



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

FILOSOFIA DE LA JUSTICIA.
TRES TEORIAS PARA EL SIGLO XXI

TESIS PROFESIONAL
Que para obtener el titulo de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
MARIO MELGAR FERNANDEZ



Asesor: LIC. JAVIER ROMO MICHAUD

Ciudad Universitaria

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO
OF. NUM. 034/97

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR
DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El alumno MELGAR FERNÁNDEZ MARIO, elaboró en este Seminario bajo la dirección del Lic. Javier Romo Michaud, el trabajo de investigación intitulado: "FILOSOFIA DE LA JUSTICIA. TRES TEORIAS PARA EL SIGLO XXI".

La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 19 de junio de 1997


MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL

MERS/ipg.

¿Afirmamos que existe lo

Justo-en sí-, o lo negamos ?

-Lo afirmamos, sin duda ¡por Zeus !

-E igualmente lo Bello y lo Bueno ?

- ¡Cómo no !

*- ¿Pero lo has visto alguna
vez con tus ojos ?*

- Nunca.

Platón

INDICE

PRESENTACION

5

ESTUDIO PRELIMINAR

12

- 1.- La Filosofía del Derecho
- 2.- La axiología y la teleología jurídicas
- 3.- Valoración subjetiva, objetiva y relativa
- 4.- Los valores y los fines fundamentales del derecho
- 5.- Ubicación de la tesis dentro de la Filosofía del Derecho

CAPITULO PRIMERO

27

APROXIMACION A LA JUSTICIA

- 1.- Nota Previa
- 2.- Las definiciones clásicas
- 3.- Algunas formulaciones acerca de la Justicia
 - a) La Justicia como virtud universal
 - b) La Justicia en Aristóteles: universal, particular, distributiva y rectificadora
 - c) Justicia e igualdad
 - d) Justicia y libertad
 - e) Justicia y equidad

CAPITULO SEGUNDO
LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE EMIL BRUNNER

44

- 1.- El iusnaturalismo
- 2.- La teoría de Emil Brunner

CAPITULO TERCERO
LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE HANS KELSEN

57

- 1.- El positivismo jurídico
- 2.- La teoría de Hans Kelsen

CAPITULO CUARTO
PRIMER ACERCAMIENTO A LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS

67

- 1.- Nota Previa
- 2.- Ubicación filosófica de la teoría de John Rawls: utilitarismo, intuicionismo y contractualismo.
- 3.- Los presupuestos de la teoría
- 4.- Concepto de hombre
- 5.- Concepto de sociedad
- 6.- Hacia la "Teoría de la Justicia"

CAPITULO QUINTO

87

DESARROLLO DE LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS

- 1.- La posición original
- 2.- El velo de la ignorancia
- 3.- Las partes
- 4.- Los principios de justicia
- 5.- Las instituciones
- 6.- Los individuos
- 7.- Las relaciones internacionales

CAPITULO SEXTO

111

ESTUDIO CRITICO-COMPARATIVO DE LAS TEORIAS

- 1.- La teoría de Brunner frente a Kelsen y a Rawls.
- 2.- La teoría de Kelsen frente a Brunner y a Rawls.
- 3.- La teoría de Rawls frente a Brunner y a Kelsen.

CONCLUSIONES

117

BIBLIOGRAFIA

124

PRESENTACION

*La ciencia, el arte, la justicia,
la cortesía, la religión son órbitas
de la realidad que no invaden
bárbaramente nuestra persona
como hace el hambre o el frío ;
sólo existen para quien tiene
voluntad de ellas.*

José Ortega y Gasset

Desde el inicio de la carrera sentí una inclinación hacia los temas de la Filosofía del Derecho. A partir del curso de Introducción al Estudio del Derecho constaté que la Jurisprudencia es una ciencia que va más allá de los formulismos sacramentales y de los procedimientos legales. La obra filosófico-jurídica a la que he tenido acceso me ha impactado profundamente. En particular han atraído mi atención las obras de los iusfilósofos Eduardo García Máynez, Luis Legaz, Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Ronald Dworkin.

Recientemente, cuando leí “¿Qué es Justicia?”, de Hans Kelsen, me causó preocupación enterarme que la clásica definición de Justicia dada por Ulpiano, fuera tajante y contundentemente rechazada por un autor tan admirado. Mayor fue mi impresión cuando tomé conciencia de que todos, y los abogados con más seguridad, hablamos tranquilamente de eventos y conductas calificándolas de justas e injustas. ¿Cómo es posible?, me pregunté, que hablemos de la Justicia cuando un autor como Kelsen reconoce abiertamente que se trata de un concepto imposible de definir y producto de consideraciones emocionales.

Por otra parte, de la misma forma en que me han atraído los problemas de la Filosofía del Derecho, he sentido también una inclinación hacia la Ciencia Política y los problemas que atañen al hombre en colectividad. Vivir en una sociedad y en un mundo tan desiguales e inequitativos como los actuales, me han inclinado lógicamente hacia los temas de la Justicia Política, es decir, a los principios de Justicia aplicables a las relaciones institucionales y personales, así como a las relaciones internacionales.

Fue así como elegí el tema de mi tesis. Sin embargo, a pesar de lo que pueda pensarse, mi propósito no es el de formular una nueva definición que

supere las anteriores. Por el contrario, lo que pretendo es acercarme al problema de la Justicia y dar cuenta de algunas de las posturas más recientes que se han generado y de las controversias que han surgido entre ellas; así como la viabilidad práctica de sus postulados.

Para el desarrollo de la tesis he elegido tres teorías de la Justicia del presente siglo. Me refiero a las teorías de: a) Emil Brunner, en su libro "La Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social"; b) Hans Kelsen, en el ensayo "¿Qué es Justicia?"; y c) John Rawls, en "Teoría de la Justicia". Cada teoría corresponde a una de las tres principales corrientes jurídicas del siglo XX: al iusnaturalismo (Brunner), al iuspositivismo (Kelsen) y al moderno liberalismo contractual o progresista (Rawls). A mi parecer es a partir de los postulados de estas corrientes y de sus obras representativas, que se formularán las teorías que afronten en el próximo siglo los problemas de la Justicia, particularmente los de la Justicia política.

En el Estudio Preliminar me ocupo de los conceptos teóricos que son necesarios para una correcta ubicación de la tesis dentro de la Filosofía del Derecho. En primer lugar, ubico a la Filosofía del Derecho dentro del campo del conocimiento jurídico como la rama que estudia las esencias, los valores y los fines del derecho, apoyándome en la propuesta de los grados u horizontes del saber. Posteriormente, abordo dos temas clave de la Filosofía del Derecho, la axiología y la teleología jurídicas, para distinguir los conceptos de valor y fin. A continuación, analizo los principales criterios de valoración axiológica que se han desarrollado, con los cuales se han identificado, en mayor o menor grado, las corrientes jurídicas tomadas como punto de partida para la elaboración de las teorías de la Justicia de que me ocupo. Estos criterios de valoración son: el subjetivismo, según el cual los

objetos tienen el valor que el sujeto, un individuo o una colectividad les reconoce, y no uno intrínseco; el objetivismo, según el cual los valores son objetos que tienen un valor propio, por sí mismos; y el relacionismo, que estudia el valor no como ser en sí, sino como ser real en las relaciones y nexos en las que interviene. El siguiente apartado se refiere a los fines fundamentales del derecho, de entre los cuales la Justicia es sin duda el superior. Por último, ubico a la tesis dentro del campo de la Filosofía del Derecho, en la rama de la axiología jurídica.

En el Capítulo Primero, "Aproximación a la Justicia", se establecen las formulaciones básicas sobre la Justicia, así como de los conceptos y términos esenciales para el estudio de los siguientes capítulos. En primer lugar, examino las definiciones clásicas de la Justicia, elaboradas por Cicerón y Ulpiano, que como principal mérito tienen el ubicar a la Justicia como un hecho que se presenta en las relaciones interpersonales. Después, analizo algunas de las especies de la Justicia más importantes que desarrolló "el padre de la Justicia", Aristóteles, como son la universal y la particular, la distributiva y la rectificadora, ya que sin ellas sería imposible el desarrollo de cualquier teoría de la Justicia. Finalmente, analizo la relación que existe entre la Justicia y algunos de los conceptos con los que comúnmente se le identifica, e incluso llega a confundirsele: me refiero a la libertad, la igualdad y la equidad.

El Capítulo Segundo, "La Teoría de la Justicia de Emil Brunner", está dedicado a la explicación de las características principales del iusnaturalismo, corriente jurídica en la que se enmarca esta teoría. Al igual que en los capítulos siguientes, al exponer las principales características de las corrientes jurídicas no pretendo agotar la discusión que les rodea, sino simplemente dar una idea básica de sus postulados principales para comprenderlas mejor. Una vez expuestas las

líneas básicas del iusnaturalismo, comienzo la exposición y el desarrollo de la teoría de la Justicia de Emil Brunner, autor suizo que escribió su obra en 1943, en plena catástrofe mundial. La teoría corresponde a una postura iusnaturalista, con caracteres tanto teológicos como racionales, ya que propone un reordenamiento racional de la vida humana en todos sus niveles y modalidades con base en la idea de un orden originario, eterno y perfecto, al cual hay que retornar. Me parece importante la inclusión de la obra de Brunner en la tesis, ya que es una muestra viva del renacer iusnaturalista generado por la Segunda Guerra Mundial.

De forma paralela, en el Capítulo Tercero, denominado "La Teoría de la Justicia de Hans Kelsen", expongo el iuspositivismo como la corriente jurídica en la que se ubica Kelsen, para luego desarrollar su teoría de Justicia, su defensa y su réplica al iusnaturalismo. Para este autor, la Justicia debe ser comprendida en un sentido relativista, pues sólo así, aceptándola como un concepto relativo, puede ser sujeta de un estudio científico. La teoría de Kelsen, si bien puede argumentarse que es poco propositiva ofrece un marco metodológico de crítica que, a mi parecer, permanece vigente hoy en día.

Los Capítulos Cuarto y Quinto, titulados "Primer Acercamiento a la Teoría de la Justicia de John Rawls", y "Desarrollo de la Teoría de la Justicia de John Rawls", respectivamente, están dedicados al análisis de la tercer teoría objeto de la tesis, puesto que la teoría de Rawls es la más elaborada y compleja, por lo que para su tratamiento fue necesaria una exposición más prolongada y detallada. Esta teoría se ha ubicado dentro de la tradición política del contractualismo, con un marcado sesgo liberal y un claro apego a los postulados morales del kantianismo. En el capítulo cuarto analizo filosóficamente la obra de Rawls, para lo cual expongo las características de las corrientes que busca superar: el utilitarismo y el

intuicionismo, así como la tradición en la que se ubica, el contractualismo. Además, intento explicar los presupuestos cuya comprensión previa al desarrollo de la teoría son necesarios, como son: los conceptos rawlsianos de hombre y de sociedad, la teoría de juegos, el juego de regateo, y los principios de Justicia. En el Capítulo Quinto expongo, con mayor rigor y profundidad, los conceptos principales y las implicaciones de la teoría de Rawls, como son la posición originaria, el velo de la ignorancia, los principios de la Justicia y su aplicación a las instituciones, a las personas y a las relaciones internacionales.

El Capítulo Sexto, "Estudio Crítico-Comparativo de las Teorías", es un intento, un tanto especulativo, de poner las teorías frente a frente, ejercicio que espero sirva para ubicar con precisión los aspectos positivos de cada teoría así como sus deficiencias. Me parece que es el capítulo sexto el que aporta a la tesis un enfoque original y analítico, ya que no encontré en la bibliografía que revisé, un estudio comparativo de tal naturaleza. En este capítulo, expongo que los postulados de las tres teorías se complementan y no, como han pensado algunos, se anulan mutuamente.

En las Conclusiones ordeno las ideas principales de la tesis, de manera que el desenlace del desarrollo de las distintas argumentaciones a través de la investigación, aparezca de forma clara y accesible.

Por último, debo señalar que debido a las condiciones en que se realiza un trabajo de esta naturaleza he tenido que dejar fuera un conjunto de temas relacionados a la tesis, que sin duda la hubieran enriquecido. Es el caso del marxismo, de cuya concepción de la Justicia hay mucho que decir; de las aplicaciones a la teoría de Rawls que se han utilizado en las últimas décadas por

autores anglosajones como Ronald Dworkin, para fundamentar filosófica y constitucionalmente las libertades individuales; y de las críticas que se han formulado a la teoría de Rawls, tanto desde el punto de vista filosófico, por autores como Richard Posner y Brian Barry, como desde la perspectiva de la teoría de la decisión por destacados politólogos.

De esta manera presento mi tesis, que no es más que una modesta contribución a un debate que, si bien se inició desde las primeras discusiones filosóficas del hombre, aún permanece vigente y sigue siendo necesario.

ESTUDIO PRELIMINAR

La filosofía es un sistema de dudas.

Jorge Luis Borges

1.-La Filosofía del Derecho.

Para comprender y ubicar con mayor precisión a la Filosofía del Derecho dentro del campo del conocimiento jurídico, es conveniente referirse a la propuesta que se conoce como grados o niveles del conocimiento, o bien como horizontes del saber. Esta propuesta, que es reconocida por la gran mayoría de los autores modernos establece que el conocimiento puede ordenarse de una forma jerárquica en base al rigor metodológico y a la reflexión de que requiere. Los niveles del conocimiento pueden ordenarse de forma piramidal, de la manera siguiente:

FILOSOFICO
CIENTIFICO
TECNICO
DOXA (OPINION)

El primer nivel del conocimiento es el más simple, y consiste en la *doxa* u opinión. Este tipo de conocimiento no está sujeto a comprobación alguna o necesidad de fundamentación ya que es resultado de la apreciación primaria por parte del sujeto que conoce, como es el caso del dato o la información aportada por un reportero escrito en un diario. El segundo grado del saber es el conocimiento técnico, que consiste en la suma de recursos necesarios para la aplicación de una ciencia, por lo que puede afirmarse que es un conocimiento de orden práctico que requiere de una explicación justificativa y que se valora en relación a su eficacia, como sucede con la construcción de una obra mecánica o de ingeniería. El tercer nivel del conocimiento es el científico, que pretende explicar de una forma racional y objetiva las relaciones de causa-efecto en los fenómenos objeto de su estudio, tal

como sucede durante el método experimental en la física o la química. En el nivel superior de la pirámide se encuentra el conocimiento filosófico, que consiste en una reflexión de segundo grado que indaga las esencias y los valores, como lo hacen las investigaciones filosóficas sobre el ser o la lógica.¹

El conocimiento jurídico al igual que el histórico, el económico o el político, puede ordenarse similarmente en grados del saber. De esta forma existen los problemas de la técnica jurídica o de aplicación del derecho, que son: la interpretación, la integración, y los conflictos de normas en el tiempo y en el espacio. En un grado siguiente, la dogmática o ciencia jurídica es aquella que describe y explica el derecho positivo, sin cuestionar su validez. Por último, corresponde a la filosofía del derecho estudiar la esencia, los valores y los fines del derecho.

La filosofía o metateoría del derecho, en palabras de Rolando Tamayo:

...examina los conceptos (nociones, definiciones, etcétera) y los métodos empleados por los juristas cuando formulan enunciados sobre el derecho y procede a su análisis sistemático.²

La dimensión filosófica del derecho, por tanto, estudia al fenómeno jurídico en sus esencias, en sus valores y en sus fines. A diferencia de otras ramas del quehacer jurídico el filósofo del derecho realiza una labor de grado metafísico, es

¹ Cfr. Héctor SAMANO LOPEZ DE LLERGO, Tesis profesional: "Importancia de la Técnica Jurídica en la doctrina y el sistema legal mexicano", Facultad de Derecho, UNAM, 1995, pp. 3-6.

² Rolando TAMAYO Y SALMORAN, Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica), México, Themis, 1992, p. 294.

decir, busca el conocimiento en sus esencias y trata de darle una explicación fundamental por las causas primeras y últimas.³

2.- La axiología y la teleología jurídica.

El hombre busca transformar los valores que se impone en fines de su acción. Así lo expone Eduardo García Máynez al referirse a los órdenes normativos:

Todo proceso teleológico presupone que el sujeto que tiende a la realización de una finalidad atribuye a ésta un valor positivo. La acción humana carecería de sentido si las metas que el individuo le señala no fuesen consideradas por él como valiosas.⁴

Otro importante autor, Luis Recaséns Siches, denomina al estudio de la justificación intrínseca de las decisiones jurídicas como Estimativa Jurídica, es muy claro cuando afirma que el derecho es una obra humana que:

...teniendo como raíz vital unos determinados tipos de necesidades (certeza, seguridad, urgencia de resolver los conflictos en la convivencia y en la cooperación, organización y limitación del poder político, etc.), apunta al cumplimiento de unos determinados fines. Ahora bien, los fines son puestos como tales en virtud de juicios de valor, y éstos se apoyan en valores.⁵

³ Cfr. Héctor GONZALEZ URIBE, Teoría política, 4a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 14.

⁴ Eduardo GARCIA MAYNEZ, Filosofía del Derecho, 7a. ed., México, Porrúa, 1994, p.30.

⁵ Luis. RECASENS SICHES, Tratado general de filosofía del derecho. México, Porrúa, 1959, p. 368.

Es claro que todo acto de la voluntad, y por tanto todo sistema normativo está dirigido a la realización de cierta finalidad, la cual está determinada por un valor que se considera debe alcanzarse. La filosofía ha distinguido estos dos conceptos de la acción humana: los valores y los fines, al elaborar dos ramas distintas para su estudio: la axiología y la teleología.

La axiología o ciencia de los valores, nació a partir de la distinción kantiana entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, según la cual la Filosofía se divide en dos ramas a saber: la ontología o estudio del ser, y la axiología o estudio del valor, que se desarrolló con fuerza a finales del siglo pasado.

La axiología jurídica, que también se conoce como estimativa jurídica estudia los valores que persigue el orden jurídico, como son: la justicia, la seguridad, el bien común, la paz y el orden. El objeto de la axiología jurídica, es decir, el del estudio de la validez intrínseca de las normas jurídicas es su propia justificación. Con esto quiero decir que la razón filosófica de la axiología consiste en que las normas jurídicas deben de buscar la realización de valores jurídicos y no de anti-valores, por lo cual no es justificable un orden normativo que aun gozando de los atributos de vigencia formal y de efectividad, carezca de validez intrínseca.

Independientemente de las diferencias entre las diversas concepciones jurídicas, los autores más representativos coinciden en la necesidad de una estimativa jurídica. Así, para Eduardo García Máynez, "el valor de un orden jurídico no puede, pues, juzgarse si sólo se atiende a la eficacia de su sistema normativo." Por su parte, Luis Recaséns afirma que "ante la instancia de la crítica

* Eduardo GARCÍA MAYNEZ, Ob. cit., p. 414.

filosófica podemos someter a enjuiciamiento el Derecho que es, para dilucidar si representa el que debe ser, si es el mejor de los posibles con respecto a la circunstancia concreta a que se refiere, o si, por ventura, cabrá mejorarlo en alguna manera, corregirlo en un sentido progresivo.”⁷ Carlos Cossio, el autor argentino creador de la importante “teoría egológica”, afirma que en la experiencia jurídica encontramos tres elementos análogos a los que Kant encontró en la experiencia natural, y que son: los contenidos dogmáticos, la estructura lógica, y la valoración jurídica, estos dos últimos necesarios. Para Cossio existen valores intersubjetivos en toda experiencia jurídica y en este sentido señala a los siguientes: justicia, orden, solidaridad, poder, paz, cooperación, seguridad.⁸ Incluso Hans Kelsen, el sistematizador del positivismo jurídico, confiere a las normas jurídicas el atributo del valor, aunque el acto valorativo no sea una función propia del derecho positivo y aunque el valor sea siempre subjetivo y relativo al interés del sujeto que valora.⁹

La otra gran rama de la estimativa jurídica, la teleología o doctrina de los fines, surge a partir de la corriente filosófica iniciada por Christian Wolff, que busca explicar la realidad a partir de sus causas finales, en oposición a sus causas eficientes. En el campo jurídico, a la teleología corresponde el estudio de la efectiva realización de los fines valiosos contenidos en las normas. La teleología jurídica es, pues, el estudio de los fines del derecho.

