc.

Como bien señala Miguel Ángel Rodilla, los principios de justicia de Rawls son a la vez *materiales* y *abstractos*, aunque de ellos no es posible derivar de forma inequívoca e inmediata una configuración concreta de la sociedad. Están tales principios abiertos a múltiples aplicaciones, aunque no por ello tienen un carácter trivial o intrascendente, puesto que “determinarían qué tipo de razones son válidas en cuestiones de justicia social y en este sentido representarían un consenso básico para guiar el discurso práctico para la justificación y crítica de las instituciones y orientar la acción política para su reforma”.

Cabe señalar que Rawls, como liberal que es, da prioridad al principio de libertad, aunque, como igualitario que también es, la exige para todos, y, además, incorpora requerimientos de justicia social a favor de los más desventajados. Una justicia que no se agotaría en la simple igualdad de oportunidades, o igualdad en el punto de partida, y que alcanzaría también al bienestar real que acaban consiguiendo las personas. Un bienestar que no sería justo procurar sacrificando la libertad, aunque tampoco utilizando ésta como escudo o como pretexto para dejar sin satisfacer las necesidades básicas o primarias de los individuos.

Por último, y como es bien patente, lo que Rawls nos ofrece no es sólo una concepción de la justicia encarnada en los principios materiales antes explicados, sino un método o procedimiento para alcanzar dicha concepción y tales principios. Un método o pro-



cedimiento que nos remite a esa hipotética y equitativa posición originaria desde la cual sería posible concordar principios que personas razonables acordarían al margen de la posición social y económica que ocuparían al momento de vivir en sociedad.

BOBBIO es también un autor cuya concepción de la justicia combina los valores libertad e igualdad, aunque de manera más estrecha y explícita que Rawls. Si éste puede ser calificado, según vimos, de *liberal igualitario*, Bobbio es un *liberalsocialista*: liberal porque confiere prioridad a la libertad, y socialista porque enarbolaba igualmente el valor de la igualdad, y no sólo en sus dimensiones jurídica y política, sino también material, mostrando que una cierta igualdad en las condiciones materiales de vida de las personas es requisito para una efectiva titularidad y ejercicio de las libertades.

Libertad e igualdad, como dos valores principales, aunque no absolutos, son los términos de ese acuerdo en que consiste el liberalsocialismo de Bobbio. En una sociedad pluralista –como tuvimos oportunidad de mostrar en nuestro libro *Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo*, de 2005–, es decir, en una sociedad en la que coexisten varios y distintos centros de poder y en la que son también múltiples y diferentes las organizaciones que agregan y representan la voluntad y las aspiraciones ciudadanas, es preciso “construir nuevos límites entre igualdad y libertad, o entre igualdad y diferencias” –como sostiene Andrea Greppi–, y no dejar todo el campo abierto ni a los liberales, interesados en destacar lo que los hombres tienen de distinto, ni tampoco a los socialistas, interesados en valorar lo que todos los hombres tienen en común.

Esa síntesis que pretende ser el liberalsocialismo de Bobbio y de otros de sus contemporáneos, no es otra cosa que la síntesis o el compromiso entre dos valores, libertad e igualdad, y, a la vez, entre dos doctrinas políticas, liberalismo y socialismo. De lo que se trata, en suma, es de que la libertad no se consiga sacrificando la igualdad ni que ésta se obtenga al precio de aquella, propiciando en cambio un ideal de justicia que nazca de la exigencia de que los hombres, además de libres, sean iguales. Iguales ante la ley, iguales al participar en las elecciones que supone la democracia, en las que el voto de cada cual cuenta por uno, e iguales

también en las condiciones materiales de vida, aunque, claro, no iguales *en todo* por lo que respecta a tales condiciones –digamos nadie comiendo torta para que todos puedan comer pan–, sino iguales en *algo*, o sea, en la satisfacción de las necesidades básicas indispensables para llevar una vida digna, como si dijéramos que todos coman a lo menos pan, sin perjuicio de que algunos, o acaso muchos, merced a su mayor capacidad, trabajo o suerte, puedan acceder a las tortas e incluso a manjares más sofisticados. Por lo mismo, para un autor como Bobbio no basta con la igualdad de oportunidades, que es hasta donde llega “la idea igualitaria conservadora” que refiere Fernando Atria, la cual es bien resumida por Nils Christie, quien sostiene que la igualdad de oportunidades “es un arreglo perfectamente apropiado para transformar las desigualdades estructurales en experiencias de fracaso y culpas individuales”.

Lo que interesa destacar especialmente en el planteamiento de Bobbio es que la igualdad, o, mejor aún, cierta igualdad en las condiciones materiales de vida, no es sólo un valor en sí misma, sino un presupuesto o condición para el efectivo ejercicio de la libertad, puesto que ¿cuál puede ser el sentido y el interés de una persona en su libertad de pensar, de expresarse, de reunirse, de asociarse, de emprender, si sus condiciones de vida la sitúan permanente e irremediamente debajo de la línea de pobreza o en un estado de franca indigencia? En palabras de Lord Acton, “la pasión por la igualdad hizo vana la esperanza de la libertad”, aunque “en el devenir de lo que hoy se llama la ‘revolución neoliberal’ habría que postular que las aspiraciones por mayor libertad no caduquen los deseos también legítimos por una sociedad más igualitaria. Esto significa que la desigualdad material no tendría ya que ser vista como la sombra negra que proyecta inevitablemente el reinado de la libertad, sino como una imperfección de la propia libertad”.

En un cuadro de ideas como ese, quizás haya que volver al viejo lema revolucionario, aunque ahora de la mano de la democracia y no de la revolución, que pedía o prometía *libertad, igualdad y fraternidad*. Tal vez la fraternidad, esto es, la unión y la buena correspondencia entre los que son o a lo menos se miran como hermanos, pueda constituir el puente que se precisa tender



entre los valores de la libertad y de la igualdad, a fin de que, reconociéndose distintos, no se repelan, y propendan, en cambio, junto con preservar sus respectivos ámbitos, a ceder cada cual de sí en la proporción justa que permita la realización simultánea del otro, tal como acontece también entre orden y libertad.

Si Rawls, según vimos, ofrece tanto una concepción como un método para alcanzar un acuerdo en los principios que expresan esa concepción, otro autor contemporáneo –en este caso JÜRGEN HABERMAS– nos propone, de manera menos ambiciosa, sólo una vía procedimental para alcanzar acuerdos acerca de la justicia. Como indica Tom Campbell, lo que Habermas nos ofrece como camino hacia la justicia es “un diálogo real continuado, más que las hipótesis puramente contrafácticas y a menudo fantasiosas de otros teóricos. Esto quiere decir que si Habermas nos ofrece menos –sólo un procedimiento–, nos ofrece también algo real y no meramente hipotético” como aquella posición originaria velada por la ignorancia que imagina Rawls.

Lo que Habermas propicia es “una situación ideal de habla” que encierra condiciones de libertad e igualdad que generan un diálogo sincero entre los individuos y una consiguiente “racionalidad comunicativa” que tendría que conducirlos a algún tipo de resultado acerca de cuyo contenido y alcances no podríamos prejuzgar antes de que el diálogo tenga efectivamente lugar. Se trata, por lo mismo, de una teoría procedimental de la justicia, que responde a procesos de comunicación social efectivos, esto es, reales, y que, siempre según Campbell, se alejan de ese “individuo imaginativo y superinteligente que ocupa un lugar central en el enfoque más individualista de Rawls”. Imaginativo, superinteligente y *conservador*, cabría agregar también, ya que en la posición originaria imaginada por el autor norteamericano lo más probable es que hombres y mujeres procedieran de manera extremadamente cautelosa, procurando antes evitar riesgos que asumir desafíos.

