

# HURI-AGE

## Consolider-Ingenio 2010

### Una Obra Precursora<sup>1</sup>

Esta es una reflexión sobre los ideales del Derecho. Bobbio tenía una concepción normativista del Derecho: sus dos excelentes monografías *Teoria dell'Ordinamento Giuridico* (1955) y *Teoria della Norma giuridica* (1958) derivan en realidad de la teoría del Derecho y de la teoría de la ciencia jurídica, es decir, de la teoría de la ciencia o del conocimiento jurídico.

Estos son los dos grandes ámbitos en los que el autor se siente más a gusto y donde sus conclusiones son más firmes. En la *Teoría della giustizia* (1953), de hecho, Bobbio aparecía aún dubitativo e inseguro. La influencia de Kelsen, será decisiva para alejarse de una imposible respuesta científica sobre el Derecho Justo. Podemos saber con suficiente certeza qué es el derecho positivo y cuáles son las vías de conocimiento sobre el Derecho; sin embargo, no nos es posible definir, con aquella certeza capaz de excluir la pluralidad de opiniones produciendo una respuesta unívoca, cuál es el Derecho Justo. Kelsen decía que era imposible situar en la objetividad científica la respuesta a la pregunta ¿Qué es Justicia?. Y sólo podía afirmar lo que era la justicia para él. Como estudioso, la justicia que consideraba posible era la que permitía desarrollar su función de docente y de investigador. En su artículo *¿Qué es Justicia?* decía: “Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia para mí se da en aquél orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la de la tolerancia”.

Bobbio, por su parte, en uno de los primeros cursos monográficos que impartió en Turín en el curso 1952-53 es quizás más matizado, pero procede de la misma fuente intelectual. Para el maestro de Turín, la relación entre Derecho y Justicia expresa la voluntad que se inscribe en la relación de medios y fines. Dirá que la justicia es el fin último del Derecho, al que tiende y se orienta el Derecho. Situada en el plano de los ideales, la justicia toma posición frente a la realidad, aprobándola o rechazándola para orientar nuestro comportamiento. Lo real no agota todo: más allá subsiste la dimensión de la existencia como criterio de valoración de lo real. Se trata de elegir entre diversas

---

<sup>1</sup> Prefacio de Gregorio Peces-Barba a la *Teoria della Giustizia* de Norberto Bobbio (2012, Editorial Aragno)

posibilidades que derivan de un punto de vista pluralista. En la historia del pensamiento jurídico, se identificaba al Derecho justo como Derecho Natural con dos posibles fundamentos: el teológico (que procede de Dios) y el racional (desde una razón universal o un fundamento histórico y empírico –*consensus omnium gentium* en Grocio y Hobbes-).

Bobbio hace en varias páginas de la “introducción” a la *Teoría de la Justicia* una crítica a las distintas concepciones del Derecho Natural y planteará las siguientes soluciones alternativas modernas: el historicismo como racionalismo concreto, impulsado por Giambattista Vico, donde se impulsa la idea de que el único Derecho es el positivo, y el positivismo, con Comte y los tres estadios del espíritu positivo: el religioso, el metafísico y el positivo (basado en la observación y en la experiencia).

Para el positivismo, el Derecho positivo es ciencia y se distingue de las ciencias particulares por la mayor amplitud de sus objetivos. Se hablará, por tanto, de Teoría General del Derecho, de cuyo tronco, nacerá la sociología del Derecho.

Los diversos neokantismos se separan del positivismo, antes de la experiencia, con un concepto previo que restablece la primacía de la filosofía sobre la ciencia (Husserl, Croce, Gentile). Stammler defiende la idea de un Derecho Natural de contenido variable; además, aparece el concepto de la existencia de valores más elevados, en cuya cima está el valor de la persona, que es un fin y no un medio. Tiene un valor y no un precio.

Para Bobbio, los valores se ven como valores humanos, como producto de la libre actividad humana desarrollada en el curso de la historia, y del análisis histórico deducirá los tres valores fundamentales: la paz, la libertad y la igualdad. La paz permite preservar la vida humana y defender su valor; la igualdad se refiere al hombre como ser económico y garantiza la satisfacción de ciertas necesidades; y la libertad se refiere al hombre como ser espiritual. Este último aspecto constituye el punto de partida para la distinción entre Derecho y moral; mediante las normas, el Derecho desarrolla tres actividades: prohibir o impedir, obligar y permitir.

La paz, que prefiero llamar seguridad, está regulada en los países democráticos a nivel interno y no lo está, dirá Bobbio, en los ámbitos internacionales, porque no existe un poder coactivo suficiente. El objetivo de la obediencia encuentra fundamento en la concepción legalista de la justicia, hasta el límite kantiano donde la valoración está por encima de la norma legal.