Es muy importante marcar la relación y la diferencia que existe entre los valores y los fines. Toda acción humana volitiva tiene un sentido teleológico, es decir, tiene una finalidad. Ahora bien, aquello que se busca (la finalidad), se

⁷ RECASENS SICHES, Luis, ob. Cit., p. 14.

⁸ Cfr. COSSIO, Carlos, El derecho en el derecho judicial, Argentina, Editorial Guillermo Kraft, 1945, p. 80.

⁹ Cfr. KELSEN, Hans. “Los juicios de valor en la ciencia del derecho”, en ¿Qué es justicia?, México, Ariel, 1992, pp. 126-151.

busca porque se le concede un valor que debe ser. El derecho, como orden normativo, busca la realización de ciertos fines, porque los considera valiosos, de tal manera que los valores condicionan a los fines. Los fines son la proyección hacia el futuro de los valores que contiene una norma jurídica. En palabras de García Máynez:

...los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que aquel (el derecho) tiene la misión de realizar. Hacer que la justicia reine es y debe ser aspiración de los creadores, aplicadores, y destinatarios de sus normas, porque la justicia es valiosa, y lo valioso debe ser.¹⁰

Mientras que a la axiología jurídica corresponde el estudio de la validez intrínseca de las normas jurídicas, a la teleología jurídica corresponde indagar cuáles son los fines perseguidos por un determinado orden jurídico para conocer si en efecto los valores jurídicos están siendo realizados. La relación que interesa destacar entre axiología y teleología, o entre valores y fines, consiste en que una vez que se ha definido un paradigma de los valores que hay que proteger, corresponde al orden jurídico y a la vida social proyectar dichos valores en el futuro de la vida social, en la legislación, en las decisiones judiciales, en la interpretación, para que su realización sea la finalidad de dichas acciones, y el valor la justificación de su realización.¹¹

¹⁰ GARCIA MAYNEZ, ob. Cit. P. 410

¹¹ Cfr. Enciclopedia Omeba, voz "Teleología", p.412.

3.- Valoración subjetiva, objetiva y relativa.

Es importante señalar que durante el desarrollo de la ciencia de los valores, ésta se ha manifestado en tres grandes corrientes: la subjetivista, la objetivista y la relativista. Dada la importancia de la axiología para esta tesis, y de que trataré algunas de las principales consideraciones que se han realizado en el campo de la filosofía jurídica respecto del principal de los valores jurídicos: la justicia, considero oportuno ocuparme brevemente de los postulados principales de estas tres corrientes.

A grandes rasgos, las corrientes subjetivas, cuyos principales exponentes son Meinong y Ehrenfels, sostienen que los objetos no tienen un valor por sí mismos sino que es el propio sujeto valorador el que otorga a una cosa un valor; positivo si le agrada o lo desea, negativo si le desagrada o lo rechaza.¹²

Además de este subjetivismo, que se califica de individualista pues se atribuye al individuo el sentimiento afectivo positivo del valor, existe el subjetivismo social. Para esta corriente, es valioso lo que la sociedad considera como tal; es decir, el sentimiento afectivo es general en el sentido de que la mayoría de los individuos de la sociedad reaccionan positivamente ante el objeto valioso. A diferencia del subjetivismo individualista, el colectivo marca una diferencia jerárquica entre lo valioso para un determinado individuo y lo valioso para la colectividad, pues como es fácil notar, para el individualista tienen el mismo grado las consideraciones de cada individuo.

¹² Cfr. GARCÍA MAYNEZ, ob. cit., p. 419.

A las corrientes subjetivistas puede criticárseles por el hecho de que si bien su concepción estimativa es válida en los campos de la ética, la moral y la religión, es inaceptable en los campos social y jurídico, donde la obligatoriedad de las normas es aplicable a toda la comunidad y no sólo a quienes las consideren valiosas.

Las corrientes objetivistas, cuyos principales exponentes son Max Scheler y Nicolai Hartman, afirman que las cosas valen por sí mismas, independientemente de todo acto de valoración o conocimiento.¹³ Para los objetivistas, las cualidades valiosas no sólo existen en sí y por sí, sino que ni éstas ni la jerarquía que existe entre ellas varía cuando las cosas cambian:

Así como el rojo no deja de ser tal cuando una bola encarnada es teñida de verde, del mismo modo, ni los valores ni su jerarquía resultan afectados cuando sus portadores pierden sus características axiológicas.¹⁴

Para Nicolai Hartman, los valores morales tienen las siguientes características:

a) Son esencias; su conocimiento es apriorístico y aparecen ante el sujeto de la valoración como absolutos.

b) Existen en sí y por sí, independientemente de las estimaciones humanas. Su validez es objetiva y pertenecen al orden del ser ideal.

¹³ *Ibid.*, p. 424.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 425.

c) Ostentan el carácter de principios; es decir, no dependen de que se les realice o no.¹⁵

La doctrina objetivista ha sido criticada por el relacionismo axiológico, cuyo creador es Heinrich Henkel, quien señala que si, como afirman Scheller y Hartman, el ser en sí de los valores y su jerarquía fueran inmutables y claros para cualquier ser humano, entonces no habría nunca errores en la regulación legal y ésta sería idéntica para todos los ordenamientos.

Henkel refuta a Scheller que, el otorgar un criterio absoluto a los valores resulta un "artículo de fe, no objeto de un saber científico."¹⁶ Para el relacionismo axiológico el problema se centra en el estudio del valor no como ser en sí, sino como ser real, y en las relaciones y nexos en los que interviene el valor. Los valores existen, sintetiza García Máynez, en los siguientes términos:

a) Los valores están en conexión esencial con un sujeto; sólo existen como valores "para alguien", ya sea la humanidad, una nación, o un individuo.

b) Los valores están en conexión con su portador. Para que los valores adquieran un ser real, es necesario que alguien los porte, ya sea un ser viviente, una cosa, o una relación.

c) De las diversas relaciones que se dan en una sociedad, y de las decisiones valorativas típicas de los individuos de la misma, aparece, dice Henkel, un ser espiritual de significación suprapersonal, formado por los objetos que con base en

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Apud. HENKEL, Heinrich, "Einführung in die Rechtsphilosophie", p. 244, en GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit. p.432.

las relaciones interhumanas adquieren un ser valioso, para formar parte del espíritu objetivo del grupo, entrelazando una red de estimaciones con jerarquía propia, que recibe el nombre de orden axiológico.¹⁷

d) Este orden axiológico no es absoluto, sino que está condicionado por lo que la colectividad considera valioso en una determinada situación; de tal manera que puede afirmarse que “el modo de ser de los valores colectivos consiste, de acuerdo con la doctrina henkeliana, en su vigencia ”.¹⁸

Otro de los principales autores del relativismo axiológico es Hans Kelsen.¹⁹ A diferencia de lo que con frecuencia se afirma, Kelsen nunca negó la existencia de valores, únicamente rechazó que sea posible establecer racionalmente una jerarquía de ellos que sea válida en todo tiempo y lugar. Para Kelsen, como se verá más adelante, las cuestiones de la jerarquía de los valores en un orden axiológico y del concepto de justicia no pueden ser decididos de forma científica.

La posición axiológica de Kelsen le ganó, tanto a él como al positivismo jurídico, una serie de severas críticas derivadas de una errónea concepción del relativismo axiológico, que lo confunde con el escepticismo. Estos críticos han llegado a culpar al positivismo jurídico, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, de la existencia de regímenes terroríficos como el comunismo de Stalin o el nazismo de Hitler -el llamado *reductio ad Hitlerum* -, cuando en realidad no hay nada más alejado de una sana labor de entendimiento. Coincidió con Albert Calsamiglia, quien en el estudio preliminar ya citado, apunta que :

¹⁷ Cfr. GARCIA MAYNEZ, ob. cit. p. 434

¹⁸ *Ibid.*, p. 434

¹⁹ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert; “Estudio preliminar”, en *¿Qué es justicia?*. México, Ariel, 1992.

Kelsen no fue un escéptico en materia de valores o de Justicia, porque fue defensor de una idea de Justicia determinada -la Justicia liberal-, y en ningún momento suspendió el juicio sobre el tema, sino que dedicó su atención a él. La acusación que de escéptico ha pesado sobre él ha sido injustificada.²⁰

Como se verá en el próximo capítulo, Kelsen, a pesar de concluir que el problema de la Justicia es de carácter emocional, y por tanto metajurídico, sí realizó estudios sobre el mismo e incluso fijó su posición respecto al sentido que para él debe tener.

4.- Los valores y los fines fundamentales del derecho.

Al adoptar ciertos valores en su formulación normativa, cada orden social otorga a éstos una jerarquía que determina cuáles son superiores, es decir, cuáles son aquellos valores de cuya realización no depende la de uno superior. A ese valor último, que no sirve como medio para el alcance de otros valores, se le ha denominado fundamental, y corresponde al concepto de imperativo categórico en la obra de Kant, o al principio de felicidad en las concepciones utilitaristas.²¹

Con base en esta idea del valor fundamental, Eduardo García Máynez ha elaborado una muy acertada clasificación de los valores que persigue el orden jurídico en su función social, de acuerdo a su valor intrínseco, contenido o justificación. De esta manera, el iusfilósofo mexicano clasifica en su obra titulada "Filosofía del Derecho", a los valores jurídicos en:

²⁰ Ibid. p. 10.

²¹ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, ob. cit. p.46.

- a) valores jurídicos fundamentales;
- b) valores jurídicos consecutivos; y
- c) valores jurídicos instrumentales.

Los valores jurídicos fundamentales son aquellos de los cuales depende la existencia de todo el orden jurídico, y para el autor en cita son: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Los valores jurídicos consecutivos son aquellos que surgen como consecuencia de la realización de los fundamentales, y, entre otros, son: la libertad, la igualdad, y la paz social. Por último, los valores jurídicos instrumentales son aquellos medios necesarios para la realización de los primeros dos, como son las garantías constitucionales y de procedimiento.²²

Para un grupo de iusfilósofos, los fines fundamentales del derecho son la justicia, la seguridad y el bien común. Es el caso de los autores Le Fur, Delos, Radbruch y Carlyle, que en el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado durante el periodo 1937-1938 en la ciudad de Roma, escenificaron intensos debates respecto del tema "Los fines del derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad". Otros autores que coinciden en este punto, son Eduardo García Máynez, como la había mencionado ya; y Daniel Kuri Breña, quien afirma que la paz social descansa sobre tres pilares esenciales, que llama principios substanciales: Justicia, Seguridad y Bien Común.²³

Sin embargo, otro grupo de autores considera que sólo la Justicia y la Seguridad son los fines fundamentales del derecho. Es el caso de Recaséns Siches

²² *ibid.* p. 439.

²³ Cfr. KURI BREÑA, Daniel, "Prologo" en LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, Los fines del derecho: bien común, justicia, seguridad, 4a. ed., México, UNAM, 1981, p. 9.

quien señala que, junto con la Justicia, el Derecho debe crear un orden cierto y de seguro cumplimiento;²⁴ así como de Luis Legaz, quien estima que la Justicia y la Seguridad son no sólo los fines fundamentales del derecho, sino los elementos ontológicos principales del mismo, "pues el Derecho es Justicia y es Seguridad."²⁵

En lo personal coincido con esta última posición, pues como se verá más adelante, sobre todo en la Teoría de John Rawls, el bien común no es un fin fundamental por sí mismo, sino que es un elemento, un principio, de la Justicia.

5.- Ubicación de la tesis dentro de la Filosofía del Derecho.

Debido a la exposición anterior, el tema de esta tesis "FILOSOFIA DE LA JUSTICIA. TRES TEORIAS PARA EL SIGLO XXI", se encuadra dentro de la Filosofía del Derecho, en los campos tanto de la Axiología o Estimativa Jurídica como de la Teleología Jurídica; en el grado de la definición, jerarquía y validez del valor fundamental del orden jurídico -la Justicia-, así como de su realización en las relaciones políticas de los individuos entre sí y con las instituciones, asimismo entre los Estados en el nivel de las relaciones internacionales.

Debo señalar que el primer capítulo de esta tesis, "Aproximación a la Justicia", tendrá por su naturaleza un tratamiento principalmente axiológico más que teleológico, pues intentaré exponer las principales meditaciones que los filósofos y los filósofos del derecho han realizados acerca de la naturaleza, fundamento, esencia y concepción de la Justicia. Por otra parte, los capítulos

²⁴ Cfr. RECASENS SICHES, Luis, ob. cit. p. 618.

²⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Humanismo, Estado y Derecho, Barcelona, Bosch, 1960, p.161.

segundo, tercero, cuarto y quinto, dedicados a las teorías de la Justicia de Emil Brunner, Hans Kelsen y John Rawls, tendrán un enfoque mixto, en el que se nublará la diferencia entre axiología y teleología, dada la intención de universalidad que como teorías de la Justicia les es propia.

El siguiente capítulo está dedicado a los conceptos más elementales que se han elaborado acerca de la Justicia, sin los cuales sería imposible comenzar el tratamiento de una teoría de la Justicia, por más simple que esta fuera. En él, abordaré temas conocidos a cualquier estudioso de la Justicia, como son la caracterización de la Justicia como virtud universal; las divisiones clásicas de la Justicia en universal y particular, en distributiva y conmutativa; así como la relación que, a grandes rasgos, guarda con la igualdad, la libertad y la equidad.

CAPITULO PRIMERO
APROXIMACION A LA JUSTICIA

*La Justicia es reina y señora
de todas las virtudes.*

Cicerón

1.- Nota Previa.

Para realizar una investigación acerca de la Justicia, es necesario comenzar por delimitar el objeto de estudio. En primer lugar, porque en el caso de la Justicia el objeto puede ser estudiado desde muy diversos enfoques, por lo que sería posible reseñar, en un trabajo como este, lo que han planteado los principales filósofos y iusfilósofos al respecto. En segundo lugar, porque, como advierte Emil Brunner, son tan diversas las significaciones del término, que "quien desee averiguar la esencia de la Justicia debe ante todo darse cuenta con claridad de cuál es el objeto al cual nos referimos cuando se habla de Justicia."²⁶

Debido a lo anterior, es preciso señalar que dada la intención de la tesis, me limitaré a estudiar la Justicia desde una óptica jurídico-filosófica, lo que excluye el uso del término en el sentido de la función de los órganos jurisdiccionales y de la procuración de justicia. En segundo lugar, me referiré a la Justicia como un atributo de los ordenamientos sociales, ya que esta tesis trata particularmente sobre la Justicia política. En este sentido, el presente estudio coincide con la posición que han tomado Emil Brunner, en su obra "Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social" y Luis Recaséns Siches, en su "Tratado General de Filosofía del Derecho", en cuanto advierten que sólo se ocuparán de la "Justicia del hombre" o de la Justicia "como valor jurídico-político".

En este capítulo expondré de manera superficial, los conceptos que, desde mi óptica, son básicos para la comprensión de una teoría de la Justicia. La selección de dichos conceptos es arbitraria y se realizó principalmente en función

²⁶ BRUNNER, Emil, La Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social. México, UNAM, 1961, p. 19.

de los capítulos tercero, cuarto y quinto, centrales en esta tesis. Considero que, de cualquier forma, su tratamiento previo facilitará la exposición y la comprensión de los capítulos siguientes.

2.- Las definiciones clásicas.

La Justicia, entendida en el sentido que he señalado, es decir, como atributo de las instituciones políticas se refiere siempre a las relaciones que se dan entre sujetos, y entre éstos y ciertos objetos y derechos. En este sentido es como se deben comprender las clásicas definiciones formuladas por Ulpiano y por Cicerón, que rezan, la de Ulpiano: "*Justitia est perpetua et constans voluntas jus suum cuique tribuendi* " [Justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho]; y la de Cicerón: "*Iustitia suum cuique distribuit* " [La Justicia distribuye a cada uno lo suyo]²⁷ . Ambas definiciones están formuladas para ser aplicadas a una institución (la que da, distribuye, a cada quien lo suyo) en una relación con personas.

Estas fórmulas han sido objeto de severas críticas, sobre todo de Kelsen, quien las ha calificado de vacías, pues no resuelven el problema de qué es "lo suyo". Este problema de ambigüedad, como se verá más adelante, no es exclusivo de las definiciones clásicas. Tanto las posturas iusnaturalistas como en ciertos aspectos la de Rawls, adolecen de dejar la cristalización de sus definiciones y propuestas en la intuición de quien deba aplicar u observar un precepto. Este es uno de los primeros problemas insuperados por la filosofía que enfrenta el estudioso de la Justicia, y que desde una perspectiva relativista, es un obstáculo fundamental que impide una concepción objetiva y científica de la misma.

²⁷ MANS, J.M., Los principios generales del derecho, Barcelona, Bosch, 1979, p. 274.

Un elemento que se debe enfatizar consiste en que ambas definiciones se refieren al *suum cuique* , en el sentido de que el “algo”, es una conducta, una relación, o una ordenación. El *suum cuique* , lo “que es mío”, se refiere no sólo a la propiedad de objetos, sino al conjunto amplio de derechos y atribuciones que corresponden a un sujeto de acuerdo a un determinado ordenamiento.

Una vez expuesto lo anterior, se comprende que al hablar de Justicia, se habla de relaciones interhumanas que se estructuran en ordenaciones o instituciones; de tal manera que para esta tesis, la idea de Justicia no pertenece al campo de la ética, sino al de las ordenaciones o instituciones como objeto de reflexión política y filosófica. A pesar de lo anterior, sí haré referencia, dentro del desarrollo de la teoría de Rawls, a los principios de Justicia relativos a la conducta de los individuos en sus relaciones con instituciones y entre ellos mismos.

3.- Algunas formulaciones acerca de la Justicia.

a) La Justicia como virtud universal.

La idea de la Justicia como valor o virtud universal consiste en considerarla como un valor supremo o una virtud fundamental de la cual emanan todos los demás valores y virtudes en el universo, como “reina de las virtudes” (*regina virtutum*). La idea de la Justicia Universal, expone Recaséns Siches, puede encontrarse en un primer momento de la filosofía, sobre todo durante la edad antigua y la escolástica. Por ejemplo, en “La República” Platón afirma que la Justicia es la virtud fundamental, de la cual se derivan todas las demás virtudes

que dan orden y coherencia a la sociedad, es decir: la prudencia o sabiduría para el intelecto; la fortaleza o valor para la voluntad; y la templanza para los apetitos y tendencias. En el mismo sentido, Aristóteles, en la “Ética Nicomaquea”, habla de la Justicia universal como la virtud total o perfecta. Por su parte, la Biblia habla de la “Justicia” como la suma de todo bien; mientras que San Agustín la entiende como el amor del sumo bien y de Dios.²⁸

b) La Justicia en Aristóteles: universal, particular, distributiva y rectificadora.

Aristóteles, quizá el primer filósofo en ocuparse de la Justicia desde el punto de vista de su esencia y sus formas, y con una perspectiva científica, formuló la distinción entre lo que llamó “Justicia Universal” y “Justicia Particular”. Para Aristóteles, la conducta de quien realiza todas las virtudes, es llamada “virtud total”; la cual puede manifestarse de dos maneras: en el comportamiento del ser humano consigo mismo, o en las relaciones interhumanas. La virtud total manifestada hacia uno mismo, como hábito, no es considerada una forma de Justicia sino de virtud. La segunda de estas manifestaciones, es decir, la virtud en las relaciones interhumanas, orientada hacia los demás, es calificada por el Estagirita como “Justicia Universal”.

Para aclarar el sentido de la Justicia Universal, es oportuno el siguiente pasaje de la Ética Nicomaquea :

La ley ordena ejecutar los actos propios del valiente, como no abandonar su puesto, no huir, ni deponer las armas; y los del temperante, como no cometer adulterio ni incurrir en excesos; y los del apacible, como no

²⁸ Cfr. RECASENS SICHES, Ob. Cit., p.480

ofender a los demás ni hablar mal de nadie, e igualmente en lo que concierne a otras virtudes y otros vicios, rectamente la establecida rectamente, menos bien la formulada a la ligera. Esta Justicia es, en efecto, una virtud perfecta, mas no en sentido absoluto, sino en relación con otros hombres.²⁹

Del párrafo anterior llama la atención el uso tan amplio que se le da a la palabra "ley". Lo que ocurre es que el significado del término utilizado originalmente por Aristóteles, *nomos*, tiene un sentido más amplio que el término "ley", por el cual es comúnmente traducido. El *nomos*, abarca no solo a las leyes y a las normas jurídicas, sino a "los convencionalismos sociales, las reglas del decoro, las formas de vida y, en resumen, todo lo que en el existir social aparece ante nosotros como regla y orden"³⁰; es decir, a lo que actualmente se llama orden normativo.

