

LOS CRITERIOS DE JUSTICIA DESDE UN PUNTO DE VISTA TOPICO (*)

El sistema jurídico no se presenta como un todo claro, sino como un conjunto de problemas gran parte de cuyas soluciones son opinables, en el sentido de que no pueden deducirse necesariamente de premisas básicas. En la medida en que para la resolución de cuestiones se utilicen criterios generales o «topoi», se hace necesario su estudio para determinar y apreciar el papel que cumplen en el desarrollo de la vida jurídica. Esta fijación de nuevos «topoi» es continua, como es continua la creación misma del derecho. Pero esto no significa que no podamos en cierta medida unificar esos criterios y agruparlos constituyendo familias o seres de criterios generales. Una de estas series o familias es la relacionada con la justicia. El fundamento de la introducción de esta especie de criterios no es apriorística, sino que se basa en la experiencia del acontecer jurídico. Aunque desde un punto de vista estrictamente lógico, haciendo abstracción de todo otro elemento pueda —quizá— explicarse la estructura del sistema y aun su dinámica, lo que no se puede explicar es la dirección del movimiento, que hace al legislador o al juez elegir una entre las varias fórmulas normativas posibles. No es la justicia el único de estos criterios, pero no podemos negar que se presenta como el más importante, en la medida en que se acude a él como el determinante cuando los demás fallan o resultan insuficientes.

Analizaremos a continuación cómo surge la problemática de la justicia en la vida jurídica y luego intentaremos fijar esos criterios generales, terminando con una apreciación sobre la defensa o modificación de los mismos.

(*) Trabajo presentado al Encuentro Nacional de Filosofía del Derecho, Instituto de Derecho Público de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, noviembre de 1975.

I. ANÁLISIS DE ALGUNOS FENÓMENOS JURÍDICOS

Llamamos fenómeno jurídico a todo el vinculado a la realización del derecho y nos hacemos cargo de la dificultad del concepto: hay tantas nociones de «derecho» que resulta difícil determinar claramente qué es un fenómeno jurídico y posiblemente surgirán múltiples divergencias. Sin entrar en ellas y en tal hipotética polémica, creo que podemos intentar caracterizar un fenómeno jurídico tal como fácticamente estamos en condiciones de distinguir una norma jurídica: cuando se nos presenta como un «deber ser» a realizar, que tiene caracteres de exterioridad y coercibilidad, según la mayoría de las teorías admiten. Ahora bien, es innegable que la determinación del límite extensional y atributivo de esta obligatoriedad que caracteriza a las normas jurídicas, depende a su vez, implícita o explícitamente, de la aceptación de un cierto concepto del Derecho. Es decir: un fenómeno jurídico sólo puede ser entendido por referencia a una definición determinada del Derecho, y ésta, a su vez, no es reductible a una proposición descriptiva. Las definiciones o concepciones del Derecho que quieren responder a la pregunta: «¿Qué es el Derecho?», llevan implícita a esta otra: «¿Qué debe ser el Derecho?» (1). En resumen, toda definición del Derecho y del fenómeno jurídico es ya una toma de posición que introduce algún elemento valorativo. Decir por tanto que el problema axiológico, y con él el de la justicia, es «metajurídico», puede tener dos sentidos: indicar una epogé metodológica, en cuyo caso es válido, o implicar una afirmación sobre la realidad del Derecho que queda desmentida por los hechos: *ad hominem*, porque la misma negación supone una decisión estrictamente extra-lógica, y porque además los hechos manifiestan que cuando nos referimos a un fenómeno jurídico (sea norma, conducta, etc.) siempre los valoramos positiva o negativamente. Toda norma y toda conducta con relevancia jurídica puede ser calificada de justa o injusta, y en la práctica sucede así. Nuestra tarea es ver qué sentido tiene esa atribución.

¿En qué consiste la calificación de «justa» o «injusta» aplicada a una norma o una conducta? Hay en la historia iusfilosófica múltiples tentativas de formular reglas que sean guías efectivas de acción, de tal modo que lo acorde es «justo» y lo desacorde «injusto». Por ello, estos criterios deben tener algún contenido concreto, para que sean efectivas guías de acción. Podemos expresar como primera conclusión que un criterio de justicia no puede ser una fórmula vacía, que implique sólo un mandato

(1) Cf. Luigi BAGOLINI: *Visione della giustizia e senso comune*, Bologna, 1968, página 179.

formal, tal como «dar a cada uno lo suyo», «dar a cada uno según sus méritos», etc. (2). Inmediatamente se ve que las dificultades surgen cuando se intenta formular una regla de máxima universalidad, que conlleva la vacuidad.

Por tanto, desde un punto de vista tópico y práctico la pregunta no debe ser tanto por estas fórmulas generales y universalísimas, sino por los contenidos concretos aplicables a sistemas jurídicos también concretos. Para saber cuáles son ellos debemos analizar qué entendemos cuando hablamos de «hacer justicia».

