

ACERCA DEL VALOR DE LA LEY*

ON THE VALUE OF THE LAW

CARMEN SÁNCHEZ-MAÍLLO**

* Gran parte de las ideas del presente artículo están basadas en un artículo anterior de Carmen Sánchez Maílló titulado "El valor de la ley para los clásicos y en la modernidad", publicado en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 17, (2007), pp. 223-239.

** Doctora en Derecho. Profesora de Teoría del Derecho del CEU - Universidad San Pablo de Madrid.



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO SEPTIEMBRE 2 DE 2010, ACEPTADO NOVIEMBRE 22 DE 2010

RESUMEN

Actualmente la ley se encuentra desprestigiada y minusvalorada, sometida a intereses ideológicos y partidistas. Una mirada a los clásicos nos recuerda que no siempre fue así. Antiguamente, la ley gozaba de un valor y un prestigio hoy desconocidos. La propuesta es recuperar la pregunta acerca del verdadero bien humano y con ella recuperar también las respuestas que le ha dado nuestra tradición grecolatina.

PALABRAS CLAVE

Ley, Derecho, fuerza, ley natural, ley positiva, ley injusta, tradición.

ABSTRACT

Nowadays the prestige of laws is decreasing, due to ideological and partial interests. Looking to the Classics make us remember that it was not like that in the beginning. In the Ancient Age, the law enjoyed a high consideration, unknown for us. Our proposal is to re-state the question about the authentic human good in order to reach the answers given by our Greco Latin tradition.

KEY WORDS

Law, right, strength, natural law, positive law, unjust law, tradition.

SUMARIO: 1. VALOR Y SIGNIFICADO DE LA LEY HOY; 2. LA DEVALUACIÓN DE LA LEY EN LA ACTUALIDAD; 3. DOS DISTINCIONES ESENCIALES: LEY Y DERECHO. FUERZA Y DERECHO; 4. VOLVAMOS LA MIRADA A LA TRADICIÓN CLÁSICA; 5. LA LEY INJUSTA ES *corruptio legis*; 6. LA RELACIÓN ENTRE LEY NATURAL Y LEY POSITIVA; 7. GIRO VOLUNTARISTA EN LA CONCEPCIÓN DE LA LEY; 8. SÓLO RECUPERANDO LA PREGUNTA ES POSIBLE RECUPERAR LA TRADICIÓN.

1. VALOR Y SIGNIFICADO DE LA LEY HOY

Esta es la pregunta esencial que quisiera plantear, pues considero que una gran mayoría de personas —incluidos juristas— se mostrarían de acuerdo con el planteamiento inicial del discípulo de SÓCRATES. Por mi parte procuraré, siguiendo siempre a los clásicos, meditar con cierto detenimiento sobre un tema tan crucial para el ámbito jurídico.

¿*Qué entendemos por ley?*, pregunta SÓCRATES a su discípulo en el diálogo titulado *Minos*¹. Pocas líneas más adelante, el discípulo, sin meditarlo mucho, responde: ¿*Pues qué otra cosa ha de ser ley, Sócrates, sino lo que como tal se establece?* Con esta respuesta el discípulo no hace sino preconizar lo que siglos más tarde autores como BOBBIO o KELSEN², y otros tantos habrían de responder acerca de lo que consideran que es la ley. Bien es verdad que SÓCRATES, a fuerza de preguntas que invitan al discípulo a recapacitar, le encamina a reconocer que no sería razonable que una decisión dañosa sea ley, sino que la ley aspira a ser un hallazgo de lo real, es decir, un verdadero y beneficioso modo de regular una cuestión determinada.

2. LA DEVALUACIÓN DE LA LEY EN LA ACTUALIDAD

Hoy la ley ha perdido el valor y el prestigio que tuviera en otros momentos de nuestra historia. Vivimos una época de una profusión legislativa que no conoce precedentes. La sociedad ha alcanzado un nivel de complejidad creciente —régimen autonómico, internacionalización, etc.—; han surgido diversas áreas de conocimiento en el ámbito jurídico —derecho comunitario europeo, nuevas tecnologías, bioética, biojurídica, etc.—. Si unimos a lo anterior la dinámica propia del Estado moderno, con su tendencia al intervencionismo en la mayor parte de los ámbitos

¹ Diálogo atribuido a PLATÓN, aunque parece ser que su verdadero autor fue un discípulo anónimo de la Academia. *Minos* es un diálogo breve, en el que tan sólo aparecen dos interlocutores: Sócrates y un discípulo cuyo nombre no se desvela.

² Para estos autores la identificación entre Derecho y coacción puede comprobarse en sus obras más representativas. En opinión de Kant, derecho y facultad de coaccionar significan una misma cosa; cfr. Emmanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 42. A su vez, KELSEN señala que: “El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción”. En este sentido, afirma que: “para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esa sanción”; cfr. Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 74 y 77.

sociales, podemos concluir que todo este panorama configura una realidad jurídica extraordinariamente extensa que se ve obligada a regular sectores que en otro tiempo, por no existir, no necesitaban ser regulados. No resulta difícil reconocer cómo en la actualidad la ley está absolutamente mediatizada por intereses de distinto tipo: ideológicos, económicos, políticos o electoralistas. El panorama legislativo se nos muestra sometido a transitoriedad, a un cambio permanente, vertiginoso y a la vez a un ritmo creciente. Basta para ello mencionar algunas de las nuevas medidas: el cambio respecto al carácter heterosexual de la institución matrimonial, la falta de consenso en temas educativos, la moderna legislación de experimentación biomédica, etc. Bien es cierto que las leyes siguen constituyendo las normas de rango jerárquico superior, por debajo de la Constitución, pero es indudable que a causa del proceso inflacionario descrito, la ley en nuestros días sufre una auténtica depreciación. GALLEGO GARCÍA explica esta pérdida de prestigio de la ley en un estrato mucho más profundo, que no es otro que la crisis de la idea misma de razón³. Afirma que modernamente existe una desconfianza en que la razón humana sea capaz de encontrar un verdadero modo de regular una cuestión. Esto resulta absolutamente diferente a la concepción que sobre la ley tenían los clásicos, cuya estima por ésta llegaba a tal punto que la concebían como la expresión máxima de la razón, el descubrimiento de lo real. En palabras de ARISTÓTELES: “es preferible que mande la ley antes que cualquiera de los ciudadanos, y por esa misma razón, aun si es mejor que gobiernen varios, éstos deben ser establecidos como guardianes y servidores de las leyes”⁴.

