

LA JUSTICIA Y EL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO Y HANS KELSEN

ALBERTO SILVIO PESTALARDO

I. Introducción

Alguien podrá preguntarse, con toda razón, la necesidad o conveniencia de realizar una comparación como la que nos proponemos. No existen mayores similitudes entre Santo Tomás de Aquino (1225-1274) y Hans Kelsen (1881-1973) que el solo hecho de haber incursionado ambos en tratar determinados temas propios de la filosofía práctica. Vamos a comparar a un teólogo (ciertamente, gran filósofo también, pero no debemos olvidar que “si queremos buscar ... en la compleja personalidad de Santo Tomás un Doctor de la verdad filosófica, es únicamente en el interior del teólogo donde podemos esperar descubrirlo”¹), monje, de origen noble, luego santo y Doctor de la Iglesia, del siglo XIII, con un jurista del siglo XX. Tampoco –y más allá de la distancia temporal– existe una proximidad cultural basada en lo territorial. El Aquinate nació en lo que hoy es Italia, mientras que el abogado Kelsen era austríaco (originario de Viena) y vivió gran parte de su vida en los Estados Unidos de Norteamérica. Muchos nos reprocharán también –y con justa razón, hay que admitirlo– la realización de esta comparación, por la enorme distancia intelectual que media entre el Doctor Angélico y el jurista vienés.

¹ GILSON, Etienne: *El tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1989, pág. 19.

Ciertamente no desconocemos esta extrañeza existente entre ambos autores ni las dificultades que ella conlleva, a las que nos referiremos después. No nos mueven primeramente ni razones filosóficas ni jurídicas ni morales ni históricas. Nos mueve algo mucho más sencillo y hasta podríamos decir “doméstico”. Quizás uno de los pocos lugares donde puedan encontrarse estos dos perfectos desconocidos es en alguna audiencia, en algún juzgado argentino o en algún expediente local. En efecto, es público y notorio el hecho de que dos de las más importantes universidades de nuestro país (y me arriesgaría a decir que son aquellas de las que más abogados que ejercen han egresado, al menos dentro del ámbito de la Capital Federal) son la Universidad de Buenos Aires y la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Y es también público y notorio que –por largos años– la enseñanza de la filosofía del derecho en la primera se ha hecho sobre la base del pensamiento de Hans Kelsen y, en la segunda, sobre la base del pensamiento de Santo Tomás de Aquino. Ciertamente esto encuentra su explicación en la importante influencia que han tenido durante el siglo XX, en la filosofía del derecho, la figura de Kelsen (especialmente seguido en nuestro país) y el resurgimiento de la filosofía escolástica o tomista en el mismo siglo, a partir de la obra de ciertos autores franceses como Étienne Gilson o Jacques Maritain (movimiento introducido aquí principalmente por Mons. Derisi, en los Cursos de Cultura Católica y posteriormente en la UCA), que originó un renovado iusnaturalismo, representado por autores contemporáneos, como el también francés Michel Villey.

Si bien podría objetárse nos también que en la actualidad se incursiona en el estudio de otros iusfilósofos (por lo que esta comparación podría considerarse “pasada de moda”) y que hay ahora muchas otras universidades donde se estudia derecho, insistimos en el hecho de que la mayor parte de los abogados en actividad en nuestro país ha recibido en su formación la impronta de estos autores que, por lo demás, representan la eterna antinomia del mundo del derecho (iusnaturalismo vs. positivismo), en algunas de sus versiones más puras y, por tanto, más claras. No es nuestra intención, por lo demás, realizar un trabajo exhaustivo que contemple la filosofía jurídica de uno y otro autor en toda su dimensión (dado que ello excede nuestras posibilidades de tiempo y extensión), sino sólo una aproximación a los conceptos de justicia y derecho en ambos autores.

II. Dificultades

Ya hemos adelantado la absoluta extrañeza y distancia que existe entre ambos autores objeto de nuestro estudio. Recomendamos ante todo al lector (dado que la brevedad de este trabajo y su propósito no nos permiten incursionar en ello) la lectura de una –aunque sea breve– biografía que le permita ubicarlos dentro de su contexto histórico, cultural y también filosófico (a este aspecto sí nos referiremos someramente). Sobre todo, lo referido al Doctor Angélico, ya que el contexto de Kelsen, por ser contemporáneo, nos resulta ciertamente mucho más familiar.² Entendemos de singular importancia ubicarnos en el contexto histórico-cultural. Compartimos con Ortega³ que “toda idea está adscrita irremediabilmente a la situación o circunstancia frente a la cual representa su activo papel y ejerce su función”.⁴ También existe la dificultad del idioma, frente a la cual conviene leer el texto en aquel en que fue escrito o –de no ser ello posible por desconocimiento– acudir a una cuidada traducción.⁵

Una última dificultad que podemos señalar (lo que no quiere decir por supuesto que no haya otras) es la que deriva del hecho incontestable de que ni Santo Tomás conoció a Kelsen (por obvias razones históricas) ni Kelsen al Aquinate. Esto último lo afirmamos basán-

² En este sentido, recomendamos especialmente, en lo referido a Santo Tomás (y aunque quizás exceda en algo el propósito que expusimos), la excelente y entretenida novela de Louis de Wohl, *La luz apacible*, o bien la clásica y no menos excelente biografía de G. K. Chesterton *Santo Tomás de Aquino*. Para un lector con menos tiempo y sólo ávido de información despojada de literatura, la síntesis biográfica expuesta por Fr. Santiago Ramírez en el T. I de la *Suma Teológica* editada por la BAC. En cuanto a Kelsen, presuponiendo innecesaria tanta información de alguien cuyo contexto histórico-cultural es más cercano al lector, se puede remitir al artículo sobre él en el *Diccionario de Filosofía* de Ferrater Mora o en cualquier otro diccionario o enciclopedia de cierta envergadura.

