

De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la Justicia

Por ERNESTO J. VIDAL GIL

Valencia

Tiene razón Bobbio, cuando desde sus primeros trabajos advierte que el problema de la Justicia es una cuestión de índole ideológica, puesto que en definitiva la Justicia es siempre, un criterio de valoración que comporta un juicio de aprobación o rechazo respecto de alguna acción o de algún estado de cosas. Por ello, cuando la Filosofía del Derecho se ocupa de la Teoría de la Justicia, no debe soslayar esa dimensión de filosofía ideológica que le sitúe en las perspectivas concretas de espacio y tiempo desde las que el filósofo deba responder (de ahí su responsabilidad histórica e ideológica) a las necesidades y exigencias que la sociedad demanda. Una Filosofía del Derecho así pensada se plantea como alternativa a la utopía como modelo de una sociedad y de un Derecho perfecto y totalmente acabados para siempre como a las fórmulas mágicas susceptibles de ser creídas dogmáticamente que en forma de mitos se repiten a lo largo de la historia ¹.

No debe extrañar la similitud existente entre los problemas que afectan a la Justicia y los que derivan del concepto de Derechos Humanos. No en vano se suele afirmar pacíficamente que la Justicia consiste en el reconocimiento, garantía y protección de los Derechos Humanos. Y no faltan en nuestra comunidad científica interesantes aportaciones como la del profesor E. Fernández, que han tratado ambos temas ², y los trabajos del profesor E. Díaz ³, que muestran la

1. Cfr. BOBBIO, N., *Introduzione alla Filosofia del Diritto* (ad uso degli studenti). Torino, Giappichelli ed., 1948, pp. 197 y ss.

2. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984.

3. Cfr. DÍAZ, E., «Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista», en *ADHs*, n.º 1/82, pp. 51-72. «La justificación de la democracia», en *Sistema* n.º 66/85, pp. 3-23, ahora en *Ética y Política. Los intelectuales y el poder*. Madrid, CEC, 1990, pp. 17-53. *Notas concretas sobre legitimidad y justicia*

conexión existente entre el concepto de justicia y los criterios de legitimidad.

Las notas que tradicionalmente han caracterizado a los Derechos Humanos como las de universalidad, carácter absoluto, e inalienabilidad han sido objeto de una reflexión crítica que parte del debate que se genera en las X Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social (Alicante, 1987) en torno a las ponencias de los profesores Laporta⁴ y Pérez Luño⁵, prosigue en la discusión que auspiciado por la fundación Tanner tuvo lugar en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid en abril de 1988 en torno al problema del fundamento de los Derechos Humanos, y por la publicación del libro de L. Prieto sobre los Derechos Fundamentales⁶ y, concluye por el momento con los trabajos de los Profesores Peces Barba⁷, y J. de Lucas⁸.

Por lo que a la relación entre universalidad y justicia se refiere cabe plantear la objeción que sobre este punto formula Peces Barba con respecto a los Derechos Humanos, para quien la Universalidad de los Derechos se puede entender desde un triple punto de vista: desde el punto de vista lógico por referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos titularidad de los derechos; desde el punto de vista temporal, la universalidad implica el carácter racional y abstracto de los mismos, siendo por consiguiente válidos en todo tiempo y lugar; finalmente, desde el punto de vista espacial, la universalidad supone la extensión de la cultura de los Derechos Humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. La universalidad lógico-racional se sitúa en el ámbito de la razón, la universalidad temporal en el de la historia y la universalidad espacial en el de la cultura y el cosmopolitismo⁹.

J. de Lucas, por su parte, denuncia el carácter ideológico que presenta el concepto de universalidad y advierte sobre la contradicción que resulta de su proclamación teórica y su inobservancia práctica, avalada por las constatación empírica de la falta de reconoci-

en J. Muguerza y otros. *El fundamento de los derechos humanos*. Edición a cargo de G. Peces Barba, Madrid, Debate, 1989, pp. 145-153.

4. Cfr. LAPORTA SANMIGUEL, F., «Sobre el concepto de derechos humanos». *DOXA*, n.º 4/87, pp. 23-45.

5. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de F. Laporta)» en *DOXA*, 4/87 cit. pp. 47-65.

6. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid, Debate, 1990. *Vide* también, ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1990, y AA.VV. *Derechos Humanos, concepto, fundamento, sujetos*, J. Ballesteros, ed, Madrid, Tecnos, 1992.

7. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*. Con la colaboración de Rafael de Asís y Angel Llamas Cascón. Madrid, Eudema, 1991.

8. Cfr. DE LUCAS, J., *Derechos sin Fronteras*, Barcelona, Planeta, 1994.

9. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La Universalidad de los Derechos Humanos». En *Tiempo de Paz*, n.º 2930/ 1993.

miento de tales derechos. Para el catedrático de la Universidad de Valencia, la universalidad se plantea, en una segunda acepción, como una nota definitoria de los derechos que afecta, como sucede con la universalidad entendida desde el plano lógico, según Peces Barba, a la titularidad a todos los seres humanos; en consecuencia «si pretendemos mantener los derechos como universales, difícilmente podremos seguir sosteniendo su carácter jurídico»¹⁰. En este punto coincide con Laporta cuando éste dice que admitir la universalidad significa sacar los derechos humanos fuera del contexto del derecho positivo¹¹. Mantener lo contrario significaría que estamos en presencia de un deber de solidaridad universal que para Prieto no existe¹².

También los problemas espaciales afectan a la universalidad; surge la tensión entre universalidad de un lado y relativismo cultural de otro, con el enfrentamiento entre teorías liberales y comunitaristas y el reto que supone conjugar los principios de identidad, diferencia y tolerancia¹³.

Estas mismas características de la universalidad referidas a los Derechos Humanos, ya aparecen con relación a la Justicia en un conocido texto de Pascal que, pese a su extensión, conviene tener presente: «¿en qué se basará la admiración del mundo que él quiere gobernar? ¿Será en el capricho de cada individuo?

