

VII. El Derecho como Realización de la Justicia y la Libertad

Julio Icaza Gallard

*“He apartado asimismo, como quiere
Shopenhauer,
mi individualidad del resto del mundo, y he visto
con desinterés lo que a mi yo parece extraño,
para convencerme que nada es extraño a mi yo”.*

Rubén Darío.
(*Dilucidaciones. El Canto Errante*)

1. Las Relaciones entre el Derecho y la Moral

Tras haber sido reducida a los manuales de urbanidad y civismo, o confundida con la catequesis, o simplemente ignorada por la educación pública, la ética resurge, está de moda. Nos topamos con ella en los debates sobre clonación y experimentos genéticos, sobre eutanasia y pena de muerte, sobre población, métodos anticonceptivos y aborto, sobre problemas ecológicos, lucha contra la corrupción, etc. ¿Es realmente la ética un asunto que puede simplemente ponerse de moda? y, a pesar de haber sido ignorada, rebajada o reducida por una cultura positivista y utilitaria, ¿ha dejado en algún momento de estar presente la ética? ¿Han dejado de ser, en algún momento, importantes los planteamientos éticos? La ética como arte del buen vivir, como ciencia del carácter, se asienta en nuestra constitutiva libertad. Existe la ética porque somos seres libres, racionales e inteligentes. Porque somos libres somos seres morales. No es, pues, la ética algo que simplemente pueda ponerse de moda.

Tal vez la atención que merece nuevamente la ética sea consecuencia de la llamada crisis de nuestra civilización, o crisis de valores. La idea de la decadencia no es nueva. Hesíodo fue el primer griego que pensó la historia de la humanidad en términos de una degeneración progresiva e irremediable, a partir de una supuesta Edad de Oro. Platón desarrolló la idea heracliteana de cambio y en *El Político* habla de la sucesión de edades en un proceso de corrupción y regeneración cíclica. Después, Polibio estudia la decadencia de Roma. Ya en la modernidad, el primero en referirse a ella fue Oswald Spengler, en su famosa obra *La decadencia de Occidente*, y a él le siguió Freud y toda una lista de apocalípticos de última hora, alborotados con la pasada cercanía del fin del milenio. La crisis actual es una crisis ética, se insiste. Sartoris afirma que "la crisis de nuestro convivir es *in primis* crisis de ideas, crisis de ideales y crisis de la ética" (Sartoris, 1997: 254). La diferencia entre ideas e ideales tiene que ver con la medida de su arraigo vital; unas, nacen y mueren en el ámbito de la razón, otras hunden sus raíces en el inexplicable campo de la fe. Las ideas son más

fácilmente mudables, buscan una explicación o pretenden dar una respuesta a problemas concretos; los ideales son creencias que dan un sentido a nuestra vida y sus cambios se producen muy lentamente. Cuando las viejas creencias se extinguen y no aparecen nuevas que las sustituyan, entonces estamos ante una crisis del mundo. El mundo, como explica Ortega y Gasset, es básicamente "un sistema de convicciones", un "estado vital". La crisis histórica se produce cuando se destruye un mundo y no se llega a estructurar todavía uno nuevo, cuando el hombre se queda sin convicciones y, por tanto, sin mundo.

Definitivamente, la importancia actual de la ética viene dada, por un lado, por el desprestigio de la política, después de su auge durante el siglo XIX y todo el siglo XX, y que es vista como sinónimo de cinismo, corrupción y mentira. Esa falta de fe en la política como fuente de solución de los graves problemas que agobian a la humanidad se trata de llenar a veces con la fe en la economía y el mercado, o con la vuelta de los nacionalismos y fundamentalismos. Por otro lado, está la crisis de la filosofía a partir del fin de la metafísica proclamado por Heidegger y el auge del relativismo ético, de lo procedimental frente a lo sustantivo, crisis de valores que algunos, como Castoriadis, con mayor profundidad, caracterizan como "crisis de las significaciones imaginarias sociales", significaciones que son las encargadas de mantener cohesionada a toda sociedad. Crisis, por último, de la tecnología y de la razón, como fuente de solución de los problemas, tras el horror de las explosiones atómicas y la devastación de la naturaleza. Vuelta, a partir de estos desengaños, a la ética, como intento de encontrar en ella criterios que orienten la acción tanto individual como colectiva.

El otro aspecto tiene que ver con el Derecho. En la raíz de nuestro atraso económico y social está la ausencia de justicia y una tradición de manipulación, burla y menosprecio de la ley. La ley ha sido vista como instrumento de dominación o engaño y no como garantía de la convivencia y de la paz y el desarrollo social. La actual lucha contra la corrupción, si se es coherente y consecuente, debe entrañar una profunda revolución, la revolución de la igualdad ante la justicia, revolución pendiente a pesar de las revueltas liberal, conservadora y sandinista que han tenido lugar en nuestra historia patria. A la ley de aplicación selectiva que hasta hoy ha prevalecido (seguimos siendo en una gran medida sociedad de *status* y no de contrato), se suma el problema de la retardación de justicia, expresado en expedientes que duermen por años en los despachos de los jueces y magistrados del más alto tribunal. La falta de una tradición democrática desde el poder ha hecho del derecho no un instrumento de convivencia sino de dominación, y de cambio desde arriba, dinámica en la que las doctrinas positivistas han venido como anillo al dedo para legitimar y alimentar esa ansia de poder desmedido que ha caracterizado a nuestras élites políticas. Cuando el positivismo decae entonces se recurre a la confusión, donde la ley escrita es literalmente perforada por derogaciones y reformas parciales que se multiplican, los conceptos jurídicos se cubren a propósito de vaguedades

y confusiones a fin de estirarlos y encogerlos al gusto de quien tenga el turno de la silla presidencial y se manipula el principio de publicidad. Desnaturalizado el derecho, la corrupción y la injusticia han asentado sus reales. La ética no sólo no permea las instituciones, la interpretación y aplicación del derecho, como tampoco la actividad legislativa, sino que brilla por su ausencia en la conducta individual de aquellos a los que el pueblo ha encargado la sagrada tarea de crear, hacer cumplir las leyes y administrar la justicia. La lucha contra la corrupción en la esfera pública no es más que un capítulo, el capítulo inicial, por cierto muy importante pero sólo un primer capítulo, en la lucha por un Estado de Derecho, por una administración de justicia eficiente y transparente, por un giro de ciento ochenta grados en nuestra cultura jurídica política, y que es lo que exige la senda de la modernización del país.

Nos enfrentamos a una tradición caracterizada por el divorcio entre el mundo de los hechos y el mundo del derecho, donde no sólo no existe correspondencia entre legalidad y legitimidad, sino que la legalidad es sumamente frágil o espuria. Es el mundo de la guerra que ha prevalecido y que bulle por debajo de los breves períodos de paz, en donde la política y el derecho han podido apenas empezar a desarrollarse.

Al problema histórico estructural, a la tradición autoritaria y caudillesca, se añade un problema ideológico de actualidad, el de la moda neoliberal que, impuesta por las políticas de financiamiento de las instituciones monetarias internacionales, propugna un anarquismo irresponsable, una reducción del Estado y su potestad regulatoria a su mínima expresión y un culto al mercado cuya mano invisible se espera solucione los problemas de la miseria y el atraso. Al final de sus días Karl Popper, el gran filósofo político liberal vienés, autor de esa demoleadora crítica del marxismo, *La sociedad abierta y sus enemigos*, afirmaba que "si no existe primero un sistema legal, no se puede tener un mercado libre. Debe haber una diferencia entre comprar y vender, y robar. Y sólo puede establecerla un Estado y el sistema legal de un Estado... Por eso la diferencia entre mayor o menor intervención del Estado es despreciable en comparación con la diferencia entre una sociedad con y una sociedad sin un sistema legal" (Popper, 1992: 51 y 52).

Una sociedad sin leyes, por tanto, no es una sociedad libre. Justicia y libertad: son éstos valores fundamentales del Derecho, causa y fin del Derecho, origen de su legitimidad y objeto de su protección. Nada mejor, pues, que traer nuevamente a discusión los grandes temas de la Filosofía del Derecho, revisar las viejas y las nuevas teorías, con la esperanza de que, de esa reflexión, pueda surgir una nueva conciencia que nos ayude a alumbrar el difícil camino de la recuperación de nuestra fe y dignidad como Nación.

1.1. Seguridad Jurídica: legalidad y legitimidad

La seguridad jurídica es un concepto muy utilizado, entendido como requisito o condición del desarrollo económico y social y ligado al Estado de Derecho.

¿Qué es la seguridad jurídica? El Derecho como sistema normativo es también un sistema de seguridad. Todo sistema de seguridad es garantía frente a algún tipo de miedo. Miedo a la muerte, o a ser herido; miedo a ser despojado de la propiedad; miedo a ser engañado en los negocios; miedo a ser castigado injustamente. Miedo a lo desconocido, a lo arbitrario, a lo imprevisto. Primariamente, el derecho es un sistema de información. Con el derecho, independientemente de que sea justo o injusto, sabemos a qué atenernos. Por el Derecho sabemos qué está permitido y qué está prohibido, se nos delimita una zona de actuación. La mera existencia del Derecho produce seguridad en el sentido de conocimiento, de certeza. La legalidad produce automáticamente seguridad porque nos da a conocer algo, la existencia o inexistencia de unas reglas. Establece un orden, cualquier tipo de orden.

