

Nota sobre la justicia (1)

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Madrid

I. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los matices del tema son ingentes y sobre él se han escrito millones de páginas desde hace muchos siglos. No pretendo abarcarlo todo. Mi punto de partida es la reflexión sobre la Justicia hoy, en el escaso tiempo de un discurso inaugural que no quiere convertirse en una crueldad innecesaria. En un reciente libro, «Introducción a la filosofía del Derecho» me he ocupado con más extensión del tema (2), aunque aquí introduzco algunos nuevos perfiles.

Históricamente esa reflexión sobre el derecho justo se planteó hasta el siglo XVIII, bajo la rúbrica del derecho natural.

Este se concebía como «norma última de lo verdadero y lo falso, como modelo de vida humana o de vida conforme a la naturaleza...» (3).

Su pretensión de aportar criterios únicos para juzgar al derecho positivo, para ser el núcleo auténtico de lo jurídico, para ser el verdadero derecho, que al modo de la idea platónica se reflejará en el derecho creado por el hombre, es un rotundo fracaso. Hay muchos modelos de derecho natural, no hay coincidencia en su origen o fundamento —Dios o la Naturaleza por ejemplo— ni tampoco en sus contenidos. Así hay tantas propuestas de lo que es el derecho natural, el derecho justo como autores se han ocupado del tema.

El derecho natural cierra un ciclo cultural, como idea predominante en la revolución liberal, cuando es el ariete poderoso que

(1) Exposición en la inauguración del Curso Académico 1983-84 en el *Colegio Universitario de Segovia*.

(2) Editorial Debate, Madrid, 1983.

(3) «Derecho Natural», A. Passering D'Entreves, traducción castellana del profesor Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972, pág. 3 (original en inglés «Natural law, an introduction to legal Philosophy», Edt. Hutchinson, Londres, 1958).

ayuda a la burguesía a derribar a la vieja e inservible Monarquía Absoluta. Todos los grandes valores que defendía el derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII, individualismo, derechos naturales con especial énfasis en el derecho de propiedad y en la libertad individual, etc., se reflejan en el nuevo derecho positivo del Estado liberal, tanto con el constitucionalismo como con la codificación. El iusnaturalismo queda vacío; la burguesía deja de impulsarlo.

Las críticas al derecho natural ya en su decadencia, se generalizan a partir del siglo XIX. Recuérdese entre otras las de Kelsen, Bobbio, Ross o Hart y en nuestro país la de Elías Díaz, por ejemplo. La más plástica de todas sigue siendo para mí la de Holmes.

«Al caballero de la novela no le basta que aceptéis que su dama es muy agraciada; si no admitís que es la más bella de las que Dios ha creado o creará en el futuro, tendréis que concurrir al desafío. Todos los hombres sienten la necesidad del ideal, que el pobre diablo que no tiene otro camino para alcanzarlo, lo alcanza embriagándose. Me parece que este impulso está en la base del esfuerzo del filósofo para demostrar que la verdad es absoluta, y de la búsqueda que el jurista emprende de principios universalmente válidos y que identifica con el nombre de derecho natural» (4).

Esta crítica tiene la lucidez de desvelar la raíz de seguridad que está en el fondo del idealismo y que explica el éxito del derecho natural, como ideología aseguradora de la verdad jurídica. Para indagar el tema de los contenidos éticos del derecho, no sirve el derecho natural, sin perjuicio de reconocer los méritos históricos que tuvo para el progreso de la humanidad en otros tiempos, precisamente porque desconoce que la seguridad es una mercancía imposible de encontrar en el mercado de la inteligencia.

Las demás críticas aludidas han convertido al derecho natural en un instrumento inservible, a mi juicio, para la indagación que pretendemos. En España la coexistencia entre ardorosos iusnaturalistas justificadores al mismo tiempo de la dictadura de nuestro país, la conversión del derecho natural en ideología oficial, ha aumentado el desprestigio. Sin embargo, ante los avatares de la historia en este siglo, ante los totalitarismos fascista, nazi o stalinista, ante el drama y el sufrimiento de la humanidad, ante las violaciones flagrantes de los derechos humanos, los hombres requieren al jurista científico y al filósofo para que siga la reflexión sobre los elementos éticos del derecho, sobre el derecho justo, y algunos han hablado y siguen hablando, deslumbrados por el viejo prestigio del lenguaje, de un retorno del derecho natural.