³ Aun cuando consideramos que hay una exageración en la postura puramente historicista que debe evitarse, el análisis de tal cuestión excedería evidentemente este trabajo.

⁴ ORTEGA Y GASSET, José: *Prólogo a la edición en castellano de la Historia de la Filosofía de Emile Bréhier*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1942, pág. 18.

⁵ Respecto de las dificultades propias del desconocimiento del idioma para estudiar un pensamiento determinado, nos remitimos a lo dicho por W. K. C. Guthrie en *Los filósofos griegos*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1994, págs. 10/18.

donos no sólo en la ausencia de citas del Doctor Angélico en la obra del iusfilósofo vienés, sino también en el hecho de que éste, al criticar a la que él llama “doctrina del derecho natural”, como más adelante veremos, no se está refiriendo en modo alguno a la doctrina iusnaturalista clásica. Se está refiriendo claramente, tanto en el contenido como en los autores que menciona, a aquellos “sistemas de derecho natural” que forman parte del racionalismo jurídico y que encuentran su origen en y parten de Descartes,⁶ ya que sospechamos que considera erróneamente a estos últimos fieles continuadores de la primera.

Así, al no existir referencias expresas de un autor al pensamiento del otro, deberemos esforzarnos en confrontar sus pensamientos sin la ayuda de ellos mismos.

III. Pensamiento de Hans Kelsen

Vamos a adentrarnos en el pensamiento de Hans Kelsen acerca de la justicia y el derecho a través del comentario de dos de sus obras: la famosísima *Teoría Pura del Derecho* y el libro titulado *¿Qué es la justicia?*.

La primera pregunta que surge al lector que no conoce el tema es: ¿Por qué teoría “pura” del derecho? O bien: ¿Cuál es el sentido de la expresión “pura”? Nos dice al respecto el jurista vienés:

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional e internacional.

[...] Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse.

[...] Al calificarse como una teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños.

⁶ Conf. MONTEJANO, Bernardino (h): *Ideología, racionalismo y realidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981.

[...] Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado en la psicología y la biología, en la moral y la teología.⁷

Así, la teoría “pura” del derecho pretende, según el autor, despojar a la ciencia del derecho de todo aquello que le es ajeno. Al decir de Komar, “Kelsen postula la posibilidad de un derecho *puro* que no se apoya sobre un orden natural. Es puro derecho, solamente derecho, un sistema de derecho. Todas las reglas de este sistema son una estructura estudiada como *pura* estructura. Sin sus bases sociales, sus bases económicas, sus bases ontológicas. Puro derecho”.⁸ Pura ciencia del derecho, aislada en forma “aséptica” de todos los restantes saberes humanos y –claro está– de todo el resto de la realidad (si es que dentro del pensamiento de Kelsen podemos hablar propiamente de realidad).

Con lo dicho, resulta ya evidente que, pese a su pretendida “pureza”, esta concepción jurídica encuentra su base en una concepción filosófica. Estos principios sobre los que Kelsen está basando su teoría, y que no pretende demostrar, son extraños a la ciencia jurídica y propios de un saber filosófico. Esto no tiene nada de extraño ni es en sí criticable. Todas las teorías científicas encuentran su fundamento en principios filosóficos. No obstante, llamamos la atención sobre este punto porque el propio autor niega toda conexión entre su “teoría pura del derecho” y otros estratos del saber humano.

Dice también Hans Kelsen:

la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza. Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa a efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.⁹

⁷ Textos tomados de KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, Cap. I, pto. 1.

⁸ KOMAR, Emilio: *Modernidad y posmodernidad*, Buenos Aires, Ediciones Sabiduría Cristiana, 2001, pág. 27.

⁹ KELSEN, Hans, *ob. cit.*, Cap. I, pto. 2 a).

No nos detendremos aquí –excede nuestro propósito, como quedó dicho *supra*– en el tema de la ley. Pero sí cabe destacar el concepto de naturaleza y de ley natural que da Kelsen para ver su postura filosófica. Más allá de señalar que nuestro autor, en contra de sus dichos iniciales, nuevamente se está ocupando de la filosofía (o bien “de la biología”, como pareciera que él lo entiende, según lo que más arriba dijo),¹⁰ se ve en la última de las citas transcrita cómo para Kelsen la sociedad no es, como para Aristóteles, algo “natural”. Más allá de coincidir o diferir con el concepto de naturaleza expuesto, lo cierto es que –*contrario sensu*– se trata de un orden artificial (al modo en que lo entiende J. J. Rousseau en *El Contrato Social*) y, por lo tanto, pura creación humana. Y esto resulta coherente con el concepto de naturaleza que expone.

Continúa diciendo Kelsen:

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva [...] La imputación vincula pues dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.¹¹

[...] El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. [...] La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. [...] El momento decisivo en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.¹²

¹⁰ Cabe agregar que si bien Kelsen no explicita ni ejemplifica en qué casos el derecho se habría ocupado “de la biología”, como tampoco de la metafísica o de la moral, pareciera que hace referencia a la que él mismo posteriormente llama, como veremos, “doctrina del derecho natural”, justamente por este tema de la naturaleza.

¹¹ KELSEN, Hans, *ob. cit.*, Cap. I, pto. 2)b).

