LA PAZ, OBRA DE LA JUSTICIA

José María De la Cuesta y Rute

Doctor en Derecho

Catedrático emérito de Derecho Mercantil

Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La Ponencia que me permito presentar al debate correspondiente intenta sobre todo que éste se centre en la necesidad de rescatar al derecho de la pobre situación en que se encuentra y restituirle la verdadera función de ser origen de la justicia que, a su vez, tiene a la paz como fruto. Se intenta explicar que aquella falta de estima social por el derecho tiene como causa tanto su vinculación al Estado, precisamente al Estado, como la mentalidad positivista que, con carácter general, domina todo el pensamiento moderno. Aunque solo en esbozo, también quedan apuntadas las causas por las que el Estado resulta tan inapropiado como forma de organización política de la comunidad.

Palabras clave: Paz, orden, justicia, ley, Estado, poder, derechos humanos.

Abstract: The paper I am about to present to this debate tries, above all else, to focus on the necessity to rescue law from its poor condition and return it to its true role as the origin of justice that, in turn, brings peace. It tries to explain how that lack of social esteem for the law has as a result its connection to the government, precisely the government, as the positivist mentality that, in general, dominates all modern thinking. Although merely outlined, it also points out the reasons for which the government results so inappropriate as a form of political organization of the community.

Key words: Peace, order, justice, law, government, power, human rights

Sumario: Ideas previas.- I. 1. De la paz.- 2. De la justicia. 2.1. De la acción del hombre. 2.2. De la acción del hombre y la justicia.- 3. Derecho y Estado,- II. 1. La referencia al Estado y el positivismo. 1.1. El positivismo en el orden de las fuentes del Derecho, 1.2. El positivismo en el orden de la aplicación del derecho.- 2, El positivismo en cuanto el contenido de los mandatos jurídicos. 2.1. Los mandatos y su contenido de justicia. 2.2. Particulares efectos del positivismo legalista sobre el contenido de los mandatos jurídicos,

Ideas previas.

Confieso que esta mi modesta intervención en el XXI Congreso Internacional Ciencia y Vida en el que me honro en participar se encuentra motivada por una principal preocupación mía. Se podría ésta resumir, aun con el riesgo inherente a todo resumen, en la que siento ante, digamos, el desdén con que es tratado el derecho y, en general, todo lo jurídico en nuestra actual sociedad, y no solo en la española. Acaso sea que no otra cosa que desdén intelectual merezca eso que hoy, incluso aquellos que pomposamente pasamos por juristas, tenemos por derecho y así lo enseñamos en nuestras Facultades universitarias, y, como es natural, es también aquello que se dice practicar por los políticos y, lo que es peor, aplicar por los jueces. Ante esta realidad, nada puede extrañarnos que estemos en un momento que permite hablar de *eclipse* del derecho. Pero tampoco será causa de extrañeza que, por mi parte, manifieste mi preocupación por ese eclipse ni que lo haga a partir de la contribución del derecho a la consecución de un bien tan preciado por todos como la paz que como consecuencia del repetido ocultamiento del derecho no puede de verdad disfrutarse.

Así pues, el rótulo de esta Ponencia no es, a diferencia de lo usual, indicativo de una proposición sobre la que versará su contenido; me he permitido la libertad de que el contenido de mi intervención se proponga atraer el preocupado interés de todos por la situación en que se encuentra ahora el derecho pero partiendo de su verdad que lo señala como instrumento de paz. El rótulo expresa, pues, el presupuesto que es causa de la preocupación que pretendo extender a ustedes.

Del significado de ese presupuesto solo me ocuparé a efectos de precisar lo que entiendo por paz y qué por justicia y por derecho. A ello destino la Parte I de mi Ponencia. Pero de poco servirían mis palabras si no expresaran además las razones objetivas que justifican el desdén social hacia el derecho y su consiguiente marginación como ciencia del hombre, a lo que destino la Parte II de mi intervención. De este modo quedan marcados los distintos puntos que conforman mi intervención.

-I-

1.- De la paz*.*

En trance de establecer lo que entiendo por paz, me parece obligado volver la mirada a San Agustín para quien la paz es *tranquilitas ordinis*. Estamos tan acostumbrados los juristas, en momentos semejantes a éste, a tomar como punto de partida las aportaciones del pensamiento griego, y especialmente las de Aristóteles reformuladas por Tomás de Aquino, que acaso no sea impertinente expresar la conveniencia de tener ahora como referente la doctrina del obispo de Hipona.

Mi preferencia, al menos en este caso, para esa referencia se justifica por dos razones que, en rigor, son el haz y el envés de una sola. Si por motivos subjetivos mi aportación no es la de un filósofo, sin embargo, desde una consideración objetiva, la materia sobre la que versa mi disertación se podría calificar de perteneciente al orden de la filosofía y, en este sentido, podría considerarse razonable y hasta prudente tener a las propuestas filosóficas griegas como precedentes de mis consideraciones. Ello no obstante, la estrecha relación que guarda aquella materia con las verdades de la fe, me lleva a excluir las propuestas griegas por lo que en ellas hay de desconocimiento del hombre como persona individual con la consiguiente preeminencia, en cambio, de lo colectivo, que, según se reconoce autorizadamente, es el principio que inspira las nociones de *zoon politikon* y de *polis*, que son las principalmente concernidas, aunque de modo latente, por mis palabras.

La aportación agustiniana, contenida por lo que aquí interesa en *D*e *civitate Dei,* como integrante de la patrística, supone ya, en cambio, un punto de partida rigurosamente cristiano sobre el hombre en sí y sobre todas las dimensiones de su vida. Creo que mi preferencia por la doctrina de san Agustín se entenderá ya suficientemente justificada; se podría decir que no precisa ser bautizada como primer paso de su interpretación y, sobre todo, que tiene como protagonista al hombre. Pero, por si fuere poco, todavía podría invocar a favor de mi preferencia por la doctrina agustiniana la influencia de Cicerón en el santo obispo, que recibe por esa muy estimable vía el pensamiento de Roma tan impregnado de consideraciones y valoraciones jurídicas. En todo caso, su consideración de que la paz es la “tranquilidad del orden” nos es verdaderamente iluminadora.

