

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA Y EL PROBLEMA DEL PRINCIPIO DEL DERECHO

I

El Derecho positivo es un objeto hecho por el hombre. Pero no puede ser elaborado arbitrariamente: tiene que servir a ciertos fines (1), tiene que desarrollarse de acuerdo a ciertos principios y garantizar su realización.

En la tradición filosófica y jurídica de Occidente, claramente desde Sócrates y sus grandes continuadores Platón y Aristóteles, más específicamente desde los estoicos hasta Kant y Fichte, dominó la tesis de que efectivamente había ciertos principios directores del Derecho positivo que habían de imponerse a la voluntad humana, fuera ésta la del particular o la del gobernante. Era la doctrina del Derecho natural. Y aunque había divergencias en muchos puntos especiales, incluso en tan importantes como el del primado del aspecto objetivo o del subjetivo del Derecho, la idea central de la doctrina era generalmente reconocida. Su negación fué entonces obra de pensadores aislados, y no llegó a ser preponderante.

Pero en el siglo XIX esa situación se invierte: historicismo y utilitarismo, positivismo y materialismo, biologismo, sociologismo y etatismo, de acuerdo todos en la negación del Derecho natural, pero en profundo desacuerdo sobre sus propias tesis y sobre sus últimas motivaciones, impusieron a la época aquella negación, que, por ser su única doctrina común, era su fuerza, y la teoría del Derecho natural, combatida y desplazada, se convirtió en una corriente secundaria, sin eficacia sobre los espíritus, cuando no se extinguió completamente.

Entre tanto, muchos de los que en nuestro siglo se hicieron eco de

(1) V. mi *Eidética y aporética del Derecho*. Espasa-Calpe Arg., Buenos Aires, 1940, p. 50 ss.

aquellas teorías no llegaron a pensar con claridad cuáles eran sus últimas consecuencias, o, si las pensaban, no creían en serio que pudieran realizarse. Fué necesario que lo inverosímil se verificara, que una política sin miramientos produjera las grandes transformaciones políticas y sociales que en las últimas décadas conmovieron a algunas naciones e hirieron en carne propia a tantos —entre los cuales, a muchos partidarios de aquellas teorías— para que sus consecuencias se patentizaran por sí mismas.

Y, efectivamente, si los principios morales y jurídicos no son sino la consecuencia de la constitución biopsíquica de la especie humana, ¿qué razón podrá oponerse a que se traduzcan en leyes jurídicas las indudables desigualdades biológicas que distinguen a las razas o las psíquicas que median entre los individuos? La moral de Spencer y más estrictamente la de Nietzsche será su conclusión lógica.

Si el Derecho positivo no es más que la voluntad del Estado, no hay crítica válida contra un Estado que limita o suprime algunas o todas las libertades, o desconoce el aspecto legítimo de la propiedad individual.

Si los juicios de valor y en especial las leyes, no pueden surgir fuera del horizonte —y sólo como expresión— de una conciencia colectiva a la *Durkheim*, ¿cómo podrá desaprobarse una conciencia colectiva fuerte y densa que empuja a la guerra de conquista, está convencido de que «Derecho es lo que los varones arios aprueban», decreta la *capitis diminutio* de una raza o somete incondicional y totalmente el individuo al grupo?

Y la beatífica teoría del progreso constante y necesario, si en una época la prostitución y el alcoholismo han aumentado, si el odio de clases se ha exacerbado, si el despotismo ha suplantado a la libertad, ¿qué podrá decir para no violar su propia lógica, sino que «el progreso es así» y comunicar a la marquesa que «*tout va très bien*»?

Y así con las otras.

Hay, pues, que escoger: o esas doctrinas son verdaderas, y entonces no podemos sino aceptar sus consecuencias; o rechazamos las consecuencias, y habrá que declarar también el error de sus premisas.

Los que niegan el Derecho natural no saben lo que hacen. Pues lamentar la crisis de los derechos de la persona y negar simultáneamente el principio suprajurídico en que se fundan, es una actitud semejante a la del que después de haber socavado los cimientos se sorprende de que la casa se desplome.

II

En la filosofía clásica del Derecho, aunque la justicia desempeña una función preponderante, no constituye el fundamento primero del orden jurídico. Ella misma necesita un respaldo y se apoya en la naturaleza, en la «naturaleza de las cosas» y particularmente en la «naturaleza humana», que no es más que una especificación de la primera, puesto que la significación de «cosas» coincidía en el contexto con la de «entes en general». La idea de justicia era derivada: se fundaba en último término en la de Derecho natural.

Pero cuando, a fines del siglo pasado, se inicia la reacción contra un positivismo jurídico, considerado estéril o peligroso, se advierte la tendencia en algunos a reivindicar a la justicia como idea orientadora del Derecho, desglosándola, sin embargo, de su base jusnaturalista. Así ocurre, por ejemplo, en el jurista Gierke y en el filósofo Spencer antes ya que en Stammler. Sería importante hurgar en las fuentes para indagar cómo se origina en el último tercio del siglo pasado y se desenvuelve esta concepción, que se extiende hasta nuestros días.

Pero, bien miradas las cosas, ella es insostenible y contribuye a atizar las críticas contra un pensamiento en sí mismo verdadero. La idea de justicia no se basta a sí misma. Requiere un fundamento que la trasciende.

III

La justicia es concebida ya como virtud, ya como idea del Derecho. Pero esta diferencia no es decisiva para ejecutar el análisis de su esencia, pues radica simplemente en el sujeto inmediato sobre el que recae el juicio de valor. En un caso enunciamos: «la acción de A es justa», en otro, «tal ley es justa». O, si se quiere, de otro modo: en un caso la concebimos como norma de la conducta social humana, en otro, como norma del contenido del Derecho positivo. Pero éste tiene por objeto precisamente la conducta social humana, es sólo un fenómeno de mediación, de suerte que la idea del uno no puede ser sino la norma (por lo menos una de las normas) de la otra. La justicia es, en último término, la idea de una cierta conducta del hombre.

IV

Determinar la esencia de la justicia significa distinguirla de la injusticia y de otros valores morales. Esto supone que la justicia tiene un ser que se impone a la conciencia, que no es una creación de la fantasía ni una mera expresión del arbitrio o del deseo, ni tampoco cualquier contenido del Derecho positivo. Es esto lo que quiere indicarse cuando se dice que la justicia es una norma o esencia objetiva.