En un segundo momento, el derecho debe ir más allá de la simple legalidad para entrar en el terreno de la legitimidad, a fin de proporcionar una seguridad y un orden justos. No se trata simplemente de saber a qué atenernos. Se trata de ir más allá de la certeza y disolver no sólo la duda sino también el miedo, otorgando una efectiva protección de los bienes, tanto materiales como espirituales. Pasamos entonces del terreno de la simple legalidad al terreno de la legitimidad, del terreno de la certeza al de la protección efectiva, de la norma independientemente de su contenido a los valores que deben subyacer en el derecho positivo. Estamos entonces en el ámbito de las necesarias relaciones que deben existir entre el Derecho y la Ética, entre el Derecho tal como es y el Derecho tal como debe ser. La seguridad jurídica no puede reducirse al aspecto fáctico del Derecho, sino que debe ir más allá y desarrollarse como lo exigible en determinado momento histórico; no puede la seguridad reducirse a simple conocimiento o publicidad, a simple orden, sino que debe anclarse también en un mundo de valores considerados como imprescindibles por los hombres que han alcanzado determinado desarrollo histórico. “No habrá, en este sentido, nos dice Elías Díaz- seguridad si no existe, al propio tiempo, un suficiente respeto a las exigencias de la libertad y a las exigencias de la justicia” (Díaz, 1976: 48).

Como sostiene Aarnio, la certeza jurídica se deriva de la necesaria conexión que debe existir entre el sistema jurídico y la forma de vida. La certeza jurídica exige no sólo “predictabilidad” sino también “legitimidad”, legitimidad derivada de los valores pertenecientes a una forma de vida. Este es el modelo propio de los sistemas democráticos, donde la incongruencia entre el sistema jurídico y el sistema de vida no debe existir o debe ser progresivamente resuelta (Palombella, 1999, p. 244).

1.2. Moral y Derecho: Las tesis de la vinculación y la separación

La pregunta central, en torno a la cual ha girado la Filosofía del Derecho a lo largo de su historia, estriba en la obligatoriedad de las leyes, es decir, en el problema de la legitimación del derecho. ¿Por qué deben obedecerse las leyes? ¿Cuál es el fundamento de la obligatoriedad de las mismas? La pregunta por la

legitimidad de la norma jurídica hunde sus raíces en el problema de la legitimidad del poder o autoridad del que emana la norma. De ahí que, como sugiere la línea de investigación seguida por Philip Soper y Ernesto Garzón Valdés, sea necesario prestar atención a la teoría política, a fin de comprender el fenómeno jurídico en su totalidad y arrojar nueva luz al problema de su legitimidad y de las relaciones entre moral y derecho, tratando de ir más allá de la estéril polémica entre positivistas y iusnaturalistas, entre la tesis de la separación y la tesis de la vinculación. "La polémica entre ambas tesis –nos aclara Garzón Valdés– no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral" (Garzón, 1998, p. 19). Es decir, el problema es determinar si existe o no una conexión necesaria entre derecho y moral: para los iusnaturalistas, tal vinculación conceptual o lógica existe, para los positivistas debe haber una separación conceptual entre el derecho como es y el derecho como debe ser.

"La idea de naturaleza y el culto ético-político que se le tributa –explica Savater, en su *Diccionario Filosófico* (Savater, 1999, p. 256)– constituye sin duda la más pertinaz obnubilación teórica de nuestra época, por no decir de la modernidad toda". En el concepto todo puede ser incluido y extraído después en forma de argumento, especie de petición de principio universal. Aplicado al hombre, puede servir de base tanto para pregonar la igualdad sustancial como la desigualdad. "Una lista completa de las opiniones sobre esta cuestión –dice Bobbio– podría constituir, como se ha hecho observar más de una vez, el tema fascinante para un nuevo elogio de la locura" (Díaz, 1976, p. 309). A pesar de tan duros juicios, la idea de naturaleza, naturaleza humana, ley natural y derecho natural, en una palabra, el pensamiento iusnaturalista, ha estado presente a lo largo de la historia y continúa estándolo, habiendo adquirido particular fuerza en la época moderna, como principio explicatorio y fundamentador de las instituciones políticas, desde la soberanía al contrato social, desde la sociedad civil y el Estado a los derechos civiles y políticos de la persona humana.

La relación entre moral y derecho ha sido compleja y contradictoria; paradójicamente, ha sido el iusnaturalismo, que propugna la tesis de la vinculación, quien más ha contribuido a esta separación. Y lo ha hecho, impulsando el proceso constitucionalista y de codificación, en el que se consagra la superioridad de los imperativos racional naturalistas. Gianluigi Palombella, remitiéndose a Habermas, reconstruye la teoría de un "derecho sacro" o "derecho indisponible", existente en la Edad Media, que tiene como función la legitimación del derecho positivo, o "derecho instrumental" del soberano. El derecho indisponible constituye el límite al arbitrio del soberano, "área normativa intangible para el mismo poder si quiere mantenerse, con independencia de otras cuestiones, digno de la investidura" (Palombella, 1999,

p. 30). Según Habermas, lo que caracteriza a la época moderna es, precisamente, la liberación del poder político del derecho sacro, para convertirse en poder soberano en sentido moderno¹.

Ante la necesidad de un referente de validez y el vacío dejado por el derecho sacro, el iusnaturalismo va a desarrollar dos tipos de planteamientos diferentes, deontológico uno, y ontológico el otro. El iusnaturalismo deontológico se limita a confirmar la superioridad de la moral frente al derecho. El iusnaturalismo ontológico, en cambio, va más allá, es decir, seculariza las razones que fundamentan la existencia en el derecho de un núcleo de indisponibilidad, que es parte de su estructura esencial. Es la alternativa de la religión natural, desarrollada por Locke. Frente a ésta, Hobbes desarrollará otra alternativa diferente, artificialista, la alternativa de la religión civil.

Hobbes retorna a la tradición romana de la teología civil, que trata de las doctrinas y creencias religiosas practicadas en las comunidades civiles. Busca no una razón, sino una autoridad; no una creencia, sino una práctica; no una verdad, sino la paz. Hobbes es un teólogo civil que busca eliminar de la asociación civil la confusión y la lucha provocada por la división religiosa.

Para Hobbes, lo propio del poder es no estar fundado sino fundar, por lo que la pregunta por un fundamento del poder es absurda. Es lo que no entiende Rousseau, quien le objeta que la fuerza no puede ser el fundamento del poder. No hay ninguna obligación para ningún hombre que no surja de algún acto propio. No hay leyes naturales, a lo sumo conclusiones, teoremas, dictados. En la *civitas* las leyes de la naturaleza no son leyes en el sentido propio si no han sido promulgadas antes como leyes civiles. Las leyes naturales no son propiamente leyes excepto cuando aparecen como las órdenes de un legislador que debe su autoridad a un convenio o un reconocimiento (Oakeshott, 2000, p. 299).

Tenemos, pues, que en Hobbes la parte del derecho indisponible se reduce al máximo: solamente quedan requisitos fundacionales como vida y orden, que son requisitos mínimos de todo poder. Sin vida y sin orden el poder pierde su objeto, se disuelve, por lo que la parte indisponible que queda en Hobbes coincide con la supervivencia del poder. No hay derecho sacro, ni derecho natural.

¹ Habermas parte de la estructura trimembre del sistema jurídico medieval: derecho sacro, derecho burocrático (puesto por el rey o emperador) y derecho consuetudinario. En las sociedades modernas la estructura trimembre se viene abajo y el derecho se reduce a una sola dimensión, la ocupada por el derecho burocrático. “El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación al derecho sacro y se torna soberano”. Pero persiste la necesidad de llenar el hueco dejado por el derecho sacro, puesto que el derecho antecede al poder político organizado. El derecho no puede simplemente disolverse en la política. Un derecho que queda totalmente al servicio de la política pierde su fuerza legitimadora. Debe haber una necesaria interconexión del derecho con la política y la moral. “La legalidad –concluye Habermas- sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a discursos morales” (Habermas, 1991, p. 163).

Hobbes y Locke representan las dos vertientes de la secularización del Derecho natural a partir del luteranismo. Una, la de Locke, que sitúa el fundamento del Derecho no en la ley eterna sino en la racionalidad del hombre. Otra, la de Hobbes, que niega la posibilidad de un Derecho natural que pueda derivarse de la idea de corrupción irremediable de la naturaleza del hombre y para la que, en definitiva, no existe Derecho natural sino solamente Ley positiva, cuyo fundamento es la voluntad propia.

El derrumbamiento de la tradición iusnaturalista, trascendental y racional, y la aparición del positivismo jurídico, constituye, sin duda alguna, como dice el profesor González Vicén, "la cisura probablemente más profunda experimentada por la conciencia jurídica occidental" (González, 1969, Tomo XIV). A ello contribuyó, con su sentido de la relatividad, el historicismo de Savigny y su Escuela, que entiende el Derecho como producto concreto de un pueblo determinado en un momento histórico particular. El Derecho deja de ser, así, un orden intemporal fundamentado de manera trascendente y se constituye como un producto histórico, concreto, mudable. Al planteamiento positivista contribuirá, también, Montesquieu, con su método empírico desarrollado en su principal obra *El espíritu de las leyes*, empapada toda ella del espíritu científico, matemático y físico, de la época, y su oposición al método apriorístico, deductivo y abstracto del iusnaturalismo.