El método propuesto por Habermas, también llamado “democracia deliberativa”, parte de la base de la interacción social de individuos libres e iguales, quienes, a través de un diálogo racional, pueden llegar a concordar en criterios de justicia y en pautas de conducta –por ejemplo, los derechos fundamenta-

les— que trascienden a las comunidades o culturas específicas que existen en el planeta y que, por lo mismo, pueden ser vistas como criterios y pautas de validez universal. En esto, precisamente, es que Habermas se aparta de concepciones comunitarias que lo que postulan respecto de tales criterios y pautas es que éstas no pueden trascender los determinados contextos culturales en los cuales operan. Lo que Habermas procura a través del método que nos propone no es alcanzar una suerte de agregación de las preferencias autointeresadas de los sujetos, sino establecer criterios y pautas compartidos, incorporando de ese modo ideas de solidaridad, lealtad, sinceridad, respeto mutuo y entendimiento social. Por lo mismo, acierta Campbell cuando escribe que “una cosa apasionante y provocadora del enfoque de Habermas es esta combinación del ímpetu filosófico hacia la corrección moral con la preocupación sociológica por la cohesión social. Habermas mantiene que las normas de justicia que surgen de esas comunidades que han progresado hasta alcanzar un estado de deliberación comunicativa racional tienen una objetividad que trasciende el relativismo cultural y político en el que se basa el comunitarismo, ofreciendo así lo que mucha gente considera una fusión muy atractiva de tradiciones rivales”. Por lo mismo, y en palabras del propio Habermas, los criterios de justicia que se adopten “deben sobrevivir a la prueba de la universalización que examina qué es igualmente bueno para todos”, o sea, tienen que pasar el test de dicha universalización, hasta el punto de que “una norma es justa solo si todos pueden desear que sea obedecida por cada uno en situaciones semejantes”.

Con todo, la teoría procedimental de Habermas no es absolutamente neutra a los resultados, y ni siquiera lo es con relación al comienzo del proceso de deliberación comunicativa, puesto que para que ésta tenga lugar es preciso que concurren sujetos libres e iguales que compartan ya ciertos márgenes de consenso, así no más sea, como en el caso del derecho, que las normas de éste puedan legítimamente aplicarse en uso de la fuerza. Además, Habermas presupone que existe algo que podríamos tener por la justicia universal, no más que ésta “no se alcanza a través de las especulaciones de los filósofos”, sino como consecuencia de un diálogo de las características ya señaladas.



Se trata, en suma, de una “ética modesta”, según expresión del mismo Habermas, que no nos dice cuáles normas morales son correctas, pero sí cuál es el procedimiento que permite llegar a normas morales correctas. A lo que Habermas convoca, según Adela Cortina, no es a “reflexionar sobre contenidos morales –como haría una *ética material*–, sino acerca de los procedimientos mediante los cuales podemos declarar qué normas surgidas de la vida cotidiana son correctas”, o sea, como hemos indicado antes, se trata de una *ética procedimental*. O en palabras del propio Habermas, “a diferencia de la forma clásica de la razón práctica, la razón comunicativa no es una fuente de normas de acción”, de manera que si la razón práctica responde a la pregunta ¿cuáles son las normas que deberíamos observar para actuar correctamente –por ejemplo, en materia de justicia–, la razón comunicativa pretende tan solo contestar a la pregunta ¿qué debemos hacer para llegar a establecer normas correctas en la sociedad?

En fin, y siguiendo en esto la síntesis que acerca de la ética discursiva propone Luis Villavicencio, se podría decir que ésta busca un entendimiento moral a través de una forma comunicativa que todos comparten, y que consta de los siguientes pasos:

1. Son válidas sólo aquellas normas de acción en la que todos los posibles afectados podrían ponerse de acuerdo en tanto participantes en discursos racionales (Principio discursivo);
2. Una norma es válida exclusivamente cuando las consecuencias previsibles de su seguimiento general para las constelaciones de intereses y orientaciones valorativas de cada cual podrían ser aceptadas sin coacción conjuntamente por todos los interesados (Principio de universalización).
3. Al momento de intervenir en discursos prácticos orientados hacia el establecimiento de criterios o pautas de conducta:
 - a) nadie que pueda hacer una contribución relevante puede ser excluido de la participación;
 - b) a todas y a todos se les dan las mismas oportunidades de hacer sus aportaciones;
 - c) los participantes tienen que señalar lo que opinan; y
 - d) la comunicación tiene que permanecer libre de coacciones

tanto internas como externas, de modo que las tomas de posición sean motivadas únicamente por la fuerza de la convicción de los argumentos.

Por lo mismo, podría decirse que la propuesta de Habermas asegura antes la *legitimidad* que la *moralidad* de las normas sociales, cuya validez –señala ahora Cristina Lafont– “no depende sólo de su legitimidad (es decir, de si podrían contar con el asentimiento racional de los afectados), sino también de su justicia (es decir, de si estarían de hecho en el interés de todos por igual)”. Y en esa misma línea de observaciones, la mencionada autora agrega que “nuestro éxito en alcanzar un acuerdo unánime en un momento dado no hace nuestras normas ni más ni menos justas de lo que efectivamente son. Todavía hemos de estar atentos a la permanente posibilidad de que dichos acuerdos se basen en injusticias no detectadas e ideologías persistentes. Pues siempre podríamos descubrir en el futuro que, a pesar de nuestra racionalidad discursiva, estábamos, sin embargo, equivocados respecto de la justicia de algunas de nuestras normas sociales”.

La expresión política de la ética discursiva de Habermas es la democracia deliberativa, que él también propicia como un procedimiento adecuado para la adopción de decisiones de carácter político. De esta manera, “ética discursiva” constituiría una expresión más amplia que “democracia deliberativa”, puesto que, si bien inspirada ésta en aquélla, lo que la democracia deliberativa permite es adoptar únicamente decisiones políticas, mientras que la ética discursiva conduce a decisiones en cualquier ámbito de la conducta o actividad humana. Democracia deliberativa basada en la igual autonomía de los individuos para participar en la toma de decisiones colectivas que les afecten y en la adopción de la regla de la mayoría, como si se tratara de la “voluntad del pueblo”, cuando el acuerdo no es posible. Regla de la mayoría criticada a veces como expresión de despotismo, aunque lo importante es que esa regla no opera de inmediato ni menos de manera automática, puesto que su aplicación está precedida de los debates propios de la democracia, de la posibilidad de las minorías para expresar sus puntos de vista, de los esfuerzos de persuasión por uno y otro lado, y por transacciones



que conducen muchas veces a la adopción de una decisión final que no coincide plena ni estrictamente con las posiciones iniciales de mayoría y minorías. En cualquier caso, lo importante en una democracia deliberativa es lo mismo que en una ética discursiva: el procedimiento de toma de decisiones antes que las decisiones mismas. Como apunta otra vez Adela Cortina, “reconociendo que la política no puede liberarse del conflicto moral o de intereses, la democracia deliberativa trata de encontrar un punto de vista común sobre cómo los ciudadanos deberían decidir públicamente cuando están fundamentalmente en desacuerdo”. Por lo mismo, más que descubrir *intereses comunes*, la democracia conduce a un *mundo en común*.

Por último, y prolongado más allá su línea de pensamiento, y de manera similar a la versión que Rawls tiene del derecho internacional –la cual fue expuesta en el capítulo sobre ordenamiento jurídico–, Habermas aboga a favor del tránsito desde un mundo dominado por Estados nacionales hacia lo que llama “constelación postnacional de una sociedad mundial”, la cual resultaría posible en la medida en que los Estados pierden autonomía como consecuencia de verse involucrados “en las redes horizontales de comunicación e intercambio de esta sociedad global”.