Desde los sofistas y los escépticos, sin embargo, esta tesis ha hallado siempre resistencia y se le han opuesto objeciones que, en forma diversa, reiteran más o menos las mismas razones. Ahora las examinaremos brevemente en la forma en que en los últimos tiempos las ha recogido Kelsen.

Según él la justicia es un valor subjetivo, irracional, que se resiste a un conocimiento científico porque:

1) Las normas que le sirven de modelo varían de individuo a individuo: la igualdad o la libertad, el pacifismo o el imperialismo, el nacionalismo o el internacionalismo, una concepción religiosa o atea;

2) Esta norma existe sólo para aquellos que desean lo que la norma prescribe. En última instancia, es la expresión del interés de una persona; pero como ésta no tiene conciencia de sus propios móviles, cree que hay una justicia independiente de la voluntad humana. Es una ilusión típica originada en la objetivación de intereses subjetivos. Por eso no hay un ideal de justicia sino muchos diferentes (2);

3) Sólo ha llegado a fórmulas vacías, como «haz el bien y evita el mal», «a cada uno lo suyo», «guarda el justo medio» (3).

En esta argumentación hay que destacar, ante todo, algunas confusiones: ni el pacifismo ni el imperialismo, ni el nacionalismo ni el internacionalismo, han constituido nunca el contenido de la idea de justicia. Son procedimientos del arte política que en parte dependen de ideales exteriores a la justicia, como la paz o la guerra, el valor de la nación o de la humanidad, y en parte son susceptibles de los predicados «justo» e «injusto», en los cuales está supuesta *a priori* la idea de justicia como norma de su discriminación.

(2) KELSEN, *Value judgements in the Science of law*, 1942. En *La teoría del Derecho Natural y otros ensayos*. Losada, Buenos Aires, 1946, p. 262 ss.

(3) KELSEN: *La teoría pura del Derecho*. Losada, Buenos Aires, 1941, p. 40 y siguientes.

Tampoco las fórmulas: «hay que hacer el bien y evitar el mal», ni «guardar el justo medio» son fórmulas de la justicia. La primera es el principio de la moral de Santo Tomás; la segunda, el de la moral de Aristóteles, que recoge la tradición griega desde la época de los siete sabios. Pero la justicia no es toda la moral. Por eso no discutiremos aquí si aquellas fórmulas son o no vacías. Lo que pensamos sobre ello se inferirá de lo que expliquemos al examinar la tercera fórmula.

En segundo lugar, la argumentación exagera las discrepancias: no siempre la igualdad y la libertad están en oposición, antes bien, la igualdad de derechos y la libertad se corresponden: la justicia como libertad sólo tiene sentido como igualdad de todos en la libertad, y la igualdad de derechos supone la libertad de los que tienen tales derechos.

En muchos tipos de acciones o de estados hay consenso universal o casi, por ejemplo, que la esclavitud, el homicidio y el robo son injustos; que pagar las deudas o indemnizar al dañado o cuidar de los hijos son justos.

Los demás hechos aducidos por Kelsen son exactos, pero no demuestran la tesis subjetivista. Es cierto que unos conciben a la justicia como libertad y otros como igualdad material absoluta; pero esto, lejos de demostrar que no hay idea de justicia, prueba, por el contrario, que la hay y que los hombres intentan dilucidar su verdadera esencia. Sería, por cierto, una argumentación evidentemente errónea aquella que, partiendo de la situación indiscutible de que hay distintas opiniones sobre la esencia de la vida, que unos son mecanicistas, otros organicistas y otros vitalistas, concluyera que no existen la vida ni los seres vivos.

La discrepancia de opiniones no es nunca una objeción contra la existencia del objeto, sino, en el mejor de los casos, contra la insuficiencia de nuestro *conocimiento* del objeto.

Por otra parte, no todas las opiniones valen lo mismo. Ni la pluralidad de opiniones entraña que ninguna de ellas haya de ser verdadera, ni tampoco que la opinión de la mayoría sea la verdad o la más aproximada a ella. Hay la opinión del entendido y la del profano.

Estrictamente hablando, los errores están mucho más extendidos que las verdades y, si habitualmente afirmamos lo contrario, es porque partimos siempre de la ficticia convención de tomar a las naciones de Occidente por toda la humanidad. Pensemos en los millones de hombres que en las selvas del Brasil, en el centro de Africa o en la Siberia jamás han pensado que la tierra gira sobre su eje, o que creen que puede matarse a un enemigo lejano, trazando su figura en la are-

na atravesada por una flecha. Pero aun en las naciones cultas, es evidente que los enunciados de la alta ciencia de la naturaleza y sus fundamentos (y no su vulgarización por la enseñanza) son el patrimonio de una ínfima minoría.

En el mundo humano la situación no es exactamente igual. Pero la diferencia es sólo de grado. Es cierto que los intereses y los deseos influyen a veces fuertemente en lo que se pretende justo o injusto. De ahí, empero, no puede concluirse que la justicia no sea más que la mera expresión de los estados subjetivos, y de que sea imposible determinar su esencia. El subjetivismo no puede explicar por qué los hombres, cuando quieren hacer prevalecer sus intereses, no declaran simplemente «es mi interés», sino que lo disfrazan siempre bajo el enunciado «es justo». Precisamente cuanto más hipócrita e ilegítima es esta sustitución de conceptos, tanto más claramente implica el reconocimiento de que los hombres admiten una justicia objetiva, cuyas exigencias están dispuestos, por lo menos teóricamente, a acatar, como no lo estarían ante una mera pretensión de intereses. Si el mayor interés de un interés es el de hacerse valer como justo y no como interés, es porque la idea de justicia tiene un ascendiente en la conciencia humana que no lo tiene el mero deseo.