3. DOS DISTINCIONES ESENCIALES: LEY Y DERECHO - FUERZA Y DERECHO

El Derecho, en su sentido propio y primero, es “lo justo”. *La ley no es el derecho mismo, sino cierta regla o medida de derecho*. Cuando esa regla se pone por escrito se llama ley, y a ella se ajusta la conducta del hombre para que su acción resulte justa. Sin embargo, esta distinción entre Derecho y ley no siempre ha sido claramente percibida; en especial a partir de la modernidad, tal distinción ha desaparecido, identificándose Derecho y ley⁵. Modernamente, la palabra “ley” tiene en el lenguaje jurídico diversos significados. Se usa en una acepción muy amplia como equivalente a derecho objetivo⁶. Otra acepción más restringida podría ser entendida como toda norma de carácter general impuesta por los poderes públicos. En un sentido limitado y técnico, por ley se entiende la norma establecida por asambleas o parlamentos a las que la Constitución atribuye el poder legislativo en cuanto

³ “Es la razón la que, al margen de sus posibilidades ‘técnicas’, es considerada ahora incapaz de generar una palabra verdadera sobre las cosas, sobre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo. Incapacidad de la razón que afecta directamente a la idea de ley, al provocar la desvinculación entre esta y la razón, de cuya intimidad brotaban su valor y dignidad”; Elio GALLEGO GARCÍA, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 98.

⁴ ARISTÓTELES, *Política*, III, 1287a 3.

⁵ Cfr. Julián VARA MARTÍN, *Libres, buenos y justos. Como miembros de un mismo cuerpo*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 54 y ss.

⁶ En este sentido véase la reflexión que realiza Elio GALLEGO GARCÍA, *Fundamentos para una teoría del derecho*, ob. cit., pp. 37-38.

representan a los ciudadanos. En este sentido, es necesario reconocer que definir el derecho como conjunto de leyes es una pura fórmula vacía. Resulta aún más llamativo que se defina al derecho como ley, y que se afirme al mismo tiempo que una de las fuentes del derecho es precisamente la ley (art. 1.1 del Código Civil). ¿Cómo es posible que la ley sea a la vez el Derecho y su fuente? Si la ley es concebida como la primera acepción del derecho, no cabe que sea su fuente, pues con ello se contradicen las leyes más básicas de la argumentación lógica.

Además, para una gran parte del pensamiento jurídico moderno el Derecho no es *lo justo*, y ni siquiera tiene por qué estar conectado con la justicia⁷. Una de las consecuencias que surgen de tal desconexión es el hecho de tratar como ideas idénticas los conceptos de derecho, pena y coacción⁸. El primero que hizo una identificación absoluta entre derecho y coacción fue KANT⁹, quien a su vez fue seguido por autores contemporáneos como KELSEN o BOBBIO. En este orden de cosas, para proceder a este tipo de regulación de la conducta humana el Derecho asocia un comportamiento indeseado a una sanción, de este modo logra obligar, por temor, a la conducta contraria¹⁰. El Derecho se muestra, pues, como una sofisticada técnica de control social. El modelo paradigmático de esta posición jurídica es sin duda el jurista vienés KELSEN. Para la mentalidad kelseniana la regulación de la conducta que procede del ámbito jurídico se distingue de otros sistemas normativos —moral o usos sociales por ejemplo— por venir acompañado de fuerza. Sin embargo, los otros órdenes normativos a los que nos hemos referido se cumplen por la costumbre o por la sanción religiosa que la impone —aunque su sanción no viene acompañada de fuerza—. El Derecho en cambio, obliga exclusivamente por el uso de la fuerza, es decir, por el miedo al castigo, de este modo el derecho, para el conocido jurista vienés, no es sino una disciplina del uso de la fuerza, cuyo monopolio pertenece al Estado¹¹. Frente a la posición kelseniana encontramos el testimonio de toda la tradición clásica, reconocido por supuesto en voces contemporáneas¹², quienes en pro de la razón natural y de la prudencia identifican el Derecho con la realización de lo justo, de lo debido a otro en justicia, y que conceden un papel secundario a la fuerza en el mundo jurídico. En este sentido, si se concibe que la idea básica del Derecho es *lo justo*, no cabe admitir las tesis kantiana y kelseniana a este respecto, pues situar al Derecho bajo el imperio de

⁷ “El derecho puede tener —escribe KELSEN— no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica”; Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 136.

⁸ Cfr. Elio GALLEGO GARCÍA, ob. cit., p. 45.

⁹ “Derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa”; Emmanuel KANT, ob. cit., 1989, p. 42.

¹⁰ “La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener”; Hans KELSEN, ob. cit., p. 74.

¹¹ “El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice coacción dice empleo de la fuerza. [...] El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro”; Hans KELSEN, *ibid.*, p. 74.

¹² Tales como Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1995; Josef PIEPER, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1990; Michel VILLEY, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Scire Universitaria, 2003; José CORTS GRAU, *Curso de derecho natural*, Madrid, Editora Nacional, 1974, entre otros.

la fuerza y, por tanto, de lo coactivo, supone olvidar una idea esencial que nos ha legado la tradición: *que el derecho, dentro de una vida política, es el medio privilegiado de la libertad del hombre, de su condición de actor, y en definitiva de persona*¹³, y no el simple resultado de la coacción o del temor a la sanción, pues el derecho sobre todo es una conquista de lo humano.

4. VOLVAMOS LA MIRADA A LA TRADICIÓN CLÁSICA

Comenzando por los poetas y pensadores griegos, vemos en ellos cómo buscaban incesantemente cuál era el lugar del hombre en el universo; en este sentido, vieron la ley y el Derecho en conexión orgánica con la totalidad de la civilización humana. De este modo, al pretender descubrir —según la concepción griega— el fundamento último de la elevada posición del hombre, concluyeron que la justicia y la ley constituían el centro de la cultura humana, y la clave para explicar el lugar del hombre en el cosmos¹⁴. En los poemas homéricos, que son sin duda los documentos más antiguos de la civilización griega, aparecen abundantes referencias a la administración de justicia, que entonces estaba todavía en manos de los reyes. En la concepción homérica la sociedad humana se funda en la ley y en la justicia. Esta idea informa toda su obra épica. Ejemplo de lo dicho es el conocido fragmento de la *Iliada* cuando Ulises, al desembarcar en un país desconocido, la primera pregunta que se hace, no sin cierta ansiedad es: “¿Quiénes morarán esta tierra? ¿Serán malhechores y salvajes sin justicia o gente que honra al forastero y teme a los dioses?”¹⁵. Se aprecia en todo el pensamiento homérico que la *dike* (justicia) constituía la línea de demarcación entre la barbarie y la civilización. Si la justicia imperaba permanecían en una confianza última en que el hombre pisaba tierra firme, gozaban de seguridad y protección, tanto en su persona como en sus bienes. Existía, en cambio, el mundo de los ciclopes, que aún vivían en un estado de naturaleza primitiva, sin normas (*themis*). Fue, pues, esta profunda y arraigada convicción del mundo griego de que la justicia constituía el fundamento de la sociedad humana la que hizo de HESÍODO el portavoz del mundo poshomérico. El concepto homérico del Derecho, *themis*, regulación, cede gradualmente a la palabra predilecta de HESÍODO, *dike*¹⁶. Al mismo tiempo, el procedimiento de administrar justicia se fue racionalizando, la costumbre de las ciudades fue codificándose por sabios legisladores designados por el pueblo, de ahí vino que el *nomos* sirviera para designar la forma escrita que a la costumbre se diera, surgiendo de esta manera el nuevo concepto de ley. Al canon de las virtudes cívicas de aquellos siglos se le añadió una virtud nueva, la *dikaioσύνη*, que designaba la cualidad moral de un hombre que era justo. Los griegos definieron esta palabra como obediencia a la ley. Dicha virtud fue convirtiéndose en pauta suprema de perfección humana¹⁷.