Para el jurista vienés Hans Kelsen, creador de la *Teoría pura del Derecho*, únicamente separando la teoría del derecho de la filosofía de la justicia y de la sociología será posible establecer una ciencia jurídica específica (Kelsen, 1949, p. VIII). En la línea de Bentham y Austin, Kelsen insiste en diferenciar entre el derecho que es y el Derecho que debe ser. Del primero se ocupa la ciencia de la jurisprudencia y del segundo la ciencia ética de la legislación. Es necesario, pues, diferenciar y no confundir Derecho y Moral. Los valores, entre los que está el valor de la justicia, sólo expresan sentimientos, emociones, deseos, cosas irracionales, situadas en el nivel de lo supra empírico, de la metafísica. "La justicia –escribe Kelsen– es un ideal irracional. Por indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento. Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses². La solución

² Norbert Hoerster desarrolla una tesis sumamente interesante, cuando plantea la posibilidad de una fundamentación intersubjetiva del derecho, partiendo del hecho de que normas y valores no son parte de la realidad objetiva. Las fundamentaciones metafísico-objetivistas del Derecho y la Moral son controvertibles pero no pueden tampoco ser refutadas, pero los problemas que provocan estas fundamentaciones son más numerosos y difíciles que los que pretenden solucionar. Hoerster se inclina por una concepción de valores y normas como expresión en última instancia de intereses humanos, concepción que puede prescindir de todo postulado metafísico. Toda norma contiene un elemento inaccesible al conocimiento humano y a la fundamentación racional. Este elemento no es irracional, sino "arracional", es decir, "extrarracional". La fundamentación de la norma descansa en el interés de la mayoría, respaldado por el poder. "Deberíamos dejar de contraponer a un orden jurídico basado en el poder otro orden jurídico que supuestamente estaría legitimado por un derecho superior –nos dice Hoerster–. Todo orden

de tales conflictos solo puede lograrse por un orden que, o bien satisface uno de los intereses en perjuicio de otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de esos órdenes sea “justo” es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional” (Kelsen, 1949, p. 15).

Pero Kelsen insistirá más que en la irracionalidad de los valores en su pluralidad y relatividad. No niega que detrás de la elaboración de toda norma jurídica existe un criterio de justicia, lo que subraya es que existen muchos criterios de justicia y que no tienen sino un carácter relativo, y que, por tanto, el ordenamiento jurídico tiene una validez independiente de la norma de justicia con que pueda ser valorado. Ahora bien, este relativismo moral tiene un límite: el valor de la tolerancia. Si es ineludible que cada quien juzgue si una norma es justa o injusta de acuerdo a su propio criterio de justicia y si el criterio escogido no puede tener nunca una apoyatura absoluta, entonces debemos forzosamente aceptar la validez de juicios de otras personas basados en criterios diferentes, es decir, debemos respetar el derecho de los otros a juzgar diversamente. El principio moral implícito en una filosofía relativista de la justicia, como reconoce el mismo Kelsen, es el principio de la tolerancia. Y a ese principio se añade el valor de la paz, sin la cual es imposible de realizarse. Hasta este punto llega el pensamiento de Kelsen, un estadio que se ha caracterizado como de “positivismo crítico”, y que abre un nuevo espacio que será desarrollado por Bobbio y Hart.

Dentro de los neopositivistas y post-positivistas destaca la posición de Norberto Bobbio, iniciador de la escuela analítica italiana. Para Bobbio la filosofía del derecho es teoría de la justicia. La labor propiamente científica está reservada a la teoría del derecho, la jurisprudencia, mientras que la labor filosófica se centra en los temas crítico-valorativos, manteniendo así una clara y decidida línea de demarcación entre lo descriptivo y lo prescriptivo, entre conocimiento y valoración, ser y deber ser. La ciencia es una “toma de posesión de la realidad”, mientras que la filosofía es una “toma de posición frente a la realidad”. Aplicado este esquema al derecho, resulta que la ciencia jurídica nos permite apropiarnos y dominar la realidad jurídica, mientras que la Filosofía del Derecho nos permite tomar una posición frente a una realidad jurídica.

Bobbio, desde la perspectiva científica, se mantendrá dentro de los presupuestos positivistas, pero desde la perspectiva filosófica o teoría de la justicia, realiza una severa crítica de la teoría emotiva de los valores, propia del positivismo radical encabezado por Alf Ross. Propugna un “positivismo ético”, para el que la norma posee siempre un valor, el valor del orden, aunque con carácter instrumental y no final. No degenera así el planteamiento de Bobbio en una ideología del orden; el orden no es el valor supremo, por encima de él está la justicia, aunque entendida no como un valor absoluto sino como resultado de un proceso histórico crítico, de una “dialéctica real y racional entre libertad e

jurídico se basa en el poder o, dicho más exactamente, en una voluntad que está vinculada con el poder de su realización”.

igualdad” que lleva a su progresivo perfeccionamiento en el tiempo. (Díaz, 1976, p. 384)

1.3. Hart o la superación del enfrentamiento entre positivistas y iusnaturalistas

Al igual que Bentham, Austin y Kelsen, para Herbert L. A. Hart una cosa es el Derecho que es y otra el Derecho que debe ser; sin embargo, existen necesarias relaciones entre una y otra realidad y, tras el análisis de esas relaciones, es posible determinar “un contenido mínimo de Derecho natural”. No sólo existe una “moral interna del Derecho”, constituida por una serie de principios técnicos del funcionamiento del Derecho (como el principio de irretroactividad, igualdad frente al derecho, publicidad de las leyes, etc.), sino también la posibilidad de una “moralidad crítica”. Por “moralidad crítica” Hart entiende algo diferente a la moralidad positiva o vigente y aceptada por un grupo social en determinado momento histórico: se trata de una moralidad fundada en criterios racionales y libres, y en la consideración igual de los seres humanos. Y más allá de esa moralidad crítica, que puede variar, existe un contenido mínimo de Derecho natural compuesto por “ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable”, “elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades” (Díaz, 1976, p. 373). Este importante mínimo descansa sobre cinco características de la naturaleza humana: 1) De la necesidad de supervivencia deriva la prohibición del uso de la violencia y el reconocimiento de la paz como valor objetivo; 2) De la desigualdad de los hombres y la imposibilidad de dominación de todos sin la cooperación, se deriva la necesidad de un pacto social; 3) De la naturaleza dual humana, buena y mala, se deriva la necesidad de contar con sistemas normativos, como el derecho y la moral; 4) del carácter limitado de los recursos necesarios para la supervivencia se deriva la necesidad de contar con alguna forma mínima de reconocimiento de la propiedad, aunque no necesariamente de la propiedad individual; 5) de la posibilidad de violar los anteriores principios, por último, se deriva la necesidad de contar con una cooperación voluntaria dentro de un sistema de sanciones.

2. Los Diferentes Tipos de Justicia

Una justicia pedestre, cotidiana, pedía José Saramago en Porto Alegre, una justicia protegida por la libertad y el derecho y no por ninguna de sus negaciones. Justicia indispensable al espíritu como el alimento al cuerpo, justicia que, para el novelista portugués, es “el sinónimo más exacto de lo ético”. La justicia ha sido uno de los temas centrales de la Filosofía del Derecho, el problema de las relaciones entre la moral y el derecho, entre derecho natural y derecho positivo, problema que se remonta al dilema de Antígona. ¿Debemos obedecer las leyes injustas? ¿Necesita el Derecho para tener validez referirse a un mínimo de contenido ético? ¿Son, la moral y el Derecho, dos órdenes

separados? Y en el ámbito de la justicia, ¿Cómo entenderla, cómo definirla? ¿Qué clase de justicia? ¿Una justicia pedestre, cotidiana, como pedía Saramago? ¿Una justicia como aquella que impartió Sancho Panza cuando al fin obtuvo su ínsula Barataria, con la que deslumbró a sus burladores?

Y es que la justicia, en primer lugar, es una virtud personal, un conocimiento no teórico sino práctico. También es parte de la legalidad y criterio de ordenación social y son estas otras dos perspectivas las que prevalecen cuando hablamos de una sentencia justa o injusta o de un sistema político, económico y social justo o injusto. El ámbito de la justicia no es el de la naturaleza, sino el de las acciones humanas. La justicia no es un valor atribuible a la caída de un meteorito, al curso de un riachuelo o al canto de los pájaros; el ámbito de la justicia está limitado en primer lugar a las cosas susceptibles de valoración moral, a un acto, una decisión, un juicio, una institución. Pero no fue así originariamente. En el mundo griego la *dike* se refiere tanto a lo que es como a lo que debe ser, al mundo físico como al divino y al humano³.

La justicia o *dike* es, primariamente, el orden de la *phycis*, que incluye el orden de la *polys* y, en general, de todas las cosas humanas. La justicia está ligada a una concepción cíclica del tiempo, una visión rítmico religiosa, donde todo regresa a su principio, todo se reordena cada cierto tiempo. Como bien dice Aranguren, la justicia no es primariamente una virtud humana sino una “vindicación cósmica, divina”. Es lo que se conoce como Némesis (Aranguren, 1985, p. 249). La etimología de la palabra *némesis* nos remite a la idea de un reparto o distribución del destino. En ese orden cósmico la justicia es juntura, encaje, justeza o ajustamiento: es el orden del universo donde todo calza. Ese ajustamiento o *dikaioisyne* en Platón se aplica al cosmos, al alma y a la *polys*: armonía anímica y política, moralidad.

La *dike* es llamada también, en ocasiones, *themis*, que se refiere a la norma que establece los límites que la acción del hombre no debe rebasar, a los hábitos, las costumbres ordenadas, a los preceptos legales que deben ser respetados. *Dike* y *Themis* se desarrollan originalmente en una tradición aristocrática, que va ampliando el acceso a la excelencia a cada vez mayor número de ciudadanos, es decir, que tiende a la igualación. Lo público estaba impregnado del espíritu agonal, donde el individuo debía diferenciarse permanentemente de los demás: la justicia y la libertad se despliegan entre pocos iguales (*homoioi*).