Que los intereses obnubilen la intuición de lo justo, no significa que sea imposible llegar a obtenerla. También en las ciencias la pasión y los prejuicios obstaculizaron muchas veces la conquista de la verdad. Por eso hubo de exigirse pronto en ella el sacrificio de los prejuicios y de los intereses en aras de la pura objetividad. En el mundo humano y más especialmente en el de la regulación de la conducta, la objetividad es más difícil de realizar, porque el hombre es aquí a la vez sujeto y objeto. La mayoría de los hombres no posee una noción clara de la justicia ni de sus exigencias. Y esta es una de las razones que justifican la legislación positiva. Pero eso no significa, ni mucho menos, que su conocimiento sea imposible. Hay relaciones en las que yo no soy parte, en las que no tengo interés, y, por consiguiente, donde éste no interferirá en mi conocimiento. En esta posibilidad se basa la exigencia de un tercero que sea juez o árbitro, porque siendo ajeno a la situación de las partes, puede decidir con justicia. En ella se apoyó también Solón, cuando después de dictar la constitución de Atenas, se desterró voluntariamente por diez años; en ella también, las ciudades griegas cuando encargaban la constitución a un legislador que no era ciudadano de ellas (Protágoras, para Thurium; Platón, para Megalópolis, etc.).

En todo caso, el análisis, la meditación, la reflexión crítica sobre los propios sentimientos tienden a colocar al hombre en situación favorable para poder discernir objetivamente, con independencia de su interés.

Recogiendo una vieja objeción, aduce Kelsen que la justicia definida como «dar a cada uno lo suyo» es una fórmula vacía. Esto no es exacto porque ella tiene un contenido significativo perfectamente inteligible y diferenciable de otros, como «sustraer a cada uno lo suyo», «dar a cada uno lo ajeno», «vencer el temor», «dominar el placer», etc.

En cambio, es exacto afirmar que aquella definición es formal. Ya hemos dicho antes que la justicia no se basta a sí misma y que requiere una fundamentación que está más allá de ella misma. Pero esto no significa que la justicia sea una idea vacía o inocua, sino, por el contrario, que es necesario avanzar hasta el conocimiento de aquello que, solamente aludido en su idea, la funda y le confiere sentido.

Finalmente, si la tesis subjetivista fuera la verdadera, si no hubiera ninguna idea objetiva orientadora, el Derecho sería una formación arbitraria, dependiente sólo de aquellos que tienen el poder de dictarlo. El Derecho sería la expresión de la voluntad de los grupos que detentan la fuerza social, sea política, sea económica. A la pregunta: «¿cómo debe ser el contenido del Derecho?», la respuesta será: «no debe ser ninguno; puede ser cualquiera». Si semejante contenido jurídico se hará vigente por el consentimiento o por los tanques, es un problema subsiguiente que deja intacto el de su justificación intrínseca.

Esta consideración no demuestra, desde luego, que haya efectivamente principios objetivos. Pero ilumina la consecuencia rigurosa de su negación.

V

La tesis de Hobbes se reduce, en el fondo, a lo mismo. Definir la justicia como el mero cumplimiento de los pactos significa, a través de su extrema formalización, la negación de todo contenido objetivo. Según ella, ningún contenido es en sí mismo justo; pero cualquier contenido es justo con tal que haya sido consentido. Las acciones y sus consecuencias son indiferentes, se hacen justas por haber sido objeto de un contrato y sólo por ello. Lo justo depende totalmente de un hecho positivo humano: el consentimiento. Este es, pues, convertido

en un absoluto. Ninguna acción o situación provocada con consentimiento sería injusta: darse como esclavo, dejarse mutilar, tomar en préstamo uno y tener que devolver diez, renunciar a los alimentos, todo esto sera justo con tal de haber sido convenido.

Pero nuestra conciencia nos dice que todo eso es más bien injusto. Tiene perfecto sentido preguntarse si el contenido de un contrato, como el de una ley, es justo o injusto. Por consiguiente, la distinción de lo justo y de lo injusto no coincide con la de lo pactado y lo no pactado. Es transversal a ella. Por otra parte, es mucho más amplia que ella, puesto que hay relaciones humanas que no se originan en los pactos, como la filiación, la ejecución de un daño, la ocupación de una cosa, y que, sin embargo, son objeto de una apreciación por la idea de justicia.

VI

La justicia es un valor de la conducta humana y en este sentido, un valor moral, aunque pertenezca a un grupo (paz, orden, libertad, seguridad, solidaridad) que posee ciertas determinaciones que lo diferencian de otros grupos de valores morales, como el amor, la fidelidad y la generosidad o como la valentía, la templanza y la magnanimidad. Y, como todo valor moral, la justicia tiene una esencia que desde cierto punto de vista es material y desde otro formal. Es material en cuanto su contenido difiere del de todo otro valor moral: la justicia no es el amor, ni la prudencia. Pero es también formal porque su contenido, al igual que el de todo otro valor moral, no es susceptible de una determinación puramente inmanente, sino que debe hacerse por referencia a ciertos valores extramorales. Según Scheler, bueno es aquel acto que está dirigido a la realización de un valor positivo o a la del valor superior para el grado de conocimiento del sujeto; malo, el dirigido a la realización del valor negativo o a la del valor inferior. No puede negarse que en esta determinación de lo bueno y de lo malo yace cierta «formalidad»; lo cual no puede sorprender porque, según el mismo Scheler, la distinción formal-material es relativa y depende del *quantum* de materia requerido para el cumplimiento de la intuición. En rigor, materiales son los valores entendidos en el acto moral. Pero esos valores entendidos no son morales, sino valores ónticos que fincan en las cosas, en las situaciones o en los aspectos extramorales de los mismos hombres. Por ejemplo, buena es la acción dirigida a la conservación de mi salud, reprimiendo las tendencias que pudieran

perjudicarla, porque el valor de la salud, que es un valor de la unidad de mi cuerpo y en la totalidad de su existencia, es superior al valor de mi placer, que es un valor local y momentáneo. O bien, buena es la acción dirigida al perfeccionamiento espiritual o al auxilio económico de mi prójimo. Pero ni la salud, ni el placer, ni el perfeccionamiento espiritual, ni un bien económico son valores morales.

Esta situación se repite con respecto a la justicia. Sin dejar de ser por un lado material, la idea de justicia es formal porque requiere ser fundada también en valores materiales extramORALES.

VII

La justicia es un criterio de medida, y ese criterio es la igualdad. Es ésta la noción «común» de la justicia desde los orígenes de la filosofía occidental hasta nuestros días (4).