Un orden, pues, es presupuesto de la paz; y el orden significa que cada ente ocupa en el universo el puesto o lugar que le corresponde de acuerdo con los fines que le son propios según su naturaleza; el propio reconocimiento de esos fines se integra asimismo también en el orden. Así concebido, el orden es el establecido por la “ley eterna”. He de subrayar que, el orden también alcanza al hombre y, consiguientemente, sin ánimo de entrar ahora en ningún debate acerca del “derecho natural”, sí me parece fecundo indicar que, para quien encuentre acertada su formulación, ese derecho habrá de estimarse parte del orden universal.

Considero que de todo lo que hasta aquí se ha dicho podemos concluir, en primer término, que la paz es algo de orden muy superior a la mera ausencia de guerra y, en segundo lugar, que el orden a que responde la paz, aunque dispuesto por la ley eterna, al acoger a la persona no puede dejar de referirse al proceso en que consiste la vida personal, por lo que no se trata de un orden estático. Sólo se puede concebir como inmutable en cuanto lo es la naturaleza de todo lo creado con arreglo a la cual se determina el lugar que a cada ente corresponde. Pero por lo demás y en cuanto que en él participa el hombre, el orden se va realizando o no gracias a la acción de la persona. El orden respecto de la persona la comprende desde luego como ser individual pero, de acuerdo con su naturaleza, como sujeto de una vida que transcurre mediante relaciones con los demás individuos de la especie humana; y, por lo que se refiere a este aspecto, el orden alcanza entonces también a las instituciones cuya finalidad consiste en marcar al hombre las pautas de conducta que son debidas

El orden de que hablo de ninguna manera se ha de entender de un modo reduccionista sino, al contrario, de modo tan abarcador como para acoger al individuo humano en sí y, al mismo tiempo, a cualesquier tipo de relación con los demás y, consiguientemente cualesquiera que pueda ser la comunidad en cuyo seno consideremos situado al individuo y a la que puedan referirse sus relaciones

Por otra parte, el orden es predicable respecto de cualesquier comunidad humana por lo que tanto alcanza a la que hoy llamamos nacional como a las comunidades inferiores como también a la comunidad que llamamos internacional; este último aspecto es de singular importancia en nuestros días ante las interrogaciones de distinto signo que nos plantea el fenómeno de la globalización. Pero es momento de advertir que el orden de que hablamos no se reduce a la comunidad internacional como podría quizá sugerir el título de esta Ponencia por su explícita referencia a la paz y la inconsciente vinculación de ésta a la ausencia de guerra que, a su vez, se asocia a la violencia o confrontación armada entre las naciones.

Este modo de ver las cosas es el que se corresponde con la realidad real y no con ninguna realidad reducida, entre otras causas, por la mentalidad positivista hoy imperante según la cual no hay más realidad que la constituida por los entes perceptibles por los sentidos. No es posible, en efecto, aceptar que la paz se resuelve simplemente o en ausencia de guerra entendida como violencia o combate respecto de un enemigo exterior o en ausencia de fuerza o coacción externa al hombre mismo que le fuerza su voluntad; en modo alguno. Lo que quiero decir se aprecia con facilidad al pensar en el orden referido a la persona; el hombre, como sujeto activo, al adecuar su acción a lo que reclama su naturaleza propia y la de los demás entes concernidos por ella, incluidos los demás hombres, experimenta la paz como sosiego de su espíritu por la conformidad de sus actos con la totalidad del orden al que responde el mundo creado.

La paz entonces se puede reconocer, según anticipa el título de mi intervención, como fruto de la justicia. El hecho de que a la justicia se le reconozca como virtud de la *alteridad* norepresenta ningún obstáculo para ello sino al contrario. Puesto que el sosiego del hombre pacífico se experimenta muy especialmente respecto de Dios como Persona a la vez que también respecto de los demás hombres y como, en fin, respecto de todas las cosas; téngase en cuenta que ninguna acción humana deja de proyectar nunca sus efectos más allá de lo que se podría considerar una esfera de soledad o aislamiento del sujeto. Todo acto humano incide o es transitivo hacia todo lo creado y de este modo es posible saber si se atiene o no a la relación fundamental con el Creador del orden.

 2**.-** De la justicia**.**

Una vez esclarecido el sentido de la paz y el inmenso territorio sobre el que se proyecta, que, en rigor, alcanza a todo lo real, debemos intentar exponer cómo la adecuación de los actos del hombre al orden de la creación, siendo por eso mismo generadora de sosiego, se ha de entender, en cada caso, como cumplimiento de un deber de justicia.

Aquí me parece oportuno efectuar un cierto *excursus* a fin de encontrar pistas útiles para dar respuesta a una de las no poco difíciles cuestiones acerca de la justicia, que reside cabalmente en su noción. Y en este punto me parece satisfactorio acudir a las enseñanzas de aquellos filósofos del derecho cuyas propuestas doctrinales son, a mi juicio, más convincentes. Es precisamente al preguntarse por la noción del derecho cuando se plantea la cuestión de la justicia, y entonces, considerando su condición de virtud, se encuentran abocados a diferenciar entre la moral y el derecho. Para establecer la diferencia se suele partir de la distinción aristotélica entre *justicia general* y *justicia particular*. Se piensa que el derecho sólo se refiere a la justicia en su segunda acepción, mientras que, según la primera, esto es, considerando la justicia general, los actos consistentes con la misma son actos virtuosos desde el punto de vista moral pero sin proyección jurídica.

Oportuno me parece sin embargo subrayar que en todo caso, ya se entienda como *general* o ya como *particular*, la justicia es una virtud y, en consecuencia, su práctica tiene como más preciado resultado el hacer virtuoso al hombre. La advertencia socrática de que es preferible soportar una injusticia a cometerla significa que quien la comete se hace él mismo injusto y representa, a mi parecer, una idea plenamente acorde con la plenitud del orden que tiene por fruto la paz, entendida respecto del abarcador ámbito que antes se ha propuesto. De esta suerte, por singularizada que se considere la justicia particular respecto de la general y por diferentes que sean las esferas de la moral y del derecho, tanto del acto moral, indiferente para el derecho, como del que se atiene al derecho con abstracción de su moralidad es posible predicar su consistencia con el orden y, por consiguiente, su fecundidad o eficacia en relación con la paz. Nótese, pues, que en uno y otro caso el acto de que se trate, para ser acorde a la moral a secas o al derecho, lo que no niega su condición moral, habrá de ser justo.