Hay un primer concepto amplio de justicia, como valor, como virtud máxima o perfección. Es el concepto que desarrolla Platón, la justicia o *dikaioisine* como la virtud que se satisface cuando cada segmento de la sociedad y cada potencia del alma individual practica la virtud que le es propia: cuando el gobernante actúa con sabiduría, el guardián con fortaleza y el productor con templanza; cuando la

³ Para un estudio más amplio de los diferentes tipos de justicia, véase *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, de Liborio L. Hierro, en *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial S. A. Madrid. 2002.

razón se rige por la prudencia, la potencia irascible por la fortaleza y la potencia concupiscible por la templanza (Hierro, 2002, p. 13).

La justicia como virtud es el hábito de dar a cada uno lo suyo, es decir, su derecho o su parte. Si cada uno tiene ya su parte o su derecho, hay una *dike*, orden o derecho, entonces, previo a la voluntad de justicia. La justicia, para Aristóteles, es la realidad misma ajustada u ordenada, es decir, la realidad como derecho. De ahí que la justicia, con la prudencia, constituya la otra virtud objetiva, o sea, consista en la realización de algo objetivo: el derecho. En el Libro V de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles distingue entre la justicia como virtud total, que es lo legal (*tó nómimon*), el cumplimiento de la ley, y la justicia como virtud parcial o particular, que es lo equitativo (*tó íson*). Esta justicia parcial, considerada como virtud especial, consiste siempre en una igualación.

2.1. La justicia como legalidad

La justicia como legalidad es propugnada por Pascal, cuando dice en sus "Pensamientos" que la justicia "es lo que está establecido; y así todas nuestras leyes establecidas serán necesariamente consideradas justas sin ser examinadas, ya que son leyes establecidas". Es la concepción de Hobbes, para quien ninguna acción puede ser injusta antes del pacto social, pues "donde no ha precedido pacto, no ha sido transferido derecho". Justicia, para Hobbes, implica necesariamente derecho, derecho que atribuya a cada quien lo que es de cada quien. La justicia es una virtud exclusivamente jurídica y hablar de ella fuera del ámbito de la norma jurídica es algo sin sentido, un abuso del lenguaje. Es la posición del positivismo jurídico, inaugurado por Hans Kelsen. Esta es también la posición de Alf Ross, al afirmar que las palabras justo o injusto solo tienen sentido aplicadas a la decisión de un juez o de cualquier otra persona cuando debe aplicar un conjunto de reglas. Para Ross los juicios de valor no tienen sentido lógico y están más allá de las categorías de lo verdadero y lo falso, son simples síntomas y señales de las actitudes, deseos y voliciones de las personas que los enuncian.

2.2. La justicia como igualdad

"Ética significa igualdad. Regla y reglamento, rectitud y regularidad, son palabras que designan la línea recta. Estas referencias a la aritmética y a la geometría son características de la justicia" -nos dice Bergson, en *Las dos fuentes de la moral y de la religión*-. La justicia como igualdad es la equidad.

La idea de igualación o de igualdad preside la teoría de Aristóteles sobre la justicia. La palabra *dikaion*, lo justo, deriva según el filósofo griego de la palabra *díkha*, que quiere decir división en dos. El símbolo de la justicia es la balanza, el punto medio, la igualdad de peso en los platillos. "Lo justo es lo que se conforma a la ley y lo que respeta la igualdad, y lo injusto es lo que es contrario a la ley y lo que no respeta la igualdad" -dice Aristóteles en su *Ética a*

Nicomaco– (Aristóteles, 1989, V.2, p. 1129 a 34). Estamos ante la justicia como valor y no como hecho, como equidad, palabra que se deriva de *aequus*, que quiere decir igual.

Veamos las diferentes formas de igualdad que pueden darse. Primero, igualdad aritmética o estricta, aplicable a los intercambios contractuales y a las penas de los delitos. Esta es la llamada justicia correctiva, o más tarde llamada justicia conmutativa o retributiva. Santo Tomás, desarrollando las ideas aristotélicas, llama a esta justicia conmutativa la que ordena la relación de las partes a las partes (*ordo partium ad partes*).

Después está la igualdad geométrica o proporcional, llamada justicia distributiva, que es, según Santo Tomás, la que ordena la relación del todo con las partes (*ordo totius ad partes*), es decir, la relación del cuerpo social con los individuos que lo componen⁴.

Aristóteles nos advierte que “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (Aristóteles, 1989, p. 11-14). Igualdad, por tanto, para los iguales y desigualdad para los desiguales.

La idea de igualdad se refiere no sólo a los objetos del intercambio o el reparto, es decir, lo que se pone en uno y otro platillo de la balanza, sino también a los sujetos que intercambian o son objeto del reparto. No se trata de una simple igualdad de hecho, sino de derecho, lo que supone igualdad de condiciones en términos de información y de libertad. Por la justicia el fuerte y el débil, el sabio y el ignorante se igualan, se suponen mutuamente iguales. Para Kant, “es justa toda acción que permite o cuya máxima permite a la libre voluntad de cada uno coexistir con la libertad de los demás siguiendo una ley universal” (Doctrina del Derecho). La coexistencia de las libertades bajo una misma ley es la igualdad. “Es -como dice André Comte-Sponville- la propia justicia, que siempre hay que hacer y deshacer, y que siempre está amenazada” (Comte-Sponville, 1988, p. 88). De este carácter inacabado, dinámico, de la justicia, de la imposibilidad de alcanzar un orden definitivo y estático de justicia, nace la epiqueya o equidad, que es la parte subjetiva de la justicia legal. Es como la regla de plomo de la arquitectura de Lesbos, que se ajusta a la piedra que mide. Es lo que humaniza a la aritmética y la geometría. Es, también, la virtud de la libertad frente a la ley o precepto. Es la lucha frente al poder y el precepto injusto, la lucha por la libertad.

Herodoto, quizás el primero en dar noticias de la palabra “democracia”, trata de forma unificada la *isonomia* (igualdad ante la ley) y la *isocratia* (igualdad de poder), las que se completan con la *isegoria* (igualdad de palabra). Hanna

⁴ La justicia general o legal quedaría, dentro de este esquema triádico, como la justicia que ordena las relaciones entre las partes y el todo, es decir, del individuo al bien común (*ordo partium ad totum*), esta última regida por un principio no de igualdad sino de desigualdad. De acuerdo con el esquema aristotélico-tomista, ley, distribución e intercambio son los ámbitos de los tres tipos de justicia: justicia legal, distributiva y conmutativa.

Harendt destaca la importancia de la isegoria en la constitución de lo político en Grecia. En la polis sólo se conocen iguales, mientras que en la familia lo que impera es la desigualdad y el despotismo ejercido por el *pater familias*. La familia es el reino de la necesidad, la polis es el de la libertad. Ser libre significa no estar sometido a la necesidad ni bajo ninguna autoridad, no gobernar ni ser gobernado. “La igualdad –nos advierte Arendt, con referencia a Grecia– lejos de estar relacionada con la justicia, como en los tiempos modernos, era la propia esencia de la libertad: ser libre era serlo de la desigualdad presente en la gobernación y moverse en una esfera en la que no existían gobernantes ni gobernados” (Arendt, 1993, p. 44 y 45). Porque en la polis lo propio no es gobernar, que es “pre-político”, sino la discusión, la argumentación, el convencimiento por la palabra que es a la vez acción. La ley misma, no tiene el mismo sentido de convenio o tratado que adquirirá en Roma, sino el de demarcación del espacio de lo político, del espacio de la libertad y la igualdad. La ley en Grecia es similar a los muros de la ciudad.

La igualdad en la libertad es el ideal de Kant, ideal que garantiza el derecho. Sostiene en su Ciencia del Derecho la existencia de una “innata igualdad perteneciente a todo hombre y que consiste en su derecho de ser independiente de verse sujeto por otros en nada más de lo que él mismo recíprocamente les sujeta. Tal es, consecuentemente, la nativa cualidad de cada hombre en virtud de la cual es su propio dueño por derecho (*sui juris*)”. (Introducción, División de la Ciencia del Derecho, B, II).

Para Hegel, por último, lo único que requiere la justicia es que cada quien sea dueño de lo suyo y no que todos sean iguales en la propiedad, concepción que rechazará Marx y el marxismo, para quienes lo esencial es la propiedad de los medios de producción y su socialización, como punto de partida para la construcción de la utopía comunista o reino de la igualdad.

2.3. Las expresiones políticas de las diversas concepciones de la justicia

Las diferentes concepciones de la justicia se reflejan en las ideologías políticas⁵. Para el liberalismo económico o “neoliberalismo” (distinto del liberalismo igualitario o progresista), sólo es posible la justicia conmutativa o correctiva, en la que se agota todo concepto de justicia. Lo importante es garantizar la libertad y la seguridad de los individuos, a fin de que puedan realizar los intercambios con justicia, y ese es el papel del Estado, organizar el marco jurídico adecuado para garantizar esos derechos. Esto es lo que propugna Friedrich von Hayek, en su famosa obra “*The Road of Serfdom*” (*Camino de Servidumbre*), publicada en 1944. Hayek rechaza todo principio de planificación, todo intervencionismo de Estado y, en consecuencia, cualquier política cuyo fin sea un criterio de justicia

⁵ Para una visión más amplia de las teorías aquí reseñadas véase el excelente trabajo de Alfonso Ruiz Miguel, “*Concepciones de la igualdad y justicia distributiva*”, en “*Estado, justicia, derechos*”. Edición de Elías Díaz y José Luis Colomer, Alianza Editorial, S.A. Madrid. 2002, que aquí se sigue en lo esencial.

distributiva. No acepta términos medios –y esta es una de sus grandes debilidades– entre economía de mercado y economía planificada. Todo lo que sea coartar la libertad de mercado lleva irremediablemente al totalitarismo: “No hay más opciones que el orden gobernado por la disciplina impersonal del mercado o el dirigido por la voluntad de unos cuantos individuos; y los que se entregan a la destrucción del primero ayudan, lo quieran o no, a crear el segundo” (Hayek, 1978, p. 241).