- 1) En primer lugar, en nombre de la justicia hacemos valer ciertas pretensiones frente a otros (3). Por ahora no discutiremos si ellas se basan en un juicio subjetivo sobre el valor y la pertinencia de nuestra exigencia, o en algún tipo de normatividad objetiva que así lo declare. Es una experiencia que quien se siente perjudicado en sus relaciones con los demás se considera injustamente tratado, independientemente incluso de lo que diga el Derecho objetivo positivo.
- 2) La idea de justicia implica la de un cierto orden. Si se prescinde de este concepto resulta difícil explicar qué entiende la gente cuando pide justicia: solicita que se establezca o restablezca un cierto estado de cosas que es valorado como mejor que el actual. A la inversa, la norma o el acto que se consideran justos lo son en tanto guardan coherencia en un complejo total de las relaciones humanas, considerando en general satisfactorio. En cambio, si la misma estructura jurídica es valorada negativamente, ya no se hablará de injusticia de una norma o de un acto, sino del sistema. Por tanto tenemos que considerar dos aspectos en el problema de los criterios de justicia: por relación a una norma o acto que desentona con el sistema considerado satisfactorio, o por relación a todo el sistema, afectando por ende a todas las conductas y normas del mismo.
- 3) La idea de la realización de la justicia implica la presencia y participación de «los otros». Tradicionalmente se habló de la alteridad esencial del concepto de justicia, es decir, que la exigencia

(2) En este sentido son válidas las críticas de Kelsen a las formulaciones generales, expuestas en «Justicia y Derecho Natural» (volumen colectivo: *Crítica del Derecho Natural*, traducción de Elías Días, Taurus, 1966, págs. 37 y sigs.).

(3) A. F. Urz: *Ética social*, traducción de Alejandro Ros, tomo II, Herder, Barcelona, 1965, pág. 117.

siempre lo es frente a alguien. En cambio no siempre se ha considerado el tercero, aquel al cual se recurre quizá como árbitro o como aliado, pero que en definitiva está presente. Aunque indudablemente es discutible si el concepto esencial de justicia lo requiere o no, creo que en la situación real de la humanidad, no es abstracciones hipotéticas, la comunidad está siempre presente, incluso en forma fundamental a través de sus normas jurídicas objetivas.

Esta primera aproximación fenomenológica nos ha mostrado los caracteres fácticos e insuprimibles de este fenómeno de realizar justicia: se refiere a relaciones intersubjetivas de trans fondo comunitario, que tiene por sustrato un objeto de pretensión y que puede implicar o bien la modificación parcial del sistema jurídico o su supresión total y reemplazo por otro distinto. Trataremos ahora de precisar más estos resultados.

II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE JUSTICIA

En la medida en que la justicia pueda predicarse de una norma, o una situación o una acción humana, es un valor, y en cuanto es una cualidad de un hombre (porque es la voluntad de realizar ciertos criterios en su acción) es una virtud o hábito. La ética clásica, desde Platón, ha estudiado la justicia predominantemente como virtud, y se ha referido más bien tangencialmente al problema propiamente jurídico (4). Sin embargo todos los autores reconocían que la noción de justicia que interesa al Derecho no coincide exactamente con la virtud de la justicia entendida en sentido ético, por varios motivos que resumiremos (5):

- 1) La virtud en sentido ético requiere ineludiblemente la buena disposición de ánimo de quien la ejecuta. Una acción cumplida sin dicha disposición, aunque materialmente coincida con las exigencias morales, no será una acción virtuosa. La virtud de la justicia que interesa al Derecho, en cambio, implica sólo el cumplimiento de la acción, independientemente del ánimo virtuoso. Aristóteles ha dicho que ésto se debe a la exterioridad del «medio»

(4) La sistematización más importante del pensamiento antiguo se encuentra en el libro V de la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles.

(5) Un análisis exhaustivo de estas diferencias en G. GRANERIS: *Contributi tomistici alla filosofia del Diritto*, Turín, 1949, cap. V (traducción castellana *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, EUDEBA, Bs. As., 1972).

que es real y determinado por la cosa debida. Así, quien paga su deuda sin ánimo de justicia no ha cumplido una acción moralmente buena, pero objetivamente ha realizado un acto justo, que el Derecho valora positivamente. Nuestras apreciaciones jurídicas sobre las conductas se contentan con este modo de cumplimiento. Ello no quiere decir, como también a veces se exagera, que el Derecho descuide la intención, sino que ésta es relevante sólo cuando se exige jurídicamente para configurar un tipo legal, lo que no sucede necesariamente en forma paralela a las exigencias éticas.

- 2) La acción ética no puede ser cumplida sino por el sujeto moralmente obligado, no es transferible. La justicia en sentido jurídico admite la sustitución del sujeto obligado por otro, o reemplaza la cosa objeto de la prestación, en el caso de que el primer objeto o la cosa prometida fallasen.
- 3) Las demás virtudes en sentido ético perfeccionan primera y esencialmente al sujeto que las cumple, mientras que el cumplimiento que interesa al Derecho soluciona un «entuerto» o situación objetiva de inadecuación.

Por estas breves consideraciones queda claro que la conducta jurídica relevante y caracterizada como justa es algo socialmente apreciable y que sólo indirectamente tiene sentido ético de virtud. En cambio, ella es considerada justa porque está de acuerdo con una norma (objetiva-positiva) a su vez considerada justa, o expresión de un criterio de justicia aceptado como válido.

El problema de las relaciones entre los criterios de justicia y el Derecho (entendido latamente, sea como conjunto ordenado de normas o como totalidad de las conductas regladas) ha recibido respuestas variadas. Siguiendo a Legaz y Lacambra (6) podemos señalar cuatro actitudes fundamentales:

El positivismo es una tesis separatista, considera que las cuestiones sobre la justicia son metajurídicas y no materia de estudio del jurista como tal: la ciencia del Derecho debe conocer el derecho positivo, pero no valorarlo desde el punto de vista de ciertos criterios de justicia.