Por su parte, el comunitarismo es una doctrina que rechaza el individualismo y que critica al liberalismo como expresión de aquel. Como advierte Campbell, “comunitarismo” es un término que abarca un espectro de visiones contrarias a los presupuestos del individualismo liberal, que se pronuncia sobre fines sociales valiosos en términos de la suma de los bienes preferidos por los individuos, poniendo el acento en los bienes de carácter público que son compartidos en la vida comunitaria que llevan las personas, vida que “no puede ser desagregada en parcelas individuales”. Por lo mismo, si el liberalismo pone el acento en la autonomía moral del sujeto y en la libertad personal de los individuos, el comunitarismo lo hace en el sentido de comunidad y en la responsabilidad social. De este modo, para el comunitarismo las personas no están constituidas solo por la conciencia de sí mismas y de su propia autonomía y libertad, sino, fundamentalmente, “por el tejido de relaciones sociales en cuyo interior cada individuo encuentra su identidad y significado”. Sandel, por ejemplo, sostiene que “las

personas están constituidas en parte por los propósitos, creencias y actitudes que tienen como miembros de una comunidad que les proporciona las relaciones a través de las cuales llegan a tener una identidad individual y una existencia significativa”. Por lo mismo, el comunitarismo llama a preservar las relaciones sociales existentes heredadas de la tradición y, en caso de no existir algo como eso, a crear un genuino ideal de comunidad.

Lo que cuenta para el comunitarismo en materia de justicia no es lo que los individuos eligen, ni tampoco aquello que pudiera elegirse para el conjunto de la humanidad, sino “las específicas particularidades de las relaciones humanas cotidianas” al interior de una sociedad determinada. La postura comunitarista –relata Campbell– “es que cada comunidad tiene su propio concepto y sus propias concepciones de justicia y que no podemos ubicarnos fuera de estas construcciones culturales y llegar a tener una teoría de la justicia trans-societal que se ubique por encima de las sociedades y juzgue las creencias y actitudes de comunidades culturales específicas”. De este modo, el discurso sobre la justicia, que es el resultado de cavilaciones acerca de ésta, sólo tiene pertinencia y sentido al interior de cada grupo o comunidad cultural específica y de las prácticas sociales adoptadas por éstas. Como señala uno de los representantes más destacados del comunitarismo, ALADAIR MACINTYRE, quienes piensan sobre la justicia “sólo pueden ser entendidos adecuadamente cuando se les ubica en el contexto de las tradiciones”, puesto que están ellos inmersos en las convenciones arraigadas en determinadas áreas de la práctica social efectiva. Por lo mismo, hay que desconfiar de aquellos principios de justicia que tengan la pretensión de determinar qué es justo en todas y cada una de las circunstancias sociales posibles. Los individuos heredan un lugar concreto dentro de un conjunto interconectado de relaciones sociales y a falta de ese lugar no son nadie o apenas unos forasteros sin títulos que los habiliten para pronunciar juicios de justicia que puedan valer localmente y, menos aún, universalmente.

En una posición que procura ir más allá de Rawls, cuya teoría de la justicia califica de “restringida”, otro autor contemporáneo relevante –JOHN FINNIS– propone una doctrina acerca de la justicia que construye en diversas partes de su libro *Lej natural y derechos*



naturales, y de cuyos principios Finnis hace aplicación a distintas situaciones en que la justicia suele ser invocada, tales como la guerra, el castigo penal, la obligación cívica ante la legislación injusta, etc.

Para Finnis existe un conjunto de bienes básicos, o “formas básicas de bien”, entre los cuales incluye la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la racionalidad práctica y la religión, en una lista que no pretende ser exhaustiva, aunque todos los bienes que la integran son para él igualmente evidentes y fundamentales, sin que exista entre ellos una jerarquía de tipo objetivo.

Ahora bien, concerniente a la justicia, se trata para Finnis de un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica, es decir, de la capacidad de “hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente a los problemas de elegir las acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter”. Unas exigencias que se producen justo en la medida en que la persona busca realizar y respetar los bienes básicos antes mencionados no sólo por sí misma y en su propio beneficio, sino también en común, o sea, como parte de una comunidad.

Finnis quiere utilizar así el concepto de justicia en su alcance más general, dejando de lado significados especiales y limitantes que tiene la palabra “justicia”, como sucede, por ejemplo, en la expresión “tribunales de justicia”. De este modo, “en su alcance completamente general, el complejo concepto de justicia –escribe el autor– comprende tres elementos, y es aplicable a todas las situaciones donde estos elementos se encuentran juntos”. Al primero de tales elementos lo denomina la *orientación - hacia - otro*, queriendo significar con ello que la justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas, de manera que ella es “intersubjetiva” o “interpersonal”. Por tanto, hay un problema de justicia e injusticia sólo donde existe una pluralidad de individuos y algún asunto práctico acerca de la situación en que se encuentran y/o de las interacciones de cada uno respecto de otro. El segundo elemento del concepto de justicia es el *deber*, en el sentido de algo que se debe o adeuda a otro, que tiene a su vez el derecho a lo que le es propio o debido en justicia. Y el tercer elemento es la *igualdad*, el cual puede estar presente de variadas maneras.

Por último, identifica este autor la “justicia general”, que consiste en la cualidad del carácter de una persona que se traduce en la voluntad práctica de favorecer y promover el bien común, aunque sólo una teoría de la justicia, o una concepción de ella –como también la hemos denominado en este capítulo– puede establecer “lo que en líneas generales se requiere para ese bien común”, por difícil que esto último sea, puesto que “un análisis completo de lo que exige el bien común –declara Finnis– está por supuesto más allá del alcance de este capítulo y aun de este libro”, refiriéndose con “capítulo” al que dedica a “La Justicia” en su libro *Ley natural y derechos naturales*. Identifica también la “justicia distributiva”, que opera a propósito de los problemas de reparto de recursos, oportunidades, beneficios, roles, cargos, responsabilidades y cargas que se producen con motivo de la vida en común, es decir, que “trata de todo lo que pertenece a la comunidad en cuanto común, pero que es divisible mediante asignación entre sus miembros”. E identifica, por último, la “justicia conmutativa”, que es aquella que rectifica o remedia las desigualdades que surgen entre los individuos como consecuencia no sólo de sus intercambios, tratos o negocios, sino, más ampliamente, de la interacción en que viven unos con otros.

Por su parte, y dedicándolo a la memoria de John Rawls, AMARTYA SEN publicó en 2010 su libro *La idea de la justicia*, con cuyos planteamientos quisiéramos concluir este acápite que anticipa algunas concepciones de la justicia que deberían ser profundizadas en un curso de Filosofía del Derecho.

Sen parte de la frase que encontramos en *Grandes esperanzas*, la novela de Charles Dickens, que dice “no hay nada que se perciba y se sienta con tanta agudeza como la injusticia”, ya sea propia o ajena, de manera que si no siempre sabemos cómo construir sociedades justas, percibimos con facilidad cuáles son las injusticias claramente remediabiles en nuestro entorno y que quisiéramos suprimir. Son esas injusticias tan evidentes como reparables las que nos mueven a pensar en la justicia, en lo que tendría que hacerse no sólo para remediarlas, sino, hasta donde resulte posible, para evitarlas.



Lo que se pregunta Sen acto seguido es por qué tenemos necesidad de ir más allá de nuestro sentido habitual o cotidiano de justicia, que es lo que hacemos cada vez que construimos o adoptamos una teoría de la justicia, respondiéndose sobre el particular que ello se explica porque “nuestra comprensión del mundo no es nunca una simple cuestión de registrar nuestras percepciones inmediatas”. Comprender –agrega– entraña inevitablemente razonar, de manera que tenemos que “leer” lo que sentimos y preguntar qué indican esas percepciones. Es cierto que nuestro sentido de la injusticia puede resultar a menudo confiable para detectar situaciones de injusticia y constituir una señal para movernos. Sin embargo, una señal de ese tipo exige examen crítico, o sea, un cierto escrutinio de la solidez de cualquier conclusión basada en señales, y lo mismo pasa cuando la señal consiste en la inclinación no ya de reprobar algo o alguien, sino de elogiarlo. Entonces –concluye el autor–, “tenemos que preguntar qué clase de razonamiento debe contar en la evaluación de conceptos éticos y políticos como justicia e injusticia, y tal es el origen y el sentido de las concepciones o teorías de la justicia, unas concepciones o teorías que se preguntan cosas como en qué sentido puede ser objetivo un diagnóstico de la injusticia o la identificación de aquello que podría reducirla o eliminarla; o si nuestros juicios sobre lo que es o no es justo exigen imparcialidad, es decir, desapego de nuestros propios intereses; o si tales juicios demandan que nos liberemos también de nuestras creencias, prejuicios o preconcepciones locales, las cuales podrían ser derrotadas si miramos más allá de la parroquia que hemos elegido o en la que hemos sido simplemente situados por la tradición, la educación o la familia; o, en fin, cuál es el papel de la racionalidad y la razonabilidad en la comprensión de las exigencias de la justicia.

