

# **REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y JUSTICIA**

## **PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON THE CONCEPTS OF LAW AND JUSTICE**

CÉSAR ANIBAL FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ\*

LUMEN

\* Doctor en Derecho, PhD graduado por la Atlantic International University of Miami – Florida, Magíster en Derecho Civil, Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Catedrático universitario en los cursos de Derecho Civil y Derecho Empresarial; Docente asociado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

---

# REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y JUSTICIA

*PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON THE CONCEPTS OF LAW AND JUSTICE*

César Anibal Fernández Fernández

## **Resumen:**

En el presente artículo se efectúan algunas reflexiones filosóficas sobre los conceptos de "Derecho" y "Justicia", pretendiendo su análisis desde la axiología jurídica, región del saber desde el cual enfocaremos el tema a tratar. En el desarrollo del mismo, se menciona brevemente la Teoría de la Justicia de John Rawls, así como también el Relativismo Axiológico del Social Empirismo escandinavo de Alf Ross.

## **Palabras clave:**

Axiología Jurídica; Derecho; Justicia

## **Abstract:**

In the present article some philosophical reflections are made on the concepts of "Right" and "Justice", pretending their analysis from the legal axiology, region of knowledge from which we will focus the topic to be treated. In its development, the Theory of Justice by John Rawls is briefly mentioned, as well as the Axiological Relativism of Scandinavian Social Empiricism by Alf Ross.

## **Key words:**

Legal Axiology; Right; Justice.

## **I.- INTRODUCCIÓN:**

Como cuestión previa al desarrollo del presente artículo precisamos que se entiende por **axiología jurídica** "a la rama de la filosofía del Derecho que trata el problema de los valores jurídicos, explicando, a su vez, sobre cuáles serán los valores que harán correcto un modelo de Derecho. En la Axiología Jurídica, se ve al Derecho como un valor mediante el cual es posible una existencia social, impregnada de bienestar".

Cabe precisar que La **axiología jurídica** trata el problema de los valores jurídicos, es decir, dilucida sobre cuales sean los valores que harán correcto un modelo de derecho o que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho. De todos los valores del derecho el más importante es el de justicia; tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica como **Teoría de la Justicia**.

Por tanto, podemos señalar que es el estudio de los valores generadores del Derecho y los fines que este pretende y desea alcanzar así como el análisis crítico-valorativo del Derecho positivo", la mención de la dimensión valorativa del fenómeno jurídico, provoca un rebazamiento del tema hacia campos de estudio más amplios, la filosofía moral es uno de ellos, la ontología de los valores otro, por eso las breves líneas dedicadas a estas materias nos mostrarán un panorama amplio, producto de la consideración extrajurídica, no obstante, el material existente dentro de los linderos del saber jurídico goza de una riqueza envidiable.

Las posturas desarrolladas a lo largo de la historia de la filosofía jurídica nos muestran las más divergentes concepciones, probablemente la de mayor fuerza y tradición sea la Escuela del Derecho Natural, cuya relación con lo “divino” es inquebrantable, ya que el sustento mismo de la referida Escuela la proporciona un ente suprasensible e inmutable, que le brinda la validez *a priori* a todo sistema jurídico, sistema que desarrolla los valores informados por ese ente absoluto.

La justicia, su búsqueda y aplicabilidad es menester de los operadores jurídicos, la Escuela del Derecho Natural desde sus más rudimentarias expresiones, hasta los sofisticados constructos teóricos contemporáneos no renuncian a esta pretensión porque ello significaría atentar contra la identidad misma del pensamiento iusnaturalista, sin embargo, aunque la flexibilización adquirida en el siglo XX le dan grandes márgenes de acción, las dificultades que genera en el ámbito teórico son inconmensurables, estas van desde la inevitable identificación con el sentido de lo religioso, entendido como expresión simbólica de los valores éticos supremos, valores como la justicia, capital tanto en la moral como en el iusnaturalismo, llegando a niveles de idealización perniciosa y epistémica cercenantes, proclamando “una autonomía trascendental ontológica y metafísica en el Derecho y al estimar que una de las aportaciones(sic) más importantes y decisivas de su historia consiste en haber sacado el pensamiento jurídico de la simple subjetividad, y en considerar sus principios como una realidad que tiene sus leyes propias, superiores a la simple psicología y que constituyen, lo mismo que la matemática, una forma de objetividad espiritual” .