El idealismo equipara formalmente la justicia con el Derecho, pero no por relativizar ésta, sino por absolutizar aquél. Así como Kelsen es

(6) *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, pág. 327. También una interesante exposición de las relaciones entre el Derecho positivo y la Justicia en Manuel Rfo: *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970, cap. II.

exponente clásico de la posición anterior, Hegel lo es de ésta: el Derecho positivo es la realización de «la» justicia (7).

El formalismo crítico es también una posición separatista, pero se diferencia del positivismo en que admite la validez de la idea de justicia como criterio. Sin embargo, el Derecho se constituye formalmente con independencia de estos criterios, que lo valoran sólo *a posteriori*. Existe pues, la posibilidad de un derecho justo y de un derecho injusto con igual forma jurídica (8).

El iusnaturalismo es otra tesis equiparativa, pero a la inversa del idealismo, no acepta que el Derecho positivo realice perfectamente la justicia en cada una de sus manifestaciones concretas e históricas. La justicia absoluta se presenta como el ideal al cual debe tender el Derecho positivo, que va perdiendo su condición jurídica en la medida en que no realiza la idea de justicia o se opone a ella. Un exponente medieval del iusnaturalismo, Santo Tomás de Aquino, dice que la ley injusta, más que ley es su corrupción; es decir, es lo degradado, lo que sólo tiene apariencia de juridicidad, pero sin su fundamento. Las tesis iusnaturalistas no sostienen todas la equiparación con la misma fuerza ni en la misma medida, pero lo expuesto puede considerarse el núcleo central de sus afirmaciones.

Vemos pues que el problema de los criterios de justicia recibe diferente solución: el positivismo lo desconoce por metajurídico, y el idealismo lo elimina por identificación, ya que no hay dualidad entre criterio valorativo y normatividad. La diferencia entre el formalismo y el iusnaturalismo está en que para el primero el criterio valorativo no integra la juridicidad, mientras que para el segundo es uno de sus constitutivos. Ambas posiciones tienen sus puntos débiles. El formalismo difícilmente puede explicar con coherencia la introducción de criterios valorativos en un sistema que se constituye como jurídico sin relación con ellos. El iusnaturalismo tropieza con el escollo de la «ley natural» entendida como una cierta juridicidad superior a la positiva, cuya determinación se ha demostrado tan difícil que muchos iusnaturalistas contemporáneos prefieren evi-

(7) *Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, Ed. Claridad, Bs. As., 1937: «Una existencia en absoluto, que sea existencia de la voluntad libre, constituye el Derecho. Por consiguiente el Derecho es, en general, la libertad en cuanto idea». (Parágrafo 29, pág. 60.) Además la Moralidad se integra como uno de los momentos del espíritu en su realización, antítesis del Derecho abstracto y sintetizada a su vez por la Ética, que incluye la realidad del Derecho desde el punto de vista político.

(8) Cf. MAYER: *Filosofía del Derecho*, págs. 14 y sigs.

tarla. Nuestra observación preliminar nos hace concluir que el positivismo puede aceptarse como metodología pero no como concepción total del fenómeno jurídico, pues deja sin explicar un aspecto relevante del mismo. La cuestión de los criterios valorativos debe ser abordada y correctamente planteada. Lo contrario significa simplemente desplazar la cuestión dándole otro nombre, y llamarla, por ejemplo, problema de técnica legislativa o de política. Puesta pues esta temática en el ámbito iusfilosófico, admite dos contestaciones básicas: o bien los criterios de justicia no son algo esencial al Derecho, o bien éste debe ser explicado en función de ellos. Al decir esto no queremos sostener que el Derecho deba ser entendido exclusivamente en función de los criterios axiológicos, sino que sin ellos no puede ser entendido plenamente. Quizá sea este punto la afirmación más medular del iusnaturalismo, aunque históricamente se ha entendido por tal la posición que postula una norma superior a las positivas, tesis que ha sido criticada por el positivismo con muy fuertes argumentos. Actualmente resulta difícil fijar el alcance de las teorías que se denominan iusnaturalistas, pues caben aquí prácticamente todas las corrientes axiológicas, no pocas fenomenológicas e incluso exponentes del realismo jurídico. Por ellos es preferible no hacer cuestión de denominaciones sino de contenidos. Y en este sentido resulta clara la afirmación anterior: sin consideración de los criterios valorativos la vida jurídica no puede ser entendida plenamente. Esto a su vez puede tener dos sentidos:

- 1) Sostener que estos criterios son o deben ser expresión de una idea objetiva y absoluta de justicia.
- 2) Admitir la multiplicidad de criterios en cuanto al contenido.

En general, los iusnaturalistas tradicionales admiten la primera posición y otras corrientes no normativistas la segunda. Esta no es igual al positivismo normativista, aunque tenga relación con la corriente positivista; en efecto, no es lo mismo negar que los criterios de justicia (por ser subjetivos) integren el Derecho, que afirmar que lo integran *a pesar* de su subjetividad o relatividad. A su vez, aún los iusnaturalismos más rígidos deben dar cuenta de la diferencia entre cualquier ideal de justicia y su realización empírica. Es así que Tomás de Aquino afirma que la función de la ley es establecer el orden según una *cierta* justicia (9), lo que significa que la realización tiene elasticidad. También la corriente axiológica denuncia la dualidad entre el valor en absoluto y su realización fáctica. Entre nosotros, Werner Goldschmit ha formulado su teoría

(9) *Comm. in Politic, Aristotelis*, L. III, Lect. 7.

del fraccionamiento de la justicia, que explica las limitaciones necesarias y objetivas de su realización total (10). Su conclusión es que el criterio concreto de acción es desfraccionar, pero teniendo presente que la realización plena de un ideal de justicia es un horizonte inalcanzable, al cual se tiende constantemente como punto de orientación, y no como término realmente posible de las acciones humanas.