Los hechos de la realidad son económicos y éticos; se convierten en jurídicos al ser regulados por el Derecho positivo. Para la concepción normativa, se califica a ciertos hechos y actos y se les atribuyen consecuencias jurídicas. Es pura forma rellena de

cualquier contenido que garantice la existencia de certeza (con la rigidez, la abstracción y la generalidad de las normas).

En el sistema angloamericano el planteamiento es diferente, y según Holmes, “la ciencia jurídica consiste en prever lo que el juez dirá”. Aquí la ciencia se proyecta en el futuro, profetizando un resultado de acuerdo con los precedentes.

La igualdad es geométrica -o justicia distributiva- o aritmética -como justicia conmutativa-. Los cuatro criterios para la distribución son:

- 1) Capacidad: criterio liberal burgués inspirado en Darwin: el más capaz sobrevivirá en la lucha por la existencia
- 2) Trabajo: criterio con un fundamento social de tipo socialista que se contrapone al individualista y donde prevalece el criterio del trabajo (la constitución italiana vigente califica al país como “República democrática fundada en el trabajo”).
- 3) Necesidad: criterio basado en la atribución de bienes, a cada uno, de acuerdo con sus necesidades.
- 4) Rango: criterio aristocrático que divide a la sociedad en clases.

Inicia bobbio el capítulo III –“La Giustizia como libertà”- señalando cómo el Derecho se constituye como orden, se perfecciona como igualdad y se concluye realizándose plenamente en la libertad. A partir de esta afirmación sólida y firme reflexiona sobre las diferencias entre deterministas y no deterministas y entre las vertientes naturales y espirituales del relacionismo. En el primer ámbito, la esencia es la necesidad y la libertad se sitúa en el espíritu. En el ámbito espiritual existen dos tesis, una teórica y una práctica. Así, para Bobbio, el hombre es libre porque tiene conciencia de su propia libertad, como origen de sus propias acciones, y escoge una solución entre varias posibles. En la práctica, sin libertad no habría vida moral ni vida social, y no podríamos tomar posición, sin juzgar o valorar, es decir, se negaría la misma existencia del Derecho. Para definir al Derecho desde esta perspectiva, Bobbio lo identifica como poder de actuar sin ningún impedimento. La no libertad será el impedimento mismo, que podrá ser religioso, político o económico. En el liberalismo político a partir de Locke se establece la diferencia entre ciudadano y súbdito, y se señala entre los derechos de los ciudadanos la libertad de pensamiento y de asociación. Bobbio muestra el anacronismo de estas temáticas desde el momento en el que el derecho de asociación no es propio del pensamiento liberal, al menos hasta finales del siglo XIX. Los primeros liberales pensaban que nada debía interponerse entre el individuo y el Estado. Por tanto, si bien las organizaciones y las corporaciones medievales fueron el pretexto para la promulgación de leyes como la ley “Le Chapelier”, que prohibió poco después de la Declaración Francesa de los derechos humanos de 1789 el derecho de asociación (ya que la libertad de todos no debía tener límites), es un dato cierto que los primeros liberales

pensaron prohibir el incipiente asociacionismo que era fruto del despertar de la clase trabajadora.

Para Bobbio, la libertad económica es hija de los fisiócratas del siglo XVIII, equivalente al privilegio de origen feudal. Supone la conquista de la riqueza a través de la libre iniciativa individual, con la menor intervención posible del Estado que Quesnay resumirá en ese pensamiento con su fórmula “Laissez faire, Laissez passer, le monde va de lui-même”.

El movimiento liberal, en lo religioso, es la tolerancia; en lo político, el autogobierno; y en lo económico, la concurrencia. En el centro de todo se sitúa al individuo, como artífice de su propio destino. Es muy pronto y Bobbio aún no ha profundizado en la reflexión sobre el resultado de estas tesis, que no son otra cosa que los derechos fundamentales. La libertad jurídica de cada individuo acaba cuando se limita por la libertad de los demás. En Kant, el concepto de Derecho se refiere a la relación externa de una persona con otras, se refiere a la relación de dos o más voluntades, y, en el caso de que la libertad de uno pueda concurrir con la libertad del otro, regulará las modalidades de la relación según una ley universal. Así, para el filósofo de Königsberg, el Derecho será “(...) el conjunto de las condiciones a través de las cuales el arbitrio de uno puede ajustarse con el arbitrio de otro, según la ley universal de la libertad”.

Tomasio, distingue el foro interno y el foro externo, que comprende las posibles acciones de coacción. Las primeras son el “honestum” y las segundas el “iustum”. En el Derecho internacional, según Kant, no existe la coacción. Según su modelo, el Estado liberal consiste en un Estado custodio caracterizado por una función negativa también como Estado de Derecho. En definitiva, para Bobbio, el valor de la paz, que en la historia del pensamiento representa Hobbes, pretende conservar la vida; mientras que el de la igualdad, que representa Marx, consiste en la satisfacción de las necesidades humanas; y el de la libertad, se enfrenta con las necesidades espirituales y con la consideración del ser moral, con dificultad para integrar fines y medios.