El único supuesto en que Hayek acepta cierto intervencionismo estatal es contra la miseria y el extremo infortunio, aunque no por consideraciones de justicia sino por el interés general en la estabilidad del sistema y por razones humanitarias o de caridad.

En esta misma línea de pensamiento, Robert Nozick piensa que cualquier medida de redistribución de las rentas violenta los derechos individuales, por lo que el Estado debe reducirse a su mínima expresión. El derecho fundamental es el derecho a la propiedad, en una interpretación extrema y radical de los planteamientos de Locke.

En el esquema de justicia procesal pura de Hayek y Nozick, son imprescindibles la igualdad ante la ley y el imperio de la ley. Por la primera debe excluirse todo privilegio o beneficio a grupos o sectores. Por el segundo debe garantizarse el respeto a la legalidad, la administración independiente de justicia y la garantía del derecho individual a la libertad y la igualdad ante la ley. Para ambos autores el lema que resume a la justicia es: “De cada cual según sus libres elecciones, a cada cual según las libres elecciones de los demás”. Las críticas a este modelo de justicia son muchas, desde la concepción absolutista del derecho a la propiedad privada y la concepción genérica del derecho a la libertad, hasta la filosofía de la historia que subyace en este tipo de pensamiento.

Para quienes aceptan la necesidad de una justicia distributiva, los criterios pueden ser de igualdad de bienestar o de igualdad de recursos. Lo común a ambos criterios es la distribución de recursos, pero con el primero lo importante es el fin, el bienestar, independientemente de los recursos necesarios para ello; mientras que para el segundo lo importante es la igualdad en los recursos, independientemente de la cantidad de bienestar que individualmente produzcan. El criterio de la igualdad de bienestar es el seguido por Marx en su *Crítica al Programa de Gotha*, resumido en el lema: “A cada cual según sus capacidades y a cada cual según sus necesidades”. Este tipo de justicia implica la desaparición de la división del trabajo y un crecimiento tal de las fuerzas productivas que haga correr “a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva”. Se trata, a todas luces, de una utopía irrealizable, mantenida como modelo por el socialismo de la II Internacional hasta la Primera Guerra Mundial y la revolución Rusa. A partir de la escisión de la III Internacional comunista, la socialdemocracia europea se decanta por otro modelo menos utópico, de un mínimo de bienestar proporcionado por el Estado (Ruiz Miguel, 2002, p. 220 y 221).

La socialdemocracia parece converger con el liberalismo igualitario o progresista en un criterio de justicia distributiva de igualdad de recursos. Para los seguidores de este criterio lo importante es igualar en lo posible los ingresos en dinero de los ciudadanos, independientemente del tipo de bienestar en que desee invertirlo cada quien. La primera restricción con que se topa este criterio es el derecho a la libertad y la autonomía individual; la segunda limitación deriva de un criterio de eficiencia económica; la tercera, de las diferencias de méritos individuales; y una cuarta, del azar. Un sistema inspirado en la igualdad de recursos debe, por tanto, ser producto de una libre deliberación, de una decisión democrática; debe ser eficiente y, en este sentido, reconocer en la remuneración desigual un aliciente para el logro de dicha eficiencia; ligado a ello, reconocer las diferencias individuales en capacidades intelectuales y trabajo y, por tanto, en remuneración; y, por último, reconocer el factor suerte en la obtención de beneficios particulares. Este es el esquema que parece haber adoptado el Partido Socialdemócrata alemán en el Congreso de Bad Godesberg, en 1959.

2.4. La justicia procedimental de John Rawls

En la línea de Hobbes, Locke, Hume y Kant, John Rawls desarrolla su tesis en su famosa obra "*A theory of Justice*", mal traducida como *Teoría de la Justicia*. De inspiración kantiana son sus nociones de persona moral libre, igual y responsable que se orienta hacia un reino de fines o valores para la vida histórica, social y política. Implica, al mismo tiempo, una construcción teórica crítica del utilitarismo y el intuicionismo, sobre la base de una igualdad de recursos que permita la construcción de una democracia de propietarios, más justa que la actual democracia de bienestar capitalista. Es, sin duda alguna, la teoría de la justicia de mayor impacto en los últimos treinta años.

Para Rawls la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales y su objeto, por ende, es "la estructura básica de la sociedad". Contempla la justicia como criterio de ordenación social, utilizando un concepto intermedio de justicia: ni el restrictivo de legalidad estricta ni el amplio de perfección (Hierro, 2002, p. 13, 14 y 15). Rawls propone distinguir tres tipos de justicia procesal: perfecta, imperfecta y pura. El esquema de justicia procesal perfecta es aquél en el que es posible establecer cuál es el criterio de justicia y los procedimientos para alcanzarla. Un ejemplo de este tipo de esquema de justicia es un pastel que debe repartirse entre quienes tienen igual derecho a él: el criterio de justicia es que todos deben tener un pedazo igual y el procedimiento es encargar a alguien partirlo en partes iguales y tomar el último pedazo. En el esquema de justicia procesal imperfecta, conocemos el criterio de justicia pero es imposible diseñar un procedimiento para alcanzarla. El ejemplo de este segundo esquema de justicia imperfecta son los casos penales, en los que podemos determinar el grado de culpabilidad y la pena que le corresponde a alguien que ha cometido un delito pero los procedimientos jurídicos penales son incapaces de garantizar a

plenitud que todo culpable sea condenado o que no se condene a ningún inocente. En el tercer esquema de justicia procesal pura, no es posible contar con un criterio de justicia, pero sí podemos contar con un procedimiento que nos garantice un resultado justo, independientemente del contenido de este resultado. El ejemplo de este tercer esquema de justicia procesal pura es la lotería.

Rawls desarrolla su idea de la justicia “*as fairness*” (traducida “como imparcialidad”) apoyado en la teoría contractualista y en la teoría de la elección racional. Para él existe una posición o punto de partida original, lo que denomina “posición originaria”, que como en Rousseau no es algo históricamente real, sino una hipótesis que conduce a una concepción de justicia: “Podría decirse que la posición original es el *status quo* inicial apropiado y que, en consecuencia, los acuerdos fundamentales logrados en ella son justos. Esto explica lo apropiado del nombre justicia como imparcialidad: transmite la idea de que los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial que es justa”. En esta posición originaria existe la mayor igualdad y en ella prevalecen dos principios: por el primero, debe haber igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos; por el segundo, las desigualdades sociales y económicas, de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad⁶. Estos principios operan bajo condiciones razonables: “Los dos principios mencionados parecen ser una base equitativa sobre la cual los mejor dotados o más afortunados en su posición social, sin que se pueda decir de ninguno que lo merecía, pueden esperar cooperación voluntaria de los otros en el caso en que algún esquema practicable sea condición necesaria para el bienestar de todos”. En esta posición original prevalece lo que Rawls llama “el velo de la ignorancia”, es decir, los participantes no conocen la posición y el papel social que ocuparán, sus capacidades naturales, intelectuales y físicas, sus metas personales, sus convicciones religiosas y morales, sus caracteres psicológicos, las circunstancias económicas y sociales de la sociedad en que vivirán. Hay una especie de tabla rasa en la mente de quienes participan y parten de esta posición original. En segundo lugar, en esta posición original lo que guía la conducta es un modelo de racionalidad egoísta, que excluye tanto la envidia como el altruismo. Por último, no existen limitaciones de palabra ni de tiempo, es decir, las posibilidades de la discusión son ilimitadas, de manera que se garantice poder llegar a un acuerdo unánime sobre principios generales y universales, públicos y no secretos, jerarquizados, definitivos y no revisables. El acuerdo o consenso a que se llegue será el más justo posible, es decir, constituirá el ideal de la justicia posible (Ruiz Miguel, 2002, p. 227 y 228).

⁶ “First, each person participating in a practice, or affected by it, has an equal right to the most extensive liberty compatible with a like liberty for all; and second, inequalities are arbitrary unless it is reasonable to expect that they will work out for everyone's advantage, and provided the positions and offices to which they attach, or from which they may be gained, are open to all”.

Esa situación estará regida por los dos principios ya enunciados, el segundo de los cuales se diversifica en dos, con lo que en realidad se trata de tres principios jerarquizados: primero y fundamental, iguales libertades básicas; una vez garantizado el primer principio nos topamos con la realidad de las desigualdades económicas y sociales, respecto de las cuales deben regir dos principios: el segundo, de justa igualdad de oportunidades frente a la posibilidad de alcanzar cargos y posiciones desiguales; y el tercero, “principio de diferencia”, por el que dichas desigualdades deben establecerse para el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. Como ya hemos advertido, la aplicación de los tres principios debe darse de manera jerarquizada, de manera que para la aplicación del tercero es necesaria antes la plena vigencia del segundo, y para la aplicación del segundo es necesario primero haber garantizado la plena igualdad en cuanto a las libertades básicas. Es así que el segundo principio, de igualdad de oportunidades, se enfrentará a una imposibilidad insuperable, relativa a la diferente distribución de las dotes naturales y a las diferentes condiciones familiares que condicionan el desarrollo de éstas. De ahí que surja la necesidad del tercer principio o “principio de diferencia”, que trata de corregir esta desigualdad insuperable. El lema del modelo de justicia propuesto por Rawls podría ser el siguiente: “De cada cual según sus libres elecciones, a cada cual de acuerdo con el principio de diferencia”.