III. LOS FUNDAMENTOS DE LOS CRITERIOS DE JUSTICIA

Desde un punto de vista filosófico es pertinente la siguiente cuestión: puesto que hay varios criterios concretos para realizar la justicia, ¿existe un criterio absoluto o no?, ¿los criterios parciales que tienden a realizar nuestros ordenamientos tienen un fundamento superior o carecen de él? La respuesta afirmativa constituye la posición trascendentista, que es coherente como una metafísica de igual cuño. La respuesta negativa se emparenta con las filosofías inmanentistas y antropocentristas. Como se ve, la cuestión desborda rápidamente el marco de la Filosofía del Derecho y avanza sobre otros terrenos. No es necesario esperar a que la «batalla» haya concluido en las altas esferas de la Filosofía para sentirnos autorizados a decir algo al respecto. Por eso mismo estamos reconociendo el carácter tópico y erístico de la cuestión. La primera observación que debemos hacer frente a este desborde temático es que proseguir por esos caminos no se ha demostrado fructífero. Las posturas metafísicas proliferan y estamos lejísimos de algún acuerdo, siquiera parcial, en cuanto a fundamentos últimos. Intentamos, pues, tomar otras vías, sin prejuzgar los resultados de una discusión más profunda. Nuestro punto de partida es la constatación de multiplicidad de ideales de justicia, puestos de manifiesto justamente en la variedad de las teorías filosóficas. Welzel ha observado (11) que la historia del problema demuestra que no es un encadenamiento de opiniones arbitrarias, sino un diálogo extendido por siglos, en que los planteos son retomados y considerados por la generación siguiente. La axiología, con Max Scheler a la cabeza, lo explicaría como una variabilidad de la intuición de los valores, sin que ello implique sostener el relativismo. Por ello la existencia de diversos criterios supremos de justicia no prueba nada contra la absolutez del concepto, sino a lo más, que su captación histórica es variable, como son va-

(10) *La ciencia de la justicia* (Dikelogía), Aguilar, Madrid, 1958, págs. 57 y siguientes.

(11) *Derecho natural y justicia material*, pág. 255.

riables todas las realizaciones de la cultura. De estas breves consideraciones podemos extraer la segunda conclusión u observación de este punto: aunque ya dijimos que la disputa no ha resultado prácticamente fructífera, no carece de sentido la pregunta por el ideal absoluto de justicia, y el tema puede ser objeto de argumentaciones rigurosas y serias.

Trataremos de exponer brevemente ahora cuál es el estado de la cuestión en punto a los fundamentos de los criterios empíricos, a fin de deslindar las materias que entran en discusión, de los pseudoproblemas y de las cuestiones reconocidamente tópicas, vía que seguiremos ulteriormente.

Ya dijimos que el iusnaturalismo sostiene la existencia de fundamentos objetivos y absolutos aunque admite que su realización temporal es variable. La tarea de la Filosofía sería precisamente distinguir ese núcleo esencial de sus variantes accidentales. Admite pues, que en todos los hombres existe la conciencia de los primeros principios del orden moral: «hacer el bien y evitar el mal», cuya aplicación jurídica sería «realizar el bien social (justicia) y evitar el desorden (injusticia)». Esta formulación no es explícita en todos los casos pero subyace a las interpretaciones históricas. No son fórmulas vacías, según esta filosofía, ya que no se llenan con cualquier contenido, como sostendría el relativismo absoluto, sino que su amplitud es variable como consecuencia del nivel de conocimiento alcanzado. Así, por ejemplo, puede haber variado la forma de «honrar a los padres», o de «administrar castigo o retribución», según diferentes épocas y culturas, pero siempre se ha reconocido que honrar a los progenitores o castigar al culpable de un hecho antisocial grave es una conducta valiosa, aunque su modo concreto haya variado de modo sorprendente, llegándose a considerar como una manifestación de respeto incluso la muerte. Scheler ha sostenido que tales variaciones no son síntoma de la verdad del relativismo, sino que precisamente sucede a la inversa: el verdadero relativismo es un dogmatismo disimulado, que considera absolutos los valores vigentes en su época y observa que hay distintos modos de interpretarlos o realizarlos. La mayoría de los autores iusnaturalistas sostienen actualmente que el reconocimiento de una cierta variación producto de la historicidad de la cultura no impide reconocer el carácter absoluto de ciertas verdades, con sus jerarquías propias (12). El punto en discusión no es la variedad real de los criterios, que nadie niega, sino esta última afirmación: para los iusnaturalistas la variación no obsta e incluso reclama un núcleo absoluto, que se ha tratado de expresar en

(12) Ver, por ejemplo, Octavio N. DERISI: *Filosofía de la Cultura y los valores*, cap. VIII.

fórmulas más o menos generales. Los impugnantes, que son varios, no ven que ese reclamo esté justificado, e incluso señalan que si bien pueden darse fórmulas generales que abarquen esos comportamientos, eso se debe a que son puramente formales, no indican un contenido preciso (13). Vemos pues, que el problema de los contenidos de los criterios es el punto arquimédico de la cuestión. Por este lado la vía parece estancada. Por otra parte, aunque los iusnaturalismos tienen problemas, las fuertes críticas formuladas no parecen hasta ahora haber logrado señalar una inconsistencia o contradicción en el sistema. El argumento de la imposibilidad de contrastar fácticamente o de que no hay verificación empírica de valores absolutos, por ejemplo, no prueba nada contra la teoría, que precisamente no acepta el criterio de verificación empírica como determinante. Si estamos así, ni siquiera hay acuerdo sobre las bases de disputa y la «discusión» se reduce a un enfrentamiento de posiciones. Mientras unos aceptan el criterio, los otros lo niegan, argumentando en su contra que dicho principio tampoco es empírico y se autodestruye, etc.