Precisamente porque la justicia particular es, como la general, una virtud moral, la paz tiene que referirse, como hace el rótulo de esta Ponencia, a la justicia sin más; pero entonces es procedente preguntarse acerca de la importancia que puede tener el derecho a efectos de la generación y conservación de la paz dado que, en teoría, sería posible hablar de paz sin más que considerar la conducta justa de los hombres con independencia de lo que dispusiere el ordenamiento jurídico. Para contestar a esta crucial cuestión son convenientes las precisiones que se efectúan a continuación.

2.1.- De la acción del hombre.

Conviene comenzar recordando que la justicia es reconocida como la virtud de la alteridad; de ahí el lugar central que ocupa respecto del orden según la definición agustiniana. Tratándose de una virtud, la justicia nos remite al mundo moral, especialmente a quienes, como es mi caso, participamos de una concepción realista de ese mundo que representa considerarlo integrado por bienes, normas y virtudes.

Desde estos presupuestos y dado que la justicia es el objeto del derecho, debe tenerse en constante consideración que el derecho tanto como la moral son *saberes* prácticos, esto es, saberes que o se reconocen orientados y se orientan al servicio del hombre o son meros *conocimientos* carentes, en el mejor de los casos, del menor interés; y digo el mejor de los casos puesto que, por lo que se refiere al derecho, aquellos conocimientos casi con seguridad se volverán además contra el hombre mismo. Por desgracia, así nos lo enseña la historia para sus más crudas formas de agresión al hombre, todavía perpetuadas hasta hoy en varias comunidades humanas; porque en sus menos perniciosos efectos asimismo lo experimentamos, en diversa medida pero en general, todos los hombres a partir de la mentalidad positivista dominante.

Moral y derecho trazan el *deber-ser* del hombre como cauce por el que ha de hacer discurrir su propia vida de acuerdo con la meta marcada no solo para su “buena vida” sino para la vida *feliz* que es lo que puede colmar al hombre. Esta necesidad de un *deber-ser* emerge de la libertad del hombre como nota esencial de su condición humana.

Sin poder entrar ahora en la sugestiva discusión sobre si el hombre es naturaleza o historia, diré, por lo pronto, que no considero incompatibles esas dos dimensiones. La esencial libertad del ser humano, que es atributo de su naturaleza, nos descubre la necesidad de considerar su dimensión histórica que supone que su vida se desenvuelve mediante un verdadero proceso espacio-temporal. Esta consideración, que debe reconocerse como plenamente válida por todos, con independencia de cuales sean las creencias de orden religioso que cada uno profese o de que no profese ninguna, encuentra desde luego plena confirmación si el hombre se reconoce creatura *imago Dei*. Como con relación a cualquier cuestión que podamos plantearnos, en este caso también, la fe cristiana se nos muestra como un modo de conocer la realidad en circularidad con la razón racional.

Se comprende que sea necesario que el hombre por su esencial libertad pueda contar con un *deber-ser* que, le marque el cauce por el que desenvolver su vida apropiadamente, esto es, el cauce que le permita al hombre llegar a ser quien debe ser. Es claro que me estoy refiriendo a la *experiencia moral* que, así entendida, tiene un ámbito de juego tan amplio como para alcanzar a toda acción humana. La *experiencia moral* encuentra, en efecto, su justificación en la condición esencial de libertad del ser humano que supone la libertad para determinarse a la acción que, a su vez, implica libertad respecto del momento de su elección y libertad respecto del momento de su consiguiente actualización. Pero cabalmente esa libertad esencial de la persona postula una guía para que todos sus actos de voluntad, que actualizan su potencia, determinada, a su vez, por muy diversas causas o motivos todos ellos personales, se integren en una estructura de vida capaz de construir la que al final se corresponda con la plenitud que al hombre le venía propuesta desde el principio de su propia existencia. De ahí que, a efectos de que pueda construirse un *mundo humano*, se hagan cognoscibles al hombre libre, y en sus distintas manifestaciones posibles, la *verdad* y el *bien* a fin de que una y otro le señalen las riberas del cauce por el que desenvolver su vida.

No es dudoso que el mundo de la experiencia moral abarca la totalidad de la experiencia de vida del hombre y, por consiguiente, también la muy importante esfera de su sociabilidad que, singularmente, le lleva a relacionarse con los demás hombres a muy diversos fines. Pero esta perspectiva nos lleva a la consideración siguiente.

Como un *deber-ser* hasta cierto puntodistinto al que determina la experiencia moral, se nos presenta el *deber-ser* jurídico. Y digo que hasta cierto punto porque, en su esencial función de marcar el cauce para la acción debida, el derecho y la moral coinciden, del mismo modo que ambos arraigan en la condición del hombre como ser libre. Pero el derecho además, por una parte, se contrae al sector del mundo humano referido a las relaciones que se traban con otros hombres o grupos de hombres ya sea en consideración de fines o intereses inmateriales o ya tengan a las cosas materiales como objeto, y, por otra parte, el derecho también tiene como razón de su existencia la condición desfalleciente del hombre.

No deben descuidarse estas otras dos cualidades que son de la esencia del hombre y que cualifican el mundo de la experiencia jurídica. Por lo que toca a la sociabilidad, como se ha señalado con acierto, incluso en el plano de la biología, la vida del hombre implica relación. Gracias a esa estructura relacional, el hombre es persona. Sin, desde luego, dejar de ser individuo, el hombre desarrolla su sociabilidad que le lleva a tener que contar con otros para el desarrollo de su propia vida. Y a la condición de ser sociable, el hombre une la de ser un ser *desfalleciente*, que implica que en el plano de los fines, de los intereses, de las motivaciones o de los deseos determinantes de sus acciones si bien podría y debería el hombre establecer en todos los casos un orden a partir de lo verdadero y de lo bueno, según le son uno y otro conocidos, sin embargo en ocasiones el hombre no respetará dicho orden.