¡Valiente revoltillo! ¿Será en la justicia? La desconoce. Seguramente, si la conociera no habría establecido esta norma, la más general de todas las que existen entre los hombres: que cada cual siga las costumbres de su país. El resplandor de la verdadera equidad habría sometido a todos los pueblos. Y los legisladores no habrían tomado por modelo en vez de esa justicia indiscutible, las fantasías y caprichos de los persas y de los alemanes. Se la vería implantada en todos los estados del mundo, y en todos los tiempos, en vez de que no se ve nada justo o injusto que no cambie de calidad al cambiar de clima: tres grados de latitud del Polo dan al traste con toda la jurisprudencia, un meridiano decide lo que es verdad. A los pocos años de ejercitar el poder las leyes fundamentales cambian; el derecho tiene sus épocas; la entrada de Saturno en León nos señala el origen de tal crimen. ¡Valiente justicia la que está limitada por un río! Verdad de este lado de los Pirineos, error del lado opuesto. Confiesan que la justicia no está en esas costumbres, sino que reside en las leyes naturales, comunes a todos los países. Seguramente lo sostendrían con tenacidad si la osadía del azar que ha repartido las leyes humanas hubiera encontrado por lo menos

10. Cfr. DE LUCAS, J., «Derechos sin Fronteras», cit., cap. II. *Derechos Universales y Pluralismo Cultural*.

11. Cfr. LAPORTA, F., *Sobre el concepto de Derechos Humanos* cit., pp. 32 y ss.

12. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 83.

13. *Ibíd.*

*una que fuese universal. Pero la broma llega a tal extremo que el capricho de los hombres se ha diversificado tanto que no hay ninguna que lo sea.»*¹⁴.

A continuación trataré de establecer la correspondencia entre la crítica a las notas que definen los Derechos Humanos con las críticas que se realizan al concepto de justicia, con especial atención a la característica de la Universalidad. Expondré la crítica al iusnaturalismo y al positivismo para finalizar con lo que puede ser un esbozo de una teoría de la justicia en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

I

Las tesis clásicas que resuelven el problema de la justicia mediante referencias al orden del universo, a la armonía, a la igualdad o al equilibrio entre los distintos elementos que lo integran son ciertamente sugerentes, y dan alguna noción intuitiva, pero carecen de mayor consistencia, porque adolecen de la necesaria concreción histórica y cultural.

Ello explica el fracaso histórico de los intentos de definir la Justicia mediante fórmulas como dar a cada cual lo suyo, tratar igualmente a los iguales, o a través del reparto de lo que a cada uno corresponde según lo que es justo (*id quod iustum est*), en donde estaríamos ante un déficit de universalidad en sentido lógico, temporal y espacial, y en donde constatamos las contradicciones y fórmulas de carácter ideológico a las que antes hemos hecho referencia con respecto a los Derechos Humanos.

Lo mismo sucede respecto de las propuestas que se basan en la igual condición del ser humano, en que se fundamenta la universalidad racional, porque en todas ellas el problema previo consiste en determinar quién es cada cual (ha habido seres que en otro tiempo no tenían la consideración de personas, como los esclavos, los vencidos en guerra, las mujeres y los niños; la *Lex Aquilia* equiparó a efectos de indemnización los daños sufridos por los esclavos y animales); si cada cual está o no incluido en el reparto (aún en la actualidad coexiste el principio de igualdad con la exclusión de determinadas personas; qué es lo «suyo» propio de cada cual, e incluso qué es lo justo. De ahí la certera conclusión que infiere J. Lucas para quien la nota de universalidad falla por la obvia razón de que «la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados durante mucho tiempo sujetos de derechos»¹⁵.

El iusnaturalismo, en sus concepciones clásica, medieval y racionalista ha querido reforzar la dimensión universal racional de la jus-

14. Cfr. PASCAL, B., Obras, prólogo y notas de J. L. Aranguren y trad. de Carlos R. de Dampierre, Madrid, Alfaguara, 1981, 60294, pp. 3-67.

15. *Ibid.*

ticia. La idea de un orden universal, racionalmente cognoscible y eternamente válido invoca la universalidad de la justicia. Este orden que es reflejo del que rige las relaciones del cosmos, del orden natural o de la razón y voluntad divinas (iusnaturalismo medieval) y humanas (iusnaturalismo racionalista) define el orden de la sociedad y asigna las funciones que cada cual debe cumplir en él. En todos estos supuestos el Derecho se legitima por sí mismo, con independencia de la regulación de los supuestos concretos. El Derecho es el «*id quod iustum est*», que reparte los bienes, asigna los cargos y distribuye las funciones según una regla de reparto (*tributio*), de modo que la Justicia consiste en el dar a cada cual lo suyo según un orden y unas reglas de reparto que en sí mismas son *justas*, según el concepto clásico de Ulpiano, *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*. En otras palabras, el Derecho por el hecho de serlo, es siempre justo. Esta es la tesis fuerte del iusnaturalismo ontológico que desde S. Agustín afirma que la ley injusta no parece que sea ley ¹⁶, (*videtur mihi non esse legis quae iusta non fuerit*) y que con Sto. Tomás dice que la ley injusta no es ley, sino corrupción de ley (*unde omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis in quantum a lege naturale derivatur. Si vero in aliquo a lege naturale discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio*) ¹⁷, identificando el Derecho con la justicia puesto que *a sensu contrario*, el Derecho injusto no existe. Como se ha subrayado, el problema que subyace a todas las concepciones propias del iusnaturalismo tiene su origen en una confusión entre lo ontológico y lo deontológico que previamente determina lo que es justo y posteriormente define lo justo en función de aquello que *a priori* han definido como tal ¹⁸.

Sin embargo, ya en su origen esta concepción no ha sido tan pacífica como a veces se nos quiere hacer ver. En el mundo clásico ya encontramos manifestaciones de la crisis del modelo iusnaturalista en las llamadas escuelas «menores». Así, por ejemplo, los epicúreos, anticipando lo que más tarde constituirán las precondiciones de los sistemas democráticos, dirán que dadas la variabilidad histórica (*corrección temporal*) y los diversos modos de organización política social y cultural empíricamente perceptibles (*corrección cultural*) el concepto de justicia no puede ser el mismo en Esparta que en Atenas. En consecuencia, y en defecto de un criterio objetivo y universalmente válido (*corrección universal*), serán el pacto y el contrato libremente establecidos entre ciudadanos (con exclusión de los extranjeros) libres (el derecho a la felicidad y al placer no comprendía a los esclavos, que como apun-

16. Cfr. AGUSTÍN DE HIPONA, «De libero arbitrio», en *Obras de S. Agustín*, Madrid, BAC, 1947, t. III, libro I, V.

17. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, «Suma Teológica. Tratado de la Ley», en *Obras de Sto. Tomás*, Madrid, BAC, 1956, t. VI, 1-2, q. 95 a. 2.

