

¿QUÉ VALE MÁS PARA EL DERECHO, LA AMISTAD O LA ENEMISTAD?¹

LUIS BUENO OCHOA²

«Todo para los amigos,
al enemigo ni agua,
al indiferente la legislación vigente»³

Se plantea un interrogante que contiene, implícitas, dos respuestas en clave alternativa. De ser una la respuesta, lo que más vale, lo que más cuenta, lo que resulta, en suma, relevante, sería la interacción Derecho-amistad. Mas de ser otra la respuesta, tendríamos que lo que más vale, lo que más cuenta, lo que resulta, en suma, relevante, sería la interacción Derecho-enemistad. Es de suponer, veremos si se confirma o no esta apreciación, que una de las dos alternativas constituirá la respuesta ofrecida al interrogante.

No es momento, sin embargo, de anticipar la respuesta. Con todo, más allá de la alternativa planteada no pasaremos por alto, oportunamente, la cita transcrita en el frontispicio que precede a la actual exposición; ya veremos cuándo y con qué finalidad.

Con objeto de precisar cómo se va a organizar la búsqueda de la respuesta, es de hacer notar que dicha búsqueda conllevará cubrir un itinerario en el que se harán tres paradas.

Primeramente, nos ocuparemos de indicar qué es eso de la amistad o, más en particular, a qué clase de amistad nos vamos a referir.

A continuación se hará alusión al Derecho, en general, y, en concreto, a las diferentes formas de manifestarse tanto la asociación Derecho y amistad como la relativa al Derecho y la enemistad.

Finalmente, se dará contestación al interrogante por más que la respuesta ofrecida no constituya una respuesta propiamente dicha si nos atenemos a las dos alternativas del título.

¹ Comunicación presentada en las XXI Jornadas Internacionales de Filosofía *Pensar la Amistad* organizadas por el Departamento de Filosofía y Humanidades de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid celebradas los días 29 y 30 de noviembre de 2016.

² Profesor del Área de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho-ICADE. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. E-mail: lbueno@icade.comillas.edu.

³ Hay diferentes versiones de dichos populares como el transcrito. También han sido localizadas unas declaraciones similares de Juan Domingo Perón: «Al amigo, todo; al enemigo, ni justicia».

El ofrecimiento final, constatémoslo, se comparte, aunque suene a oxímoron, con miras a que, *amigablemente*, la acción de «pensar en voz alta» ayude a «pensar mejor».

1. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE AMISTAD?

Lo primero es, en efecto, decir qué amistad es la que se va a relacionar con el mundo del Derecho, ya sea como amistad, propiamente dicha, ya sea como versión antagonica que hemos llamada enemistad.

Remitirse al Estagirita para hablar de la amistad es más que un lugar común. Es, posiblemente, una de las mejores maneras, pienso, de introducir qué es y cuál pueda ser la clase de amistad tenida en cuenta.

En la *Ética* a Nicómaco se dedican los Libros VIII y IX a la amistad, a la que se concede un amplio espacio entre los temas éticos fundamentales. Se recoge la convicción aristotélica de que la amistad es algo especialmente valioso para una vida feliz, puesto que la amistad es lo más necesario para la vida (añadamos, nuevamente, que se refiere todo el tiempo a una vida feliz) A título indicativo bastaría citar algunas afirmaciones para ver corroborada la convicción traída a colación: «sin amigos nadie querría vivir, aunque tuviera todos los otros bienes»⁴ puesto que la amistad «es no sólo necesaria sino también hermosa»⁵, ya que «la amistad es una virtud o algo acompañado de virtud»⁶.

El término amistad es, ciertamente, equívoco dado que, tratándose de una cuestión no exenta de complejidad, pueden apreciarse pluralidad de opiniones. La posición de Aristóteles, subrayémoslo, constituirá nuestra guía, sin perjuicio de reconocer, empero, que aquella no ha sido inmune a la crítica; habiendo sido sistematizadas entre nosotros, en este sentido, tres clases de reservas u objeciones anudadas en pares dialécticos como *naturalismo vs. personalismo*, *universalidad vs. singularidad* y *egoísmo vs. altruismo*⁷.

⁴ Aristóteles: *Ética Nicomaquea*, introducción por Emilio Lledó Íñigo, traducción y notas por Julio Pallí Bonet (revisión de Quintín Racionero Carmona), Madrid, Gredos (Biblioteca Clásica Gredos, 89), 1985, Libro VIII-1, 1155a4-5.

⁵ *Ibidem*, 1155a30-31.

⁶ *Ibid.*, 1155a2-3.

