

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ALFONSO COBIAN Y MACCHIAVELLO

—•••—

**Justicia y Seguridad Jurídica,
Supuestos del Derecho Positivo**

TESIS DE BACHILLER



LIMA — PERU

1961

N O T A

Alfonso Cobián y Macchiavello sustentó, brillantemente, el 3 de Octubre de 1961 la tesis que publicamos a continuación para optar el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Fue aprobado por unanimidad, con la mención de sobresaliente.

Pocos días después, terminados sus estudios en la Facultad, viajó a la Universidad de Lovaina (Bélgica), para seguir estudios especiales de Filosofía. Allí lo sorprendió la muerte. Esta fue unánimemente sentida debido a las condiciones excepcionales del que fuera alumno ejemplar de la Facultad de Derecho y destacado profesor de la Facultad de Letras.

Publicamos la tesis como homenaje a su memoria.

**A Mario Alzamora Valdez,
a sus calidades de
filósofo y jurista.**

Justicia y Seguridad Jurídica, Supuestos del Derecho Positivo

Por: ALFONSO COBLAN Y MACCHIAVELLO

INTRODUCCION

A pesar de los nítidos y acertados desarrollos que en relación al fundamento del derecho ha realizado el jusnaturalismo, el tema de la índole del derecho positivo y de sus dimensiones constitutivas mantiene su alucinante y esencial vigencia. El avance del pensamiento, el descubrimiento de nuevos sectores de la realidad, la elaboración de inéditas categorías antropológicas y culturales, no son fenómenos aislados que impliquen la necesidad de una simple yuxtaposición al haber de la cultura o del saber filosófico. El enciclopedismo y la concepción de un saber puramente extensivo son creencias superadas; no tienen ya vigencia operativa. Los nuevos conocimientos generan efectos llamados **radiales**, repercuten en toda la esfera del ser e invitan a reexaminarla en sus cimientos. Tal sucede en la filosofía del derecho. Esta no puede permanecer ajena al desenvolvimiento de las disciplinas medulares de la filosofía —principalmente de la axiología y de la epistemología— sino que está obligada a revisar sus supuestos *a la luz de los nuevos principios, debiendo, asimismo, poseer la aptitud de iluminar y canalizar las nuevas realidades* que aparecen en el campo de lo fáctico. Me anima la convicción de que las disciplinas filosóficas deben operar en estrecha relación e intercambio, sin perder, por ello, las calidades diferenciales que les impone su objeto propio.

Un doble trabajo es exigible a la filosofía del derecho, disciplina que se ejercita en reflexión segunda sobre el hecho cultural que llamamos derecho positivo, pues no comparto la opinión del eminente jurista Hans Kelsen que sostiene que la teoría pura, estrictamente jurídica, "busca excluir del conocimiento del derecho positivo todos los extraños", incluyendo entre éstos la idea de justicia. El buscar el fundamento del derecho al margen de la esfera axiológica, quedándose, como hace Kelsen, en las **estructuras típicas dadas históricamente como jurídicas**, es prescindir de la determinante de toda la problemática filosófica o, lo que es lo mismo, de la razón de ser de lo jurídico. Esto no lo puede ofrecer la fenomenología

histórica ni el análisis puro de las estructuras jurídicas. Para ello es incompetente tanto la lógica apodíctica como el asertótico sociologismo. La razón es muy sencilla: no se puede prescindir de lo axiológico, del deber ser, en la esfera moral, en una disciplina cuya esencia es, precisamente la **normatividad**. Es imposible fundamentar el derecho positivo al margen de la justicia, cuya presencia se adivina ya en el mero análisis de la norma de derecho. Los detractores de la esfera o reino de valor que sustenta al derecho, en nombre ya sea del poder autárquico del estado o de la avasalladora fuerza de las creencias o necesidades colectivas, faltan a la coherencia, pues quieren negar el fundamento del derecho positivo desde un plano totalmente distinto y que, por lo tanto, no puede ser considerado como argumento en contra. Los positivistas de todo tipo basan su filosofía en una abdicación inicial. Toman el derecho como *puro factum* sin comprender que el hecho jurídico es ante todo una **intención de valor**.

La presente tesis quiere destacar, en contra del positivismo, el arraigo esencial que el derecho guarda con el valor justicia. Para ello toma en consideración la moderna teoría de los valores —principalmente en su formulación scheleriana— conectándola con la vieja y rica noción de persona que aporta la tradición filosófica y jurídica del Cristianismo, y que es el valor superior en cuanto desarrollo y lugar natural de encarnación de la esfera del espíritu. No se pretende analizar los distintos contenidos de las doctrinas sobre la justicia. Simplemente ponemos de relieve que el derecho únicamente puede fundamentarse en el orden axiológico y que sólo tal planteamiento le confiere carácter obligatorio. Los valores no son sustituibles ni por las descripciones empíricas, ni por las **formas puras** de la lógica. **Justificar** el derecho implica no sólo comprender la arquitectura normativa. Justificar el derecho supone algo más: explicar la razón de ser de la obediencia a la ley; encontrar un faro que permita juzgar a los órdenes positivos, aceptando ciertas normas y rechazando otras. Para encontrar este cimiento permanente, este criterio de **bien jurídico**, debe investigarse "la idea de la justicia o sea el **deber ser jurídico**, o lo que es lo mismo, el derecho que **debiera ser**. Esta investigación se desarrolla de un modo autónomo y comprende la indagación del ideal y la crítica de la racionalidad y legítima del derecho existente. La filosofía del derecho investiga cabalmente aquello que **debe** o **debiera ser** en el derecho, frente a aquello que **es**, contraponiendo una **verdad ideal** a una realidad empírica" (1). La primera exigencia intelectual para quien analiza una disciplina axiológica es precisar su validez en dicho orden, es buscar la razón de ser de su fuerza imperativa. Sólo así podemos encontrar el **sentido** del derecho porque, como dice Spranger: "Sentido es siempre la referencia a un valor"; sin este supuesto es imposible lograr la **apreciación crítica** que Munch exige como tarea de las ciencias del espíritu. Estas se mueven —como lo han hecho ver Rickert, Dilthey, Cassirer, Spranger y los filósofos de la cultura— en dos dimensiones: la del hecho y la del valor. Y el derecho (positivo) es "un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor" (2).

(1) Del Vecchio y Recasens Siches. Filosofía del derecho t. I. p. 4 y s.

(2) Radbruch, G. Filosofía del derecho. p. 11.

Luego, su comprensión implica el análisis de la estructura axiológica determinante: la justicia. A la demostración de la necesidad de esta dimensión fundante, dedicamos el primer capítulo de la tesis. En esta sección precisamos el carácter axiológico de la idea de justicia, su configuración teleológica, su índole relacional —cuyo punto de referencia es la persona humana—, y su objetividad. Queremos insistir en la impotencia explicativa no sólo de los positivimos —por refinados que éstos sean— sino también en la debilidad de los relativismos que confunden la justicia ideal con los ideales históricos de justicia. Frente al relativismo y sus derivados, sostenemos que si bien la justicia no se presenta de modo ubicuo y ucrónico sino histórico y circunstanciado y que no desciende a la realidad, súbitamente, como un aerolito, esto no implica la inexistencia de la justicia absoluta sino la dificultad —quizás, la imposibilidad— de ser asumida por la materia contingente de la historia. Y es que el derecho positivo es una realidad histórica en que lo ideal se encarna dentro de las posibilidades fácticas de un momento dado. En ello influyen las concepciones de la época y las condiciones de viabilidad que se encuentran en la estructura social. La justicia del derecho tiene que ser una justicia asegurada, de seguro cumplimiento. Por ello dedicamos el tercer capítulo de la tesis al análisis de la seguridad jurídica, condición de posibilidad fundamental del orden positivo. Esta es la dimensión fáctica, el aspecto real del derecho. No se justifica por sí misma, pero sin ella es imposible entender el fenómeno jurídico. Es la seguridad, la razón de ser de la positividad del derecho y del carácter coercible que reviste.

Justicia y seguridad constituyen así las dos dimensiones o supuestos básicos del orden jurídico positivo. Su elucidación obliga, como consecuencia, a sostener que la única posición válida frente al orden positivo es el "idealismo realista". Idealismo, porque el derecho se funda y cobra validez prestada de orden trascendente. Idealismo realista, porque el derecho positivo es determinante de voluntades reales en sus manifestaciones societarias, no puede sino canalizar formas posibles de conducta cuyo agente es la persona, que actúa dentro de circunstancias concretas. Por eso el orden jurídico no puede ser sino un orden de referencias o remisión al tuturo personal. El derecho no realiza la justicia, sólo la posibilita.

Dada la vinculación existente entre justicia y bien común, dedicamos el segundo capítulo de este trabajo a la relación entre ambas nociones, precisando que el bien común no es sino el resultado, en el orden empírico, de la realización de la justicia. Ambas categorías constituyen la estructura teleológica del derecho. El bien común se apoya en la justicia, es el resultado social de la misma; posee como condicionante instrumental, la seguridad jurídica.

Esta tesis no es sino el esbozo de un planteamiento que quiere entender el derecho en la integridad de sus constitutivos y quiere decir que carecen de sustento firme aquellas concepciones jurídicas y sociológicas que plantean una irreductible antinomia entre la seguridad y la justicia, la renovación y el orden, el individuo y el bien común, la libertad personal y la coercibilidad de la ley. Sin negar la dialéctica permanente que tipifica a las ordenaciones jurídicas, afirmamos el carácter complementario de

los supuestos del orden positivo cuyo patrón de valoración es la persona humana. Es ella, a nuestro criterio, el punto de inserción y la clave de armonía y trabazón de la complejidad de factores que constituyen el orden jurídico. El orden jurídico no es sino una condición de posibilidad para el desarrollo integral de la persona conforme al valor de la justicia y potenciada por un sistema de seguridad que llamamos orden.

Debo expresar aquí mi reconocimiento al doctor Mario Alzamora Valdez por la ayuda y orientación que siempre me ha prestado.

A Enrique Normand Sparks, quien me sugirió el tema de la tesis, mi más cordial agradecimiento.

CAPITULO I

LA JUSTICIA

A la pregunta: ¿En qué se funda el derecho positivo?, podemos dar respuesta en dos sentidos diversos. Uno se refiere a la justificación del contenido de la norma jurídica. Es el sentido axiológico del derecho. Este sentido se conecta con el reino de los valores a los cuales apunta, en busca del sustento, el orden positivo. El otro aspecto de la pregunta sobre la fundamentación del derecho se atiene más bien a una razón fáctica: a la necesidad de que haya derecho y al *modus* mismo de la existencia de lo jurídico. De esta manera nos abocamos al estudio de la teleología y de la realidad del derecho. En el primer sentido nos encontramos con un conjunto de significaciones de estructura finalista que el derecho histórico trata de incorporar. Esta esfera ha sido denominada *derecho ideal*, reino de la justicia, esfera axiológica, etc. Es la meta de la continua *dynamisis* que es el derecho positivo. Nos dice Renard: "El objeto del derecho positivo es el orden: el orden concebido como una aproximación creciente a la justicia... la aproximación a la justicia es el fin del orden" (1). García Maynez sostiene que la justicia es "el desiderátum de todo derecho histórico" (2) y la tradición jurídica más destacada nos habla de un derecho natural, de una esfera absoluta cuya realización en la historia es la tarea que se encomienda al orden positivo. Está en lo cierto Du Pasquier cuando afirma que el derecho, es cierta manera "es una creación del espíritu que refleja un ideal" (3). Por ello "la pauta axiológica del derecho positivo y meta del legislador es la justicia. La justicia es un valor absoluto... un valor que descansa, por tanto en sí mismo" (4). Analicemos pues la meta jurídica, fundamento del derecho: el valor de la justicia.

El término "*justicia*" ofrece varias acepciones. Podemos hablar de justicia como valor objetivo y absoluto; de justicia en el sentido subjetivo,

(1) Renard. Introducción filosófica al estudio del derecho. t. I. p. 117.

(2) García Maynez. Justicia y Seguridad Jurídica p. 44.

(3) Du Pasquier. op. cit. p. 298.

(4) Radbruch. op. cit. p. 31.

como virtud. En el orden jurídico positivo nos es dado distinguir la justicia de dicho orden (ajuste de la norma legislativa al valor justicia) de la juridicidad (o adecuación de la acción al orden positivo). Y por fin, podemos referirnos a tipos de relación humana en los cuales se dan diversos modos de equivalencia jurídica entre particulares, es de plena igualdad (justicia comunicativa), la del orden público, entre el Estado y los particulares se mueve en relación de proporcionalidad (justicia conmutativa). Ambas determinan los derechos de la persona. La justicia legal o social, en cambio, regula los deberes de los individuos para con la sociedad, en cuanto son servidores de ésta (5).

Todas estas acepciones del término "justicia" están referidas a la primera, del mismo modo que los tipos de antes tienen como centro de idea del ser. La médula de la noción de la justicia está en su carácter axiológico. No es lícito plantearse el problema básico de la justicia como una simple experiencia normativa, en el sentido psicologista que le da Petrazycki cuando dice que "justicia no es otra cosa que la ley intuitiva en nuestro sentido" (6). Hay que asumir una postura objetiva para aprehender la noción de la justicia en sí misma.

Para entender cabalmente la idea del valor "justicia", hemos de referirnos previamente a la concepción del valor, indicando sumariamente las principales orientaciones y las cualidades que se atribuyen a esta esfera de objetos.

La teoría de los valores, si bien encuentra antecedentes en la especulación platónica y en las concepciones aristotélicas acerca del bien y de la justicia, sólo adquiere carácter sistemático en la filosofía contemporánea. Es aquí donde se cobra conciencia del "reino de los valores", descubriendo una nueva esfera de objetos —la esfera axiológica— fundamento de varias disciplinas del conocimiento, entre las que se encuentra el Derecho. Este planteamiento integral de los valores ha dado universalidad a su estudio y ha permitido aprehender con mayor rigor un nuevo sector de la realidad. Dentro de la línea axiológica merecen citarse Lotze, Meinong, Ehrenfels, Hartmann y sobre todo el fenomenólogo Max Scheler.