Pero como dice Bobbio «...lo que renace continuamente es la necesidad de libertad contra la opresión, de igualdad contra la desigualdad, de paz contra la guerra... más que de un renaci-

(4) «Natural law». En la Harvard law review (1918), págs. 40-44.

miento del iusnaturalismo, se podría hablar del retorno de esos valores que convierten a la vida humana en digna de ser vivida y que los filósofos revelan, proclaman y en definitiva, tratan de justificar según los tiempos y las condiciones históricas, con argumentos extraídos de la concepción general del mundo prevalente en la cultura de una época. De estos argumentos el iusnaturalismo ha constituido una expresión duradera, pero no ha sido la única y no parece hoy, teóricamente, la más aceptable...» (5).

II. LAS NEGACIONES DE LA JUSTICIA

Superado el iusnaturalismo, los juristas se encierran en el estudio del derecho positivo. Surge el positivismo del siglo XIX, que no se ocupa del tema de los contenidos éticos del derecho. Cabe preguntarse, al examinar el panorama, si no cabe definitivamente una reflexión sobre la Justicia y si la caída cultural de la idea del derecho natural cierra definitivamente el tema, o dicho de otra manera, si el problema de la justicia sólo se puede abordar desde la perspectiva iusnaturalista.

Me parece necesario, en este punto de la reflexión, y antes de responder a la pregunta, examinar aquellas posiciones negadoras de la justicia, la descripción del panorama, que es amplio y plural puede ser útil, a la hora de considerar las salidas más razonables. Se trata, por consiguiente, de conocer las diversas fundamentaciones de estas negaciones. Existen posiciones que rechazan la posibilidad de una consideración objetiva del derecho justo que llamaría pesimistas y otras que calificaría de optimistas. Para unas es imposible llegar hasta los posibles componentes éticos del derecho, en unos casos en base a argumentos políticos o desde una consideración de lo que, con Bobbio, llamaríamos el positivismo como ideología, y en otros casos por argumentos de teoría del conocimiento o de teoría de la ciencia. Para las segundas, para las negaciones optimistas, estamos ante la utopía de la desaparición del derecho, ante un cierto anarquismo de la superación del derecho por el amor o por la solidaridad, en sus condiciones sociales en las cuales no es necesaria esa forma de control social que llamamos derecho, ni, por consiguiente, la idea de justicia, como contenido ético de ese derecho.

A) *Las negaciones pesimistas.*

En el ámbito del empirismo lógico o neopositivismo se encuentra el núcleo fundamental de una negación de la posibilidad de encontrar contenidos justos al derecho. Es matar al padre de la

(5) En su libro «Giusnaturalismo e positivismo Giuridico». Ed. Comunità. Milano, 1965, en el trabajo titulado «Il Giurnaturalismo come teoria della morale», pág. 195.

ilustración, sede del iusnaturalismo racionalista, por el heredero del racionalismo que es el espíritu científico.

De la misma forma que la reflexión ética con Moore, Wittgenstein, pasa a ser metaética, es decir, estudio del significado de los términos y juicios morales, y desaparece casi por completo en un largo período el estudio de la ética material, la reflexión sobre la Justicia se considerará imposible.

Los juicios de valor sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, y las normas que pretenden contener esos juicios de valor, son inverificables y por consiguiente no pueden pretender una objetividad. Solamente el conocimiento apoyado en la deducción lógica —la lógica o la matemática que son ciencias formales— o verificables por la experiencia o no falseable por esa vía, tiene el «status científico». La búsqueda de la justicia será expresión de las preferencias, de los sentimientos o de la voluntad, pero no está en el ámbito de lo que se puede racionalmente debatir.

En el origen de esa corriente está David Hume, al que encontraremos también apuntando la negación optimista.