Siendo así las cosas, para ciertas acciones humanas que, trascendiendo al individuo, se proyectan a los demás, no es posible aceptar que el acatamiento del *deber-ser moral* y su consiguiente satisfacción quede a expensas de la mera voluntad del hombre. Para estos casos el mundo humano ha de contar con la posibilidad de que lo verdadero y lo bueno se le impongan coercitivamente al hombre. Este sector de la experiencia moral, esto es, del ámbito definido por lo que es verdadero y bueno para el hombre, pero que se le puede imponer coercitivamente es propiamente lo que integra el *deber-ser jurídico*.

Notemos, porque es de singular importancia, que en la medida en que el *deber-ser jurídico* puede, hasta cierto punto como luego desarrollaré, imponérsele al hombre se puede decir que constituye una limitación, nada menos, que de su libertad, por lo que debe necesariamente entenderse que la *experiencia jurídica* tiene quealcanzar el menor territorio posible dentro del que, en general, queda sometido, en principio, a la disposición de la voluntad de la persona.

Al exponer aquí este modo de ver las cosas no me importa que quede ya insinuado desde este momento que, por mi parte, entiendo que el derecho está muy lejos de poder ser definido y comprendido precisamente de acuerdo con la concepción positivista hoy dominante y que no es sino manifestación de una general mentalidad positivista que hoy impera y que deja reducida toda la realidad tan solo a lo que es posible conocer por los sentidos. En mi opinión, de esa mentalidad positivista estamos todos tan contagiados que, pese a que la repudiemos en los momentos de plantearnos cuestiones tan fundamentales como la relativa a formular la noción de derecho, de ella partimos sin embargo está sin embargo presente, de manera más o menos latente, en los momentos en que hemos de aplicar las normas jurídicas, incluso ateniéndonos a sus fundamentos y en aras de su finalidad esencial de que la persona pueda proyectar y desenvolver su propia vida. Porque, y es algo que me interesa subrayar aunque resulte reiterativo, el derecho sirve a la vida de la persona o no sirve para nada; mejor dicho, sirve como herramienta de control social que degrada y envilece a la persona misma en la medida en que le priva de zonas en que emplear su esencial libertad.

2.2.- De la acción del hombre y la justicia.

La acción humana presenta una doble vertiente según que inmediatamente se refiera a lo que la convivencia con otros seres humanos exige para que pueda considerarse verdaderamente humana o según que tenga por referencia la trascendencia. Es la moral la que señala el *deber-ser* concernido en los casos a que se refiere esta segunda vertiente; las acciones propias de la primera quedan sometidas al *deber-ser* del derecho.

Aunque los filósofos del derecho excluyen a la justicia llamada general de sus planteamientos y desarrollos acerca del vínculo del derecho con la justicia, aquí sin embargo no conviene prescindir del significado de la justicia general para la acción del hombre porque la Ponencia ha de considerar a la justicia en cualquiera de sus manifestaciones como causa del orden universal a fin precisamente, y como antes he dicho, de poder sostener la necesidad de que el derecho sea tenido en cuenta como elemento indispensable para que la vida trascurra conviviendo según la verdadera paz.

Para entender el verdadero significado de la justicia general nada mejor que recurrir a las Escrituras en varias de las cuales se nos habla del justo. En todos los numerosos pasajes en que se usa, en alguno nada menos que para referirse al Mesías, con dicho término se designa a quien da perfecto cumplimiento a las virtudes todas, esto es, a quien, empezando por Dios mismo para seguir con todo lo creado después, da el trato ajustado al puesto que ocupa según la estructura del orden establecido que se corresponde con la naturaleza de cada entidad en cada caso; en suma, justo es quien a cada uno le otorga el trato que le es debido. La alusión a la justicia se hace a causa de la cualificación que representa para el hombre la práctica de la virtud, según la advertencia socrática. A efectos de lo que ahora interesa, la justicia del justo, que es así llamado a causa del ejercicio de la justicia con la que actúa al proceder según es debido respecto de Dios y de todo lo creado, es claro que abarca toda la esfera del obrar humano y, en este sentido, si bien no lo excluye, sí trasciende desde el luego el ámbito de ese obrar que ha de sujetarse al derecho. De aquí deducimos las dos cosas siguientes: de un lado, que la justicia es virtud moral que, por definición, estará presente en toda acción que, implicando algún tipo de relación, se atenga a cualquier otra virtud; y, de otra parte, que la justicia *particular*, que es objeto del derecho, ha de ser considerada directriz de toda acción que dice relación al orden.

La distinción entre moral y derecho no supone ni desconocer los beneficios de toda acción moral para la comunidad humana ni tampoco que el orden jurídico esté desconectado del orden moral. Por lo que se refiere a esto último, me limitaré a sostener aquí, de un lado, que la referencia de cualquier norma jurídica a un *invariante moral* es garantía de su pertinencia por los positivos efectos que, sin duda, se seguirán de su contenido y, de otro, que el derecho es el cauce por el que cobra validez y vigencia el *deber-ser* moral en la esfera o ámbito inmanente a la sociedad humana. De ahí, el acierto que representa sostener que el derecho es puerta de entrada al *mínimo ético* indispensable para que la convivencia humana pueda desenvolverse en la sociedad. De este modo resulta ineludible reconocer que es propio del derecho que su cumplimiento pueda llegar a serle exigido coactivamente a la persona, pero, en todo caso, debe notarse que, dada la naturaleza del hombre, la coacción no alcanza al fuero interno de la persona sobre quien se ejerce: no se puede obligar a nadie a dormir en la cárcel; el constitutivo esencial de libertad en el hombre es sencillamente irreductible. De un lado, pues, dado que fuera de un ámbito de libertad no cabe hablar de moralidad de la acción, hemos de deducir que el acto de cumplimiento de la norma jurídica no implica por sí mismo una acción moral por mucho que el resultado de aquel cumplimiento coincida con el contenido objetivo de una regla moral o, si se quiere, de una virtud con el sentido objetivo que tienen las virtudes para quienes profesamos una moral *realista*. Pero al mismo tiempotambién, de otro lado, ha de subrayarse que no siempre el cumplimiento, aun coactivo, de la norma jurídica implica una absoluta exclusión de la libertad; por si el anterior ejemplo sobre la condena a dormir en la cárcel no fuese suficiente, se puede completar con el referido a que el hombre es el único ser que, encontrándose sediento al lado de una fuente, puede abstenerse de beber. Ni la coacción externa ni la que internamente puedan ejercer los instintos excluyen por completo la voluntad libre dela persona.