¹³ Elio GALLEGÓ GARCÍA, ob. cit., p. 46.

¹⁴ WERNER JAEGER, *La alabanza de la ley*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 5-6. Sobre el desarrollo histórico del espíritu helénico cfr. WERNER JAEGER, *Paideia, The ideals of Greek Culture*, New York, Oxford University Press, 1939-4.

¹⁵ Homero, *Iliada*, XVIII, pp. 497 y ss.

¹⁶ WERNER JAEGER, *La alabanza de la ley*, ob. cit., pp. 14 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, p. 15.

En HERÁCLITO se observa cómo la ley constituía la expresión más alta del imperio de la razón en la vida humana, por ello recomendaba que “el pueblo luchara por su ley como por sus murallas”¹⁸. La ley, para ellos, era la muralla espiritual que protegía la vida de la comunidad, hasta tal punto que hacían depender la salvación de la ciudad de que las leyes se mantuvieran incólumes. Consideraban que la ley ayudaba a forjar, con individuos débiles, una *polis* unificada. El trasfondo histórico de todo este pensamiento sobre la ley y la justicia en los comienzos de la literatura griega posibilitó el advenimiento del Estado-ciudad, la *polis*, que adquirió su forma característica en los siglos VII y VI, y que obtuvo su culminación con la democracia ateniense del siglo V. Ciertamente es que todo ello fue posible porque tanto el pueblo como la antigua clase dominante reconocieron en la invocación del Derecho y de la justicia, y en el establecimiento de un orden legal incommovible, la única esperanza de sobrevivir. La ley parecía constituirse como el único puerto verdaderamente inequívoco en el que podían echar anclas seguras en la tormenta que a los demás amenazaba¹⁹. Qué diferente a la modernidad resulta también la reflexión platónica en el *Critón o del deber*, cuando por boca de SÓCRATES afirma: “No es el vivir lo que ha de ser estimado en el más alto grado, sino el vivir bien [...]. El vivir bien, el vivir honestamente y el vivir justamente son una misma cosa”²⁰. En este mismo sentido, continúa explicando Sócrates a su interlocutor Critón a través de una personificación de las leyes atenienses la grandeza, la dignidad y la obediencia que a ellas se les debe²¹.

También, el conocido orador y escritor romano CICERÓN es un paradigma de la alta consideración en que tenía la ley, y es precisamente él quien tradujo la palabra griega *nomos* a la latina *lex*, vertiendo la idea griega de *nomos* —significativa de un orden justo de las cosas—, a la palabra *lex* que originariamente tenía un significado meramente técnico y no filosófico. Para CICERÓN, la ley brota de la naturaleza humana y expresa el juicio racional del hombre prudente²². Se muestra en cambio realista al considerar que era absurdo pensar que todo lo establecido por las leyes fuera a ser siempre justo²³. La mentalidad ciceroniana anticipa ya una respuesta al moderno voluntarismo en la ley. El insigne orador romano expresó con claridad que si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos y dependieran exclusivamente de los votos de la masa popular serían jurídicos aspectos como el robo o la falsificación²⁴. Defensor de que las leyes se inventaron para *la salvación de los pueblos, seguridad de las ciudades y pacífico bienestar de*

¹⁸ Fragm. 44.

¹⁹ Werner JAEGER, *La alabanza de la ley*, ob. cit., p. 33-34.

²⁰ PLATÓN, *Critón o el deber*, 48a.

²¹ “Sócrates, no te maraville lo que decimos, y responde, ya que tú también sueles recurrir al sistema de preguntas y respuestas. Ea, pues dínos pues bien, Sócrates —añadirían tal vez las leyes—: piensa si es justo lo que tratas de hacernos. Veamos: nosotras te trajimos al mundo, te criamos y educamos, hicimos partícipes de todos los bienes de que nos fue posible a ti y a todos los demás ciudadanos”; PLATÓN, *idem*.

²² “La razón fundamental, insita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario [...] el criterio racional del hombre prudente”; CICERÓN, *De legibus*, Madrid, IEP, 1970, pp. 125 y ss.

²³ “Si los Treinta Tiranos de Atenas hubieran querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con leyes tiránicas ¿iban por eso a ser justas esas leyes? Creo que no serían más justas que aquella otra que dio nuestro interrey de que el dictador pudiera matar impunemente al ciudadano que quisiera, incluso sin formarle proceso”; CICERÓN, L. I, 15-16.

²⁴ *Idem*.

la vida humana²⁵, conocía también que en ciertos momentos se habían dado órdenes perversas e injustas, que a su juicio no eran leyes, sino otra cosa muy distinta, pues para Cicerón el sentido de la palabra ley llevaba implícito el concepto de saber seleccionar lo verdadero y lo justo²⁶. En este sentido afirmaba que había muchas disposiciones populares que no merecían el nombre de ley, pues: “al igual que no pueden llamarse recetas médicas de verdad a las que matan en vez de curar, [...] así tampoco es ley para una comunidad una cualquiera, sea como sea, incluso cuando perjudica de algún modo al pueblo que la padece”²⁷. Queda pues manifiesto que también para Cicerón, uno de los grandes autores de la tradición clásica, la ley es la discriminación de las cosas justas e injustas.

No menos sugerente resulta la descripción que sobre la cualidad de la ley hiciera San Isidoro de Sevilla en las *Etimologías* cuando dice:

“Debe ser una ley honesta, justa, conforme a la naturaleza, de acuerdo con las costumbres patrias, conveniente, necesaria y útil según los tiempos y lugares; y bien clara, para que no vaya a tener algo capcioso por su oscuridad; escrita no para el provecho de algún particular, sino para el bien común”²⁸.