Otro camino para bucear en la necesidad de ciertos contenidos mínimos es fundarlos ontológicamente justificarlos como pertenecientes a una realidad que los reclama. El fundamento en este caso inmediato es el recurso a «la naturaleza humana». El problema de justificar ciertos criterios materiales de justicia se confunde con el de fijar el contenido mínimo esencial de la ley natural. En la naturaleza del hombre se dan múltiples posibilidades, y su desarrollo puede seguir variadas direcciones. La justicia es una de esas perfecciones que exige la naturaleza humana, y de allí esta conexión óptica buscada. A esta teoría se han hecho muchas objeciones. Posiblemente la de mayor peso sea la siguiente: en el hombre existen naturalmente tendencias hacia el bien y tendencias hacia el mal. Por lo tanto bondad y maldad pueden tener un fundamento natural; ¿por qué deben elegirse ciertas tendencias para derivar de allí criterios orientadores del Derecho positivo, y no tener en cuenta otras que son tan naturales como aquéllas? (14). Creo que esta objeción responde a un hecho innegable: efectivamente existen tendencias antisociales, egoístas, etc. Su relevancia para el funcionamiento del argumento depende del sentido que se dé al término «natural». Precisamente estamos muy lejos de haber logrado un acuerdo más o menos general, y el recelo de la

(13) Cf. Kelsen, *art. cit.*, especialmente su crítica al concepto de Derecho natural variable (págs. 142 y sigs.).

(14) Una buena síntesis de argumentos contra el uso de la noción de «naturaleza» puede verse en «Algunos argumentos contra el Derecho natural», de Norberto Bobbio, publicado en *Crítica del Derecho natural*, cit., págs. 221-237.

noción tiene sobrado fundamento. Con todo, puede intentarse al menos aclarar en qué sentido lo usan unos y otros. Los mismos iusnaturalistas se han encargado de despejar el equívoco, distinguiendo al menos dos sentidos en que la palabra «naturaleza» puede ser significativa en nuestro problema (15). En uno, «naturaleza» puede entenderse como todo aquello que inhiere a un ser en el momento de su nacimiento o aparición. Así, todo lo que un ser —en nuestro caso el hombre— produce o realiza resulta natural, es tan natural el vicio como la virtud. Es fácil ver que con este concepto todo «debe ser» queda anulado, pues precisamente el deber ser indica una posibilidad de no realización, apunta a algo que debe ser elegido y querido; en un mundo en que todo suceso es «natural» es también todo necesario, la norma no es expresión de un deber ser, ni tampoco existirá criterios de justicia distintos de una expresión normativa dada. Se puede concluir que en tal mundo las prohibiciones no pueden fundarse en una pretendida ley natural, pues la naturaleza misma impede a cometerlas. Hay varias críticas al iusnaturalismo que implícitamente usan de este sentido; el mismo no deriva tanto del aristotelismo escolástico cuanto del espinocismo; en efecto, para Spinoza el Derecho natural no es sino la regla según la cual suceden todas las cosas (16), ni más ni menos que la simple causalidad natural mecánica que admite para el mundo inanimado.

En otro sentido los iusnaturalistas entienden el término «naturaleza» como causa final de las cosas, siguiendo la antigua interpretación aristotélica (17). El fin de todo ser es su perfeccionamiento, la realización y actualización de todas sus potencialidades. Según tal visualización, será natural a un ser todo aquello que contribuya a su perfeccionamiento en la línea entitativa; «natural» no es equivalente a toda posibilidad de obrar, sino a toda posibilidad de que se inscriba en la línea de un perfeccionamiento entitativo. Con esta distinción parece que el iusnaturalismo supera la primera dificultad, y en efecto una eliminación de ambigüedad en el uso del vocablo es sumamente beneficiosa. Pero la cuestión se deriva ahora a otro concepto no menos problemático: el de «fin» y «finalidad». En efecto, como se ha notado, muchas cosas pueden concurrir a nuestro perfeccionamiento sin ser por ello estrictamente naturaleza (18); hablar de finalidad puede derivar en buscar un fin extrínseco y alguna

(15) Cf. G. GRANERIS, *ob. cit.*, caps. V y VI.

(16) B. SPINOZA: *Tractatus Politicus*, cap. II, n. 4.

(17) ARISTÓTELES: *Política*, Libro I.

(18) Lo reconoce el mismo Graneris en su discusión con el positivismo, cf. *ob. cit.*, pág. 99.

perfección sobreañadida a la naturalidad del sujeto. Es claro que en tal sentido la «finalidad» no puede servir para la construcción de un concepto de naturaleza relevante en nuestro examen. En este caso se suele recurrir al planteo aristotélico: naturaleza en sentido finalístico significa aquello que impulsa a los seres a su propio fin, que es su bien; para que algo se pueda llamar natural con respecto a un sujeto se requieren dos condiciones: la causalidad intrínseca (tendencias espontáneas surgidas de la misma esencia del ser, actualizando una de sus posibilidades) y la dirección hacia los bienes que el sujeto necesita para su propia perfección. La orientación funciona como elemento genérico, y la orientación hacia el fin de perfeccionamiento interior como específico. Lo que falta al primer concepto de naturaleza es esta especificidad que lo hace relevante para fundar criterios materiales de conducta. Por lo tanto, no todo lo que procede de la naturaleza es conforme a la naturaleza: el hombre tiene la posibilidad de acciones antinaturales, y aunque las realice —porque puede hacerlo— ellas no pueden servir de criterio en el obrar. Indudablemente esta corrección del concepto «naturaleza» salva bastantes escollos, aunque a nuestro entender el desacuerdo persiste precisamente en punto a fijar cuáles son concretamente aquellos comportamientos que apuntan al perfeccionamiento del ser. La dificultad de fijarlos por vía deductiva apriorística o por generalización inductiva da lugar a la teoría de los imperativos, sean éstos autónomos o heterónomos.