El primer problema que suscita el estudio de los valores es el que atañe a su naturaleza: ¿Son los valores objetivos o subjetivos?, ¿Son fruto de la mente y del deseo humano o constituyen una instancia propia? Tal disyuntiva entre objetivismo y subjetivismo de valor, constituyó el eje de la polémica entre las dos tendencias de la filosofía contemporánea. Un examen crítico del problema da la razón al objetivismo axiológico. En efecto, una cosa es valiosa no porque suscite un sentimiento de adhesión en nuestra estimativa sino porque tiene en sí misma la susceptibilidad para ser valorada. Los valores se descubren, no se proyectan. Como dice Ortega y Gasset: "lo emocional tiene normas trascendentales" (7). Esto permite fundar los actos axiológicos en criterios de validez. De lo contrario,

(5) Vid. Radbruch, op. cit. pp. 31-35, y Casares, op. cit. p. 55 y 57.

(6) Petrazycki, *Law and Morality*, p. 241.

(7) Vid. Ortega, *Introducción a una estimativa; Discrepamos radicalmente de Kelsen cuando dice que "el valor es la función de un interés... de una actitud activo-motora"*.

caeríamos en un relativismo subjetivista que no tendría razones para pretenderse normativo. Este relativismo es el que ha inspirado al positivismo sociológico del derecho, que se confiesa inhábil para justificarlo.

Max Scheler ha efectuado interesantes y agudos estudios sobre el carácter esencial de los valores. Distingue este autor los valores de los bienes y de los fines, afirmando el carácter a priori de los primeros. Los valores no se abstraen y, consecuentemente, no se fundan en las cosas. Por eso dice Scheler que "El empirismo yerra... porque el ser de los valores no puede nunca deducirse de forma alguna del ser real —sea esta forma las acciones, los juicios o las vivencias del deber— y porque sus cualidades y conexiones son independientes de ese ser real" (8).

Existe pues un reino de valores, susceptible de ser aprehendido por la intuición emocional, según el autor de la "Ética". Este reino "material" y apriórico es, por así decirlo, puramente esencial. En el mundo en que vivimos no topamos con los valores mismos sino con acciones o cosas valiosas. A tales objetivos participantes de la idea de valor los llama Scheler los bienes. Pero el valor puede darse sin que "nos estén dados aún los depositarios de ese valor" (9). Así, por ejemplo, podemos captar el valor justicia aunque vivamos en orden jurídico injusto. Los valores se fundan en sí mismos. Las cosas y los bienes son valiosos no en cuanto cosas sino en cuanto a participantes de valor. Los valores son trascendentes; no son afectados por lo que sucede en la vida. Tampoco se fundan en el hecho de ser objetivos o móviles para la acción. La finalidad es distinta del valor y el que algo se persigue de hecho es que muchas veces nos proponemos fines contrarios a los valores que captamos. Comprendemos así que el valor no se capta a base de inducción ni se constituye en función del mecanismo subjetivo de la voluntad. Llegamos a los valores de manera distinta que a las cosas reales y que a los objetos ideales o reino de las significaciones. La aprehensión de los valores se opera de modo inmediato en la intuición emocional (diversa de la sensibilidad) que es de carácter rigurosamente lógico ya que la lógica no se refiere sólo al pensamiento. Nos dice Scheler: "Los axiomas que se refieren a los valores son independientes por completo de los axiomas lógicos y no representan meras "aplicaciones" de estos últimos a los valores. Al lado de la lógica pura hay una teoría pura del valor" (10).

Empero, la intuición emocional no sólo capta la presencia de un valor aislado sino un orden o jerarquía de valores, a través de lo que Scheler llama, en "Esencia y formas de la simpatía", actos de preferencia o repugnancia emocional. Estos actos no revelan la estructura jerárquica de la esfera de valor que no es puesta sino descubierta en el preferir (11). Los criterios establecidos para determinar el lugar de los distintos valores son para Scheler cinco principales: **Persistencia** (los valores inferiores son fuga-

(8) Scheler, M. *Ética*. t. I p. 80.

(9) *Ibidem*. p. 45.

(10) *Ibidem*. p. 102.

(11) El preferir puede darse sólo intuitivamente o acompañado de la reflexión.

En este segundo caso es que se dan los criterios de jerarquía de valor.

ces, los superiores, eternos); Divisibilidad (los valores superiores pueden ser participados por muchos sin fraccionar a sus depositarios); **Fundamentación** (los valores superiores se apoyan en sí mismos y respaldan a los inferiores: la justicia respalda y justifica al orden jurídico); y **Relatividad** (o relación respecto a los valores absolutos, que hace del valor más alto el menos relativo) (12). Ahora bien, los valores se dan en los objetos reales, en las cosas y en las acciones. Pertenecen a un mundo concreto en el que se hallan encarnados. En la relación con los tipos de realidad podemos clasificar los valores. En el nivel más bajo se encuentran los valores sensibles, que oscilan entre "lo agradable" y "lo desagradable". Les anteceden los valores vitales (valores de bienestar) y el reino de los valores espirituales dentro de cuya esfera se insertan: a) los valores estéticos, b) los jurídicos y de orden social, c) los cognoscitivos puros y d) los valores religiosos.

Esta clasificación, que sigue lineamientos de Scheler, nos conduce a analizar un problema fundamental para la Axiología. El referente a la relación entre el valor y el ser. Scheler sostiene la independencia de los valores respecto al reino ontológico, basándose en la idea de que el valor no puede estar sometido a la relatividad de lo empírico ni a las mutaciones de las concepciones del mundo. Si esto sucediera, el valor no sería fundante de la esfera de los bienes sino que sería fruto de la inducción que las diferentes épocas ejercen a base de su **Status quo**. Frente a este razonamiento podemos decir que el carácter absoluto del valor no implica su desvinculación absoluta del orden ontológico. Implica, y en esto Scheler tiene razón, negar el sentido empírico del valor. Pero lo que es innegable es la correlatividad existente entre el valor y el tipo de ser. Podemos decir más: para nosotros el valor es un momento del ser: su cumplimiento absoluto. No podemos aceptar cualquier objeto ontológico, como depositario de cualquier valor. Así Dios no puede ser depositario de los valores sensibles ni los objetos físicos pueden resistir a los valores cognoscitivos puros. De otro lado, es difícil mantener la creencia en la objetividad de una esfera axiológica negándole existencia —real o posible— a su depositario. De lo que se colige la íntima trabazón existente entrambos. Como dice Tomás Casares: "La perfección es un adelantamiento en el proceso de asunción de la materia por su forma propia. Es, pues, un proceso intrínseco al ser o realidad de cuya perfección se trata. Ser perfecta una determinada realidad es ser plena y acabadamente lo que la constituye en su especie" (13). Más aún, la determinación ejerce la esfera del ser sobre la del valer, pues los valores son dimensión de plenitud de un tipo de realidad, lo que completa una naturaleza, para usar una expresión aristotélica. De aquí que el criterio básico de determinación de los valores sea el de plenitud ontológica. Así, para quien existe Dios, el valor superior es el religioso y la meta que debe alcanzar el hombre es el valor de santidad, perspectiva que no tendría sentido para quien negara la posibilidad del Ser Trascendente. Y en el orden de lo humano, quien conciba al

(12) Vid. Scheler. *Ética*. T. I. p. 129-144.

(13) Casares, Tomás. *op. cit.* p. 17 (El subrayado es mío).

hombre como ser puramente material e instintivo, no puede mantener paralelamente la convicción de que el valor más alto es el cognoscitivo puro o la esfera de lo espiritual. De lo que se infiere que la concepción del valor está supeditada a la concepción del ser, si admite que los valores, aunque no reciben su contenido por ser objetivos de tendencia, son realizables y no meros arquetipos que se agoten al posible acceso que a ellos tengamos en un ocasional momento de lucidez apriótica. Esto no da razón a los partidarios del subjetismo axiológico, ya que es posible descubrir, objetivamente, las dimensiones fundamentales del ser y del ente humano. Podrán variar las concepciones pero esto no significa afirmar que no exista una auténtica índole ontológica, trascendente a las ponderaciones de la *weltanschauung*. El propio Scheler, con su interesante teoría acerca de la **persona**, rubrica implícitamente estas aseveraciones, pues la persona es el valor superior; su esencia determina la naturaleza de su deber, con lo que parece suscribirse la frase de la escolástica: "la operación sigue al ser".

Para juzgar los productos de la cultura, en cuanto éstos pueden ser condicionantes de la acción humana, hemos de remitirnos a la realidad que posibilitan. En el caso del derecho, la pauta determinante es la persona humana. De las exigencias fundamentales de la persona dependerá la inordinación de los valores en una sociedad y la ubicación de ellos en relación a otros valores **sociales**

La filosofía cristiana afirma el valor de la persona humana como el más alto de los valores creados. Este valor deriva de que la persona es una entidad espiritual por constitución ontológica. Es un espíritu encarnado cuyo centro de vida es su propia intimidad, anterior a su calidad de **miembro** de un Estado o de una comunidad de vida. La persona es el valor superior por ser el centro de actualización de los valores del espíritu. Como dice Hartmann: "para que el deber ser de los valores, dimanante de una dimensión ideal, se convierta en factor real actuante y se haga sentir en la esfera, en el mundo del ser real, para que se inserte en el acontecer ciego del mundo, tiene que haber en realidad, un punto de relación por donde puede penetrar el deber ser; tiene que haber un punto de arranque, una palanca de Arquímedes, desde el cual y gracias al cual le sea dado a un poder ideal, mover el mundo de la realidad, convirtiéndose él mismo en factor real; tiene que existir un algo que situado en el mundo real, encajado en éste como uno de sus miembros, dependiente de sus condiciones y participantes de sus cualidades, sea al mismo tiempo soporte y agente de los valores ideales... El hombre es algo real, participante de las leyes de la realidad; pero al mismo tiempo es distinto de todos los demás seres reales, pues tiene una conexión metafísica con el reino de los valores, está en comunicación con su idealidad" (14). Pero la persona no es valiosa simplemente como receptáculo de otros valores espirituales. Es en sí valiosa, en cuanto capacidad e intencionalidad espiritual. El valor de la persona es pues un valor de **subjetividad**, de espíritu subjetivo, de centro espiritual. La persona vale por **sí misma** y no sólo por los bienes de cultura o por los valores morales que realice. De aquí se deriva una conse-

(14) Del Vecchio y Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*. t. I. p. 358.

cuencia fundamental: que los valores que ante todo deben ser resguardados son los que atañen al núcleo del ser personal. Este es el punto de referencia para la ponderación de otros valores, muy particularmente el valor de justicia que es un valor **relacional**.

La justicia es un valor meta-jurídico pero es al mismo tiempo el condicionante fundamental de lo jurídico. El derecho puede existir como realidad, como **factum** normativo sin que lo informe la justicia, como puro orden externo e inmanente; pero entonces se frustra el equilibrio de la ecuación entre el hecho y finalidad, se frustra lo que Recasens ha llamado la vocación fundamental de los valores: el ser realizados; la **vigencia** se aparta de la norma y "la realidad sin dejar de ser la realidad que sea parece como no justificada" (15) Por ello el preeminente interés jurídico por precisar la noción del valor justicia.

El valor justicia es un valor **relacional**. Tiene como nota constitutiva la alteridad, la referencia entre dos términos; no es una cualidad subyacente sino vinculatoria. Supone la idea de equilibrio, de ecuación realizada a un fin, cuando se da lo que se debe. De aquí que tiene un término en que se apoya, la idea del fin o teleológica. Este fin, a su vez debe estar respaldado en un valor. Dice Radbruch que "la idea de justicia es una idea formal" (16). Supone, como diría Platón, **adecuación** entre lo uno y lo otro, "trato igual entre los iguales" para lo que se requiere dar a cada cual lo que le es debido. Sostiene el estagirita: "Consistiendo la justicia en lo justo, en lo igual y en un cierto medio, lo justo sólo puede ser lo justo entre ciertos seres, lo igual sólo puede ser lo igual para ciertas cosas y el medio sólo puede ser el medio también entre ciertas cosas" (17). Ahora bien, ¿cuáles son estos seres entre los que debe darse la igualdad? ¿qué debe dárseles? La ecuación generadora de la justicia no es fatal, requiere agentes espirituales; por lo tanto, la justicia sólo se da en las relaciones entre personas. Las realizaciones que exige este valor en el campo de los contactos humanos se orientan a mantener la posibilidad de permanencia y plenitud de la persona humana. Esta es la ecuación de justicia fundamental. Presente tal ecuación en una sociedad o en una relación intersubjetiva, podemos decir que tal sociedad o que tal relación intersubjetiva participan de la justicia. Por ello Du Pasquier habla de la justicia como "respeto a la persona ajena".

Esto no significa negar a la justicia su contenido trascendente respecto a sus realizaciones históricas. La justicia mantiene su entidad de ser ideal y como tal es el criterio de estimativa para sus participaciones reales. Si no existiera una noción ideal de justicia no podríamos decir lo que es justo. Tampoco significaría afirmar que la justicia sólo puede darse en el interior de una estructura de derecho. Es posible fuera de dicho orden, ya que el imperativo de justicia es una obligación moral y puede desarrollarse como cualquier virtud, sin la presión de lo coercible, sin que exista el estado garante e imperativo. Basta la percatación interior y la voluntad

(15) Vid. Recasens Siches. *Vida Humana, sociedad y derecho*. (Vid *infra*).

(16) Radbruch. *Introd.* p. 33.