En consecuencia, no se trata de desconfiar y menos de suprimir nuestro sentido de la injusticia, sino de ir más allá de él.

La clase de teoría de la justicia que Amartya Sen prefiere no es la de aquellas que “ofrecen respuestas a las preguntas sobre la naturaleza de la justicia perfecta”, contentándose él con “esclarecer cómo podemos plantearnos la cuestión del mejoramiento de la justicia y la superación de la injusticia”, lo cual, según continúa

diciendo, “supone claras diferencias con las teorías preeminentes de la justicia en la filosofía política y moral de nuestro tiempo”.

Precisando tales diferencias, el Premio Nobel de Economía señala, en primer lugar, que su teoría de la justicia, si quiere servir de base para el razonamiento práctico, es decir, para ese tipo de razonamiento que se orienta a fundamentar decisiones, preferencias y cursos efectivos de acción, debe incluir maneras de juzgar cómo se reduce la injusticia y se avanza hacia la justicia, en lugar de orientarse a la caracterización de sociedades perfectamente justas, y ello porque esos dos ejercicios –uno destinado a identificar esquemas perfectamente justos y el otro a determinar si un cambio social específico podría perfeccionar la justicia–, si bien tienen vínculos motivacionales, están analíticamente separados. De este modo, para Sen resulta incorrecta la suposición de que para tomar decisiones que permitan disminuir la injusticia y avanzar gradualmente hacia la justicia sea indispensable identificar primero las exigencias de una justicia perfecta. En segundo término, al tratar cuestiones de justicia sobre la base de comparar distintas soluciones posibles acordadas con argumentos razonados, bien pueden producirse otras comparaciones en la cuales las consideraciones en conflicto no estén completamente resueltas, respecto de lo cual Amartya Sen invita a evitar esa tolerancia indiferente que se escuda en la perezosa comodidad de decir “tú tienes razón en tu comunidad y yo tengo razón en la mía”, instándonos a continuar argumentando de manera razonada y procurando llevar a cabo un escrutinio imparcial de las posturas encontradas. Y en tercer lugar, la presencia de injusticias remediables bien puede tener relación con transgresiones del comportamiento y no con insuficiencias institucionales. Así, por ejemplo, cuando se recusa a un hermano por habernos hecho objeto de un acto de coacción violenta y arbitraria, no está en juego la justicia o conveniencia de la familia como institución. Para este autor, en consecuencia, la justicia guarda relación antes con la forma en que las personas viven y actúan que con la naturaleza de las instituciones, y de ahí el error –según su perspectiva– de muchas teorías de la justicia, como sería el caso de la de Rawls, por ejemplo, que se concentran de manera abrumadora en cómo establecer instituciones justas y conceden sólo una función subsidiaria a los asuntos relacionados



con el comportamiento de las personas. Lo cual no quiere decir que las instituciones carezcan de importancia instrumental en la búsqueda de la justicia.

De este modo, nos comprometemos con el avance de la justicia cuando luchamos contra distintas formas de injusticia –por ejemplo, el sometimiento de las mujeres, la falta de cobertura sanitaria, la práctica de la tortura, el hambre crónica de vastas zonas del planeta–, pero cada vez que observamos algunos cambios positivos –como la abolición del *apartheid*– que reducen la injusticia, no es del caso que podamos sostener que hemos alcanzado una justicia perfecta y que ha llegado la hora de suspender o de dar por concluida la lucha contra esa y otras manifestaciones de injusticia. Hay una gradualidad en cuanto a lo que conseguimos al promover la justicia, o al luchar contra formas de evidente injusticia, una gradualidad a veces lenta, pero que progresa al modo de una espiral –hacia arriba– cuando, por ejemplo, se pasa de la esclavitud al trabajo asalariado en condiciones de explotación; del trabajo asalariado no sujeto a reglas a la protección del trabajo y a la consagración de derechos laborales; del salario fijado unilateralmente por el empleador al salario negociado; del salario libre al salario mínimo; del salario mínimo al salario ético, y así.

Para conseguir todo ello, Sen confía en la razón, y, sobre todo, en la argumentación razonada de que los individuos somos capaces, puesto que lo que comúnmente llamamos “sinrazón” no designa propiamente el abandono de la razón por parte de algunas personas, sino el hecho de que éstas ofrezcan razonamientos muy primitivos y defectuosos. Por lo mismo, hay esperanza, puesto que el mal razonamiento puede ser confrontado con el buen razonamiento, y existe un espacio donde uno y otro pueden encontrarse.

No es ni posible ni oportuno presentar aquí la completa teoría de la justicia que Amartya Sen expone en las cerca de 500 páginas de su libro sobre la materia, aunque, y además de lo ya señalado, podríamos concluir diciendo que su planteamiento es un intento no por definir qué es una sociedad justa, si no por investigar comparaciones basadas en realizaciones que se orientan al avance o al retroceso de la justicia. Por lo mismo, el tipo de pregunta que le interesa no es la de cuáles serían las instituciones

perfectamente justas que una o toda sociedad deba adoptar, sino cómo debería promoverse la justicia, o cómo podríamos corregir aquello que consideramos injusto, o cómo podríamos prevenir la injusticia, concentrándose para ello en las “realizaciones reales de las sociedades estudiadas más que en las instituciones y reglas que ellas tienen y por las cuales se rigen”, y apuntando siempre a concordar alternativas factibles y no situaciones imaginadas como perfectas.

Es evidente que cuando se trata de conseguir justicia, o de prevenir la injusticia, o de corregir injusticias, hay una pluralidad de principios rivales que aspiran a ser tomados en cuenta, aunque conducen, como es obvio, a resultados diferentes, sin que sea recomendable reducir de manera arbitraria tales principios a uno que prevalezca sobre los demás. Si principios de justicia múltiples y potencialmente en conflicto son algo así como estrellas que brillan con luz propia y se disputan nuestra consideración, no hay un principio superestrella que, como afirma Sen, derrote o decapite a todos los demás criterios de evaluación, lo cual fuerza a una evaluación comparativa de la luz que emite cada principio en relación con la determinada cuestión de justicia que nos preocupe resolver. De esta manera –ilustra Sen– si tratamos de escoger entre un Picasso y un Dalí, de nada sirve invocar un diagnóstico según el cual la mejor pintura es la *Mona Lisa*. Un diagnóstico como ese es interesante –concede el autor–, “pero no tiene relevancia para la decisión”, puesto que, “para escoger entre las dos opciones que encaramos, no es necesario discutir acerca de cuál puede ser la mejor o la más perfecta pintura del mundo”.

Para concluir, Sen nos propone otra ilustración, a saber, la de tres niños y una flauta. Una ilustración acerca de que “en el corazón del problema particular de una solución imparcial única para la sociedad perfectamente justa radica la posible sostenibilidad de las razones plurales y rivales para la justicia, que tienen todas aspiraciones a la imparcialidad y que no obstante difieren unas de otras y compiten entre sí”.

“Permítame ilustrar el problema con un ejemplo en el cual hay que decidir cuál de tres niños –Anne, Bob y Carla– debe tener una flauta que ellos se disputan. Anne reclama la flauta con el fundamento de que ella es la única de los tres que sabe tocarla

(los otros dos no lo niegan) y de que sería muy injusto negar el instrumento al único que realmente puede tocarlo. Si esto es todo lo que sabemos, el argumento a favor de dar la flauta al primer niño sería muy fuerte.