La conducta que es justa, pero solo cuando se refiere a ciertos objetos específicos, es la Justicia particular.³¹ El concepto de Justicia particular aristotélico será fundamental para cualquier elaboración filosófico-jurídica de la Justicia, pues es esta especie la que sirve como criterio de valoración en un sentido jurídico-político.

Para Aristóteles, la Justicia particular se refiere a comportamientos interhumanos limitados a esferas específicas, y no al comportamiento humano como virtud total hacia todos los demás con respecto a todos los objetos. En este sentido, la Justicia particular tiene a su vez dos especies: la Justicia distributiva,

²⁹ Apud., ARISTOTELES, *Ética Nicomaquea*, en GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Doctrina aristotélica de la Justicia*, México, UNAM, 1973 p. 67

³⁰ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, ob. cit. p. 440.

³¹ Cfr. *Ibid.*

que se refiere a la distribución de honores, riquezas, cargas y demás cosas repartibles entre los miembros de la comunidad; y la Justicia rectificadora, que se refiere a lo concerniente a las relaciones interpersonales.

Aunque este problema lo abordaré posteriormente, no debo dejar de mencionar por ahora que en el concepto de Justicia particular aristotélico, juega un papel primordial la idea de la igualdad, “puesto que el injusto peca contra la igualdad y lo injusto es lo desigual... Y como lo igual es un medio, lo justo será, asimismo, una especie de medio.”³²

La Justicia distributiva consiste en el reparto de los honores y los bienes entre los miembros de la comunidad, de acuerdo a sus méritos. Debido a que sería injusto que sujetos que no son iguales reciban objetos iguales, es necesario afirmar el concepto de igualdad de tal forma que se otorgue un trato igual a los iguales, y otro desigual a los desiguales. Es importante tomar en cuenta que una de las principales teorías de la Justicia formuladas durante el presente siglo, la de John Rawls, está dedicada casi exclusivamente a este tipo de Justicia.

La propuesta de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales lleva al problema de cuáles serán los criterios de igualdad, para determinar en qué aspectos y en qué grados son iguales o desiguales dos sujetos. Para Aristóteles, el criterio de igualdad debe atender a los merecimientos; sin embargo, como se verá más adelante, esto no resulta tan sencillo.

Este asunto lo trataré de resolver el Estagirita distinguiendo entre el reparto de cosas sin atender al mérito de las personas, y el reparto de las cosas en relación

³² GARCIA MAYNEZ, . Eduardo, Doctrina aristotélica de la Justicia, México, UNAM, 1973, p. 80

con los merecimientos personales. En el primer caso, la igualdad sólo debe referirse a los bienes o los males, en una relación aritmética; mientras que en el segundo de los casos, debe seguirse una relación proporcional o geométrica .

Esta relación puede expresarse bajo la fórmula siguiente: "Si al individuo A se atribuye el bien a y al individuo B el bien b , será preciso que la diferencia de valor entre a y b sea igual a la que respectivamente existe entre A y B ".

El modelo, sin embargo, incurre en el error de creer que es posible cuantificar, de la misma forma que pueden cuantificarse las cosas, los méritos de las personas.

La segunda especie de la Justicia particular es la rectificadora, que tiene lugar en las relaciones interpersonales, tanto en las voluntarias como en las involuntarias. Este tipo de Justicia es el que se presenta cuando una persona causa a otra, de forma voluntaria o involuntaria, un daño indebido. Cuando esto sucede, la igualdad queda quebrantada, ya que quien causa el daño obtiene algo que no le corresponde.³³ Es tarea de la Justicia rectificadora corregir este quebranto.

c) Justicia e igualdad

Desde Aristóteles, como se ha expuesto, se han relacionado los conceptos de Justicia e igualdad. La "norma de tratamiento", que marca que los iguales deben recibir cosas iguales y los desiguales cosas desiguales, proporcionalmente a su

³³ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, ob. cit., p. 443.

desigualdad, no puede aplicarse si no se define primero cuándo y en qué proporción dos sujetos son desiguales.

Este “criterio comparativo”, o el “respecto de qué” debe hacerse la comparación, debe ser el del mérito; de tal forma que a mayores méritos correspondan mayores derechos, y viceversa. Sin embargo, debe resolverse el problema de determinar el mérito con respecto a qué. Este grave asunto no escapó al pensamiento del maestro de Alejandro Magno, como muestran sus palabras, citadas por García Máynez:

Todos reconocen que, al repartir, lo justo ha de determinarse en función del algún mérito. Empero, no todos juzgan que éste resida en lo mismo. Para los demócratas radica en la libertad; para los oligarcas en la riqueza; para otros en la nobleza de cuna; para los aristócratas, en la excelencia.³⁴

Debido a este problema es necesario encontrar una pauta valoradora, o *tertium comparationis*, de los distintos respectos. A mi modo de ver, son dos las maneras en que puede abordarse este problema, y como veremos después, cada una corresponde a una forma de entender no sólo la pauta valoradora, sino el derecho mismo. Dos autores representativos de estos dos acercamientos son los juristas suizos Emil Brunner y Hans Nef. A continuación expondré la posición de ambos en cuanto a los fundamentos de la igualdad y la desigualdad.

Emil Brunner, quien escribió durante los terribles años de la Segunda Guerra Mundial bajo el influjo del iusnaturalismo, y a cuya teoría de la Justicia

³⁴ Apud. ARISTOTELES, en GARCIA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, p. 445.

está dedicada la primera parte del capítulo siguiente, parte de la idea de un orden originario que atribuye a cada quien "lo suyo", y en el cual se encuentra el fundamento de la validez y la Justicia. Para Brunner :

...si no se diese tal referencia al orden originario, una ley podría ser tildada de inadecuada, perjudicial, inacostumbrada, rara, o de cualquier otra cosa, pero no de injusta.³⁵

La igualdad de los hombres entre sí se deriva de su igualdad frente al orden originario, en tanto éste dispone sobre todos los hombres de igual manera. Esta igualdad, calificada de esencial, es percibida por el hombre, no como algo evidente, sino mediante un acto de fe. Brunner expone que la idea de que todos los hombres tienen los mismos derechos, independientemente de su sexo, raza, religión, edad, etc., procede de la "revelación bíblica", según la cual todos los hombres son creados por Dios "a su imagen y semejanza"; lo que constituye precisamente el fundamento de la igualdad.

La existencia de diferencias entre los hombres es evidente para todos, desde el sexo y la edad, hasta la raza y la clase social. Sin embargo, el fundamento de la desigualdad presenta mayores problemas, pues requiere de la determinación de cuáles de las diferencias entre los hombres son decisivas para fundamentar la desigualdad en el tratamiento. Para Aristóteles, la esclavitud se justificaba por la desigualdad en cuanto a la "dote de razón"; para el régimen nazi, la desigualdad se fundamentaba en la diferencia de raza; para el comunismo, en la clase económica a la que se pertenece. Desde mi punto de vista estas concepciones han causado graves daños a la humanidad, pues han basado ordenamientos que

³⁵ BRUNNER, Emil, ob. cit. , p.41.

fundamentan un trato desigual a los hombres, con base en diferencias que no deben ser decisivas.

Para el cristianismo, corriente a la que se adhiere abiertamente Brunner, la dignidad del hombre es igual para todos. La desigualdad entre los hombres deriva de la voluntad de Dios, pues:

“...en la concepción cristiana el principio individualizante no es la materia -como sucedía en toda la filosofía griega-, sino que es la voluntad personal de Dios, que llama a la persona a ser, y con ello la hace responsable”.³⁶

De esta manera, el fundamento de la desigualdad es el mismo de la igualdad, es decir, la voluntad divina. Esto garantiza a cada hombre el goce de su especial individualidad, como ente creado con características específicas, por Dios. Esta concepción, la cristiana, es, a juicio de Brunner, la única que puede “proteger al hombre tanto frente a las pretensiones de un individualismo unilateral, como frente a las demandas de un colectivismo unilateral.”³⁷

Por otra parte, para Hans Nef la labor comparativa se realiza con base en los siguientes supuestos:

1- Los objetos que se comparan deben diferir uno de otro, por ello afirma que “sólo puede ser igual lo que difiere”, lo que indica siempre la presencia de por lo menos dos objetos expuestos a la comparación.

³⁶ *Ibid.* p. 53.

³⁷ *Ibid.* p.58.

2- Los objetos deben ser comparables entre sí, lo que indica que deben tener algo en común, y ser comparables respecto a algo, de tal forma que exista una igualdad relativa, que se define como sigue: "igualdad 'respecto a' es la relación entre dos cosas que tienen, en tal respecto, una propiedad común".³⁸ Se presenta ahora el problema fundamental del criterio para fijar la igualdad o desigualdad, pues como puede notarse, es necesario determinar ese 'respecto a', pues "los objetos que en uno o varios respectos son iguales, necesariamente resultan, en otro u otros, diferentes".³⁹

En este momento crucial, de importancia fundamental, afirma Nef, se realiza un juicio que ocurre en un "momento subjetivo", pues:

Quando elijo el punto de vista desde el cual quiero contemplar las cosas, ciñéndome a criterios que no están en conexión con ellas, sino con mi situación personal, el hecho de que las llame iguales o desiguales resulta indirectamente condicionado por ese elemento subjetivo.⁴⁰

Lo anterior nos lleva a concluir que, dado que el punto de vista para calificar la relación de las cosas depende del sujeto, los juicios sobre la igualdad o la desigualdad nunca serán total y objetivamente correctos, sino solo parcialmente. Esto es, coincido con Nef, el origen de las múltiples diferencias entre las diversas corrientes jurídicas. Pero ese es un asunto para tratamiento posterior.

³⁸ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, p. 448.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

d) Justicia y libertad.

Comúnmente no se tratan de manera conjunta los temas de la Justicia y la Libertad, sin embargo, me parece importante hacerlo, ya que si bien ninguno contiene al otro, existe una relación importante entre ambos. Nadie afirmaría que puede haber Justicia sin libertad, pero ¿hasta dónde la libertad propicia, y hasta dónde impide, la realización de la Justicia? Abordaré este problema.

Locke, uno de los más importantes teóricos de la libertad y exponente fundamental de la filosofía política moderna, basa su sistema de pensamiento en la dicotomía entre estado de naturaleza y sociedad civil.⁴¹ Para este autor, seguidor y generador del contractualismo, en el estado de naturaleza prevalecen dos condiciones: la libertad y la igualdad. La libertad en este aspecto, consiste en el derecho de todos los hombres a comportarse como deseen, sin otro límite que el de la ley natural, en igualdad de condiciones que todos los demás hombres. Al referirse al estado de naturaleza, Locke lo define en función de la libertad como:

un estado de perfecta libertad para regular los propios actos y para disponer uno de su persona y bienes como mejor le parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro.⁴²

Es importante señalar la diferencia que en este aspecto existe entre el pensamiento de Locke, y el de otro gran contractualista, Thomas Hobbes. Para

⁴¹ Cfr. FERNANDEZ SANTILLAN, José F., *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política*. FCE, México, 1992

⁴² Apud. BOBBIO, Norberto, *Estudios de Historia de la Filosofía, de Hobbes a Gramsci*. Editorial Debate, Madrid, 1991, p.198.

este último, el estado de naturaleza es un estado de guerra permanente, donde no existe más ley que la del más fuerte. Para Locke, el estado de guerra se presenta en un momento posterior al de naturaleza, cuando los hombres, guiados por las pasiones y sin un límite impuesto por una autoridad que ejerza su poder sobre todos, se lanzan los unos contra los otros. Para evitar tal estado de guerra, los hombres deciden limitar su derecho de libertad y crear la sociedad civil a través de un pacto colectivo.

Al momento de constituirse la sociedad civil se presenta un problema axiológico, que resulta de gran interés para este estudio, y que es el de cuál valor debe privilegiarse en este momento social. Para Locke, se presenta un binomio libertad-orden (opresión), que debe resolverse a favor de la libertad. Para Hobbes, como veremos más adelante, el binomio aparece como libertad (anarquía)-orden, y debe resolverse favoreciendo al segundo. La Justicia se encuentra, para ambos autores, en un momento intermedio de la dicotomía.

En las elaboraciones de estos tratadistas, lo que queda en evidencia, es que en el estado de naturaleza, donde la libertad es absoluta, no puede haber Justicia. Sólo cuando la libertad de los hombres se encuentra limitada por un poder común a todos, puede presentarse la Justicia. En este aspecto coincide otro contractualista, John Rawls, para quien el derecho de dominación que tiene el Estado es necesario, pero siempre requiere de una justificación aceptada unánimemente.

Kant es otro de los grandes filósofos que también se ocupó del problema de la libertad y la coacción. En el mismo sentido liberal que Locke, Kant sostiene que

todo límite que por coacción se imponga a la libertad permitida por el orden natural, es injusto. Así lo demuestra el siguiente pasaje:

Todo lo que es injusto es un impedimento a la libertad, en cuanto ésta se halla sometida a leyes universales, y la coacción es ella misma un impedimento o una resistencia que la libertad padece. En consecuencia, si un cierto uso de la libertad es él mismo un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, injusto), la coacción que se opone a aquél, en cuanto constituye un impedimento de un obstáculo a la libertad, coincide con la libertad misma según leyes generales, es decir, es justo.⁴³

El texto anterior es representativo de cómo, en efecto, la Justicia es el valor fundamental, que fija cuál es el grado de libertad y de orden que evite tanto la anarquía como la opresión. El problema será abordado con una actitud parecida por Rawls, mediante el principio de la "Prioridad de la Libertad", según el cual la libertad es un bien social primario que siempre debe protegerse.

e) Justicia y Equidad

El concepto de equidad se remonta al pensamiento del "maestro de la Justicia", Aristóteles, quien la veía como una de las formas de la Justicia, si bien no la única. Para Aristóteles, que ha sido brillantemente interpretado por el maestro Eduardo García Máynez, la equidad es una forma particular de la Justicia, que se presenta cuando la ley general no establece la solución de un caso específico. Este

⁴³ *ibidem*, p. 206.

problema, que en términos modernos corresponde al de las lagunas jurídicas, fue percibido por el Estagirita de la manera siguiente:

Lo equitativo ciertamente es justo, más no según la ley, sino como rectificación de lo justo legal. La causa reside en que aquella es siempre general, y en ocasiones ya no es posible hablar correctamente en términos generales... Así pues, siempre que la ley hable en términos generales, y al margen de esto ocurre algo fuera de lo general, entonces es correcto, en la medida en que su autor dejó un vacío por haber hablado en forma indeterminada, subsanar su omisión, y hablar como incluso él lo habría hecho, si hubiera estado presente; pues, de haber conocido el caso, lo habría incluido en la ley.⁴⁴

En este sentido, la equidad es, junto con los principios generales del derecho, una de las fuentes integradoras del derecho. Cuando la ley, que por su naturaleza es general, no prevé un caso específico, y existe por tanto una laguna, ésta debe ser subsanada de acuerdo a la equidad. Por ello, Aristóteles afirmaba que la equidad es una forma de Justicia, mas no la única. De esta manera se descubre la relación entre el concepto genérico, la Justicia, y la noción específica, la equidad.

Como puede observarse, el sentido aristotélico de la equidad consiste en tomarla como una especie de Justicia que se utiliza como un instrumento integrador del derecho, necesario al presentarse una laguna legal. Sin embargo, esta no es la única manera en la que se debe entender la equidad.

⁴⁴ Apud. ARISTOTELES, en GARCÍA MAYNEZ, Filosofía del Derecho, pp. 328-239.

Como lo ha demostrado García Máynez, la equidad también consiste en tomar en cuenta “las peculiaridades de cada negocio”. Y en este sentido, la equidad es necesaria en cualquier acto de aplicación del derecho, incluso cuando el caso particular se encuentre contenido en la hipótesis normativa.

Para cumplir esta tarea individualizadora no basta comprobar que el caso reproduce el supuesto legal, ni que las consecuencias que debe producir son las que indica *in abstracto* la disposición normativa. Tanto los sujetos, como los hechos y las consecuencias de derecho tienen que ser individualizados por el órgano aplicador, y su individualización exige el estudio de una serie de peculiaridades o características que no son las que el autor de la norma tuvo en cuenta al delimitar los ámbitos formal y material de aplicación del precepto.⁴⁵

Para concretar, la equidad se presenta como una forma especial de la Justicia, que sirve como instrumento integrador así como elemento axiológico y técnico en la aplicación de la ley.

Considero que la exposición de los conceptos elementales relacionados con la Justicia que he realizado en este capítulo será de utilidad para un mejor entendimiento y crítica del resto de la investigación. Con el capítulo segundo comenzaré el desarrollo central de la tesis. Lo dedico a una teoría de la Justicia que a mi manera de ver es representativas de visión iusnaturalista de la segunda mitad del siglo, la de Emil Brunner.

⁴⁵ GARCIA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, p. 330.

CAPITULO SEGUNDO
LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE EMIL
BRUNNER

*No se consideraría ley
la que no fuese justa.*

San Agustín

1.- El iusnaturalismo

Como se sabe, a partir de la tragedia humana que significó la Segunda Guerra Mundial, el iusnaturalismo retomó la fuerza que durante el siglo pasado aparentemente había perdido. Los filósofos europeos, particularmente los alemanes, retornaron al iusnaturalismo como una respuesta a los horrores de la guerra, con una actitud de franca desconfianza hacia el positivismo, pues afirmaban:

Allí donde el delito es el contenido de las leyes, la ley deja de dar positividad al derecho, pues no ofrece ya ninguna garantía de ser su indicadora.⁴⁷

La principal característica del iusnaturalismo, en cualquiera de sus vertientes, es “el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido.”⁴⁸

Así, en palabras de Leibnitz, “hablar de derecho justo es un pleonasma y de derecho injusto una contradicción”⁴⁹. Por ello, Bobbio entiende por iusnaturalismo “aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.”⁵⁰

⁴⁷ WELZEL, Hans, Apud. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, en: Positvismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, 3a. ed., México, UNAM, 1986, p. 126.

⁴⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Positvismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, 3a. ed., México, UNAM, 1986, p.128.

⁴⁹ *ibid.*, p. 129.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto, El problema del positivismo jurídico, 1a. edic., México, Fontamara, 1991, p. 72.

Para el iusnaturalismo, entonces, las normas derivan de “la naturaleza”. Al respecto, García Máynez señala los diversos aspectos en que los autores de esta corriente conciben a la naturaleza:

a) Como aquello que “existe por sí”, independientemente de la conducta o la voluntad humana, y que se refiere, principalmente al orden físico y biológico que marca las circunstancias humanas.

b) Como la voluntad, no del ser humano o de la naturaleza, sino del Creador del Universo, “a través de cuyas leyes se manifiestan su inteligencia o su arbitrio”. A esta posición corresponden las corrientes del iusnaturalismo teológico, que afirman la existencia de un orden inmutable, eterno, emanado de la razón o voluntad divina.

c) Como modelo paradigmático de los ordenamientos positivos; es decir, como ordenamiento ideal, objetivamente válido, al cual debe tender el ordenamiento humano en su realización.

d) Como un principio racional, derivado de la máxima estoica de “vive de acuerdo a la naturaleza”, que quiere decir “vive de acuerdo a la razón”, en donde se presupone la existencia de una razón universal.

e) La que se funda en la “naturaleza de las cosas”, o en las situaciones vitales en que nos encontramos frente al mundo exterior, es decir, aquellas de existencia, situación social, igualdad, etc.⁵¹

⁵¹ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Positivismo jurídico, realismo..., pp. 130-142.

De todas estas maneras de entender “lo natural” se derivan muy diversas concepciones del iusnaturalismo, cada una con diversas propuestas. A pesar de ello, existe un elemento común a todas, que es la afirmación de la anterioridad y superioridad del derecho natural por sobre el positivo. En este sentido puede afirmarse que el iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural, pero reconoce la existencia del derecho positivo; mientras que el iuspositivismo rechaza la existencia de un derecho natural, y por tanto afirma la exclusividad del derecho positivo.⁵²

2.- La teoría de Emil Brunner.