La igualdad es una relación que, como tal, tiene varios supuestos de hecho. Supone, ante todo, por lo menos, dos términos, dos hombres. Supone, además, que los hombres entran en relaciones recíprocas, que se manifiestan en acciones, ya de los unos directamente respecto a los otros, ya indirectamente sobre las cosas que entre ellos median. La igualdad es, pues, una relación entre relaciones.

Pero la justicia no es, en rigor, una igualdad, sino una igualación. No consiste en la comprobación de que dos cosas son iguales, sino en un tratamiento igual de las relaciones humanas.

Sólo que con sus supuestos de hecho no quedan determinados ni el sentido ni la materia de la igualación. Porque una igualación puede consistir en cualquier tratamiento con tal que sea igual para los que son iguales. Podría consistir, por ejemplo, en hacer a todos igualmente esclavos, o en torturarlos igualmente. O si se emplea la igualdad proporcional: a los liberales, la piedra de Sísifo; a los socialistas, el lecho de Procusto.

Si nos negamos a considerar ese tratamiento como justicia, aducien-

(4) PITÁGORAS in ARISTÓT., *M. M.* 1182 a 11 ss.; PLAT., *Legg.*, 757 c.; XENOPH., *Cyrop.*, I, 6, 31-34; 3, 18; ARISTÓT., *E. N.*, 1131 a 10; CIC., *De Off.*, I, 19; STO, TOMÁS, *S. Th.*, II, II, 61, 2 ad 2.^o; DANTE, *De Monarch.*, II, 5; PASCAL, *Pensées*, 238, éd. Pléyade; ROUSSEAU, *9ème. lettre de la Montagne*; PROUDHON, *De la Justice*, I, p. 183; IHERING, *Zweck*, 164; DEL VECCHIO, *La Giustizia*, VIII; HAURIU, *L'ordre social*, RTDC, 1927, p. 800; RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1933, p. 45; ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 97 ss.

do, con razón, que los sujetos *no lo merecen*, es porque no basta con la igualdad de tratamiento respecto a objetos iguales, sino que ella tiene otros supuestos que no son los meros supuestos de hecho. La justicia supone una adecuación entre la materia del tratamiento que se da, se exige o se otorga a un sujeto y la cualidad de ese sujeto. La justicia es el valor de una conducta adecuada al valor de un sujeto. Pero este momento axiótico del sujeto, que está supuesto en la justicia, es ajeno a la mera idea de igualación. La relación de adecuación entre el tratamiento de un sujeto y el valor de ese sujeto es *a priori* respecto a la igualación entre varios sujetos.

La Justicia aparece así como una idea derivada, que tiene que apoyarse en un principio superior. La mera igualación no basta como idea orientadora del Derecho: requiere la consideración de la esencia axiótica del hombre. La idea de la justicia es formal, pero adquiere un contenido material por los valores ónticos que ella supone y relaciona. Y es aquí donde hemos de reconocer la verdad imperecedera de la doctrina del Derecho natural cuando expresa que la justicia o las reglas del Derecho han de ser conformes a la naturaleza o a la naturaleza humana. Ninguna igualación tiene sentido si no se valora la naturaleza de los entes que han de ser igualados.

VIII

A la misma conclusión llegaremos si consideramos la fórmula romana: «*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*» (5). Hemos visto que hasta hoy se repite que esta definición de Ulpiano es vacía. Pero si la conectamos con sus antecedentes, adquirirá pleno sentido, y comprobaremos una vez más que, si bien es una idea formal —no vacía—, está al servicio de un principio superior, que es precisamente el que completa su significado.

La definición de Ulpiano se encuentra ya en fórmulas semejantes en Platón y en Aristóteles, pero sus fuentes directas e indiscutibles son estoicas. Ella es reproducción casi literal de las fórmulas de los fundadores. Zenón define la justicia: «La prudencia cuando da a cada uno lo que le pertenece» (6). Cleantes: «Se refiere a la dignidad (ἀξία)» (7). Crisipo: «La ciencia que asigna a cada uno su digni-

(5) D. I, I, 10.

(6) PLUT., *De virt. mor.*, 441 a.

(7) PLUT., *Stoic. rep.*, 1034 d.

dad» (8). Si dejamos de lado la primera parte de las fórmulas que se refiere a la reducción estoica de toda virtud al saber, todas enuncian que la esencia de la justicia es dar a cada uno lo que le conviene, lo que pertenece a su dignidad o valor ($\acute{\alpha}\xi\iota\alpha$). Estas fórmulas fueron recogidas por Cicerón, que las expone repetidas veces: «Justicia es un hábito del alma que consiste en dar a cada uno su dignidad, respetando la común utilidad» (9). «Justicia es la igualdad que otorga a cada uno su derecho según su dignidad» (10). La justicia es «la conservación de la sociedad humana, dar a cada uno lo suyo, y la fidelidad en los contratos» (11). La fórmula del *De inventione* coincide con la definición de Crisipo, pero evidentemente las tres son equivalentes en sus pequeñísimas variaciones y significan lo mismo que la definición de Ulpiano.

Ahora bien, es Cicerón el que nos revela el significado del *jus*, del *suum*, de la *dignitas*. Después de decirnos que la justicia «tiene su fundamento en la naturaleza» (12), explica que el *jus* por naturaleza exige la religión con los dioses (para los estoicos, dioses y hombres forman una comunidad en el Logos), la piedad con los padres y la patria, la gratitud con los amigos y los que nos han hecho otros servicios, la *vindicatio* frente a la violencia, el entuerto y el daño, el respeto con los que se destacan por algún mérito, la veracidad respecto a los hechos y los convenios (13). No hay texto en toda la literatura clásica que revele con tanta claridad lo que significa el *suum*. Según él, atribuir a cada uno su *jus* supone que los entes según su esencia o relaciones tienen *jura* diversos entre sí, cada uno de los cuales determina la conducta justa —la justicia—, que se les debe. Esos *jura* fundan

(8) *SVF.*, III, 262 ss.

(9) *De invent.*, II, 53, 160.

(10) *Rhet. ad Heren.*, III, 2.