Vale la pena detenerse en analizar una a una las notas extraídas de la descripción Isidoriana. En cuanto a la honestidad de la ley exigida por nuestro compatriota, tenemos que entender que la ley no debe ser contraria a la conciencia moral de la comunidad a la que se dirige²⁹. Por lo que se refiere a la justicia de la ley, hay que interpretarlo en su sentido más literal: que no dañe ningún derecho, pues precisamente la injusticia es la que niega el *ius*. El último de los requisitos recogidos por el autor de las *Etimologías* es el de no contrariar la naturaleza, lo cual es un postulado clásico de nuestra tradición que establece que ninguna ley humana debiera contradecir a la ley natural. Ahora bien, la ley no debe ser sólo justa en sí misma, sino que ha de serlo igualmente para un determinado pueblo y para unas determinadas circunstancias.

Santo TOMÁS DE AQUINO, en su *Tratado de la ley*, recoge de un modo inigualable todos los problemas que hasta su momento se habían planteado en torno a la ley, pero también anticipa muchas de las cuestiones debatidas que sobre esta surgieron siglos después, y que aún hoy continúan presentes en la doctrina. Muestra de ello es el modo en que comienza —ya en las primeras líneas de este tratado—, desvinculando la ley de la pura voluntad humana cuando afirma rotundamente que la ley pertenece a la razón³⁰, que es un acto de ésta y que es propio de la ra-

²⁵ Idem.

²⁶ Ibid., L. II, 5.

²⁷ Ibid., L. II, 6, 13.

²⁸ Isidoro de SEVILLA, *Etimologías*, Libro V, cap. XXI.

²⁹ Muchas veces sucede en la actualidad que las leyes que se aprueban son contrarias a la conciencia moral de la comunidad a la que se dirigen. Ejemplos hay varios y muy recientes: sucedió en España cuando se aprobó la despenalización del aborto, actualmente con la imposición de la asignatura de educación para la ciudadanía, con la aprobación de la ley de matrimonios de homosexuales, o con la llamada ley de salud sexual y reproductiva que convierte el aborto en un derecho.

³⁰ Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 1.

zón mandar³¹. Continúa el Aquinate con un tema que ya recogió ARISTÓTELES en su *Ética*: la necesidad de que la ley se dirija a la felicidad común³². En la mentalidad tomista hay una intrínseca relación entre la ley y el bien común, siendo este el fin último de las sociedades humanas, los preceptos no tendrían razón de ley si no se ordenaran a este como a su fin propio³³. En este orden de cosas, Santo TOMÁS sigue fielmente a ARISTÓTELES al afirmar que la voluntad de cualquier legislador es hacer buenos a los hombres³⁴. No les cabía ninguna duda a nuestros dos grandes filósofos de que era ese principalmente —y no otro— el fin al que se ordenaba cualquier ley, que lo propio de la ley era inducir a sus súbditos a la virtud. En este sentido, la intención del legislador debiera tener como fin el verdadero bien, que era el bien común. Además, para que la ley adquiriera el carácter obligatorio que le es propio es necesario que los hombres se regulen por ella, y esto únicamente se puede producir cuando a través de la regulación se facilita el conocimiento de la misma por parte de los hombres. Por esta razón, la promulgación de la ley es necesaria para que la misma adquiriera eficacia. De las cuatro conclusiones establecidas puede colegirse la definición tomista de ley que no es otra que la siguiente: “La ley es una ordenación de la razón, dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad”³⁵. Esta definición recoge, por tanto, a juicio del Aquinate, los aspectos que inexcusablemente toda ley justa debiera tener: ser criterio racional, buscar el bien común y haber sido promulgada por el gobernante de la comunidad. Podría recoger innumerables pasajes de nuestra tradición grecolatina en el mismo sentido al que me he venido refiriendo, para dar a conocer lo que a mi juicio constituye una certera reflexión en torno a la ley. Considero sin embargo, a la vista de los fragmentos que de uno y otro autor he recordado, que es posible concluir que para los antiguos la ley era considerada como la “salvaguardia de la ciudad”; su existencia y cumplimiento marcaban la diferencia entre un gobierno justo —regido por la ley—, y un gobierno despótico —sometido a la voluntad o el capricho—. La ley era la que recogía y consagraba las ideas esenciales que el pueblo tenía sobre lo justo, proporcionaba certeza a los ciudadanos y constituía el más sólido valladar contra la arbitrariedad³⁶.

Qué diferente mentalidad nos muestra la actualidad. Apenas existe nada real u objetivo que reconocer, ni en el mundo ni en la naturaleza humana, y si existiera, nuestra razón sería incapaz de captarlo. Nos cuestionamos poco el lugar del hombre en el “cosmos” —universo ordenado para los griegos—. La preocupación moderna ya no es la *vida buena, virtuosa y feliz* de los antiguos, sino vivir lo me-

³¹ “La ley debe mandar y prohibir. Pero el mandar pertenece a la razón [...] luego la ley pertenece a la razón. [...] la voluntad ha de estar regulada por la razón, acerca de aquellas cosas que se mandan, para que lo que mandado tenga razón de ley”; TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 1.

³² “Llamamos cosas legales justas a aquellas que se dirigen a promover o conservar la felicidad, o los medios para ella, en la comunidad política”; ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 1, 1129b 18-20.

³³ “La ley ante todo y principalmente, mira al bien común. Y el ordenar todo al bien común es propio o de todo el pueblo o de quien toma la representación del pueblo. Y por tanto el hacer la ley es propio o de todo el pueblo o de la persona pública que tiene a su cuidado la dirección de toda la comunidad”; TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 3.

³⁴ “La virtud parece ser, antes que nada, el objeto de los trabajos del verdadero político”, *Ética a Nicómaco*, lib. I, cap. XI. También afirma: “Los legisladores hacen buenos a los hombres cumplidores de la ley”; *Política*, II, cap. VI.

³⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 4.

³⁶ Sobre la ley véase la reflexión que tiene Elio GALLEGO GARCÍA, ob. cit., pp. 98 y ss.

por posible —principalmente en el ámbito económico—. La ley no brota de la naturaleza humana y es reconocida por el hombre prudente, sino que parte de la voluntad del poderoso o de la mayoría, y es *lo que como tal se establece* —como ya predijera el discípulo de Sócrates—. No importa que la ley dañe la honestidad de todo un pueblo si con su aprobación se amplía el número de votos. Y ¿qué decir del carácter pedagógico y educativo de la ley? ¿O de su conformidad con la naturaleza humana? Lo hemos olvidado, lo hemos perdido, lo estamos acallando.