Uno de los autores iusnaturalistas contemporáneos más importantes es Emil Brunner. Este autor suizo, a quien me referí en el Estudio Preliminar, se enmarca históricamente dentro de aquel grupo de filósofos europeos que a partir de la Segunda Guerra Mundial, durante la cual escribió su obra “La Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social”, le dieron nueva vida a la teoría del derecho natural.

A continuación me permitiré citar un largo párrafo del propio Brunner que expresa el sentir de la época, y fija claramente la posición del iusnaturalismo frente al positivismo y el problema de la guerra y el totalitarismo:

Sólamente ahora, ante este resultado pavoroso al que ha llevado una labor de disolución y desmoronamiento espirituales, comienza la humanidad occidental a darse cuenta de lo acontecido, y a reflexionar sobre el camino recorrido que ha desembocado en tal catástrofe. La

⁵² Cfr. BOBBIO, El problema del... p.68.

humanidad occidental de hoy se siente sobrecogida ante la siniestra realidad que ve configurarse en el Estado totalitario. Ahora bien, los hombres de hoy no quieren reconocer ni confesar todavía que ese Estado totalitario no es la invención de algunos grandes criminales, sino que es más bien el propio engendro de ellos, la consecuencia necesaria de su positivismo carente de toda fe, y hostil a la religión y a la metafísica. Ni tampoco quieren creer que las cosas tienen que suceder como sucedieron, cuando el hombre no cree ya en un derecho divino, ni en una justicia eterna. Y, sin embargo, esa disyuntiva se manifiesta hoy con toda claridad. O bien hay algo intrínsecamente válido, una justicia que está por encima de todos nosotros, una exigencia que se nos impone y que no dimana de nosotros, una regla normativa de justicia válida para todos los Estados y todos los sistemas de derecho positivo; o bien no hay justicia alguna, sino tan sólo el poder organizado de tal o cual manera, que se llama a sí mismo "derecho". O bien hay derechos del hombre, eternos, intangibles, o bien hay tan sólo las buenas oportunidades de quienes por azar resultaron privilegiados y las malas oportunidades de quienes fortuitamente resultaron perjudicados. O bien hay un derecho sagrado, ante el cual se puede apelar contra todas las ordenaciones sociales inhumanas e injustas y contra todas las arbitrariedades y crueldades estatales, o bien ese "derecho" no es nada más que otra palabra para designar los resultados casuales de los componentes fácticos de poder en el campo de las fuerzas políticas.⁵³

⁵³ BRUNNER, Emil, *Ob.cit.*, p. 14.

Me parece que el texto anterior no deja lugar a dudas sobre la posición filosófica de Brunner, y sobre su absoluto rechazo al positivismo; así como su forma de entender a la Justicia, como algo eterno, inmutable y absoluto, basado en un principio divino.

Para Emil Brunner, en un primer momento la idea de la Justicia implica la de un orden originario, que dispone lo que realmente es de cada quien, y con el cual debe haber semejanza para que haya Justicia. En virtud de esta noción de orden originario se habla de normas estatales justas o injustas. Sin embargo, también la idea de Justicia hace referencia a un orden humano, pues implica la noción de una estructura, de un ordenamiento, de un sistema, en el cual se dan las relaciones justas o injustas, y en virtud del cual se distribuye lo que es de cada quien. De esta forma puede hablarse de una ley, una constitución, o de un tratado justo o injusto.

Esta concepción iusnaturalista de un orden originario, la retoma Brunner de Aristóteles y del pensamiento cristiano. Del Estagirita afirma, a manera de argumento de autoridad:

Aristóteles concibe en términos filosóficos la antiquísima representación mítica de un orden jurídico establecido por los dioses, en tanto que sienta como fundamento de todo derecho humano un derecho divino, originario...⁵⁴

⁵⁴ *Ibid.*, p. 11.

Esta concepción no la abandonará nunca Brunner, pues "la idea de la justicia y el pensamiento de una ley divina son una y la misma cosa"⁵⁵, de tal manera que no es posible hablar de Justicia sin creer en la existencia de una ley divina.

Como lo he señalado en el capítulo anterior, Brunner encuentra el fundamento de la igualdad y de la desigualdad humanas en la voluntad divina, la cual ha creado al ser humano "a su imagen y semejanza". Siguiendo por este camino, Brunner formula una teoría de la Justicia, que aplica a las relaciones familiares, a la economía, al Estado y al orden internacional.

Por parecerme las más interesantes, me limitaré a comentar las concepciones del protestante suizo respecto del orden justo del Estado y de las relaciones internacionales.

Brunner reconoce que la esencia primaria del Estado no es la Justicia, sino el poder, pues bien puede haber Estados sin Justicia, pero no Estados sin poder. Sin embargo, refiriéndose a la historia de los Estados, Brunner afirma un punto importante:

...un poder tal (totalitario) no puede mantenerse a la larga, si es que no toma en cuenta en alguna medida las exigencias de la justicia. Hay una íntima conexión entre injusticia y anarquía por una parte, y entre justicia y poder por otra parte.⁵⁶

⁵⁵ *Ibidem.* p. 59.

⁵⁶ *Ibidem.* p. 243.

Brunner formula una propuesta de "cuatro grados de justicia estatal", en la cual establece que en un primer momento de anarquía es necesario buscar un poder que ponga fin al *bellum omnium contra omnes*, ya que el Estado es un ordenamiento querido por Dios.⁵⁷

Con la existencia de un poder monopólico que evite la anarquía, aunque sea de modo brutal, se da el primer grado de la Justicia estatal, ya que en la anarquía no es posible ningún grado de Justicia. Cuando el déspota, que ha terminado con la anarquía establece una ley general, que le permita seguir gobernando, se da el segundo grado de la Justicia estatal, ya que ahora todos estarán sometidos a una misma ley, lo que producirá cierta igualdad. El tercer grado de la Justicia del Estado es la ley justa, que es "aquella que da validez a los derechos humanos del individuo y de la comunidad."⁵⁸ Finalmente, el cuarto grado de justicia se presenta cuando se da una justa distribución del poder en el Estado, lo cual se da en la democracia, que es el orden más justo. Sin embargo, Brunner acepta que dicha forma de gobierno siempre está al borde de la anarquía, por lo que solo es justa para aquellas sociedades preparadas para ello.

Brunner denuncia la injusticia del Estado totalitario, que convierte al ser humano en esclavo del mismo, apoderándose de su cuerpo, su alma y su espíritu, lo cual es posible en este siglo, a partir de los medios técnicos de que dispone el Estado para ejercer un poder absoluto. La causa del ejercicio absoluto del poder, es, dice Brunner, la concepción positivista de que no existe limitación alguna a la soberanía estatal. Por ello considera indispensable que el Estado reconozca los límites impuestos por "la soberanía de Dios".

⁵⁷ *ibidem*, p. 244.

⁵⁸ *ibidem*, p. 246.

Si bien el Estado ha logrado evitar la anarquía entre los hombres, entre los pueblos no ha sido posible el establecimiento de un orden de paz. Y es precisamente el poder del Estado, creado para mantener la paz y el orden entre los hombres, el factor de anarquía más importante en las relaciones interestatales. El motivo dominante de las guerras ha sido “el egoísmo nacional, la voluntad de cada Estado singular de arrebatar para sí propio (sic) todo lo posible, y de dar únicamente aquello que resulte inevitable.”⁵⁹ Esta situación, y la magnitud del daño que en estos tiempos implica una guerra, con la doble característica de ser mundial y total, hacen de la necesidad de un orden de paz la primera exigencia de una Justicia internacional.

Para evitar la anarquía internacional, Brunner enumera tres posibilidades de un orden de paz:

- A. Paz lograda mediante un poder coercitivo unitario y superior.
- B. Paz mediante el derecho.
- C. Paz mediante el derecho combinado con el poder.⁶⁰

La primera de las posibilidades implica la “supresión de la guerra mediante el poder que fuerce a todos a la unidad.” Esta posibilidad debe rechazarse, dice Brunner, porque, si bien es una posibilidad - como lo fue durante la *Pax Romana* -, la autonomía de los pueblos no lo permitiría, por las constantes rebeliones y guerras de liberación inherentes a un sistema de tal naturaleza. Dicho orden,

⁵⁹ *ibidem*, p. 285.

⁶⁰ *ibidem*, p. 287.

además, sería sumamente difícil de surgir, debido a la fuerza comparable entre las grandes potencias.

Hoy en día resulta políticamente obsoleto el comentario de Brunner en el sentido de que no descarta el establecimiento de un orden comunista global.

La segunda posibilidad, la de la paz internacional por el derecho, implica la firma de un tratado jurídico-internacional de paz; así como la aceptación y observación del principio *pacta sunt servanda* [los pactos deben observarse]. Sin embargo, afirma Brunner, este principio, al convertirse la concepción positivista del mundo en la filosofía dominante, fue sustituido por el principio maquiavélico de la "razón del Estado". La pérdida de la fuerza obligatoria de los tratados se dio a partir del triunfo de las revoluciones totalitarias, que destruyeron "el capital ético sobre el cual se apoya la posibilidad de los tratados."⁶¹

La tercera posibilidad que contempla Brunner (hay que tomar en cuenta que en el momento en que se publicó su obra, todavía no se había creado la Organización de las Naciones Unidas), es la del establecimiento de un poder supraestatal, con base en una estructura federalista-cooperativa. Los Estados renunciarían a la autoprotección, cediendo esa función a una entidad de poder supraestatal y a la familia de naciones. Esta posibilidad, que fracasó con la Liga de las Naciones, requeriría del desarme de todas las naciones, de la desaparición de las grandes potencias como tales, y de la formación de una voluntad unitaria en una Federación de Estados. Estos supuestos, como es evidente, hacen de esta posibilidad una fantasía.

⁶¹ *Ibidem*, p. 290.

Debido a las dificultades para lograr un orden de paz internacional, la paz debe buscarse, dice Brunner, en una "voluntad de paz", por razón de la Justicia.⁶² Esta posibilidad es real, dice al autor suizo, una vez que el mundo ha vivido la tragedia de la guerra total y mundial. Esta idea es necesaria, pues negarla implica la aceptación de una próxima guerra mundial. Y además, porque mientras más fuerza tome, esta voluntad de paz y Justicia :

dará origen por sí misma a ciertas instituciones de cooperación supraestatal, las cuales ciertamente no ofrecen por sí propias (sic) ninguna garantía de paz, pero pueden ser tan necesarias como útiles, en tanto que (son) instrumentos de esa voluntad de paz existente.⁶³

Brunner continúa el desarrollo de su teoría de la Justicia internacional de la misma manera que lo hizo con la Justicia estatal, estableciendo los diversos grados de la Justicia.

En el caso de que efectivamente se logre evitar el estado de anarquía entre los pueblos, el segundo grado de la Justicia será el del derecho internacional. En este sentido, Brunner manifiesta esperanzas de que el derecho de los tratados pueda serlo verdaderamente, pues:

así como los convenios de una banda de ladrones no son derecho, así tampoco son derecho aquellos convenios entre Estados que pueden ser violados tan pronto como parezca ventajoso el no respetarlos.⁶⁴

⁶² Cfr. *ibidem*, p. 294.

⁶³ *ibidem*, p. 295.

⁶⁴ *ibidem*, p. 296.

En este sentido, Brunner concluye que no se debe supraestimar el valor del derecho como instrumento para la paz, pues mientras no exista detrás de éstos la voluntad de paz y Justicia, su valor será nulo.

Como tercer grado de la Justicia internacional, está precisamente el derecho internacional justo, que vagamente se define como aquel que da a cada pueblo lo suyo. Brunner reconoce esta vaguedad y las dificultades que su interpretación implican. Para resolver los problemas que presenta la realidad internacional, Brunner formula el principio de que es injusta la riqueza de una Nación cuando hace necesaria la pobreza de otras.⁶⁵ Por lo anterior, Brunner rechaza el imperialismo económico de las grandes potencias. En cuanto al principio de autodeterminación de los pueblos, se considera injusto el establecimiento de un Estado que disminuya la seguridad de los demás.

Estas cuestiones, acepta Brunner, hacen sumamente difícil, si no es que imposible, la concepción de un orden internacional justo, pues:

hay tantas pretensiones justas que se interfieren y cruzan recíprocamente, que ni siquiera la sabiduría salomónica podría resolver... de modo que todos los participantes estuviesen convencidos de la justicia de la solución.⁶⁶

Brunner considera que todo orden que por lo menos garantice la paz, debe aceptarse, pues a razón de la paz misma debe realizarse la Justicia. Por último,

⁶⁵ Cfr. *ibidem*. p. 302

⁶⁶ *ibidem*. p. 306.

como cuarto grado de la Justicia en el orden internacional, se presenta la exigencia de un orden que, como la democracia al nivel estatal, permita la libertad y la autonomía de las naciones, en un orden de paz.⁶⁷

En los siguientes dos capítulos trataré de exponer lo que puede considerarse como la antítesis del iusnaturalismo y de las teorías que se fundan en él: el positivismo, y la teoría de su más refinado expositor: Hans Kelsen.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 308.

CAPITULO TERCERO

LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE HANS KELSEN

La Justicia es humana, toda humana, nada más que humana ; es injusto relacionarla, de cerca o de lejos, directa o indirectamente, con un principio superior o anterior a la humanidad.

Pierre Joseph Proudhon

1.- El positivismo jurídico.

El positivismo jurídico, siguiendo el planteamiento de García Máynez, al referirse a la concepción de Bobbio, se presenta en tres aspectos principales:

1) como una manera de acercarse al estudio del derecho; 2) como una concepción específica del mismo; y 3) como una ideología de la Justicia.⁶⁸

En el primero de los sentidos, el positivismo jurídico se acerca al derecho “real y existente” y no al “ideal” por lo que asume una actitud no estimativa, que deja de lado los elementos referentes a la validez intrínseca del derecho, o su correspondencia con una determinada idea de tipo teológica o metafísica. En este aspecto, el positivismo jurídico se ocupa del derecho formalmente válido, de aquel que es creado y reconocido por la autoridad.

En el segundo de los aspectos, el iuspositivismo se presenta como una “teoría del derecho”. En este sentido, se ocupa del derecho en cuanto es creado por el poder soberano, capaz de establecer e imponer sanciones; es decir, por el Estado. De esta concepción, o principio de estatalidad del derecho, se derivan algunas características de gran importancia: 1) la coactividad del derecho; 2) el aserto de que las normas jurídicas constituyen mandatos; 3) la supremacía de la legislación como fuente formal del derecho; 4) la integridad del sistema jurídico; y 5) la concepción de una actividad lógica al momento de la aplicación jurídica.⁶⁹

El tercer aspecto en que se presenta el positivismo jurídico corresponde a una determinada concepción ideológica. En este aspecto, que más adelante

⁶⁸ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Positivismo jurídico, realismo... 3a. ed., México, UNAM, 1986.

⁶⁹ *Ibid.* pp. 10-12.

rechazaré, se atribuye al derecho un valor positivo, por el mero hecho de su validez formal , es decir, por haber sido creado, y mantenerse vigente, de acuerdo a las formalidades establecidas por el Estado. Según esta concepción, el derecho positivo es justo, pues su sola existencia, dada la presencia del Estado, garantiza la realización de ciertos fines, como son el orden, la seguridad y la paz social.

En su concepción dogmática, el positivismo jurídico “se reduce en último análisis a la afirmación de que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente, esto es, con independencia de su contenido, o de que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas.”⁷⁰ La importancia de esta última concepción, como puede observarse, radica en que culpa al positivismo jurídico de reducir la justicia a la validez.

De la anterior imputación se han generado otras que afirman que el positivismo jurídico dio justificación -no sólo jurídica, sino moral- a los regímenes políticos que en este siglo han llevado al más bajo nivel al concepto de la dignidad humana, tales como el fascismo, el nazismo, y el stalinismo.

Esta idea ha perdido fuerza en las últimas décadas, por lo que Luis Legaz habla, parafraseando el título del libro de H. Rommen “El eterno retorno del derecho natural”, de un “eterno retorno” del derecho positivo. En este proceso de renacer positivista, en palabras de Luis Legaz, juega de modo decisivo :

...la creciente pérdida de fuerza del argumento llamado *reductio ad Hitlerum* , consistente en señalar las atrocidades de la época nazi como una consecuencia de la mentalidad positivista en que estaban formados los

⁷⁰ BOBBIO, Norberto, *El Problema del...*, p. 75.

juristas, incapaces, en virtud de ella, de reaccionar en nombre de principios superiores a la exigencia de que 'la ley es la ley'. De ahí la importancia que alcanzó en Alemania el renacer iusnaturalista, que encontró su consagración en la Ley Fundamental de Bonn y, sobre todo, en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en algún caso, llegó a anular una disposición legal por 'anti-iusnaturalidad' (*Naturrechtswidrigkeit*) de la misma.⁷¹

Para algunos iuspositivistas italianos, la causa de estas atrocidades fue, precisamente, la falta de validez formal de las disposiciones nazis, pues fueron:

decisiones adoptadas por ciertos funcionarios carentes de la más elemental forma jurídica que permitiera reconocerles su validez, por lo que, precisamente, el respeto al principio positivista de que "la ley es la ley" es lo que hubiera podido impedir su ejecución, al carecer de obligatoriedad.⁷²

Al respecto, es interesante notar que si bien Adolfo Hitler obtuvo el cargo de canciller del Reich de acuerdo a las disposiciones constitucionales vigentes en Alemania por entonces, y gracias a un elevado índice de votación popular, una vez que obtuvo el poder y se autodesignó "*Führer*" del pueblo alemán, dejó a un lado la constitución vigente, y gobernó, como se sabe, a su antojo, por lo que el reconocido historiador Paul Roberts resalta el hecho de que el régimen nazista nunca tuvo una constitución.⁷³

⁷¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Ob.cit. p. 212.

⁷² *ibidem*.

⁷³ Cfr. ROBERTS, P. The world in the twentieth century, Cambridge Press, p. 471.

2.- La teoría de Hans Kelsen

Probablemente gracias a las imputaciones que he reseñado, Kelsen decidió escribir un ensayo muy importante, sobre un tema que desde su punto de vista es meta-jurídico, que lleva el título de la pregunta que en “La República” se hizo Platón: “¿Qué es la Justicia?”. En adelante, me ocuparé de comentar dicho ensayo, así como de exponer mis personales puntos de vista al respecto.

Deseo advertir que si bien el ensayo de Kelsen no tiene la pretensión de una teoría de la Justicia, considero que contiene los elementos que, por su contundencia y simpleza, permiten inferir una teoría de la Justicia kelseniana, como lo demostraré en el capítulo sexto. De cualquier forma, queda manifiesto que tal punto de vista es personal y no compromete a autor alguno.

En su ensayo de 1952, Kelsen comienza advirtiendo que la Justicia ha sido la cuestión por la que más apasionadamente se ha debatido, por la que más sangre y lágrimas se han derramado, y sobre la que más han reflexionado los pensadores más ilustres. Y que, a pesar de ello, la pregunta ¿Qué es Justicia? sigue sin respuesta.⁷⁴

Kelsen desarrolla su pensamiento comenzando por afirmar que la Justicia es una cualidad posible, pero no necesaria, de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres. La Justicia, además, consiste en la realización de la felicidad, ya que comúnmente se afirma que un orden social es justo cuando genera entre los hombres la felicidad. Sin embargo, la Justicia no

⁷⁴ Cfr. KELSEN, Hans, ¿Qué es Justicia? .. p. 35.

puede referirse a la felicidad individual, pues toda decisión que favorezca a alguno perjudicará a otro, por lo que no puede existir un orden justo si se define a la felicidad en el sentido clásico de la felicidad individual.

Sin embargo, la Justicia tampoco es posible, afirma Kelsen, al igual que lo hará Rawls, si por Justicia se entiende la felicidad del mayor número de individuos posible; pues esta concepción benthamiana implica una valoración subjetiva, ya que los distintos individuos tendrán distintas ideas sobre su felicidad. Para Kelsen, la felicidad debe comprenderse en un sentido colectivo, de manera que por felicidad se entienda la satisfacción de las necesidades socialmente reconocidas. De esta manera obtenemos como primer presupuesto de la teoría kelseniana sobre la Justicia, el de que la felicidad de la Justicia se debe referir no a la felicidad individual o de la mayoría, sino a la que se obtiene mediante la protección de los valores socialmente reconocidos por la mayoría. Sin embargo, queda la pregunta: ¿cuáles deben ser esos valores, y cuál su jerarquía?