18. Cfr. WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material*. cit. pp. 31 y ss.

ta Bloch¹⁹ quedaban excluidos del pacto) quienes fijen el criterio que debe definir provisionalmente y en tanto no se establezca otro el modelo de lo justo e injusto. Surge por primera vez el Poder como elemento fundante del Derecho, y el método del pacto para formalizar los criterios de justicia, y lo que es más importante, de justificación del Derecho, perfilándose los elementos que definirán la legitimidad democrática del Derecho: el relativismo axiológico, la variabilidad histórica y la diversidad social que apuntan directamente contra la idea de un orden objetivo, universalmente válido y racionalmente cognoscible.

La aparente unidad del orden medieval no impedirá la existencia de otras corrientes de pensamiento. Junto al llamado *Derecho natural ideal*, no falta el *Derecho natural existencial* que refiere el Derecho (natural) a las decisiones condicionadas por la situación concreta, socavando los principios de universalidad, racionalidad y validez eterna²⁰. Desde los sofistas hasta el nominalismo, pasando por el voluntarismo agustiniano, toda una corriente de pensamiento desplaza el centro de gravedad de la razón a la voluntad, de lo universal a lo particular, de lo objetivamente impuesto a lo subjetivamente (y en cierta medida libremente) establecido, del orden (desinteresado) del universo, al orden que se construye en interés del sujeto.

Tampoco han faltado en el seno de las concepciones iusnaturalistas advertencias como la de Aristóteles cuando distingue entre lo justo natural y lo justo político²¹ que apuntan directamente al problema, puesto que se trata no de acatar un orden universal cuanto de decidir *hic et nunc* sobre un determinado orden concreto. Lo mismo cabe decir de la concepción de la equidad que en su acepción clásica se define como *correctio legis in quo deficit propter universalitatem* o adaptación del Derecho a las particularidades del caso concreto, que responde a la necesidad de conjugar la ficticia universalidad formal con la real concreción material. Esta concepción quebrará con la superación del orden antiguo y medieval y con el Tránsito a la Modernidad que comporta, como bien se ha dicho, el reconocimiento de los derechos fundamentales.

II

El positivismo llevará a cabo la corrección positivista y procederá de lo dado a lo construido, y del orden natural al artificial, en su

19. Cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*. Trad. de Felipe González Vicén. Madrid, Aguilar, 1980, pp. 9-26.

20. Cfr. WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material*. Preliminares para una Filosofía del Derecho. Trad. de Felipe González Vicén. Madrid, Aguilar, 1957, p. 6.

21. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, *Historia del Pensamiento Jurídico, I. De Heráclito a la Revolución Francesa*. Madrid, Univ. Compl. 1988 (6.^a ed.), pp. 45-57.

intento de corregir la universalidad abstracta y lógico formal de la que adolece el iusnaturalismo. La distinción entre Derecho y Moral y la vinculación del Derecho con el Poder constituyen, con la afirmación del principio de libertad ideológica (libertad de conciencia que pone fin a las guerras de religión, superación del principio *cuius regio eius religio*), el origen de una nueva concepción de la Justicia. El Derecho ya no será el reparto (*tributio*) que a cada cual corresponde según el orden justo (*id quod iustum est*), sino la manifestación del poder del sujeto sobre los demás. Ante la imposibilidad de definir lo justo y dada la variabilidad de concepciones, el positivismo buscará en la legitimidad del poder el primer elemento de la justicia.

La racionalización del derecho subjetivo, de importancia capital para la comprensión de la historia del pensamiento jurídico, coincide en el tiempo, como muy bien se ha advertido con el Tránsito a la Modernidad y supone el inicio del reconocimiento (jurídico) de los derechos fundamentales²². El cambio histórico, político social y económico que implica es de tal calado que para Villey «abre la vía moderna²³». El desplazamiento de la idea de Poder del derecho subjetivo al objetivo no se hará esperar. Marsilio de Padúa formulará en el Defensor Pacis la tesis de la soberanía popular como fuente y origen del Derecho y definirá la ley en términos absolutamente positivistas, «cuando para su observancia se da un precepto coactivo con pena o premio en este mundo»²⁴, en donde identifica el Derecho (y la Justicia) con la coacción, reduce el Derecho al mandato coactivo del Estado, y anticipa la existencia de sanciones positivas. Bodino definirá la soberanía como *el poder absoluto y perpetuo de una República*, y por fin, Hobbes vinculará el Derecho y la Justicia al Poder del Soberano, definiendo el Derecho en términos puramente formales y absolutamente imperativos y coactivos: «Una ley es un mandato de aquel o aquellos que tienen el Poder soberano, dado a quien o quienes son sus súbditos, declarando pública y claramente qué pueden hacer cada uno de ellos y qué no pueden hacer.»²⁵ Se consuma el tránsito del iusnaturalismo al positivismo y se desplaza el centro de atención desde la Justicia hacia el Poder como el hecho que da origen y justifica el Derecho. A diferencia de lo que sucedía en la

22. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. Madrid, Mezquita, 1982,

23. Cfr. VILLEY, M., *Philosophie du Droit. I. Définitions et fins du Droit*. Paris, Dalloz 1978 (2.^a ed.), pp. 149 y ss. Más ampliado en «La Genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, 1964, pp. 97-127. Entre nosotros, cfr. DE LUCAS, J., «El derecho subjetivo», en AA.VV., *Introducción a la Teoría del Derecho*, J. de Lucas, ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 220-233.

24. Cfr. I, 10, 5.

25. Cfr. HOBBS, Th., *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos. Estudio preliminar traducción y notas de Miguel Angel Rodilla*. Madrid, Tecnos, 1992., p. 24.

antigüedad clásica y en el medievo, ya no será un poder limitado y tributario del orden cósmico, natural y/o divino, sino del Poder soberano del Estado, que no conoce límite alguno y es habitualmente obedecido.