A diferencia del tronco iusnaturalista, el positivismo jurídico se inclina por una validez lógica del sistema jurídico, a través de la jerarquización piramidal de las leyes. Este formalismo es de tendencia idealista, sin embargo, existen “dos variedades de idealismo que podrían ser llamadas variedad material y formal: la variedad material, podría decirse, toma al idealismo en serio. La idea específica que se manifiesta en el derecho es la idea de justicia. No sólo ofrece un ideal para apreciar el derecho positivo, sino que *constituye* al derecho. Esto es el principio inherente en éste que le otorga su fuerza obligatoria o validez como tal. En virtud de ello, limita lo que puede ser reconocido como derecho. Un orden eficaz que no satisface estas exigencias mínimas, derivadas de la idea de justicia, o que ni siquiera es un intento de realizar la justicia, no es reconocido como derecho y es calificado como mero régimen de violencia. La variedad formal, que ha hallado su expresión más completa en el sistema de Hans Kelsen, rechaza en forma terminante la censura ética que el derecho natural ejerce sobre el derecho positivo. Acepta sin reservas como derecho a cualquier orden que tiene vigencia en el mundo de los hechos, sin embargo, sostiene que, según su significado inherente, el conocimiento del derecho no apunta a la descripción de algo fáctico, sino a la captación de lo que es válido. La aprehensión de la existencia de una norma equivale a la aprehensión de su validez. Pero la validez de una norma jamás puede derivarse de un hecho natural, sino sólo de otra norma superior, un decreto real, para poner un ejemplo, no es válido porque ha sido promulgado por el rey, sino porque ha sido promulgado de acuerdo con una ley que establece que tales reglas han de ser consideradas válidas. De este modo para hallar la validez de los actos jurídicos tenemos que recorrer una jerarquía de normas”.

Es conocida la postura positivista, la cual considera a la justicia como un ideal irracional e inaccesible para el conocimiento científico, Kelsen, establece la imposibilidad de conocer los valores morales, y dentro de estos la justicia a través de su teoría pura, porque “los sistemas de valores especialmente el moral y su idea central de justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales, y, por consiguiente difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad en cuyo seno surgen” este rasgo de la moral es opuesto al universalismo que el conocimiento científico pretende.

La apreciación kelseniana nos expresa un relativismo axiológico muy marcado, es decir, la pretensión filosófica de poder hallar la estructura íntima de los juicios de valor, y con ello intentar establecer reglas para la reducción de los juicios de valor a juicios de realidad, se desbarata con la tendencia del relativismo axiológico, del cual Kelsen es tributario. La Teoría Pura no ofrece sus

votos favorables al objetivismo moral, no cree en la búsqueda por la conformidad de una noción común de justicia alcanzada mediante el diálogo consensual, mediante la dinámica de un equilibrio reflexivo, le niega esa posibilidad, y por ello suscribimos la observación del doctor Javier Esquivel, el cual considera que “la posición relativista de Kelsen no ha dado pruebas ni argumentos plausibles contra la posibilidad de que los juicios de valor sean verdaderos o falsos y mucho menos contra su carácter racional y objetivo. Así, el objetivismo moral se hace más verosímil”, pero no tan verosímil como quisiéramos, porque, a pesar de nuestra conformidad con sus palabras, también le damos la misma conformidad a los argumentos, contra el acogimiento de la justicia como valor central del Derecho, sustentados por Alf Ross, los mismos que expondremos en párrafos siguientes.

Según nuestro punto de vista, la organización de las sociedades reposa en un acuerdo moral tácito, como forma de generar esquemas de interpretación valorativa homogénea, ello repercute positivamente ya que contribuye al mantenimiento del pacto social, siendo uno de los elementos de “cohesión social” y cuyo influjo es determinante para la existencia de la sociedad misma, los términos de una asociación destinada a la convivencia pacífica y productiva incluyen ineludiblemente este factor, así observamos que toda sociedad necesita de un repertorio de valores, los mismos que son capitaneados por el valor fundante: Justicia. Sin embargo, este modo de considerar estáticamente a la justicia y al repertorio de valores válidos en un momento histórico trae consigo secuelas negativas, porque los principios que inspiran a la noción de Justicia, aquellos que nos indicarán en determinada circunstancia qué podemos considerar como “justo” e “injusto”, no pueden gozar de una inmutabilidad suministrada por entes absolutos e incognoscibles, ya que ésta se convierte en un arma mortal para la dinámica social, por eso, la inserción del elemento histórico al interior de la noción misma de justicia es una manera de referirnos a los cambios que sufren los valores.

Estaremos de acuerdo en que las sociedades se van diseñando, dibujando, trazando una silueta a partir de nociones básicas que por ello mismo resultan de mayor rigidez, y la noción más importante de estas es la de “Justicia”, porque aplicando los juicios valorativos de lo “justo” e “injusto” tanto al comportamiento de los individuos, según la concepción tradicional aristotélica, o aplicando esos juicios valorativos a la “estructura básica de la sociedad”, según la teoría rawlsiana, el centro gravitacional lo tiene la noción de “Justicia”, y un cambio de ésta involucra un cambio social no producto de las propuestas de los teóricos, porque ninguna teoría de la Justicia tendrá obligatoriedad por sí misma, la actividad intelectual en general no la tiene, sin embargo, el sistema jurídico sí, las estructuras de poder sobre las que descansa se lo permite, y las disposiciones de las instituciones jurídicas se mueven de acuerdo a una concepción de organización definida que tiene en su base dos elementos a conocer: El sistema de proporcionar “bienestar”, destinado a promover el bien entre los individuos mediante la obtención de ventajas comunes, y la distribución apropiada de estas ventajas, aquí tenemos los rasgos “ónticos” de la justicia, es decir, rasgos que constituyen la noción de justicia a pesar de la variedad de teorías.