La justicia particular tanto como la general consisten en dispensar el tratamiento adecuado a la naturaleza de cada uno en el mundo relacional propio del ser humano. Mas la distinción tiene por consecuencia que la justicia particular, a la que se ordena en derecho, se define de tal modo que parece evocar tan solo el conjunto de relaciones establecidas entre los hombres respecto a las cosas materiales; de manera inconsciente incluso el derecho se vincula a una visión de la llamada justicia *conmutativa* por adecuarse a la actividad que implica intercambio de bienes *lato sensu* pues que también se incluirían los procesos de producción de los propios bienes. Creo que el recuerdo del modo como se define la justicia en este caso es suficientemente revelador de lo que digo. Recordemos que, en efecto, se define como *dar a cada uno lo suyo*.

Bien miradas las cosas, la expresión mencionada no tiene porqué entenderse de modo restrictivo y, de hecho, no entenderla restrictivamente es determinante para obtener una noción de justicia, en cualquiera de sus acepciones, que sea plenamente satisfactoria. Pero lo cierto es que los juristas referimos por lo general “lo suyo” a bienes sobre los que ostenta un título para su tenencia aquél a quien se le deben dar. Mas debe notarse que la reducción de la justicia a su función conmutativa no es satisfactoria ni siquiera tampoco desde el punto de vista jurídico, pues que el derecho abarca a más relaciones que las estrictas de intercambio de bienes por amplio que sea el sentido en que éstas se entiendan y aunque no pueda negarse su positiva importancia.

Por lo pronto, el derecho no sólo se refiere a relaciones entre iguales, también llamadas horizontales, que integran el sector privado del mundo de relación y, por eso, dan lugar a que se hable de *derecho privado*; el derecho, llamado *público*, se proyecta sobre las relaciones, consideradas verticales, propias de la estructura *mando/obediencia*, respecto de las que no cabe hablar de justicia conmutativa sino de *justicia distributiva* en cuanto que las cargas y los honores deben ser distribuidas justamente entre todos los miembros de la comunidad. Desde ahora llamo la atención con que la distribución se refiere a cargas y a honores y a que para ser justa ha de ser proporcionada al lugar que ocupe cada uno de los miembros de la comunidad según el lugar a que cada uno se haya hecho acreedor por virtud de los propios actos que jalonan su vida.

Pero además, incluso dentro del sector privado, el derecho no sólo tiene por materia las relaciones del tráfico patrimonial, sino las de otros campos, como la persona o la familia, para los que no es adecuada la noción conmutativa de la justicia.

Y una vez más hemos de alabar el saber jurídico de Roma, cuyos juristas, sin duda, que por razones como las señaladas, definen la justicia según la conocida triada que resulta de unir al *dar a cada uno lo suyo*, *vivir honestamente* y *no causar daño a otro*.

En mi opinión interesa a efectos de la Ponencia acoger los *tria juris praecepta* del Digesto. Porque tanto el que se refiere al modo de vivir como el que tiene por contenido el respeto al otro sin duda que “desmaterializan”, por así decir, el dar a cada uno lo suyo y únicamente mediante la consideración de la triple perspectiva puede la virtud de la justicia, operativa en el ámbito jurídico, procurar al hombre, repitámoslo, no sólo la buena vida, sino la vida feliz que, trascendiéndola, la adecúa a la verdadera naturaleza del hombre, *imago Dei*, que solo se ve colmada con la felicidad verdadera.

Por otra parte, está más que fundamentada la refundición que acabo de proponer de los *tria iuris paecepta* a efectos de definir la justicia como referente del derecho puesto que es claro que la justicia puede concebirse de modo omnicomprensivo respecto de las demás virtudes como se deduce de las Sagradas Escrituras antes ya citadas. De acuerdo con lo que representa “el Justo”, que alude a veces al mismo Jesucristo, la práctica de cualquier virtud es ya de suyo una acción justa además de virtuosa por su adecuación a la virtud de que en cada caso se trate. Y es justa porque toda virtud implica el tratamiento debido a cada ente según postula su naturaleza y, consiguientemente la práctica de cualquier virtud supone dar al otro el tratamiento que le es propio o le pertenece, en suma darle lo que es *suyo*.

Pero deseo llamar su atención sobre que aquella propuesta refundición de los *tria iuris praecepta* no supone en modo alguno borrar la diferencia esencial entre moral y derecho. En el dar a cada uno lo suyo, qué haya de considerarse *suyo* nos lo define el derecho siempre y en la medida que esa definición concierne a o es presupuesto de una convivencia social pacífica; pero también, como no puede ser de otra manera, pertenece a lo *suyo* humano el poder vivir en plenitud la libertad. Este respeto rinde tributo a la condición esencial del hombre que no debe ser forzado en ninguna medida más allá de lo que reclama la pacífica convivencia. Recordemos lo que se quiere significar al señalar que el derecho tiene la condición de cauce para que un mínimo ético deje sentir su influencia en la vida social. Pues bien, estos mismos razonamientos son también aplicables tanto al calificativo *honeste* aplicado al *vivere* como al daño al otro que debe evitarse, según se desprende del Digesto.

Considero que de todo lo que hasta aquí se ha dicho podemos concluir que el orden a que responde la paz, que es algo más que ausencia de combate armado, si bien es dispuesto por la ley eterna no puede dejar de referirse al proceso en que consiste la vida personal dado que no se trata de un orden estático. Y, situados en esta circunstancia, el orden se va realizando gracias a la acción justa de la persona que, desde luego, tiene como referente la moral pero también el derecho. Es imprescindible distinguir entre ambos órdenes, moral y derecho, puesto que, a diferencia de la acción en el plano de la moralidad respecto de la que no hay autoridad terrena que pueda juzgar acerca de justicia, en el orden del derecho, al suponer éste merma de la libertad de la persona, resulta posible e incluso necesario formular un juicio acerca de la adecuación de la acción personal a la justicia particular, que es la propia del derecho. De este modo, nos es exigido detenernos en nuevas precisiones sobre lo que representa para el derecho, contemplado desde el punto de vista aquí adoptado, su positividad que implica, de un lado, la cuestión del poder capaz de imponerlo y, de otro, la huella de la mentalidad positivista en la concepción del propio derecho que incluso extiende su efectividad al terreno del poder invocado en primer término.