En su «Investigación sobre el entendimiento humano», donde intenta presentar de nuevo las ideas del «Tratado sobre la Naturaleza Humana», que no tuvo una gran acogida, dice, en las últimas líneas:

«Cuando persuadidos de esos principios recorremos las bibliotecas, ¿qué deberíamos destruir? Si tomamos un volumen de teología o de metafísica escolástica, debemos preguntarnos ¿contiene algún razonamiento abstracto acerca de la cantidad o del número? ¿No? ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera porque no contiene sino sofismas e ilusiones» (6).

En el ámbito de la Filosofía jurídica es, sin duda, Kelsen con Ross el representante más significativo de esa negación pesimista.

Su famoso artículo «¿Qué es Justicia?», conferencia de despedida como profesor en la universidad de California el 27 de mayo de 1952, que reproduce otros trabajos anteriores, da cuenta de su rechazo de las justificaciones absolutas, sea «mediante la religión y la metafísica» sea «creyendo que es posible encontrar en la razón humana algunos principios fundamentales de los que poder deducir valores absolutos». Estos valores dirá «están en realidad determinados, en última instancia por elementos emocionales...», y será tajante y durísimo en su diagnóstico: «...los valores absolutos determinados de este modo y sobre todo la definición de la idea de justicia, no son más que fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social...» (7).

(6) Texto traducido de la edición francesa «Enquete sur l'entendement Humain», Aubier Montaigne, París, 1975, pág. 222.

(7) «¿Qué es justicia?». Edición castellana de Albert Calsamiglia. Ariel, Barcelona, Caracas, México, 1982. Las citas son todas de la pág. 46.

Desde un punto de vista distinto se puede también considerar como negación pesimista de la justicia la identificación entre derecho válido, es decir, derecho positivo, con derecho justo. Si no cabe, como la crítica epistemológica pone de relieve, un conocimiento objetivo de los valores éticos que el derecho debe incorporar y que llamamos genéricamente justicia, lleguemos a la convención, para satisfacer esa necesidad psicológica de seguridad del ser humano, de que todo derecho positivo es derecho justo. Este reduccionismo, no sólo identifica al derecho con el poder, sino que lo legitima, por un acto de prestidigitación, al hacerlo también justo.

Esa tradición se inicia en el mundo moderno en Hobbes, en la famosa definición de la ley civil en el leviatán: «...la ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado, mediante la palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad, utilizar para la distinción de lo justo y lo injusto, esto es, de lo contrario y de lo acorde con la regla...» (8).

Bobbio lo llama formalismo ético o teoría legalista de la justicia y es la manifestación del positivismo como ideología, del que se desprende «un deber moral de obedecer los requerimientos de las reglas y estandars del derecho positivo, sea cual sea el contenido de ellos...» (9). Es una posición negadora pesimista al identificar el derecho producido por el poder, con el derecho justo, y al cerrar así, con una obediencia incondicionada, las posibilidades de crítica al derecho. Es la faceta del positivismo que me parece más rechazable.

B) *Las negaciones optimistas.*

La justicia no es necesaria, porque se superan las situaciones en que es necesaria la existencia del Derecho y por consiguiente también de la justicia.

Estamos ante hipótesis utópicas, de raíz anarquista, e incluso liberal, lo que es un signo más de los componentes anarquistas del liberalismo o si se quiere de los componentes liberales del anarquismo. Agudamente decía Kelsen que «...donde no existen intereses en conflicto no se necesita la justicia...» (10). Si una sociedad logra superar la escasez y genera la abundancia, si todos los hombres tienen cuanto necesitan, la justicia, que debe distribuir lo escaso, o decidir en los conflictos entre valores contrapuestos, es superflua.

(8) «Levitán». Edición castellana de Moya y De Escohotado. Editora Nacional, Madrid, 2.^a ed., 1980, pág. 347.

(9) Vid. GENARO CARRIÓ, «Dworkin y el positivismo jurídico». UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cuadernos de crítica. México, 1981, página 10. El problema en Bobbio se plantea en su obra «Giusnaturalismo e positivismo giuridico». Comunità, Milán, 1965.

(10) En «qué justicia», citado pág. 39.