## II.- ETIMOLOGÍA DE LAS NOCIONES DE JUSTICIA Y DERECHO:

Entendemos por etimología aquella rama del saber que nos proporciona el origen de las palabras, o por lo menos nos ofrece hipótesis sobre el origen de las mismas, rastreando su huella evolutiva entre los grupos humanos que la emplean. La obtención de la información etimológica nos brinda en ciertos casos una luz esclarecedora respecto al significado de los vocablos, permitiéndonos establecer límites precisos al sentido semántico.

### II.1.- IUS:

“Generalmente la palabra *ius* es traducida como “derecho”. Sin embargo, los romanos no hablaban de “derecho” sino de *ius*. Este vocablo vincula de una manera más directa lo jurídico con la *iustitia*. De ahí que en forma muy amplia podemos establecer que *ius* = justo.”

“Para los autores de los siglos anteriores resultaba oscura la proveniencia de *ius*.

- a) Algunos lo derivaban del verbo *iungo* (=uno, unir), en el sentido de significar que los hombres quedan unidos en los negocios, como los bueyes por el yugo.
- b) Otros lo hacen ascender a *iurare* (jurar), para relevar una relación religiosa: es curioso que en su forma primitiva se escriba *iouus*, por lo que se la vincula con *Iovis* (la designación de Iuppiter).
- c) Pero hoy día parece pacífica la vinculación de *ius* con el vocablo indoiranio *yaus*. Este era usado, sobre todo en los textos indios (*yóh*) e iraníes (*yaos*), para significar como una persona o una cosa, a partir de una “situación normal” o “profana”, podía obtener un valor máximo u “óptimo”, por medio de la realización de ritos determinados. Por la relación lingüística indoeuropea, pasa a Roma, aplicada ahora a las relaciones jurídicas.

Esto explica como en el viejo *ius* la aplicación está dada más que por la aplicación del sustantivo por la del adjetivo *iustu-a-ums* para referirse a que una situación normal (así, la adquisición de una res mancipi) se podía tomar “máxima” u “óptima” es decir, “justa”, mediante un rito (*mancipatio*). Por ello el propietario adquirente podía decir respecto de la cosa: *mea esse aioex iure quiritorium* = “digo ser mía conforme al *ius* de los Quirites”. Si no se realizaban los ritos, el propietario lo era de hecho, pero no estaba en situación justa. Del mismo modo, *iustum* significa lo “justo ritual”, así *iustum testamentum* = testamento justo por haberse hecho conforme a los ritos, *iusta manumissio* = manumisión justa de un esclavo hecha por una forma solemne, y también *iustum bellum* = “guerra justa” es decir, la declaración ritualmente por los ritos de los *feciales*, etc”.

“La palabra *ius* preferimos traducirla, genuinamente, siempre como “lo justo”. Pero a través de las distintas etapas del desarrollo jurídico romano, su sentido irá variando.

a) Así, en la época primitiva, la calificación de justo “será” tributaria de su sentido etimológico. Ello explica el carácter fuertemente ritual de los actos y negocios jurídicos, así como en el antiguo procedimiento para resolver los juicios (caso de las *legis actiones*).

b) Ya en la época clásica, la más esplendente, se supera el viejo ritualismo, de tal modo que *ius* (=lo justo) adquiere un sentido más complejo, como lo es la búsqueda de las “soluciones de justicia” en cada caso específico.

De ahí la célebre definición de Celso (hijo): “El *ius* es el arte de lo bueno y de lo equitativo”

“Esta definición ha sido criticada por los modernistas, como “incomprensible” (Prigshheim), como una “vacía frase retórica” (Schulz), o en general en ciertos manuales como “ingenua” por cuanto no resalta el carácter de “ciencia” que tiene el Derecho. Pero en ella encontramos la esencia misma del *ius*, por lo menos de la época clásica. La palabra *ars* podría ser entendida como una técnica (en griego *techné*), pero siempre que le demos a este vocablo, no el sentido de un “mero hacer”, sino uno más elevado (como en “bellas artes”). El jurista, es decir, es *iurisprudens*, lo que busca es “producir” la “solución justa” en cada caso. Este es el sentido griego de *poiesis*. El *ius* es, pues, alguna cosa poética, lo que se trata de producir (es decir, desentrañar algo y traerlo – *ducere*- ante sí) es algo que corresponda al *bonum* (el bien, es decir, que trasciende lo meramente pragmático, que sea moralmente bueno y aprovechable para el hombre) y el *aequium* (lo equitativo). Recordemos que la expresión *ex bono et aequo* la encontramos en la fórmula de los *bonare fidei iudicia*”

“En la última época, sobre todo con Justiniano, la palabra *ius* (o mejor los *iura*) hace referencia a las sentencias y opiniones de los jurisprudentes. Pero habiéndolas dotado Justiniano de fuerza legal, en el fondo significará “lo justo obligatorio”, con lo cual nos aproximamos al sentido posterior de Derecho”

## II.2.- DERECHO:

“Los romanos conocen un *rectus,-a-um*, pero su aplicación es:

- a) Ya geométrica, para designar la línea recta es decir, la que une diferentes puntos, a diferencia de la “curva”, donde la unión es combada, es decir, “no recta”.
- b) Ya gramatical, pero designar el “hablar en forma directa”: así expresar algo con *directiva verbal* (“palabras francas y directas”), es decir, no con circunloquios y palabras “oblicuas”.
- c) Ya moral, para expresar al hombre moralmente recto, es decir, que no conoce “dobletes”: *vir rectus sanctus*.