5. LA LEY INJUSTA ES CORRUPATIO LEGIS

Como elegantemente define CELSO en el *Digesto*: “El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”³⁷. No se puede entender el *ius* sin la *iustitia*. Esta es una reflexión que nos ha legado unánimemente nuestra tradición jurídica desde Grecia, pasando por el derecho romano hasta la cristiandad medieval. Siempre se tuvo una conciencia clara de la íntima relación existente entre derecho y justicia.

Hoy, tras los últimos siglos de hegemonía normativista, la sentencia que recogiera CELSO constituye una sabiduría desgraciadamente perdida³⁸. Se desconoce que *iustitia* procede etimológicamente de *ius*, es la unión de *ius* y *stare*, de modo que *iustitia* vendría a significar algo semejante a estar en derecho.

Pero la conexión entre ambos términos no se reduce a la etimología, sino que partiendo de la derivación etimológica podemos acercarnos también a cuál sea la relación de prioridad entre el Derecho y la justicia. En este sentido, la tradición medieval concibió que la justicia era la fuente y el origen del Derecho. Las Partidas lo recogen con una gráfica metáfora al decir: la justicia es “como fuente donde manan todos los derechos”³⁹. Para los medievales habría por tanto una prioridad de la justicia sobre el Derecho. Sin embargo, esta reflexión medieval es corregida y explicada por otro medieval: Santo TOMÁS DE AQUINO. Para este teólogo, gran conocedor del derecho romano y de la ciencia jurídica de su tiempo, el derecho precede a la justicia, de modo que no puede haber justicia sin un derecho previo. La postura tomista no se separa de la tradición sino que precisamente, por coherencia con la tradición romana, asegura el Aquinate que el derecho es el objeto de la justicia. La explicación es la siguiente: si ULPIANO definió la justicia en el *Digesto* como *dar a cada uno lo suyo*⁴⁰, en la definición de justicia la respuesta es clara: ¿qué cosa se da a cada uno?, su Derecho. Luego, el derecho es el objeto de la justicia. Es decir, que si la justicia se ha definido clásicamente como *dar a cada uno lo suyo o su derecho*, resulta imprescindible que primero exista un derecho para que, en justicia, pueda ser posteriormente dado⁴¹.

³⁷ *Digesto*, 1, 1.

³⁸ Elio GALLEGO GARCÍA, ob. cit., p. 34.

³⁹ Cfr. ALFONSO X el Sabio, *Las siete partidas*, 3, 1, 1.

⁴⁰ “Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho”; *Digesto*, 1, 1

⁴¹ “Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir con la nota de rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente. Pero en las otras virtudes no se define como algo recto a no ser considerado como se hace por el agente. Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de

Si la justicia es la virtud que disciplina las relaciones entre los hombres, toda relación humana, en la medida en que es ordenada por la razón, cae bajo el imperio de la justicia. En este orden de cosas, todo trato entre los hombres viene atravesado por dos notas: unidad e igualdad⁴². El Derecho se configura así en el objeto de la justicia, en cuanto que por ella se conserva la igualdad entre sujetos, y esto no en el sentido de que se unifiquen más los sujetos, sino en cuanto que a cada uno se le da lo suyo para que entre ellos no haya desigualdad en el trato.

La justicia es el acto por el que se le da al otro su derecho (*ius suum cuique tribuere*). Por este acto de restitución se pone al otro en posesión de lo suyo, para que la relación que deben guardar entre sí los iguales no se quiebre. El objeto sobre el que recae el acto es lo que asegura la igualdad de trato entre las partes, de tal modo que doy tanto como recibo a cambio⁴³. Esto que conserva la igualdad es el Derecho. Cuando hablamos de justicia hablamos del acto de un hombre hacia otro hombre: es propio del hombre justo obrar con justicia, dando al otro lo suyo. El objeto propio de la justicia es aquello que es del otro. La justicia mira siempre al otro, *iustitia est ad alterum*, y el Derecho, que es su objeto, también.

Aclarado el aspecto de que la conexión entre *ius* y *iustitia* no es sólo etimológica, sino también de contenido, no podemos dejar de referirnos al problema que suscita la ley injusta, entendida como la regla de derecho, la que recoge el modo de que las conductas se adecuen a lo justo. Una ley es injusta si causa la lesión de un derecho, es decir, cuando establece lo injusto: legal, conmutativo o distributivo. Una norma no es injusta porque contradiga estimaciones subjetivas, ideas o ideales políticos o sociales, etc., sino porque contradiga el derecho de una o más personas, o porque sea disconforme con una norma superior. Es importante, pues, poner de relieve que la norma injusta no es una realidad incierta o emotiva⁴⁴. La ley injusta es aquella que contiene reglas contra Derecho, es decir, que establece lo injusto o la lesión de un derecho, procediendo pues de la injusticia, y siendo su objeto lo injusto. La ley no sólo debe mirar el aquí y ahora, necesita tener un horizonte más amplio, buscar el fin último del hombre. Una ley es buena para la sociedad si es factor de crecimiento de lo humano, cuando es educativa. La ley es realmente justa cuando se “a-justa” a la verdad del hombre y de su naturaleza. Respaldao este aspecto, nuestra tradición, sabia una vez más, se levanta unánime⁴⁵. Resulta obvio, por tanto, que la norma injusta no es Derecho; pretender que sea verdadera norma (Derecho injusto: *ius in-iustum*) constituye una *contraditio in terminis*. Sólo entendiendo el ordenamiento jurídico como un sistema de

las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia”; TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 1.

⁴² Cfr. Julián VARA MARTÍN, ob. cit., p. 57.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Cfr. Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1995, pp. 369-370.

⁴⁵ Recogemos un fragmento de la séptima partida de Alfonso X el sabio: “Ley tanto quiere decir leyenda en que yace enseñamiento, e castigo, escripto que liga e apremia la vida del hombre que faga mal, e muestra, e enseña el bien que debe fazer, e usar; e otro sí es dicha ley, porque todos los mandamientos della deven ser leales e derechos, e cumplidos según Dios, e según justicia”. Otro ejemplo de la tradición medieval es TOMAS DE AQUINO, quien ya dijera en la *Suma Teológica* que la ley es: “un arte de encauzar y ordenar la vida humana”; I-II, q. 104, a. 4.

imposición de una voluntad arbitraria, se puede llegar a afirmar que el Derecho injusto es Derecho⁴⁶.

La posición de los clásicos a este respecto es meridianamente clara: la ley injusta no es verdadera ley sino *corruptio legis*. Una ley sólo es verdadera cuando es justa, y en ello —como hemos expuesto anteriormente— son exigentes, pero incluso de su injusticia no deducen necesariamente la legitimidad de su desobediencia pues no es en ellos una conciencia subjetiva sin más el criterio de juicio para valorar la obediencia o no de una ley, sino una ley más alta, la ley divina⁴⁷, cuya expresión en el hombre resulta ser la ley natural.