Esta forma de pensar se encuentra apuntada en autores preliberales como Leibniz. Hablando de la subsistencia de la unión de los hombres en las sociedades dice lo siguiente:

«...esta función social no puede realizarse más que en virtud de las siguientes tres virtudes políticas: la amistad, la justicia y el valor. Si se observase la primera, que determina que todos los bienes sean de todos, la segunda —es decir la justicia— no tendrá utilidad...» (10 bis).

Hume, con posterioridad, ahondará también el tema en su obra «Una investigación sobre los principios de la moral» a través de una hipótesis. Si la naturaleza ha dotado a la raza humana de una pródiga abundancia, si la perpetua clemencia de todas las estaciones hace inútiles los vestidos o ropas, si existen en abundancia alimentos naturales, si fuentes límpidas proporcionan la bebida más rica «...jamás se hubiera soñado alguna vez en la cauta, celosa virtud de la justicia, ¿qué objeto tendrá hacer un reparto de bienes, donde cada uno tiene ya más de lo necesario?, ¿por qué habría de surgir la propiedad donde no fuera posible ningún daño?, ¿por qué llaman mío a este objeto cuando, en caso de poseerlo otro, me bastaría extender la mano para poseer yo mismo lo que es igual de valioso? En ese caso la justicia, al resultar totalmente inútil constituiría un vano ceremonial y posiblemente nunca llegaría a tener un sitio en el catálogo de las virtudes...» (11). Es curioso que le encontremos tanto en las negaciones pesimistas como en las optimistas, aunque en ambos supuestos adoptará plataformas de análisis distintas.

Pero todavía en estos autores estamos ante hipótesis excéntricas, que se plantean para, ante la realidad social de escasez y de necesidad, valorar al Derecho y a la justicia. Desde el anarquismo la negación de la justicia será un objetivo, si entendemos a la justicia como elemento del Derecho así en el personaje de Tolstoi, Nejludov, en «Resurrección», por ejemplo.

Pero quizá la posición negativa optimista por excelencia, racionalizada y presentada en forma científica, aunque no deje de ser en realidad una utopía libertaria, es la de Carlos Marx, de la desaparición del derecho y del Estado, en la sociedad comunista, como último escalón del progreso humano.

En un conocido párrafo de la «Crítica del Programa de Gotha» dirá Marx:

«En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los indi-

(10 bis) «Escritos Políticos». Selección, traducción, notas y prólogo de Jaime de Salas.

«Retrato de un príncipe», págs. 143 y 144. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979.

(11) «De la Moral y otros escritos». Prólogo, traducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, página 21.

viduos a la división del trabajo y con ella la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual, cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida sino la primera necesidad vital, cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades!...» (12).

Ya en «La ideología alemana» había presentado una concepción optimista del hombre que no necesitaría del derecho en la sociedad comunista. Los hombres podrán hacer lo que quieran. «Yo puedo dedicarme —dirá— hoy esto y mañana aquello» y será posible que «pueda por la mañana cazar, por la tarde pescar y por la noche apacentar el ganado, y después de comer, si me place, dedicarme a criticar, sin necesidad de ser exclusivamente cazador, pescador, pastor o crítico según los casos...» (13).

Con la complejidad de interpretación de Marx y con el pluralismo de interpretaciones —revisiones— existentes no pretendo hacer un diagnóstico tajante, pero parece que Marx considera el momento de la sociedad comunista como un momento no jurídico y su divisa «De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades», no es una fórmula de justicia, sino más bien un tratamiento desde la superación del derecho (14).

Con un planteamiento que pretende ser científico y con un proceso que, en muchas obras de Marx se presenta como inevitable, el calvinismo sin Dios de que hablaba Bernstein, se llega a las mismas conclusiones que Leibnitz y Hume: cuando hay abundancia no es necesario el derecho, el ideal no es pues el derecho justo, sino la sociedad de abundancia que lleva a hombre no alienados que no necesitan al derecho para su felicidad.