⁷ Cfr. Calvo Martínez, Tomás: «La concepción aristotélica de la amistad», en *Bitarte*, núm. 30 (agosto 2003), págs. 29-40.

La amistad se define, siguiendo la exposición que hace el precitado autor del texto aristotélico de referencia, *por querer*; ahora bien, ha de tratarse de un querer mutuo, *recíproco* y, además, que sea *conocido y reconocido* por ambos, por quienes se tienen por amigos.

La definición que antecede nos lleva a la clásica distinción de tres clases de amistad según esté basada en la *utilidad*, el *placer* o el *bien* (léase, en fin, la amistad basada en la virtud y/o excelencia de la persona a la cual se quiere).

De las tres modalidades, dos de ellas, las dos primeras, consideran al amigo como un *medio*; mientras que en la tercera, la basada en el bien, la virtud y la excelencia, se quiere al amigo como un *fin* (es decir, se quiere al amigo *por sí mismo*).

Aristóteles, de forma razonada y elevada, consideraba que la amistad basada en la utilidad y el placer no eran sino *formas deficientes de amistad*; considerando, asimismo, que sólo la tercera tipología era merecedora de la consideración de *amistad perfecta*. Convengamos, pues, en orden a acotar la clase de amistad de la que nos vamos a ocupar, que sólo consideraremos amistad verdadera, amistad auténtica, aquella basada en el bien, la virtud y/o la excelencia en la que el amigo es querido *por sí mismo*.

2. DEL DERECHO A LA AMISTAD Y DE LA ENEMISTAD AL DERECHO

Despejado el concepto de amistad que va a concentrar nuestra atención procede ahora plantearse cómo pensar jurídicamente la amistad. Esta pretensión pasa por señalar, en primer lugar, a qué acepción de la expresión Derecho vamos a hacer alusión; y, en segundo término, a tratar de explicar por qué hemos pasado, en último término, tal como refiere el título de este segundo epígrafe, de la amistad a la enemistad.

La acepción del término Derecho aludida es aquella que podríamos identificar con el denominado Derecho Objetivo⁸. Hablaremos, pues, del Dere-

⁸ Castán definía el Derecho Objetivo como «conjunto de reglas jurídicas tomadas en sí mismas que rigen la vida del hombre para evitar el absoluto predominio de la fuerza». En Roma era concebido como la *norma agendi*, en oposición a la *facultas agendi* que, identificada con el derecho subjetivo, se refería a la prerrogativa que el Derecho Objetivo reconoce a una persona determinada que le permite imponer —o exigir— a los demás una conducta determinada.

cho en mayúsculas, del Derecho como sinónimo de ordenamiento —o sistema— jurídico.

Pensar jurídicamente la amistad sirve en bandeja la posibilidad de pensar, en forma dialéctica, la enemistad. Una forma de completar, si no de complementar, o mejor todavía, integrar, consiste en transmutar la vía analógica que es tan afín a la cosmovisión jurídica.

Las observaciones que anteceden nos permiten ya descender, a través de ejemplos, de cariz indicativo, a cuál pueda ser ese diálogo que el orbe jurídico está en disposición de mantener con la amistad y la enemistad.

Nos disponemos, por tanto, a echar un vistazo, un expresivo vistazo, remarquémoslo, a diversas formas de manifestarse un diálogo, a varias voces, en uno y otro sentido. Las varias voces de ese diálogo a dos bandas nos llevarán a proponer dos denominaciones, un tanto chocantes, para percibir que sí será posible dar respuesta al interrogante que ha motorizado, que está motorizando, esta disertación.

En primer lugar, nos referiremos al par Derecho-amistad y, más en concreto, a dos ejemplos en que poder ver manifestada esta primera asociación que tiene que ver con el denominado *negocio fiduciario*; a saber:

En nuestro ordenamiento jurídico todas las referencias al negocio fiduciario son siempre doctrinales o jurisprudenciales. Ha sido definido como «la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de transmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista». En suma, en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas. Tradicionalmente se han distinguido dos clases de negocio fiduciario en las que, brevemente, nos detendremos: *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*; en el bien entendido que la denominada *fiducia testamentaria*, esto es, la atribución de bienes por el testador con instrucciones reservadas al heredero o legatario para su aplicación e inversión, carece de efectos en nuestro ordenamiento jurídico a tenor de lo preceptuado en el artículo 785.4 del Código Civil.

Fiducia cum amico. La jurisprudencia viene manteniendo su licitud, por ejemplo, en sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, de suerte que «el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante

o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza»⁹.