3.- Derecho y Estado.

Sentado que el derecho es aquél sector de *deber-ser* que se impone, incluso coercitivamente, a la persona por su carácter necesario para que la sociedad pueda subsistir, se impone preguntarse por quién sea quien decida sobre ese preciso *deber-ser* así como por quién sea el destinado a imponerlo.

El primer tema es el de las fuentes del derecho y el segundo, el muy importante de la realización del derecho, que, por lo demás, queda embebido en nuestros días en el más general, y de orden político puro, relativo a la separación de poderes del Estado. Y es que debemos decir en seguida que, también en nuestros días, es al Estado, como organización política de una comunidad (nacional), al que se le atribuye la *potestas* –no hablemos por ahora de *auctoritas*- de decir el derecho.Pero, concentrado en el Estado todo el poder, a él se le atribuye igualmente la *potestas* necesaria para imponer coactivamente el derecho y no sólo para expresar qué sea éste.

En consecuencia, toda manifestación que se pretenda jurídica, como debe serlo toda la que defina el ámbito concreto a que se extiende el poder, ha de respetar, por lo pronto, lo que corresponde a los ciudadanos, lo que es *suyo*, en razón de su condición humana, esto es, por su condición esencial de seres *libres* que deben continuar siéndolo a lo largo de toda su existencia con la consecuencia de ser *responsables* de sus actos; gracias a esas condiciones naturales, los hombres además de ser capaces de proyectar y desenvolver nuestra vida de acuerdo con el bien y la verdad, nos hacemos merecedores del trato que nos es debido.

A la luz de lo que antecede, se ha de concluir, de una parte, que para que sea posible considerar legítimo el poder necesariamente éste ha de tener limitada la esfera sobre la que *autorizadamente* extender su *potestas*. De ninguna manera, unas propuestas ideológicas como la de la voluntad general o de la soberanía popular pueden significar un cheque en blanco para que quien ocupa el puesto de mando pueda extender su acción hasta allí donde tenga por conveniente sin más que atenerse a un supuesto “interés público” que, además, él mismo define como tal. La limitación del ámbito de poder debe seguirse de la consideración, no de un vago e indefinido “interés público” o “interés general” o, en fin, “interés social”, sino en razón de lo que postula el *bien común* que es, por lo pronto, un verdadero *bien* y que, en segundo término, si se concibe en referencia a todos, eso no significa que no sea bien para cada uno; se derivará esta cualidad de la adecuación del objetivo a las permanentes y, por eso, naturales condiciones de la persona, que es lo que determina, no lo olvidemos, la justicia de la acción y la perpetuación de la paz.

A estas alturas de mi intervención creo posible sentar la conclusión de que el derecho, y me refiero al derecho positivo, es factor indispensable para la existencia de la paz. Pero debe notarse que, a estos efectos, lo que sea derecho debe ser entendido rectamente, y tanto desde el punto de vista del contenido del *deber-ser* que le es propio como desde la consideración del poder que lo pone en la existencia. Y es el caso que de uno y otro aspecto se debe hacer cuestión en nuestros días. A su simple planteamiento dedicaré el escaso tiempo con que cuento todavía, pero advirtiendo que del simple ejercicio de poner de manifiesto la realidad real se extraerán las razones por las que hoy se siente un verdadero, y no poco justificado, desdén hacia el derecho; desdén que se traduce en su repetido *eclipse* con inevitables consecuencias perniciosas en el plano de la paz.

-II-

1.- La referencia al Estado y el positivismo.

Que el Estado como tal sea referente del derecho tiene consecuencias sobre éste tanto en el plano de sus fuentes como en el de su aplicación.

1.1. El positivismo en el orden de las fuentes del derecho.

Ya hemos dicho que en la actualidad prácticamente se reduce el derecho a los mandatos emanados del Estado y respecto de los que éste podrá ejercer coerción a efectos de que se cumplan. De hecho, a eso queda reducido en nuestros días el derecho, y eso se menciona como positivismo legalista.

Lo primero que conviene cuestionarse es si resulta justificado y conveniente conferir a la concreta forma de la organización política que conocemos como Estado el práctico monopolio del *ita ius esto*.

Antes me he referido a la necesidad de que los mandatos del derecho se adecúen a lo que demanda la condición del hombre, cuestión sobre la que me he extendido en otro lugar. En este momento hemos de preguntarnos, pues, si en verdad el Estado, el Estado real, el en verdad existente está legitimado para generar ese tipo de mandatos. Adviértase que la misma pregunta puede resultar extraña y, consiguientemente, considerarse fuera de lugar, pero un cuestionamiento así de la propia pregunta es el mejor indicio de la contaminación de positividad que a todos nos alcanza.

El Estado como organización política de la comunidad social no es congruente con la formulación del derecho ni con su aplicación. Aunque, por lo general, se insista en la desaparición del poder absoluto operada por la Revolución, esta apreciación no se ajusta a la verdad. Que el poder, según una, digamos que pintoresca, teoría se ejerza en representación del pueblo gracias a la suposición de que éste cuenta con una única voluntad no sólo no hace imposible *de facto* el ejercicio absoluto de ese poder, sino que este carácter resulta todavía más odioso, puesto que, al no tener otros límites que los imaginarios, puede ejercerse, si no *a legibus solutus*, sí *a iure solutus*. Porque, y es otro factor que juega a favor del mundo imaginario en que vivimos, se insistirá en la sujeción del poder a las leyes como si éstas expresaran de suyo lo que al hombre conviene según la justicia. De esta suerte, acabamos incurriendo en tautología si bien disfrazada mediante los principios de la voluntad general y de la soberanía popular.