Rawls examina el concepto de fraternidad en relación a la libertad e igualdad. La Ilustración francesa y la Revolución Francesa de 1789 tenían como lema para todos los hombres “*libertad, igualdad y fraternidad*”. La libertad corresponde al primer principio, o principio de igualdad de libertades básicas; la igualdad corresponde al principio de igualdad de oportunidades, y la fraternidad corresponde al principio de diferencia. En realidad, el esquema propuesto por Rawls pretende ser una respuesta al gran dilema de la modernidad, escindida entre sistemas políticos, económicos y sociales que priorizan la libertad en detrimento de la igualdad y aquellos que priorizan la igualdad en detrimento de la libertad. El principio de la diferencia o fraternidad pareciera ser el punto de equilibrio entre ambos extremos.

No es posible abordar en el presente trabajo la crítica a la teoría de Rawls, proveniente tanto del neoliberalismo (Nozick) como del marxismo analítico (Cohen). Sí es importante hacer notar que su teoría presupone una concepción determinada de la persona, que es la concepción política y normativa de los ciudadanos como personas libres e iguales. Las teorías procesales jamás son puramente formales o procesales, pues necesariamente descansan en axiomas valorativos externos o previos. Es el caso también del concepto de “imparcialidad”, que no es un criterio puramente formal o procesal, sino sustantivo, referido a personas y beneficios o cargas.

3. El Derecho y la Libertad

En una larga conversación, inédita, con el Alejandro Serrano Caldera y Alberto Ycaza⁷, decía Serrano: “El gran desafío es hasta dónde llega la libertad. Los límites de la libertad. La libertad, vista desde el anverso, en una frase, puede definirse como un sistema de límites. Al definir el sistema de límites definís el contenido de la libertad. Hegel, en la 'Filosofía del Derecho y del Estado', de 1821, se enfrentó a este problema. ¿La libertad es un absoluto o hay que definir sus límites? Esta es la gran pregunta. Porque, si es absoluta, la libertad no libera, sino que destruye. Y la libertad no es para destruir, sino para crear. Y si es para crear, como todo, debe tener alguna frontera. Entonces Hegel relaciona la libertad con otra categoría filosófica que es la necesidad. La necesidad entendida como un sistema de leyes que hacen que una cosa sea como es y no de otro modo, como el peso de los cuerpos, por la ley de la gravedad. El caer es parte de su naturaleza. Como la perspectiva es parte de las cosas y es parte de las palabras. Las palabras tienen perspectivas y las ideas también, dependiendo de cuándo se dicen, cómo se dicen y desde dónde, en qué contexto, se dicen. Hegel define la libertad como la conciencia de la necesidad, ser conciente, conocer los límites”.

Ya vimos cómo, de acuerdo con el fino análisis de Arendt, en el mundo griego igualdad no era sinónimo de justicia, sino de libertad. La Ley, en Grecia, tenía un sentido espacial, era el artefacto que creaba el espacio de la política y de la libertad. Heráclito llega a decir que “un pueblo debe luchar por las leyes de su ciudad como si fueran sus muros” (Popper, 1945, p.28). El problema moderno no es el de la libertad como libre albedrío, sino el de la libertad civil, es decir, la libertad en el marco de las relaciones entre el individuo y el Estado. Los grandes pensadores de la Ilustración, con diferentes matices, coincidían en que cierta parte de la vida debía quedar reservada y fuera del control social. El más elocuente defensor de la intimidad y la libertad individual fue Constant, para quien es falso que la sociedad posea sobre sus miembros una soberanía sin límites. Hay una parte de la existencia humana que, por necesidad, permanece individual e independiente y que está por derecho fuera de todo ámbito de control social. Si la sociedad cruza esta línea –dice Constant– se hace “tan culpable como el déspota que no tiene otra calificación que su espada exterminadora”. En su obra “*Sobre la soberanía del pueblo*” dice que los ciudadanos poseen derechos individuales independientes de toda autoridad social o política y toda autoridad que viole estos derechos se convierte en ilegítima. Estos derechos individuales son el derecho a la libertad individual, libertad religiosa, libertad de opinión, en el que está incluida su publicidad, el goce de la propiedad y las garantías contra todo lo que sea arbitrario (Constant, 1815, p. 2-3, 5).

⁷ Una parte mínima de esta conversación, cuya versión final fue consultada y autorizada por quienes participaron en ella, fue publicada en La Prensa Literaria del 8 de junio de 2002.

3.1. La tesis de la imparcialidad del derecho

John Stuart Mill, en "*On liberty*", se plantea el problema: el tema de su ensayo no es –dice– la llamada "Libertad de Resolución" ("*liberty of the Will*"), sino la "libertad civil o social; la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo". "Cuestión ésta –añade– pocas veces planteada y casi nunca tratada en términos generales, pero que influye profundamente con su presencia latente en las controversias prácticas de la época, y está a punto de imponerse como la cuestión vital del futuro" (Mill, 1859, p. 63).

Visto el problema desde la perspectiva de las relaciones entre ética y derecho, la pregunta que se plantea es la de hasta dónde el derecho debe utilizarse para promover determinado tipo de valores morales. La respuesta, como ya hemos señalado, de parte del liberalismo, siguiendo a Kant y a Mill, ha sido la llamada "tesis de la imparcialidad del derecho", es decir, que el Estado no debe tomar una posición moral determinada sino que debe respetar un pluralismo de valores y que las convicciones morales son un asunto del ámbito de la conciencia personal. Pero esta tesis de la imparcialidad o neutralidad no puede sino descansar en algún principio moral positivo que, en Mill, no es otro que el principio del daño. "Este principio consiste –afirma Mill– en que el único fin que justifica la intervención de la especie humana, colectiva o individualmente, en la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia protección. Que el único propósito para el que puede ejercitarse legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás" (Mill, 1859, p. 74). Es evidente que el principio del daño requiere de un criterio de valor positivo y que una concepción de la libertad eminentemente negativa corre el riesgo de reducirse al ámbito de las acciones inocuas y sin importancia. Realmente Mill no fue capaz de aportar una teoría coherente que fuese más allá del principio utilitarista enunciado por Bentham y seguido por los radicales filosóficos, entre los que estaba su padre, James Mill. Su defensa de la libertad no estaba en función de la eficacia del gobierno, como pensaban los liberales clásicos bajo el principio utilitarista, sino por su valor intrínseco. Pero Mill no podía fundamentar este valor de la libertad ni en la teoría de los derechos naturales, que rechazaba la tradición utilitarista a la que pertenecía, ni en argumentos puramente positivistas, derivados de la legalidad, por el valor intrínseco que le atribuía. En opinión de George Sabinés, la dificultad de Mill estribó en que jamás analizó la relación existente entre libertad y responsabilidad, "la dependencia de la libertad personal de los derechos y obligaciones sociales y legales". En términos prácticos, Mill llegó a abandonar el principio del *laissez-faire* económico y a aceptar la necesidad de una legislación social, aunque por razones humanitarias, aceptando en sus últimos años cierto tipo de control al que llamó socialismo. La idea moral central en la ética de Mill es el valor intrínseco de los seres humanos, su igual

valor moral, en la forma definida por Kant; con este planteamiento ético central Mill fue más allá del principio utilitarista que estaba en función del cálculo del placer y el dolor. La libertad, así, no es un medio para la felicidad, sino un fin, una parte intrínseca de la felicidad.

3.2. Libertad negativa y libertad positiva

Isaiah Berlin, en sus famosos “Cuatro ensayos sobre la libertad” (Berlin, 1998, p. 220 y siguientes), define dos sentidos políticos de la palabra libertad: uno, negativo, que es “el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”; y otro, positivo, que “se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño”. El primero de estos sentidos coincide con la concepción de la libertad de Mill, es decir, libertad como ausencia de coacción. Este es el sentido que le da a la libertad también un filósofo neoliberal como Hayek, para quien el estado de libertad es aquél por el que la coacción que algunos ejercen sobre los demás queda reducida, en el ámbito social, al mínimo (Hayek, 1992, p. 76).

Respecto de este primer sentido, Berlin destaca tres hechos: uno, que bajo él subyace la idea de que toda coacción es mala, y que las potencialidades humanas solo pueden desarrollarse en un ambiente ausente de toda coacción; dos, que la doctrina de Mill es relativamente moderna, puesto que el derecho a la intimidad como le conocemos apenas se remonta no más allá del Renacimiento o la Reforma; y, tres, que la libertad en este sentido negativo no es sinónimo de democracia y que, por el contrario, es compatible con regímenes autocráticos. Este último hecho se topa con el segundo sentido de la palabra libertad, es decir, libertad como autonomía, no estar libre “de” algo, sino ser libre “para” algo. La libertad negativa responde a “en qué medida he de ser gobernado” y la idea de la libertad positiva a “por quién he de ser gobernado”. Libertad de y libertad para: estos dos sentidos de libertad aparentemente podrían ser como dos caras de una misma moneda pero se trata de dos ideas diferentes que se desarrollaron por caminos distintos y que han llegado a ser contradictorias.

La tesis de Berlin no llega al extremo de considerar la libertad negativa como la únicamente válida, aun cuando reconoce que ésta no se ha prestado a los abusos que se ha pretendido justificar con la idea de la libertad positiva. “Sobran, por tanto, –dice Berlin, en la Introducción a sus *Cuatro Ensayos sobre la libertad*– los argumentos en defensa de la intervención del Estado, o de otras instituciones para asegurar las condiciones que requieren tanto la libertad positiva de los individuos como un grado mínimo de su libertad negativa” (Berlin, 1958, p. 54). Berlin reconoce que la libertad positiva es un fin universal válido y el autogobierno democrático una necesidad fundamental y algo valioso intrínsecamente.