¹² *Ibidem*, pto. 2) d).

Más allá de destacar que desconocemos (o quizá preferimos desconocer) a qué o a quiénes se refiere Kelsen con su expresión “el hombre primitivo”, dado que no lo explicita, el punto más relevante resulta ser que el jurista en estudio –devenido filósofo, contra su declarada intención– niega la existencia de un Dios Creador, lo que trae aparejada como necesaria consecuencia (aquí se observa un pensamiento coherente) la negación del orden natural, de las causas en sentido aristotélico, de las esencias de las cosas y de las sustancias. Por tanto, de la metafísica toda, en una posición atea coherente, al modo que Jean-Paul Sartre expone en su obra *El existencialismo es un humanismo*, si bien no tan explícitamente como lo hace el autor francés.

Por otra parte, el modo en que remarca el carácter “científico” del derecho muestra que Kelsen es tributario también del positivismo científicista de Augusto Comte. Refuerza esta idea lo sostenido en el capítulo VIII de la *Teoría Pura del Derecho* respecto de la que él llama “evolución de la mente humana” en tres etapas: “animista”, “metafísica” y “científica” (siendo esta última superadora de las anteriores), de un modo muy similar al que Comte señala que habría habido tres estadios en la evolución espiritual de la humanidad.¹³

Sostiene, en el mismo sentido, Kelsen que “la diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad”.¹⁴

Sobre la base de esta premisa, Kelsen critica la que él denomina “doctrina del derecho natural”.¹⁵ Afirma nuestro autor:

El error característico de la doctrina del derecho natural consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica.

¹³ Cfr. artículo sobre Augusto Comte en BRÉHIER, Emile: *Historia de la Filosofía*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1944, t. II, págs. 737/740.

¹⁴ KELSEN, Hans, *ob. cit.* Cap. I, pto. 2)g).

¹⁵ Tal como señalamos en el apartado “Dificultades” y como resulta de los autores que cita, se está refiriendo a la teoría racionalista del derecho natural. Lo dice explícitamente en el capítulo VIII de la *Teoría Pura del Derecho*, al situar a esta escuela del derecho natural en los siglos XVII y XVIII.

[...] Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios (“Hágase la luz, y la luz fue”) y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría pues ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falla derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

[...] Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres.¹⁶

Más allá de señalar que el concepto de naturaleza –que luego Kelsen explicitará– nada tiene que ver con el concepto aristotélico que toma la doctrina clásica del derecho natural, se ve el trato peyorativo que hace de la metafísica y de la religión, coincidente –como ya dijimos– con la escuela positivista.¹⁷ Si las normas jurídicas no encuentran su fundamento en la naturaleza, es claro que sólo lo pueden encontrar en la pura creación humana. Luego, veremos cómo expone esto nuestro autor:

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo [...] Los fenómenos naturales tie-

¹⁶ KELSEN, Hans, *ob. cit.*, Cap. I, pto. 3)f).

¹⁷ Si bien se ubica a Kelsen como dentro de la escuela neokantiana de Maburgo, también coincide mucho con el “neopositivismo lógico” del Círculo de Viena, con el que tuvo evidentemente mucha conexión.

nen un fin [...] [esto] [...] implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y voluntad [...] es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. [...] Toda doctrina o derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado, pero [...] sus partidarios [...] buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista. [...] La naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan. La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser [...] El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no sucede que deba existir o no. [...] Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero ello supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional [...] los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo [...] están fundadas en un último análisis, sobre el deseo o el temor.¹⁸

[...] El derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto y [...] se pudieran descubrir las reglas del derecho natural analizando la naturaleza, el derecho positivo sería verdaderamente superfluo [...] la elaboración del derecho positivo sería [...] una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial a pleno sol [...] Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno; pero, para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser, o tal como sería si correspondiera al derecho natural.¹⁹

¹⁸ KELSEN, Hans, *ob.cit.*, Cap. VIII, pto. 1)a).

¹⁹ *Ibidem*, pto. 1) b).

Toda esta exposición, debemos necesariamente señalarlo, se encuentra plagada de afirmaciones dogmáticas que no encuentran fundamento (de hecho Kelsen no las justifica con las pertinentes citas) en la doctrina que dice estar atacando. En primer lugar y contra lo que él mismo propugna, Kelsen introduce en su “teoría *pura* del derecho” una definición de naturaleza (no coincidente con la clásica, como quedó dicho) que luego utiliza como fundamento para criticar la “doctrina del derecho natural”. Parece que introduce a Dios dentro de su esquema pero es sólo una ilusión: el tomarlo en cuenta resulta ser “un punto de vista metafísico e irracional”. Los valores no son algo natural, sino relativo y creación humana. No advertimos cuál es la necesidad –para afirmar la existencia de un derecho natural– de “invocar la perversidad del hombre” ni –Kelsen no lo dice– qué autores la invocan. Evidentemente es totalmente desconocido para Kelsen el concepto de naturaleza caída que –sin embargo– está presente no sólo en la religión sino en la filosofía occidental, al menos desde Platón y el mito del carro alado. En cuanto a la crítica que se refiere a que la existencia del derecho natural tornaría superfluo al derecho positivo, es aplicable sólo a la doctrina del derecho natural racionalista, ya que, para la escuela clásica, el derecho natural sólo abarca los primeros principios fundamentales del orden del saber práctico, siendo los más concretos que de éstos se deducen derecho positivo. En efecto, el derecho natural racionalista, “estructurado como un modelo para el derecho positivo, es el que ejercerá una influencia decisiva en la codificación. El derecho natural clásico, más modesto en sus pretensiones, pero más profundo en sus fundamentos, no era codificable”.²⁰

¿Cuál es la doctrina propia que opondrá Kelsen a la que critica? Ya hemos visto algunos de sus fundamentos. Podemos agregar que es un subjetivismo en cuanto a los valores:

Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.²¹

[...] El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido “puesta”, sino sobre una

²⁰ MONTEJANO, Bernardino (h), *ob. cit.*, pág. 146.