En adelante el problema en la historia del pensamiento jurídico consistirá en justificar el Poder como el elemento primario del Derecho. Y en ello coincidirán las observaciones de Pascal, con su crítica al racionalismo universal y abstracto, con las de Locke, para quien el poder se justifica solo y sólo si respeta y protege los derechos naturales e inalienables; las de Rousseau, a quien debemos la teoría de la legitimidad democrática del Derecho, y Kant, que apuntará la formalización de la Justicia. El desplazamiento de la reflexión de la teoría de la justicia hacia el problema de la justificación del Poder implica las siguientes consecuencias:

1.^a) La vinculación del concepto de justicia con el de legitimidad del poder, que desmiente el idealismo iusnaturalista sobre la racionalidad del fundamento de validez del Derecho y refuerza la conclusión avalada por el análisis empírico de que el Derecho positivo es válido con independencia de su justicia. También en su versión radical el positivismo jurídico ha negado como el iusnaturalismo ontológico la existencia del Derecho injusto y en consecuencia ha identificado el Derecho con la Justicia. La afirmación de Hobbes según la cual aquello que ordena el soberano es siempre justo (*non veritas sed auctoritas facit legem*) define, siguiendo a Bobbio, el formalismo ético, o concepción legalista de la justicia según la cual es justo lo ordenado por el soberano e injusto lo prohibido ²⁶.

2.^a) Definición y concreción de los contenidos de justicia mediante el pacto con los ciudadanos. Superación del formalismo y aportación de contenidos concretos y materiales a la idea de justicia. En este punto se trata de superar el error del positivismo ideológico, que reduce el Derecho (y la Justicia) a la pura expresión de la voluntad de poder (*reductio ad hitlerum*), afirmando que el Derecho es siempre justo porque emana del soberano (*ius quia iussum*), como el error del iusnaturalismo también ontológico cuando afirma que el Derecho es siempre justo por ser Derecho (*ius quia iustum*), para afirmar, siguiendo a Bobbio ²⁷ y a Peces Barba ²⁸, que justicia del Derecho y legitimidad del Poder son conceptos inescindibles y que en consecuencia el primer elemento de un derecho justo es un poder

26. Cfr. BOBBIO, N., «Formalismo ético y formalismo jurídico», en *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 (2.^a ed.), pp. 105 y ss.

27. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría dell'Ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli ed. 1960, pp. 61 y ss. Hay trad. castellana *Teoría General del Derecho*, a cargo de E. Roza Acuña, Madrid, Debate, 1991, pp. 184 y ss.

28. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Debate, 1984 (2.^a ed.), p. 269.

legítimo. Sólo el poder legítimo puede producir derecho justo. Esta concepción no solo salva la *reductio ad hitlerum*, sino que conjugando las dimensiones de validez, eficacia y justificación del Derecho, exige un juicio de legitimidad previo sobre el derecho válido y/o eficaz, no obstante su autonomía. Como dice Bobbio al respecto, «considerar el poder como el fundamento último de un ordenamiento jurídico positivo no significa reducir el derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho»²⁹. A comienzos del s. XVII ya anticipó Pascal esta conclusión: «es justo que lo justo sea obedecido, es necesario que lo más fuerte sea obedecido. La justicia sin fuerza es impotente; la fuerza sin justicia es tiránica. La justicia sin fuerza encuentra oposición, porque siempre hay malvados; la fuerza sin justicia es acusada. Hay pues que unir la justicia y la fuerza, y conseguir así que lo justo sea fuerte y lo fuerte sea justo»³⁰.

3.^a) La tesis que establece el Poder como origen del derecho y la legitimidad democrática como requisito necesario, aunque insuficiente de la teoría de la Justicia, fundamenta la existencia de un deber moral y jurídico para la obediencia como para la desobediencia al Derecho. El punto de partida es la afirmación de la autonomía del sujeto, que comprende la capacidad de darse leyes a sí mismo, que se manifiesta en el ejercicio de la razón y requiere de la libertad, no sólo negativa, sino libertad de autonomía y participación (que no de adhesión), libertad democrática, o libertad en la ley que ya anticipa Cicerón, «*servi legum sumus ut liberi esse possumus*», y más tarde formulará Rousseau, por la que cada uno «*uniéndose a todos no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes*» y ratificará Kant en su opúsculo sobre la Paz Perpetua cuando describe la libertad jurídica como la facultad de no darse otras leyes que aquellas a las que se ha podido prestar el consentimiento³¹. Ello implica que frente a la concepción tradicional que desvaloriza el Derecho, puesto que comprende deberes negativos frente a la Moral que conoce mandatos positivos, y que partiendo de que el *Derecho fuerza pero no obliga*³², niega el fundamento ético para la obediencia, podamos afirmar con la teoría más reciente que «*puede haber*

29. Cfr. BOBBIO, N., *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, cit., 62.

30. Cfr. *Pensamientos*. Edición a cargo de C. Pujol, Barcelona, Planeta, 1986, pp. 67 y ss. En la edición de las *Obras*, Madrid, Alfaguara, 1981, cit., figura con el ordinal 103-298, pp. 377. Sobre Pascal y en relación con el tema que nos ocupa, vide GIL CREMADES, J. J., *Esprit de finesse y caustica. Teoría y praxis en la reflexión pascaliana*. En *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor Corts Grau*. Valencia, 1977, t. I., pp. 313-331, y PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la Justicia», en *ADH*, n.º 2/83, pp. 333-345.

31. Cfr. BOBBIO N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant. Lezioni raccolte dallo studente Gianni Sciorati*. Torino, Giappichelli ed., 1969, pp. 226.

32. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, pp. 365-398.

*un fundamento ético para la obediencia al Derecho, lo mismo y el mismo que puede haberlo para su desobediencia»*³³.

Paradójicamente el positivismo incurrirá en los mismos defectos de universalización y formalización. En pleno auge del racionalismo la fina ironía de Pascal advertirá de ello. La Universalidad de las categorías lógico-formales no logra ocultar la evidencia de las diferentes concepciones de la justicia a uno y otro lado de los Pirineos. El racionalismo y el positivismo, si bien logran realizar la corrección positiva y temporal fracasarán en el intento de llevar a cabo la corrección cultural, puesto que neutralizarán ideológicamente el concepto de justicia que justificará formalmente el orden establecido. Esta neutralización, que ya se contiene *in nuce* en las Declaraciones de Derechos, será evidente a partir de la Codificación, mediante la definición del Derecho en términos estrictamente formales merced a su identificación absoluta con el Derecho privado. No cabe pues extrañarse ante la reacción antiformalista en donde Ihering anticipará el carácter ideológico del Derecho que denunciará Marx, como de las reacciones antirracionalistas que vienen de la mano del romanticismo y del nacionalismo de la Escuela Histórica, que manifiesta una triple oposición al carácter de la justicia tanto en sentido racional al que opone el carácter emotivo e irracional, como al carácter intemporal y cultural, frente al que reivindican la concreción y la diferencia.