A tenor de las consideraciones precedentes, tiene que concluirse que la mentalidad positivista *lato sensu* se traduce en el terreno del Derecho en dejarle reducido a los mandatos legales y, en consecuencia y además, a reconocerle, siquiera sea implícitamente, su condición de precipitado de la política. Aunque no tengamos ahora tiempo de desarrollar esta doble consideración, sí me parece oportuno indicar aquí las líneas rectoras de su significado. Por lo pronto, que el derecho es un mero producto de la voluntad se expresa mediante la moderna versión de la vieja máxima que hace a la *potestas* y no a la *veritas* el centro definidor del derecho; al voluntarismo, pues, que no al intelectualismo se deben las normas jurídicas. En el terreno del derecho “positivo” humano, el sujeto del que emana el poder capaz de imponer coactivamente mandatos es el poder político al que se le reconoce la superioridad en las relaciones de mando/obediencia que define la forma de organización política que llamamos Estado. De suerte, pues, que el derecho no es sino resultado de la política con lo que se acaba traicionando precisamente la finalidad de someter la política al derecho sin cuya sumisión no se garantiza la libertad de la persona frente al ensanchamiento arbitrario del ámbito en el que se puede ver sometida a coerción. Adviértase que la primera, y en realidad única, fuente del derecho es la emanada del Estado. Y la cuestión no se remedia sobre la base de diferenciar el poder legislativo del poder ejecutivo, pues que, tras de la configuración teórica del primero sobre la base de una voluntad unitaria de todos los ciudadanos susceptible de ser considerada portadora de ese poder, esa configuración no se da ni puede ciertamente darse en la práctica.

1.2. El positivismo en el orden de la aplicación del derecho.

Desde el momento que a esa concreta forma de organización política de la comunidad que llamamos Estado queda confiada también la aplicación del derecho, es a él al que corresponde imponer su cumplimiento, mediante la coerción incluso de aquél que no lo cumpla voluntariamente. Igualmente, desde el punto de vista de aplicación del derecho, se puede mantener la efectividad de la mentalidad positivista

Es indudable que, en punto a su aplicación, la primera tarea consiste en la interpretación. Y destaco esta circunstancia para subrayar, cómo en especial hoy gracias al desarrollo de la hermenéutica, en dicho momento interpretativo no puede dejar de influir la mentalidad positivista general que nos domina.

De otra parte, la aplicación del derecho queda confiada, dentro del ámbito del Estado, a su poder judicial. La benéfica doctrina sobre la división de poderes, en buena parte correctora de las ensoñaciones rousseaunianas, desgraciadamente es tan tributaria de un conjunto de posicionamientos teóricos y fundamentalmente prácticos que no es fácil que llegue a practicarse. En especial me referiré a las tentadoras cesiones al poder a secas que sufren los jueces que son, cada uno de ellos, los integrantes del poder judicial. Cuestión ésta que, por cierto, se tiene olvidada de hecho como acredita la creación de órganos que no dejan de participar en el poder sin más a causa de la burocratización que invade todas las esferas.

2.- El positivismo en cuanto al contenido de los mandatos jurídicos.

Pero como no podía ser de otra manera, a la realidad jurídica le alcanza la mentalidad positivista general que domina en nuestros días. Y se traduce en el contenido de los mandatos llamados jurídicos. Desde distintos puntos de vista es posible enfocar esta materia, pero todos parten de la realidad de tener por derecho lo que el poder del Estado haya definido como tal según los formulismos establecidos que igualmente han de ser respetados por lo que se refiere a la forma en que han de ser publicados.

2.1.- Los mandatos y su contenido de justicia.

Por lo pronto si todo mandato jurídico debe responder a la justicia y ordenarse a ella, no es aceptable tener por derecho ningún mandato que no cumpla los requerimientos que exige el vínculo con la justicia. No debería bastar con la procedencia formalmente correcta de los correspondientes órganos o poderes del Estado si no pudieran entenderse más que como futo de su mero arbitrio.

En este sentido, es de singular importancia lo que antes dije sobre el “interés general” y el *bien común.* Como es lógico, ese bien ha de tener como primer referente a la persona. Aquí tiene asiento, a mi juicio, todo lo referente a los derechos humanos que para ser tales han de entenderse en el sentido jurídico recto de ser del hombre como individuo, primero, y, después, de ser en verdad derechos y no exigencias de caprichosas prestaciones materiales arbitrariamente decididas. Los derechos humanos tienen su sentido en cuanto que determinan y representan la esfera de libertad de que debe disfrutar la persona para poder alcanzar la meta que haya fijado para su vida. Porque sólo entendiéndolos así los derechos humanos son, a la vez, fruto de la justicia debida a todo hombre y necesaria premisa para que la persona pueda comportarse con justicia.

Quiero insistir aunque no sea lugar para poder explayarme sobre la cuestión que el primer requerimiento de lo jurídico es que se respete a la persona en su condición de ser libre. Una consecuencia de esto ha de ser la limitación de la capacidad del Estado para extender su *potestas*. No es en modo alguno justo para el hombre que la *potestas* del Estado invada las zonas de competencia de la persona de tal manera que le prive de sus deberes de justicia y la exima de la responsabilidad por sus actos que es lo que le hace acreedora de un trato justo por los demás. El ámbito de libertad que debe serle confiado a todo hombre por serlo tiene que permitirle poder determinarse a las acciones cooperativas con otros que dan estructura a la sociedad civil así como también confiar libremente a las organizaciones de dicha sociedad civil los actos que considere de justicia o incluso de misericordia para otros hombres.

2.2.- Particulares efectos del positivismo legalista sobre el contenido de los mandatos jurídicos.

Siendo cierto todo lo que apretadamente dejo insinuado en lo anteriormente dicho, me parece imprescindible referirme a tres nefastas consecuencias para la justicia que se producen, y sin la menor protesta, a causa de la efectiva actuación del Estado en su condición de establecer la ley y de tener que aplicarla.

Me refiero, en primer lugar, a la vertiginosa multiplicación de leyes producidas tanto por la constante ampliación de la materia a que se extiende la potestad del Estado, que no conoce otro freno que no sea su propia voluntad, como por los cambios que en los terrenos normados según leyes anteriores se considera que han de introducirse en razón de lo que sugieren o se cree que sugieren los nuevos conocimientos que se proyectan sobre la materia. Por otro lado, esa implacable ampliación del espacio de intervención y la enfebrecida multiplicación de los cambios legislativos no solo son consecuencia de la *libido dominandi* sino de la estúpida creencia de que puede ser recionalmente diseñada cualquier actividad humana en todos sus pormenores y a causa de todas sus consecuencias. De “fatal arrogancia” por parte del poder se habla entonces autorizadamente.