(17) Aristoteles. *La gran moral*. p. 60.

de realización para que se dé el cumplimiento de la exigencia ideal que es la justicia. Pero la efectuación de los valores puede hacerse por varios caminos. No es el único, aunque sí el básico, la iniciativa libre de la conciencia individual. En una sociedad, organizada jurídicamente, el derecho no puede gobernar el interior de las conciencias ni facturar a las personas que la componen. El ordenamiento jurídico debe, sin embargo, apoyarse en ciertos valores, que al actualizarse como bienes, revisten forma *sui generis*. Entonces cabe el bien justicia dentro del derecho; se le requiere como condición primaria. Dice Recasens Siches: "El derecho a fuer de forma de vida colectiva, no trabaja con las realidades auténticas de los hombres —que son individualidades irreductibles— sino tan sólo con algunas formas genéricas de los mismos (ciudadanos, funcionarios, particulares...), (18). El estado y la normativa jurídica son justos, no si hacen al hombre sino si le permiten hacerse, si logran las condiciones propicias para el bien común de una sociedad. Los valores jurídicos —genéricos— están al servicio de otros superiores: los personales, que constituyen su razón de ser; "no es el agente de la realización de los valores morales, sino la condición para que cada individuo pueda realizarlos libremente por su propia cuenta. Y así el derecho lo que debe hacer es garantizar la libertad de cada individuo para que pueda ser cada cual quien es" (19). De aquí que la primera exigencia de justicia sea la igualdad en los derechos y en los deberes. La justicia se orienta al bien común de las personas humanas que constituye su finalidad, dentro de un orden formal por imposición o determinismo de la realidad social que debe informar (20). Admitir ideales de justicia diversos motivados por las distintas concepciones de la vida —dentro de una concepción personalista espiritual— no implica negar la justicia ideal y la permanencia de sus criterios rectores; supone simplemente aceptar la posibilidad de perspectivas varias en la percepción de un conjunto de valores permanentes. Ahora bien, el valor de la justicia cobra vigencia en los sistemas positivos de derecho. Cuando las normas positivas se adecúan a las exigencias de la justicia ideal y realizan el objeto de la misma, esto es, garantizan los derechos básicos de la comunidad de personas, hablamos de un orden positivo justo. Se trata aquí de la justicia en su acepción positiva. Justicia en **sentido estricto**, la llama Radbruch. Más propio sería calificarla de **justicia existencial**. Se presenta cuando el derecho cumple su fin, cuando garantiza las exigencias intrínsecas de la persona en convivencia.

Admitir un derecho justo supone, **contrario sensu**, que pueda darse derecho injusto. Este problema ha originado polémica en la filosofía jurídica. Hay quienes como Stammler, partiendo de que la justicia es "la inalcanzable estrella polar", asienten en la posibilidad de que un orden jurídico positivo injusto pueda mantener su ser de derecho. Otros —y este es el pensamiento más generalizado— aseveran que el derecho para ser

(18) Recasens Siches. *Vida humana, sociedad y derecho*. p. 527.

(19) *Ibid.*

(20) El problema de las relaciones en justicia, bien común y el relativismo de la idea de finalidad, los analizaremos en capítulo aparte.

tal debe ser justo, que hablar de derecho injusto es una contradictio in adfecto. Partiendo de la premisa de que la justicia es la forma propia del derecho, lo que lo hace ser, no puede concebirse derecho injusto. Como dice Casares: "Si el derecho puede ser tal, es decir, tener esencia de derecho, estar formalmente en su especie sin ser justo, hacerse justo no sería para él progresar o perfeccionarse sino ser otra cosa; pasar a ser una realidad distinta al recibir una formalidad nueva, cual sería la formalidad de la justicia que antes no tenía" (21). Es evidente la fuerza dialéctica del argumento antescitado. Si el derecho es un hecho conectado u orientado a un valor, éste no puede serle totalmente extrínseco y mantenerse ausente, permaneciendo el derecho en un ser. Pero a pesar de su fuerza, no es inconcuso. Como veremos más adelante, el valor de justicia no es, en primer lugar, el único valor al que sirve el derecho, aunque sea el fundamental. En segundo lugar, y consecuentemente, el derecho no sólo resguarda la justicia sino responde a otros objetivos como el orden, la certeza, la seguridad (Vid infra). Pero lo que sí es cierto es que el derecho injusto pierde su ser deontológico para enquistarse en mero hecho normativo. Podría justificarse, en ciertas circunstancias por criterios fácticos, o por evitar males mayores, o por ser lo único realizable; se trata, empero, de un derecho que ha perdido su brújula orientadora, que se mantiene a costa del desquicio de la jerarquía de sus valores fundantes.

El derecho no es la ley. Admitir esto sería negar los fundamentos de razón. La ley es sólo justificable en cuanto se orienta a la justicia y la garantiza, en cuanto se apropia de este valor y rige bajo su inspiración a la sociedad. Lo dice Renard: "La ley no es más que un instrumento al servicio del derecho, subordinado al derecho (natural), lo mismo que el contrato, lo mismo que el fallo judicial, si bien representa el instrumento privilegiado" (22).

Vemos pues que la justicia de un orden positivo dado es reflejada principalmente por el sistema legal. No se trata de que la ley realice la justicia, sino de que la condición de posibilidad primaria: fija los límites al arbitrio judicial, señala las figuras contractuales, configura la misión de las instituciones públicas y privadas, fija los requisitos de la vigencia de las mismas; en una palabra, organiza la sociedad como Estado. La ley es el instrumento regulador de una colectividad histórica con miras a la realización de la justicia. No es sólo la forma ideal sino que reúne, en forma confluyente, el pensamiento y la voluntad" porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio" (23). De aquí que el sistema legal positivo sea el índice más autorizado para expresar la modalidad de realización histórica de los valores jurídicos, ya que, como señalaba Crisipo, es "para aquellos que son llamados por la naturaleza a la vida civil, preceptora de lo que se debe hacer" (24). Su fundamento existencial es el asentimiento de los súbditos de un Estado (ya sea implícito o explícito) pero

(21) Casares. op. cit. p. 17.

(22) Renard. op. cit. t. I. p. 25.

(23) Del Vacchio. Filosofía del Derecho. t. I. p. 251.

(24) Cit. p. Del Vacchio loc. cit.

una vez constituido el sistema legal o normativo, determina un modo de conducta que si es adecuado a la norma positiva da lugar al régimen de **juridicidad**.

Empero, el ordenamiento positivo no es indiferenciado y unidimensional. Posee carácter jerárquico y, por lo tanto un orden de subordinación. Es un todo unitario y conexo. Claro está: el fundamento último de valor de la ley se encuentra —como hemos visto— fuera del derecho en el orden axiológico cuyo punto de referencia es el valor de la persona humana, su derecho a ser respetada en su fuero íntimo y posibilitada en su realización integral. Esta exigencia constitutiva ha sido llamada por los moralistas clásicos, **derecho natural**, que se traduce en la **ley natural**, *sindéresis* de lo jurídico y de la esfera ética. Tiene la ley natural un fundamento ontológico, pues, como sostiene Maritain: existe "en virtud de la propia naturaleza humana un orden, una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita, o el derecho natural, no es otra cosa que esto" (25). La ley natural o imperativo de justicia se hace presente en la Historia, a través de normas comunes de civilización, dentro de determinadas condiciones fácticas. Esto es lo que se ha dado en llamar el "ius gentium", manifiesto en lo que Ortega y Gasset llamaría las creencias comunes de civilización.

El derecho positivo —estatal— se configura dentro de este marco. Sus lineamientos generales se encuentran en la norma constitucional. Pero la constitución tiene que tener una razón justificante. No podemos decir que la constitución vigente se basa en otra conforme a la cual se ha instituido, sin incurrir en una regresión *ad-infinitum*.

Para salvar este escollo, Kelsen recurre a la tesis de la voluntad del **legislador originario**, como fundamento supremo del Derecho. Dada la importancia y la cohesión lógica de la doctrina kelseniana, se impone analizarla detenidamente y delimitar sus alcances.

Es preciso señalar, en primer lugar, que Hans Kelsen comprende la necesidad que tiene el derecho del "debe ser". Por ello se aparta del positivismo y del sociologismo que prescinden del factor axiológico del derecho, reduciéndolo así a simple *factum*. Sostiene que "el fenómeno del derecho no puede ser adecuadamente descrito sin la categoría del deber ser" (26). Esta afirmación de Kelsen nos advierte sobre su deseo de superar el positivismo que basa la norma jurídica en un acto psicológico de voluntad. Nos dice: "El jurista que quiere establecer la "existencia de una norma jurídica" de ningún modo trata probar la existencia de un fenómeno psicológico" (27) y agrega: "Es por esta razón que la terminología jurídica se refiere a la "existencia" de normas jurídicas con un término que es inaplicable a la existencia del acto que las crea. El jurista expresa que una norma "existe" diciendo que es válida. La "existencia de una norma es

(25) Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. p. 71.

(26) Kelsen, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. p. 248.

(27) *Ibid.* p. 246.

su validez. Es a esa validez a lo que el concepto "debe ser" se refiere" (28). Ni la fuerza de la costumbre (en el derecho consuetudinario) ni la voluntad de los legisladores (en el derecho escrito) legitiman o confieren carácter jurídico a una norma: "Un hecho natural, y en particular un acto de voluntad puede ser considerado como una causa de la existencia de una norma sólo si otra norma (más alta) así lo estipula... Es esta norma la que aparece como fundamento de validez de todas las normas de validez" (29).

• El autor antecitado advierte con lucidez el ser de lo jurídico, su carácter **normativo**, su distancia del mundo natural. En efecto, el derecho no es un *factum* y toda norma es fundamentalmente heterónoma, recibe la validez del depositario superior en que se apoya. De este modo, se logra el **derecho como sistema**, la arquitectura jurídica, la jerarquía normativa, cuya nota esencial es el carácter valioso o no valioso; jurídico o antijurídico que brinda a los actos que se realizan bajo su imperio. Claro está que el **valor jurídico** es distinto del **valor justicia**; no tiene relación con él. Su campo es estrictamente lógico; su punto de referencia es el orden positivo. Una conducta es ilícita, si la contradice. El juicio de valor jurídico se cifra en la **existencia** de la norma. El derecho positivo tiene un patrón de valor muy distante a los que animan al derecho natural, a la esfera de la **justicia**. Este patrón de valor es immanente, dado, verificable objetivamente en el orden positivo. Lo dice explícitamente Kelsen: "la teoría pura del derecho... al despojar al deber ser del derecho positivo de su carácter axiológico-metafísico-absoluto (reduciéndolo a expresión de enlace de condición y consecuencia en la proposición jurídica), ha franqueado el camino a ese punto de vista del que resulta la evidencia del carácter ideológico del derecho (30).

El esquema es fundamentalmente lógico, una reflexión positiva sobre el derecho, ciencia del espíritu que está cerrada en sí misma y a la cual la inquisición por la justicia y su sentido le es totalmente ajena. Y ello porque la justicia, que no es otra cosa que el anhelo de felicidad que tienen los hombres, es imposible de ser determinada racionalmente. La justicia es anhelo absoluto e irracional; sus fórmulas —entre las que incluye la **sindéresis**— son totalmente vacías, extralógicas, inasibles por tanto por el concepto o la categoría científica. "La justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea el querer y el obrar del hombre no es accesible al conocimiento. A éste sólo se le da el derecho positivo, o más correctamente: sólo el derecho positivo se le plantea como problema" (31). La idea de justicia es pues la racionalización (32) de los deseos o impulsos subjetivos. Es fundamentalmente relativa. Depende de la concepción de la vida, de las certidumbres últimas del sujeto, de su escala de valores. Si la justicia es simplemente un mecanismo de defensa, es lógico que no sea lícito fun-

(28) Ibid. p. 246.

(29) Ibid. p. 251.

(30) Kelsen. La teoría pura del derecho. p. 64 y s. Por carácter ideológico del derecho entiende el autor la teoría pura que quiere el sentido immanente del derecho

(31) Ibid. p. 41 y s.

(32) Uso este término en el sentido que le da la psicología profunda.

damentar en ella el derecho: "Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de esos dos órdenes sea "justo" es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional" (33).

Luego, el único criterio de valorización jurídica es la propia norma, Kelsen establece una jerarquía en cuya cima se encuentra la **norma fundamental**, soporte de todo el ordenamiento positivo. A la pregunta sobre qué funda la unidad de los preceptos jurídicos, el eminente jurista responde, luego de apoyar las diversas escalas de normas en los preceptos inmediatos superiores, hasta llegar a la constitución, recurriendo a la hipótesis: "He aquí, dice, el supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico basado en esta constitución: que ha de valer como norma aquello que el primer constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya. "Debe realizarse la coacción bajo todas las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias que en él hace delegación" (34). La norma fundamental, no instituida sino **supuesta**, libra al derecho, según Kelsen, de ser un simple factum: "Con la teoría de la norma fundamental la teoría pura del derecho sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones **lógico-trascendentales** del método del conocimiento positivo del derecho que se practica desde tiempo inmemorial" (35). La **ursprungnorm** es la instancia última del derecho que no admite apelación ni reducción al sistema ético. Es un imperativo netamente jurídico, puro, incontaminado.

La teoría de Kelsen, como puede apreciarse, representa una superación de los positivismos; implica el reconocimiento del carácter normativo de lo jurídico. De otro lado, su método es del más depurado sentido lógico. Sus desarrollos positivos constituyen aporte fundamental a la ciencia del derecho. Pero al lado de estos méritos encontramos un innegable vacío en el sistema kelseniano: la imposibilidad de **fundar**, de dar una justificación adecuada al orden jurídico. La laguna de **todo** positivismo se mantiene, de este modo, en la teoría pura del derecho. Al buscar Kelsen una base al orden positivo, recurre al supuesto o hipótesis del primer legislador o del legislador originario. Hipótesis ésta inverificable, puramente lógica elaborada con el objeto de evitar la regresión ad-infinitum en el sistema normativo. No ha reparado el ilustre jurista en la diferencia que media entre el orden de ser y el deber ser. A pesar de su crítica a las doctrinas que intentan deducir lo normativo de lo empírico, él incurre en análogo dislate; pretende derivar el deber ser de una forma lógica pura. Con ello imposibilita a su sistema de constituir una ontología jurídica; se queda en el escueto orden epistemológico, descuidando la intención de valor propia de la norma, su arraigo en la justicia. De este modo, Kelsen no responde a:

(33) Kelsen, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado. p. 15.

(34) Kelsen. La teoría pura del derecho. p. 98.