La respuesta de Kelsen, que consiste en el pilar de su teoría, y que ya he adelantado⁷⁵, es la siguiente:

La respuesta a estas preguntas (sobre la esencia de valores) es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo.⁷⁶

⁷⁵ Cfr. relativismo axiológico en el capítulo primero.

⁷⁶ KELSEN, *¿Qué es Justicia?* p. 39.

Kelsen presenta varios ejemplos de conflictos entre valores: entre la libertad y la vida, en el caso de un preso que no sabe si suicidarse; entre la vida humana y el bien de la nación, en el caso de la guerra; entre la libertad individual y la seguridad jurídica, para demostrar que la solución de estos problemas depende del estado emotivo, subjetivo, y por tanto, relativo, del sujeto que toma la decisión.

De manera similar al párrafo de Aristóteles que he citado, al referirme al "criterio comparativo"⁷⁷, Kelsen sostiene que:

el orden entre los distintos valores tales como la libertad, la igualdad, la seguridad, la verdad, la legalidad y otros, es distinto según se pregunte a un cristiano creyente, que considera su salvación -el destino de su alma en el más allá- más importante que sus bienes terrenos, o se pregunte a un materialista, que no cree en el más allá.⁷⁸

El autor de la Teoría Pura del Derecho reconoce que los sistemas de valores sociales, e incluso morales, no se forman individualmente sino que dichos sistemas resultan un fenómeno social. Sin embargo, lo anterior no le quita a los sistemas valorativos su carácter subjetivo y relativo, pues:

en la historia de la humanidad ha sido frecuente sustituir unos valores morales aceptados de modo generalizado por otros juicios de valor no menos aceptados.⁷⁹

⁷⁷ Cfr. Estudio Preliminar

⁷⁸ KELSEN, *¿Qué es la Justicia?*, p. 42.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 43.

Esto, sin embargo, no es aceptable para la conciencia humana que requiere de una justificación para cada uno de sus actos. Por ello el hombre, dice Kelsen, intenta dar a sus juicios subjetivos y relativos, el carácter de objetivos y absolutos. En este punto radica la diferencia principal de la tesis kelseniana respecto de las tesis iusnaturalistas.

La razón humana no puede satisfacer la exigencia de una justificación absoluta que tiene nuestra conciencia, y esto explica la validez de los valores absolutos. El absoluto y los valores absolutos sobrepasan el alcance de la razón humana, para lo cual sólo cabe una solución condicional y relativa para el problema de la Justicia como justificación de la conducta humana.⁸⁰

El razonamiento expuesto lleva a negar categóricamente la posibilidad de una Justicia absoluta, derivada de un orden superior o de valores absolutos, que pueda ser explicada y fundamentada de forma racional, pues en última instancia, los valores están determinados por cuestiones emocionales y subjetivas.⁸¹

Lo anterior lleva a la conclusión principal de Kelsen sobre la idea de la Justicia, la cual mantiene que:

los valores absolutos determinados de este modo, y sobre todo la idea de Justicia, no son más que fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social.⁸²

⁸⁰ *Ibidem*, p. 44-45.

⁸¹ *Cfr. ibidem*, p. 46.

⁸² *Ibidem*, p. 46.

Kelsen demuestra esta afirmación al criticar la falta de contenido de la clásica fórmula de "dar a cada quien lo suyo". La fórmula reitera Kelsen, no define nada, y a ello se debe, precisamente, su generalizada aceptación. Lo mismo sucede con el imperativo categórico kantiano, que prescribe: "compórtate de tal modo que tu conducta pueda ser una ley universal", lo cual indica que la conducta debe coincidir con principios universales que, sobra decirlo, nadie define. La misma objeción puede hacerse a ciertos conceptos de la teoría de Rawls, que dejan las soluciones finales a la intuición de los sujetos en la posición original, como se explicará en su oportunidad.

Para Kelsen, las normas provienen de la voluntad humana y de sus intereses, no de su razón, la cual sólo puede acceder a valores relativos, y mucho menos de la naturaleza, que no tiene voluntad.

La Justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre. Desde el punto de vista del conocimiento racional, no existen más que intereses humanos, y por tanto, conflictos de intereses.⁸³

Este modo de pensar, defiende Kelsen, no carece de moral. El negarle a los valores el carácter de ser absolutos, no implica una negación de su existencia. Sólo que deja a cada individuo la responsabilidad de decidir qué es bueno y qué es malo, dentro de un amplio campo de posibilidades. La responsabilidad puede ser demasiado pesada para los hombres, por lo que, afirma Kelsen, se le delega al gobierno, o en última instancia, a Dios; por lo que el rechazo al relativismo proviene del miedo a tener que elegir.

⁸³ *Ibidem.* p. 59.

La filosofía relativista sí requiere, sin embargo, el respeto a un valor necesario: el de la tolerancia. Y dado que la democracia implica tolerancia, y ésta libertad, para Kelsen no hay forma de gobierno que sea más favorable a la Ciencia que la democracia. Kelsen concluye con la siguiente respuesta a la pregunta inicial ¿qué es Justicia?:

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 en 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 Justicia de la democracia, de la tolerancia.⁸⁴

Una vez que han sido expuestas las teorías de Brunner y Kelsen, es posible avanzar a la tercera y última concepción de la Justicia que consideraré en el presente trabajo. La teoría de la Justicia de John Rawls es una elaboración compleja, que requiere la exposición previa de una serie de conceptos y términos propios de dicha teoría. Por ello, he dedicado a la obra de Rawls dos capítulos: el cuarto, en el que ubico la posición filosófica de Rawls y presento los principales conceptos desarrollados en el desarrollo de la teoría a través de sus tres formas; y el quinto, en el que desarrollo analíticamente la teoría rawlsiana, dividiéndola en partes para una mejor comprensión.

⁸⁴ *Ibidem.* p. 63.

CAPITULO CUARTO

PRIMER ACERCAMIENTO A LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS

*Cuando todos los hombres sean
libres, serán iguales;
cuando sean iguales,
serán justos.*

**Claude-Henri de Rouvroy,
Conde de Saint-Simon**

1. Nota previa.

Uno de los autores contemporáneos que más debate y opinión ha generado en torno a su pensamiento es sin duda John Rawls. Su obra principal, *A theory of Justice*, publicada en 1971, fue objeto, sólomente durante los primeros diez años de su publicación, de más de 400 libros,⁸⁵ y actualmente es considerada una pieza fundamental de la filosofía política del siglo.

La complejidad de la obra de Rawls, y la forma misma en que está escrita, hacen necesario que quien quiera aproximarse a ella acuda primero a la obra de sus intérpretes. No por nada Robert Paul Wolff comienza su libro "Para comprender a Rawls", con estas palabras:

La importancia de la obra de Rawls, y también su falta de claridad, están confirmadas por la abundancia de comentarios que han aparecido en los cinco años transcurridos desde su publicación. Filósofos, economistas y especialistas en ciencias políticas han tratado de acercarse al libro, con resultados, a veces, similares a los de unos ciegos que intentasen alcanzar un elefante.⁸⁶

De una manera similar opina otro intérprete y crítico de Rawls, Jesús Martínez García, quien advierte sobre "La teoría de la Justicia" lo siguiente:

Externamente el libro no está muy bien conseguido. A lo largo de sus seiscientas páginas se acumulan

⁸⁵ Cfr. MARTINEZ GARCIA, Jesús Ignacio, *La teoría de la Justicia de John Rawls*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 2.

⁸⁶ WOLFF, Robert P. *Para comprender a Rawls*. México, FCE, 1981, p. 13.

argumentaciones y planteamientos de una manera un tanto desordenada y reiterativa.⁸⁷

Hago estas advertencias, pues en efecto antes de recurrir a las necesarias guías, así como a la opinión de maestros, tuve el resultado al que se refiere Wolff. Por ello, me he orientado por las obras que he citado para una mejor exposición del pensamiento del maestro de Harvard; sin dejar, por supuesto, de tomar como fuente principal su obra máxima *A theory of justice*.

2.- Ubicación filosófica de la teoría de John Rawls: utilitarismo, intuicionismo y contractualismo.

En términos generales, puede decirse que la obra de Rawls se enmarca en la tradición contractualista de Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, bajo una concepción liberal. Por otra parte, la "Teoría de la Justicia" responde a las circunstancias en que se encontraba el ambiente filosófico que rodeaba a Rawls al momento de sus reflexiones, a partir de los años cincuenta. En este sentido, la obra de Rawls es motivada por una insatisfacción de las propuestas de la filosofía anglosajona, por lo que se la considera una respuesta a las deficiencias morales del utilitarismo y a las fallas metodológicas del intuicionismo.⁸⁸

Para ubicar filosóficamente la teoría de Rawls, es oportuno hacer una revisión del estado doctrinal del problema de la Justicia en el momento en que Rawls formuló su teoría. En este sentido, expondré los supuestos y los principios

⁸⁷ MARTINEZ GARCIA, Ob.cit. P. 7.

⁸⁸ Cfr. WOLFF, ob.cit. P. 20

de las corrientes filosóficas que Rawls intenta superar: el utilitarismo y el intuicionismo, así como de la tradición política que retoma: el contractualismo.

a) El utilitarismo.

El utilitarismo es una corriente de la ética normativa, que puede calificarse de teleológica, en el sentido de que busca la maximización de un bien intrínseco: la utilidad colectiva.

El utilitarismo ha sido una de las principales corrientes filosóficas dentro del mundo anglosajón. Entre sus autores más representativos se encuentran figuras como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidwick. Han sido las ideas de estos autores el fundamento de las formulaciones utilitaristas que han proliferado en todos los campos sociales hasta nuestros días, las cuales, en ocasiones, son extravagantemente técnicas.

Para el utilitarismo, el fin último de todo orden político es el de maximizar el nivel de satisfacción social, es decir, maximizar la utilidad. Las instituciones son más o menos justas en la medida que logran este fin. El bienestar social está compuesto de todos aquellos elementos mediante los cuales se satisfacen deseos y se obtiene felicidad.

El utilitarismo aplica a las instituciones y a la sociedad la misma pauta de acción que sigue un individuo egoísta y racional.

Así como el bienestar de una persona se forma a partir de las diferentes satisfacciones que siente en distintos momentos durante el curso de vida, así, casi del mismo modo, el bienestar de la sociedad ha de construirse a partir de la satisfacción de los sistemas de deseos de los muchos individuos que pertenecen a ella. ...Del mismo modo en que un individuo equilibra ganancias presentes y futuras con pérdidas presentes y futuras, de ese modo una sociedad puede equilibrar satisfacciones e insatisfacciones entre individuos diferentes. Y así, mediante estas reflexiones, se alcanza de modo natural el principio de utilidad: una sociedad está correctamente ordenada cuando sus instituciones maximizan el equilibrio neto de satisfacción.⁸⁹

La concepción utilitarista y las elaboraciones economicistas que se han desarrollado bajo su amparo buscan la maximización del bienestar colectivo, sin importar la distribución que de los bienes generen las instituciones. Todas las elaboraciones de la teoría de la utilidad, muy en boga en la enseñanza de la economía hoy en día, tienen como fin el garantizar la producción eficiente de los bienes y servicios, sin tomar en cuenta su distribución.⁹⁰

Adelanto que una de las contribuciones más importantes de Rawls a la filosofía política y la ética social, es precisamente la de elaborar una teoría que busque no solo la eficiencia, sino "la eficiencia en la justicia". Necesidad que podemos constatar tanto al nivel más local como a nivel global.

⁸⁹ RAWLS, John, Teoría de la justicia, FCE, México, 1995, p. 35.

⁹⁰ Vid. una excelente defensa del utilitarismo, y del principio de la eficiencia en: POSNER, Richard, "The Economics of Justice"

El utilitarismo intenta realizar un balance neto de los dolores y los placeres sociales, para determinar el nivel de bienestar social. Para ello, es necesario un observador hipotético y neutral que realice dicho balance:

Sería necesario un espectador u observador imparcial, idealmente racional, con conocimiento de todas las circunstancias relevantes y con poderes de simpatía tales que fuera sensible a todos los intereses y deseos que puedan quedar afectados, experimentando y registrando las satisfacciones e insatisfacciones de todos con sus respectivas intensidades, y expresando así fielmente los efectos del bienestar general de diferentes posibilidades de acción. Un sistema social, un proyecto legislativo, un acto, etc., sería más justo que otro cuando lo aprobara este observador hipotético, prefiriéndolo por producir mayor bienestar, o hablando en términos absolutos por maximizar el bienestar... La injusticia sería el desperdicio de recursos, la ineficiencia económica.⁹¹

En la crítica de Rawls al utilitarismo, al que acusa de confundir la imparcialidad con la impersonalidad, subyace el descubrimiento de que el utilitarismo no es, como lo han sostenido siempre los utilitaristas, ni individualista ni liberal. En el utilitarismo el individuo pierde su personalidad y se convierte simplemente en un dato más a tomar en cuenta para el balance general.

Además, al considerar cualquier deseo que busque satisfacción, se le da validez a posiciones extremas que resultan injustas; y se olvida que los deseos y las necesidades no están dadas simplemente, sino que son creadas y fomentadas por

⁹¹ MARTINEZ GARCIA, Ob.cit, p. 55.

las instituciones. Al promover y considerar justos aquellos deseos que favorecen cuantitativamente el balance general, y desechar el origen y la calidad de los mismos, el utilitarismo permite y alienta violaciones a la libertad individual, ya que la búsqueda de la felicidad no repara en los medios.

Esta concepción sujeta la libertad individual al bienestar colectivo, y califica a la Justicia como una suma absoluta de felicidades producidas por una distribución económicamente eficiente de los productos sociales. La justa repartición de dichos productos no es contemplada, lo cual, sobra decir, genera desigualdades inaceptables para una Teoría de la Justicia. Por ello, Rawls nota que:

La característica más sorprendente de la visión utilitaria de la justicia es que no importa, excepto de manera indirecta, cómo se distribuya esta suma de satisfacciones entre los individuos.⁹²

Para el utilitarismo, el fin último no es la Justicia sino la utilidad. Más allá de la dificultad de aplicar los supuestos utilitarios en la realidad (¿cómo valorar cuantitativa y cualitativamente los deseos y las satisfacciones de cada individuo?), se encuentra esta suplantación de la justicia por la utilidad.

Debido a lo anterior, Rawls busca elaborar un modelo de sociedad en donde la Justicia se mida no en los términos absolutos del utilitarismo, sino en términos de ventajas mutuas; y que tome en cuenta un bien olvidado por el

⁹² RAWLS, Ob.cit., p. 37.

utilitarismo: la autoestima; todo a partir de una concepción metaética que pone en primer lugar a la Justicia.

Es difícil sobrestimar la originalidad de la propuesta de Rawls, pues sin caer en el exceso utópico del marxismo, propone una teoría que busca generar las condiciones económicas y jurídicas que permitan un desarrollo económico eficiente, pero sujeto a los principios de la Justicia. El grado de viabilidad de la propuesta en la práctica es una cuestión que la teoría deja a las condiciones específicas de cada sociedad, y a la capacidad moral y política de sus miembros.

b) El intuicionismo.

Las corrientes intuicionistas, metodológicamente inferiores al utilitarismo, mantienen que el ser humano tiene un "poder de intuición" que le indica qué es lo justo. Rawls lo considera como "la doctrina que mantiene que existe una familia irreductible de primeros principios que tienen que ser sopesados unos con otros preguntándonos qué equilibrio es el más justo según nuestro juicio."⁹³

Dentro de estas expresiones se incluyen afirmaciones como la de que "a cada quien lo suyo", a "cada quien según sus méritos", etc. Estas expresiones dejan su definición a criterios subjetivos, lo que, como lo notó Kelsen, lleva a contradicciones y antinomias. Sin embargo, el intuicionismo tiene un aspecto positivo que atrae a Rawls: define lo justo independientemente de lo bueno, y reconoce la inviolabilidad del ser humano en cuanto su libertad y su dignidad.

⁹³ RAWLS, Ob.cit. , p. 44.

En este aspecto, no es posible dejar de calificar a las propuestas iusnaturalistas como intuicionistas, tanto por su buena intención como por lo vago de su planteamiento. Rawls cree poder superar las posturas intuicionistas, y alcanzar una concepción de la Justicia que sea, a la vez, objetiva y racional. En el capítulo sexto formularé las objeciones que a este intento opondría Kelsen, las cuales son ignoradas en la obra de Rawls.

En cuanto a los problemas de método, Rawls lo ve de la siguiente manera:

Las teorías intuicionistas tienen, entonces, dos características: primera, consisten en una pluralidad de primeros principios que pueden estar en conflicto, dando soluciones contrarias en tipos de casos particulares; y segunda, no incluyen un método explícito, ni reglas de prioridad para valorar estos principios entre sí: simplemente hemos de sopesar intuitivamente estos principios para averiguar por aproximación lo más correcto.⁹⁴

Si bien moralmente Rawls se identifica más con el intuicionismo que con el utilitarismo, queda claro que metodológicamente considera al utilitarismo muy por encima del intuicionismo. Ante esta situación, volvió la vista hacia la tradición filosófica-política del contractualismo.

En su intento, Rawls busca encontrar una versión nueva del contrato social, que supere las deficiencias morales del utilitarismo y las metodológicas del intuicionismo.

⁹⁴ RAWLS, Ob.cit. , p. 44.

c) El contractualismo.

A pesar de las profundas diferencias que existen entre los principales teóricos del contractualismo, dicha corriente filosófica mantiene, en tanto tal, ciertas características que permiten distinguirla de otras manifestaciones filosóficas.⁹⁵

En primer lugar, el contractualismo es una corriente filosófica que busca legitimar un determinado orden político, mediante elaboraciones mentales y teóricas -más que con observaciones empíricas-, a partir de un estado anterior al del orden político o pre-estatal.

Para Otfried Höffe, quien presenta una comparación entre los modelos filosófico-políticos de Hobbes, Kant y Rawls, existen las siguientes afinidades básicas entre las teorías contractualistas clásicas:

a) Las teorías contractualistas parten de la necesidad de dar legitimación a las relaciones estatales. En este sentido, se trata de teorías que plantean cuestiones de índole normativa.

b) Para las teorías contractualistas, el individuo libre, en cuanto a su libertad de acción y de albedrío, es el punto de partida para la justificación del orden estatal. Es el Estado, no el hombre, el que debe ser legitimado. A diferencia

⁹⁵ Cfr. HOFFE, Otfried, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, Ed. Alfa, Barcelona, 1988, pp. 7-39.

del utilitarismo, el Estado se debe justificar frente a cada individuo y no ante la colectividad.

c) El orden político significa una limitación a la libertad individual, en tanto contiene mandatos y prohibiciones que se hacen valer a través de la coacción. En la definición de los límites que se imponen a la libertad individual, me parece, radican las distintas concepciones entre los contractualistas sobre los principios de la justicia política.

d) La cuestión que se plantean los teóricos del contractualismo es ¿cómo se pueden justificar, ante cada uno de los individuos, las limitaciones a su libertad individual? Esta pregunta cobra vigencia en un momento, como el actual, en el que las constituciones y la normatividad internacional reconocen como inviolables las libertades y los derechos humanos.

e) La respuesta a la pregunta anterior sigue el modelo según el cual el estado de naturaleza o pre-estatal, es inaceptable, en virtud de la libertad irrestricta de que goza cada individuo. La anarquía reinante en esta circunstancia puede ser evitada mediante la auto-limitación recíproca de la libertad individual entre los hombres, a través de un contrato que da origen a la sociedad.

Respecto del último punto, vale la pena notar que para Rawls, a diferencia de Hobbes y Kant, el estado pre-estatal tiene una naturaleza cooperativa, y que lo que hace falta son las reglas que permitan una justa distribución de los productos de la cooperación recíproca. Por ello, la teoría de Rawls se refiere principalmente a la Justicia distributiva.