(11) *De off.*, I, 5. Cf. *De Finib.*, V, 23, 65.

(12) *De invent.*, *id.*, *id.* Cf. *De legg.*, I, 15; *Finib.*, II, 18, 59.

(13) *De invent.*, II, 53, 161: «Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. Religio est, quae superioris cuiusdam naturae (quam divinam vocant) curam caerimoniamque affert; pietas, per quam sanguine coniunctis patriaeque benevolis officium et diligens tribuitur cultus; gratia, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur; vindicatio, per quam vis et iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur; observantia, per quam homines aliqua dignitate antecedens cultu quodam et honore dignantur; veritas, per quam inmutata ea, quae sunt aut ante fuerunt aut futura, sunt, dicuntur.» Cf. *id.*, II, 22, 65; *Part. or.*, 22, 78; 12, 42.

relaciones entre entes que están colocados en diferente situación: dioses y hombres, padres e hijos, benefactores y beneficiados, ofensores y ofendidos, testigos y atestiguados, etc. El *jus*, el *suum* natural es el que funda a la justicia y le concede su pleno sentido. Y son esas relaciones y situaciones las que están aludidas en la fórmula estoica «a cada uno su dignidad» y en la romana «a cada uno su derecho».

Por consiguiente, otra vez se nos ha hecho claro que la justicia es una idea formal —pero de ninguna manera vacía, como quiere Kelsen— que recibe recién su pleno sentido de un principio ajeno a ella: el *jus*, el *suum*, la ἀξία, el valor de cada cual.

IX

Si queremos mantener a la justicia como idea del Derecho positivo, hemos de conservar también el principio en que ella misma se funda. Pero ese *jus natura* no es ni el Derecho concebido como ley, ni el Derecho concebido como facultad, como poder moral de hacer y omitir. *Jus*, Derecho, tenía en la literatura clásica una tercera acepción, que desde el siglo XIX cayó en olvido, y que es más originaria que la distinción de Derecho objetivo y subjetivo. Es para los griegos τὸ δίκαιον, que Platón y Aristóteles distinguen cuidadosamente de la δικαιοσύνη; es el *justum* de Santo Tomás, Suárez y la escuela protestante del Derecho natural; es el *suum* de los romanos. Es aquello que pertenece al sujeto, no como concesión de una ley positiva, sino como consuencia de su naturaleza o esencia y valor, y que constituye el origen tanto de la pretensión como de la obligación.

Hay en la literatura estoica una definición del δίκαιον muy poco conocida, que menciona precisamente todos estos aspectos: «lo justo por naturaleza —dice— es lo que corresponde y lo que se impone a cada uno, según el valor de cada uno» (14). El *suum* entraña aquí tanto lo que corresponde a uno y le ha de ser reconocido o entregado por otro, como lo que se le exige frente a otro, y ambos aspectos están basados en el valor que cada uno tiene.

(14) Ps. Archytas: περί νόμου και δικαιοσύνης: refiriéndose al φύσεος δίκαιον: τοῦτο δε ἐστὶ τὸ ἀνάλογον και το ἐπιβάλλον ἐκάστῳ κατὰν ἐκάστῳ ἀξίαν. MULLACH, *Fragmenta philosophorum Graecorum*, I, p. 559.

X

La justicia se funda en el *suum* y éste, a su vez, en el valor de cada uno. La antigüedad clásica veía, ante todo, el valor desigual de cada uno, constituido ya por su naturaleza, ya por la situación de la relación en que cada uno se hallaba. Y es esa desigualdad la que está supuesta en la definición de Ulpiano y que aparece desarrollada, como hemos visto, en el *De inventione*.

Entre tanto, desde la aparición del cristianismo, se ha extendido cada vez más hasta dominar, la idea de que más allá de todas las desigualdades y más profunda que todas ellas, hay una igualdad esencial entre todos los hombres. Todo hombre tiene un *suum* que le corresponde en cuanto tal. Lo «suyo» implica la distinción de los individuos y, por tanto, la de lo mío y lo tuyo. Pero lo importante es aquí que lo mío y lo tuyo son considerados iguales: lo que es tuyo es igual a lo que es mío. ¿De qué cosas está constituido ese suyo que es igual en ti y en mí? En términos filosóficos: ¿cuál es la materia de lo suyo en general? Entre otras cosas: la vida, la integridad de los miembros, la salud, las cosas exteriores necesarias para la subsistencia, la libertad, las facultades espirituales, las propias obras, sean materiales o espirituales, el honor. Cada una de ellas constituye un bien, porque encarnan valores positivos cuyo portador es el hombre mismo. Este suyo de cada uno exige el respeto y el reconocimiento por parte de todos, y puede ser defendido y vindicado directamente en caso de ser vulnerado. Es el objeto propio y primero de la justicia y lo que suprime la ambigüedad del mero tratamiento igual. Lo llamamos el «suyo primario». E inmediatamente preguntamos: ¿en qué se funda este suyo primario; por qué el hombre tiene este derecho que es siempre exigible y vindicable? Ese fundamento no radica en la individualidad. Ni la individualidad del mero ente, ni la del cuerpo, ni siquiera la individualidad biopsíquica del hombre pueden fundar el suyo primario. El animal tiene no sólo una individualidad biológica, sino también psíquica, y, sin embargo, no tiene derecho. Mas bien, el derecho, lo suyo del animal, es el de ser utilizado por el hombre. Tampoco puede fundarse el derecho del hombre en un supuesto estado de naturaleza en el que los hombres, por vivir aislados, gocen del derecho de igualdad y libertad, no sólo porque tal estado es una abstracción, puesto que el hombre está ya siempre en una comunidad, sino también porque el

suum no tiene sentido en el aislamiento, sino precisamente en las relaciones de una comunidad real.