(35) Ibid. p. 99 y s.

la pregunta de nuestra tesis: ¿en qué funda el derecho positivo? La razón que arguye para desconectar la esfera de la justicia y la del derecho es que la disciplina jurídica debe ser racional. Y no lo podrá ser si se apoya en objeto puramente afectivo y subjetivo como es la justicia, valor éste que muda con los individuos y que carece de contenido determinable. Tal aserción refleja una mala teoría axiológica y la confusión entre la naturaleza de un objeto y el proceso psicológico para acceder racionalmente a él; dificultad que, por cierto, no negamos.

Convengo con Kelsen sobre la generalidad de la formulación del valor justicia; empero, discrepo de él cuando estima que "contenido general" es sinónimo de "contenido vacío". De otro lado, existe un criterio fundamental para determinar, en el orden humano y social, los contenidos de la justicia. Este criterio es la persona humana, cuyas exigencias son susceptibles de ser descubiertas por la razón. Kelsen ha suprimido de su sistema la noción antropológica de persona humana, reduciéndola a la "expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas" (36). La persona ha perdido aquí su dimensión propia. De esta manera, la realidad derecho queda suplantada por un conjunto de formas puras, de categorías que no conducen a la comprensión de la tensión efectiva y actuante que es el derecho. La separación entre los tipos de valor, la inmanentización de lo jurídico, desligan a la conciencia del hombre de la obligación jurídica, quita al derecho su participación en la justicia y descalifica el aspecto teleológico que, al mismo tiempo que informa el orden positivo, los trasciende. Como dice Delos: "el derecho positivo persigue fines objetivos que le son exteriores y trascendentes... pero, rasgo esencial, esos fines son al mismo tiempo inmanentes a la realidad jurídica. Inmanencia o interioridad de una parte, transcendencia de otra parte, he ahí lo que explica que los fines del derecho sean un elemento constitutivo de la realidad jurídica sin dejar de ser por ello un punto de dirección, un elemento de cambio y de perpetua regeneración" (37). Por ello, y a pesar de los argumentos de Kelsen, la filosofía del derecho sigue teniendo por meta el análisis de la idea de justicia y de sus relaciones con las formas históricas en las cuales se encarna. Como sostienen los hermanos Mazeaud: "el hombre tiene sed de justicia. Si le es difícil comprender la necesidad de poner un freno a su deseo de libertad imponiéndose una regla, al menos quiere que esa regla sea justa. Entiende que la regla de derecho satisface no solamente su necesidad de seguridad sino al mismo tiempo su necesidad de justicia" (38). La licitud del imperativo jurídico arraiga en la conciencia individual; no se trata simplemente de una adecuación procesal sino de algo anterior y condicionante que genera la obligación, la religación entre el orden jurídico y la conciencia de los miembros de la sociedad. No cabe pues divorcio entre lo justo y lo jurídico. La justicia es la idea directriz del derecho; éste no es sino un medio orientado a encarnarla en el orden histórico.

(36) Kelsen. La teoría pura del derecho. p. 83.

(37) Le Fur. y otros. Los fines del derecho. p. 54. y s.

(38) Mazeaud. Leçons de droit civil. t. I. p. 15.

Contra la función determinante de la idea de justicia como valor objetivo, se ha esgrimido, a menudo, el aumento de los constantes cambios del ideal de justicia. Las mutaciones en la concepción de la justicia han dado pie a la instauración del relativismo o del historicismo, escépticos integrales en lo que atañe a la verdad de la justicia. Es innegable, en efecto, que las distintas épocas, que las distintas culturas y aún las diversas ideologías exhiben varios ideales de justicia, que muchas veces resultan antinómicos y contradictorios. De tal constatación, empero, no se deriva la idea en que se apoya el relativismo: la imposibilidad de llegar a la verdad de la justicia y, consecuentemente, de jerarquizar las ideologías sobre lo justo. Lo que se constata es la dificultad de aprehensión de los valores superiores, la limitación del sujeto cognoscente. Y de otro lado, estos cambios hacen patente un enriquecimiento progresivo del derecho positivo si concebimos la idea de justicia en relación a la noción de persona. El esfuerzo continuo de lucha por la justicia revela precisamente su existencia aunque manifiesta también la dificultad de apresar integralmente su contenido. Es necesario aclarar, además, que los diversos perfiles del valor justicia van emergiendo a medida que nacen nuevas realidades que piden ser reguladas. Esto determina diversas perspectivas o participaciones históricas del valor absoluto que siempre trasciende a sus encarnaciones en el nivel inmanente de lo humano, al cual pertenece el orden jurídico. Como dice Víctor Andrés Belaúnde: "la justicia es una síntesis viviente de un principio trascendente y eterno que se encarna en la realidad cambiante de la vida humana. Podría decirse que la justicia tiene una forma y una materia: una forma de valor eterno, y una materia variable. La eternidad de la forma no puede llevarnos a la inmutabilidad de su aplicación siendo las circunstancias de esa aplicación mudables. Y es igualmente ilógico pensar que las variaciones en la objetividad social eliminan y descartan absolutamente la luz eterna de los principios que guían la conciencia" (39). El dinamismo de la justicia, la pluralidad de **bienes** (40) y de fines de que este valor se encarna son pruebas elocuentes de la objetividad y de la riqueza de este valor, al cual hay que darle el sentido **analógico** que Aristóteles y los maestros de la Escolástica han conferido al ser.

La concepción que se tenga de la justicia está ligada a la persona humana. Hoy se debaten en el mundo dos tesis acerca de la justicia: la **individualista-liberal** que sólo toma los derechos subjetivos del individuo a los cuales absolutiza; en el polo opuesto tenemos la concepción **socialista que únicamente** considera el interés social, llegando a negar los derechos individuales. Ambas concepciones son unilaterales y se desconectan del plano ideológico. El individualismo sólo considera la relación conmutativa; no comprende la necesidad de relacionar el **hecho social** con el valor justicia. El socialismo considera el bien común como un hecho empírico, como un resultado; no posee un planteamiento axiológico previo del cual se desprenda como consecuencia real, la noción del bien común.

Ni el individualismo ni el socialismo refieren el orden social y las

(39) Belaúnde, Víctor Andrés. Palabras de fe. p. 202.

(40) Uso bienes en el sentido de Max Scheler. (vid. supra).

relaciones sobre los hombres a un valor absoluto ni toman en cuenta el término relacional de ese valor: la persona humana, ser social.

La concepción cristiana de la justicia logra el equilibrio por la unión que establece entre justicia y bien común. En función de estos fines se justifica la autoridad, el régimen estatal, la seguridad jurídica.

La idea de equilibrio que tipifica a la noción ideal de justicia encuentra su reflejo en el equilibrio que se busca en el orden social; la armonía entre persona y sociedad.

Los análisis efectuados en contorno a la noción de justicia nos revelan nítidamente el carácter de idea *directriz*, de valor fundamental del orden jurídico. Sin ella el derecho pierde su ser. Pues esta esfera ontológica tiene, por así decirlo, un ser *deontológico*; o, en otras palabras, su ser estriba en el valor. Y tales análisis nos han revelado también la profunda concatenación entre justicia y persona. Nos queda preguntar: ¿cuál es el objeto del derecho: la justicia o la persona? La tradición escolástica que plantea la justicia como virtud —y no como valor o relación objetiva— valiosa— sostiene que la justicia es simplemente la *adecuación* de la conducta a la ley; que el derecho no puede tener por fin la justicia; admitir eso supone o que la justicia es extrínseca al derecho o que se confunde con él. En el primer caso tendríamos la posibilidad de un derecho injusto, sin fundamento, lo que es imposible. En el segundo caso la identificación elimina el problema y la justicia se limita a ser "la virtud relativa al ejercicio del derecho o conducta jurídica" (41). Opina Casares que derecho y justicia se identifican, ya que la justicia es el principio formal e inmanente al derecho: "la justicia no es la última instancia sino el reconocimiento del derecho. Por eso según la fórmula tradicional el derecho es el objeto de la justicia, y no la justicia el objeto del derecho como suele decirse... El objeto del derecho es el bien común mediante el orden, en cuanto es ello requisito de la plenitud personal" (42). Pese al rigor de las razones, no comparto dicha opinión. Más acertada me parece la de Geny, Delos, y Le Fur que sostiene que la justicia es el fin del derecho. Los argumentos de los sustentadores de la primera posición no toman en cuenta a la justicia como valor objetivo; no consideran las nuevas aportaciones de la Axiología. De otro lado, la separación absoluta entre la trascendencia y la inmanencia del derecho sólo la encontramos en el idealismo jurídico. Pero si cabe una *distinción* entre ambos: la justicia no se identifica con el derecho, pues lo absoluto no puede ser absorbido y agotado en el orden relativo. De lo contrario, encontraríamos su plenitud en éste, lo que contradice la experiencia y la posición lógica. En el derecho *dado* hay participaciones, formas de justicia, pero la justicia en sí misma es inagotable. Por otra parte, el afirmar que el fin del derecho es la persona, no quita carácter teleológico al valor de justicia. Sólo significa lo que hemos señalado, que la justicia es un valor *relacional* y que son las exigencias de la persona humana los criterios de ponderación para determinar lo debido. El fin del derecho es la justicia porque consiste en dar lo debido. No en lo debido mismo sino

(41) Casares. La justicia y el derecho. vid. p. 13 y ss.

(42) Ibid. p. 20.

en la ecuación, en la igualdad, en el equilibrio. De este equilibrio nace, como resultado, el bien común. Pero el bien común no puede lograrse a base de la desarmonía de la injusticia. El bien común es el resultado que no puede seguir cualquier camino sino que debe ser proporcionado. Esta proporción es un fin, es "lo que se busca". Y lo que se busca constituye el fin de la acción. Claro está que la justicia humana tiene como determinante los fueros del hombre, las exigencias de la persona.

En conclusión: la justicia es el fin del derecho; el derecho es una aproximación a la justicia en la medida que posibilita la realización integral de las personas. O en otras palabras —y aunque sea difícil salir de un aparente "círculo vicioso"— el orden jurídico, el derecho positivo, aspira a la adecuación de sus preceptos —y de las acciones reales que genera— a las exigencias o a las demandas de la persona. El logro de esta adecuación, la consecución de la misma es la armonía. A esta armonía la llamamos justicia. Luego, es ella el fin, meta y guía del dinamismo jurídico. Se impone pues analizar las relaciones entre la justicia y el bien común, conceptos íntimamente ligados y que constituyen la estructura fundante del orden jurídico; dos intenciones que no se agotan en sí mismas sino que se insertan en el ser personal del hombre en comunidad.

CAPITULO II

RELACION ENTRE JUSTICIA Y BIEN COMUN

El problema del bien común queda planteado allí donde se discuten los fines del derecho. Antes de analizar las relaciones que esta noción guarda con la idea de justicia, es necesario precisar su concepto.

Radbruch (1) distingue varias acepciones —o más bien, diríamos concepciones— del bien común:

- a) Entendido como bien de la mayoría de personas.
- b) Concebido como bien de una totalidad supra-individual.
- c) Planteado como la realización de valores impersonales (de cultura, por ej.).

Estas acepciones del bien común responden a las distintas valorizaciones dadas a la persona humana en el derecho. El propio Radbruch, en su Filosofía del Derecho, califica a tales teorías de personalismo supra-individualismo y transpersonalismo culturalista, respectivamente.

Como hemos anunciado en el capítulo anterior, para nosotros el soporte fundamental del derecho es la persona humana individual, término de referencia del valor de justicia y calificante, por ende, de las relaciones justas. El mismo criterio es válido para el bien común. Si la sociedad tiene como fin la persona, que es trascendente al orden temporal, es la

(1) Vid. Le Fur y otros. op. cit. p. 94.

persona el supremo calificativo del bien común, del bien de la polis. Adoptamos pues la postura personalista. Como dice certeramente Recasens Siches: "Lo importante es que concibamos de modo correcto el sentido de esta expresión "bien común". El bien común no debe ser otra cosa que la suma armónica de los bienes individuales y de aquellas condiciones e instrumentos que hacen posible y facilitan el logro de los bienes individuales. Es monstruoso concebir el bien común como una entidad trascendente, más allá de los bienes humanos concretos —que son siempre bienes individuales o condiciones o medios para bienes individuales—; es monstruoso concebir el bien común como magnitud por encima del conjunto armónico de los individuos, como gloria estatal, como destino biológico, como providencia histórica. Es monstruoso imponer coercitivamente sacrificios a los individuos en nombre de esas magnitudes trascendentes o de cualesquiera otras transpersonales. Pero, en cambio, en nombre del bien común, entendido humanamente, es decir, entendido como la mayor cantidad posible de bienes de todos o del mayor número posible de individuos, es perfectamente lícito imponer los gravámenes necesarios a cada individuo con el fin de que los demás estén en condiciones parejas a él para conseguir los bienes propios a ellos" (2). La obligación de realizar el bien común se apoya, pues, en los fueros de la persona y tiene como resorte fundamental la naturaleza social del hombre en las relaciones inter-individuales y en las que median entre los individuos y el Estado.

Pero el bien común, como se puede desprender del largo juicio transcrito, no es antinómico al bien personal; al contrario, dentro de una concepción humanista, el derecho postula a la persona como su razón de ser y fundamento. No es claro está, la persona entendida como el individuo aislado del liberalismo, sino la persona en la totalidad de sus dimensiones, en el conjunto de sus relaciones. Se podría objetar que esto impone sacrificios al haber y al actuar de la persona. A esta objeción, de la que participa el jurista Radbruch, puede contestarse que el bien común sólo exige ciertas limitaciones extrínsecas, en los bienes, en el arbitrio individual del hombre o del conjunto de los hombres. Pero la razón de ello es un principio de solidaridad personal y mantiene como supuesto inquebrantable el respeto a aquello que la persona tiene de más genuino: "Hay un bien de la personalidad la persona misma— que no puede jamás ponerse en la categoría de medio para conseguir aún el máximo beneficio para el bien común. Y la persona está constituida por su interioridad, su razón y su conciencia, su libre albedrío y la ordenación a un bien trascendente que se expande y perfecciona en la vocación sobrenatural. Estos constitutivos de la persona se separan de la acepción común de bienes particulares pues forman la singularidad o individualidad que distingue a cada hombre y lo prolonga más allá del tiempo en el que la sociedad tiene su realización y su límite" (3). El bien común no requiere el sacrificio de la persona, ni su instrumentalización en favor de la colectividad o del Estado. Tal plan-

(2) Del Vecchio y Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*. t. I. p. 530.