Otro camino de solución consiste en superar el planteo antropológico —o de la naturaleza humana— y a su vez fundar ésta en otra realidad superior y absoluta. Entonces salimos definitivamente del terreno de la iusfilosofía, pues la búsqueda del fundamento absoluto tiene relación con todas las temáticas y no sólo con ésta. Trascendentismo e inmanentismo son posturas que se oponen entre sí y al agnosticismo metafísico. A su vez se desdoblán en un enfoque ontológico: si existe un fundamento absoluto de las cosas, qué es; y en otro gnoseológico: si podemos adquirir conocimiento acerca de éste y si ese conocimiento es previo a toda otra afirmación, al menos en el sentido lógico de fundante. Respuestas las hay para todos los gustos: los aristotélicos son trascendentistas pero admiten que no es necesario conocer ni probar el fundamento de lo real para acceder al conocimiento de criterios concretos de justicia; ellos serían intuitivos en el sentido de que los apreciamos por connaturalidad. El racionalismo de la modernidad deriva —o lo intenta— contenidos concretos de principios lógico-metafísicos que serían expresión de nuestro conocimiento de Lo Absoluto. El idealismo unifica los dos enfoques, y por fin todas las formas de agnosticismo renuncian directamente a la

empresa. Si en el terreno iusfilosófico la cuestión es ardua, en éste parece totalmente irresoluble. Aunque algunas ideas sean más sostenibles que otras, la discusión vuelve a estancarse en el concepto de «absoluto». A poco que cada posición define este concepto, vemos que no resultan entre sí casi ni comparables; ésto no quiere decir que la controversia carezca de sentido o de interés. Pero sí puede indicarnos la conveniencia de tomar por otros caminos.

IV. LA BÚSQUEDA FÁCTICA DE CRITERIOS

Advertidos de las dificultades implicadas en toda búsqueda de criterios absolutos, y supuesto que hemos contestado por la afirmativa la pregunta de si la determinación de criterios de justicia es relevante para el Derecho, ello nos lleva a intentar una fijación erística y tópica de criterios. Si bien es muy arriesgado el intento de fijar escalas absolutas, determinaciones parciales no presentan iguales problemas. Ellas se producirán como consecuencia de consideraciones de hecho, de apreciaciones de sentido común o quizá de contorno cultural. No pretenden, por tanto, ser absolutas. Sólo anhelan tener validez para ciertos casos, digamos, nuestro propio ordenamiento, quizá algunos más; y por supuesto ésto también puede discutirse. Esta limitación es explícitamente reconocida junto con el carácter social —histórico de los «topoi», e incluso de su constitución con elementos extra racionales (emotivos, volitivos)—. Por su venerable antigüedad, comenzaremos por el famoso de Ulpiano: «dar a cada uno lo suyo», puesto que algún hilo ha de seguirse en la discusión. Y luego veremos si pueden añadirse otros que lo complementen.

1.º *Dar a cada uno lo suyo.*

Determinar qué es «lo suyo» de cada uno en sentido universal y absoluto presenta las dificultades que ya apuntamos. En cambio creo que podemos ponernos rápidamente de acuerdo con respecto a ciertos contenidos que, al menos en el presente estado de desarrollo cultural e histórico de la humanidad, apreciamos como positivos y necesarios. Son los que algunos llaman bienes primarios: la vida, la integridad física y moral, la educación, el respeto a la personalidad, libertad de relacionarse con los semejantes formando vínculos (familiares, amistad, comercio, etcétera), derecho a elegir su forma de vida. Además pertenecen al hombre aquellas cosas que ha conseguido por los títulos que la comunidad considera legítimos (trabajo, herencia, etc.). Es claro que en el trans-

curso de las sociedades estos contenidos han variado e incluso algunos se desconocieron, porque predominaban otros criterios. Pero eso no es un problema desde el punto de vista tópico, porque nuestra premisa, es decir, que queremos estos bienes, son o no aceptadas en la discusión y se reducen a la sociedad que tenemos en vista, no intentan explicaciones históricas ni fundamentaciones universales. El hecho de que el hombre primitivo desconozca la noción de libertad individual, o de propiedad privada, por ejemplo, puede quizá ser un argumento contra los que quieren absolutizar estos contenidos o pretender que siempre han tenido vigencia, pero no lo es para quienes plantean así la cuestión: ¿es deseable, queremos ser individualmente libres o tener derecho a bienes personales? Si contestamos afirmativamente estamos dando un contenido válido para nuestra sociedad o nuestro grupo. Y creo que al respecto no hay muchas dudas.