²¹ KELSEN, Hans, *ob. cit.*, Cap. I, pto.3)b.

norma simplemente “supuesta” por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

[...] Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos, no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter [...] Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia [...] Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia. En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden –o tal norma jurídica– es justo o injusto, pues tal juicio se funda ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o en un verdadero juicio de valor con carácter subjetivo.²²

[...] El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio y, en este sentido, es relativo.²³

Como consecuencia de esto, “el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada ... el derecho es una técnica de coacción social estrechamente

²² *Ibidem*, Cap. II, pto. 1.

²³ KELSEN, Hans: *¿Qué es la justicia?*, U.N. de Córdoba, 1966, Cap. II, pto. 6.

ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener”,²⁴ “la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas”.²⁵

En cuanto a la justicia, nos dice que “consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo”.²⁶ No termina de entenderse esta afirmación. El reenvío al derecho positivo es inevitable dentro del pensamiento de Kelsen, que niega la existencia del derecho natural. La supuesta contradicción que señala desaparece si se admite tal existencia.

El jurista vienés escribió un libro titulado *¿Qué es la justicia?*. Algún lector desprevenido podría esperar la respuesta a esta pregunta dentro del libro. Pero el libro no busca dar la respuesta (Kelsen mismo dice que no la tiene), sino precisamente formular la pregunta. Dice allí Kelsen:

La justicia es ante todo una característica posible pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo [...] La justicia es la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza.²⁷

[...] La solución que se dé al problema de la jerarquía de los valores -vida y libertad, libertad e igualdad, libertad y seguridad, verdad y justicia [...] será distinta según que este problema sea planteado a un cristiano para quien la salvación del alma, es decir, el destino sobrenatural, es más importante que las cosas terrenas, o a un materialista que no cree en la inmortalidad del alma [...] y la respuesta tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y, por lo tanto, relativo.²⁸

[...] la conocida frase que afirma que la justicia significa dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula ha sido aceptada por notables pensadores y especialmente por filósofos del derecho. Es fácil demostrar que ésta es una fórmula completamente vacía. La pregunta fundamental: ¿qué es

²⁴ KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, Cap. III, pto. 3)b).

²⁵ *Ibidem*, pto. 3)c).

²⁶ *Ibidem*, Cap. VIII, pto. 1)b).

²⁷ KELSEN, Hans: *¿Qué es la justicia?*, ob. cit., Cap. I pto. 1).

²⁸ *Ibidem*, Cap. II, pto. 10.

lo que cada uno puede considerar realmente como “lo suyo”?, queda sin respuesta [...] Por esto, la fórmula “a cada uno lo suyo” puede servir para justificar cualquier orden social, sea éste capitalista o socialista, democrático o aristocrático. En todos ellos se da a cada uno lo suyo, sólo que “lo suyo” es en cada caso diferente.²⁹ [...] pues la idea de lo bueno y de lo malo, en los distintos pueblos y en las distintas épocas, es también diferente.³⁰

[...] Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional.³¹

Retoma entonces el jurista austríaco la idea de la relatividad y subjetividad de los valores, entre los que se encuentra –claro está– la justicia. No sorprende entonces la crítica que realiza a la definición clásica de justicia dada por Ulpiano, que cita en forma incompleta. Si lo justo varía para cada uno, deja de ser objetivo, real, natural. Por tanto, desaparece. Si desaparece lo justo, el derecho, el objeto de la justicia, según esta definición clásica, desaparece también la justicia. La pregunta que da título al libro queda sin respuesta.

Pero, no obstante este relativismo en apariencia absoluto, Kelsen menciona algunos valores que dice que lo son para él pero que los erige como objetivos. No quiere caer en la amoralidad y busca entonces algunos valores morales absolutos:

Pero, ¿cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿es que tiene moral alguna? ¿No es acaso el relativismo amoral o inmoral, como muchos afirman? No lo creo. El principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia, es decir, la exigencia de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aun cuando no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas, y, por lo tanto, no impedir su exteriorización pacífica.³²

²⁹ *Ibidem*, Cap.V, pto. 20.

³⁰ *Ibidem*, pto. 21.

³¹ *Ibidem*, Cap. IX, pto. 32.

³² *Ibidem*, pto. 33.

[...] En realidad yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.³³

Vale decir que lo absoluto e indiscutible es en primer lugar un relativismo, que según el autor conllevaría como consecuencia la tolerancia.³⁴ Pero también menciona otros valores (la libertad, la paz) que no explica ni describe desde un punto de vista subjetivo y relativo, con lo que los erige en absolutos, pero nos deja en ascuas en cuanto a su significado (sentado que no es objetivo). Por último, no podía faltar ese semidiós moderno al que prácticamente todo el mundo rinde culto hoy día: la democracia. Santo Tomás de Aquino no comprendería esto. Para él la democracia era sólo una forma de gobierno y ni siquiera la más importante. En cambio, en la actualidad, no sólo es considerada la mejor forma de gobierno posible (cuestión ésta que compartimos), sino que estamos aun acostumbrados a la concepción de que la democracia “no es una mera forma de gobierno”, sino la “religión democrática”, “una panacea universal aplicable a todos los pueblos y en todos los tiempos, que no necesita ningún justificativo teleológico ni ajustarse a ningún orden natural superior” y que reconoce su origen en Rousseau³⁵

IV. Pensamiento de Santo Tomás de Aquino

Santo Tomás de Aquino entiende que la justicia es una virtud, esto es, un “hábito operativo bueno”,³⁶ según su clásica definición.