1.-*Derecho*, en el sentido de conducto moralizante, comienza a aparecer en la tradición judeo-cristiana. Así, *Cassiodoro* emplea el latín vulgar *directitudo*. Lo que ocurre es que en la tradición bíblica se puede hablar de conducta recta, utilizando el párrafo de la “ley divina” (los Mandamientos llamados “Tablas de la Ley”). De este modo, puedo decir que mi conducta es recta si los comparo con lo ordenado por Dios. Como en la recta, existen acá dos puntos que permiten hablar de una dirección encaminada que será “recte”. Si acato la voluntad divina y “torcida” “*prova*” si ello no ocurre. Así San Agustín: “De este modo, no quieres dirigir tu voluntad a la voluntad de Dios, sino que quieres curvar de Dios hacia la tuya. Aquella es la recta, pero tú la curvas: Eres tú quien debe corregir tu voluntad hacia la divina, no que ésta se deba curvar hacia ti: y así tendrás recto el corazón”

2.- Como los romanos no conocieron, por lo menos hasta la época cristiana, una ley dictada por la Divinidad ellos emplearon la palabra *ius*, cuya “significación es lo justo”, que debía ser encontrado en cada situación dada. El triunfo posterior del cristianismo es lo que nos ayuda a comprender que la palabra predominante en el Occidente posterior será Derecho (*Droit*, *Diritto*, *Recht*, *Right*, aunque también *Late*). Incluso la laicización modernista, reemplazando Dios por Estado, seguirá la misma línea de aplicación: es “derecho” todo aquello que se acomode a la voluntad estatal expresada en las leyes. Pues a ello, vocablos derivados de *ius* continuarán vigentes, sobre todo por su vinculación con justicia: así, jurista, jurisprudencia, jurídico, etc.”

El *ius* del cual se deriva la palabra “justicia”, en sus etapas y acepciones, nos muestra como concuerda en un principio con la función “mística-emotiva”, también con la intención de generar favores divinos, y sólo mediante la superación del viejo ritualismo (lo que involucra una inevitable laicización), la noción de *ius* ahora determinará una actividad que gira en derredor de los *iurisprudentes*, recordemos las palabras de Pomponio, pertinentes a la sazón, porque “exalta la labor de los *prudentes* al reconocer que el *ius* no puede tener existencia (o consistencia) si no es por la intervención de algún *iuris peritus*, quien con su empeño cotidiano (*cottidie*) pueda “pro-ducir” soluciones que tiendan a “mejorar” el propio *ius*”

Durante el periodo Justiniano el “*ius*” se dota de fuerza legal, porque hace referencia a las sentencias de los jurisprudentes, es decir, el predominio de la función enunciativa se hace más clara durante este periodo, que coincide con la declaración del cristianismo como religión oficial del imperio romano, consagrándose a ésta mediante el Edicto de Milán (313). Se ha indicado que el triunfo del Cristianismo en Occidente permitió la adopción del término “derecho”, pero en esencia la sustancia a la cual se hace referencia tiene el mismo “sentido”, porque en tanto que el “pensamiento mágico” nace de la emoción humana, el “pensamiento religioso” es el símbolo de los valores éticos supremos, la raíz común está en la carencia de una “lógica” y más bien cede a la confusión de lo incognoscible, imposibilitando una interpretación o análisis según la razón.

Hasta el momento pareciese que justicia y derecho tuviesen una relación inquebrantable, fortalecida por los aportes de la etimología, pero no se puede invocar un determinismo etimológico, porque buscar nuestros argumentos únicamente en la etimología, sería caer en una ingenuidad

fácil de rebatir, más aún si se toma en cuenta las corrientes científicas, señalándose a la Escuela Histórico - Romántica como la primera en concentrar sus fuerzas hacia esta dirección.

Discrepamos con los que otorgan el título de “precursores” de la científicidad del Derecho a la Escuela Histórica, eso demuestra desinformación sobre el objeto auténtico de la mencionada escuela y el contexto post - kantiano en que florece. Iniciar una explicación del lento proceso por alcanzar la científicidad del derecho partiendo de los aportes de la Escuela Histórica - Romántica es una mala referencia, más acertado resulta partir del esfuerzo iuspositivista o del realismo jurídico, las teorías desarrolladas por ambos troncos jurídicos son una ruptura con la tradicional concepción del derecho, pero se omite al valor “justicia”, excluyéndola mediante certeros anatemas. ¿Habría posibilidad de elaborar teorías de la Justicia que armonicen con el rango científico del derecho?. Rawls es el siguiente paso.