2.º *Realizar en la mayor medida posible el criterio anterior.*

La efectivización del criterio anterior se puede ver dificultada por múltiples causas; fraccionamiento de la justicia en nombre de otras razones igualmente atendibles desde un punto de vista racional; suele decirse que los criterios de orden y de seguridad limitan la efectivización máxima posible del criterio anterior. Así se justifica la omisión de cumplir con la justicia estricta para evitar un desorden más pernicioso, o la limitación en la prueba de nuestros derechos en pro de la seguridad, así como también se establece un tiempo máximo para hacer valer nuestras pretensiones legítimas. Esto parece perfectamente razonable con tal que se cumplan dos exigencias:

- a) Que la gravedad y urgencia del caso justifiquen prudentemente un sacrificio.
- b) Que éste no exceda el mínimo necesario.

Puede objetarse que las proposiciones *a* y *b* son demasiado generales. que no resuelven, no ya casos concretos, sino ni aún el problema de dictar normas generales adecuadas a grupos de circunstancias similares. Ello es verdad, pues la concreción de criterios generales (aunque no sean universalísimos) requiere siempre la apreciación concreta de las circunstancias. Con todo, dadas ellas, creo que por un análisis racional podemos determinar si la solución es correcta. Es cierto que hay zonas fronterizas en que todo es cuestión de matiz, pero al menos podemos decir con seguridad dónde están los casos más graves de infracción. En lo restante,

queda abierto un juicio de prudencia y sensatez; prudencia legislativa, para quien debe dictar normas generales; prudencia judicial para quien oficia de tercero imparcial en una eventual controversia, y prudencia del súbdito en el caso de cumplimiento espontáneo de sus deberes.

3.º *Eliminar los males del sistema.*

La realización de ciertos contenidos considerados valiosos, indicada por el primer criterio de justicia, implica el perfecto funcionamiento de la gran rueda social y el consenso de los miembros sobre el criterio básico. Por lo tanto, los males pueden provenir o bien de una falla en la realización o del disenso sobre los contenidos a realizar. Puede suceder que estando todos de acuerdo en los criterios, la realidad no los refleje por ineptitud de los encargados de cumplirlos o por impedimentos superiores a sus posibilidades. Otras veces aparece un disenso en los criterios rectores, sean éstos eficaces o no. Incluso la ineficacia de un sistema puede ser síntoma de la fragilidad del consenso y entonces debe más bien encararse la revisión del criterio que pretender ponerlo en práctica. La crítica al orden establecido puede ser parcial, referida a una norma o un grupo de ellas o a la actitud de grupos sociales o poderes públicos en cuanto desentona con el resto y constituye una injusticia por relación a la totalidad del sistema considerado justo. Este es el problema de la injusticia relativa. Pero también el sistema en su conjunto puede resultar inaceptable y requerir su reemplazo por otro. Suele pasarse insensiblemente de la crítica relativa a la total, ya que las instituciones están tan ensambladas, que el cuestionamiento de una implica casi siempre el de muchas otras. Esta tendencia universalizadora de la crítica es casi inevitable, pero sin embargo la considero causante de dilaciones en las soluciones prácticas. Pongamos un sólo y sintomático ejemplo: se desea que haya orden y vida académica elevada en una Facultad; a poco se ve que no sucede porque hay problemas, digamos administrativos; pero éstos derivan de reglamentaciones que exceden a la Facultad, pues parten del Rectorado de la Universidad; entonces se dice que hay que modificarlos; pero ellos responden a un orden más general de educación. Hemos concluido nuestra crítica a una ordenanza administrativa en un cuestionamiento del sistema educativo. No es un ejemplo inverosímil. más de una vez ha sucedido. Quizá no sea una discusión inútil, pero me temo que la ordenanza famosa siga vigente, mientras nos embarcamos en disputas sobre la conveniencia de los tres ciclos escolares o temas semejantes. Queremos considerar de una sola vez todas las implicancias de un problema y

pretender elaborar un plan totalizante para remediar sus fallas casi siempre ha llevado a utopías que nunca se intentó seriamente poner en práctica: fueron condenadas silenciosamente al olvido por el sentido común.

Si la cuestión se planteó así: ¿cómo realizar la justicia?, además de las discusiones estériles ya apuntadas sobre qué sea «la» justicia, se corre el peligro de querer contestarla con esos planes utópicos que abundan demasiado. Por tanto, me parece que el tercer grupo de criterios debe contestar a la pregunta: ¿cuáles son los males de injusticia que hay que remediar, cuya desaparición es valiosa, de tal modo que esa acción eliminadora sea un criterio operativo? Es cierto que ésto no soluciona totalmente la cosa, pues aún puestos de acuerdo sobre los males, nos queda la fijación de los medios. Por supuesto su discusión puede ser ardua, pero no inútil, porque la elección de medios es contrastable; se pone a prueba y se rechaza si es ineficaz.

Una respuesta exhaustiva por los males que deben eliminarse es casi imposible, siempre podrá detectarse alguno imprevisto. Lo que sigue tiene valor de orientación, o sea, indica aproximadamente en qué terreno pueden detectarse fallas eliminables.

A) *Eliminar la ineficiencia.*

Los contenidos normativos pueden reputarse aceptables, pero si los órganos encargados de realizarlos son ineficientes y no se alcanza la finalidad propuesta, el signo negativo se impone. Un criterio práctico con respecto a las normas, es que antes de criticarlas por sus resultados, debe lograrse que se produzcan exactamente como fueron previstos por quien la dictó, y sólo entonces, si es el caso, se ha de encarar su cambio o modificación. Rechazar una norma ineficaz sin solucionar por qué es ineficaz, puede conducir a que la reemplazante también lo sea. En efecto, la eficacia depende en parte del contenido mismo de lo estatuido, pero también de quienes son sus destinatarios. Es un adagio muchas veces repetido que una administración de justicia lenta y tardía es una forma de no administrar justicia. Desde un punto de vista teórico la eficiencia es un valor distinto de la justicia, pero no independiente. Sin eficacia se producen situaciones de injusticia real. Por tanto, un criterio de justicia en orden a evitar sus males es el siguiente: no deben dictarse normas que se prevean razonablemente como de dificultosa aplicación, y si se dicta una norma deben arbitrarse también los medios para que sea eficaz.