Con este planteamiento, y rectificando otras posiciones que he sostenido hasta ahora y que empecé a cambiar en el análisis de Marx que hice en mi trabajo sobre «El Derecho y el Amor», se puede decir que Marx pretende la desaparición del derecho, en general, y no sólo del derecho burgués. Si por otra parte el comunismo es el «movimiento real que anula y supera el estado de cosas actual» (15) y es por consiguiente una necesidad histórico económica puesto que «la burguesía produce, ante todo, sus propios sepultureros. Su hundimiento y la victoria del proletariado

(12) «Crítica del programa de Gotha» tomado de la edición de Tierno Galván «Antología de Marx». Edicusa, Madrid, 1975, págs. 267 y 268.

(13) «La ideología alemana». Edt. Pueblos Unidos. Montevideo, y Grijalbo, Barcelona, 1974, pág. 34.

(14) Vid. sobre toda esta concepción negadora optimista mi trabajo: «El Derecho y el Amor». En revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 67. Invierno 1982, págs. 65 y siguientes.

(15) «La ideología alemana», citada pág. 37.

son igualmente inevitables...» (16), parece imposible dejar espacio para elementos éticos, para contenidos de justicia en el derecho.

Lo anterior explica las dificultades del marxismo para construir un pensamiento filosófico jurídico y la desilusión de algunos jóvenes estudiosos españoles que, como el profesor Almoguera en una reciente y excelente tesis doctoral, han intentado encontrar en Cerroni elementos para esa labor (17).

Aunque esta afirmación no es óbice para subrayar la enorme importancia de las aportaciones de Marx para la teoría de la justicia y para la Filosofía de los derechos humanos. Aquí sería de aplicación lo que el profesor Atienza dice en relación con los derechos humanos.

«Lo cierto es que si hoy no se puede pretender construir una teoría y una práctica, crítica y progresista de los derechos humanos sin contar con Marx, una teoría que sólo —o fundamentalmente— pretendiera basarse en él resultaría inevitablemente coja» (18).

III. BASES PARA UNA PROPUESTA

Se trata ya de contestar a la pregunta que nos hacíamos anteriormente: ante el panorama de las posiciones negadora y el derrumbamiento científico y filosófico del iusnaturalismo, se puede reflexionar con algún provecho sobre los posibles *contenidos éticos del derecho* que llamamos justicia?

Creo que, en los últimos años, la cultura jurídica está saliendo de este atasco, y que desde muchos puntos de vista se buscan repuestas positivas a nuestra pregunta.

Desde los propios analíticos, Marcus Singer y sobre todo John Rawls, se avanza en el replanteamiento de una ética material, y en el ámbito jurídico la posición de Hart es igualmente significativa.

Como señala Muguera, en los últimos años la metaética ha cedido posiciones en favor de la ética, pasándose de los temas abstractos y formales a los contenidos morales (19).

Por otra parte, esa negación pesimista, consistente en identificar derecho justo con derecho válido, es una exageración positivista, desmentida por los regímenes totalitarios. Todo derecho no es derecho justo evidentemente, aunque eso no quiere

(16) C. MARX y F. ENGELS, «Manifiesto del Partido Comunista». Obras escogidas. Ed. Progreso. Moscú, 1971, pág. 31.

(17) Vid. Joaquín Almoguera. «El pensamiento de Amoni», Universidad Autónoma de Madrid, 1983.

(18) Manuel ATIENZA, «Marx y los derechos humanos». Mezquita, Madrid, 1982, pág. 21.

(19) Vid «La razón sin esperanza». Taurus, Madrid, 1977, especialmente el trabajo «A modo de epílogo: últimas aventuras del preferidor racional», páginas 221 y siguientes.

decir que el derecho que no sea justo no es derecho, como pretende el iusnaturalismo. Al descartar esta opción también abriremos otra puerta a la reflexión sobre la justicia. Si el derecho positivo, no es, sin más, derecho justo al derrumbarse esa falacia, se hace posible, e incluso psicológicamente necesario, para el espíritu humano reflexionar sobre los contenidos éticos del derecho.

Por fin, el mecanismo marxista que conduce a la utopía de la sociedad sin derecho, y que no tiene sitio para la ética, está hoy en franco retroceso y también desde el marxismo, y no digamos desde el revisionismo, del socialismo democrático, se impulsa una reflexión ética, que tiene seria incidencia en la reflexión sobre la Justicia. Las posiciones de Rubel en Francia, de Bobbio y Treves en Italia, de Elías Díaz, de Virgilio Zapatero, y mi propio trabajo, van por esa línea.