En un escenario alternativo, Bob toma la palabra y defiende su reclamación de la flauta con el argumento de que él es el único de los tres que es tan pobre que no tiene juguetes propios. La flauta le ofrecería algo con qué jugar (los otros dos admiten que son más ricos y están bien provistos de entretenimiento). Si sólo hubiésemos escuchado a Bob, su argumento sería muy poderoso.

En otro escenario alternativo, Carla habla y señala que ha estado trabajando con diligencia durante muchos meses para elaborar la flauta con sus propias manos (los otros dos lo confirman), y en el momento de terminar su labor, ‘aparecieron estos usurpadores para arrebatarme la flauta’. Si la declaración de Carla es lo único que hemos escuchado, podemos inclinarnos a darle la flauta en reconocimiento de su comprensible aspiración a algo que ella misma ha fabricado.

Tras escuchar a los tres niños y sus diferentes líneas de argumentación, hay una decisión difícil que tomar. Los teóricos de diferentes persuasiones, como los utilitaristas, los igualitaristas económicos o los libertarios pragmáticos, pueden opinar cada uno por separado que existe una solución justa inequívoca que salta a la vista y que no hay dificultad alguna en avistarla. Pero casi con certeza cada uno vería una solución diferente como la obviamente correcta.

Bob, el más pobre, tendería a conseguir el respaldo indudablemente sincero del igualitarista económico comprometido a reducir las distancias entre los medios económicos de la población. Por otra parte, Carla, la constructora de la flauta, recibiría la simpatía inmediata del libertario. El utilitarista hedonista puede encarar el desafío más difícil, pero tendería a ponderar, más que el libertario o el igualitarista económico, el hecho de que el placer de Anne puede ser mayor porque ella es la única que sabe tocar la flauta. Sin embargo, el utilitarista debería reconocer también que la relativa indigencia de Bob podría hacer mucho mayor su incremento de ganancia en felicidad al conseguir la flauta. El

‘derecho’ de Carla a recibir lo que ha construido puede no encontrar resonancia inmediata en el utilitarista, pero una reflexión utilitarista más profunda tendería sin embargo a tener en cuenta de alguna manera los requisitos de los incentivos al trabajo en la creación de una sociedad en la cual la generación de utilidad se sostiene y estimula a través de dejar que la gente conserve lo que ha producido con su propio esfuerzo.

El apoyo del libertario para dar la flauta a Carla no será condicional en la forma en que lo es para el utilitarista en cuanto al funcionamiento de los efectos de los incentivos, puesto que un libertario tomaría atenta nota del derecho del individuo a tener lo que ha producido él mismo. La idea del derecho a los frutos del trabajo propio puede unir a los libertarios de derecha y a los marxistas de izquierda, sin importar cuán incómodos puedan sentirse los unos con los otros.

Aquí, la idea general consiste en que no es fácil ignorar por infundadas las alegaciones basadas, respectivamente, en la búsqueda de la realización humana, la eliminación de la pobreza o el derecho a disfrutar del producto del trabajo propio. Las diferentes soluciones cuentan con el respaldo de argumentos serios, y puede que no seamos capaces de identificar, sin cierta arbitrariedad, ninguno de los argumentos alternativos como el que tiene que prevalecer.

También quiero llamar la atención aquí sobre el hecho obvio de que las diferencias entre los argumentos justificativos de los tres niños no representan divergencias acerca de lo que constituye una ventaja individual (cada uno de los niños considera ventajoso conseguir la flauta, y así lo alega cada uno de sus argumentos), sino acerca de los principios que deben gobernar la asignación de recursos en general. Tales principios conciernen a cómo deberían hacerse los arreglos sociales y qué instituciones sociales deberían elegirse, y por este camino, qué realizaciones sociales se producirían. No se trata simplemente de que los intereses creados de los tres niños difieran (aunque, por supuesto, difieren), sino de que los tres argumentos apuntan a un tipo diferente de razón imparcial y no arbitraria”.

Con todo, hay que buscar ese acuerdo. Hay que identificar las alternativas que la situación admita y, sobre todo, hay que man-



tener abierta la conversación y buscar los métodos que permitan fundamentar evaluaciones comparativas de tales alternativas sobre los valores en juego y las prioridades de las personas afectadas.

Refiriendo ahora una idea de Richard Rorty, habría que concebir la filosofía como una actividad que colabora a mantener abierta esa conversación a que alude Amartya Sen, a crear o facilitar condiciones para que el diálogo continúe antes que para tener un lugar en él y menos todavía para ostentar la pretensión de dirigir o liderar ese diálogo. La filosofía, y con ella la del derecho, la de la política y también otros saberes no filosóficos –como la Economía, por ejemplo–, deben tener un puesto en el diálogo, mas no pretender hegemonizarlo desde sus propias perspectivas, a propósito de lo cual tiene sentido recordar la sugerente imagen que Francis Fukuyama incluye al término de su libro *El fin de la historia y el último hombre*. Fukuyama, que tiene una idea bien precisa acerca de cómo construir una sociedad justa –democracia más economía de mercado–, llegando incluso a sostener que esa fórmula marca el fin de la historia, aunque no el fin de la historia como sucesión de los humanos acontecimientos y tampoco como estudio y relato de éstos, sino como búsqueda de una concepción o ideología acerca del mejor tipo de sociedad que podríamos conseguir. Si bien con posterioridad al libro antes mencionado Fukuyama ha corregido parcialmente su tesis, podría decirse que lo que pretende certificar es algo así como el fin del enfrentamiento entre las distintas ideologías, producido por la ya indiscutible y universal victoria de una de ellas, a saber, la que enarbola las banderas de la democracia y la economía libre.

Con todo, la imagen que es posible rescatar de las páginas finales de su libro muestra a unas carretas que avanzan –una detrás de otras, y unas más cerca de la meta que otras– hacia la ciudad prometida de la democracia y la economía libre, aunque no podemos saber con certeza si los ocupantes de las carretas, una vez llegados a esa tierra prometida, se sentarán por la noche junto a la hoguera y, “después de echar una ojeada al nuevo paisaje, no lo encontrarán de su gusto y posarán la mirada en otro viaje nuevo y más distante”. La tesis de Fukuyama, por lo mismo, se relativiza, según decíamos, porque de esos viajeros, cuando hayan puesto sus caballos a descansar y se sienten junto



al fuego, bien podrían escucharse nuevas historias, distintas de aquella que venían contándoles los ocupantes de la primera de las carretas, o sea, los que estaban al mando y marcaban el rumbo de la caravana.

Dice Fernando Savater que estamos acostumbrados a ver en la muerte de Sócrates el momento verdaderamente trágico de la filosofía, en circunstancias de que ese momento se produce cuando el diálogo se interrumpe. Por lo mismo, y aunque parezca menos dramático que el momento de la muerte de Sócrates, la tragedia de la filosofía se produce cuando en el diálogo platónico “Gorgias” el joven Calicles, luego de escuchar de labios de Sócrates que es mejor padecer una injusticia que infligirla, se rebela de manera arrogante y violenta y pone término a la discusión, acusando a su interlocutor de decir tonterías y declarando no estar dispuesto a ser persuadido de cosas tan absurdas como las que ha escuchado.

A propósito de lo que venimos expresando podríamos recordar, así sea de paso, que vivir en sociedades democráticas y abiertas es vivir en sociedades marcadas por el desacuerdo, y, más precisamente, por *los desacuerdos*, puesto que éstos se producen en materias filosóficas, religiosas, morales, políticas, artísticas, etc., configurándose en cada uno de esos ámbitos una polifonía en la que no pocas veces resulta difícil hallar puntos de acuerdo, salvo en proposiciones demasiado generales –tales como que la vida es un bien, por ejemplo– que contribuyen de manera muy parcial, y por tanto insuficiente, cuando nos preguntamos acerca de si determinados delitos deben ser sancionados con la muerte, o si en determinadas circunstancias es legítimo despenalizar el aborto o la colaboración al suicidio. Contribución parcial e insuficiente –hemos señalado– puesto que cualquier persona adulta y sana convendría en que la vida es un bien, sin perjuicio de que personas igualmente adultas y sanas discrepan luego, como de hecho ocurre, al momento de responder las preguntas recién señaladas.