No puede fundarlo tampoco en que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Yo creo en la verdad de esa proposición y creo que ella suministra un apoyo para la última fundamentación teológica del suyo primario. Pero esa verdad es de carácter revelado y requiere el tratamiento de los *preambula fidei*. Por otra parte, el enunciado bíblico, antes que una verdad sobre el hombre nos ofrece más bien la vía para saber algo sobre Dios. Pues no puedo conocer nada positivo sobre la esencia y los atributos de Dios, sino por analogía con sus creaturas. Solamente si conozco la esencia del hombre, podré luego, analógicamente, predicar algo de Dios, y sólo entonces es que tendrá pleno sentido decir que el hombre ha sido creado a su imagen y semejanza. En todo caso no puedo admitir que la frase bíblica sea *el único* fundamento del *suum* (15). Pues ello importaría negar la posibilidad de hallar un fundamento por la vía del conocimiento natural. Y esto es precisamente lo que buscamos y lo que postula una teoría de la justicia con validez universal.

El «suyo primario» se funda en que el hombre es persona. No podemos desenvolver aquí toda una teoría de la persona. Nos limitamos a destacar lo que con urgencia reclama nuestro problema (16). La persona es un centro espiritual de actos cognitivos, valorativos y volitivos. Ese centro espiritual que puede reflexionar sobre sí mismo, permite al hombre zafarse del mundo circundante en que estaría irremisiblemente inmerso si fuera una pura naturaleza animal, establecer una distancia entre él y las cosas y hacerlas así objeto de su conocimiento y de su valoración, y decidir libremente sobre sus acciones.

Ese centro de pensamiento, estimación y voluntad libre que constituye la persona es la esencia del hombre y lo que le concede un valor cualitativamente diferente y superior a todas las demás especies de entes mundanos. Es el valor, es la dignidad eminente del hombre. La persona es así fin, no sólo frente a las cosas, sino también respecto a los componentes no personales del ser del hombre, ser físico, vida, psiquismo, como elementos dinamizados por ella al servicio de su actividad propia.

El valor supremo de la persona no debe confundirse con los valores

(15) Es la tesis de E. BRUNNER, el teólogo protestante compañero de K. BARTH, en su obra *Gerechtigkeit*, p. 40 y ss.

(16) Nos inspiramos en la conocida doctrina de SCHELER, que desarrollamos libremente.

que puede adquirir el hombre con sus actos, como si se tratara de los méritos que ha conquistado con ellos. El valor de la persona es un valor óntico, no un valor de actos ni de estados ni de situaciones. Es el valor intrínseco de la persona como tal. Por eso es inamisible. El suyo primario no se funda en lo que el hombre haga o rinda, sino en lo que el hombre es.

Pero la esencia del hombre es independiente de la unidad de origen de la especie humana considerada como especie animal de nuestra descendencia biológica desde Adán. No la unidad de origen, sino la unidad de esencia espiritual es lo decisivo.

Por eso, tampoco la figura exterior ni la estructura biológica del hombre puede ser el fundamento del suyo primario. Pero donde haya un ente que posea las notas esenciales de la persona, allí tendrá su fundamento un derecho que habrá que respetar y que se podrá vindicar.

Formulo dos hipótesis extremas y opuestas para aclarar mi pensamiento.

Supongamos que halláramos seres vivos que poseyeran la figura y la estructura biológica del hombre, pero que carecieran de pensamiento y de voluntad libre (16 bis), que fueran algo así como una especie de gorilas estilizados en sus rasgos hasta igualar los humanos, pero cuyo comportamiento fuera puramente animal, que obedeciera ineluctablemente a las leyes biológicas que regulan su relación con el mundo circundante, por ejemplo, las del apetito y su satisfacción. Tales entes no serían personas y no poseerían ningún derecho ni podíamos exigirles que respetaran el nuestro; pero podríamos, según el caso, aniquilarlos, utilizarlos o domarlos.

Supongamos, inversamente, que entráramos en relación con marcianos. Si en ellos se dieran las determinaciones de la persona, habría que atribuirles un suyo primario, y entre ellos y sus relaciones con nosotros tendría validez la justicia, aunque su figura y sus caracteres biológicos difirieran de los nuestros, así fueran los de centauros o de sirenas. Que ésta sea una convicción general lo prueba la conducta que la literatura ha atribuído a los hombres en sus relaciones con otros seres personales, como dioses, demonios, ángeles por un lado, y,

(16 bis) Mi hipótesis es ontológica, no gnoseológica. Supone que halláramos entes que *efectivamente* fueran así, no entes de los que *ignoráramos* que fueran personas, sea por no sernos aparente ninguna de sus determinaciones esenciales, sea por no poseer nosotros una noción exacta de ellas.

por otro, con animales o cosas en los que una persona ha sido «encantada».

Pero el derecho supone, además, la fragilidad del bien que constituye su objeto. El respeto y la *vindicatio* propios de lo suyo no tendrían sentido si su objeto no pudiera ser desconocido, dañado, amenguado o destruído. La vida, la integridad, la libertad, etc., constituyen un suyo porque son frágiles. Si, por ejemplo, los marcianos fueran inmortales como los dioses griegos, pero pudieran ser heridos o esclavizados, y si, por otro lado, fueran realmente personas, no habría frente a ellos la exigencia de respetar su vida, pero sí su integridad y su libertad. La vida no sería un «suyo» de ellos, en el sentido que le hemos otorgado, pero continuarían siéndolo la integridad y la libertad.

XI

La esencia del hombre funda el suyo primario y éste orienta el sentido de la justicia que se le debe. El valor eminente de la persona y los valores consecutivos que fincan en la totalidad del ser del hombre con su carácter de bienes frágiles, fundamentan un derecho que exige una conducta de los demás *proporcionada* a él, adecuada a él, y no meramente una conducta cualquiera con tal que sea igual para todos. La relación de igualdad es derivada con respecto a la relación de adecuación al *sum*. La vida de un hombre ha de ser respetada porque es un suyo primario de él, no porque se la hemos respetado igualmente a los demás. Si el tratamiento igual fuera el *prius* de la justicia, la vida de un hombre podría ser aniquilada bajo la razón de que hemos aniquilado *igualmente* la de otros.

La relación de adecuación entre una conducta y el suyo de la persona es *a priori* respecto a la relación de igualación entre varias personas.

XII

Todos los hombre son iguales en cuanto todos son personas. Cada persona es individual y distinta de toda otra, pero la esencia específica de la persona es idéntica en todos. Todo hombre posee ese centro espiritual de actos cognitivo-estimativo-volitivos, a pesar de todas las diferencias de sexo, edad, raza, cultura, e independientemente de los grados de su desarrollo o perturbación, como, por ejemplo, en el niño o

en el enfermo. Y porque la persona constituye la esencia del hombre, es que el suyo primario corresponde a todos y que la justicia es la igualdad del derecho de todos.