Parece, pues, posible, hacer una reflexión sobre el derecho justo que sin ser iusnaturalista, supere las negaciones optimistas y pesimistas que hemos descrito.

A mi juicio eso exige dos puntos de partida necesarios y que yo formularía así:

1) *El derecho no lo es por ser justo, sino por ser identificable, por sus destinatarios, especialmente por los operadores jurídicos de acuerdo con criterios de producción normativa —órganos y procedimiento— que el Ordenamiento jurídico establece.* Esta afirmación, que es la forma más aceptable y más viva del positivismo jurídico, hace difícil la pretensión de Nino (20), justamente criticada por Carrio (21), de conciliar el iusnaturalismo y el positivismo.

2) *El derecho positivo, el ordenamiento jurídico, se apoya en un hecho, que he llamado en mi «Introducción a la filosofía del Derecho», «hecho fundante básico», y que es el hecho del Poder, que se convierte así en el fundamento último de la validez del derecho, y también en garantizador de su eficacia..*

El Poder no es el soberano en el sentido en que emplea el término Hobbes y tras él, Bentham o Austin. No estoy defendiendo lo que González Vicen llama positivismo imperativista que «ve la realidad del Derecho en su formulación o imposición coactiva por parte del poder supremo de una comunidad política...» (22).

Se utiliza aquí Poder en un sentido más amplio y más complejo, por supuesto, para referirse al poder del Estado, del soberano, del conjunto de las instituciones públicas que pretenden el monopolio de la fuerza legítima, pero también al poder de la sociedad, del conjunto de los ciudadanos y fuerzas sociales, que

(20) «Una reciente propuesta de conciliación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico», en el libro homenaje a Norberto Bobbio, «La Teoría generales del diritto. Problemi e tendenze attuali». Comunità. Milán, 1983, páginas 361 a 385.

(21) «Dworkin and Legal Positivism». *Mind*, LXXXIX (1980), págs. 519 a 543.

(22) Vid. «Sobre el positivismo jurídico», en estudios de Filosofía del Derecho. Universidad de la Laguna, 1979, pág. 182.

participan de alguna manera en la formación del derecho y que luego contribuyen a su implantación a través de una aceptación generalizada.

El poder, como hecho fundante básico, de la validez del derecho es, por consiguiente, una realidad compleja formada por el Estado y por los ciudadanos que aceptan al Derecho en términos generales. Cuando se rompe esta conjunción, se produce una situación revolucionaria desde el punto de vista jurídico y el resultado de esa confrontación será un nuevo poder, nuevo hecho fundante básico, y consiguientemente la posibilidad de que ese cambio se pueda reflejar en el ordenamiento jurídico.

Aunque esta reflexión no pretende ser una reflexión de Teoría del derecho, sí que vale la pena señalar, aunque sea incidentalmente, que este punto de vista sobre el Poder como hecho fundante básico, modifica la tesis kelseniana de la norma fundante básica, y permite una base empírica al ordenamiento jurídico distinta de la del realismo escandinavo, en Ross, por ejemplo, *puesto que el Poder es un hecho social empíricamente observable (23) y validez y eficacia se confunden no a nivel de norma aislada pero sí a nivel de Ordenamiento.*

Volviendo a la reflexión sobre la justicia, estos elementos previos (*el derecho lo es aunque no sea justo, siempre que se produzca de acuerdo con las reglas del sistema y el Poder fundamentalmente su validez y garantice su eficacia*) condicionan lo que tenemos que decir al respecto.

Aisimismo, estamos influidos por el fracaso del iusnaturalismo y de su pretensión de encontrar un derecho justo como ideal permanente.