(3) Mc Gregor, S. J., Felipe. *Persona Comunidad y Bien Común*. Primera Semana Social del Perú, Doc. Nº 2.

teamiento, propio de los **transpersonalismos** de los totalitarismos va en contra de la concepción humanista, de honda base personal, que debe tener el derecho. El bien común es bien para el hombre, así como la justicia es adecuación al fuero individual o del conjunto social de personas.

Ahora bien, es necesario no confundir la noción de bien común, de armonía en distribución de los bienes, con su fortuita consecuencia empírica; el bienestar. No debemos juzgar el concepto jurídico "bien común" en función de una mera constatación fáctica. Pues, puede darse el caso de que exista bienestar en un pueblo pero no armonía en la distribución. En tal caso no existe el bien común. Y a la inversa, podemos tropezar con un Estado pobremente dotado de bienes materiales en el cual exista proporción distributiva, en el que no se den desniveles. En este caso hipotético, en el sentido de que aquello de que se dispone es puesto al servicio de la comunidad; aunque no podríamos, basados en la mera constatación empírica del **modus vivendi**, hablar con propiedad de bienestar.

¿De dónde nace el bien común? ¿Cuál es su fundamento? A nuestro juicio el bien común se deriva de la justicia. El bien común es una **forma** de justicia; está sometido a ella. "Es ella la que quiere el bien común", el de todos y no el de una clase determinada; el bien común está pues sometido a los valores morales" (4). Hemos visto que el término de referencia del valor justicia es la persona —punto último de medición de las acciones justas en el mundo—; se busca dar a la persona lo **debido**, lo que por derecho personal le compete. Ahora bien, la complejidad de las relaciones sociales origina pluralidad de formas de justicia. En todas se busca conseguir un **bien**. El equilibrio no es una ecuación puramente formal sino consecuencia de una armonía en el orden del ser. Y esto es el bien, entendido como aquello que perfecciona al ser y a la acción. El bien común es una forma de bien, nace de la justicia, de la **adaequatio** en las relaciones comunitarias. Es fruto de la justicia social y de la justicia distributiva. Ya lo indicaba Santo Tomás de Aquino en la **Summa**: "Non iudex habet curam boni communis quod est iustitia" (5).

Podemos establecer la siguiente relación: la justicia es el proceso, el acto, el valor orientador. El bien común es el resultado de hecho, el producto de una sociedad organizada según justicia. Los criterios deontológicos, valorativos, y por lo tanto, orientadores de los actos, emanan de la justicia. No podemos pues divorciar ni separar el bien común de la justicia. Es este el criterio del orden: "Cada voluntad se pliega a fin de ver y sentir en sí misma un valor que trasciende el del interés particular —podríamos decir bien— con ocasión del cual surgiera" (6). No son "los fines de utilidad colectiva", como pensaba Duguit, los constitutivos del bien común. Su estructura teleológica es la idea misma de justicia. De aquí que podamos decir que bien común y justicia social son el anverso y el reverso de una misma moneda. La justicia social "exige de los particulares todo lo ne-

(4) Le Fur y otros. *op. cit.* p. 121.

(5) Tomás de Aquino. *Sum. Theol.* I 2ac 7. 96.

(6) López de Oñate. *La Certeza del Derecho.* p. 147.

cesario para constituir una sociedad, un orden concreto y estable" (7). La Justicia distributiva demanda a su vez la gerencia del bien común en beneficio colectivo. El cumplimiento recíproco de las obligaciones de gobernados y gobernantes obtiene como resultado el bien común. Al darse la justicia se generan las condiciones de posibilidad que conforman la noción del bien común. Claro está que el orden jurídico no puede realizar **por sí mismo** el bien común. Hemos señalado con Recasens Siches que "el derecho no es el agente de realización de los valores... sino la condición para que cada individuo pueda realizarlos libremente por su propia cuenta" (8). El bien común es un resultado que depende de la efectividad de la acción que como sujetos de actos realicen el Estado y los particulares. Su actualización nace del acto de voluntad. El derecho sólo puede establecer los cánones, los requisitos generales para enmarcar las acciones dentro de los criterios de justicia. De esta manera, un orden social justo y de posible cumplimiento asegura un **status** de bien común. Esta, si queremos, es una realidad social que se logra sólo por el derecho —condición básica, sin duda, pero no única— sino, fundamentalmente, en "la buena vida humana de la multitud" (9). Extravasa pues el marco de lo jurídico para constituir una noción fundamentalmente ético-sociológica.

Aquí conviene señalar la importancia que el factor sociológico tiene en el derecho. Las ecuaciones previstas por la ley deben ser de posible cumplimiento. La posibilidad se mide acercándose a la realidad actual (10), para lo que se requiere el concurso de la ciencia de lo realizable; la política.

El bien común es un resultado de la justicia. Media con ella, simplemente, una diferencia de planos; la justicia es un valor; el bien común, un logro empírico que se apoya en el valor de justicia. Esta da el principio normativo. La distinción la nota claramente el Profesor Mircia Djuvara: "Comprobamos así en la naturaleza psicológica o social, como simples hechos, lo que se llama el bien común,... Pero es imposible sacar de un hecho un ideal como la justicia. La justicia se realiza, en ocasión de los hechos sociales, en los cuales se incorpora con más o menos perfección, pero es imposible extraer de estos últimos, que simplemente son, lo que

(7) Le Fur y otros. op. cit. p. 76.

(8) Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad, Derecho*. p. 527. (El subrayado es mío).

(9) Maritain. *Los Derechos del Hombre*. p. 18.

(10) El aspecto social del derecho —la necesidad de su adaptación a las circunstancias, a las exigencias colectivas de la época— ha sido exagerada irrisoriamente por el sociologismo jurídico. Es indudable que el problema de la experiencia jurídica debe ser considerado por el legislador; es innegable que el derecho debe estar a la altura de los tiempos. Este aspecto lo consideramos incluido en el de la seguridad jurídica (Vid. Cap. III) que implica que todas las relaciones reales, nacidas históricamente, encaucen su actividad de acuerdo a derecho, que sean incorporadas a las normas jurídicas. La dimensión social del derecho cae en el aspecto fáctico del mismo, como una faceta de la seguridad jurídica. Pero lo que es inconcebible es pretender justificar el derecho a base del hecho social (Vid. Hall, Jerome. *Razón y Realidad e en el Derecho*. Cap. III).

Por otro lado, el cálculo de probabilidades o el análisis de los medios para lograr el bien común es asunto que compete a la Política y no a la Filosofía del Derecho.

debe ser" (11). La justicia es el fundamento axiológico del bien común; lo eleva incoado en cuanto exigencia o postulación.

La opinión sustentada acerca de la relación entre justicia y bien común se opone a la relación que entre estos conceptos establece el ilustre jurista alemán Gustav Radbruch. Dice éste: "la justicia es un fin del derecho que debe ser bien diferenciado del bien común, y que se encuentra aun en cierta contradicción con él. La justicia presupone la existencia de un conflicto, mientras que la idea de bien común lo niega... Así la justicia exige que la idea de bien común soporte ser puesta en balanza con los intereses justificados del individuo. contrariamente a la idea de bien común, ella tiene un carácter individualista-liberal" (12). Esta separación entre ambas categorías obedece a la concepción relativista que Radbruch tiene del fin del derecho. Sostiene al respecto: "este problema del fin, no puede responderse equívocamente, sino relativamente por el desarrollo sistemático de las diferentes concepciones del Derecho y del Estado, de las diferentes ideologías políticas" (13). De otro lado, Radbruch profesa la concepción formalista del valor justicia, "categoría vacía que puede llenarse con los más diversos contenidos" (14).

A los argumentos de Radbruch podemos oponer los siguientes reparos:

- a) Que la justicia no se deriva de un hecho negativo como es el conflicto; hablamos de justicia cuando hay proporción, equiparación en las situaciones, aunque éstas no se hayan desarticulado nunca.
- b) Que el bien común no excluye la consideración de los legítimos intereses de la persona individual. Esto sólo cabe dentro de una concepción transpersonalista, que nosotros no admitimos. Bien común no es sinónimo de colectivismo.
- c) Que Radbruch identifica impropiaamente justicia con individualismo. La justicia es un valor que se manifiesta en diversas formas de relación entre las que figura la relación societaria. El bien común es una consecuencia de la justicia.

No hay pues antinomia entre justicia y bien común. No nos referimos aquí a la justicia del derecho positivo. Puede darse un sistema jurídico que atente contra el bien común y que favorezca el privilegio. Aquí encontramos colisión no entre la justicia y el bien común sino entre el régimen injusto y el bienestar colectivo.

(11) Los fines del Derecho. p. 127.

(12) *Le Fur* y otros op. cit. p. 104.

(13) Radbruch. *Filosofía del Derecho*. p. 96.

(14) *Ibid.* p.

CAPITULO III

LA SEGURIDAD JURIDICA

Con el simple enunciado de que el valor justicia es de naturaleza meta jurídica y que sólo significa la estructura teleológica hacia la cual apunta el derecho positivo en busca de sustento, no explica cabalmente la índole del derecho en cuanto factum, no se justifica su necesidad. Para lograr tal objetivo debemos modificar nuestra perspectiva. O más bien: integrarla con otra de la realidad en la cual el derecho quiere realizar la justicia. Esta realidad es de índole social, contingente. Constituye un hecho y no una simple postulación ideal. Frente a lo social el derecho persigue instaurar un orden, estableciendo una organización que fije cauces a las acciones de los individuos y a las interrelaciones entre los grupos. Para ello no basta que el orden positivo proponga una serie de normas valiosas a la libre decisión de las personas. No es un puro imperativo individual, cuya actualización o cumplimiento quede a merced del arbitrio de los hombres. Si esto fuera, no existiría el derecho; simplemente tendríamos una moral social. Más, el imperativo jurídico a diferencia del moral significa, a *nativitate*, una *instancia necesaria*. No cabe disyuntiva fuera de la norma jurídica. Su cumplimiento se impone como ineluctable a las personas físicas y jurídicas, a los gobernantes y a los gobernados. El derecho formulado, hecho norma, adquiere una fijeza que no conlleva la justicia en tanto ente ideal. Una sociedad organizada jurídicamente no sufre ante la expectativa ambigua de la decisión individual y espontánea ni tiene como único punto de referencia la débil presión de los usos, costumbres o convenciones. Una sociedad que vive bajo la égida del derecho posee una garantía para el cumplimiento de sus fines, sabe a qué atenerse, tiene conciencia de estar protegida. Esta conciencia de estabilidad, de certeza en la acción, es la *seguridad jurídica*. El derecho tiene pues la misión de asegurar, de constituir una sólida garantía para la acción y la convivencia humanas. Derecho vigente equivale a seguridad jurídica. Tal es la razón existencial del orden positivo. Como muy bien dice Recasens Siches: "La motivación radical que impulsa al hombre a establecer reglas de derecho es la urgencia de crear un orden cierto... y de seguro cumplimiento... pues aun cuando el derecho está abocado a la realización de valores de rango superior —a cuya luz debe justificarse— sin embargo, debe, ante todo, y previamente, crear una situación de seguridad" (1).

La seguridad jurídica es la condición de posibilidad, la garante efectiva que permite a la sociedad ser recipiendaria de los valores superiores. Para que pueda haber relación justa entre los hombres es necesario que

(1) Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. p. 534.

sea, ante todo, posible y viable la **relación**, la coexistencia ordenada; lo que, en términos proverbiales, se denomina la convivencia.

La conciencia de la importancia jurídica de la seguridad es ya conquista definitiva de nuestro tiempo. "La **salus**, o sea la salvación (seguridad) que el derecho procura la pone de relieve Cicerón... En el pensamiento moderno... desde Hobbes en adelante la exigencia de **securitas** viene a ser motivo central que no se dispersará jamás" (2). Bentham ha afirmado que la seguridad es el signo decisivo de la civilización.

Pero la palabra seguridad adolece de la polisemia propia de todo vocablo. Debe precisarse qué sentido se da a este término al utilizarlo en el lenguaje jurídico.

En su acepción lata, **seguridad**, es un estado psicológico, un sentimiento subjetivo de certidumbres vital. Está seguro quien sabe a qué atenerse, quien no tiene motivos de vacilación. La seguridad supone estabilidad interior, conciencia de la realidad, lucidez, protección frente al peligro real o posible. La motivación causante de este estado subjetivo puede ser diversa y obedecer a razones múltiples.

La seguridad que nos ocupa es la seguridad **dentro** de la comunidad social, deparada por la sociedad a sus miembros. No se trata, entonces, del apoyo de la propia fuerza personal: "La seguridad que el individuo se garantiza por sus propias armas o por su acción individual y "asocial", sería el injurioso testimonio de las deficiencias de la sociedad, un desafío, hecho a ella, una causa de inseguridad general" (3). Tal seguridad no miraría a la sociedad como estructura, al bien común y tendría como única norma la fuerza del mejor dotado para defenderse. No habría **entonces estado de seguridad** ya que tal realidad significaría el choque arbitrario de los individuos al margen de todo supuesto objetivo. La seguridad del hombre, ser social, no puede ser relegada a su iniciativa individual si suponemos que existen interrelaciones entre los hombres. El ente garante de la seguridad es la sociedad. Como bien dice Delos, la seguridad es un sentimiento subjetivo basado "sobre la existencia de un estado social que me protege" (4). Y este estado social ha de ser objetivo, normativo, de derecho. Por ello "está en seguridad aquel (individuo en el Estado, Estado en la comunidad Internacional) que tiene la garantía que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y por consecuencia regulares —conforme a la regla—, legítimos —conforme a la *lex*" (5). La seguridad social es pues la **seguridad jurídica**. Esta implica la certeza de los cánones por donde es posible establecer relaciones jurídicas. No cabe seguridad sin una base intelectual de remisión. Pero la seguridad no se da por el mero hecho de saber lo que se debe hacer. Implica también cierta estabilidad o "seguridad contra las modificaciones" y "la seguridad por medio del derecho, la seguridad que el derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes" (6).