Yo no puedo ponerme a mí solo como persona y negársela a aquel de quien exijo el reconocimiento de mi derecho. Porque al exigirle el respeto, estoy postulando que *entiende* mi exigencia y que es capaz de apreciarla y de *decidir* en un acto libre conformar o no su conducta a ella. Estoy postulando, así, que el otro también es persona y, por consiguiente, tengo que reconocerle también su suyo primario. Y es que, en el fondo, la persona sólo es tal en una comunidad de personas, porque a su esencia pertenece la realización de actos sociales, como amar, prometer, comunicar, mandar (y también, desde luego, sus opuestos: odiar, reservar, obedecer), etc., cuyo cumplimiento requiere la relación con otra persona. «Pedir justicia» es sólo una especie del género «acto social».

Si la justicia es igualación, es decir, igualdad en el tratamiento de la conducta de todos, es porque son iguales los términos ónticos de la relación. La igualación entre, con o de los términos se basa en que éstos *merecen* ser tratados igualmente, y lo merecen porque ya axióticamente son iguales. La igualación justa supone una igualdad que ella no constituye, sino que halla ya constituida. Si la justicia constituyera la igualdad axiótica de los términos, no se distinguiría de la pura arbitrariedad. Consistiría en tratar con igualdad a aquellos cuya igualdad hubiere sido puesta por ella. La justicia es como un forro que hay que confeccionar a la medida de aquello que tiene que cubrir. La justicia es una igualación práctico-axiótica de lo ya óntico-axióticamente igual.

XIII

Los hombres son iguales como personas. Pero son también desiguales. El sexo, la edad, la raza, las aptitudes físicas y espirituales, lo que cada uno ha devenido históricamente, constituyen otras tantas desigualdades. Algunas son esenciales, como el sexo y la edad; otras son sólo cuantitativas, como, por regla general, las aptitudes físicas y espirituales, que pueden, sin embargo, convertirse en cualitativas donde la diferencia es muy grande (la cantidad se convierte en cualidad, como diría Hegel); otras valen sólo para el tipo medio, pero no para el individuo, como las razas (los blancos son, «término medio», más inteligentes que los negros; los negros tienen, «término medio», una conciencia

moral más delicada que los blancos. Pero eso no impide que el negro A sea más inteligente que el blanco B, o que tenga una conciencia menos delicada que la de éste).

Estas desigualdades han de tener su incidencia en la justicia. Como la justicia trata a los iguales igualmente, ha de tratar también desigualmente a los desiguales. Pero ese trato desigual tiene que ser adecuado, proporcionado a la desigualdad óptica. Ocurre aquí *mutatis mutandis*, lo que en el caso de la igualdad: tiene que haber una adecuación entre lo que se da o se exige y los valores de aquel a quien se imputa. Por eso la definición clásica de la justicia dice que consiste en tratar a los iguales igualmente y a los desiguales, desigualmente en proporción a su desigualdad.

Pero el tratamiento justo de las desigualdades es complicado, y no consiste siempre, como pensaba Aristóteles, en relacionar sólo cuatro términos.

No puedo entrar ahora a tratar este punto tan importante y que exige cuidadosos análisis. Sólo quiero destacar que el tratamiento justo de las desigualdades recién puede funcionar una vez que ha sido contemplado el «suyo primario» que corresponde igualmente a todo hombre como persona. Por eso, las desigualdades ópticas sólo pueden fundamentar un «suyo secundario».

XIV

Hemos querido mostrar que la idea de justicia, a través de los conceptos de «igualdad» y de «lo suyo» sólo completa su sentido si se la funda en la esencia del hombre. Si se toma la palabra «naturaleza» como sinónimo de «esencia», y no como conjunto de cosas sometidas a leyes mecánicas, habrá que reconocer, por lo menos, un *mínimum* de verdad a la doctrina que ve el fundamento del Derecho en la naturaleza, y en especial en la naturaleza humana.

En nuestras reflexiones nos hemos limitado a señalar un punto central sin haber agotado, ni mucho menos, el análisis de la justicia y habiendo apenas esbozado un aspecto de la esencia del hombre.

Una teoría de los principios fundamentales de la justicia y del Derecho positivo tiene que basarse en un análisis de la esencia de la persona humana y de la comunidad de personas, que abarque todos sus aspectos: económicos, vitales, psíquicos, espirituales y religiosos, y de los valores ópticos que en ellos radican, los que, a su vez, han de servir

de principios materiales a los valores de la conducta interpersonal: orden, justicia, libertad, etc.

De ahí habrá de derivarse una doctrina no sólo de los derechos, sino también de los deberes fundamentales de la persona y de la comunidad.

Se puede continuar llamando a tal sistema con el nombre clásico de «derecho natural», si bien, como veremos, hay razones para abandonarlo.

En lo que sigue, presento sólo algunas consideraciones que pueden facilitar la admisión de una idea en torno a la que tantos prejuicios y confusiones han reinado.

XV

El problema del Derecho natural tiene para nosotros una actualidad y una urgencia que no tenía para la generación anterior. Hasta el fin del primer cuarto de nuestro siglo fué corriente en amplios círculos, por ejemplo, afirmar los derechos de la persona y negar al mismo tiempo su fundamento suprapositivo, concibiéndolos como «concedidos» por el Estado. Pero, en el fondo, nadie pensaba que un día el Estado podría desconocerlos. Pero nosotros tenemos otra experiencia. Las hazañas de los grandes dictadores y tiranos de nuestra época han evidenciado hasta qué extremo del crimen puede llegar el poder político, invocando la supremacía del Estado o del pueblo.

Asistimos, además, a nuevas formas de opresión. Los progresos de la técnica —siempre ambivalentes para el destino del hombre— permiten, por ejemplo, modos de propaganda que ejercen una coacción psíquica más temible que la fuerza o suministran un material de combate que sólo el Estado se halla en condiciones de adquirir, concediéndole un poder, ante el cual toda revuelta de la ciudadanía se estrellará siempre.