### III.- LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS:

En el siglo XX son pocas las obras que han constituido un aporte cualitativamente positivo a los campos de la filosofía moral o política, entre una ellas tenemos a la *Theory of Justice* del pensador norteamericano John Rawls (Baltimore 1921). Elaborada de acuerdo a los lineamientos filosóficos del pensamiento contractual, representado clásicamente por Locke, Rousseau y Kant, la Teoría de la Justicia es una muestra ejemplar de la fuerza intelectual y la capacidad de abstracción de nuestros tiempos, para ello, el autor emplea un lenguaje que sintetiza eficazmente ideas de un orden de abstracción superior al del contractualismo clásico, y aunque el mismo Rawls no reivindica originalidad alguna para su trabajo, creemos que las apreciaciones propias no modifican el auténtico sentido de una obra, ni mucho menos los resultados que nos brinda la exégesis filosófica. En sus casi seiscientas hojas de ecuánime e infatigable exposición, los argumentos diseñados a favor de los principios de la Justicia, van esculpiendo las formas íntimas adoptadas por el paradigma rawlsiano, siendo el resultado de una consistencia formidable, no en vano, Nozick, furibundo crítico de Rawls, ilustra correctamente la plena vigencia del paradigma rawlsiano, porque “A partir de ahora los filósofos de la política tienen que trabajar dentro de la teoría de Rawls o explicar por qué no lo hacen”.

Una sugerente hipótesis destinada a explicar el éxito de la Teoría de la Justicia en los círculos intelectuales de Norteamérica y Europa ha sido sostenida por Miguel Angel Gordillo, quien enumera tres factores capitales “estrechamente relacionados:

- a) Al vigor y persuasión con que, al hacerse cargo de problemas morales y políticos sustantivos, se ha enfrentado al escepticismo que durante décadas ha permeado a la cultura académica acerca de la posibilidad de abordar racionalmente cuestiones prácticas,
- b) A la puntualidad y la determinación con que ofrece una contribución a la tarea de enjugar el “déficit de legitimación” que de forma difusa se extiende por las sociedades democráticas tras la entrada del llamado “Estado de bienestar”, y
- c) A la oportunidad con que ha logrado levantar un marco teórico, a un tiempo riguroso y flexible, que permite integrar discusiones provenientes de áreas y perspectivas muy variadas, articulando una cooperación fecunda entre disciplinas con estatutos teóricos muy diversos e inscritas en tradiciones que en buena medida habían venido desarrollándose de forma independiente”.

Desde las primeras líneas, Rawls va explicando el perfil que su teoría tendrá, tanto así, que tenemos razones suficientes para afirmar que su teoría es una vigorosa y esmerada explicación del primer párrafo de su obra.

Dice que “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera, de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén

ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos.

Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor. Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones”.

Elaborar propuestas teóricas involucra saber cuál es la circunstancia hipotética o real sobre la que se asientan los argumentos, necesitamos determinar cuál es la categoría ontológica de las condiciones a partir de la cual se edificará nuestra teoría, por ejemplo, el iuspositivismo kelseniano, bajo el influjo del kantianismo, establece como las condiciones de posibilidad para el conocimiento jurídico: la existencia de la norma jurídica básica (Grundnorm), y la preexistencia del ordenamiento jurídico a la norma jurídica individual, esos requisitos para la posibilidad del conocimiento jurídico son a la vez requisitos para la validez de las normas, entonces el conocimiento de las normas jurídicas es la aprehensión de su validez, a partir de aquí se arma toda la construcción de la teoría jurídica, que en sus inicios sólo se preocupa por la validez de la norma: unidimensionalista.

De igual modo, e incluso bajo la manifiesta y declarada lumbre de Kant, Rawls cree que una de las limitaciones de su estudio es el examen únicamente de los principios que regularían una sociedad bien ordenada, además, parte de una situación netamente hipotética. Ahora bien, el beneficio que ofrece teóricamente el trabajar a partir de hipótesis es la “estética” que pueda adquirir la teoría, con la consistencia que la lógica le puede ofrecer, por un lado, y la función comparativa, a través de la cual podemos establecer parangones entre lo “fácticamente existente” y lo “hipotéticamente propuesto”, y con ello obtendríamos una guía que nos permita saber cuál es nuestra ubicación actual para llegar hacia la “justicia social”, así que por este flanco la teoría de Rawls tiene sus bases bien cimentadas.

El concepto primario rawlsiano es puramente hipotético, porque “en la justicia como imparcialidad la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social.

Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas ni capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. Supondré, incluso, que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales.

Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventaja al escoger los principios. Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un acuerdo o de un convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y simetría de las relaciones entre las partes, ésta situación inicial es equitativa entre las personas en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de la justicia”.