Semejantes cambios legislativos hacen ilusorio pensar siquiera acerca de lo que se ha considerado siempre como fin del derecho, es decir suministrar seguridad en cuanto a la acción de los otros con los cuales se convive de acuerdo con la sociabilidad humana. Primer dato éste que no debemos olvidar como vertebral en nuestro tema. La seguridad jurídica es aspecto fundamental de la justicia y de la paz.

Más por otra parte, el voluntarismo causante del derecho así como la insaciable extensión de la intervención del Estado en las actividades de contenido material y económico con ánimo de redistribución y de igualitarismo, le llevan a legislar con arreglo a criterios ideológicos que no pueden sustraerse, en aras de la conservación del poder, a la influencia de las opiniones extendidas en cada momento sobre las demandas que derivan de las que se suponen exigencias de la (inexistente) justicia social y que en realidad no son sino una vez más estúpidas ocurrencias avasalladoras de la verdadera condición de la persona, a la que, como antes he dicho, se le desvincula de sus deberes de justicia en perjuicio de su previsión de perfeccionamiento personal.

Finalmente, el mismo voluntarismo jurídico que deja al derecho sin referencia que lo fundamente permite al Estado elevar al rango formal de ley proposiciones que descuidan una vertiente tan significativa de la seguridad como es la que se refiere a la subsistencia de la integridad de la vida humana y a la de su patrimonio. El poder no dudará en mostrarse obsequioso con los lobbies y otros centros de interés para cuya satisfacción no dudará en sacrificar la justicia. De “anomia” y de “zonas prohibidas” se habla entonces muy acertadamente. Como “zonas prohibidas”, prohibidas al tratamiento jurídico, y respecto de las que cabe hablar de anomia en sentido estricto creo que deben considerarse aquellas sobre las que recae un peregrino tratamiento jurídico dimanante de incalificables ideologías muy en boga en la actualidad. Y pienso en el “buenismo”, y en el pensamiento débil y único así como en el políticamente correcto en cuanto referido al mundo jurídico y especialmente al sector de los derechos humanos que, como antes dejé insinuado, son susceptibles de multiplicarse tanto cuanto sea preciso para que puedan enunciarse como tales derechos lo que no son sino ocurrencias caprichosas crecidas al abrigo de las ideologías más alejadas de un humanismo verdadero aunque se presenten precisamente como expresión de su preocupación por los hombres.

La absoluta carencia de vinculación con el derecho de las normas con contenido positivista que expresan tan solo la arbitraria voluntad del Estado que las pone en la existencia explica la conocida y extendida apreciación weberiana de que al Estado corresponde el monopolio de la violencia, dentro de la cual se integra la que representa para el ciudadano la coerción que supone exigirle el cumplimiento de aquellas normas. Porque respecto de las normas que por su origen y por su contenido de justicia son verdaderamente jurídicas no cabe, a mi juicio, hablar de violencia puesto que ésta cabalmente implica ausencia de paz para el sujeto. Obligar al sujeto a cumplir el verdadero derecho en modo alguno supone violencia, sino, al contrario, implica ayudarle a dar cumplimiento a la justicia que impone el orden gracias a la que el hombre puede vivir en paz.

Entiendo que como fruto de lo que en esta Ponencia he dejado dicho, bien que apretadamente, puede sentarse la conclusión de que existen motivos suficientes para no atribuir al derecho tal y como se concibe en la actualidad ninguna cualidad que, beneficiando a la persona, le pueda ayudar a tener una vida feliz. Pero también podemos concluir que el verdadero derecho en cuanto que tiene por efecto la justicia es indispensable a fin de obtener y preservar la paz. Y en este punto me parece conveniente insistir en que aunque el derecho sea exponente de la moralidad, no sería prudente confiar únicamente en la acción moral del hombre para alcanzar la paz pues la plena libertad del sujeto respecto de la acción moral y su condición desfalleciente no garantiza que la justicia se cumpla. En cambio, por limitada que haya de ser la zona en que sea coercible la acción jurídica justa, en esos márgenes quedará garantizada la paz. Y del hecho de que no exista una instancia de poder idéntica al Estado pero con dimensión incluso internacional no se sigue que la paz por la justicia debida a causa del derecho no pueda ser garantizada más allá de donde llega el poder de Estado, pues ya se ha visto que precisamente el Estado moderno detenta, digo bien, detenta un poder que, bajo disfraz desde luego, hace imposible fácticamente la justicia y, por consiguiente, la paz.

La conclusión final, pues, tiene que ser la necesidad de alumbrar una nueva forma o unas nuevas formas de organización política de una comunidad distinta o distintas del Estado que no haga o hagan del derecho una simple herramienta al servicio de sus intereses que se satisfacen mediante la ingeniería social, sino que, al contrario, el poder se ponga al servicio del derecho a fin de que se garantice la justicia hasta donde puede garantizarse.

A modo de coda, permítanme que les diga que si ilusorio parece acabar con el Estado y con sus consiguientes -perversas- relaciones con el derecho, ilusoria será alentar la esperanza de lograr una vida feliz por pacífica. De todas formas soy consciente del tiempo que precisa el alumbramiento que propongo, pero, por eso mismo y de acuerdo con la apreciación del Emperador en relación con la repoblación forestal del Imperio, se hace preciso empezar a pensar en nuevas formas de organizar la convivencia esta misma tarde .

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFIA

**Libros:**

Barrio Maestre, J.M. (1997). Positivismo y violencia. El desafío actual de una cultura de la paz. EUNSA

Contreras, F. J. (2014). El sentido de la libertad. Historia y vigencia de la idea de la ley natural. Stella Maris

Dahrendorf, R. (1994). Ley y orden. Civitas

Villey, M. (2016). Filosofía del derecho. Tradere ius

**Capítulos de libro:**

Laporta, F.J. (2004). Teoría y realidad de la legislación: una introducción general. En La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho, (pp. 29). Madrid: Civitas

Menéndez Menéndez, A. (2004). Introducción. En la proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho, (pp. 15). Madrid: Civitas

Sainz Moreno, F. (2004). El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. En la proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho, (pp. 135). Madrid: Civitas

Salvador Coderch, P. (2004). Técnicas legislativas y teorías de la reputación. En la proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho, (pp. 201). Madrid: Civitas