(2) López de Oñate. *La Certeza del Derecho*. p. 73.

(3) Le Fur y otros. p. cit. p. 69.

(4) *Ibid.* p. 70.

(5) *Ibid.* p. 68.

(6) Radbruch. *Introducción a la Filosofía del derecho*. p. 10.

La certeza es pues un perfil fundamental de la seguridad jurídica. Se dirige a la inteligencia de la colectividad y requiere la existencia de un sistema de normas previamente conocidas. El saber a qué atenerse es precisamente un **saber**. Supone el conocimiento de las posibilidades y de las consecuencias de nuestras acciones. La estructura normativa constituye al decir del Padre Delos "la armadura social objetiva" que orienta las relaciones entre los hombres. El sistema normativo estable es la base fundante de la certeza. Como apunta Treitschle: "Un estado que deje la más pequeña duda acerca de la estabilidad de su querer y de sus leyes destruye el sentimiento del derecho. La ley positiva brinda la certeza del derecho, hace saber a los hombres "lo que deben hacer o no hacer y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo" (7). La certeza jurídica sólo es posible entonces en el Estado de Derecho, único que permite la previa determinación objetiva de la conducta del Estado y el reconocimiento de los derechos individuales y sociales (8). Únicamente el *Rechtsstaat* hace posible librarse del arbitrio, de la voluntad incontrolada de quien ejerce el poder. El estado despótico, aquel que actúa trascendiendo los dictados de la objetividad normativa, no puede ser denominado con propiedad, estado jurídico. La fuerza, como hecho físico o psicológico, está en sí misma al margen de lo jurídico; no es aquí posible hablar de garantías, de estructura de derecho. Aquí la certeza no poseería un correlato objetivo y pre-constituído que la respalde. Dice López de Oñate que "Para que el Estado despótico se transforme en Estado jurídico, es necesario que domine como soberana no inasible y constantemente mutable voluntad, sino una constante, consecuente consigo misma, objetivada y objetivamente válida; o sea, la voluntad de la ley" (9). No existe certeza jurídica donde prima la arbitrariedad sino donde la voluntad **reglada**, heterónoma, condicionada por lo objetivo, remitida a una esfera dada y conocida —real o supuestamente— por la colectividad. El trámite, medio o instrumento de la certeza es, pues, **la legalidad**, a través de la cual, al decir de Hegel "se resuelve la contradicción entre subjetividad y objetividad.

Al conquistar la certeza el sujeto del derecho adquiere la seguridad, o mejor diré, la condición primera de la seguridad, pues bajo un derecho incierto nadie vive seguro de los bienes o de la vida; y si no hay derecho cierto no existe estabilidad en la vida del derecho. De esta manera la certeza implica otro elemento de la seguridad; lo que Radbruch ha llamado la **seguridad del mismo derecho**, la estabilidad. El cambio constante en el status jurídico, la oscuridad o ambigüedad de la norma, la falta de procedimientos para los negocios jurídicos, atentan contra la seguridad del mismo derecho positivo, pues no cabe orden fuera de la estabilidad, ni es posible la certeza ante la labilidad de los supuestos que la fundan. Este requerimiento existencial de seguridad, de resguardo del ordenamiento positivo, justifica el que las modernas legislaciones exijan un procedimiento especial, con la participación del pueblo y del Estado, para variar la estruc-

(7) Carnelutti. *Cómo nace el derecho*. p. 66.

(8) Vid. Ferrero, Raúl *Derecho Constitucional*. cap. XIV p. 171 y 55.

(9) López de Oñate, Flavio. *La certeza del derecho*. p. 163.

tura constitucional También fundamenta el sometimiento de la voluntad del legislador a normas procesales especiales para la dación de las leyes. Y es, así mismo, en función de la seguridad del derecho imperante y de la realidad que confiere a los actos efecudados bajo su vigencia, que se explica la institución de los **derechos adquiridos** y de la **irretroactividad** de la ley. Tales principios jurídicos dan firmeza a los actos, estimulan la confianza en la ley y permiten que podamos denominar a la norma jurídica generadora de realidades.

Pero la seguridad es fundamental y primariamente seguridad por el derecho, seguridad mediante el derecho. El derecho asegura la tranquilidad y la paz de la sociedad. No es meramente una certeza teórica o una vigencia indefinida. Estas condiciones son esenciales pero no se agotan en sí mismas. Reciben su justificación de la realidad social que garantizan. Por ello el derecho debe ser positivo y factible. Positividad y practicabilidad son las dos exigencias fundamentales de la seguridad jurídica, certeramente formuladas por Gustavo Radbruch. La seguridad dota al contenido axiológico del carácter de *factum normativo*, permitiendo el cumplimiento de la ley. Ello explica la estructura formal de la norma positiva —**imperativo hipotético**— que incluye un supuesto hecho y una disposición, La norma del derecho prevé en su propia conformación las consecuencias del supuesto de hecho al cumplirse en la realidad que señala. Se establece de esta manera, una relación de causalidad, una consecuencia ineluctable. Citemos un ejemplo extraído de nuestro Código Penal art. 222. Dice así:

"El que impidiera a otro, con violencia o amenaza, hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar o dejar de hacer lo que no quiere, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de 3 a 60 días".

La norma de derecho señala, en nuestro ejemplo, de manera **positiva**, con trazo seguro, el resultado del acto ilícito. La persona es protegida porque es forzada por medio de la ley a respetar la ley. De aquí la **coercibilidad** del derecho, pues sin ella "no sabría llenar su finalidad que consiste en hacer reinar el orden en la sociedad; ella no respondería a la necesidad de seguridad: ¿qué seguridad sería la nuestra si cada uno fuera libre de no respetar la regla trazada?" (10). La posibilidad —y su consecuencia: la coacción— implican la garantía de una voluntad aseguradora: la de la ley, a cuyo servicio está la fuerza pública, el derecho de policía —potestad y deber de quienes administran la justicia. De esta manera, la fuerza autorizada por la ley, deviene en poder, en fuerza jurídica.

Se ve, entonces, que la seguridad nace en virtud de una exigencia trascendente al orden positivo, de la necesidad de paz que reclama la sociedad. Por ello podemos decir que la seguridad fundamenta a la positividad y no a la inversa. Prueba de ello se da "Cuando en interés de la:

(10) Mazecud, Henri, Léon et Jean Lecons de droit civil. (Tomo premier) p. 25.

seguridad jurídica se reconoce fuerza obligatoria a una costumbre derogatoria a un derecho revolucionario... De modo igual a como en interés de la seguridad jurídica ciertos hechos antijurídicos anulan el derecho vigente y crean otro nuevo, hay también derechos subjetivos que en interés de esa misma seguridad nacen y se extinguen por hechos antijurídicos" (11). La positividad se reduce a ser el medio más idóneo y constante de la seguridad. Pero este valor es el que prima. El efecto, el derecho revolucionario que establece al margen de la ley un nuevo orden de cosas un status que contraría las instituciones hasta entonces vigentes, adquiere carta jurídica, se justifica. La causa de esta aceptación puede deberse a que la revolución ha nacido para instaurar la justicia (12). Pero hay caso en que la revolución no entraña, al menos de modo notorio, tal transición, limitándose a un simple cambio de personas. Esto se puede comprobar fácilmente en las constantes revoluciones militares por las que ha atravesado América Latina. ¿Qué justicia en este caso la implantación y el reconocimiento de los actos —contra legem— de los revolucionarios? Simplemente la seguridad, la paz social, el mantenimiento del orden. Y este valor hace que lo antijurídico genere consecuencias jurídicas. La misma situación se presenta ante el hecho de la ocupación de un país por medio de la conquista, la conquista suele ser un hecho de fuerza e implica la intromisión de facto de un grupo foráneo que instaura un nuevo orden y nuevas autoridades quebrando, a menudo, el régimen jurídico de un país o comunidad. La admisión de los fueros del conquistador sólo es explicable en virtud de un factum irreductible que no se puede quebrar sin comprometer gravemente la paz social del pueblo que ha admitido, aunque a su pesar, la intromisión y se ha sometido a su status.

Los hechos citados, a manera de ejemplo, aclaran nítidamente la fuerza que el hecho consumado e irremediable tiene en el progreso, en la gestación de muchas instituciones de derecho (13).

De este modo vemos cómo el derecho tiende a la "solución de conflictos", asegura estabilidad y depara algunos criterios para lograrla (14). Y esto no sólo en el orden deontológico sino en el mundo de las realidades.

Ahora bien, ¿quién es el depositario de esta protección? ¿A quién se asegura mediante el derecho?

Para responder estas interrogaciones debemos atenernos de manera fundamental a las situaciones normales en las que la seguridad jurídica tiene como vehículo la voluntad de la ley. Hemos de movernos pues en el ámbito del derecho considerado en su positividad. Dentro de este supuesto, es fácil comprender que la norma tiene un destinatario: la sociedad.

(11) Radbruch. Filosofía del derecho p. 99.

(12) Otro es el problema de la mise en valeur de la justicia como condicionante de lo jurídico y valor superior del derecho ante el cual debe sacrificarse la misma seguridad in extremis.

(13) No quiero decir con esto que la ineluctabilidad sea la fuente prevalente de lo jurídico. Simplemente sostengo que frente a determinadas situaciones que devienen jurídicas la única explicación posible es el principio de la seguridad.

(14) Vid. Le Fur. y otros, op. cit. p. 102.

Merced al derecho positivo es posible un **orden social**; "el derecho funda la paz coordinando las voluntades, de manera que, incluyéndose cada una de ellas en el sistema social, ninguna de ellas es ya voluntad arbitraria" (15). Empero, la sociedad no es un ente abstracto que absorbe a los individuos componentes; la sociedad está compuesta por personas cuyos derechos son anteriores a los del organismo social. Si la seguridad es seguridad sólo para la colectividad tendríamos que en aras de esa colectividad podría sacrificarse cualquier derecho individual. La razón del Estado, su consolidación, justificaría cualquier medida, como sucede en los regímenes marxistas y fascistas. Tal concepción de la seguridad significaría la negación de la misma, la ausencia de certezas objetivas pre-constituídas para la persona.

La sociedad entendida **organicistamente** no es lo asegurado por medio del derecho; el objeto de la seguridad es la sociedad en cuanto **comunidad de personas**. Como ha sostenido de la Pradelle: "En definitiva, el hombre es el **denominador común** de todas las instituciones jurídicas y la razón del Estado" (16). Lo que se asegura es el **conjunto** de personas que integran la sociedad. Ello implica, claro está, condiciones de orden estructural societario y hace que la seguridad de la persona no sea la mera seguridad individual, sino una garantía de equilibrio para el todo social. La razón de dicho equilibrio es la persona, no el equilibrio mismo. Lo ha dicho Le Fur, refiriéndose al fin de todo lo jurídico: "La función del factor jurídico, es decir, el fin del derecho, consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la **seguridad** se crean las condiciones que permitan a los **miembros** del grupo realizar su bien, el bien de todos, el bien común" (17). Esto es perceptible a través de todos los aspectos que encierra el término **seguridad**.

López de Oñate analiza el problema en función de la **certeza jurídica**. Dice: "El problema de la certeza del derecho, planteado en sus verdaderos términos, no puede menos de aparecer como un reflejo o un modo particular de presentarse el problema de la individualidad como fundamento del derecho" (18). Es en defensa del **saber a qué atenerse** del sujeto que existe la seguridad en tanto seguridad teórica y en tanto seguridad práctica, pues el elemento básico de la sociedad es la persona —entendida como "**desarrollo activo**" en el conjunto de vinculaciones posibles del individuo con otros individuos o instituciones, pues es en la relación social donde la persona "se pone como **continua decisión** frente a los demás y, por lo tanto, como **continua individualidad**; pero para que pueda ella realizarse es necesario que la realización se funde y convalide en una estructura permanente y objetiva que permita el variado desarrollo de las individualidades mantenidas precisamente como individualistas. Es necesario, pues, que la iniciativa moral de la acción esté **garantizada** en su desarrollo, es necesario que cada cual sepa una vez concebida la acción... cómo será calificable

(15) López de Oñate. op. cit. p. 147.

(16) En Le Fur y otros. op. cit. p. 30.

(17) Le Fur y otros. op. cit. p. 20. (los subrayados son míos).

(18) López de Oñate, Flavio. op. p. 137.

la acción y cómo se incluirá esa acción en la vida histórica de la sociedad" (19). Por ello es que la garantía de seguridad se encuentra pre-ordenada a la sociedad en cuanto que ésta existe para los individuos. Es cierto que la individualidad en cuanto tal queda limitada por la norma positiva; empero tal límite es una posibilidad para el desarrollo del ser personal, viabiliza una acción y una interacción estructurales.

Frente a esta fundamentación de la seguridad jurídica como garantía personal se puede objetar que tal planteamiento es válido para el derecho positivo, para la seguridad en su funcionamiento normal, canalizada por la ley. Empero, se ha visto que existen hechos extra-jurídicos o *contra-jus* que violan derechos adquiridos y que, sin embargo, se justifican en virtud de la seguridad. En este caso también se asegura a la persona, en cuanto se posibilita su acción, a pesar de la situación anormal y se otorga fuerza a sus actos, permitiendo a pesar de la *situación-límite* que significa, por ejemplo, el derecho revolucionario, el comercio entre los hombres. Es de advertir, además, que no siendo la seguridad valor fundante del orden jurídico, los estados anormales muchas veces se justifican en virtud de principios superiores a la propia seguridad como el de la justicia o el bien común. Se trata siempre de salvaguardar a la persona, aunque para ello sea necesario quebrar un status. Y esto, porque entendemos que el punto de inserción de todo orden jurídico —persona humana— es el criterio fundamental para determinar la prevalencia o el sacrificio de un valor, en los casos reales de colisión de situaciones.

El problema del depositario de la seguridad jurídica nos conduce a interrogarnos sobre si la seguridad es un fin o un simple elemento funcional en el derecho.