³³ *Ibidem*, pto. 34.

³⁴ En realidad, entendemos que el relativismo en poco contribuye a la tolerancia, en tanto, al conducir a la larga al escepticismo, va coartando la posibilidad del conocimiento y, por lo tanto, del diálogo que constituye, en definitiva, una forma de ese conocimiento.

³⁵ MONTEJANO, Bernardino (h): *Ideología, racionalismo y realidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981.

³⁶ Conf. SIMÓN, René: *Moral*, Barcelona, E. Herder, 1987, pág.401; *S. Th.* II-II, q. 58 a.1.

Hábito, en tanto es una modalidad de la sustancia, operativo porque depende de una potencia operativa y bueno en cuanto conviene con la naturaleza.³⁷ Y es una virtud moral, esto es, un “hábito electivo consistente en un medio de razón determinado como lo determinará el sabio”.³⁸ Es decir, el justo medio determinado por la recta razón.³⁹

El Aquinate, contrariamente a los tratados referidos a otras virtudes, inicia el tratado de la justicia con el análisis de la noción de derecho, que señala como el objeto de la nombrada virtud. Esto quiere decir que el derecho, objeto de la justicia, “reviste una importancia especial y presenta particularidades que no tienen los objetos de las demás virtudes”.⁴⁰

Y ¿qué es el derecho para Santo Tomás?⁴¹ Dice el Doctor Angélico:

Lo recto que está en la obra de la justicia, aun prescindiendo de su relación con el agente, se constituye por comparación con otro; porque en nuestras acciones se dice ser justo lo que corresponde a otra cosa según alguna igualdad a otro, por ejemplo, la recompensa de la merced debida por el servicio prestado. Y así se dice algo justo como teniendo la rectitud de la justicia, en la cual termina la acción de la justicia, aun sin atender cómo lo ejecuta el agente. Pero en las demás virtudes no se determina algo recto sino en cuanto que es hecho por el agente de tal manera. Y por esto especialmente a la justicia antes que a las demás virtudes se determina en sí mismo el objeto que se llama justo. Y esto ciertamente es el derecho. Por lo cual es evidente que el derecho es el objeto de la justicia.⁴²

Es decir que el derecho es lo justo o la misma cosa justa. Dice el Aquinate que “el nombre de derecho se emplea en primer lugar para significar la misma cosa justa”⁴³ y también que “el derecho o lo justo

³⁷ Cfr. *S. Th.* I-II, q. a. 49 a 55. SIMÓN, René, *ob. cit.*, págs. 329/331.

³⁸ *S. Th.*, I-II, q.59, a.1.

³⁹ SIMÓN, René, *ob. cit.*, pág. 337.

⁴⁰ *Ibidem*, pág.383.

⁴¹ Aquí vamos a prescindir de la distinción entre las diferentes significaciones analógicas que tiene el término derecho que realizan habitualmente los autores llamados *tomistas* (v.gr. SOAJE RAMOS, Guido: “El concepto de derecho”, en revista *Circa humana philosophia*, N° 2, Buenos Aires, 1998), y nos limitaremos al sentido más propio, expuesto por Santo Tomás en la *Suma Teológica*.

⁴² *S. Th.*, II-II, q.57, a.1.

⁴³ *Ídem*.

es la obra adecuada a otro según una medida de igualdad”.⁴⁴ El derecho es así algo objetivo, es una relación con otro y una relación de igualdad. Y el derecho puede ser natural o positivo:

Como se ha visto, el derecho o lo justo es alguna obra adecuada a otro según algún modo de igualdad. Y de dos modos puede ser algo adecuado a algún hombre. De un modo por la naturaleza misma de la cosa [...] Y esto se llama derecho natural. De otro modo, algo es adecuado o correspondiente a otro según una convención o asentimiento común. [...] y esto puede tener lugar de dos maneras. De una, por algún pacto privado, como cuando se establece un contrato entre personas privadas. De otra, por convención pública, v. gr., cuando todo el pueblo consiente en que algo se tenga como adecuado y correspondiente a otro; o cuando esto lo ordena el príncipe que tiene el cuidado del pueblo y que representa su persona. Y esto se dice derecho positivo. [...] Por lo cual el Filósofo dice [...] que *lo justo legal es lo que en principio no difiere de este o aquel modo, pero deja de ser indiferente una vez ya establecido*. Pero si algo repugna por sí mismo al derecho natural, no puede hacerse justo por la voluntad humana, como si se establece que sea lícito hurtar o cometer adulterio. Por lo cual dicese (Is. 10,1): *¡Ay de los que establecen leyes injustas!*.⁴⁵

Así, resulta lógico aseverar la existencia del derecho natural, en tanto se reconozca que existe la naturaleza humana, que es un aspecto –dinámico– de la esencia del hombre. Y todo esto puede admitirse –en definitiva– si se admite que existe un Dios Creador que ha puesto un orden admirable en el universo y que somos creaturas. Citaremos aquí un texto en el que Santo Tomás se refiere al orden natural del mundo:

Y es manifiesto supuesto que el mundo es regido por la providencia divina, como se ha demostrado, que toda la comunidad del universo es gobernada por la razón divina. Y por eso, esa misma razón del gobierno de las cosas existente en Dios, como un Príncipe de la universalidad, tiene naturaleza de ley. Y porque la razón divina nada concibe en el tiempo, sino que tiene un concepto eterno [...] de ahí se sigue que conviene llamar eterna a una ley así.