Esto implica el reconocimiento de la existencia de conflictos -sin los cuales no cabe hablar de soluciones jurídicas, ni de Justicia- pero estos se presentan no por el egoísmo humano (Hobbes) ni por la convivencia en un mundo de objetos compartidos (Kant), sino por las relaciones de colaboración y la distribución de los productos (bienes y derechos).⁹⁶

A continuación plantearé de una forma general, los conceptos y los términos que utiliza Rawls en su teoría; así como la manera en que ésta se fue desarrollando a través de diversas etapas en las cuales se introdujeron cambios progresivos.

3.- Los presupuestos de la Teoría de la Justicia de John Rawls.

La pregunta fundamental que se encuentra detrás del pensamiento de Rawls, y la cuál no debe perderse de vista es la siguiente: ¿cómo debe ser la sociedad para que sea justa? Para Rawls, la Justicia es la principal de las virtudes sociales, por ello, al igual que Platón en la República, funda su teoría en la búsqueda de los elementos necesarios para una sociedad justa. Así lo manifiesta en el siguiente pasaje de su obra:

La Justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas o sean

⁹⁶ Cfr. HOFFE, Ob.Cit. p. 28.

eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas.⁹⁷

Para comprender la formulación de la teoría del Rawls, es necesario partir de los mismos supuestos que él, comenzando por su concepción del hombre y de la sociedad.

4.- Concepto de hombre.

Para Rawls, el hombre es un ser que se caracteriza y se diferencia de los demás animales, por su concepción del bien y de la Justicia.

Las personas morales se distinguen por dos características: la primera, que son capaces de tener (y se supone que tienen) una concepción de su bien (expresada por un proyecto racional de vida); y segunda, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de la justicia, un deseo normalmente eficaz de actuar según los principios de la justicia, por lo menos hasta un cierto grado mínimo.⁹⁸

La concepción del bien consiste en que el hombre, a partir de su libertad, puede elegir los proyectos que más felicidad le proporcionen, de forma racional.

Los bienes son naturales cuando su posesión no depende directamente de la sociedad, como son la salud, la inteligencia y la imaginación. En cambio son bienes sociales aquellos cuya posesión está en control de la sociedad. Son los bienes sociales los que resultan fundamentales para la construcción de una teoría

⁹⁷ RAWLS, Ob.cit., P. 11.

⁹⁸ Ibid. P. 21.

de la Justicia. Los bienes sociales son derechos y libertades, poderes y oportunidades, ingreso y riqueza. Entre ellos se encuentra el respeto por uno mismo, la autoestima o sentimiento de dignidad personal. Por otra parte, resulta fundamental el derecho de la libertad, que da al hombre la capacidad de proyectar su vida, y le da la posibilidad de ejercitar la Justicia. Además, los poderes y oportunidades, así como los bienes económicos, son necesarios para la concepción del bien.

Aparte de esta concepción, el hombre tiene un sentido de la Justicia. A cierta edad, dada la capacidad intelectual necesaria, los hombres "adquirimos una habilidad para juzgar las cosas como justas e injustas y para apoyar estos juicios en razones."⁹⁹ Para Rawls, a diferencia de Kelsen, el sentido de la Justicia proviene de la lógica del razonamiento, y en su obra buscará encontrar los principios que rigen esta lógica racional.

5.- Concepto de sociedad.

En cuanto a la concepción rawlsiana de la sociedad, es importante notar que ésta deviene directamente de la concepción del hombre. Para Rawls :

una sociedad es una asociación más o menos autosuficiente de personas que reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias en sus relaciones, y que en su mayoría actúan de acuerdo a ellas.¹⁰⁰

⁹⁹ Apud. Rawls, Ob. cit., en Martínez García, Ob. cit., p. 39

¹⁰⁰ Ibid, p. 40.

En este concepto de sociedad, el elemento fundamental es el normativo, que se refiere a la eficacia de las normas; es decir, a su aplicación y observancia. De las normas, Rawls otorga especial importancia a aquellas que distribuyen los derechos y deberes entre los miembros de la sociedad; así como a las instituciones o mecanismos que hacen posible esta estructura.

Otro elemento importante de la sociedad que plantea Rawls, es que ofrece a sus miembros ventajas mutuas, derivadas de la cooperación. Esta se da en razón de las circunstancias de la Justicia, que son objetivas y subjetivas. Dentro del primer grupo se encuentra la coexistencia de los individuos y su igualdad en fuerza; de las subjetivas resaltan los intereses comunes o complementarios de los hombres, que permiten la colaboración, así como los distintos planes de vida, que generan el conflicto. Dentro de estas circunstancias, la Justicia se presenta como el elemento que evita, estabiliza y armoniza los conflictos.¹⁰¹

6.- Pasos hacia la "Teoría de la Justicia"

Es importante tomar en cuenta que Rawls comenzó su teoría con base en un sistema de "prácticas" que se dan en un "juego de regateo" del cual se derivan los dos principios de la Justicia. En una segunda y tercera formas de su modelo, Rawls introducirá nuevos conceptos, como el de la posición originaria y el velo de la ignorancia, que dan mayor equilibrio metodológico a la propuesta, pero el esquema básico para obtener la principal conclusión (los principios de la Justicia) siempre se mantiene igual.

¹⁰¹ Cfr. MARTINEZ GARCIA, Ob. Cit. Pp. 19 - 49.

Rawls considera la Justicia como una virtud de las instituciones sociales, o prácticas. Por práctica entiende “toda forma de actividad especificada por un sistema de normas que definen oficios, funciones, movimientos, castigos, defensas, etc., y que dan su estructura a la actividad.”¹⁰²

El modelo de Rawls consiste en plantear un modelo, con base en la teoría de los juegos, en el cual se reúnen ciertas personas con características específicas, para encontrar los principios que deben regir la vida social, y mediante los cuales se deben resolver los conflictos propios de toda sociedad. Para ello, Rawls plantea que el “juego de regateo”, se da entre agentes racionales, que han establecido ya un sistema de prácticas.

En términos muy generales, la teoría de juegos es una disciplina cuyo origen se remonta a los años treinta, que se utiliza para estudiar los fenómenos de la toma de decisiones, principalmente en los campos de la microeconomía, la ciencia política y la táctica militar. El modelo consiste en un sistema con jugadores que obtienen distintos premios (resultados) con base en las opciones que se les presentan. Para llegar al desenlace del juego (qué opción tomarán los jugadores para obtener un resultado óptimo) se utilizan criterios estrictamente racionales, con la ayuda de modelos matemáticos de cálculo de los beneficios posibles. Como puede suponerse, mientras más complicado es el juego, es decir, mientras más jugadores tiene, y mientras más variadas son las opciones y los premios, más difícil es su tratamiento analítico.

Las características de los miembros de dicha reunión son las siguientes:

¹⁰² Apud. RAWLS, John, La justicia como imparcialidad, en WOLFF, Ob.cit. „P. 31.

1) Adoptan decisiones sobre la base de un interés propio inteligente, con base en sus preferencias personales, las cuales conocen.

2) Tienen necesidades e intereses semejantes, o que por lo menos hacen que sea racional la cooperación.

3) Son semejantes en poder y en habilidad para garantizar que ninguno domine a los otros.

4) No son envidiosos; es decir, no les causan insatisfacción las posibles diferencias entre ellos.

Estas condiciones, y sobre todo la última, son factibles debido a la posibilidad de lo que Wolff llama un "excedente de la desigualdad", que consiste en el ingreso extra que genera para cada miembro de la sociedad una actividad económica cooperativa, aunque estos incrementos sean desiguales.¹⁰³

El excedente de desigualdad genera que los individuos prefieran una situación de desigualdad cuando esto implique un beneficio directo para ellos, a pesar de que otros individuos se vean más favorecidos. Con base en este "juego de regateo" se derivan los dos principios de la teoría de Rawls, que se expresan de la siguiente manera:

Primero : toda persona que participe en una práctica, o sea afectada por ella, tiene un derecho igual a la más amplia libertad compatible con una libertad igual para todos.

¹⁰³ Cfr. WOLFF, ob. Cit. Pp. 35-37.

Segundo : las desigualdades son arbitrarias, a menos que sea razonable esperar que actuarán en beneficio de todos, y que las posiciones y oficios a los que se hallan unidas, o desde los que pueden ser conquistadas, están abiertos a todos.¹⁰⁴

Por comodidad, al primero de los principios, referente a que “toda persona que participe en una práctica, o sea afectada por ella, tiene un derecho igual a la más amplia libertad compatible con una libertad igual para todos”, será denominado principio I. Al segundo, referente a que las desigualdades son arbitrarias si de ellas no se deriva un mayor beneficio para todos, se le conocerá como principio IIa; y como principio IIb. al que establece que las posiciones de diferencia estarán abiertas a todos.

Interpretando estos principios, se concluye que el principio I no se refiere tanto al aspecto de la libertad política o económica de los sujetos que participan en el juego, como a una igual distribución de los bienes entre ellos. Sólo así puede entenderse el principio IIa, que indica en qué casos puede desecharse el principio I. En este sentido, sólo cuando la desigualdad de las posiciones implica un mayor beneficio para todos, es desecharable el principio de la igualdad. Este establece como aceptable un incremento de utilidad de los sujetos en el sentido de lo que se conoce como “óptimo Pareto”, lo que implica que el beneficio debe aplicarse a todos, y no a unos cuantos, aún cuando la situación de los demás se mantenga inalterada. El principio IIb es susceptible de varias interpretaciones, pues la forma en que los jugadores pueden acceder a las posiciones no está definida en la primera forma del modelo. Esta podría ser mediante un sistema de rotaciones, de competencia con base en los talentos, o bien mediante sorteo.

¹⁰⁴ Apud., RAWLS, Ob.cit., en Wolff, p. 38

Estos principios, ha demostrado Wolff, no contienen los elementos suficientes para que efectivamente el juego llegue a los resultados que, en la primera forma del modelo, propone Rawls.

Puede objetarse que el principio IIa no define que todos estarán mejor respecto a qué. Wolff demuestra que no es posible establecer un tipo de práctica que será unánimemente preferido por todos; es decir, aunque pueda establecerse que dos prácticas, P' y P'' sean preferidas a P, no puede establecerse una preferencia entre P' y P''.¹⁰⁵

En cuanto al principio IIb, no se establece el sistema mediante el cual los sujetos accederán a las distintas posiciones; sin embargo puede presumirse que este principio es de muy difícil aplicación, pues como habrá hombres que si bien son semejantes en poder y en habilidad para garantizar que ninguno domine a los otros, sí habrá diferencias en talentos. Esto ocasionará que para que la sociedad sea eficiente, quienes sean más talentosos ocupen esos puestos, sistema al que se opondrán quienes no son talentosos, pues prefieren la rotación o el sorteo, lo que implica una sociedad menos eficiente y por tanto un excedente de desigualdad menor.¹⁰⁶

La deficiencia de esta primera forma del modelo, que Rawls mismo notará y corregirá, consiste en la imposibilidad de alcanzar la unanimidad entre un número determinado de jugadores sobre la práctica más conveniente a sus intereses, debido al conocimiento que unos tienen de las cualidades de los demás.

¹⁰⁵ Cfr. WOLFF, Ob. Cit. P. 44-45.

¹⁰⁶ Cfr. ibid. pp. 48-50.

Para superar el problema de la imposibilidad de la unanimidad entre los jugadores para elegir la práctica más conveniente a sus intereses, Rawls introdujo en su obra "*Distributive Justice*" el recurso del velo de la ignorancia. En esta segunda forma del modelo se establece que ninguno de los jugadores conoce su posición en la sociedad, ni su lugar en la distribución de talentos y facultades naturales, lo que impide que algún jugador sea beneficiado o perjudicado por las contingencias de clase social y de fortuna.

El velo de la ignorancia permite que los jugadores sean liberados de los elementos de conciencia que perturbarían su sentido de la Justicia, al inclinarse por sus propios intereses y egoísmos. Así, lo único que los jugadores saben con certeza es que su sociedad se encuentra sujeta a las circunstancias de la Justicia; es decir, los sujetos se enfrentan a una moderada escasez de los bienes sociales, a una aproximada igualdad de poder, y buscan satisfacer sus intereses racionalmente.

Una vez aclarada la posición filosófica de Rawls, así como el objetivo de su teoría y los conceptos y términos básicos, es posible entrar de lleno al desarrollo de su modelo y al estudio detallado de sus propuestas. De cualquier forma, anticipo que no pretendo realizar una exposición integral de la teoría de Rawls, sino simplemente de los elementos necesarios para su comprensión en un nivel básico, pero que permita formular una comparación con las otras dos teorías ya tratadas.

CAPITULO QUINTO

**DESARROLLO DE LA
TEORÍA DE LA JUSTICIA
DE JOHN RAWLS**

*La Justicia depende de
la imparcialidad, y sólo
pueden ser imparciales
los extraños.*

George Bernard Shaw

1. La posición originaria.

En este capítulo abordaré la teoría de Rawls en su tercera forma, que es la definitiva. A diferencia de las anteriores, Rawls no supone una reunión de personas que participan en un juego de regateo, sino que establece un caso hipotético al estilo de la tradición contractualista, en el cual se supone una situación previa al acuerdo social que funda el Estado. En el supuesto de Rawls, al que denomina posición originaria, se encuentran individuos cuyas características especiales los llevarán a obtener los principios de la Justicia que deben guiar su conducta. Rawls pretende de esta forma descubrir, con la ayuda de una metodología moderna, como es la teoría de los juegos o de la decisión, principios racionales, objetivos, generales y universales. Este aventurado propósito será en el capítulo posterior, la principal objeción positivista que formularé a Rawls.

El concepto de la posición originaria, al cual Rawls dedica un amplio capítulo, permite superar a través de un escenario hipotético aquellos elementos que nublan el sentido original y puro que todo hombre racional tiene de la Justicia. El objetivo del concepto de la posición originaria es el de descubrir el sentido de la Justicia propio del hombre; se trata de una concepción racional, permanente, e igual en todos los hombres, es una visión completa y neutral. Es en ese sentido que Rawls habla de "Justicia como imparcialidad".

Para llegar a la posición originaria, se supone una reunión de personas con características especiales que llegan a estar de acuerdo en unos principios de Justicia. Las personas se encuentran sujetas a ciertas restricciones que les evitan

caer en circunstancias que puedan alterar su sentido de la Justicia, haciéndolo interesado o parcial.

Partiendo del supuesto de la situación de las personas y de la naturaleza de sus intereses, Rawls plantea un modelo de lo que se denomina teoría de juegos (game theory) a través del cual se deduce cuáles serían los principios de vida social (principios de Justicia) que eligirían libremente, según el principio ya mencionado del punto óptimo en el sentido de Pareto. Lo anterior implica que dichos principios son aquellos que serían preferidos por todos los jugadores, debido a que en ningún otro punto se encuentran mejor individualmente.

Es importante señalar que el modelo del juego que plantea Rawls (la posición originaria), a diferencia de los modelos usados en la microeconomía para encontrar cantidades de intercambio de bienes y precios relativos, no busca garantizar la eficiencia sóloamente, sino que incorpora ciertos principios y limitantes a la capacidad decisiva, de tal manera que los principios acordados sean moralmente aceptables.

En contraste con la teoría social, el objetivo es caracterizar esa situación de manera que los principios que resultaran escogidos, cualesquiera que fuesen, resultarían aceptables desde el punto de vista moral. La posición original se define de tal modo que sea un *statu quo* en el cualquier acuerdo que se obtenga sea equitativo.¹⁰⁷

107 RAWLS, Ob.cit., p. 121.

2.- El velo de la ignorancia

El velo de la ignorancia, como mencioné en el capítulo anterior, es el recurso que utiliza Rawls para que las personas que participan en la posición originaria puedan acordar cuáles serán los principios de Justicia para su sociedad. El velo de la ignorancia permite a las personas elegir libremente, sin intereses parciales, los principios de la Justicia.

Se supone, entonces, que las partes no conocen ciertos tipos de hechos determinados. Ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo, a su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad. Esto es, no conocen su situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información respecto a qué generación pertenecen...¹⁰⁸

Lo interesante de la posición originaria es que es bajo estas condiciones que las personas deben elegir los principios de Justicia. Sobra decir que se trata de un estado puramente hipotético, muy al estilo de la tradición contractualista, como ya he mencionado.

¹⁰⁸ Ibid., p. 135-136.

Lo que sí conocen las personas bajo el velo de la ignorancia son las condiciones de la Justicia (escasez moderada y racionalidad), mencionadas con anterioridad. Además, conocen los hechos generales acerca de la sociedad humana; es decir, entienden cuestiones políticas, económicas y psicológicas, lo que ha sido un punto de gran debate. Este supuesto permite que al elegir entre las opciones de Justicia, cada uno de los hombres rechace las opciones que en algún momento pudieran perjudicarlo.

3.- Las partes

Para su modelo, Rawls plantea que las personas que participan en la posición originaria tienen ciertas características especiales. Se supone lo siguiente:

a) Se trata de personas racionales, que promueven sus intereses, y prefieren tener más bienes sociales a menos.

b) Tienen capacidad para establecer una jerarquía entre dichos bienes, de tal manera que prefieren proteger sus libertades, ampliar sus oportunidades y aumentar los medios para obtener sus objetivos, cualesquiera que estos sean.

c) Se trata de sujetos no envidiosos; lo que implica que no les afecta el saber que otros tienen una cantidad de bienes mayor, siempre y cuando las diferencias no excedan de ciertos límites. A esta característica se le conoce como "desinterés mutuo", y su efecto principal es que no da lugar ni al altruismo ni a la envidia. Respecto de este punto, puede decirse que las personas miden sus

beneficios en términos absolutos y no relativos, pues no les importa su situación respecto de la de los demás, sino simplemente la cantidad de bienes sociales a su propia disposición en distintos momentos.

d) Las partes tienen un sentido de la Justicia. No se trata de un sentido determinado, sino del hecho de que una vez que se hayan convenido ciertos principios, las partes pueden confiar mutuamente en que dichos principios se entenderán y observarán.

e) Por último, las personas que se encuentran en la posición originaria son "personas duraderas", es decir, jefes de familia o líneas genéticas; personas individuales; y asociaciones, es decir, estados, iglesias y otras corporaciones, lo que implica que no se interesan exclusivamente en sí mismos, sino también en las generaciones futuras.¹⁰⁹

4. Los principios de Justicia

Las personas en la posición originaria, con las características descritas arriba, tienen como misión "la elección unánime y definitiva de una concepción de Justicia"¹¹⁰ ; lo que Rawls entiende como:

...un conjunto de principios, de forma general y universales en su aplicación, que han de ser públicamente reconocidos como tribunal final de

¹⁰⁹ Ibid., pp. 140-143.

¹¹⁰ Martínez García, Ob.cit., p. 126.

apelación para jerarquizar las pretensiones en conflicto de las personas morales.¹¹¹

De lo anterior, podemos concluir que los principios de la concepción de Justicia deben ser: generales, aplicables a todos y no referidos a personas concretas; universales, lo que elimina discriminaciones de raza, edad, sexo, o cualquier otra; deben jerarquizar las pretensiones individuales de tal manera que se evite la posibilidad de que impere " la ley del más fuerte"; y deben ser definitivos, como principio de seguridad jurídica.

En este sentido, para la elección de los principios, Rawls formula una lista de opciones posibles a las personas. Parece que esta fue la única manera, dada la metodología del juego, de encontrar una solución. En este aspecto, es criticable, aunque entendible y aceptable, la arbitrariedad necesaria en la formulación de la lista de opciones.

En la lista de opciones se incluyen sus propios principios, el perfeccionismo, el utilitarismo en sus formas clásicas y de utilidad media, las concepciones intuicionistas y algunas concepciones mixtas.