En realidad, la tesis de Berlin no es nueva. Ya el mismo Constant había hablado de la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos”, para diferenciar la libertad en la comunidad y la libertad en la esfera privada. Por otra parte,

quienes primero desarrollaron la crítica a los planteamientos de Mill fueron los idealistas de Oxford, cuyo máximo representante fue Thomas Hill Green. Hegel ya había hecho la crítica del individualismo, a través de su teoría ética de la libertad y su teoría del Estado. El individuo no puede verse como un ente aislado de la sociedad y del Estado; su espiritualidad y racionalidad son creaciones de una vida social y las instituciones sociales a su vez no son simples inventos o instrumentos para satisfacer deseos irracionales. En la óptica de Hegel no puede ni debe haber enfrentamiento entre las instituciones y el Estado y la libertad. En una inversión de ficticias abstracciones, Hegel llega a oponer la libertad a lo que él denomina “libertad real”, concibiendo la primera como el ámbito del capricho, el sentimentalismo y el fanatismo, y la segunda como la ciudadanía, es decir, los derechos y libertades individuales que corresponden a los derechos impuestos por el papel del individuo en la sociedad (Sabine, 1998, p. 495). Hill Green fue calificado como neo-hegeliano, pero en realidad su pensamiento fue totalmente ajeno a la dialéctica y el autoritarismo de los planteamientos de Hegel. Puso al descubierto las debilidades e inconsistencias de una idea de libertad reducida a la libertad negativa y enfatizó la importancia de la libertad positiva, a la que definió como “un poder o capacidad positiva de hacer o gozar algo digno de hacerse o de gozarse”. La libertad además de ser una realidad individual es una realidad social y este enfoque dual se impone también para el derecho. El derecho es a la vez una demanda de libertad de acción, como impulso individual, y un reconocimiento social de que esa demanda se satisfaga porque contribuye al bien común. Con estos planteamientos el liberalismo de Green se abrió a la aceptación del intervencionismo de Estado y la regulación del mercado libre, como instrumento y no como un fin en sí mismo.

En contra de lo que está Berlin no es de la libertad positiva, sino de su perversión y su conversión en la “apoteosis de la autoridad”. Realmente, el meollo de la tesis de Berlin, no es su preferencia por uno u otro tipo de libertad o la exclusión de la libertad positiva a favor de la negativa, es su ataque al racionalismo objetivista. Dice al respecto: “La idea de que tiene que haber respuestas últimas y objetivas para las cuestiones normativas; verdades que pueden demostrarse o intuirse directamente; que es posible en principio descubrir una estructura armónica en la que sean compatibles todos los valores; que hacia esta única meta es hacia la que tenemos que dirigirnos, y que nosotros podemos descubrir un único principio fundamental que configura toda esta concepción y que, una vez encontrado, ésta regirá nuestras vidas; toda esta vieja y casi universal creencia, sobre la que se basan tanto pensamiento y acción tradicionales y tanta doctrina filosófica, a mí me parece que no es válida y que a veces ha conducido (y todavía sigue conduciendo) al absurdo, en teoría, y a consecuencias bárbaras, en la práctica” (Berlin, 1958, p. 66). Berlin, así, se decanta por un pluralismo tolerante no exento de tensión, de dramatismo, pues se trata de una cuestión “más compleja y más dolorosa”: optar muchas veces entre unos u otros valores, entre una libertad en detrimento de otra, entre una

libertad y las condiciones para su ejercicio, “la necesidad capital de satisfacer las pretensiones de otros valores, no menos últimos, como la justicia, la felicidad, el amor, la realización de las capacidades para crear nuevas cosas, experiencias e ideas, y el descubrimiento de la verdad”.

3.3. Perfeccionismo, paternalismo y comunitarismo

Las críticas a la tesis de la neutralidad del Derecho consisten fundamentalmente en que éste es a la vez un principio moral, que requiere de una fundamentación positiva, y que el principio del daño es también moral, puesto que la noción debe ser valorativamente determinada. ¿Cómo determinar si una acción individual daña o no a los demás? Por último, el principio del daño se funda en el valor moral de la individualidad, o de la autonomía, por el que el individuo es capaz de determinar qué es lo bueno; pero frente al valor de la individualidad existen también otros valores igual o más importantes. ¿Porqué entonces preferir uno sobre otros como la felicidad, el bien común, la familia, etc.? Ciertamente es imposible que exista un sistema jurídico axiológicamente neutro. La idea de la libertad negativa, del reconocimiento de una esfera privada inviolable por el Estado, descansa en un valor positivo, la creencia de que es bueno que exista una esfera de acción inviolable, reconocida y garantizada por la ley.

La preferencia por la libertad negativa y el temor frente al sentido positivo de la libertad, en que descansa la tesis de la imparcialidad o neutralidad del Estado parte, generalmente, de una confusión entre el bien común y la felicidad. El fin de la política no es la felicidad, pues esta es un fin individual, un asunto privado. El fin de la política, y del derecho como uno de sus principales instrumentos, es la libertad o la autonomía individual y colectiva; pero esa libertad es importante tanto por sí misma como por las cosas que con ella podemos hacer, cosas que requieren de los otros y de las organizaciones de la sociedad para poderse hacer. La felicidad no depende enteramente de nosotros; al bien común, por el contrario, podemos contribuir tanto individual como colectivamente. ¿Quién define la vida buena? Esta ha sido la pregunta a que han pretendido, sin éxito y a un costo elevadísimo, dar respuesta los filósofos y los políticos. “En todo caso, la cuestión del bien común –responde Castoriadis, en un intento por dar respuesta a esta pregunta trascendental– pertenece al ámbito del hacer social-histórico, no a la teoría” (Castoriadis, 1998, p. 236). El bien común es “una creación colectiva anónima y espontánea”, que pertenece al ámbito de las significaciones imaginarias sociales y sin la cual, al menos en un sentido mínimo, ninguna sociedad puede existir. Esta concepción sustantiva del bien común es la que está detrás de todo derecho y todo procedimiento.

La crítica al relativismo ético y el individualismo atomista en que han degenerado las tesis liberales se ha hecho desde el llamado “perfeccionismo ético”, que sostiene que existen pautas de la vida buena válidas universalmente. El Estado, en consecuencia, debe promover estas pautas y desalentar las disvaliosas. La autonomía es valiosa cuando se ejerce entre opciones valiosas y

su valor se ve comprometido cuando es utilizada para optar por contravalores. En consecuencia, el principio de autonomía puede y debe ser complementado con la necesidad de que los gobiernos creen oportunidades moralmente valiosas. Otra variante opuesta al principio liberal clásico es el llamado “paternalismo jurídico” que, a diferencia del perfeccionismo, no impone planes de vida buenos contra la decisión individual sino que incide en las condiciones que hacen posible la autonomía⁸.

Las críticas más recientes vienen del neo pragmatismo de Rorty, el neo aristotelismo de MacIntyre y los llamados “comunitaristas” (Sandel, Walzer, Taylor). De mucho interés es el planteamiento del filósofo católico canadiense Charles Taylor, con su propuesta de una ética sustantiva, con énfasis en el valor frente al procedimiento, en el bien frente al deber, y su crítica del “yo descarnado” que subyace en todas las teorías contractualistas y procedimentales modernas y que supone que las personas tienen una capacidad de elección ilimitada y ya dada. Contra el subjetivismo y relativismo del atomismo liberal, Taylor propone en su obra más famosa, “Sources of the Self. The Making of Modern Identity”, publicada en 1989, un “realismo apelativo” que reconoce la fuerza objetiva de determinados valores y su carácter de rasgos reales de nuestro mundo, una “ética de la autenticidad” construida a partir del reconocimiento del carácter fundamentalmente dialógico de la persona humana y la crítica de la razón instrumental (Taylor, 1994, p. 11 a 34).

4. Epílogo

La legitimidad del derecho conecta necesariamente con el problema de la legitimidad del poder; por ende, el problema de las relaciones entre moral y derecho solo puede ser enfocado correctamente bajo el prisma triangular de las relaciones entre política, ética y derecho. Si las relaciones entre ética y política son constitutivamente problemáticas, si la forma en que ambas dimensiones se superponen en la práctica responde a una relación dramática, en el derecho habrá de reflejarse necesariamente esta tensión, tanto en lo que es la labor de ejecución de la ley propia del Gobierno como en la labor de aplicación del derecho por la administración de justicia. Pero es en la labor legislativa, depositaria de la soberanía, donde con mayor intensidad confluyen los tres polos, las tres fuerzas o imperativos que deben conjugarse: los del poder, la moral y el Derecho. No puede el derecho ser simplemente instrumento de la política, puesto que ello cercena su necesaria sustanciación y vinculación con la moral, es decir, con su fuente de legitimación. No puede la política construirse sobre una autonomía radical y absoluta, puesto que la idea de legitimación es consustancial al ejercicio del poder y lo que distingue a éste de la simple fuerza bruta. No pueden

⁸ Para una crítica del principio del daño, del perfeccionismo y el paternalismo, véase el valioso ensayo de José Luis Colomer, *Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos en Estado, justicia, derechos*. Alianza Editorial, S.A. Madrid, 2002.

el poder y la moral ignorar las normas constitucionales que sustentan a la organización política y social o la necesidad de dotarse de éstas. Se trata de mundos diferentes aunque no separados, no de compartimentos estancos, sino de realidades sistémicas propias aunque profundamente interconectadas.