6. LA RELACIÓN ENTRE LA LEY NATURAL Y LA LEY POSITIVA

Tal y como venimos argumentando, la ley para ser justa debe constituirse en un factor que contribuya al crecimiento del hombre, la pregunta que inevitablemente surge es ¿qué es el hombre? ¿Cómo encontrar su verdadero bien? Si tales preguntas carecieran de interés o de posible respuesta, nada se podría decir acerca de si la ley contribuye de algún modo al bien humano. Para los clásicos tales preguntas encontraban una sólida respuesta en la ley natural.

Si miramos con atención y sin prejuicios a la experiencia humana elemental, no resulta difícil reconocer que todo hombre busca su felicidad personal —que obviamente pasa por ser una felicidad compartida y común—, que precisamente por ello cabe un diálogo real entre los hombres, y que tal es también la razón de que leamos a los autores antiguos reconociendo una contemporaneidad en sus planteamientos y reflexiones, en virtud de la cual son considerados precisamente “clásicos”⁴⁸. Pues bien, para la mentalidad clásica el hombre no se hallaba fuera de la naturaleza, sino que formaba parte de ella. Ciertamente, el hombre comparte con los animales sus inclinaciones naturales más básicas y fundamentales —autoconservación y perpetuación de la especie—, pero el hombre es poseedor de algo más, no se reduce a ellas, es animal racional, posee la razón, y es la razón la que le posibilita tomar conciencia del *cosmos*, entendido como universo ordenado en el que vive. Esta participación del hombre como criatura racional de esa ley

⁴⁶ Javier HERVADA, ob. cit., p. 370.

⁴⁷ Es paradigmático a este respecto el conocido caso de SÓCRATES, quien muere por obediencia a las leyes de la polis, o el de la *Antígona* de SÓFOCLES que recoge de este modo su acatamiento al edicto del tirano Creonte por haber dado sepultura a su hermano Polinice, contraviniendo con ello los mandatos del tirano de no dar sepultura al que se rebelara contra él.

“Creonte: eh, tú, la que inclina la cabeza hacia el suelo. ¿confirmas o niegas haberlo hecho?”

Antígona: lo sabía, ¿cómo no iba a saberlo? Era manifiesto.

Creonte: ¿y, a pesar de ello te atreviste a transgredir esos decretos?”

Antígona: no fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno”; cfr. Sófocles, *Tragedias. Antígona*, Madrid, Gredos, 1992, pp. 265-266.

⁴⁸ Cfr. Elio GALLEGU GARCÍA, ob. cit., p. 108.

eterna⁴⁹ es la ley natural⁵⁰. La ley natural es pues un acto de entendimiento que el hombre realiza conforme a su naturaleza. En este orden de cosas, el hecho de que el hombre posea la razón hace que no viva sometido a sus inclinaciones, sino que aspire a algo más que a sobrevivir y perpetuarse, el hombre aspira naturalmente a vivir bien, a buscar una respuesta a la verdad de las cosas que proporcione un sentido del bien y del mal. Por esta razón, en todas las culturas y los pueblos ha surgido siempre una conciencia religiosa que busca una verdad última y radical que dé sentido a la vida humana. De ahí que Santo TOMÁS DE AGUINO, en su explicación de la ley natural, describa como una tendencia específicamente humana el *vivir en sociedad y buscar la verdad sobre Dios*.

El modo privilegiado que los hombres tenemos para conservar la vida, transmitirla a los hijos y dar respuesta a las últimas inquietudes humanas es la pertenencia a una comunidad política, a un mundo compartido de hombres⁵¹. En esa vida en común que compartimos con los demás miembros de la comunidad le resulta natural al hombre juzgar todas las cosas que suceden en términos de bueno o malo, justo o injusto, valorando en este juicio si constituyen un fin deseable por alcanzar o no. La ley natural es nuestra conciencia en acto. Esta autoconciencia es connatural al hombre porque responde a un dinamismo íntimo y estable de nuestra naturaleza. Que todo hombre busque el bien para sí es algo indudable pero ¿qué es lo bueno? Para responder a esta pregunta entra en acción la ley natural como criterio de discernimiento sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto en sus líneas más básicas y fundamentales⁵². De ahí que el primer precepto de la ley natural sea: *debe hacerse el bien y evitarse el mal*. Así pues, la ley natural es la medida de las cosas más evidentes a la razón humana, es decir, de las cosas que más claramente se adecuan a nuestras inclinaciones naturales o, por el contrario, de las que las contradicen abiertamente. Así, partiendo de la inclinación a la vida y a su permanencia en ella, la razón humana reconoce como deseable todo aquello que contribuya a su conservación, y en sentido contrario como rechazable lo que tienda a destruirla. En este mismo sentido, la traducción a términos humanos y jurídicos del principio de conservación de la especie es el matrimonio, la familia y las relaciones paterno-filiales y maritales.

A través del conocimiento de las inclinaciones naturales del hombre descritas y explicadas por Santo TOMÁS DE AGUINO (autoconservación, perpetuación de la especie, vivir en sociedad y conocer la verdad) se comprende que la ley natural es el fundamento de toda ley positiva. A pesar de que las leyes humanas por su condición de leyes políticas no aspiran a reproducir la totalidad de lo que supone la ley natural, no resulta difícil descubrir la presencia de la ley natural en la legislación positiva en aspectos tales como: el cuidado y la alimentación de los padres hacia los hijos, el castigo de los delitos, los derechos de sucesión, etc. Y aunque toda ley positiva derive de algún modo de la ley natural, puesto que es ella misma la que

⁴⁹ "Razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos de la criatura"; TOMÁS DE AGUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 93, a. 1.

⁵⁰ *Ibid.*, I-II, q. 91, a. 2.

⁵¹ Elio GALLEGÓ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 111.

⁵² *Ibid.*, pp. 112-113.

nos inclina a vivir en sociedad, y en este sentido a gobernarnos por leyes, existen innumerables disposiciones legales que nada tienen que ver con estas cuestiones (conducir por la derecha, un determinado tipo impositivo, plazos legales, etc.) pues son meras disposiciones legales de naturaleza técnica o política que no se deducen de ningún principio natural.