Otra herramienta metodológica que utiliza Rawls para obtener sus principios de Justicia es el "maximin". La regla del maximin indica que se deben jerarquizar las posibles opciones dentro del juego para elegir la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas. Esta regla indica, contrario a lo que estableció Rawls con el velo de la ignorancia,

¹¹¹ Apud. RAWLS, Ob.cit. en: Martínez García, Ob. cit., p. 126.

una gran aversión al riesgo por parte de los jugadores, lo que ha sido criticado por algunos teóricos.¹¹²

Rawls, consciente de lo anterior, planteó que bajo ciertas circunstancias de incertidumbre es conveniente seguir la regla del maximin.¹¹³ Para no entrar en detalles irrelevantes, obviaré dichos rasgos, que por demás son demasiado específicos, y desde mi punto de vista, restan al modelo y a sus consecuencias generalidad y universalidad. A manera de argumento de autoridad, me permito citar la opinión al respecto de Jesús Ignacio Martínez García:

El riesgo que realmente existe conduce a una estrategia de aseguramiento de un mínimo satisfactorio, pero no necesariamente al maximin, que además no lo garantiza. Habría que suponer una actitud extremadamente conservadora, de gran temor a lo peor, para que el punto de vista de los menos favorecidos fuera el único racional. Rawls no incluye especiales propensiones al riesgo en la posición originaria, y sin presuponerlas no se sigue el maximin, a no ser que se piense que en una situación así la racionalidad ideal de las partes exige esta prevención, cosa muy dudosa.¹¹⁴

Con el fin de hacer más fácil el seguimiento del juego que lleva a los principios, y dejando atrás la crítica anterior, enunciaré los dos principios de la Justicia a que supuestamente llegan las personas en la posición originaria:

¹¹² Cfr. Martínez García, Ob.cit., p.158-159.

¹¹³ Cfr. RAWLS, Ob.cit., p. 151.

¹¹⁴ Martínez García, Ob.cit., p. 161.

Primero : Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo : Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: *a*) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b*) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.¹¹⁵

¿Cómo se llega a estos principios? A partir de la posición originaria, comenzará lo que en la primera forma del modelo se denominó el "juego de regateo". Dadas las condiciones iniciales, la primera solución a la que se llegará será a la de una distribución igualitaria de los bienes sociales primarios. Sin embargo, en el futuro esta decisión no tiene porque ser definitiva, dado que la sociedad debe tomar en cuenta situaciones como la eficiencia económica, las exigencias de la organización, y la tecnología. Estas circunstancias pueden alterar el equilibrio inicial, en forma de un beneficio para todos, pues:

Si existen desigualdades en el ingreso y en la riqueza, así como diferencias en la autoridad y en el grado de responsabilidad, las cuales funcionan haciendo que todos mejoren en comparación con la situación de igualdad inicial, ¿por qué no permitirlos?¹¹⁶

¹¹⁵ RAWLS, Ob.cit., p. 67-68.

¹¹⁶ Ibid., 148.

Dado que se supone que las partes son mutuamente desinteresadas, es decir no son envidiosas, no tienen razón para molestarse de la situación de los demás. Por eso se concluye que:

...la estructura básica deberá permitir estas desigualdades mientras mejoren la situación de todos, incluyendo a los menos aventajados, con tal de que estas desigualdades vayan a la par con una distribución equitativa de las oportunidades y una libertad igual. Ya que las partes comienzan a partir de una división igualitaria de los bienes sociales primarios, aquellos que se benefician menos tienen, por así decirlo, un derecho de veto. De esta manera se llega al principio de diferencia. Tomando la igualdad como punto de comparación, aquellos que han ganado más tienen que haberlo hecho en términos que sean justificables respecto a aquellos que han ganado menos.¹¹⁷

El proceso de la toma de decisión lo plantea Rawls desde diversos puntos de vista, según su campo de aplicación. Se refiere a: instituciones, individuos y relaciones internacionales. A continuación, expondré de forma sintética el proceso de elección de los principios para cada caso.

¹¹⁷ Ibid., p. 148

5. Instituciones.

Los principios de Justicia correspondientes a las instituciones son los primeros en elegirse, debido a que son los de mayor incidencia en la vida social y personal. Rawls distingue dos concepciones en el ámbito institucional, una general y una especial, y cada una tiene un campo y un momento aplicativo distinto. Las concepciones son las siguientes:

Concepción General :

Todos los bienes sociales primarios -libertad y oportunidades, renta, patrimonio, y las bases del respeto propio- han de ser distribuidos de un modo igual, a no ser que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos favorecidos.

Concepción Especial :

Primer Principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de iguales libertades fundamentales compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo Principio : Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que al mismo tiempo:

a) Sean para mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorros justos, y

b) Estén unidas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades.¹¹⁸

¹¹⁸ *ibid.*, p. 280

La diferencia en la aplicación de las concepciones general y especial consiste en que en un primer momento se aplica la concepción general hasta que "en la sociedad a la que pertenecen se ha llegado a un nivel de civilización que permite la efectiva realización de las libertades iguales que prescribe el primer principio."¹¹⁹

En el momento de aplicación de la concepción general, las desigualdades se admiten cuando se piensa que generarán beneficios para todos, incluso en el futuro. Juegan por ello un papel importante las expectativas de los miembros de la sociedad sobre la eficacia de su nueva organización o situación tecnológica. Vale la pena notar que sobre este punto Rawls es claro en recordar, muy a diferencia de los criterios utilitarios, que se buscará el mayor nivel de eficiencia dentro de los parámetros de las posibles soluciones justas, de manera que la eficiencia se dé junto con la justicia.

Es muy discutible esta distinción de las concepciones, así como el momento de su aplicación. Rawls considera que en un momento de atraso social, es preferible aplicar primero la concepción general, que supuestamente pone énfasis en el objetivo de generar primero las condiciones económicas y de seguridad, para después dar pie a las preocupaciones de la libertad política. Rawls no precisa el momento en que debe operar el cambio en la concepción, lo que deja esta importante decisión a un impulso intuitivo.¹²⁰

¹¹⁹ Martínez García, *Ob.cit.*, p. 148.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 154-155.

Una vez llegado el momento indicado, lo cual se da como un hecho por Rawls, punto también muy discutible, se debe aplicar la concepción especial de los principios de la Justicia. Ahora bien, esta aplicación está sujeta a las reglas o normas de prioridad que se han acordado por las personas bajo la posición originaria, de acuerdo a un orden jerárquico que se establece entre los bienes sociales primarios. Dentro de este orden se considera que tienen prioridad las libertades sobre las oportunidades. A esto Rawls lo denomina "orden lexicográfico", e implica que no puede pasarse a un nivel inferior si no se ha satisfecho previamente el superior.

Rawls sintetiza estas reglas así:

Primera Norma de Prioridad (La Prioridad de la Libertad)

Los principios de la Justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad. Hay dos casos:

- a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartidos por todos;
- b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptable para los que tienen una libertad menor.

Segunda Norma de Prioridad (La Prioridad de la Justicia sobre la Eficiencia y el Bienestar)

El segundo principio de la Justicia es lexicográficamente anterior al principio de la eficiencia, y al maximizar la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos:

- a) La desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos;

b) Una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esa carga.¹²¹

Al referirse a las libertades, Rawls habla de las que considera las libertades básicas, que son:

...la libertad política (el derecho a votar y a ser elegible para ocupar cargos públicos) y la libertad de expresión y reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad de la persona); el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios, tal y como está definida por el concepto de estado de derecho.¹²²

Una vez que se han garantizado las libertades básicas, corresponde a las instituciones velar por la equitativa igualdad de oportunidades. En este punto lo que Rawls pretende es que se mantengan abiertas las posibilidades a la educación y la cultura para las personas con capacidades similares, así como los puestos de empleo, con base en las aptitudes y esfuerzos de las personas.

Finalmente, Rawls concluye que es la democracia el sistema que mejor garantiza estos principios, asociándolos con los clásicos conceptos de la libertad, la igualdad y la fraternidad, punto que me parece muy recurrente y decisivo.

¹²¹ RAWLS. Ob.cit., p. 280-281.

¹²² Ibid., p. 68.

...podemos asociar las tradicionales ideas de libertad, igualdad y fraternidad con la interpretación democrática de los dos principios del siguiente modo: la libertad corresponde al primer principio, la igualdad a la idea de igualdad en el primer principio junto con la justa igualdad de oportunidades, y la fraternidad al principio de la diferencia.¹²³

Una vez que se han elegido los principios de justicia, la sociedad comienza a conformar sus instituciones de manera progresiva en tres etapas, a través de las cuales se van levantando los supuestos del velo de la ignorancia, a saber: etapa constitucional, etapa legislativa y etapa de aplicación.

En la etapa constitucional se levanta parcialmente el velo de la ignorancia, de forma que ahora las personas conocen hechos generales relativos a su sociedad, es decir, su situación económica y política, sus recursos naturales y humanos, etc. En esta etapa se diseña, por medio de un congreso constituyente, el sistema de poderes constitucionales del gobierno, los procedimientos para resolver las controversias políticas y los derechos fundamentales.

En este momento aparecen reflexiones sobre el derecho, como instrumento coaccionador garante de los principios de Justicia y de las actividades fundamentales. Para Rawls, el sistema jurídico debe reunir cuatro elementos básicos:

- 1.- Debe organizar la conducta, ya que "deber implica poder".

¹²³ Ibid., p.158.

2.- Los casos similares deben tratarse similarmente, como garantía de seguridad jurídica, lo que también implica una administración regular e imparcial de la ley.

3.- Se debe observar el principio de legalidad, que indica que las leyes deben ser generales, claras y precisas, con la posibilidad de ser conocidas, y sin que se apliquen retroactivamente cuando causen un perjuicio.

4.- Se requiere de un proceso judicial apropiado, abierto, con jueces independientes e imparciales.¹²⁴

En la segunda etapa, la legislativa, Rawls otorga especial importancia a las cuestiones económicas, y establece que es el mecanismo de un mercado competitivo el que debe definir la cantidad y el precio en el intercambio de los productos. El Estado debe intervenir para garantizar el cumplimiento de los principios de Justicia, evitando la formación de estructuras monopólicas y otras similares de acumulación exagerada de los ingresos y la riqueza. El Estado deberá intervenir sobre todo en materia de bienes públicos, los cuales por su naturaleza encuentran grandes dificultades en un sistema de mercado (pues los individuos no tendrán incentivos para contribuir al gasto que implican).

En la materia socioeconómica, el gobierno tiene cuatro funciones que cumplir:

¹²⁴ *ibid.*, pp. 222-229.

1.- La función de asignación, que consiste en el mantenimiento de la eficiencia del mercado.

2.- La función de corrección de las fallas del mercado, de forma que se mantenga el pleno empleo (lo cual, por cierto, es imposible sin sacrificar eficiencia, según las teorías de la economía clásica).

3.- La función de transferencia, que cuida que se mantenga un mínimo social de nivel de vida de las próximas generaciones.

4.- La función de distribución, mediante la tributación, para evitar la acumulación de bienes que atente contra el equitativo valor de la libertad, y para que el Estado pueda garantizar el principio de diferencia y obtener fondos para la producción de bienes públicos.¹²⁵

Por último, viene la etapa de aplicación de las normas por los administradores y los jueces, y su cumplimiento por parte de los ciudadanos. En esta tercera etapa desaparece por completo la posición originaria. Es de llamar la atención que los criterios que para esta etapa fija Rawls son vagos e incompletos, lo cual es sorprendente pues todo acto de aplicación, como se estableció desde el primer capítulo de la tesis, es teleológico y tiene consecuencias sujetas a valoraciones. Lo anterior es sostenible, de acuerdo a la opinión de Martínez García, en el sentido de que:

Los complejos problemas que presenta la adecuada aplicación e interpretación de normas no están

¹²⁵ Ibid., pp. 172-173.

tratados por el autor, que sólo recoge la exigencia de estabilidad en los criterios de interpretación, como derivada del principio constitucional de que casos similares deben tratarse de modo similar. Todo ello está sin elaborar y sólo se sitúa el tema en el lugar que le correspondería en el planteamiento contractual. Queda por tanto abierta la reflexión a filósofos y juristas.¹²⁶

6. Individuos.

Los principios de Justicia para los individuos son aquellos que marcan las pautas de conducta a seguir en las relaciones con las instituciones y con los demás individuos. Si bien Rawls advierte que no tratará con la debida profundidad el tema de las personas, sí señala que ninguna Teoría de la Justicia estaría completa sin considerarlas.

Según Rawls, los sujetos que se encuentran en la posición original deberán escoger primero los principios para las instituciones, luego los relativos a las personas o individuos, y por último, los relativos a las relaciones internacionales.

Para Rawls, el principio más importante que se aplica a las personas es el de imparcialidad. Según este principio,

... a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y como lo definen las reglas de una institución, sólo si se satisfacen dos condiciones: Primera, que la institución sea justa (o equitativa), esto es, que satisfaga los dos principios de la justicia; y segundo,

¹²⁶ Ibid., p. 174.

que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses... No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo con los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional.¹²⁷

Como puede notarse, la observancia del principio de imparcialidad implica la existencia de obligaciones. Rawls distingue entre obligaciones, deberes naturales y permisos, los cuales trataré en ese orden.

Las obligaciones nacen una vez que se ha cumplido la primera exigencia del principio de imparcialidad, que consiste en que las instituciones sean justas. De no serlo, no hay obligación que respecto de ellas pueda imponerse a los individuos. Por ello Rawls habla del derecho a la desobediencia civil y de otras formas de resistencia admitidas cuando, dentro de una sociedad justa, surgen acontecimientos injustos. Rawls no aborda, sin embargo, el caso en que la sociedad en sí (sus instituciones) sea manifiestamente injusta, seguramente debido a que ahí donde no hay obligaciones, no tiene sentido hablar de derechos. Esta concepción, desde mi punto de vista iusnaturalista (aunque Rawls no lo reconozca), será objeto de reflexión en el capítulo posterior.

La característica que mejor distingue a las obligaciones es su naturaleza voluntaria. En términos de nuestro derecho civil, podemos decir que las obligaciones son, desde el concepto de Rawls, siempre consecuencia de un acto jurídico en sentido estricto. Las conductas que dan nacimiento a las obligaciones pueden expresas o tácitas, como los compromisos y las promesas. Las

¹²⁷ RAWLS, Ob.cit., p. 113.

obligaciones se dan dentro de un marco institucional que las reconoce, y frente a personas definidas.¹²⁸

Los deberes naturales, a los cuales Rawls da un tratamiento más extenso, son aquellos que obligan independientemente de nuestros actos voluntarios, lo que implica que su existencia no guarda relación alguna con las instituciones ni con el resto de las personas. Los deberes naturales pueden ser positivos o negativos, según consten en un hacer o en un abstenerse. El principal de los deberes naturales positivos es el deber de justicia:

Este deber nos exige apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables. Nos constriñe también a promover acuerdos justos aún no establecidos, al menos cuando esto pueda hacerse sin demasiado costo para nosotros. Así, si la estructura básica de la sociedad es justa, o todo lo justa que es razonable esperar según las circunstancias, todos tienen el deber natural de cumplir con su parte conforme al esquema existente.¹²⁹

Otros deberes naturales son el de respeto mutuo, el de ayuda mutua, el de no ser crueles, no causar un daño innecesario y no dañar a un inocente. Se basan en la reciprocidad y tienden a generar confianza social y a asegurar el autoestima.

¹²⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 114.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 116.

Por último se encuentran los permisos, que son "aquellos que tenemos libertad de hacer o no hacer, los que no violan ninguna obligación o deber natural."¹³⁰ Los permisos son los actos que Rawls llama "supererogatorios", que implican acciones moralmente indiferentes o triviales, y consisten en los actos de benevolencia, piedad, heroísmo y autosacrificio, que aunque es bueno hacerlos, no implican una obligación.

7. Relaciones internacionales.

La teoría de la Justicia, hasta este momento circunscrita a los asuntos nacionales, debe, para ser completa, romper ese cerco y entrar al espacio político de las relaciones internacionales. Rawls sigue, como en toda su teoría, un orden de prioridad, que establece que los principios para el derecho internacional se eligen después de los nacionales.

Para encontrar los principios del derecho internacional, Rawls modifica los supuestos de la posición originaria, partiendo de que los principios de justicia de orden estatal han sido establecidos previamente.

Se supone una reunión, del tipo de una conferencia internacional, conformada por representantes de las distintas naciones, que tienen la misión de elegir conjuntamente los principios fundamentales que resuelvan los conflictos entre los Estados. Al igual que en el primer caso de la posición originaria, las partes no tienen información que pueda distorsionar su sentido de la justicia. De

¹³⁰ Ibid., p. 117

tal forma que "no saben nada de las circunstancias particulares de su propia sociedad, su poder y su fuerza en comparación con otras naciones, ni tampoco saben qué lugar ocupan en su propia sociedad."¹³¹

Dada esta situación aparecerían los principios del derecho internacional, que son:

1) El principio de igualdad, del que se derivan el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, y el derecho a la autodefensa, que incluye el derecho a formar alianzas defensivas para repeler un ataque.

2) El principio de que los tratados deben respetarse, conocido como *pacta sunt servanda*, que indica que los acuerdos implican una obligación, siempre que concuerden con los demás principios que rigen la vida de los Estados.

Estos principios definen cuándo existe una causa justa para la guerra, o *jus ad bellum*, y cuáles son los medios permitidos durante la guerra, o *jus in bello*. En este aspecto, se rechazan aquellos medios que no lleven al establecimiento de una paz justa, o que impliquen un desprecio a la vida humana o pongan en peligro la seguridad de las instituciones y los individuos, de manera que no se repita lo que con gran fuerza dijo Albert Einstein en la ceremonia de entrega del Premio Nobel de la Paz en 1945: "La guerra se ha ganado, pero la paz no".¹³²

¹³¹ Ibid. , p. 343.

¹³² "The war is won, but the peace is not " , en: The Quotable Einstein, compilación de Alice Calaprice, Princeton University Press, New Jersey, 1996, p. 127.

Un punto interesante es el de la obligación de los individuos a participar en una guerra. En este aspecto, cuando el individuo considera que las causas de la guerra, o la guerra misma, violan alguno de los principios, no existe la obligación de participar a consecuencia del deber natural de justicia.

Rawls es enfático en cuanto a su postura relativa a la obligación de prestar el servicio militar y de participar en una guerra. No escatima argumentos para señalar que sólo en los casos de una amenaza a las instituciones justas, tiene el Estado el derecho de imponerse a las objeciones de conciencia del individuo. Esto debe ser así, debido a la prioridad de la libertad, y a la grave violación de ella que los actos en cuestión implican. Por ello, y:

...dados los frecuentes objetivos voraces del poder estatal, y la tendencia de las personas a aceptar la decisión de sus gobiernos de entablar una guerra, se hace tanto más necesaria una voluntad general de resistir las exigencias del Estado.¹³³

La teoría de Rawls sin duda ha sido un parteaguas dentro de la filosofía anglosajona, pero además ha tenido importantes repercusiones a nivel político, lo que se ha manifestado en su incidencia dentro del derecho constitucional, en el campo de los derechos individuales, y en una corriente del pensamiento político que ha tomado su obra como fundamento.

Dentro de esta teoría se encuentra un importante autor, Ronald Dworkin, sucesor de la cátedra de H.L.A. Hart en la Universidad de Oxford. Su obra es una extensión de los postulados de Rawls aplicada al ámbito de la filosofía del

¹³³ RAWLS, Ob.cit., p. 347.

derecho y al derecho constitucional. Dadas las limitaciones propias de la tesis, no me ocuparé de la obra de Dworkin, sin embargo, es importante citar el siguiente párrafo que demuestra la importancia de la teoría de la Justicia de Rawls:

El derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no afle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa. Ello requiere una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética, una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse. Es perfectamente comprensible que los juristas teman la contaminación de la filosofía moral, y especialmente la de aquellos filósofos que hablan de los derechos, porque los matices fantasmales de ese concepto amenazan con ser la tumba de la razón. Pero en la actualidad hay un nivel filosófico superior, al que pueden recurrir los abogados. El profesor Rawls, de Harvard, por ejemplo, ha publicado un libro sobre la justicia, abstracto y complejo, que ningún abogado constitucionalista puede dejar de leer...¹³⁴

En el siguiente capítulo realizaré un estudio crítico-comparativo de las teorías de Brunner, Kelsen y Rawls, con el objeto de ver cómo quedan una frente a las otras, una vez que se conocen sus respectivos marcos filosóficos y sus propuestas. Espero que este ejercicio, aunque no resuelva las cuestiones fundamentales de la Justicia, sea interesante, original y propositivo.

¹³⁴ DWORGIN, Ronald, "Los casos constitucionales" en: Los derechos en serio, Ed. Planeta, España, 1993, p. 233.