La elección de los principios de justicia es la primera y más importante “actividad” que realizan los miembros de una sociedad, a partir de una situación original de igualdad absoluta los individuos establecerán las “cláusulas” que integrarán el esquema mediante el cual evaluarán el desempeño de las macro-instituciones de la sociedad como justa o injusta, es decir, el objeto auténtico, o “cláusulas básicas” sobre las que recae el contrato social son los “principios de Justicia”, porque la aceptación de estos principios significa la aceptación de la formación asociativa: sociedad, a su vez estos principios de Justicia tienen un objeto establecido. Podremos decir que ciertos sistemas sociales, ciertas decisiones o conductas humanas son justas o injustas, sin embargo, Rawls omite estos tipos de objetos, señalando que en su teoría, la “Justicia” esta dirigida a la “estructura básica de la sociedad”, entendiéndolo que ésta se forma por las macro-instituciones sociales, él entiende por macroinstitución a “las grandes instituciones...[como] la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de las grandes instituciones sociales”<sup>18</sup>.

¿Cómo podemos identificar las repercusiones que tendrán las macro-instituciones en la sociedad?,

Respuesta: Mediante la ubicación de los ciudadanos en las distintas clases sociales, sectores sociales o estratos sociales, como se le prefiera llamar, porque, a comparación de otros periodos de la humanidad, la sociedad moderna tiene como rasgo distintivo la capacidad condicionante de las instituciones que determinarán en gran medida la viabilidad de los planes de vida de los sujetos, esto se debe a que el “proporcionamiento de bienestar” (derechos, deberes, oportunidades etc.) y la distribución de las ventajas sociales comunes alcanzadas, se ejecutan mediante las instituciones sociales, las cuales tienen como primera virtud a la Justicia. El ordenamiento jurídico está formado por instituciones, ¿entonces al fin y al cabo la validez del Derecho se deriva del valor Justicia?.

Miguel Angel Gordillo nos dice a favor de la Teoría de Rawls, que “...el intento de defender argumentativamente principios de justicia presupone que las normas e instituciones pueden ser contempladas no (solo) como mero resultado de la composición de los intereses empíricos y de las fuerzas sociales que en un momento dado concurren en un grupo, o de la evolución cuasinatural de las fuerzas productivas, o de la voluntad del legislador, de modo que fueran sólo susceptibles de un estudio sociológico, histórico o jurídico - dogmático llevado a cabo en actitud objetivadora, sino que les es característica una pretensión de validez que puede ser dirimida apelando a argumentos. “Justicia” entra en la obra de Rawls designando “la primera virtud de las instituciones sociales”; la pretensión de ser justas es su pretensión de validez última, la piedra de toque de su legitimidad. La tarea de fundamentar principios de justicia forma parte, así, de una teoría sobre la legitimidad racional de un sistema político y social”. ¿Entonces regresamos al iusnaturalismo con la teoría de Rawls?.

Nosotros creemos que no es así, porque existen posibilidades reales de conectar lo justo con lo jurídico, por eso suscribimos las lúcidas y elocuentes palabras del iusfilósofo colombiano Óscar Mejía Quintana, para quien “...pese al énfasis que parece ponerle (Rawls) a la justicia, bosqueja el nuevo perfil de la filosofía del derecho contemporánea.

En efecto, la reflexión rawlsiana involucra y relaciona **tres dimensiones** en su planteamiento. Una primera, que se deriva de la posición original, es la justificación moral de los principios de justicia. Principios que tienen la pretensión de derivarse de un consenso moral que pueda satisfacer a todos por igual sus expectativas mínimas particulares, en condiciones de simetría deliberativa. Pero esos mismos principios son, a su vez, los **criterios de legitimidad** del ordenamiento jurídico - político.

Los principios de justicia operan como condiciones de legitimación del sistema en su conjunto en la medida en que las instituciones tienen que adaptarse a los contenidos y prioridades fijados

por ellos y, de no hacerlo, la ciudadanía puede acudir a formas de resistencia diversas. Mas el planteamiento rawlsiano subsume, inmediatamente, una segunda dimensión. Los principios de justicia son externos al ordenamiento pero quedan integrados, tal como lo presenta en la secuencia de cuatro etapas, en un congreso constituyente a través de un principio ya no de legitimidad sino de validez. Principio que después permea las diferentes legislaturas y la administración pública y de justicia y, en general, el conjunto de las instituciones.

El imperativo consensual de la posición original se recoge en un **principio jurídico-constitucional** de igual participación que define los términos de validez de las normas jurídicas. Este principio no es ya un criterio de legitimidad política sino un factor de validez jurídica del ordenamiento. La violación de tal principio justifica asumir dos mecanismos que Rawls contempla para que la ciudadanía se oponga a los eventuales excesos de las mayorías legislativas, políticas o sociales: la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Estas figuras reivindican el contenido de los principios de justicia, es decir, los criterios de justificación moral y legitimidad política del ordenamiento cuando ha sido violado el factor de validez que el principio de igual participación supone. La legitimidad opera como un **regulador** sobre la validez.