El fenómeno multidimensional que representa la llamada globalización afecta principalmente al Estado-Nación, en su papel de garante del bienestar y la justicia distributiva. La economía sale de las manos del Estado y pasa a estar regulada por las leyes del mercado. Todo esto afecta a la política tradicional, que ha tenido como espacio escénico al Estado nación territorial y el derecho emanado del ejercicio monopólico de un poder soberano. La política ha sido sustituida por la economía, una economía regida por imperativos sistémicos y por un nuevo derecho natural representado por las ineluctables leyes de la oferta y la demanda. O bien la política ha sido sustituida por los fuertes lazos identitarios que proporcionan la Nación y la Religión, en la forma de nuevos nacionalismos y fundamentalismos. Como dice Fernando Vallespín, nos enfrentamos a un nuevo dilema, a una nueva Escila y Caribdis: el capitalismo mundializado, injusto e insolidario o el “neo-tribalismo etnicista”, disfrazado de nacionalismo (Vallespín, 2000, p. 226). Estas son las nuevas máscaras de la sociedad cerrada y sus utopías totalitarias, los principales enemigos de la justicia y la libertad, cuya recuperación pasa por devolver su lugar a la política.

La palabra de moda ha sido “desregulación”, que significa ausencia de normas, en nombre de la competencia y de la eficiencia. Se ha pensado, erróneamente, que la regulación, que el Derecho, es lo opuesto de la competencia, cuando está demostrado que, por el contrario, el verdadero enemigo de la libre competencia, el verdadero enemigo de la libertad no es el Derecho, sino la ausencia de normas, la anarquía, la ley del más fuerte. Un mercado sin normas que lo regulen tiende a convertirse en oligopolio o monopolio. Además, por la puerta de la desregulación se cuela el terrible mal de la corrupción. Lo estamos viendo en los últimos escándalos financieros que involucran a gigantescas compañías transnacionales en los Estados Unidos de América y las privatizaciones mafiosas que han proliferado en América Latina. Y por la puerta de la desregulación se cuela también el fantasma de la especulación, que amenaza con convertir la economía en un casino mundial.

La desregulación y la nueva tiranía del mercado se ha fortalecido no sólo por medio de la imposición de una justicia como simple legalidad, meramente conmutativa o retributiva, justicia eminentemente contractual, que olvida la justicia distributiva. A la ausencia de equidad se suma, como la otra cara de la moneda, la reducción de la libertad a su aspecto negativo, en un marco relativista rayano con el nihilismo, que ignora el valor de la autonomía individual y colectiva y del bien común.

La política no puede reducirse a la economía de mercado, pues el mercado es incapaz de fijar el valor del interés colectivo y de la solidaridad. La política no puede ser la simple resultante del choque de intereses individuales, pues supone

un contrato social que la antecede y va más allá de los contratos particulares. La política, y la democracia como su más alta expresión, no pueden ser simples procedimientos, asuntos meramente formales, sino debate sustantivo permanente, donde la razón ocupa un lugar y en donde el hombre sin mayúsculas ni adjetivos, ocupa el lugar central. Curiosamente, lo que hoy propugna el llamado neoliberalismo es ajeno a la verdadera tradición liberal que parte de la proclamación de la autonomía de lo político: la ideología neoliberal está más en consonancia con el economicismo de la tradición marxista leninista, que favorecía el debilitamiento del Estado y la conformación de un único sistema económico mundial, que de la tradición liberal instaurada por Locke y Rousseau a partir de la hipótesis del contrato social como fundamento de la esfera política. La administración de las cosas no puede sustituir al gobierno de las personas, pues la técnica de la ordenación del trabajo y las necesidades humanas no puede sustraerse a la ética. Como dice Ricoeur, “es el poder político el que, en última instancia, combina las escalas de preferencia y las posibilidades tecnológicas, las aspiraciones latentes de la comunidad humana y los medios descubiertos por el conocimiento de las leyes económicas” (Ricoeur, 1955, p.245). Esta articulación entre la ética y la técnica es la razón fundamental por la que la administración de las cosas implica el gobierno de las personas.

Devolución de su lugar a la política. Pero la política no puede girar más alrededor del Estado-Nación tradicional. Necesitamos una reformulación de la política, a partir de una reconceptualización de la sociedad y el Estado, por un lado, y del individuo, por otro.

Un Estado políticamente sano requiere de una justicia independiente y una opinión pública sólida, que implique una ciudadanía capaz de formarse opiniones y capaz de expresarlas. Un Estado abstencionista es incapaz de contribuir a formar una ciudadanía en el pleno sentido de la palabra, es decir, una ciudadanía informada y deliberante, capaz de definir lo que es el interés público en el momento histórico preciso. Y no puede existir democracia sin ciudadanos, es decir, sin hombres y mujeres “capaces de gobernar y ser gobernados”, como definía Aristóteles a los ciudadanos.

La simple conciencia de la necesidad, (de la “contingencia necesaria” y la “necesidad contingente” –como dice Castoriadis–), está lejos de ser la libertad; pero tener conciencia de todo lo anterior es la condición necesaria para la libertad, para tomar decisiones lúcidas acerca de nuestro destino individual y colectivo.

Bibliografía

1. Aranguren, José Luis L.; *Ética*. Alianza Editorial. Primera Edición, 1979. Tercera reimpresión, 1985.
2. Arendt, Anna. *La condición humana*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1993.

3. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. (edición de M. Araujo y J. Marías). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid .1989.
4. Aristóteles. *Política*. (edición de M. Araujo y J. Marías). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid .1989.
5. Berlin, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*; Alianza Editorial, S.A. Madrid. 1998.
6. Bobbio, Norberto. Algunos argumentos contra el derecho natural. En Díaz, p. 309.
7. Castoriadis, Cornelius. *Democracia como procedimiento y como régimen*, en *El ascenso de la insignificancia*. Frónesis Cátedra, Universitat de Valencia; Traducción de Vicente Gómez; Ediciones Cátedra, S.A. Madrid. 1998.
8. Colomer, José Luis; Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos, en Estado, justicia, derechos. Filosofía y Pensamiento. Alianza Editorial S.A. Madrid. 2002.
9. Comte-Sponville, André; *Pequeño tratado de las grandes virtudes*. Espasa Calpe S.A. 1998.
10. Constant, Benjamin (1815). *On the Sovereignty of the People*. Translated by Charles Randolph Bowman. Solonian Reprints, No. 2, English translation, versión 1.0 (www.solonian.com, 1996).
11. Díaz, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus Ediciones S.A. 1976.
12. Habermas, Jürgen. *Legitimidad por vía de legalidad*, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Traducción de Manuel Jiménez Redodo.1ra. Edición. Ediciones Paidós. ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1991.
13. Hayek, Friedrich August von. *The Road to Serfdom. Camino de Servidumbre*. 2a edición. Traducción de José Vergara. Alianza Editorial. Madrid. 1978.
14. Hayek, Friedrich August von. *Sobre la libertad*; Libro Libre, Imprenta Lil S.A. San José, Costa Rica. 1992.
15. Hierro, Liborio L. *El concepto de justicia y la teoría de los derechos en Estado, justicia, derechos*, Filosofía y Pensamiento. Alianza Editorial S.A. Madrid, 2002.
16. Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho y moral*. En *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Edición a cargo de Rodolfo Vásquez. Gedisa Editorial S.A. España. 1998.
17. González Vicén, Felipe. La filosofía del Derecho como concepto histórico, Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, tomo XIV. 1969.
18. Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. 3ª ed. Harvard University Press. Cambridge, Mass. 1945. Traducción al castellano de Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México. 1949.
19. Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid.

20. Oakeshott, Michael, *El racionalismo en la política y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica. México. 2000.
21. Palombella, Gianluigi. *Filosofía del Derecho Moderna y Contemporánea*, Editorial Tecnos, S.A. Madrid. 1999.
22. Popper, Kart. *Karl Popper: la lección de este siglo*. Entrevistas con Giancarlo Bosetti. Editorial Océano de México S.A. de C. V. México. 1992.
23. Popper, Kart. *La sociedad abierta y sus enemigos*; Paidós. Traducción de Euduro Loedel, 1945. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1957.
24. Ricoeur, Paul; *Historia y verdad*; Editions du Seuil. Paris. 1955. Ediciones Encuentro. Madrid. 1990.
25. Ruiz Miguel, Alfonso; *Concepciones de la igualdad y justicia distributiva, en Estado, justicia, derechos*. Edición de Elías Díaz y José Luis Colomer. Alianza Editorial S.A. Madrid. 2002.
26. Sabine George H. *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica, 3^{ra}., 2^{da}. Reimpresión; México D. F. 1998.
27. Sartori, Giovanni (1997), *¿Qué es la democracia?*, Editorial Patria S. A. de C. V. México.
28. Savater, Fernando, (1995), *Diccionario Filosófico*. Quinta Edición. Editorial Planeta S. A. 1999.
29. Serrano Caldera, Alejandro. en *Alejandro Serrano Caldera y Alberto Ycaza: La clásica utopía posible*. La Prensa Literaria. Julio Icaza Gallard. Sábado 8 de junio de 2002.
30. Taylor, Charles. *La ética de la autenticidad*. Primera Edición. Introducción de Carlos Thiebaut. Ediciones Paidós. ICE de la Universidad de Barcelona. Barcelona. 1994.
31. Vallespín, Fernando. *El futuro de la política*; Taurus, Pensamiento. Grupo Santillana de Ediciones S. A. Madrid. 2000.