Con estas limitaciones, estoy entre aquellos que piensan que hoy sigue siendo necesaria una reflexión sobre la justicia, una indagación sobre los componentes éticos del derecho, que es compatible con la afirmación de que el derecho que no sea justo sigue siendo derecho. Decir que el derecho lo es independientemente de que sea justo no supone en forma alguna cerrar el debate, y aceptar su obediencia, por el contrario es un acicate más para esta reflexión, e incluso una razón para agudizar la conciencia individual y la moralidad crítica. No estoy seguro de los resultados, y soy relativista en cuanto a su valor, pero creo que es una propuesta razonable, que cuenta además con un consenso bastante generalizado en la cultura jurídica de nuestro tiempo. Su fundamento es un fundamento histórico, y sólo pretendo recoger lo que en el mundo moderno se ha estado intentando sortear: tanto el escollo del iusnaturalismo como la absurda creencia de que el Derecho positivo es además Derecho justo.

(23) Vid. ALF. ROSS, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural». Publicado en texto bilingüe en la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961, IV (Hay edición castellana de Carrió y Peschero en Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, 1969, con el título «El concepto de validez y otros ensayos».

1. En primer lugar, *la relación entre Poder y derecho y la condición de aquél como hecho fundante básico nos lleva a formular como primera regla razonable que la Justicia del Derecho presupone la legitimidad del Poder.* Si queremos saber cuál es el derecho justo tenemos previamente que saber cuál es el poder legítimo.

De todas las fórmulas existentes, parece la más razonable, y es la mayoritaria en nuestra cultura jurídica, la fundamentación democrática del Poder, la idea de la soberanía popular y el consenso de la mayoría.

Esto supone que el Poder legítimo es el apoyado por la mayoría de los ciudadanos, mantenido por ellos, con respeto a las minorías, con la convicción de que pueden, con las reglas del juego del acceso y del cambio del Poder, convertirse en mayoría. No se puede pensar en un derecho justo que tenga como hecho fundante básico un Poder despótico.

A esta conclusión llegamos también si partimos del fracaso del iusnaturalismo para construir un ideal objetivo y absolutamente válido de Justicia. Si el derecho es producto del Poder, en la compleja definición de éste que hemos dado, y si no podemos afirmar criterios de Justicia objetiva, al margen del poder, pongamos el acento, en primer lugar, en un Poder apoyado por la mayoría, porque eso nos conduce a un derecho apoyado y aceptado también por la mayoría.

En este supuesto, además, los ciudadanos destinatarios del Derecho, contribuyen a la formación del Poder, y ahí se puede fundar la obediencia al Derecho en una sociedad democrática.

En resumen, la primera afirmación de la Justicia, todavía en un plano formal, es que el fundamento de un Derecho justo es un Poder democrático.

2. En segundo lugar, y en estrecha conexión con todo lo anterior, *el Poder al que se accede democráticamente no es estático, sino que se desarrolla y actúa en la vida social, en lo que a nosotros nos interesa en la producción del derecho. Ese Poder necesita, por consiguiente, ser regulado objetivamente, por medio del derecho, para establecer su funcionamiento y también el cambio del Poder a través de la posibilidad del acceso de la minorías, si se convierten en mayoría.* Hay, y la historia lo confirma a través de la aparición del Estado de derecho, del rule of law anglosajón, un movimiento recíproco entre Poder, como productor del derecho y derecho que tiende a regular al Poder, a través de las reglas del juego de su funcionamiento y de su cambio.

A través del cambio en el Poder las minorías que consideran que el ordenamiento jurídico apoyado en el Poder de la mayoría tiene normas injustas e inmorales podrán intentar convertirse en mayorías y cambiar esas normas y sustituirlas por otras más acordes con los valores de Justicia de la nueva mayoría. Las posiciones críticas sobre el derecho, tienen posibilidad de convertirse a su vez en derecho.

Lo único que se deberá preservar del cambio es precisamente esas reglas del juego que permiten cambiar las normas válidas. Cuando éstas desaparecen o son desconocidas por un sector social para propugnar por la fuerza un cambio, estamos ante una ruptura constitucional, ante un golpe de Estado o ante una revolución.

La segunda afirmación de la Justicia, en el mismo plano formal que la primera, *es la necesidad de unas reglas del juego que organicen el Poder y su funcionamiento y que establezcan los cauces para su cambio en elecciones periódicas por sufragio universal, si cambia la mayoría.*

3) A partir de esos dos postulados que forman lo que se puede llamar la Justicia formal, algunos consideran que no se puede avanzar más. Me parece, sin embargo, que con un fundamento histórico suficiente, se pueden describir una serie de valores que tienen vocación de realizarse en el Derecho positivo y que un Poder democrático debe propugnar —como dice el artículo primero de nuestra Constitución— para que se conviertan en valores superiores de ordenamiento jurídico.