Pero Rawls introduce una tercera dimensión al abordar el **problema de la estabilidad** en la tercera parte de su teoría de la justicia. Los principios de justicia y el ordenamiento constitucional que de ellos se ha derivado tienen que ser refrendados desde la cotidianidad de las comunidades. Sólo el contraste de la universalidad formal de los principios con la cotidianidad fáctica de las diferentes formas de vida de la ciudadanía que pretende regular garantiza la estabilidad de la sociedad, es decir, en otras palabras, la eficacia social del sistema..."<sup>20</sup>. Aunque el intento por restituirle objeto de estudio a la filosofía del derecho no es el tema en cuestión, queremos resaltar la forma en que se formula en el ámbito teórico la interesante y perspicaz propuesta del doctor Mejía, ésta intenta conciliar y armonizar los tres temas centrales del Derecho (validez, legitimidad y eficacia) basándose en las principales ideas de Rawls, y ofreciéndonos un primer intento de reflexión autónoma a profundizar.

#### IV.- EL RELATIVISMO AXIOLÓGICO DEL SOCIAL-EMPIRISMO ESCANDINAVO: ALF ROSS

Alf Ross, el más grande representante del realismo escandinavo, denominado "Escuela de Copenhague", recibió significativa influencia del sueco Axel Hägerström; de Hans Kelsen, a quien siempre agradeció por haberlo iniciado en la Filosofía del Derecho.

Cabe mencionar que "**Derecho y Justicia**", fue la obra que le mereció gran prestigio en el campo de la Filosofía del derecho Mundial, la cual conjuntamente con los trabajos más destacados de Kelsen, Hart y Bobbio, configuran lo mejor en el campo del positivismo jurídico.

Según propio reconocimiento, Ross se considera seguidor de la corriente filosófica empirista. El empirismo es un movimiento filosófico cuyas ramificaciones son múltiples. El único rasgo común a todas ellas es sólo admitir un medio de conocimiento: "la experiencia". Para esta corriente, el origen de nuestros conocimientos no está en la razón, sino en la experiencia, toda vez que el contenido del pensamiento primero ingresa por los sentidos.

Una de las ideas centrales de Alf Ross, fue liberar el pensamiento de los juristas de ideas míticas o de presupuestos no verificables, que no iban de la mano con el desarrollo actual de la ciencia. Obsesionado por alcanzar en el campo del derecho el ideal de claridad y precisión que orienta a otros dominios del saber humano, Ross atribuye a la filosofía jurídica el papel de analizar, en la forma de una reconstrucción racional, el derecho con pretensión científica.

Según Alf Ross, el Derecho vigente es el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que significa que estas

normas son efectivamente obedecidas, porque ellas son vividas como socialmente obligatorias. El “derecho vigente”, interpreta las relaciones de las conexiones causales entendidas como fenómenos de carácter jurídico que se dan entre los individuos.

Alf Ross señala que, si hablamos de justicia en sentido absoluto, estamos exigiendo una situación de igualdad, una paridad en el trato, y cualesquiera que fueran las circunstancias, las persona deben hallarse en la misma posición, pero darle tal sentido a la justicia es distorsionarla. En lo jurídico, por ejemplo, siguiendo el sentido absoluto de la justicia, sería menester eliminar los diferentes status jurídicos, así homogeneizamos las posturas jurídicas en búsqueda de justicia. Entonces, la demanda de igualdad no tiene un carácter absoluto, con ello se busca más bien ir en contra de las arbitrariedades y establecer los criterios que permitan saber quiénes forman un mismo grupo que merece trato igualitario por esa razón. “En otras palabras, la demanda de igualdad contenida en la idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y cada uno, sino a todos los miembros de una clase determinada por ciertos criterios relevantes”, entre los que tenemos: *a cada uno según su mérito, a cada uno según su contribución, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su capacidad, etc.*

La noción de justicia está compuesta de dos elementos: la exigencia formal de igualdad y el criterio material que nos señala a quién se aplica la regla de igualdad.

“La exigencia formal de igualdad no excluye una diferenciación entre las personas que se hallan en circunstancias diferentes. El único requisito es que la diferencia debe obedecer al hecho de que a la luz de ciertos criterios relevantes las personas pertenecen a clases deferentes”, aunque se muestra con mayor claridad esta otra explicación según la cual “la justicia en este sentido formal (como sinónimo de la pura demanda de igualdad o de estar sometido a reglas) puede ser expresada también como una exigencia de racionalidad en el sentido de que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable a ciertos criterios objetivos, establecidos en reglas dadas.

Esto hace que la aplicación concreta –dentro de ciertos límites elásticos- sea independiente del sujeto que toma la decisión. Como resultado de esto, la justicia viene a estar en oposición a la arbitrariedad, es decir, a la decisión que surge en forma no determinable de la reacción espontánea, frente a la situación concreta, del sujeto que toma la decisión, y está determinada por sus emociones y actitudes subjetivas”, entonces, podemos a partir de estas reflexiones hacer expansiva la exigencia formal de justicia al concepto de “Legalidad” que encarnaría, sólo de manera formal, la idea de justicia, y para argumentarlo emplearíamos un extenso aparato lógico innecesario o impertinente en esta ocasión.