Fiducia cum creditore. La jurisprudencia también señala que en este caso el fiduciante transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho al fiduciario para garantizarle el pago de una deuda, obligándose el fiduciario a restituir el bien o derecho a su antiguo propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido, sin que, por tanto, pueda calificarse de contrato ficticio, aparente, simulado o disimulado, sino existente y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes pero de finalidad unitaria. Conforme al artículo 1274 del Código Civil la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1963, 19 de mayo de 1982 y 6 de julio de 1992)¹⁰.

En segundo lugar, sobre el par Derecho-enemistad, serán dos ejemplos, igualmente, en los que podremos ver cómo se manifiesta esta segunda asociación; a saber:

Por una parte, la *enemistad manifiesta*, y, lo mismo, la *amistad íntima*, se erigen en causas para que opere la abstención o recusación de jueces, fiscales, secretarios judiciales (ahora Letrados de la Administración de Justicia) y personal funcionario de la Administración de Justicia. Las previsiones de carácter procesal, cuya naturaleza es de orden público y, por ende, provistas

⁹ Ya la sentencia de 30 de abril de 1992 destacaba la proximidad de esta figura al mandato, en un supuesto en que se utilizaba una sociedad, caracterizada como pequeña empresa, para conseguir un préstamo que iba a beneficiar a determinados socios. La sentencia de 8 de febrero de 1996, recogiendo doctrina que ya se contenía en las de 3 de marzo de 1932, 14 de octubre de 1959, 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978, consideraba la validez del contrato no obstante haberse expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida, doctrina que sigue vigente en sentencias como las de 19 de diciembre de 1999, 1 de abril de 2000, 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, entre otras.

¹⁰ Superando la doctrina tradicional que sostenía la teoría del doble efecto (*inter partes* y frente a terceros), se mantiene modernamente que el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución del préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad del negocio concertado, sin perjuicio del derecho de retención que se le reconoce (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1988, 30 de enero de 1991, 6 de julio de 1992, 5 de julio de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996, 4 de julio de 1998 y 16 de noviembre de 1999).

de eficacia *erga omnes*, son las que prestan acogida a sendas instituciones; pudiendo ser citados, a estos efectos, los artículos 99 a 106 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 219 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás disposiciones concordantes.

Y, por otra, podría citarse una segunda manifestación del par Derecho-enemistad refiriéndonos a una corriente doctrinal, con predicamento en el ámbito del Derecho Penal, cual es la conocida como el *Derecho penal del enemigo*¹¹. La dialéctica amigo-enemigo, con claras resonancias schmittianas¹², emparenta el mundo del Derecho con el del poder —de la Política— y propicia distinguir, en dos bloques, sendos grupos de asociaciones relacionadas¹³.

Llegados a este punto cabría sostener que la asociación Derecho-amistad quedaría residenciada, por la impronta de las relaciones *intuitu personae*, en el seno del conocido como *ius privatum*¹⁴; en tanto en cuanto la asociación Derecho-enemistad haría lo propio en el seno del denominado *ius publicum*¹⁵.

¹¹ Vid. Jacobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003. El término fue acuñado por Günther Jakobs en 1985 para referirse a las normas que en el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) sancionaban conductas sin que se hubiere afectado el bien jurídico. La nota de peligrosidad, tan subjetivista, constituye, valdría decir, el fundamento del castigo. Se constata, a este respecto, la aparición de sectores de regulación (dirigidos a combatir la criminalidad organizada y, especialmente, el terrorismo) en los que se impone esta concepción del derecho penal en la que ya no rigen los principios de garantía y las reglas de imputación consideradas como irrenunciables en el contexto del Estado de Derecho.

¹² Son, ciertamente, claras —y politizadas— las mencionadas resonancias: «Tanto el pensamiento político como el instinto político se avalan teórica y prácticamente en la facultad de distinguir entre amigo y enemigo. Los puntos álgidos de la gran política son al mismo tiempo los momentos en los que el enemigo es contemplado como tal en mayor y más completa claridad». Schmitt, Carl: *El concepto de lo político*, texto de 1932 con prólogo y tres corolarios, versión de Rafael Agapito, Madrid, Alianza, 1991, págs. 95-96. Para una aproximación al «solitario de Plettenberg», vid. Negro Pavón, Dalmacio (Coord.): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996.

¹³ Haremos alusión, sobre el particular, aunque sea a fuerza de incurrir en un reduccionismo, a la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum*. Si bien dicha distinción ya se recogía en los textos romanos, la misma tenía carácter secundario y respondía, más bien, a un simple criterio de clasificación sistemática. No será hasta los siglos XVIII y XIX cuando tal distinción obtenga relevancia por ser inherente a la misma su contenido político.