B) *Eliminar la arbitrariedad*

Llamamos arbitrariedad al establecimiento normativo de privilegios irrazonables, o de situaciones jurídicas no suficientemente justificadas. Nos apartamos un poco del concepto tradicional de arbitrariedad como falta de seguridad en el criterio que presidirá la elección de las medidas jurídicas, porque entendemos que la noción debe ser más amplia. Decimos pues, que es arbitrario todo lo que no tiene una justificación racional y sin embargo está estatuido. Por ello, el criterio correspondiente a este punto será: todo lo que se establezca con carácter jurídico debe estar racionalmente fundado. Por tanto, más que preguntarnos: ¿deben existir privilegios? o ¿es justo que haya situaciones de excepción? debemos decir: ¿están justificados privilegios tales como x y z ? y ¿está justificada la situación de excepción X ? Estas preguntas tienen respuestas concretas para cada sociedad y en un momento dado de su situación histórica. Responder a las primeras nos lleva al terreno de las disputas abstractas, mientras que responder a las segundas tiene inmediata relevancia para nosotros mismos.

C) *Eliminar la parcialidad.*

Nos referimos aquí a la situación del que tiene que decidir una controversia, sea en el ámbito judicial o privado, e incluso a los poderes no jurisdiccionales cuando de algún modo asumen funciones «judiciales» con respecto a sus subordinados. Eliminar la parcialidad significa establecer el criterio: todo el que juzga debe hacerlo con la mayor objetividad posible. Creo que todo el mundo admite ésto; la dificultad está en lograrlo. Hay quien dice que la objetividad total es imposible; por lo menos hay que concederle que es muy difícil: el que juzga no puede evitar tener cierto carácter, preferencias, emociones, prejuicios, etc., que lo inclinarán más a una solución que a otra. Lo importante es reconocer los límites de la pretendida objetividad sin escudarse en que cada uno lo hace según «su ciencia y conciencia», ya que la buena intención no basta. Un juicio objetivo en la medida de lo humanamente posible, requiere perfecta madurez psíquica, conocimiento profundo del tema en general y del caso concreto en particular, perfecta salud física y mental, absoluta prescindencia de todo elemento irracional, absoluta tranquilidad emotiva en el momento de emitir el dictamen. ¿Cuántas veces estamos realmente en estas condiciones ideales? ¿Cómo podemos estar seguros de haber vencido los influjos internos y las presiones del contorno? Muchos bienintencionados

omiten un análisis retrospectivo de su conducta, que la revelaría mucho más condicionada de lo que suponen. No se trata de sacar de un plumazo esos condicionamientos, pero sí al menos intentar tomar conciencia clara de ellos. Y todavía nos queda fuera el amplio margen de las discusiones racionales sobre un problema, que las más de las veces conducen sólo a resultados opinables y provisionales. La multiplicidad de soluciones sobre un mismo problema pretendiendo todas realizar justicia pareciera mostrar la imposible objetividad de soluciones. Debemos hacer una distinción: si por subjetividad se entiende el hecho obvio de que los criterios son expresiones formuladas según cada individuo o grupo logra entender el problema, influidos por elementos tales como nivel social, cultural, desarrollo histórico, etc., estamos de acuerdo en que es así. Pero si con ésto se pretende desconocer el carácter racional de toda discusión acerca de la justicia, derivándolo al terreno de lo puramente irracional y emotivo, entonces no estamos de acuerdo. No sólo porque se ve que acerca de los criterios puede discutirse razonablemente (prueba *ad hominem*) sino porque de admitirse la total irracionalidad deberíamos concluir en la ley de la selva, y con ésto no pienso que se esté de acuerdo. Por tanto hemos de conceder que con múltiples limitaciones, es posible lograr cierta objetividad garantizada por la discusión razonable, y que se debe tratar de lograr en la mayor medida posible.

D) *Eliminar la violencia.*

Todo cambio del sistema jurídico, sea parcial o total, debe ser progresivo y pacífico. Este es el cuarto criterio en punto a eliminar los males, y se basa en la convicción de que la excesiva rapidez y la violencia conllevan elementos no racionales difícilmente controlables, y por lo tanto son en sí mismos peligrosos. No se trata de defender un pacifismo a ultranza ni un inmovilismo, sino postular que si los cambios declarados necesarios o deseables pueden hacerse pacíficamente, es mejor que hacerlos violentamente. También la discusión acerca de si un cambio puede o no hacerse pacíficamente dará lugar a desinteligencias, pero el resultado es empíricamente contrastable. Al menos no puede decirse *a priori* que una vía pacífica no es posible. Determinar cuándo se consideran agotadas las vías del cambio pacífico es un problema de prudencia. Como se ve, también para fijar el límite entre progresión y quiebra, la razón tiene su parte que decir.

En suma, creemos que discutir problemas de justicia es racional y aún necesario. Lo que debe evitarse es discutir mal y enredarse en pseudo-

problemas, porque con ello se cierra el camino a las soluciones razonables y prácticas. No se ha de olvidar que la discusión de este punto no es fin en sí, sino un medio para lograr un perfeccionamiento que deseamos. Lo contrario no es más que perder lamentablemente el tiempo.

Celina A. LERTORA MENDOZA.