Radbruch sostiene, dentro de su relativismo jurídico, que la seguridad es un fin del derecho, como lo son el bien común y la justicia. "El bien común, la justicia y la seguridad ejercen un condominium sobre el derecho, no en una perfecta armonía sino en una antinomia viviente" (20). La seguridad, según este autor, prevalece, inclusive, sobre la justicia y el bien común. Admitir esta suposición supone aceptar que la finalidad del derecho es el orden mismo, el cual tendría validez, por sí mismo.

La tesis de Radbruch es vulnerable en muchos sentidos. En primer lugar, como dice muy bien Julius Moor, "En fin del derecho es trascendente y no inmanente y solo el bien común y la justicia le es inmanente y no puede, en consecuencia, ser considerada como fin del derecho" (21). Lo que es constitutivo no puede ser regulativo, y la meta de una realidad o de un proceso no puede ser algo ya poseído. Y es el caso que la seguridad debe tener existencia para que exista derecho: "no hay seguridad sin orden. La regla del derecho pretende asegurar este orden necesario" (22). Luego el dercho real, el *factum* jurídico es en sí mismo una forma —más o menos perfecta, más o menos imperfecta, si se quiere— de orden, de seguridad.

(19) *Ibid.* p. 74.

(20) *Le Fur y otros. op. cit.* p. 117.

(21) *Ibid.* p. 123.

(22) *Mazaud. op. cit.* p. 15.

No sucede lo mismo con los valores teleológicos del derecho. Lo señala Moor: "El bien común y la justicia son líneas directrices que no pueden jamás ser realizadas por el derecho positivo porque le son trascendentes. Por el contrario, la seguridad jurídica es inmanente al derecho porque no expresa más que la validez del derecho" (23). Si bien Moor exagera en cuanto a la trascendencia absoluta de la justicia y es discutible la distinción que formula entre lo constitutivo y regulativo, la idea de fondo que traen sus opiniones es digna de aceptarse. Si entendemos por fin aquello a que tiende su voluntad, aquello a que se orienta un proceso, es cierto que la seguridad no es un fin; no es deseable por sí misma. En términos aristotélicos podríamos calificarla como bien útil, como algo que tiene su razón fuera de sí mismo. Tal es el parecer de tratadistas como Recasens Siches y García Maynez. Nos dice Recasens que "lo jurídico no es un concepto de finalidad sino el concepto de un especial medio que puede ser puesto al servicio de varias finalidades" (24). Si se entiende por específicamente jurídico la normatividad positiva, la seguridad, tenemos que ésta no puede ser catalogada en la categoría de los fines sino en las condiciones de posibilidad. El derecho es instrumental en cuanto significa orden impuesto: "La principal motivación que en la vida humana social incita a la creación del derecho es el deseo de establecer para determinadas relaciones sociales, reputadas de máxima importancia, un orden de relativa certeza y seguridad; el deseo de saber a qué atenerse con alguna certeza con respecto a tales relaciones, y de tener la seguridad de que esas normas ciertas serán cumplidas necesariamente, o, por lo menos, aplicadas de modo forzoso, esto es, con imposibilidad inexorable" (25). Luego la seguridad jurídica es un "valor funcional del derecho, aquel valor que todo derecho trata de cumplir por el mero hecho de su existencia" (26); el orden para ser tal no depende pues sólo de la seguridad; es condición suya pero no le da el ser. La seguridad se refiere a lo asegurado, a los valores teleológicos del derecho, del reino de los fines. Si aplicamos los criterios que Scheler señala para determinar la jerarquía de un valor, vemos que el valor seguridad, es de la mayor relatividad, por lo tanto depende de otros, está bajo sus condicionantes. Un valor es de mayor grado, como hemos señalado en el primer capítulo de esta tesis, en la medida que menos referido se encuentre.

Se colige de lo dicho que la seguridad no es un fin del derecho. Se orienta a una meta; no es la meta misma. Nos dice García Maynez: "Si la finalidad que el aseguramiento persigue es la eficacia del orden en vigor, colígese de aquí que tal eficacia no vale por sí misma, sino en función de lo asegurado. Pero lo asegurado es el conjunto de normas que integran aquel orden, de lo que deriva que el valor de su positividad deriva del que tengan esas normas" (27). Con lo que se exhibe nítidamente el carácter de

(23) Le Fur y otros op. cit. p. 124.

(24) Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad y Derecho* p. 214.

(25) Recasens Siches. *Nueva Filosofía para Interpretación del Derecho*. p. 20.

(26) *Ibid.* p. 271.

(27) García Maynez. *Justicia y Seguridad Jurídica*. p. 48.

alteridad, de dependencia propia de la seguridad jurídica; "El orden es una coordinación; pero esta coordinación implica un designio, un tema, una **idea dominante**; el orden de coordinación es también un orden de subordinación" (28).

El carácter **relacional** de la seguridad jurídica hace necesario analizar las vinculaciones entre la seguridad y lo asegurado; entre la condición del derecho y su propósito esencial; el bien común a través de la realización de la justicia. Algunos autores señalan que justicia y seguridad son valores antinómicos. Otros en cambio, aseveran su fundamental concordancia, precisando que, simplemente, se trata de aspectos **distintos** pero co-esenciales para la realización del derecho. Así Radbruch, que sigue la primera orientación citada, opina que justicia y seguridad viven en **antinomía** irreconciliable, ya que en el principio no se puede establecer un criterio de jerarquización de ambos aspectos. Escribe Radbruch: "la preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros, no puede ser determinada por una norma —tal norma no existe— sino únicamente por la decisión responsable de la época" (29). De esta manera, el problema axiológico se resuelve por un criterio fáctico, el criterio de la época. Pero, en principio Radbruch se inclina por el predominio del valor seguridad: "Es más importante, dice, acabar con la pugna de opiniones políticas que esperar a ponerle un término justo y con arreglo a fines; más urgente es la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad" (30). Esta solución jurídica es fuertemente criticada por García Maynez, según el cual la tesis de Radbruch desemboca en "la justificación del despotismo, cuando no en la apología del "derecho de fuerza" (31).

La tesis que sustenta el carácter complementario de la justicia y la seguridad cuenta entre sus propulsores a Delos, Le Fur, Renard, Recasens Siches, y en general a los sustentadores de las nuevas tendencias del derecho natural.

Para esta dirección jurídica, justicia y seguridad no son antinómicas. En principio, no pueden serlo, ya que operan en planos diversos. Pero ambas se demandan recíprocamente. No cabe justicia sin seguridad ni es posible afirmar como dominio autónomo el valor de la seguridad. Es cierto que ambos valores son distintos pero no es posible concebirlos separados. La justicia para encarnarse y cobrar vida en una sociedad reclama seguridad; ésta "es un cimiento necesario para que reine un orden justo en términos generales dentro de la sociedad" (32); si es sólo un cimiento constituido con expectativas a la realización de la justicia, no podemos considerar a la seguridad jurídica de manera normal sino como **medio garantizante**; inclusive, como bien señala García Maynez, si tomamos la seguridad aislada de los valores fundantes del derecho, ni siquiera podrá haber un orden jurídico propiamente tal. En efecto, seguridad jurídica

(28) Renard. Introducción filosófica al estudio del Derecho t. I. p. 70.

(29) Le Fur y otros. Op. cit. p. 117.

(30) Radbruch. Filosofía del Derecho. p. 96.

(31) García Maynez. Op. cit. p. 50.

(32) Recasens Siches. Nueva Filosofía. p. 276.

no es sinónimo de orden, ya que este concepto supone una **pauta ordenada**, que es la justicia. Este autor critica a Radbruch por haber identificado **orden con eficacia** del derecho en vigor. (33). El orden jurídico no es la razón del estado, a que nos tiene acostumbrados el maquiavelismo político ni es tampoco el mantenimiento del status social imperante, el miedo a la innovación, actitud ésta característica del pensamiento conservador. La tradición cristiana más respetable sostiene que la seguridad jurídica se funda en la justicia. Carlyle nos dice que ya San Ambrosio sostenía "que la equidad conserva el estado y la injusticia lo destruye" (34). Y en otro lugar señala que para los pensadores del Medioevo "el fundamento de la seguridad de la vida humana se encuentra en la primacía de la justicia encarnada en leyes positivas, elevándose por encima del rey, del príncipe y del emperador" (35).

Vemos pues que la seguridad es instrumento de la justicia; que ésta le presta sentido y la fundamenta. La justicia, por su parte, también requiere de la seguridad, sin la cual es imposible la justicia integral: "Un derecho incierto es al mismo tiempo injusto, por que no puede asegurar para el porvenir un trato igual ante hechos iguales" (36). Cuando las certezas se desvanecen, la acción pierde asideros, los fueros son conculcados, la arbitrariedad se instala: "No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía. Sin orden el cual indica alguna certeza y seguridad, tampoco se puede promover el bien común. La certeza y la seguridad, aunque inferiores en rango a otros valores, como la justicia y el bien común, constituyen también valores. Y aunque esos valores sean de rango inferior, resulta que en algunas medidas condicionan la posibilidad de realización de valores más altos" (37). Creo que es necesario precisar que sólo podemos llamar valor a la seguridad jurídica en cuanto cumple su **misión instrumental** en el derecho. No es pues un valor **en sí mismo** sino un valor heterónimo, por **participación** en la justicia. La seguridad que ampara, que solidifica o que mantiene un orden injusto es un **antivalor**. Pues lejos de ser un canal de la justicia constituye un obtáculo, un impedimento de su actualización en la historia, en el orden jurídico. Esto es lo que no han entendido nunca los positivistas, para los cuales "la regla tiene un valor en sí que consiste en asegurar el orden en la sociedad. El hombre tiene necesidad de seguridad y toda regla se la depara... El fundamento de la regla de derecho es pues la fuerza (filosofía alemana de Hegel y su escuela)" (38). Tal planteamiento abre una brecha entre lo jurídico y lo justo. No considera que la necesidad de seguridad supone remitirse al valor de lo asegurado. Que el orden no es puramente formal sino orden

(33) Vid. García Maynez. Op. cit. pp. 46-47.

(34) Le Fur y otros. Op. cit. p. 135.

(35) Ibid. p. 1555.

(36) Le Fur y otros. Op. cit. p. 108.

(37) Recasens Siches. Nueva Filosofía... p. 285.

(38) Mazeaud Lecons de droit civil t. I. p. 16.

real, que requiere la posesión de bienes de manera equitativa —o lo que da igual: justa—. La coercitividad no deriva del poder volitivo del Estado. Es cierto que tiene un fundamento en la voluntad real que autoriza al Estado a gobernar. Pero esta voluntad real posee un designio que es realizar el bien común. No podemos pues justificar en forma inmanente la seguridad. Tal posición es una negación no sólo de la justicia sino de la seguridad misma. En efecto, hemos visto que el objeto asegurado es una comunidad de personas, aseguradas en sus fueros. Para asegurar los fueros se requiere el equilibrio en las relaciones, vale decir, la justicia. Por ello la sola seguridad es incompleta, no tiene punto de referencia, responde a criterios de interés de un grupo; es, a lo más, la certeza de la injusticia o de la desproporción. No basta saber a qué atenerse si este saber tiene como objeto una norma reñida con los principios morales o dispositivo que consagra el privilegio o que mantiene instituciones lesivas para la persona. En este caso la seguridad es indeseable, pierde su carácter garante, deja de ser seguridad como garantía de ejecución y concreción de la justicia y el bien común; "una seguridad injusta —dice Le Fur— no es tal, es precisamente lo contrario del derecho" (39).

Este carácter de valor instrumental, no resta esencialidad a la seguridad jurídica. Simplemente la ubica y le señala que es imposible considerarla como fundamento del derecho. Puede ser razón de ser lo jurídico pero nunca basamento axiológico de dicho orden. Y es elemento, factor o supuesto del derecho por un principio de justicia: "Un derecho incierto es al mismo tiempo injusto, porque no puede asegurar para el porvenir un trato igual de hechos iguales" (40). Y ello por el aspecto fáctico, determinante de comportamientos reales que tiene el derecho, lo que obliga a que su ordenamiento sea eficaz, que tenga la posibilidad de vigencia. Como afirma Recasens: "El derecho, a pesar de su conexión con el mundo de los valores, no es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de hechos que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia" (41) Ya la justicia debe posibilitarse en esta esfera efectiva de la existencia, de la historia. Por eso debe concretarse en preceptos de seguro cumplimiento que al mismo tiempo que implican mayor especificidad de la justicia, aseguran su cumplimiento ineluctable y garantizado. La seguridad hace posible que la justicia se instale en el comercio de los hombres.

No hay pues, en principio, conflicto esencial entre justicia y seguridad. Ambos son supuestos esenciales para la vigencia del derecho. En el plano lógico se advierte en perfecta coincidencia. Sin embargo, hay circunstancias concretas en que se presentan colisiones entre la justicia y la seguridad. Frente a un orden jurídico caduco, no adaptado a las nuevas circunstancias, que no canaliza factores que ha generado la realidad, se presenta la disyuntiva entre mantener ese orden, en aras de la seguridad; o renovarlo *in radice* para cumplir con la justicia. En esta disyuntiva polarizada nos sitúa la posición conservadora, de un lado, y la tesis revolucio-

(39) Le Fur y otros. Op. cit. p. 26.

(40) Ibid. p. 108.

(41) Recasens Siches. Vida humana, sociedad y derecho. p. 55.

naría, del otro. Esta disyuntiva, empero, no es irreconciliable. Obedece a un falso planteamiento. Ya hemos visto que la tesis conservadora se apoya en la autarquía de la seguridad, que para nosotros es sólo un valor instrumental, y confunde la seguridad con el orden. No es sostenible mantener el *status quo* en nombre de la negación de la justicia. La posición revolucionaria, que quiere quebrar con el orden jurídico imperante, no sólo atenta contra la seguridad sino contra la justicia misma, pues en su actitud de fuerza negadora y arrasante, origina un *status quo* que no viabiliza la justicia, que sacrifica a la persona y rompe, por tanto, la armonía social. Sólo el estado de necesidad colectiva puede justificar el acto de fuerza y para afirmar ello nos basaríamos en la tesis suareciana del tiranicidio (42).