⁴⁴ *S. Th.*, II-II, q.57, a.2.

⁴⁵ Ídem.

[...] Como todas las cosas que están sometidas a la Providencia divina son reguladas y medidas por la ley eterna, según consta de lo dicho, es evidente que todas las cosas participan en algún modo de la ley eterna, a saber, en cuanto por la impresión de ella tienen inclinación a sus propios actos y fines. Ahora bien, entre los demás, la creatura racional está sometida a la providencia divina de un modo más excelente, en cuanto participa de esta providencia, proveyendo a sí misma y a los demás. Por lo cual hay en ella una participación de la razón eterna, por la cual tiene inclinación natural a su debido acto y fin. Y tal participación de la ley eterna en la creatura racional se llama ley natural». ⁴⁶

Si bien –como ya lo dijimos– no es nuestra intención adentrarnos en el tema de la ley, vale la cita como muestra de que, en definitiva, la ley eterna no es otra cosa que Dios mismo, en tanto Ordenador del mundo creado, y que el concepto de naturaleza de Santo Tomás es inescindible del de Dios Creador y de las creaturas que participan de su perfección. Y el hombre también participa de este orden natural, por lo cual hay algo justo natural, conveniente a la naturaleza humana, a la esencia de hombre.

Y ¿qué es para Santo Tomás la justicia?

Como toda virtud es un hábito que es el principio del acto bueno, es necesario que la virtud se defina por el acto bueno que es acerca de la materia propia de la virtud. Pero la justicia versa principalmente acerca de las cosas que se refieren a otro como a su propia materia [...] Y por tanto, el acto de la justicia por comparación a la propia materia y objeto se designa cuando se dice *que da a cada uno su derecho* [...] Mas para que algún acto acerca de cualquiera materia sea virtuoso, se requiere que sea voluntario y que sea estable y firme [...] Mas el primero de estos [requisitos] se incluye en el segundo, pues *lo que se obra por ignorancia es involuntario* [...] Y por esto en la definición de justicia primeramente se pone la voluntad para manifestar que el acto de justicia debe ser voluntario. Y se añade la constancia y la perpetuidad para designar la firmeza del acto [...] Y si alguno quisiere reducir la definición de la justicia a su debida forma, podría decir así: que la justicia es el hábito según el cual alguno con constante y perpetua voluntad da a cada uno su derecho. ⁴⁷ [...] Debe decirse que la virtud humana es la que

⁴⁶ *S. Th.*, I-II, q.91, a.2.

⁴⁷ *S. Th.*, II-II, q.58, a.1.

hace bueno el acto humano y bueno al hombre mismo. Lo cual ciertamente conviene a la justicia. Pues el acto del hombre se vuelve bueno porque alcanza la regla de la razón, según la cual son rectificadas los actos humanos. Por lo cual, como la justicia rectifica las operaciones humanas, es notorio que hace buena la obra del hombre.⁴⁸

[...] La materia de la justicia es la operación exterior según que la misma, o la cosa de que hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción. Y por esto el medio de la justicia consiste en cierta igualdad de proporción de la cosa exterior a la persona exterior. Mas lo igual es realmente el medio entre lo mayor y menor, como dice el Filósofo [...] Por lo cual, en la justicia hay un medio real.⁴⁹

[...] Debe decirse que, como se ha expuesto, la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que la misma, o la cosa de que por ella usamos, es proporcionada a otra persona a la cual somos ordenados por la justicia. Y dicese ser suyo personal de cada uno lo que se le debe según la igualdad de proporción. Y por esto, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo que es suyo.⁵⁰

Así, Santo Tomás de Aquino adopta la definición clásica de justicia, haciendo hincapié en su carácter de virtud y poniendo como objeto de la virtud de justicia al derecho, que es lo justo, lo suyo de cada uno. Queremos señalar que dentro de la doctrina de Santo Tomás es tan necesario el derecho positivo como el derecho natural, si bien el primero encuentra su fundamento en el segundo y sólo es justo en tanto es acorde al derecho natural, no por la sola voluntad humana.⁵¹

Por último, hacemos notar que Santo Tomás brinda una explicación a la diversa consideración de los valores, que no pasa por el relativismo:

La ley de la naturaleza en cuanto a los primeros principios comunes es la misma para todos en cuanto a su rectitud y en cuanto al conocimiento que de ella tienen. Mas en cuanto a ciertas [aplicaciones] particulares, que son como las conclusiones de los principios comunes, es la misma para todos también en el mayor número de casos, tanto en cuanto a la rectitud como al conocimiento; pero en los menos puede fal-

⁴⁸ *Ibidem*, a.3.

⁴⁹ *Ibidem*, a.10.

⁵⁰ *Ibidem*, a.11.

⁵¹ *Ibidem*, q.57, a.2

tar, ya en cuanto a la rectitud por algunos impedimentos particulares [...] ya también en cuanto al conocimiento; y esto porque algunos tienen la razón depravada por la pasión o por la mala costumbre o por la mala predisposición de la naturaleza; como antiguamente entre los germanos no se reputaba inicuo el latrocinio, a pesar de ser expresamente contrario a la ley de la naturaleza.⁵²

V. Dos posturas inconciliables

Hasta aquí hemos expuesto el pensamiento de los dos autores objeto de nuestra atención, en lo referente al derecho y a la justicia.