III

La reacción antiformalista conlleva la llamada corrección realista. Se trata de comprender la Justicia desde la vida real y no desde su formalización en categorías jurídicas; de insistir en sus condiciones de aplicación y efectividad de la justicia y en definitiva de liberar la imagen de la Justicia de la venda que ciega sus ojos para que, inserta en la realidad política social, económica y cultural pueda desarrollar su función. Es la vieja distinción que realiza el realismo entre el Derecho *in books* y el Derecho *in action*. Ahora bien, frente a los excesos del realismo, el Derecho no puede renunciar a su dimensión normativa. Se trata en este punto de reivindicar algo tan obvio como la dimensión insoslayable de ordenación, orientación y guía de las conductas y tratamiento al menos si no resolución del conflicto social conforme a reglas preestablecidas que compete al Derecho³⁴, frente a los excesos de las llamadas escuelas libres herederas del antiform-

33. Cfr. ATIENZA, M., «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», *RFDUC*, n.º 62/81, pp. 84 y ss. *Vide* también DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate 1984. Con carácter general, *vide* FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al Derecho*. Madrid, Civitas, 1987.

34. Cfr. FERRARI, V., *Funciones del Derecho*. Trad. de M.ª J. Añón Roig y J. de Lucas. Madrid, Debate, 1989, caps. IV, V y VI.

malismo, que eliminados la dimensión normativa y el valor de la seguridad y certeza jurídicas, constituyen una seria amenaza para la propia existencia del sistema (ordenamiento) jurídico. Se trata en definitiva de asumir el normativismo realista, y afirmar con Bobbio que en el vértice del ordenamiento jurídico, «*lex et potestas converguntur*»³⁵, de modo que la justicia sea el resultado de la conjunción entre la norma, el hecho y el valor como elementos integrantes e inescindibles del concepto de Derecho, a fin de no reducir la justicia a la expresión del sentimiento de aprobación y/o rechazo, o a la constatación de la práctica social mayoritaria, ni de sacrificar valores ni principios, como los de la certeza, seguridad, legalidad, e irroactividad, entre otros, que desde el sometimiento del poder al Derecho e instauración del Estado de Derecho constituyen garantías irrenunciables para los ciudadanos y también para los poderes públicos³⁶.

Sin embargo, la crisis del concepto universal y racional de la justicia no debe llevarnos a certificar la primacía de la relatividad y menos del irracionalismo. Si es cierto que el pensamiento premoderno afirma una objetividad impuesta, no lo es menos que el posmoderno se disuelve en la más pura subjetividad que imposibilita el discurso racional y la consecución del consenso³⁷. Antes bien, la rehabilitación de la razón práctica exige la recuperación del discurso moral/racional y la conjunción de los valores de universalidad y concreción, de identidad y diferencia. Dicho de otro modo, la crisis de la Ilustración no es la muerte de la razón, sino que, como he tenido ocasión de mostrar en otro lugar, la crisis de la Ilustración proviene de la pérdida de fe en los ideales emancipatorios que llevará a cabo la Codificación³⁸. El tratamiento de esta patología implica una mayor exigencia frente al Derecho y al Estado, una profundización en el Estado social y democrático, un uso más intenso y generalizado de la razón práctica y no la declaración de su muerte súbita tal y como postulan no pocos posmodernos y los cada vez más partidarios del Estado mínimo. Como señala J. de Lucas al respecto, «el mensaje ilustrado es difundido por quienes defienden la primacía del individuo y de sus derechos y, por tanto, de la libertad y de la primacía de la sociedad civil, pero también por quienes advierten que la conciliación de esas libertades no es posible fuera del Estado, o de una comunidad en sentido fuerte»³⁹.

35. Cfr. BOBBIO, N., «Del Poder al Derecho, y viceversa». En *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 355-371.

36. Cfr. FERRAJOLI, L., *El Derecho como sistema de garantías*, trad. de Perfecto A. Ibáñez en *JPD*, n.º 16-17/92, pp. 61-69

37. En contra de esa disolución cfr. BALLESTEROS, J., *Posmodernidad: Decadencia o Resistencia*. Madrid, Tecnos, 1989, Cuarta Parte, pp. 101 y ss.

38. Cfr. VIDAL GIL E., J., «Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos». *AFD*, t. VI/89, pp. 205-221.

39. Cfr. DE LUCAS, J., *Derechos sin Fronteras*, cit. p. 73.

Esta es la vía por la que discurren las concepciones actuales sobre la justicia, como la de Rawls, que partiendo desde bases contractualistas refieren el problema de la justicia a los más generales de la economía derivados del reparto y de la distribución de los bienes escasos. Permiten superar la ambigüedad de las teorías que fundamentan la justicia en un pretendido orden de la naturaleza; fijan un límite importante frente a la arbitrariedad de las meras convenciones mediante lo que, no obstante sus diferencias, para unos constituyen los derechos inalienables y para otros el coto vedado, y salvan, frente al utilitarismo, el sacrificio de los derechos individuales, que si bien constituyen triunfos frente a la mayoría, no se constituyen por ello en derechos absolutos.

Más recientemente se ha tratado de fundamentar la teoría de la justicia mediante la satisfacción de las necesidades básicas, que salvan el recurso o la ficción del velo de ignorancia mediante el consenso para definir cuáles son las necesidades básicas y radicales⁴⁰. Aun cuando subsiste la cuestión de fondo que consiste en determinar quién es cada cuál, qué es lo suyo y qué se debe entender por necesidades básicas y radicales, refuerzan el consenso en torno al punto de partida que exige libertad, autonomía e igualdad y en torno a toda una serie de bienes esenciales para llevar una vida autónoma. Además permiten la incorporación al Derecho de los deberes positivos generales, como el de la solidaridad, superando la tradicional distinción entre la moral, que imponía deberes positivos, y el derecho, que se limitaba tan sólo a los negativos⁴¹.

IV

En la actualidad, el problema de la justicia se inscribe en el marco de la distinción entre el razonamiento lógico, que, como señala Prieto siguiendo a Perelman, depende de axiomas, tiene como norma la coherencia y da lugar a resultados ciertos o erróneos y el razonamiento retórico del que forma parte el jurídico, que depende de normas y precedentes, tiene como dogma la plenitud, pues el juez viene obligado a fallar en todo caso, y sus conclusiones son fuertes o débiles⁴². De ahí la exigencia moral de justificar el razonamiento y el deber jurídico de motivar las Sentencias, que ya no es manifestación

40. Cfr. AÑÓN ROIG, M.^a J., *De las Necesidades a los Derechos*, Madrid, CEC, 1994 (de inminente aparición).

41. Cfr. GARZÓN VALDÉS, E., «Los deberes positivos generales y su fundamentación», en *DOXA*, n.º 3/87, pp. 17-33. Vide en el mismo número los arts. de BAYÓN y LAPORTA.

42. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 60 y ss. Una muy sugerente y fundamentada exposición crítica del pensamiento de Perelman es la de ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, Madrid, CEC, pp. 65-101.

de la debilidad del poder real y del de los Jueces, como en otro tiempo, sino que cumple la función de ser un instrumento de control y de legitimidad de la actividad del juez⁴³, pues se está en el ámbito de lo contingente, de lo que puede ser de otro modo. El deber de motivar las sentencias, mucho más que un requisito de *elegantia iuris*, es un deber profesional con el rango de obligación constitucional que contribuye a la aceptación del fallo en el marco de las sociedades pluralistas, supliendo la función que anteriormente cumplían la autoridad y/o la tradición⁴⁴. El reconocimiento en la Teoría del Derecho actual de que junto a los *casos fáciles*, que en realidad no lo son, hay *casos difíciles y también casos trágicos*⁴⁵ avala esta conclusión. Lejos de constituirse en una verdad *a priori* universal e inmutable (concepción iusnaturalista) o en una proposición formal impuesta por el poder (concepción positivista), la justicia será un resultado, no un dato previo, mutable y contingente, sujeta al cambio y devenir histórico, sin perder por ello su condición normativa y su carácter racional y razonable.

En esta línea se definen las tesis de quienes como Perelman definen la justicia mediante la idea del *acto justo* de la *regla justa* y del *agente justo*⁴⁶. El acto justo consiste en la correcta aplicación de una norma; el juez es como una máquina carente de toda connotación afectiva o pasional que aplica imparcialmente las normas. La justicia, como el producto de una operación aritmética, dará un resultado fijo, estático, inmune a toda connotación afectiva o pasional que aplica imparcialmente las normas y que tiene su reflejo y simbolismo en la tradicional y hierática imagen con la venda sobre los ojos. Esta teoría constituye el formalismo jurídico del XIX, que parte del principio de separación de poderes, afirma la sumisión del juez a la ley, reduce el acto de aplicación del derecho a la subsunción del caso en la ley, y afirma que sólo hay «*casos fáciles*»⁴⁷. Dejando de lado los problemas que se plantean en torno a la crisis de este modelo, parcialmente vigente, de comprender la función judicial, lo cierto es que la justicia del acto, y la conformidad a ley, son por sí solos incapaces de garantizar, más allá de la mera formalidad y del

43. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 116 y ss.

44. Cfr. ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*. cit., pp. 25 y ss.

45. Cfr. ATIENZA, M., «La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los "Grapo"», en *Jueces para la Democracia*, n.º 9/90, pp. 31-37.

46. Cfr. PERELMAN, Ch., *De la Justice*. Bruxelles, Solvay, 1945. Cito por la edición *Ethique et Droit*, Bruxelles, ULB, 1990. He consultado la trad. italiana de L. Ribet con prefazione de N. Bobbio, *La Giustizia*, Torino Giappichelli, ed., 1989 (2.ª ed.).

47. Cfr., PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, n.º 6/83, pp. 17-26. RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación en la decisión judicial», en *AFD*, 1984, pp. 8-31, y, PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., caps. IV y V.

formalismo ético en que incurren, un resultado justo (piénsese en el operador jurídico que aplica correctamente una norma que prescribe la discriminación racial). De ahí que en ocasiones obliguen a recurrir a la ficción y a la mentira, con el fin de eludir la aplicación (justa) de una regla (injusta) ⁴⁸.

La justicia de la regla tiende por el contrario a reforzar la seguridad jurídica mediante la certeza de que los casos sucesivos serán resueltos conforme a aquellos que siendo similares les sirvan de precedente. Es una técnica que se adapta mejor al modelo jurisprudencial anglosajón y al principio del «*stare decisis*». Frente a la concepción formalista y mecánica, propia de un modelo codificado, la justicia cobra dinamismo, siendo más un resultado, que un dato previo, y, el juez, activismo. Hay «*casos fáciles y casos difíciles*». En la aplicación del Derecho cobran relevancia la equidad, en cuanto adaptación del Derecho a las particularidades del caso concreto con la consiguiente apertura a los principios ⁴⁹ y, la analogía ⁵⁰, en cuanto recurso que permite colmar las lagunas. Ambas hacen posible la obligación que tienen los Jueces y Tribunales de decidir en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido e impiden la denegación de justicia. En este supuesto se plantean los problemas opuestos a los de la justicia del acto; la legitimidad de la creación judicial del derecho, la discrecionalidad y arbitrariedad judicial en segundo, son las objeciones más importantes y consistentes.

El agente justo, origen, árbitro y medida de toda justicia, que realiza actos justos y enriquece la justicia con la piedad, la caridad, la humanidad y la solidaridad, constituye el tercer criterio. Sus actos no son sólo justos, sino justificados, de donde trae su causa la exigencia de motivar las resoluciones y fallos judiciales. No obstante sus importantes diferencias, cabría situar en esta orientación las últimas aportaciones de la teoría del razonamiento jurídico que tratan el concepto de justicia como el resultado de un proceso que es racional y razonable. Dado que la pura racionalidad por sí no basta para lograr un resultado justo (recuérdese el viejo aforismo romano

48. Un sugerente planteamiento en relación con el principio de integridad en Dworkin es el de PÉREZ LUÑO, A. E., «El desbordamiento de las fuentes del Derecho», Sevilla, *RASLJ*, 1993, pp. 25 y ss.