Esta es la reflexión del curso 1952-53 que se refleja en la “Teoría de la Giustizia” que publicamos tras este prefacio. Después, Bobbio se ha ocupado de la ética y su relación con el Derecho, pero nunca ha vuelto a tratar el tema de la teoría de la justicia, a pesar de haber publicado diversos escritos sobre valores, ética, política y cultura, sobre la relación entre la libertad y la igualdad, paz y guerra, democracia y dictadura, libertad y poder, igualdad y dignidad de los hombres. Más tarde vendrá su recopilación sobre los derechos en *L'eta dei Diritti*, *De Senectute* y su *Autobiografía*. Parece que su resistencia a volver a tratar el tema de la justicia y su obstinada insistencia en no volver a publicar estas páginas en forma de manual universitario, destinado a los estudiantes, se deben al prejuicio kelsiano

de que en el ámbito de la justicia no se podía hacer ciencia, sino sólo señalar la posición subjetiva de cada uno ante esa idea.

Como ya he señalado, han transcurrido casi sesenta años desde la reflexión de Bobbio sobre la justicia y ha habido, desde entonces, avances sustanciales en la reflexión sobre el tema. Los avances se refieren tanto a la identificación de los diversos componentes de la justicia y a su recíproca relación comunicativa, como a los contenidos de cada una de estos elementos y a las posibilidades de señalar, en el pluralismo de criterios de justicia, alguno que tenga ventajas racionales sobre los demás posibles.

Hoy por hoy, es posible afirmar que los contenidos de la justicia tienen como fundamento último la idea de dignidad humana. Son los valores superiores de la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad, que se pueden ver desde el factor más importante, que es la libertad, y hablar de libertad igualitaria, libertad solidaria y libertad segura; todos ellos están interrelacionados e interactúan en el origen y en el desarrollo de todo. Implican que la persona no tiene precio y se coloca más allá de las lógicas comerciales. El ser humano es expresión de la exigencia de un respeto que está en la base de esta condición, que representa la dignidad final y universal de todos los miembros de la especie, y que expresa el derecho a tener derechos. Todo ello, por encima de cualquier dato particular que le identifique, como su sexo, su religión, su inteligencia, su nacionalidad, sus ideas políticas, su raza o su nivel de instrucción. Inicialmente, el hombre ha ingresado en la cultura en ámbitos religiosos y morales, para encontrar, en un segundo momento, su lugar dentro del ámbito jurídico, donde aparece caracterizado con una serie de rasgos de identificación que le hacen único e irrepetible: es el centro del mundo y está centrado en el mundo.

Si se examinan los contenidos de cada uno de estos valores, partiendo de la relación y de la influencia que afecta a su moralidad, desde el papel preponderante de la libertad, nos encontramos con matices que acaban con la simplificación reduccionista. La libertad social, política y jurídica, que es la que afecta directamente a nuestro tema, es una libertad medial que se desarrolla en la vida social y que se basa en una dialéctica que arranca en la libertad inicial y concluye en la libertad final. Entre ambas, está nuestra libertad social, política y jurídica, que depende y no puede existir si faltan una o todas las libertades iniciales o finales. La libertad jurídica como libertad medial, si falta la libertad inicial o libertad de elección está incompleta, con lo que desaparece la posibilidad de la libertad social, política y jurídica y entramos en el ámbito del determinismo y de los comportamientos obligados. Si falta la libertad final, los objetivos últimos de la vida humana desaparecen, y la elección no tiene sentido porque no parten de un fin. La libertad de elección es inútil y gira a la búsqueda de lo imposible y que no existe. Estamos ante posiciones pesimistas y, en el peor de los casos, nihilistas, que llevan al anarquismo. Tampoco tiene sentido la libertad medial. Ésta sólo alcanza su valor en las sociedades

democráticas y en aquéllas tuteladas por la relación directa entre la libertad inicial y la libertad final.

En todo caso, para que se pueda hablar de justicia, es necesario que la libertad vaya estrechamente acompañada por la igualdad. El liberalismo serio y profundo es el liberalismo igualitario, que supone igualdad de oportunidades sociales y económicas y un marco mínimamente igualitario. Se trata, como dice el artículo 3º de la Constitución italiana y el 9.2 de la Constitución española de 1978, de promover las condiciones y remover los obstáculos de los ciudadanos (la italiana se refiere también a los trabajadores) para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Esta norma favorece la acción jurídica pública para que, en situaciones de desigualdad, pueda intervenir positivamente para restablecer el principio de igualdad. Tal esfuerzo está destinado a modificar las condiciones socioeconómicas, con el fin de hacer universales las oportunidades de elegir planes de vida adecuados. El trámite de estas actuaciones es el respeto a la legalidad y a los derechos fundamentales, incluidos los derechos económicos y sociales, aunque estos actúan desde la igualdad como diferenciación -y no desde la igualdad como equiparación de los derechos clásicos- y desde el punto de llegada -y no desde el de partida como los primeros. Finalmente, en este tema se debe señalar, frente a críticas radicales de izquierda y de derecha, que sólo en los sistemas occidentales liberal-democráticos hay razones y motivos para defender al Estado social y democrático de Derecho.