Los modos de derivación de la ley positiva respecto de la ley natural son dos: por *conclusión* y por *determinación*. Hay derivación por *vía conclusiva* cuando de la ley natural se concluye necesariamente una determinada norma (castigo de los delitos contra la vida). Surge en cambio la derivación por *vía determinativa* cuando a partir de la ley natural la regulación sobre un determinado aspecto jurídico puede ser determinada, de un modo u otro, por el legislador (duración de la pena que corresponde a un homicida). La doble vía por la cual toda ley positiva deriva de la ley natural determina un doble modo de dependencia de la ley positiva respecto de la ley natural. Las leyes obtenidas mediante *conclusión* se encuentran no sólo positivizadas sino también reforzadas por la ley natural, en ellas cabe hablar de verdadera positivación. En cambio, las leyes obtenidas por vía de *determinación* no tienen más fuerza que la que les concede la ley humana, ellas constituyen las leyes positivas *strictu sensu*. Puede darse también el caso de que en una misma ley positiva se den aspectos conclusivos (castigo del homicidio) y aspectos determinativos (duración de la pena). El paso de la ley natural a la positiva no es una mera derivación mecánica, sino que el valor fecundante de los primeros principios de la ley natural ilumina la experiencia humana posibilitando a la razón encontrar leyes adecuadas para el buen vivir en sociedad⁵³.

En el pensamiento de Santo TOMÁS no hay dualismo, la ley natural se concreta y determina en la ley positiva, es decir, la ley escrita “contiene el derecho natural” pero con el importante matiz de que “no lo establece”⁵⁴. La ley humana, aunque encuentra su fundamento en la ley natural, no se identifica con ella, es mucho más limitada. La ley natural, partiendo de su primer principio, “hacer el bien y evitar el mal”, prescribe todo lo bueno y prohíbe todo lo malo, la ley positiva sólo ordena algunas cosas buenas y castiga ciertos comportamientos malos. Ahora bien, si la ley humana positiva no puede reproducir íntegramente la ley natural, sí tiene un límite: no cabe que mande lo malo y proscriba lo bueno⁵⁵. Este es el límite definitivo que la ley natural establece a la ley escrita, y por tanto al legislador, como creador y redactor de la ley positiva, pues la ley natural a quien limita fundamentalmente no es tanto a la ley positiva como al legislador. Hay, sin embargo, un único tipo de ley que no deriva de la ley natural: la ley injusta. Para la mentalidad clásica, tal ley no sería considerada propiamente como verdadera ley, sino como *corruptio legis*⁵⁶.

⁵³ TOMÁS DE AGUIÑO, *Suma Teológica*, I-II, q. 100, a. 1.

⁵⁴ “La ley escrita no da su fuerza a la ley natural, ni tampoco le puede por tanto quitar o disminuir su fuerza, porque ni siquiera la voluntad del hombre es capaz de cambiar la naturaleza”; TOMÁS DE AGUIÑO, *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 5.

⁵⁵ Ante la lógica pregunta de ¿qué es lo bueno para el hombre? Tal y como ya se ha tratado anteriormente, los clásicos ponían su mirada en las inclinaciones naturales del hombre como verdadero criterio de determinación de lo que corresponde al hombre por naturaleza o no.

⁵⁶ “La ley tiránica, no siendo conforme a la razón, simplemente no es ley, sino más bien una perversión de la ley”; TOMÁS DE AGUIÑO, *Suma Teológica*, I-II, c.92, a.1.

7. GIRO VOLUNTARISTA EN LA CONCEPCIÓN DE LA LEY

De la exposición anterior cabe preguntarse si nos reconocemos en ella o si, por el contrario, ya resulta ajena y distante a nuestra mentalidad. Las razones de esta distancia se encuentran en la modernidad. La modernidad rompe con la tradición anterior, inaugura nuevos presupuestos, y es una época caracterizada por la exaltación de la voluntad y el desprecio de la razón⁵⁷. En el ámbito jurídico tal escisión, y la consiguiente primacía de la voluntad, llevan a concebir la ley como expresión de la voluntad del legislador⁵⁸, y a lo jurídico como un orden instrumental al servicio de una determinada concepción política. Concebidas así las cosas, el orden jurídico queda como algo neutral y, por tanto, no susceptible de valoración axiológica⁵⁹. Derivada de tal concepción, la labor del jurista se dirigirá de manera exclusiva a conocer la legislación para posteriormente aplicarla a la realidad.

El padre, paradigma y excelente expositor de la dogmática moderna es el jurista H. KELSEN (1881-1973). Conforme al pensamiento kelseniano, y con él de gran parte del pensamiento jurídico moderno, la realidad —lo que las cosas son— no tiene significación ninguna, es la voluntad del hombre —del legislador en concreto— la que le da a un hecho una significación jurídica, al enlazar el hecho con una consecuencia jurídica. Lo que hace que un acto sea jurídico es el hecho de que haya una norma que lo regule, sin normas jurídicas no existiría el derecho, sólo habría naturaleza sin significado⁶⁰. Y la norma es, para la mentalidad moderna, un producto de la voluntad⁶¹. En este orden de ideas, hoy la ley ha perdido el carácter auxiliar que antes tuviera convirtiéndose en el único objeto de atención del jurista, de tal modo que ya no será la realidad la que marque lo que es justo, sino al revés, lo justo quedará establecido por la ley⁶². Además, la validez de las leyes depende solo de que hayan sido creadas cumpliendo exquisitamente unos determinados requisitos puramente formales⁶³, excluyéndose por tanto el juicio sobre la justicia o injusticia de una ley⁶⁴. Como consecuencia de estos planteamientos, lo que el legislador no contempla como jurídico, no es jurídico. La ley ya no es, como nos dijera Platón, “un hallazgo de lo real”, sino un acto de imposición de la voluntad del legislador. En una concepción así, la obediencia a la ley descansará siempre en un acto de voluntad del que manda sobre el que obedece, y jamás en razón del bien o de lo que la realidad de las cosas son. Esta concepción volunta-

⁵⁷ “El desprecio de la razón caracterizó, junto con la exaltación de la voluntad, el ocaso de la filosofía medieval y el tránsito al mundo moderno, y ese desprecio tenía mucho que ver con el rumbo y los temas que ocuparon a los filósofos escolásticos de la Universidad de París desde el siglo XIV”; Etienne GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, Madrid, Rialp, 1973, pp. 77-110.

⁵⁸ Ejemplo moderno de ello lo encontramos en Hans KELSEN cuando afirma en cuanto a la ley: “Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad”; Hans KELSEN, *Teoría Pura del derecho*, ob. cit., pp. 136-137.

⁵⁹ Su contenido depende, al revés de como sucedía para los clásicos, no precisamente de la razón sino de la pura voluntad: “El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica”; *Ibid.*, p. 74.

⁶⁰ Julián VARA MARTÍN, ob. cit., p. 155.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Ibid.*, pp. 154-155.

⁶³ Si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico; Hans KELSEN, ob. cit., pp. 136-137.