49. Sobre los principios, cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, CEC, 1992. Vide RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, «Los principios generales del Derecho», en *Métodos para el conocimiento del Derecho*. Madrid, U. Compl., 1987, pp. 57-71. PUIGPELAT MARTÍ, F., «Principios y normas» en *ADH*, n.º 6/90, pp. 231-247, y, ATIENZA Y RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas» en *DOXA*, n.º 10/91, pp. 101-120. Un clásico sobre el tema es el libro de CARRIO, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

50. Cfr. ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid, Civitas, 1986. Vide además RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, *La analogía jurídica*, en *Métodos para el conocimiento del Derecho*, cit. pp. 41-57.

summum ius summa iniuria), en determinadas ocasiones habrá que acudir al criterio de la razonabilidad (que parece recuperar algo del viejo sentido de la *epikeia*) como justificación del resultado obtenido. Surgen los llamados «casos trágicos». Frente a las concepciones apriorísticas y formalistas de la justicia, que en cuanto justas parecen quedar exentas de toda justificación, los problemas afectan no ya a la justicia, sino a la justificación del resultado y remiten directamente al problema de la legitimidad. Esta es la situación que se produce en el ámbito de nuestras sociedades pluralistas, relativistas y abiertas, con percepciones diferentes acerca de lo que consiste la justicia. La justificación surge como un límite a la arbitrariedad que parece acompañar a cualquier fórmula de la justicia que intente superar el principio formal, y representa el esfuerzo para dotar de legitimidad a las concepciones sobre la justicia.

V

Por todo ello me inclinaría a considerar la justicia como uno de los fines del Derecho pero no como el más importante ni tampoco como lo que define el Derecho. También otros valores, como la seguridad, la certeza, la libertad, la igualdad, la solidaridad⁵¹ y la paz, entre otros, merecen la consideración de fines del Derecho. Parece que la única referencia válida, eficaz y legítima de la justicia será la que resulte del ordenamiento jurídico, que constituye el ámbito en el que es posible dotarla de contenidos concretos, y permitir la satisfacción de las necesidades básicas. El concepto de justicia deberá satisfacer la *moralidad interna* del ordenamiento e impulsar la *moralidad crítica*. Creo que la justicia es un concepto que incluye un proceso (requisito necesario pero insuficiente, puesto que a través de un proceso justo se puede dar un resultado injusto como entre otros muestra Nelson⁵² siguiendo a Singer) y un resultado (que ha de ser racional, razonable y justificado —mediante la aceptación— por el conjunto de la sociedad), que una concepción con contenidos concretos y previamente definidos, sujetos, por el contrario, en todo momento, al proceso de evolución histórico y social que marque la sociedad. Aun a sabiendas de que se pueden presentar supuestos en los que exista Derecho sin justicia y justicia sin Derecho⁵³, la única

51. Sobre la solidaridad, cfr., DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1992. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La solidaridad», en *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General (I)*, cit., pp. 221-251; GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Notas para la elaboración de un principio de solidaridad como principio político*, en *Sistema*, 101/91, pp. 123-135 y AÑÓN, M.^a J., *Un punto de vista sobre la solidaridad: A. Camus «o esto es asunto de todos»*, en el libro homenaje al prof. J. M.^a Rojo (en prensa).

52. Cfr. NELSON, W., *La justificación de la democracia*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1986.

53. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, «Las injusticias fuera y dentro del De-

referencia válida eficaz y legítima de la justicia será el resultado que de ella se derive en un ordenamiento jurídico positivo concreto. La justicia será por consiguiente el resultado de un proceso en el que mediante decisiones simétricas se llegue a un resultado aceptable y aceptado en su caso aún por quienes se vean perjudicados. Es la síntesis, como se ha dicho, de libertad e igualdad en su sentido material y formal.

En este contexto, y con referencia a ordenamientos jurídicos concretos, la justicia será ante todo libertad, que constituye y precede a la justicia en la jerarquía que de los valores superiores se establece en el art. 1.1 de la Constitución y ostenta lo que los anglosajones definen como una «*preferred position*»⁵⁴. Es el requisito necesario (aunque insuficiente) para poder comprender el concepto de justicia. La libertad exige la legitimidad y justificación del Poder como elemento primario y fundamental del ordenamiento jurídico positivo. Reitero cuanto he señalado sobre la legitimidad del poder como requisito necesario aunque insuficiente de un derecho justo. La libertad, que constituye la condición para que se desarrolle la autonomía del sujeto, comprende, como ya señalaron (metodológica y teóricamente) Bentham y Kant, la libertad para optar, para obedecer y también para discrepar. Una teoría actual sobre la justicia deberá comprender las concepciones clásicas (libertad, autonomía) y las más actuales (libertad positiva) en sus dos dimensiones de prestación (Estado social de Derecho) y de participación (Estado democrático de Derecho)⁵⁵.

La igualdad material y formal es el segundo elemento que constituye el concepto de justicia. En su dimensión material exige la superación de aquellas desigualdades de partida que impidan la realización autónoma de los planes de vida de los individuos y supone como recientemente se ha subrayado, toda una revolución en el mundo jurídico que conlleva el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho, la adopción de políticas de redistribución de bienes a cargo de los poderes públicos y la comprensión del Derecho como un sistema de regulación social que ya no es garantista represivo ni procede exclusivamente *a posteriori* mediante sanciones

recho», en *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Madrid, Univ. Compl. 1988, pp. 149-163.

54. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 145 y ss.

55. Cfr. BOBBIO, N., «Libertad» en *Igualdad y Libertad*. Introducción de G. Peces-Barba. Barcelona, Paidós ICE/UAB, 1993, pp. 97-154. Vide también PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La libertad social, política y jurídica», en *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, cit., pp. 184-207; LAPORTA, F., «Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político» en *Sistema*, n.º 52/83, pp. 23-43; RUIZ MIGUEL, A., «Sobre los conceptos de la libertad» en *ADHs*, n.º 2/83, pp. 513-549, y DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la libertad en el Estado social y democrático», en *Sistema*, n.º 101/91, pp. 87-103.

negativas, sino promocional y redistributivo⁵⁶, que actúa *a priori* mediante sanciones positivas, integrando el concepto material de igualdad que exige la satisfacción de las necesidades básicas, con la dimensión formal, que comprende las dimensiones de generalización, diferenciación y procedimiento (arts. 1.1.9.2 y 14 CE)⁵⁷.