Los análisis efectuados en torno a la justicia y la seguridad jurídica nos señalan que el derecho debe tratar de aproximarse constantemente a la justicia pero debe hacerlo dentro de su ser propio de derecho. Esta posición, reconoce el carácter dialéctico, dinámico de la estructura jurídica y la primacía del valor de justicia. Pero no se sale del derecho, no lo destruye en aras de la justicia.

La primacía esencial debe darse a la justicia sobre la seguridad, cuando ambas generen conflictos. Pero tal jerarquización no es absoluta, admite matices. La seguridad debe ser sacrificada en aras de la justicia en los casos en que la estructura jurídica significa una violación a los derechos fundamentales del hombre o cuando la ley que se aplica es evidentemente injusta. Dice Recasens Siches: "Cuando los intereses que se hallan en juego estén directa e inmediatamente relacionados con los supremos valores, tales como la libertad y dignidad de la persona individual... parece que en el caso concreto debe darse primacía a la justicia sobre la certeza y la seguridad formales" (43). Y esto no únicamente en los casos en que la seguridad funciona dentro de la positividad sino en aquellos en los cuales la nueva situación ha nacido de los hechos *contra legem*.

La antinomia entre la justicia y seguridad no sólo la observamos en el caso de ordenamientos positivos injustos sino que también parece encontrarse en ciertas instituciones aceptadas por el derecho. Son las llamadas instituciones de seguridad jurídica (44) como la *prescripción* o la *cosa juzgada* y, en general, las que dan fuerza al *hecho consumado* (45).

Estas instituciones se basan en el principio de la seguridad; a la sociedad jurídica le interesa solidificar las situaciones; no mantenerse en ambiguos estados expectativos. Y en nombre de esta necesidad de *estabilidad*, de definición de situaciones, crea la majestad de la *res judica* que

(42) Distingo entre la justificación *a priori* y justificación *a posteriori* del Derecho Revolucionario. Para la segunda (vid supra) es aplicable la tesis de la fuerza del hecho consumado que llamaré ley de la gravedad.

(43) Recasens Siches. Nueva filosofía para la interpretación del derecho. p. 286.

(44) No es propósito de este trabajo hacer un análisis de las instituciones ni enumerarlas completamente.

(45) No me refiero a la irretroactividad de la ley que sólo rige en el Derecho Civil, pero no de manera absoluta en el fuero general donde existe el principio de la retroactividad *benigna*.

impide la revisión de las sentencias, aunque se produzcan nuevos hechos o nazcan nuevas pruebas. Esta medida parece exhibir una indudable prelación de la seguridad sobre la justicia. Más aún: sacrifica la posibilidad de la justicia estricta en nombre del valor instrumental, formal, útil de la seguridad. Este principio procesal aparente es un obstáculo para la justicia del proceso. Empero, si ponemos esta institución en su contexto, vemos que no se sacrifica la justicia, que se le antepone, de modo fundamental, a la seguridad. En efecto, la cosa juzgada supone un proceso con todas las condiciones de posibilidad requeridas y necesarias como para que el proceso conduzca a la verdad y pueda aplicarse la justicia al caso particular. Si la ley procesal permite esto, una vez terminados los actos, en principio requerido para lograrlo, es lógico también que se dé fuerza al veredicto del juez y para ello nace la cosa juzgada: para asegurar el veredicto de la justicia. Claro está que puede darse el caso en que por razones fortuitas o por un proceso mal llevado no se aclare la verdad o no se falle con equidad, y la sentencia consagre una injusticia. Pero esto no es imputable al derecho sino a las contingencias que son imprevisibles. Es preciso advertir "que no hay nada absoluto de la vida humana, y que, por consiguiente, no tendría sentido que al derecho le pidiéramos una certeza y seguridad absolutas" (46). Es que la realidad no es geométrica; ofrece todas las grietas propias de lo contingente. El derecho no puede subsumir las realidades que regula.

Ello no significa, empero, que la cosa, juzgada o la fuerza del hecho consumado cercenen el valor de justicia o bien común. Simplemente lo hacen viable, permitiendo una vuelta, luego del proceso o de la realidad admitida, a la normalidad o a la seguridad en la situación. Lo mismo puede decirse de la prescripción, en virtud de la cual quien en un determinado lapso de tiempo no ejercita la acción de reclamar lo suyo, pierde el derecho a la acción (prescripción extintiva); o quien detenta ininterrumpidamente un bien, logra la propiedad sobre éste. La prescripción obedece también a una necesidad de seguridad; pero esta seguridad no es antinómica de la justicia, sino el mayor respaldo a ella. Más aún: demuestra que la vinculación del hombre a las cosas no es absoluta y que la sociedad puede disponer de ella, ante la pasividad o ausencia de intención reivindicativa en el acreedor o el propietario —según sea el caso.

Las instituciones de seguridad hacen patente que ésta no es una garantía empírica, al margen del derecho, sino que interviene como factor decisivo en la institución de situaciones jurídicas. Hay pues identidad de objeto entre justicia y seguridad.

No podemos aislar la seguridad del orden jurídico por lo que estamos en desacuerdo con la distinción que en este sentido hace Delos; dice: "entre seguridad y justicia hay diferencia de objeto. El de la justicia es el derecho, el de la seguridad es la posesión del bien. No le corresponde legitimar la diferencia de objetos sino que afirmamos que al darse la seguridad en el derecho, ésta debe ser justificada.

(46) Recasens Siches. Nueva filosofía de Interpretación del Derecho. p. 21.

(47) Le Fur y otros. Op. cit. p. 72.

La conclusión a que nos llevan los análisis precedentes es que si bien no existe antinomia entre justicia y seguridad, es indudable que existe sí, una constante tensión entre ambas. Y es que el derecho supone una intencionalidad fáctica que exige que la justicia sea viable, que sus participaciones en lo real puedan cumplirse con seguridad. Esta bipolaridad entre el ideal y el hecho marca la distancia entre el orden absoluto de los ideales y los sistemas jurídicos positivos que sólo son aproximaciones vacilantes e imperfectas. Y es que el derecho positivo es una tensión constante hacia la justicia que quiere realizar enfrentando la opaca y obstaculizante densidad de los hechos y de las deficiencias de la voluntad ejecutora.

C O N C L U S I O N E S

1ª—El derecho positivo recibe su fundamento axiológico del valor **justicia**.

2ª—La justicia es un valor objetivo, absoluto y trascendente a sus realizaciones históricas, aunque susceptible de actualizarse en el tiempo.

3ª—La justicia es el valor más alto del orden jurídico; a ella tienen que condicionarse los otros valores del derecho que son por esencia más relativos.

4ª—La justicia es un valor **relacional**, cuyo centro de referencia es la persona humana, agente de su realización en el mundo.

5ª—La justicia es el fin del derecho pues el orden positivo tiene como meta la armonía social, el equilibrio y la reciprocidad en las relaciones entre los hombres.

6ª—Sin la consideración de su supuesto axiológico, no se puede comprender ni justificar el orden jurídico. Las tesis positivistas no permiten tratar el derecho como ciencia de la cultura ni dan razón de la obligatoriedad de la norma. Para el positivismo el derecho es un simple hecho impuesto.

7ª—La concepción de Hans Kelsen sobre los supuestos del derecho indica una superación del positivismo, sin lograr, por ello, fundamentar el derecho. El sistema kelseniano se apoya en una ilícita transposición de los criterios lógicos al campo axiológico. Con ello no **justifica** la obligación jurídica, logrando únicamente una epistemología del derecho de base hipotética. La norma fundamental es sólo un criterio lógico para detener la regresión ad-infinitum a que podía conducirle la jerarquización normativa.

8ª—La elucidación que hace Kelsen del valor justicia en el orden jurídico, obedece a una mala concepción axiológica fundamental.

9ª—Las tesis de Kelsen respecto a la **normatividad** del derecho constituyen, a su pesar, una prueba más de la referencia obligada que el orden positivo debe a la justicia.

10ª—El relativismo jurídico se apoya en una inadmisibile nivelación de las teorías sobre el derecho, confundiendo la justicia con sus manifestaciones históricas.

11^a—La justicia es el criterio rector para determinar el bien común, ya que éste supone no sólo el bienestar sino la armonía en la distribución de los bienes. El bien común sólo es posible dentro de una concepción personalista de la sociedad cuyo centro es la persona humana como sujeto espiritual.

12^a—La separación entre justicia y bien común origina la confusión entre esta idea, y la noción empírica de bienestar.

13^a—El orden jurídico no se explica sólo desde una perspectiva teleológica sino que debe complementarse con otro factor garante de la vigencia y del cumplimiento de la norma. Este factor es la **seguridad jurídica**.

14^a—La seguridad jurídica implica certeza en la acción y estabilidad del sistema. Ella es la razón de la positividad del derecho. En virtud de la seguridad jurídica el arbitrio individual queda supeditado a la voluntad objetiva de la ley. Por ello sólo cabe seguridad jurídica dentro del **Estado de Derecho**.

15^a—La seguridad jurídica es un valor funcional, no un fin del derecho. Por ello, no existe, en principio, colisión entre justicia y seguridad. El análisis de las llamadas instituciones de **seguridad jurídica** así lo prueba.

16^a—En el orden real pueden presentarse antinomias entre la justicia y la seguridad. El criterio de prelación está dado por el valor más alto en tanto es realizable **hic et nunc**.

17^a—No cabe orden jurídico sin la confluencia de la justicia y de la seguridad. La presencia de ambos valores no es absoluta ya que el derecho es sólo una condición de posibilidad para la acción humana.

18^a—El orden positivo es una tensión constante entre los valores que busca actualizar y las contingencias de la circunstancia histórica.

B I B L I O G R A F I A

- ANGELONI, Renato y otros. *Diritto naturale vigente*. Quadesmi de Iustitia. Ed. Studium. Roma, 1951.
- ARISTOTELES. *Moral*. La Gran Moral. Moral a Eudemeno. Ed. Espasa Calpe. Argentina. Colección Austral. Bs. As., 1938.
- ARISTOTELES. *Moral a Nicómaco*. Ed. Espasa Calpe. Argentina. Colección Austral. Bs. As., 1952.
- BELAUNDE, Víctor Andrés. *La concepción cristiana de la justicia*. (En *Palabras de fe*. Lima, 1953).
- CASARES, Tomás D. *La justicia y el Derecho*. Cursos de Cultura Católica. Bs. As., 1945.
- CARNELUTTI: *Cómo nace el Derecho*.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *La Justicia*. Madrid, 1925.
- DEL VECCHIO y RECASENS SICHES. *Filosofía del Derecho y estudios de Filosofía del Derecho*. 2 tms. Ed. Uthca, México, 1945.

- DU PASQUIER, Claude. *Introducción a la Teoría general del Derecho y la filosofía jurídica*. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1944.
- LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE. *Los fines del Derecho*. Universidad Autónoma de México. Imprenta Universitaria. México, 1958.
- FERRERO, RAUL. *Derecho Constitucional. Teoría del Estado de Derecho*, Ed. Lib. Studium. Lima, 1956.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Justicia y Seguridad Jurídica*. En la revista *Filosofía y Letras*. N° 29 México. (Enero-Marzo) 1948).
- HALL, Jerome. *Razón y Realidad en el Derecho*. Roque Depalma, editor. Buenos Aires, 1959.
- KELSEN, Hans: *La teoría pura del Derecho*. Ed. Losada Bs. As. 1941.
- KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Ed. Losada. Bs. As., 1946.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria. México, 1950.
- LOPEZ de OÑATE, Flavio. *La certeza del derecho*. Ed. Jurídicas Europa América. Bs. As., 1956.
- MAC GREGOR, Felipe. *Persona, Comunidad y Bien Común. Primera Semana Social del Perú*. Doc. N° 2 (texto mimeografiado). Lima, 1959.
- MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Biblioteca Nueva. Bs. As., 1956.
- MARITAIN, Jacques. *El humanismo integral*.
- MAZEAUD, Henri, León et Jean. *Lecons de Droit Civil*. (2 tomos) Editions Montchrestien. París, 1955.
- MEYER, Max Ernest. *Filosofía del Derecho*. Ed. Labor. Barcelona s/f.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Introducción a una estimativa*. Obras Completas. t. VI. Tercera Edición, Revista de Occidente. Madrid, 1953.
- PETRAZYKI, Leon. *Law and morality*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1955.
- RADBRUCH, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. Ed Revista de Derecho Privado. Madrid, 1952.
- RADBRUCH, Gustavo. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Breviarios Fondo Cultura Económica. México, 1955.
- RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1956.
- RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1945.
- RENARD, Georges. *Introducción filosófica al estudio del Derecho*. 3 tms. Ed. Desclée de Brouwer. Buenos Aires, 1947.
- SCHELER, Max. *Esencia y formas de la simpatía*. Ed. Losada. Bs. As., 1957.
- SCHELER, Max. *Ética. Nuevo Ensayo de fundamentación de una persona*. 2 tms. Ed. Revista de Occidente. Argentina. Bs. As., 1948.
-

INDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCION	5
CAPITULO I. LA JUSTICIA	
Planteamiento axiológico del Derecho. La justicia. Acep- ciones. La justicia como valor. Tesis axiológica. Valor y persona. La Persona, condicionante del orden jurídico. Justicia y derecho. Ley y juridicidad. Los positivismos y la negación de la Justicia. Crítica a Kelsen. Sentido te- leológico de la justicia. ¿Es la justicia el fin del derecho?	8
CAPITULO II. RELACIONES ENTRE JUSTICIA Y BIEN COMUN	
Noción de bien común. Bien común y personalismo. Bien común, resultante de la justicia	22
CAPITULO III. LA SEGURIDAD JURIDICA	
La razón existencial del derecho. Importancia de la se- guridad. Aceptaciones. Seguridad y norma. Aspectos de la seguridad: certeza, estabilidad, defensa de la persona. Depositario de la seguridad. Carácter instrumental de la seguridad. Relaciones entre justicia y seguridad: el or- den jurídico. La perpetua dialéctica del derecho.	27
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFIA	41