¹⁴ Según las teorías pluralistas, el Derecho Privado es el que está regulado por normas dispositivas; que son las que rigen cuando las partes no hayan establecido otra cosa.

¹⁵ Según el mismo enfoque pluralista, el Derecho Público es el que está regulado por normas imperativas; cuya aplicación no es disponible por la voluntad de las partes.

En un caso podríamos hablar de un *Derecho amistoso*; y, en el otro, de un *Derecho enemistado*. El Derecho, puesto en relación con la imagen de la justicia, tendría que ver, en el primer caso, con la balanza y, en el segundo, con la espada.

3. UNA RESPUESTA VIGENTE PARA —Y POR— INDIFERENTES

Nos quedábamos con la imagen de la justicia ahora que llega el momento de dar respuesta a la pregunta del título y decantarse por una de las dos alternativas; en síntesis, de acuerdo con las expresiones que antes hemos llamado chocantes, tendríamos que decidir si prevalece, porque vale más, porque más cuenta y/o porque resulta más relevante, el *Derecho amistoso* o, por el contrario, el denominado *Derecho enemistado*.

Escoger una u otra alternativa, por lo expuesto, supondría identificarse con una concepción jurídica en la que predominara el *ius privatum* o el *ius publicum*. La imagen de la balanza es la que sintoniza con el principio de la autonomía de la voluntad negocial y, en suma, con una concepción liberal del Derecho; atenerse, en cambio, a la espada sería tanto como focalizar en la virtualidad del Derecho-fuerza así como en elementos como la coerción, la coactividad... del Derecho. Así las cosas, parecería que las alternativas terminan de completar el haz de posibilidades con que contamos.

No obstante, siguiendo con la imagen de la justicia, no tenemos por qué quedarnos en las dicotomías *ius privatum vs. ius publicum*, balanza vs. espada, *Derecho amistoso vs. Derecho enemistado*. No dejemos de reparar en que también la imagen clásica de la justicia se caracteriza por la existencia de una venda¹⁶. Una venda que tapa los ojos para simbolizar que la justicia es ciega y, por consiguiente, neutral; e incluso, igual para todos, es decir, que la justicia deviene incompatible con las distinciones *ad hominem*.

Pues bien, fijándonos en este tercer elemento de la imagen de la justicia, la venda que tapa sus ojos, se nos va a brindar una vía de escape para no dar respuesta al interrogante circunscribiendo la misma a una u otra alternativa.

¹⁶ La Dama de la Justicia, como es conocido, se ha visto representada, comúnmente, con una balanza en una mano y con una espada de doble filo en la otra. Hasta finales del siglo XV, destaquémoslo, no fue representada con los ojos vendados. La primera representación de la «justicia ciega» es, al parecer, la estatua de la *Fuente de la Justicia* (1543), de Hans Giengen, situada en el *Gerechtigkeitsbrunnen*, en la ciudad suiza de Berna.

Invocar la neutralidad, veremos cómo, nos permitirá ensayar una tercera vía para zafarnos tanto de la amistad como de la enemistad. Esta tercera vía para pensar jurídicamente la amistad y, dialécticamente, la enemistad, está inspirada en un *dictum* popular, del que una de sus diferentes versiones ha sido reproducida antes de dar comienzo, propiamente, al desarrollo de la exposición. Esa sabiduría popular que se desprende, no sin ironía, de lo que comúnmente se dice, se puede ver refrendada, a mayor abundamiento, por otra formulación clásica como es la de *vox populi, vox Dei*.

El Derecho no parece, pues, que avance por una visión unilateralmente *amistosa* o *enemistada*, antes al contrario, es la nota de indiferencia, la neutralidad del indiferente, la que predomina, la que tiene que acabar imponiéndose.

Cuando la amistad —o la enemistad— entra en contacto con el Derecho se desvirtúa —o se dispara— porque hacen acto de presencia los intereses. Y los intereses, ya sea porque están reñidos con la amistad verdadera, la amistad perfecta basada en el bien, la virtud y/la excelencia; ya sea porque alimentan, disparándola, a la enemistad, deben hacernos replantear la doble alternativa inicial.

Dicho replanteamiento hace que la respuesta se quede en mera propuesta. Se sitúa, así, al mundo del Derecho distante del amigo, y del enemigo, y próximo al indiferente.

La respuesta a la pregunta formulada lleva, pues, a que sea en la neutralidad de la legalidad vigente, alejada de la dialéctica amigo-enemigo, donde veamos instalado al indiferente. Una peculiar indiferencia que, inspirada en la visión de una venda que ciega, no tendría por qué dejarnos indiferentes.