“Somos una multitud y tenemos desacuerdos sobre la justicia”, certifica JEREMY WALDRON en la primera línea de su libro *Derecho y desacuerdos*, y está además perfectamente consciente de que todas las teorías de la justicia pretenden ofrecer una visión



coherente y convincente acerca de cómo tener una sociedad bien ordenada desde el punto de vista de la justicia, aunque ninguna de ellas transige en sus apreciaciones para tomar en cuenta las teorías rivales que se les opongan. Con todo, bien pueden los filósofos continuar teorizando sobre la justicia, o sobre el bien común, o sobre los derechos que deberían tener las personas, aunque Waldron prefiere poner una atención preferente a las instituciones, métodos y reglas que emplea la democracia para adoptar acuerdos, o simplemente decisiones cuando los acuerdos no son posibles, decisiones que pueden aplicarse, legítimamente, a quienes discrepen de ellas.

En materia de justicia, donde siempre es marcada la diferencia de puntos de vista, cada cual tiende a presentar su concepción de lo justo como si fuera autoevidente, de manera que “la única explicación posible de que alguien haya llegado a resultados diversos es que se trata de un bobo o de un bellaco”, según la lúcida observación de Waldron. Pocas cosas han hecho tanto daño –apunta ahora Isaiah Berlin– como la creencia por parte de individuos o de grupos “de que *únicamente ellos* estaban en posesión de la verdad, especialmente en lo relativo a cómo vivir, qué ser y qué hacer, y que los que difieren de ellos no sólo están equivocados sino que son corruptos o malvados y necesitan del freno o de la eliminación”. Es de “una arrogancia terriblemente peligrosa –continúa el autor– creer que sólo uno tiene razón: que tiene un ojo mágico que *contempla* la verdad y que los demás no pueden tener razón si discrepan”. Por tanto, y conscientes de nuestra falibilidad, deberíamos comportarnos con mayor modestia frente a las concepciones que no coinciden con las nuestras, y no sólo al modo de pensadores solitarios que se muestran abiertos a revisar sus convicciones de propia iniciativa, esto es, por pura autocrítica, sino a la manera de “miembros de una comunidad de pensadores y críticos”, como vuelve a decir Waldron, que reconocen que el debate tiene importancia “en tanto interacción colectiva como método de acercarnos a la compleja verdad”.

En consecuencia, lo que debe hacerse es continuar la conversación junto a la hoguera, es decir, la conversación de los filósofos, pero si allí donde han de tomarse decisiones colectivas –como en un Parlamento, por ejemplo– el acuerdo no se produce, “no

nos queda otra que contar manos alzadas”, es decir, no queda más alternativa que votar y aplicar la regla de la mayoría, tal y como propone Waldron. Una democracia deliberativa *delibera*, por cierto, pero su resultado no tiene por qué ser el consenso ni menos la unanimidad. Votar no es el reconocimiento de un fracaso, sino la fórmula democrática por excelencia para zanjar asuntos que deben ser resueltos y que dividen las opiniones, cuando no simplemente los intereses, de quienes han intervenido en la discusión previa a la votación. En consecuencia, la autoridad de la legislación proviene no sólo de su vocación deliberativa, sino, sobre todo, de sus credenciales democráticas. Los filósofos, y también los filósofos del derecho y de la política, pueden y deben prolongar la conversación, pero no deben sentirse incómodos con la democracia cuando allí donde deban tomarse decisiones la conversación cese llegado el momento y se vote aplicando la regla de la mayoría, aunque las decisiones que se adopten contraríen las creencias y expectativas de las minorías. Somos una multitud tanto en la sociedad como en el Parlamento que representa a los ciudadanos, y tenemos desacuerdos sobre la justicia, pero no es casual –otra vez en palabras del autor que venimos citando en la parte final de este capítulo– “que en casi todas las sociedades del mundo las leyes sean aprobadas por una asamblea compuesta por muchas (por lo general cientos de) personas que pretenden representar, en su diversidad, los principales desacuerdos sobre la justicia existentes en la sociedad, y que dichas leyes pretenden tener autoridad en nombre de todos los ciudadanos, y no sólo en nombre del grupo *o de la mayoría que votó en su favor*”. Por tanto, concluye este autor, “el mejor modelo de democracia será aquel que integre o ensamble su reconstrucción del elemento de la deliberación con la reconstrucción del elemento del voto y la regla de la mayoría”.

Por otra parte, la adopción de decisiones normativas que un Parlamento lleva a cabo en aplicación de la regla de la mayoría no pone fin, ni tiene tampoco el propósito de hacerlo, a la discusión entre las distintas visiones de la justicia que se hubieren enfrentado con ocasión de esas mismas decisiones. Éstas, en suma, no ponen término a la batalla de las opiniones, que bien puede continuar fuera o más allá del recinto institucional en que han



sido adoptadas, sin que pueda descartarse, asimismo, que las decisiones puedan ser revisadas más adelante por el mismo órgano que las adoptó.

Lo anterior quiere decir que los procedimientos democráticos, incluida la regla de la mayoría, no establecen lo que es *justo*, sino lo que es *derecho*, o, mejor, no dirimen propiamente la competencia entre las concepciones de la justicia en desacuerdo ni subordinan éstas a aquella que representa y consigue la aprobación de la mayoría, sino que se limitan a establecer qué regirá como derecho de manera común para todos los miembros de la sociedad, mayoría y minorías. Como escribió Radbruch en 1934 a propósito del relativismo en la Filosofía del Derecho, “dado que es imposible establecer lo que es justo (entendiéndose para todos), se debe establecer al menos lo que es conforme al derecho. En lugar de un acto de verdad, que resulta imposible, se impone un acto de autoridad”. Y concluye de esta manera: “la decisión por medio del legislador no es un acto de verdad, sino un acto de la voluntad y de la autoridad. Él puede atribuir a una opinión determinada la fuerza obligatoria, pero jamás el poder de convencer; puede poner fin entre las partes a la lucha de poder en curso, pero no a la lucha de las convicciones. La decisión sobre la lucha de convicciones excedería la competencia del legislador. El derecho a legislar le es confiado bajo la condición de dejar intactas las distintas convicciones jurídicas”. En consecuencia, si se confía en el Estado el derecho a legislar, ese derecho tiene un límite, por cuanto el Estado se encuentra obligado a respetar la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia, la libertad de prensa, en nombre y en ejercicio de las cuales continúa la lucha de las convicciones.

Por tanto, y volviendo a Waldron, los hechos sociales que transforman una determinada concepción de la justicia en fuente del derecho al contar con un mayor número de partidarios que cualquier otra opinión alternativa no la “convierten, por sí mismos, en más razonable, respetable o atractiva”. Considerar lo contrario –dice todavía– “sería como si en un debate importante se nos pidiera guardar respeto o tener deferencia hacia una opinión sólo porque fue expresada por la persona que hablaba más alto”.

En efecto, el derecho habla más alto, o, si se prefiere, habla más fuerte, pero lo que espera de los sujetos normativos no es respeto ni menos admiración, sino que se lo identifique y obedezca como derecho, sin perjuicio de que, si resulta demasiado inicuo para ser obedecido, esté siempre abierto el camino de la impugnación moral y el llamado a la desobediencia civil e, incluso, en situaciones extremas, a la desobediencia revolucionaria.



SOBRE FUNCIONES Y FINES Y SOBRE FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN

De nuevo sobre el concepto de derecho. Funciones y fines. Funciones y fines del derecho.