⁶⁴ “La justicia no puede convertirse en objeto del conocimiento racional”; c7fr. *ibid.*, pp. 136-137.

rista de la ley viene también unida a la concepción de Derecho que surge con la génesis del concepto de Derecho subjetivo. De ambas posiciones deriva gran parte de la concepción moderna de lo jurídico, de lo político y en definitiva de lo moral, pues toda concepción jurídico-política lleva implícita una concepción antropológica previa. Por el contrario, la concepción de ley que venimos explicando acude a la razón para fundamentar el obrar del hombre, reconoce un orden en la realidad y confía en que el hombre prudente es capaz de reconocerlo y obrar conforme a su más íntima y verdadera naturaleza.

Cabe extraer ciertas conclusiones en cuanto a las dos posiciones expuestas. Para la primera de ellas, que hemos venido llamando clásica o realista por su confianza en la realidad, el hombre tiene una exigencia de vivir de un modo verdadero, exigencia que se hace posible en el reconocimiento que la razón hace de la verdad, y en una adhesión libre a la verdad reconocida. Tal concepción se ha quebrado en la época moderna, hoy el hombre ha dejado de mirar a la realidad para conocer la verdad, y ha pasado a mirarse a sí mismo como aquel que es capaz de establecer la verdad, y no de reconocerla, como hacían los clásicos. Así, frente a una actitud de prudente humildad del hombre antiguo, nos encontramos con la autosuficiencia y voluntad de dominio del hombre moderno. Frente a la confianza del hombre antiguo en que la verdad le hacía libre, el hombre moderno cree que la libertad le hará verdadero⁶⁵.

8. SÓLO RECUPERANDO LA PREGUNTA ES POSIBLE RECUPERAR LA TRADICIÓN

Si no existe una pregunta por el verdadero bien humano y por la contribución que la ley pueda hacer a ello, sería inútil realizar cualquier tipo de propuesta. Es necesario, pues, que el punto de partida para el cambio de mentalidad sea el reconocimiento de que hay un verdadero bien para el hombre cognoscible a partir de la razón. En este sentido, la ley positiva, si es justa, y por tanto deriva de la ley natural y sus inclinaciones básicas, puede contribuir al crecimiento de lo humano, buscando el fin último de las cosas.

La propuesta que humildemente me atrevo a sugerir a los juristas es en primer lugar la de conocer al menos algunas de las innumerables aproximaciones que nuestros clásicos han aportado al ámbito jurídico. De este modo desenterrarían su belleza, su profundidad y, lo que es más, la verdad que sus textos encierran. En este orden de cosas, si la reflexión que sigue a la lectura de los textos clásicos es la de que su propuesta es real y beneficiosa para el hombre, ¿por qué no puede ser dicha propuesta encarnada gracias a las diversas dedicaciones que el oficio de jurista presenta?

Si se comienza reconociendo que el nexo existente entre *ius* y *iustitia* no es sólo etimológico, sino que resulta imprescindible si queremos ser fieles a la realidad

⁶⁵ Julián VARA MARTÍN, ob. cit., p. 157.

de lo que las palabras expresan, se daría un paso gigante en la recuperación de la prudencia del jurista o legislador. Resulta esencial en este punto recordar la distinción entre Derecho y norma, entendiendo el Derecho como *lo justo* y la norma como *la regla y medida de lo justo*. Conectando los dos aspectos antes señalados —conexión *ius-justitia* y distinción entre Derecho y norma— no cabría pensar en un *ius in-justum* pues implicaría una contradicción en aquello mismo que las propias palabras expresan. Si compartimos el principio tomista de que es necesario que la ley se dirija a la felicidad, entendida esta al modo aristotélico como “la realización de lo bueno y lo mejor que hay en el hombre”, es posible también la recuperación del carácter pedagógico y educativo que inevitablemente la ley conlleva. Por ello, si ciertamente existe un bien para el hombre que nuestra razón es capaz de conocer, la ley como *ordenación de la razón*, como *juicio del hombre prudente*, puede de un modo realmente eficaz contribuir al crecimiento de lo humano. En esta tarea de recuperación del excelso valor que tiene la ley están implicados juristas, legisladores y políticos.

Cualquier legislación que juzguemos presupone una concepción antropológica previa. El concepto de persona manejado por la mentalidad clásica era un concepto sagrado, excelso y extraordinariamente valioso⁶⁶. La reflexión sobre el limitado concepto de persona que maneja la modernidad, y la recuperación de un concepto verdadero de la misma resultan esenciales en nuestros días, pues dependiendo del concepto de persona así será la sociedad, la regulación jurídica y la política. Cabe pues proponer al jurista, sea cual sea su especialidad y dedicación propia, reflexionar sobre el concepto de persona al que contribuye en el desempeño de su tarea, ya sea juzgando, defendiendo, asesorando o legislando. En este sentido resulta urgente la recuperación de la estima y consideración que tuvo el oficio de jurista. Qué distinta idea y valoración de la profesión de jurista se nos muestra hoy de aquella que concibiera el pueblo romano, quien para referirse a los juristas decía:

“rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados cuando no hay error, a una verdadera y no simulada filosofía”⁶⁷.

Cabe afirmar, después de todas las consideraciones anteriormente expuestas, que la verdadera condición de jurista viene definida por la posesión de una prudencia cualificada, pues sólo el hombre prudente es jurista en el más pleno sentido de la palabra⁶⁸. Como inicio inteligente para cultivar y perfeccionar la prudencia, nuestra propuesta es recuperar la pregunta por el hombre, recuperando con ello también a la tradición clásica realista, pues es donde esta pregunta ha encontrado su respuesta tratada del modo más verdadero.

⁶⁶ Baste sin embargo como contra ejemplo moderno el concepto de persona implícito en la asignatura de “Educación para la ciudadanía”, en la cual, entre otras muchas cosas, subyace un relativismo absoluto y aspectos de la llamada “ideología de género”.

⁶⁷ Digesto, I, I.

⁶⁸ Elio, GALLEGO GARCÍA, ob. cit., p. 134.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Austral, 1997.
- CICERÓN, *De legibus*, Madrid, IEP, 1970.
- GALLEGO GARCÍA, Elio, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GILSON, Etienne, *La unidad de la experiencia filosófica*, Madrid, Rialp, 1973.
- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa.
- HOMERO, *Iliada*, Madrid, Gredos, 2000,
- ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, Madrid, BAC, 2004.
- JAEGER, Werner, *La alabanza de la ley*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- JAEGER, Werner, *Paideia, The ideals of Greek Culture*, New York, Oxford University Press, 1939-44.
- KANT, Emmanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- PLATÓN, *Obras completas*, Madrid, Aguilar.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1997.
- VARA MARTÍN, Julián, *Libres, buenos y justos. Como miembros de un mismo cuerpo*, Madrid, Tecnos, 2007.