Apenas existen hoy hombres esclavos (se denuncia todavía el caso de algún Estado asiático), pero existen, en cambio, naciones esclavas. Y el tratamiento que Rusia concede a países como Hungría y Rumania muestra que, si ya no hay hombres que sean «la cosa de otro hombre» —como decía Aristóteles—, hay naciones enteras que son la cosa de otras.

Estos fenómenos obligan no sólo a repensar los principios y a darles una formulación más fina y matizada, sino también a inventar formas más eficaces para garantizarlos.

Así se explica que, después de la segunda guerra mundial, varios documentos oficiales mencionen expresamente el Derecho natural o aludan a él. Así, la Constitución francesa de 1946 y las Constituciones de varios de los Estados miembros de la República Federal de Alemania. En los procesos de Nüremberg fué invocado por el acusador francés, señor François de Menthon; por el inglés, señor Hartley Shawcross, y por el defensor científico Prof. Jahreis. El defensor de Keitel, Dr. Nelte, citaba un Derecho superior (17). Finalmente, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es una clara manifestación del Derecho natural.

XVI

El Derecho natural no es un código de leyes que regula todas las relaciones sociales, tal como desde Pufendorf fué formulado por la escuela racionalista. Hoy nadie postula semejante concepción, que ofreció, con razón, buen flanco a los que lo negaban, invocando las exigencias del devenir histórico y de lo condicionado socialmente.

Tampoco hay que representarse la distinción entre el Derecho natural y el positivo como la oposición entre un Derecho ideal y un Derecho vigente que siempre estuviera en falta con respecto al primero, de tal modo, que un contenido, por hallarse en una ley positiva, no pudiera ser, por eso mismo, de Derecho natural. Por el contrario, en el Derecho positivo de Occidente hay muchas disposiciones que son consagración, desarrollo o aplicación de principios jusnaturalistas. Y, en primer lugar, el *Code Civil*, que, según declaración de su principal autor, Portalis, se ha inspirado en ellos: «Le Droit est la raison universelle, le suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en precepts particuliers. Le Droit est moralement obligatoire, mais par lui même il n'importe aucune contrainte; il dirige, les lois commandent, il sert de boussole et les lois de compas... La raison en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes s'appelle le droit naturel»... (18).

Así, no dañar a otro, todo perjuicio debe ser reparado, la libertad

(17) V. BEYER, *Rechtsphilosophische Besinnung*, 1947, p. 11 y ss.

(18) *Discours préliminaire*, cit. en BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon*, 1928, p. 63.

de conciencia, la obligación del trabajo, son principios que están positivizados. Pero por eso no dejan de ser enunciados del Derecho natural.

En principio, la coincidencia o la divergencia con el Derecho positivo deja intactos el concepto y la validez del Derecho natural. El Derecho positivo puede contener normas del natural y derivar de ellas conclusiones; puede, de hecho, estar en oposición con él y, en todo caso, se extiende siempre mucho más que él.

XVII

La expresión «Derecho natural» está cargada de otros muchos equívocos. Ni el nombre «Derecho» ni el adjetivo «natural» mientan con precisión su verdadero objeto.

El Derecho natural no es Derecho en el mismo sentido en que lo es el Derecho objetivo positivo; no es una ley que tenga las notas esenciales de éste, excepto la positividad, ni mucho menos una ley natural en el sentido en que emplean esta expresión las ciencias físicas. El Derecho natural es un sistema de principios morales de la conducta interpersonal, que, por referirse a «lo suyo», sirve de idea reguladora al Derecho positivo.

El Derecho natural no es natural porque libere las inclinaciones de la naturaleza animal del hombre. Los «derechos de la naturaleza» invocados tantas veces en nuestra época, expresan cabalmente una idea opuesta a la del Derecho natural. Este significa un orden deontológico fundado en la esencia completa del hombre, en las ideas de persona y comunidad de personas y en los valores que éstas encarnan.

Tampoco «natural» quiere significar un sistema de principios cuyo conocimiento sea innato. Fué Cicerón el que, interpretando expresiones un tanto equívocas del estoicismo, y en combinación con la idea también estoica del *consensus omnium*, introdujo la tesis de las ideas innatas claramente conocidas por todos y la aplicó también al Derecho natural (19).

En este supuesto se basa la conocida objeción de que la discrepancia de opiniones sobre lo justo, no sólo entre los hombres en general

(19). Cic., *Tuscul. disput.* I, 24, 57; *Nat. deor.* II, 12; *De leg.* I, *passim*. Sobre si los estoicos admitieron ideas innatas, tesis que contradice a la doctrina de la *tabula rasa* v. POHLENZ, *Stoa*. 1947. I. p. 58 s.; II, p. 34.

y entre los diversos Estados, sino también entre los filósofos, demostraría que no existe tal Derecho natural. Entretanto, los antiguos conocían perfectamente el fenómeno de la discrepancia, lo que no les impidió afirmar la existencia de lo justo por naturaleza (20). Y varios de los más grandes jusnaturalistas han sostenido que, lejos de ser conocimientos innatos, evidentes, los principios del Derecho natural son difíciles de descubrir y establecer, y que esta tarea requiere un trabajo de la razón —en lucha contra prejuicios y costumbres inveterados— que pocos hombres están en condiciones de llevar a cabo (21).

A causa de tantos equívocos, sería quizá conveniente abandonar la expresión «derecho natural» y sustituirla por otras, entre las cuales me parece la menos inadecuada la de «orden esencial de la comunidad».

Su tratamiento constituye el problema más importante y delicado de la filosofía del Derecho.

JUAN LLAMBÍAS DE AZEVEDO

Director del Instituto de Filosofía
en la Universidad de Montevideo.

(20) V. p. ej. PLAT., *Minos*, 314 b a 315 b; ARISTOT., *EN*, 1134 b 24-27.

(21) PLAT. *Lach.* 184 d ss.; *Rep.* 456 c 1-3; 452 a; 452 c; ARISTOT. *EN*. A 3; *An. Post.* B, 19; LOCKE. *Essay* I, II; *Treatises of government*. II, 12; MONTESQUIEU *De l'esprit des lois*. I, I-II; ROUSSEAU. *Discours sur l'origine de l'inégalité*. Préface.