De nuevo sobre el concepto de derecho. Tanto el primero como el segundo y tercer capítulo de este manual fijaron una concepción del derecho de tipo normativista, esto es, dieron por establecido que el derecho es un orden normativo, o preferentemente normativo, o sea, un conjunto de normas y otros estándares que rigen el comportamiento humano en general y, asimismo –en cuanto el derecho regula su propia creación–, los actos de las autoridades normativas que lo producen, aplican, interpretan y que también razonan o argumentan en contextos de derecho. Por su parte, el capítulo cuarto, relativo a las fuentes del derecho, identificó los distintos métodos de creación de las normas jurídicas, esto es, identificó quiénes, valiéndose de qué procedimientos y con cuáles límites de contenido están autorizados para producir nuevas normas jurídicas del ordenamiento y para modificar o dejar sin efecto a las ya existentes. En cuanto al capítulo quinto, sobre el ordenamiento jurídico, mostró cómo las normas jurídicas, en razón de reconocer un fundamento común de validez, forman un todo unitario al que se llama, precisamente, ordenamiento jurídico. Por su lado, el capítulo sexto, planteó el problema de la interpretación e integración del derecho, esto es, estableció quiénes y por medio de cuáles elementos o criterios llevan a cabo



la tarea de fijar el o los posibles sentidos y alcances de las normas del ordenamiento, así como la de salvar los vacíos o lagunas que éste pueda presentar.

Del modo antes reseñado, los capítulos precedentes desarrollan sus respectivas materias sobre la base de asumir que el derecho es un conjunto de normas, aunque sirvieron también para mostrar la presencia en todo ordenamiento jurídico de estándares diferentes de las normas, como es el caso de los principios jurídicos, lo cual nos condujo a tener por más adecuada la idea de Hart en orden a que el derecho es algo que tiene que ver *preferentemente* con normas. Esta última constatación se vio también reforzada al advertir que, aun si se atiende sólo a las normas jurídicas, es posible verificar que no todas éstas funcionan propiamente como normas, esto es, como pautas de conducta que imponen un determinado comportamiento a los sujetos normativos con la pretensión de que éstos adecuen su obrar a tales pautas, sino que algunas de ellas cumplen funciones distintas, a saber, definir conceptos, otorgar competencias para producir nuevas normas, interpretar normas, derogar normas, etc.

Pues bien, la concepción del derecho que fue manejada en los capítulos previos de esta obra es la que será revisada en el capítulo final del libro, aunque no para abandonarla y sustituirla por otra, sino para precisar algunos alcances, como también ciertas matizaciones, que nos conducirán a una idea del derecho más elaborada y completa que la que hemos utilizado hasta el momento.

Establecido todo lo anterior, el presente capítulo se ocupa de algo que no hemos tratado hasta ahora, a saber, de las *funciones* y de los *finés* del derecho. Cuando más hemos aludido a las funciones habituales de las normas jurídicas –mandar, prohibir, permitir, amén de otras ya mencionadas poco más arriba, como definir conceptos, interpretar, derogar–, y, del mismo modo, hemos identificado las funciones que cumplen los principios jurídicos. Pero una cosa son las funciones de las normas y de los principios como componentes o piezas del derecho, y otra distinta son las funciones que el derecho cumple como tal.

Cosas distintas son también las *funciones* y los *finés* del derecho, de manera que cuando hablamos de funciones del derecho

hablamos de algo distinto de cuando lo hacemos acerca de sus fines. Por otra parte, una debida comprensión acerca de qué se entiende por funciones y qué por fines del derecho, y una adecuada identificación de cuáles son tales funciones y fines, colabora de manera importante a un mejor entendimiento del derecho en ese sentido objetivo del término que hemos utilizado preferentemente en este libro. Cuando se afirma que el derecho es un orden normativo y a esa constatación se agrega todo lo que en los capítulos precedentes de esta obra ha sido explicado acerca de las fuentes del derecho, del ordenamiento jurídico, de la interpretación e integración del derecho, y del razonamiento jurídico, es bastante lo que del derecho puede llegar a conocerse. Pero ese conocimiento quedaría trunco sin una mención a las funciones que el derecho cumple en la sociedad y a los fines que aspira realizar en ésta. Unas funciones que suelen ser estudiadas en profundidad por la Sociología Jurídica, y unos fines que acostumbran serlo por la Filosofía del Derecho, pero que, por lo dicho previamente aquí, es del caso presentar y analizar, aunque sea en forma breve, en todo curso de Introducción al Derecho.

Funciones y fines. Antes de identificar *qué* se entiende por funciones y por fines del derecho, así como antes de identificar *cuáles* son tales funciones y fines, es preciso establecer qué se entiende, en general, tanto por “funciones” como por “fines”.

En ambos casos se trata de palabras que no son unívocas, esto es, que no son empleadas siempre en un mismo sentido. Esto acontece habitualmente con la mayoría de las palabras –que no se las utilice siempre en un mismo sentido–, aunque esta característica de las palabras se agudiza en el caso de ciertos términos que, como los dos que ahora nos ocupan, tienen posiblemente una mayor vaguedad e indeterminación que otros. Además, se trata de palabras que no sólo se emplean en diferentes sentidos, sino que el significado que se les atribuye depende muchas veces de las teorías o puntos de vista que puedan sostenerse acerca de las funciones y de los fines. Para mayor complicación aún, se trata de dos palabras cuyos significados a veces se confunden, que es lo que acontece, por ejemplo, cuando se identifican como las funciones de algo lo que en verdad constituyen sus fines, o,



al revés, se señalan como los fines de algo aquellas que son sus funciones.

La palabra “función”, tal como se lee en el texto de *Introducción al derecho* que en España coordinó Javier de Lucas, alude a que un elemento (X) desarrolla una tarea (Y) en un contexto determinado o en un sistema más amplio (S) en el que ese elemento está inserto.

En consecuencia, cuando se pregunta por la *función* de algo, por lo que se pregunta es por la tarea que ese algo cumple, por lo que hace, por aquello que realiza según su condición, por lo que hace o ejecuta de manera apropiada a lo que de ese algo se espera.

Por su parte, la palabra “fin” alude al objetivo a cuya consecución se dirige algo, a aquello para lo cual algo está en definitiva constituido.

Por tanto, no se alude exactamente a lo mismo con la expresión “funciones” que con la palabra “fines”. La primera de esas palabras alude a lo que algo hace, realiza o ejecuta de acuerdo a su condición, mientras que la segunda se refiere al objetivo que se persigue por algo o a lo cual éste se dirige. Cuando preguntamos por las funciones de algo preguntamos *por lo que hace*, en tanto que cuando preguntamos por los fines preguntamos *para qué lo hace*. De este modo, la palabra “fines” sugiere algo ulterior, algo que está situado más allá de las funciones, algo, por último, que de alguna manera se refiere al para qué de las funciones.

Así, la función de la mano es asir, aunque su fin es facilitar una mejor existencia y desempeño del hombre en todo lo que concierne a su existencia y desarrollo.

De alguna manera, por lo mismo, las funciones están en las cosas mismas, mientras que los fines estarían fuera de ellas. Las funciones de algo serían inherentes a la cosa que las tiene, mientras que los fines constituirían los propósitos o expectativas que algo procura satisfacer en último término.

Sin embargo, tanto las funciones como los fines comparten la característica de la *gradualidad*, en el sentido de que unas y de otros puede darse un juicio acerca de la medida en que son ejecutadas y cumplidos. Así, de algo puede decirse que cumple mejor o peor sus funciones, y, asimismo, que realiza mejor o

peor sus fines. En todo caso, pareciera que lo menos que puede esperarse de algo es que cumpla las funciones que le son propias, aunque no consiga realizar plenamente sus fines. Con esto último queremos decir que si bien los fines son más importantes que las funciones, puesto que éstas son de algún modo instrumentales respecto de aquellos, se es más condescendiente para juzgar una incompleta realización de los fines que una inadecuada ejecución de las funciones. De este modo, que una de nuestras manos no consiga asir las cosas nos preocupa más que constatar que cuando ella logra asir las cosas colabora sólo en forma parcial al fin de tener una buena existencia.