Es claro que las diferencias entre ambos no encuentran su origen en la ciencia jurídica. Ninguno de ellos se ocupa en definitiva de la ciencia del derecho sino de la filosofía práctica (del derecho, en el caso de Kelsen, y de la filosofía moral, de la cual la filosofía del derecho es parte, en el caso de Santo Tomás),⁵³ mal que le pese a Kelsen, que busca evitarlo, aquella disciplina que busca definir qué son la justicia, el derecho y la ley.

Tampoco es aquí donde se origina la distancia. Es más allá: en la diferente concepción metafísica de la realidad. En definitiva, para Santo Tomás de Aquino el mundo (y con ello estamos diciendo el hombre, la sociedad, el derecho y la justicia) es creación, es obra de un Dios Creador Trascendente y Providente que lo crea, lo mantiene en el ser y le brinda así un orden (que por esto es natural) y un sentido. Recordemos que la creación es “una dependencia total respecto de Dios: en definitiva, una mera relación”.⁵⁴

Por ello –insistimos– la realidad es creación. No puede comprenderse de otro modo. Lo que la hace comprensible, luminosa, inteli-

⁵² *S. Th.*, I-II, q.94, a.4.

⁵³ En realidad, Santo Tomás pretendía hacer teología moral en este caso –en subsidio, ética– y Kelsen declamaba que no se salía del ámbito de la ciencia del derecho. Por lo demás, cabe aclarar que la denominación “filosofía del derecho” es relativamente reciente. Los clásicos estudiaban estos temas dentro de la moral. Para el tema de la filosofía del derecho, su ubicación dentro del saber, dentro de la filosofía y su relación con la ciencia del derecho, ver PORTELA, Jorge Guillermo: “La ubicación de la Filosofía del Derecho en la Filosofía”, en revista *Prudentia Iuris*, n.º XVI, Buenos Aires, agosto de 1985.

⁵⁴ A.D. Sertillanges, O.P. *La idea de creación*, Buenos Aires, Ed. Columba, 1969.

ble, es el ser creación, el participar de las perfecciones (mejor dicho, de La Perfección) del Creador. Y aquello que aparece como oscuro, o misterioso, viene sólo de nuestra propia miopía, de nuestra limitación intelectual.⁵⁵

De este modo, lo justo concreto, como lo bueno concreto, de lo cual lo justo es una parte, es tal como reflejo y participación de la Justicia Absoluta y del Bien Absoluto, que es Dios mismo (teniendo en claro que expresiones como las antedichas son sólo nombres que atribuimos a Dios para poder designar el modo humano de comprender distintos aspectos de una Única Perfección y que nosotros vemos reflejados en las criaturas que participan de ella).⁵⁶

Y la naturaleza, según el concepto de Santo Tomás, que sigue aquí a Aristóteles, no es otra cosa que la esencia visualizada como principio de operación; esencia que depende también del Creador. Así, hay un orden natural y valores morales y objetivos, porque hay un Dios que les da sustento. Tiene entonces sentido hablar de virtud, de bondad, de justicia y de lo justo (el derecho) como objeto de la justicia. En definitiva, “la justicia ... y con ella el derecho que es su objeto, se modelan sobre el ser”.⁵⁷ No puede aquí entonces separarse –como pretende Kelsen– el ser del deber ser.

No quiere decir esto, claro está, que no se reconozca también la limitación –y su condición de caída, desde ya– de la naturaleza humana. Por ello es que el ideal de justicia “nunca podrá realizarse plenamente en el ámbito social –ya que lo impide el estado actual de naturaleza caída en que el hombre se encuentra– pero en cambio impulsa y guía su constante perfeccionamiento ... La justicia absoluta está reservada a Dios”.⁵⁸

No tiene sentido dentro de la doctrina tomista el “puro derecho” del que habla Kelsen. Si bien pueden distinguirse los grados del sa-

⁵⁵ Cfr. KOMAR, Emilio: *Orden y misterio*, Rosario, pág.11, “Nota del autor”, Ed. Fraternitas/Emecé, 1996.

⁵⁶ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO: S. Th., I, q.13; ANDEREGGEN, Ignacio: E. M.: *La metafísica de Santo Tomás en la Exposición sobre el De Divinis Nominibus de Dionisio Areopagita*, Buenos Aires, EDUCA, 1989.

⁵⁷ RAFFO MAGNASCO, Benito, en *La justicia. Comentario al libro quinto de la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1946.

⁵⁸ MONTEJANO, Bernardino (h): *Los fines del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, págs. 33 y 35.

ber, éste es uno, tal como es Uno el Saber del cual proviene, que es Dios.⁵⁹ Es por ello que Santo Tomás no se preocupa en separar esos distintos grados del saber en “compartimentos estancos”.