CAPITULO SEXTO

**ESTUDIO CRITICO-COMPARATIVO
DE LAS TEORIAS**

*Si el hombre fracasa en conciliar
la Justicia y la Libertad,
fracasa en todo.*

Albert Camus

1.- La teoría de Brunner frente a Kelsen y a Rawls.

La teoría de Emil Brunner presentada en el capítulo tercero de esta tesis se enmarca decisiva y abiertamente dentro de la corriente del iusnaturalismo en una versión mixta (teológico-racional). Históricamente, Brunner se ubica dentro del grupo de filósofos del derecho que durante, y a partir de la Segunda Guerra Mundial dieron a las concepciones iusnaturalistas una renovada fuerza. En ese sentido, nunca debe olvidarse que estos autores estuvieron, como toda la humanidad, severamente impactados por las terribles consecuencias de la destrucción masiva e indiscriminada que ocurrió durante la guerra.

A grandes rasgos, la teoría de Brunner mantiene que existe un orden originario (divino) del cual se derivan los principios de la Justicia, que son absolutos, permanentes, inmutables y objetivos. Estos principios divinos son la pauta valoradora para calificar cualquier acto como justo o injusto.

Brunner considera que es necesario el regreso a estos principios, abandonados a causa de las concepciones positivistas, que han, cree él, justificado el ejercicio absoluto y cruel del poder por parte del Estado.

Para Kelsen la concepción de una Justicia o principios divinos es inaceptable, por irracional y acientífica. El maestro de Viena rechaza categóricamente la posibilidad de establecer criterios objetivos y absolutos, pues la Justicia, como cualquier valor, es un estado emocional propio de cada sujeto. La búsqueda de principios y valores absolutos proviene, dice Kelsen de la necesidad del hombre de justificar sus acciones, y del temor a ser responsables de sus actos.

Vista desde la óptica de Rawls, la teoría de Brunner pertenece al intuicionismo. En ese sentido, es aceptable moralmente hablando, a pesar de sus deficiencias metodológicas (que no se especifican, pero supongo que son las que considera Kelsen), aunque le impiden la posibilidad de concretizarse en la práctica.

Sin embargo, creo que Rawls sigue un razonamiento similar al de Brunner en cuanto a su propuesta de los grados progresivos de la Justicia. Ambos coinciden en la necesidad de evitar la anarquía, así como de poner límites al poder estatal; y están de acuerdo, junto con Kelsen, en que el sistema de organización política que permite el mejor desarrollo de la Justicia es la democracia.

En cuanto a las relaciones internacionales, coinciden en que es necesario un orden de paz; que debe rechazarse el egoísmo desmedido de los Estados; y que los principios de Justicia que deben observarse incluyen la igualdad, el derecho a la autodeterminación, y la observancia de los tratados. Sin embargo, a diferencia de Brunner, Rawls considera que dichos principios se lograrán gracias a un interés mutuo y no a una altruista voluntad de paz.

2. La teoría de Kelsen frente a Brunner y Rawls.

La controversia entre las posiciones de Brunner y de Kelsen se enmarcan dentro de la, a mi parecer, ya agotada oposición entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Para poder hacer una comparación, me parece que lo primero es tener en mente el hecho, muy inteligentemente demostrado por Eduardo García Máynez, de que entre ambas corrientes existe una confusión de objeto. Cuando los

iusnaturalistas y los iuspositivistas utilizan el término "derecho" están pensando en conceptos y objetos distintos. Esto lo he señalado ya en el capítulo segundo de la tesis.

Respecto de la concepción de la Justicia, creo que el problema se puede clarificar recordando los diferentes criterios valorativos que señalé en el capítulo primero. La posición de Kelsen corresponde a una visión relativista de los valores, según la cual el valor de los objetos depende enteramente del sujeto, y el otorgar un carácter absoluto a los valores es un acto de fe, que no puede ser científico. Brunner adopta una posición objetivista, pues considera que el valor de los objetos les es propio, y por ello, no se transforma ni se altera.

Rawls, por su parte, intenta superar este problema, demostrando que es posible llegar a obtener principios de Justicia absolutos y permanentes, mediante un método científico.

Rawls no menciona en su obra al iuspositivismo o a Kelsen lo que me impide hacer algún comentario sobre su posición frente a la teoría del maestro de Viena. No deja de ser curioso este hecho, que en lo personal interpreto como una maniobra para evitar las objeciones que el iuspositivismo está en posibilidad de formular a sus planteamientos y propuestas. En el siguiente punto me referiré a ellas.

3.- La teoría de Rawls frente a Brunner y Kelsen.

La teoría de la Justicia de John Rawls, a la cual dediqué los capítulos cuarto y quinto de esta tesis, es una propuesta que, a pesar de retomar tradiciones

filosóficas muy conocidas como son el contractualismo y el liberalismo, tiene una gran originalidad. Me parece que el mayor mérito de Rawls es su propuesta de la posición original. Si bien se trata de una situación estrictamente hipotética y artificial, es innegable que como recurso puede ser muy útil. En lo personal, rechazó las críticas a la imposibilidad fáctica de una situación como la posición original. No se trata de eso. Se trata, más bien, de que la teoría, dentro de cualquier corriente, no debe detenerse ante los obstáculos que presenten el ambiente científico-filosófico del momento y la realidad material.

Lo anterior no impide, sin embargo, que puedan formularse otro tipo de críticas a la teoría de Rawls. Desde una óptica iusnaturalista, me parece que podría objetarse un marcado énfasis en el valor del mercado como instrumento natural de la distribución de los bienes. Aunque el concepto de los deberes naturales, como el de ayuda mutua, no ser cruel, no causar daños, y la protección del autoestima, seguramente agradecerían a Brunner.

Por lo demás, no creo que el iusnaturalismo cuente con las herramientas metodológicas para formular objeciones más elaboradas al modelo.

Desde el punto de vista del iuspositivismo sí pueden hacerse algunas críticas, en el mismo sentido de las formuladas al iusnaturalismo. En primer lugar, puede argumentarse que las limitaciones en cuanto al grado de conocimiento que se otorga a los individuos en la posición original, a través del concepto del velo de la ignorancia, están determinadas previamente por Rawls, en un intento premeditado de obtener conclusiones ya decididas. Lo anterior podría fundamentarse con el análisis del desarrollo de las distintas formas del modelo que reseñé en el capítulo cuarto.

Además, desde el punto de vista iuspositivista, la imposibilidad de establecer criterios definitivos y absolutos para los principios de Justicia, queda demostrada por la necesidad de Rawls de acudir ocasionalmente a la intuición. La intuición no es nada más, podría decir un kelseniano, que el orden originario-divino en que cree Brunner.

Estoy consciente de que las críticas que he formulado tal vez resulten algo pretensiosas y artificiales, y de que no resuelven ninguno de los problemas planteados. Sin embargo, considero que una nueva forma de afrontar el problema de la Justicia, como es la crítico-comparativa, puede contribuir a este largo e inagotable debate.

CONCLUSIONES

*Sea la Justicia lo que fuere, lo
cierto es que en el alma del justo
hay paz, como la hay también
en el Estado donde se práctica
la Justicia.*

Antonio Gómez Robledo

1.- El conocimiento jurídico puede ordenarse en grados del saber. Así, existen los problemas de la técnica jurídica, o de aplicación del derecho, que son: la interpretación, la integración, y los conflictos de normas en el tiempo y en el espacio; de la ciencia jurídica, que describe y explica el derecho positivo, sin cuestionar su validez; y de la filosofía del derecho que estudia la esencia, los valores y los fines del derecho.

2.- Todo acto de la voluntad, y por tanto todo sistema normativo, está dirigido a la realización de cierta finalidad, la cual está determinada por un valor deseado. Por ello, toda acción humana volitiva tiene un sentido teleológico. El derecho, como orden normativo, busca la realización de fines que una sociedad considera valiosos.

3.- Durante el desarrollo de la ciencia de los valores, ésta se ha manifestado en tres grandes corrientes: la subjetivista, que sostiene que los objetos no tienen un valor por sí mismos, sino que el propio sujeto valorador les otorga un valor; la objetivista que afirma que las cosas valen por sí mismas, independientemente de todo acto de valoración o conocimiento, y que ni los valores ni la jerarquía entre ellos varían; y la relativista, que señala que si los valores fueran inmutables y objetivos, no habría conflictos y todos los órdenes normativos serían iguales, por lo que afirman que el valor depende de las condiciones particulares de cada sujeto valorador, y por ello, es siempre relativo.

4.- La Justicia distributiva consiste en el reparto de los honores y de los bienes entre los miembros de la comunidad, de acuerdo a sus méritos. Debido a que sería injusto que sujetos que no son iguales reciban objetos iguales, es necesario afirmar el concepto de igualdad de tal forma que se otorgue un trato igual a los

iguales, y uno desigual a los desiguales, lo que lleva al problema de cuáles serán los criterios de igualdad, para determinar en qué aspectos y en qué grados son iguales o desiguales dos sujetos.

5.- El iusnaturalismo es la corriente jurídica que sostiene la primacía y superioridad del derecho natural sobre el positivo, y que califica la Justicia de las normas y los actos a partir de su correspondencia con el derecho natural, que se deriva de la voluntad divina o bien de la razón humana. El iusnaturalismo jurídico se enmarca dentro de las tendencias objetivistas de la axiología.

6.- La teoría de Emil Brunner se ubica abiertamente dentro de la corriente iusnaturalista, pues afirma que la idea de la Justicia implica la de un orden originario, que dispone lo que realmente es de cada quien, y con el cual debe haber semejanza para que haya Justicia; y encuentra el fundamento de la igualdad y de la desigualdad humanas en la voluntad divina, la cual ha creado al ser humano "a su imagen y semejanza". Del orden originario o divino se derivan los principios de la Justicia, que son absolutos, permanentes, inmutables y objetivos. Estos principios divinos son la pauta valoradora para calificar cualquier acto como justo o injusto y se aplican a las relaciones familiares, a la economía, al Estado y al orden internacional.

7.- El positivismo jurídico es la corriente jurídica que afirma que la existencia del derecho se deriva de su validez formal, la cual obtiene al ser creado y reconocido por el Estado. A diferencia del iusnaturalismo, el positivismo no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el natural, simplemente considera que el único derecho existente es el positivo. En su posición axiológica, el iuspositivismo es relativista.

8.- Kelsen, exponente fundamental del positivismo jurídico, afirma que las concepciones objetivistas de los valores y de la Justicia, están basadas en consideraciones subjetivas y emocionales, y por tanto acientíficas, por lo cual deben ser rechazadas. Sin embargo, el negarle a los valores el carácter de ser absolutos, no implica una negación de su existencia. La Justicia existe, pero siempre en un sentido subjetivo, por lo que sólo puede hablarse de la Justicia para alguien en particular.

9.- El utilitarismo es la corriente filosófica para la cual el fin último de todo orden político es el de maximizar el nivel de satisfacción social, o utilidad. Las instituciones son más o menos justas en la medida que logran este fin. Para el utilitarismo, debe maximizarse el bienestar colectivo, no el individual, por lo que las elaboraciones utilitarias que se han desarrollado tienen como fin el garantizar la producción eficiente de los bienes y servicios, sin tomar en cuenta su distribución.

10.- Las corrientes intuicionistas, metodológicamente menos elaboradas que el utilitarismo, mantienen que el ser humano tiene un "poder de intuición" que le indica qué es lo justo.

11.- La obra de Rawls se enmarca en la tradición contractualista liberal, y está motivada por una insatisfacción de las propuestas de la filosofía anglosajona, por lo que se le considera una respuesta a las deficiencias morales del utilitarismo y a las fallas metodológicas del intuicionismo.

12.- Para Rawls, el hombre es un ser que se caracteriza y se diferencia de los demás animales, por su concepción del bien y de la Justicia. La concepción del bien consiste en que el hombre, a partir de su libertad, puede elegir racionalmente los proyectos que más felicidad le proporcionen. El sentido de la Justicia proviene de la lógica del razonamiento, y es propio de todo hombre; sin embargo, dicho sentido se encuentra distorsionado por las situaciones particulares que vive cada quien.

13.- La concepción de Rawls de la sociedad deviene directamente de su concepción del hombre. Para Rawls, una sociedad es una asociación más o menos autosuficiente de personas que reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias en sus relaciones, y que en su mayoría actúan de acuerdo a ellas.

14.- Dicha sociedad ofrece a sus miembros ventajas mutuas, derivadas de la cooperación. La cooperación se da en razón de las circunstancias de la Justicia, que son la coexistencia de los individuos y su igualdad en fuerza, así como los intereses comunes o complementarios de los hombres, que permiten la colaboración pero a su vez generan el conflicto. Dentro de estas circunstancias, la Justicia se presenta como el elemento que evita, estabiliza y armoniza los conflictos.

15.- Rawls establece un caso hipotético al estilo de la tradición contractualista, en el cual se supone una situación previa al acuerdo social que funda el Estado. En el supuesto de Rawls, al que denomina posición originaria, se encuentran individuos cuyas características especiales los llevarán a obtener los principios de la Justicia que deben guiar su conducta y determinar el reparto de los bienes sociales.

16.- Los bienes sociales son aquellos cuya posesión está en control de la sociedad, y por ello resultan fundamentales para la construcción de una teoría de la Justicia. Los bienes sociales son derechos y libertades, poderes y oportunidades, ingreso y riqueza.

17.- El concepto de la posición originaria permite superar a través de un escenario hipotético aquellos elementos que nublan el sentido original racional, permanente, igual y puro que todo hombre racional tiene de la Justicia.

18.- Los principios de la Justicia que se obtienen con base en el modelo de Rawls pretenden ser generales y universales. Son los siguientes:

Primero : Toda persona que participe en una práctica, o sea afectada por ella, tiene un derecho igual a la más amplia libertad compatible con una libertad igual para todos.

Segundo : Las desigualdades son arbitrarias, a menos que sea razonable esperar que actuarán en beneficio de todos, y que las posiciones y oficios a los que se hallan unidas, o desde los que pueden ser conquistadas, están abiertos a todos.

19.- Rawls sigue un razonamiento similar al de Brunner en cuanto a su propuesta de los grados progresivos de la Justicia. Ambos coinciden en la necesidad de evitar la anarquía, así como de poner límites al poder estatal.

20.- En términos de organización política, los tres autores concluyen, aunque llegan por caminos distintos, en que el sistema de organización política que permite el mejor desarrollo de la Justicia es la democracia.

21.- En cuanto a las relaciones internacionales, las teorías de Brunner y de Rawls coinciden en que es necesario un orden de paz, que se base en los principios de la Justicia internacional: la igualdad, el derecho a la autodeterminación, y la observancia de los tratados.

ARCE, Joaquín, y FLOREZ VALDES, Los principios generales del derecho y su formulación constitucional, Madrid, Civitas, 1990.

BARRY, Brian, Teorías de la Justicia, España, Ed. Gedisa, 1993.

BOBBIO, Norberto, El problema del Positivismo Jurídico, México, Alfaguara, 1991.

----- **El tiempo de los derechos, Madrid, Sistema, 1991.**

----- **Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci, Madrid, Debate, 1991**

----- **Teoría general del derecho, 2a. ed., Madrid, Debate, 1993.**

BRUNNER, Emil, La Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social, México, UNAM, 1979.

BUENO, Miguel, La axiología jurídica en Luis Recaséns Siches, México, UNAM, 1960.

CARNELUTTI, Francesco, Metodología del derecho, 2a. ed., México, Utha, 1962.

DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofía del derecho, 9a. ed., Barcelona, Bosch, 1980.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

----- *Los derechos en serio*, España, Planeta, 1993.

FERNANDEZ SABATE, Edgardo, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

FERNANDEZ SANTILLAN, José F. , *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política*, México, FCE, 1992

FRONDIZI, Risieri, *¿Qué son los valores?*, 3a. ed., México, FCE, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1986.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Diálogos jurídicos*, México, Porrúa, 1978.

----- *Doctrina aristotélica de la justicia*, México, UNAM, 1973.

----- *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1939*, 2a. ed., México, UNAM, 1984.

----- *Filosofía del derecho*, 7a. ed., México, Porrúa, 1994.

----- Introducción al estudio del derecho, 20a. ed., México, Porrúa, 1964.

----- Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, 3a. ed., México, UNAM, 1986.

----- Introducción a la lógica jurídica, 3a. ed., México, Colofon, 1993.

GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al derecho, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973.

GOMEZ ROBLEDO, Antonio, Meditación sobre la justicia, México, FCE, 1963.

GONZALEZ URIBE, Héctor, Teoría política, 4a. ed., México, Porrúa, 1982.

HART, H.L.A., El concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

HOFFE, Oufried , Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, Barcelona,. Alfa, 1965.

KAUFMANN, Arthur, y otros, El pensamiento jurídico contemporáneo, Madrid, Debate, 1992.

KELSEN, Hans, La idea del derecho natural, Buenos Aires, Losada, 1946.

----- La paz por medio del derecho, Buenos Aires, Losada, 1946.

- Teoría general del derecho y del estado, 4a. ed., México, UNAM, 1988.
- Teoría pura del derecho, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- ¿Qué es justicia?, México, Ariel, 1992.
- KURI BENA, Daniel, Introducción filosófica al estudio del derecho, México, Jus, 1978.**
- LARA SAENZ, Leoncio, Procesos de investigación jurídica, México, UNAM, 1991.**
- LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, Los fines del derecho: bien común, justicia, seguridad, 4a. ed., México, UNAM, 1981.**
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Filosofía del derecho, Barcelona, Bosch, 1979.**
- Humanismo, Estado y Derecho, Barcelona, Bosch, 1960.
- LUKES, Steven, y otros, On human rights, The Oxford Amnesty Lectures, 1993, New York, BasicBooks, 1993.**
- LUMIA, Giuseppe, Principios de teoría e ideología del derecho, Madrid, Debate, 1993.**
- MANS, J.M., Los principios generales del derecho, Barcelona, Bosch, 1979.**

MARTINEZ GARCIA, Jesús Ignacio, La teoría de la Justicia de John Rawls, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Madrid, Tecnos, 1987.

NICOL, Eduardo, Los principios de la ciencia, México, FCE, 1984.

PECES BARBA, Gregorio, Introducción a la filosofía del derecho, Madrid, Debate, 1993.

POSNER, Richard, The Economics of Justice, fotocopiado en biblioteca del ITAM.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael, Lecciones de filosofía del derecho, México, UNAN, 1982.

PRIETO SANCHES, Luis, Ideología e interpretación jurídica, Madrid, Tecnos, 1991.

RADBRUCH, Gustav, El hombre en el derecho, Buenos Aires, Depalma, 1980.

----- Filosofía del derecho, 3a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952.

RAWLS, John, A theory of justice, Massachusetts, Harvard University Press, 1971.

RECASENS SICHES, Luis, Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico, Barcelona, Labor, 1929.

----- Introducción al estudio del derecho, 7a. ed., México, Porrúa, 1985.

----- Tratado general de filosofía del derecho, México, Porrúa, 1959.

SANCHEZ DE LA TORRE, y otros, Angel, Los principios generales del derecho, Madrid, Actas, 1993.

SANDOVAL VALDES, Teodoro, Metodología de la ciencia del derecho, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1989.

SANTIAGO NINO, Carlos, Consideraciones sobre la dogmática jurídica, México, UNAM, 1989.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica), México, Themis, 1992.

TERAN, Juan Manuel, Filosofía del derecho, 11a. ed., México, Porrúa, 1989.

TRIEPEL, Heinrich, Derecho público y política, Madrid, Civitas, 1986.

VALLADO BERRON, Fausto, Introducción al estudio del derecho, México, Herrero, 1961.

VANNI, Icilio, Filosofía del derecho, Madrid, Francisco Beltrán, 1922.

VILLORO TORANZO, Miguel, Deontología jurídica, México, Universidad Iberoamericana, 1987.

VON IHERING, R., La lucha por el derecho, 2a. ed., México, Porrúa, 1989.

VON SAVIGNY, Friedrich, Textos clásicos, México, UNAM, 1981.

WITKER, Jorge, y otros, Antología de estudios sobre la investigación jurídica, México, UNAM, 1978.

WOLFF, Robert P., Para comprender a Rawls, México, FCE, 1981