Además, debemos también tener en cuenta la seguridad y la solidaridad que son, a mi juicio, preferibles en denominación y contenido al concepto de paz que manejaba Bobbio, y que son compatibles y complementarios de los conceptos democráticos de libertad e igualdad. La seguridad es paz social, ausencia de violencia que haga posible la convivencia dentro de la sociedad civil y entre los diversos sectores de la política. También debe suponer en las sociedades democráticas el principal objetivo de la política internacional, como reacción frente a las políticas crueles, inhumanas y degradantes de los totalitarismos estalinistas y fascistas, nazis o franquistas, por señalar los más próximos geográficamente, además de los golpes terroristas de ETA, de las Brigadas Rojas, o del fundamentalismo islámico. Por eso, un Estado de Derecho sólido y fuerte es necesario para combatir el miedo, donde se valore la seguridad, o como prefiero decir, la libertad segura. En todo caso, hay que excluir de las sociedades libres la idea de “enemigo absoluto” con el que no cabe compromiso, sino sólo su destrucción; es un elemento incompatible con las organizaciones democráticas. En relación con las migraciones en Europa, hay que recordar que son compatibles con nuestra sociedad únicamente aquéllas que aceptan las reglas producidas desde una concepción democrática de la justicia. Finalmente, debemos señalar la importancia del pluralismo, que reconoce, asume y valora positivamente la diversidad en las sociedades compuestas. No significa relativismo, sino apertura y respeto hacia las diferencias, compromiso autocrítico, reconocimiento de las limitaciones del conocimiento humano y antidogmatismo. Es uno de los rasgos de las sociedades abiertas. Nadie posee la

respuesta a todas las preguntas. Los mayores peligros para la libertad, en realidad, se encuentran precisamente en el dogmatismo y en cualquier tipo de monopolio (ideológico o de sistema). La sociedad abierta no es fácil, y la tendencia a la tranquilidad y a la comodidad nos conduce a mundos cerrados. Para avanzar, prosperar y mejorar las condiciones de vida en el mundo debemos aceptar la inseguridad, la incomodidad, la pregunta incómoda que se encuentra en los horizontes del progreso. Por esta razón, también será necesario el valor de la tolerancia, que engrasa la actitud de las personas en los ámbitos de la justicia. En todo caso, es necesario poner límites al pluralismo y a la tolerancia, con el fin de evitar daños graves a la dignidad y a los derechos, o el nacimiento de formas de intolerancia y dogmatismo. No se pueden aceptar en nombre de la tolerancia, actos o manifestaciones que causen peligros inmediatos y evidentes o constituyan situaciones de claro e inminente peligro para la dignidad humana o para los derechos. En este sentido, el juez Holmes afirmaba: “para la dignidad humana o los derechos, la tolerancia no significa indiferencia respecto a lo que les ocurre a los otros, sino sólo el reconocimiento de las diferencias y del derecho a ser diversos; además, no presupone de ninguna forma la posibilidad de mantener situaciones indignas para los otros, ni ningún tipo de trato degradantes, inhumanos y despectivos”. Como también dijo Kelsen hay que saber distinguir las líneas fronterizas de la libertad de expresión de las ideas, respecto a los preparativos para el uso de la fuerza, en cuanto que la tolerancia ilimitada conduce a la desaparición de la tolerancia, precisamente frente a la violencia de los intolerantes.

Con estas reflexiones, se puede avanzar sobre las posiciones de Kelsen e incluso del Bobbio de *La Teoría de la Justicia*, aunque nuestro autor, en sus reflexiones posteriores sobre la ética pública, progresa mucho respecto a su posición inicial de 1952-53.

Podemos decir que la concepción de la justicia que se practica en Europa y en las democracias occidentales es un **sistema preferible por sí mismo**, porque expresa valores del individuo basados en la dignidad humana, mientras que los demás que coexisten con él tienen otros fundamentos, que incluso pueden expresar diferencias sustanciales en la condición humana por motivos religiosos, sociales o políticos. Bobbio fue, en este tema como en otros muchos, un precursor que nos marcó el camino correcto a seguir.

Gregorio Peces-Barba Martínez

Universidad Carlos III de Madrid