El otro elemento de la noción de justicia, u otra forma de entender la justicia es por el criterio material, aquí haríamos referencia al contenido de las normas jurídicas, el mismo que es elaborado por el legislador guiado por las pautas de justicia material.

“La justicia entre los elementos de las fórmulas de justicia tiene importancia primordial, La aparente evidencia que puede atribuirse a la idea de igualdad y que es experimentada como que da a esas fórmulas su justificación autosuficiente no alcanza al elemento esencial de las mismas, es decir, al postulado material de evaluación.

La idea de justicia, se dice, surge de nuestra conciencia más íntima con necesidad imperativa *a priori*. Pero es muy difícil afirmar que en nuestro espíritu se aloja un postulado evidente que dice que el monto de los impuestos debe estar en relación con la capacidad de pagarlos, o que la retribución debe estar en relación con la cantidad de trabajo realizado. El valor de estas reglas, obviamente, no está por encima de toda discusión; ellas deben ser justificadas a la luz de sus consecuencias prácticas. Presentarlas como una exigencia de justicia fundada en una idea evidente de igualdad, es un hábil método dirigido a conferir a ciertos postulados prácticos determinados por el interés de la evidencia aparente que tiene la idea de igualdad”.

En general, para Ross, invocar la idea de justicia es una expresión de emotividad, que se deriva de los intereses que defendemos, y consideramos dignos de tutela por parte del orden jurídico. Invocar la idea de justicia es propiciar la intolerancia, basándonos en una inexistente validez superior de nuestra demanda que tiene carácter absoluto y no admite discusión racional alguna, además, la energía que adquiere la idea de justicia la toma de su alto contenido psicológico, porque la intención de rotular como “justo” intereses propios es persuadir al oponente, el cual también percibirá su demanda como justa y revestida de la misma validez superior, desembocando tales tensiones en conflictos irracionales, que sería el objetivo contrario propuesto por el derecho.

## CONCLUSIONES

1. La justicia, su búsqueda y aplicabilidad es menester de los operadores jurídicos, la Escuela del Derecho Natural desde sus más rudimentarias expresiones, hasta los sofisticados constructos teóricos contemporáneos no renuncian a esta pretensión porque ello significaría atentar contra la identidad misma del pensamiento iusnaturalista.
2. La palabra *ius* preferimos traducirla, genuinamente, siempre como “lo justo”. Pero a través de las distintas etapas del desarrollo jurídico romano, su sentido irá variando.
3. En la última época, sobre todo con Justiniano, la palabra *ius* (o mejor los *iura*) hace referencia a las sentencias y opiniones de los jurisprudentes. Pero habiéndolas dotado Justiniano de fuerza legal, en el fondo significará “lo justo obligatorio”, con lo cual nos aproximamos al sentido posterior de Derecho.
4. Pareciese que justicia y derecho tuviesen una relación inquebrantable, fortalecida por los aportes de la etimología, pero no se puede invocar un determinismo etimológico, porque buscar nuestros argumentos únicamente en la etimología, sería caer en una ingenuidad fácil de rebatir, más aún si se toma en cuenta las corrientes científicas, señalándose a la Escuela Histórico - Romántica como la primera en concentrar sus fuerzas hacia esta dirección.
5. La noción de justicia está compuesta de dos elementos: la exigencia formal de igualdad y el criterio material que nos señala a quién se aplica la regla de igualdad.

## REFERENCIAS

- DI PIETRO, Alfredo. (1994). Derecho Privado Romano. Editorial Depalma: Buenos Aires.
- ESQUIVEL, Javier. (1995). Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral” citado por Fernández, Eusebio, en Berrocal, Virgilio. Teoría de la Constitución”. Editorial. San Marcos: Lima.
- FERNÁNDEZ, Eusebio. (1995). Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia. y Racionalidad Práctica. En: *Berrocal, Virgilio. “Teoría de la constitución”*. Editorial San Marcos: Lima.
- GORDILLO, Miguel Angel. (1999). En la Presentación de la “Justicia como equidad” de Rawls, Jhon. Editorial Tecno: Madrid.
- IBERICO, Mariano. (1963). Principio de Lógica Jurídica. Prólogo de Juan Bautiste de Lavallo en Du Pasquier, Claude. “Introducción al derecho”. Editorial Humboldt: Lima.
- KELSEN, Hans. (1979). Teoría general del derecho y del Estado. UNAM: México.
- NOZICK, R. “Anarchy, (1999). State and Utopia, prólogo de Rodilla Miguel en “Justicia como Equidad, Rawls, Jhon. Editorial Tecnos: Madrid.
- RAWLS, John. (2000). “Teoría de la Justicia”. Fondo de Cultura Económica: México.
- ROSS, Alf. (1963). Sobre el derecho y la justicia. Editorial Eudeba: Buenos Aires.

Fecha de recepción: 30 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 16 de junio de 2018