Creo que los *valores* que se encuentran en la cultura jurídica de nuestro tiempo, que afloran progresivamente desde el tránsito a la modernidad, y que no han llegado, por supuesto, a su meta última, *son la tolerancia, el pluralismo, la libertad y la igualdad.* La descripción de su realidad histórica, muchas veces contradicha, llena de altibajos, pero real en las sociedades democráticas, se puede acompañar por la justificación de su razonabilidad.

La tolerancia aparece al constatar el fracaso de un contenido de justicia único, y la muerte de todos los dogmatismos que en el mundo han sido. El enfrentamiento entre los fanáticos defensores de explicaciones cerradas y totales, y el destino que estas explicaciones han corrido a lo largo de la historia, ha llevado a comprender la dificultad de la verdad social, política y jurídica. La cruzada por la verdad, su imposición por la fuerza, la lucha contra lo que se llamaba el error, ha conducido a la guerra y a la violencia, con consecuencias insalvables para la convivencia pacífica, y ha impulsado el odio y el exterminio del adversario. Sólo la tolerancia permite salir de esa vorágine. Históricamente es el primer valor y está también en el origen de los derechos fundamentales.

El valor pluralismo, como constatación de explicaciones del mundo plural, de distintas concepciones filosóficas y éticas es una consecuencia de la descripción de la realidad y de la defensa de la tolerancia. Son dos valores inseparables. *No hay tolerancia sin pluralismo, ni pluralismo sin tolerancia.*

Finalmente, el análisis histórico descubrirá en la cultura jurídica y política moderna otras conquistas de la razón humana: los valores de libertad y de igualdad que responden, para esa mentalidad democrática, a la exigencia moral de desarrollo de las posibilidades de la condición humana.

No es el momento de una exhaustiva justificación de la racionalidad de estos valores, quizá no posible hasta sus últimas consecuencias, pero sí parece posible sostener que se trata de valores preferidos y siempre buscados por los hombres de nuestro tiempo, que, quizá, incluso se podrán integrar en uno solo: la libertad igualitaria, sería la raíz de la democracia y, como dice Elías Díaz, lo primero porque «sin libertad no hay, pues, legitimidad democrática ni soberanía popular» (24).

La mayor parte de estas propuestas se concretan y se realizan en el mundo moderno a través de los derechos fundamentales, especialmente los valores tolerancia, pluralismo, libertad e igualdad, y en gran parte también lo que he llamado justicia formal, las reglas del acceso al poder, de la organización del poder y del cambio del poder. Pero no puedo, en este contexto profundizar la relación, quede solo señalada.

No pretendo caer de nuevo en el error iusnaturalista y no reclamo para mi propuesta las mejores razones concebibles, como si fuese ese sujeto excepcional que llamaríamos el preferidor racional (25).

Tampoco acepto el relativismo ético según el cual « toda forma moral de vida por el mero hecho de serlo, cuenta a su favor con idénticas oportunidades de justificación» (26). Sí creo que existen buenas y fundadas razones para sostener en la cultura jurídica de nuestro tiempo la propuesta de una teoría democrática de la justicia como la que acabo de hacer, con un ingrediente respetable de racionalidad, también con un motor utópico para sacarnos de la rutina y para movernos a la esperanza, porque si perdemos toda esperanza habremos atravesado sin saberlo las puertas del infierno.

(24) Vid. «La sociedad entre el Derecho y la Justicia». Ed. Salvat, 1982, página 61. Vid. asimismo su libro «De la Maldad Estatal y la Soberanía popular». Debate. Madrid, 1984.

(25) Vid «A modo de epílogo: últimas aventuras del preferidor racional», en «La razón sin esperanza», de JAVIER MUGUERZA. Ed. Taurus. Madrid, 1977, páginas 221 y siguientes.

26) En la obra citada en nota anterior, pág. 241.