Creo finalmente, que el gran logro de nuestro ordenamiento jurídico ha sido, entre otros, el de posibilitar una teoría de la justicia que más allá de todo apriorismo iusnaturalista, y de concepciones positivistas formalistas, permite recuperar la dimensión formal de la justicia (tratar igualmente los casos similares) y referir esta concepción a contenidos concretos, como son los que integran los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.) que aparte su consideración de valores superiores del ordenamiento son normas jurídicas directamente aplicables, orientan los principios del ordenamiento y vinculan directamente a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 y 3 C.E.)⁵⁸. Este concepto permite integrar las teorías contractualistas sobre la justicia, que afirman la legitimidad democrática del Poder, vértice y origen del ordenamiento jurídico, con las concepciones formales del ordenamiento que serán la garantía de la seguridad y certeza jurídicas y que impiden y cierran el paso a concepciones iusnaturalistas tópicas o a las mal llamadas concepciones «libres», en cuanto que, como observa Cattaneo siguiendo a López de Oñate, ciertamente liberan al juez, pero no lo es menos que someten al ciudadano, al que se le priva de la protección que le ofrece la ley general abstracta, al puro arbitrio judicial⁵⁹. Como bien apunta Prieto, «concebir los Tribunales como un depósito de la legitimidad distinta a la legitimidad cristalizada en la Constitución; suponer que existen valores jurídicos nuevos y pujantes encarnados por los jueces, que deben hacerse operativos frente a los valores viejos y caducos de la norma escrita, no sólo constituye un inmenso

56. Cfr. BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales y el estado del bienestar», *AFD*, t. X/93, pp. 111-133.

57. Cfr. BOBBIO, N., «Igualdad», en *Igualdad y Libertad*, cit., pp. 53-96. Vide también PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La igualdad», en *Curso de Derechos Fundamentales* (I), cit., pp. 242-246. Vide además, CALSAMIGLIA, *Sobre el principio de igualdad* en J. MUGUERZA y otros; *El fundamento de los Derechos Humanos*, G. Peces Barba, ed., Madrid, Debate, 1989, pp. 97-110; LAPORTA, F., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, n.º 67/85, pp. 3-31 y más recientemente, SUAY RINCÓN, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española, libro-homenaje al prof. García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 837-892, y FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, E., «Igualdad, diferencia y desigualdad», en *AFD*, t. X/93, pp. 59-71.

58. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, pp. 88 y ss.

59. Cfr. CATTANEO, M. A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, ed. di Comunità, 1966, pp. 193. El texto de LÓPEZ DE OÑATE procede de *La certezza del Diritto*. Roma, Tipografia costituzionale nazionale, 1942, pp. 109.

fraude a la misma idea de Constitución y de soberanía popular, sino que además representa un notable peligro para la existencia del Estado de Derecho»⁶⁰. La referencia a los valores superiores fortalece la legitimidad legalizada e impulsa y abre el ordenamiento legitimidad crítica, integrando la regla formal de la justicia con los criterios materiales que según el ordenamiento impongan y exijan tratamientos discriminatorios. La referencia a la justicia de la regla implica el tratamiento de los distintos supuestos *sub specie legis*, con imparcialidad, que no es lo mismo que neutralidad, y con sometimiento a la ley y al Derecho, sin que ello conlleve necesaria y exclusivamente la aplicación de la regla de la subsunción. La justicia del acto impulsa el activismo judicial y afirma la discrecionalidad que no arbitrariedad, de los operadores jurídicos. Finalmente, la justicia del agente cierra y garantiza la legitimidad de las decisiones, mediante el ejercicio de la libre crítica y la exigencia de la justificación de las decisiones, en donde cobra especial relevancia la teoría del razonamiento judicial y el principio de razonabilidad de las decisiones, que opera precisamente ante la fuente y origen de toda legitimidad necesaria, aunque insuficiente, que es el auditorio.

La justicia, que tiene su origen en la libertad⁶¹ y se desarrolla en la igualdad, culmina también, en la libertad, que conlleva la aceptación o el rechazo de sus contenidos, constituyendo como bien se ha dicho la síntesis correcta de libertad e igualdad⁶². Este concepto de justicia, que integra el poder y los valores, que asume sus dimensiones materiales y formales, que libera a la norma y sujeta al intérprete, asume y enriquece la concepción de Kelsen cuando en el acto de su jubilación y despedida en Berkeley afirma que «mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la de la tolerancia»⁶³.

Creo que nuestro tiempo, como apunta Bobbio, es el de los Derechos⁶⁴; por consiguiente, si la justicia quiere trascender la pura emotividad deberá plasmarse y concretarse en el reconocimiento de los Derechos que implican la existencia de deberes correlativos, y en algunos supuestos, como el de los derechos sociales y los de solidaridad, la ruptura del vínculo de reciprocidad (*do ut des*) propio de la teoría de las obligaciones en el derecho privado, que impulsa y sacraliza las leyes del mercado en detrimento de la «pietas». Por

60. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 11/84, pp. 83 y ss.

61. Cfr. DÍAZ, E., «La justificación de la Democracia», en *Sistema*, n.º 66/85, pp. 3-23.

62. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *Estudios de Ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, p. 83.

63. Cfr. KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?* Edición a cargo de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, p. 63.

64. Cfr. BOBBIO, N., *El Tiempo de los Derechos*. Trad. de Rafael de Asís Roig y prólogo de G. Peces Barba Martínez, Madrid, Sistema, 1991, pp. 97-113.

ello, a la vista de las observaciones que recientemente se han formulado, la Justicia no puede definirse sólo mediante la tolerancia, que, como observa J. de Lucas, no engendra ningún derecho ni comporta el reconocimiento de valor positivo alguno, sino en la adscripción, reconocimiento y protección, derechos con especial observancia respecto los derechos de las minorías ⁶⁵.

El concepto de Justicia, en definitiva, consistirá en la conjunción entre tolerancia ⁶⁶ y solidaridad (Peces-Barba), de un lado, en el reconocimiento, garantía y protección de derechos de las minorías más allá de cualesquiera fronteras nacionales (J. de Lucas) ⁶⁷, de otro, y en todo caso, en la satisfacción de las necesidades básicas y radicales (Añón) ⁶⁸.

65. Cfr. DE LUCAS, J., «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial referencia a la situación en Europa». *Revista del CEC*, n.º 15/93, pp. 97-128. *Vide* también FERNÁNDEZ, E., «La protección jurídica de las minorías», *Sistema* n.º 106/92, pp. 71-80, y BEA PÉREZ, E., «Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional con especial referencia al marco europeo», en *Los Derechos Humanos*. J. Ballesteros ed., cit., pp. 163-185.

66. «Sobre la tolerancia», cfr. *DOXA* 11/92, con artículos de DE LUCAS, DE PÁRAMO, GIANFORMAGGIO, RICHARDS y SCHMITT.

67. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Madrid, Tecnos, 1992, caps. I y II.

68. Cfr. AÑÓN ROIG, M.^a J., «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas», en *Los Derechos Humanos*, J. Ballesteros ed., pp. 100-116.