Yendo a Hans Kelsen, vemos que su preocupación estriba en que su doctrina sea “puro derecho”. Esta “pureza”, que encuentra su antecedente más fácilmente reconocible en la *Crítica de la razón pura* de Kant, pero que Kelsen –a la sazón, neokantiano– hace llegar más allá, hasta la moral y el derecho, cosa que Kant no había hecho, es –al decir de Komar– una típica expresión “de lo que se llama, con otros términos, inmanentismo. Inmanentismo viene de *inmanere* en latín, que significa permanecer dentro. El inmanentismo es en el fondo una negación de toda trascendencia y en último análisis, negación del Dios trascendente, Creador y de la Creación. Es decir, todo es espíritu humano, todo es despliegue de la cultura humana”.⁶⁰

Y esto se ve claramente en el jurista vienés. No hay un Dios Creador presente. La realidad no es creación divina: “La naturaleza es un sistema de hechos ... independientes de toda voluntad humana o sobrehumana”.⁶¹ Todos los valores –incluyendo, claro está, a la justicia– son relativos y dependen de la subjetividad de cada uno; no se puede conocer con objetividad qué es lo justo en sí. No obstante, Kelsen no llega hasta las últimas consecuencias filosóficas coherentes de los principios de los cuales partió (que serían el escepticismo, la amoralidad, la ajuridicidad, la anarquía y, en última instancia, el nihilismo) y echa mano, a falta de Dios, de los falsos dioses paganos de la modernidad, que se erigen en los únicos valores objetivos, fundamento de toda la organización político-jurídica, y que, aunque no lo reconozca expresamente, son absolutos e incuestionables.⁶²

Kelsen critica la doctrina del derecho natural, sin conocer la clásica sino sólo la racionalista, y la critica, paradójicamente, siendo él también tributario de ésta y, en cierto sentido, diríamos, su continuador y perfeccionador.⁶³

⁵⁹ S. Th., I, q.11.

⁶⁰ KOMAR, Emilio: *Modernidad y posmodernidad*, ob. cit., pág. 27.

⁶¹ KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit., cap. VIII, pto. 1 a).

⁶² Nos remitimos aquí a lo dicho en el último párrafo del apartado sobre el pensamiento de Hans Kelsen en este mismo trabajo y a las citas allí efectuadas.

⁶³ Véase la relación entre Wolff y Kant en KOMAR, Emilio: *Orden y misterio*, ob. cit., pág. 51/52.

VI. Conclusión

Hemos visto hasta aquí las posturas de ambos autores, que hemos descrito como inconciliables. La filosofía jurídica difiere, en tanto difiere la metafísica. Una metafísica creacionista o una metafísica inmanentista. Dos posturas totalmente diferentes, de principio a fin. O el mundo es creación o no lo es. O el mundo tiene un sentido profundo y único o tiene un sentido relativo que le damos nosotros. O los valores son absolutos y objetivos, no por ellos mismos sino por Dios que los justifica, o son relativos y subjetivos. O las cosas son lo que son en sí o lo son para mí. Y así podríamos continuar.

La idea con la que queremos cerrar este trabajo es simple: no se trata sólo de una diferencia de matiz en dos posturas iusfilosóficas, sino de una diferencia abismal que recorre de arriba hacia abajo el completo orden del saber y del ser. Lo jurídico es una mera consecuencia. Y un abogado debe necesariamente optar por una o por otra. Consciente o inconscientemente, con o sin fundamento, los hombres de leyes, de hecho, lo hacen. O el derecho es lo justo debido a otro o es un orden social coercitivo, cuya característica fundamental es la coacción. O existe la posibilidad de que haya una ley o incluso un orden normativo completo injusto, contrario a la naturaleza humana, o no la hay, sino que todos pueden llegar a ser válidos según el tiempo y el lugar. O estoy buscando la justicia como virtud o bien no sé qué es la justicia y busco una justicia relativa, para mí, o que varía según las circunstancias. O considero que hay leyes formalmente válidas que hay que desobedecer por injustas o considero que esta distinción es imposible de hacer. O defiendo una posición justa o defiendo cualquier posición, aunque sea indefendible. O busco como juez la solución justa, o busco la sola conformidad del caso con las leyes. Y así podríamos seguir.

Sólo nos queda agregar que resulta imperioso buscar la profundidad y la coherencia que esta diferencia acarrea. O aceptamos una postura con todos sus principios y todas sus consecuencias o bien aceptamos la otra de igual modo.⁶⁴ La falta de profundidad y de coheren-

⁶⁴ Estamos hablando, claro está, de una adhesión, en primer término, intelectual y que se dirija por lo tanto, en primer lugar, a la comprensión, y no de la adhesión de la voluntad a una ideología, cosmovisión cerrada o *weltanschauung*, que tornaría en definitiva inútil o irrelevante cualquier consideración sobre su contenido, sea éste cual fuere (cfr. sobre este tema VOLKMAN-SCHLUCK, K. H.: *Introducción al Pensamiento Filosófico*, Madrid, Gredos, 1967, Capítulo V).

cia genera una confusión generalizada que carcome a todo el mundo del derecho. Y además, aunque seamos abogados y hayamos estudiado derecho, eso no nos hace impermeables a la lógica natural y al buen sentido. Por eso concluimos diciendo, con nuestro padre, que “para comprender las grandes cuestiones es necesario más de una vez volvernos como los niños o como aquellos que no han estudiado y se guían con el sentido común. A la gente –y tal vez, a todos cuando nos toca personalmente– le parece absurdo que algo pueda ser resuelto conforme a la ley pero en contra de la justicia. Ello está plenamente justificado, desde el momento en que la idea de lo justo está enraizada en la naturaleza humana, y cuesta convencerse de que el juez esté para otra cosa que no sea hacer justicia”.⁶⁵

⁶⁵ PESTALARDO, Silvio Pablo: “La noción de derecho en el realismo jurídico”, en *Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, 19 al 23 de octubre de 1982, Compilación de Comunicaciones, vol. II, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1982, págs. 333/340.