En otras palabras, aceptamos de mejor manera la gradualidad en la realización de los fines de las cosas que en la ejecución de sus funciones, quizás porque contamos con que los fines son metas tan deseables como difíciles de alcanzar en plenitud.

Funciones y fines del derecho. Aplicando al derecho lo expuesto en el acápite anterior, podemos decir que las *funciones* del derecho aluden a las tareas que éste realiza en un contexto dado. Así, si la idea de función, en general, alude, como decíamos, a que un elemento (X) desarrolla una tarea (Y) en un contexto determinado (S), tratándose de las funciones del derecho ese elemento es precisamente el derecho y tal contexto no es sino el sistema social del que el derecho forma parte.

Así las cosas, preguntarse por las funciones del derecho equivale a preguntarse por las tareas que el derecho cumple, o sea, por todo aquello que el derecho realiza o ejecuta de acuerdo con su condición de orden normativo en el contexto más amplio de los diversos órdenes normativos que existen en toda sociedad. Por lo mismo, cuando se inquiera por las funciones del derecho, lo que se trata de averiguar son las que éste tiene universalmente y no las que puedan ser expresión de una determinada dirección ideológica, sea ésta conservadora o reformista.

Por otra parte y tal como fue señalado antes, es preciso no confundir las funciones de las normas jurídicas con las funciones del derecho. Según los distintos tipos de normas que pueden ser identificadas en cualquier ordenamiento jurídico evolucionado, hay normas que mandan, normas que prohíben, normas que



permiten, normas que otorgan competencia para producir otras normas, normas que definen conceptos, normas que interpretan otras normas, y normas que derogan normas. En consecuencia, mandar, prohibir, permitir, otorgar competencias, definir, interpretar, derogar, pueden ser vistas como funciones que cumplen las normas, aunque no se trata de las funciones que el derecho cumple como orden normativo dentro de la sociedad, según veremos a continuación.

En cuanto a los fines del derecho, se trata del objetivo, o de *los objetivos*, a cuya consecución el derecho se dirige u orienta, esto es, aquello para lo cual el derecho está en definitiva constituido. Son, como dice Ferrari, “objetivos que una sociedad trata de desarrollar a través de las instituciones jurídicas”.

Por tanto, preguntarse por las funciones del derecho es preguntarse por las *tareas* de éste; en cambio, preguntarse por los fines es inquirir acerca de las *aportaciones*, acerca de los *servicios* que el derecho aspira a prestar en relación con la vida del hombre en sociedad. Preguntarse por las funciones del derecho es preguntar *qué* hace el derecho y *cómo* lo hace, en tanto que preguntarse por los fines del derecho es inquirir acerca de *para qué* hace el derecho lo que hace. Las funciones, en cuanto tareas, se *demandan* de todo derecho; en cambio, los fines, en cuanto aportaciones o servicios, se *esperan* de todo derecho. Esto último, sin embargo, no significa que los fines del derecho sean menos importantes que sus funciones –de hecho, los fines son más importantes que las funciones–, sino que la gradualidad en su consecución es más acusada que tratándose de las funciones. Así, una de las funciones del derecho es la guía u orientación del comportamiento humano, en tanto que uno de sus fines es la justicia, de manera que todo derecho debe tener cuando menos un buen rendimiento o resultado en cuanto al cumplimiento de esa función, aunque dicho rendimiento o resultado sea menor por lo que respecta a la realización del fin antes señalado.

Con todo, no debe perderse de vista que existe una evidente relación entre las funciones y los fines del derecho, puesto que determinadas funciones del derecho se vinculan estrechamente con determinados fines de éste, en el sentido que la más plena realización de esos fines depende de una más eficaz ejecución

de las correspondientes funciones. Así, por ejemplo, si una de las funciones del derecho es orientar comportamientos de la manera más precisa posible y establecer instancias públicas e imparciales que puedan declarar cuándo esos comportamientos se ajustan a lo previsto, un eficaz cumplimiento de esa función por parte de un ordenamiento jurídico dado favorece la mejor realización del fin de seguridad jurídica que se atribuye al derecho.

Planteada ahora la cuestión de las funciones y fines del derecho por referencia a las diversas disciplinas que se ocupan de éste como objeto de conocimiento y a la división del trabajo que llevan a cabo esas disciplinas, puede decirse que las funciones del derecho, en cuanto se relacionan de preferencia con la dimensión *fáctica* del fenómeno jurídico, constituyen una materia relevante de estudio para la Sociología del Derecho, mientras que los fines del derecho, como expresión de la dimensión *valorativa* del mismo, son en forma habitual presentados como algo a ser tratado por la Filosofía del Derecho. Dicho brevemente, la cuestión de las funciones del derecho tiene un alcance *descriptivo*, y por ello compete a la Sociología Jurídica, en tanto que la de los fines tiene una dimensión *prescriptiva* y es de competencia de la Filosofía del Derecho.

Los fines del derecho suelen ser también presentados como los *valores* del derecho, y entre quienes cultivan la filosofía jurídica existe una cierta coincidencia en que el tema de los valores es uno de aquellos en los que esta última disciplina concentra sus esfuerzos cognoscitivos. Todavía más, hay autores como Gustav Radbruch y Hans Kelsen que consideran que el tema de los valores jurídicos es el único del que debe ocuparse la filosofía del derecho. Para el primero de esos autores, la filosofía jurídica debe constituirse como teoría del derecho justo, lo cual quiere decir que su cometido tiene que ver con el derecho ideal, con el derecho que debería ser establecido de acuerdo a una determinada perspectiva de los valores. Para Kelsen, el objeto de la filosofía jurídica no es el derecho positivo, el derecho puesto, el derecho que *es*, sino el derecho que *debe ser*, el derecho que debe ser puesto o establecido, de donde se sigue que para este autor la Filosofía del Derecho constituya una rama de la filosofía moral.



Si se toma una definición clásica de Sociología del Derecho, como la de Arthur Nussbaum, por ejemplo, se comprueba que a esta disciplina le interesa la facticidad del derecho, y, por tanto, investiga acerca de las condiciones fácticas de carácter social, político y de cualquier otro orden de las que surgen las reglas jurídicas, a la vez que examina los efectos sociales, políticos y de cualquier otra clase producidos por aquellas normas. Por otro lado, si se toma una definición tradicional de Filosofía del Derecho, como la de Giorgio Del Vecchio, se comprueba que, entre otras investigaciones que se atribuyen a la filosofía jurídica, se encuentra la de valorar el derecho según un ideal de justicia trazado por la pura razón.

Por expresarlo ahora en términos más sucintos, la Sociología Jurídica fija su atención en los *hechos* jurídicos, mientras que la Filosofía del Derecho fija su atención en los *valores* o *finés* del derecho, aunque en este contexto la palabra “valores” tiene un significado distinto de aquel que le dimos cuando incluimos a los valores superiores del ordenamiento jurídico como uno de los componentes o estándares del derecho.

Manfred Rehbinder, a la hora de identificar la meta cognoscitiva de cada una de esas dos disciplinas, como también la de la Dogmática Jurídica, delimitando de ese modo el ámbito de investigación de cada una de ellas, dice que la Filosofía del Derecho se pregunta por la justicia del derecho, ocupándose de las ideas de valor que se sitúan tras las concretas regulaciones jurídicas y examinando su razonabilidad. Considera este autor que la reflexión sobre el derecho correcto (justo) es asunto de la Filosofía del Derecho, la que se pregunta “por el *a dónde* (establecimiento de fines político-jurídicos) y por el *porqué* (jerarquía de valores)”. Por consiguiente, el objeto de investigación de la filosofía jurídica es la *idealidad* del derecho.

Por su parte, la Dogmática Jurídica se pregunta acerca de lo que vale o rige como derecho en una determinada situación y trata de determinar el contenido de sentido de las disposiciones jurídicas concretas de un ordenamiento jurídico dado. Así, el objeto de su investigación es la *normatividad* del derecho.

En fin, la Sociología Jurídica se pregunta por la realidad social del derecho y su objeto de estudio es la *facticidad* del derecho.