

Suplemento

HUMANA IURA

de derechos humanos

10
2000

SEPARATA

Persona
y
Derecho

PERSONA HUMANA Y PERSONA JURÍDICA

Francisco Carpintero Benítez

I. FACTORES REALES Y FACTORES PERSONALES EN EL DERECHO

Los constituyentes de 1789 proclamaron la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano. Esto es chocante para quienes somos conscientes de vivir en sociedad y no simplemente rodeados de seres o individuos aislados. Porque ¿podemos hacernos justicia a nosotros mismos insistiendo solamente en los derechos de nuestra personalidad? Ciertamente, como profesor de Universidad, deseo que se respeten mis derechos a la seguridad, comodidad, limpieza, no-discriminación, libertad, y otros, pero también reclamo el derecho de estar en condiciones de impartir una docencia universitaria digna de este nombre, lo que implica, entre otras cosas, aulas adecuadas, buena biblioteca, o medios de trabajo de diversa índole. Y estas otras cosas no se deducen sin más desde los derechos personales, sino que las inducimos desde las exigencias *reales* de la docencia y la investigación. Lo que indica que lo que puedo exigir *como universitario* viene determinado tanto desde factores personales como reales.

II. EL DERECHO COMO UN MAL NECESARIO Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS HUMANAS

Hago esta introducción porque el siglo XX, especialmente a partir de 1945, ha estado dominado por una mentalidad que, de hecho, insiste exclusivamente en los derechos de las personalidades individuales, entendiendo tales derechos a modo de reductos defensivos de las personas normalmente frente al poder del Estado.

Tengamos presente que el Estado contemporáneo fue diseñado en la Edad Moderna en torno a dos intuiciones básicas y opuestas: una la de Rousseau, que postuló la irracionalidad de las voluntades individuales y la creación de la racionalidad humana solamente en la sociedad. Llamó a esta racionalidad necesariamente social 'volonté générale', que distinguió de la voluntad fácticamente expresada en las urnas, ya que ésta puede estar viciada por la compra de votos. Pero nunca explicó las notas que nos permitirían distinguir, en la vida práctica, las diferencias entre la voluntad creada fácticamente y la voluntad que es incondicionalmente buena.

La otra fue la de Pufendorf y Locke, que entendieron la manifestación básica y fundamental del derecho como 'qualitates personales personae competentes', y que consistían en libertades individuales que 'sunt velut maxime sui diffusivae'¹. Ciertamente, John Locke pareció estar más atento a la defensa y fomento de las propiedades individuales, pero éste es otro tema. Samuel Pufendorf fue el primer teórico de la mentalidad liberal, porque estrechamente tras los pasos de Hobbes, postuló un *ius naturale* originario, siempre consistente en libertad, y una *lex* posterior cronológica y genéticamente, creada por los hombres, que reducía aquel *ius* a los límites que hacían posible la convi-

1. Vid. mi estudio *El cambio decisivo en la 'jurisprudencia': Samuel Pufendorf y la teoría de la 'cualidad moral' en la Modernidad*, en "Justitia" (Buenos Aires) I (1997) pág. 370.

vencia mutua de acuerdo con la exigencia inicial. El dato 'natural' era el *ius*, y la *lex* aparecía como una categoría más tardía y artificial que limitaba este dato primero. Por ello, hablar de una *lex naturalis*, explicaba Pufendorf expresamente, era una 'contradictio in terminis'². El derecho, presentado como el conjunto de leyes artificiales, esto es, no-naturales, creadas por los hombres, constituía un mal necesario³, con lo que ello implicaba de 'mínimo necesario'.

Kant siguió en su "Metaphysik des Rechts" la mentalidad expresada por Pufendorf —que era la dominante en los círculos progresistas de la Ilustración— y entendió el paradigma del ordenamiento jurídico como el conjunto de condiciones que hacen posible la libertad de cada persona dentro del mayor orden posible de libertad personal. Así dio lugar, en la amplia escuela que le siguió durante veinte años y que conformó decisivamente la mentalidad continental en el siglo XIX, a la teoría de las Esferas de libertad o 'Freiheitssphären', a las que aludí en "La Cabeza de

2. Vid. *El cambio decisivo en la 'jurisprudencia'...*, cit., pág. 372.

3. HEGEL indicaba sobre este punto que "La determinación kantiana admitida generalmente, cuyo momento central es 'la limitación de una libertad o arbitrio de modo tal que pueda coexistir con el arbitrio de todos de acuerdo con una ley universal' contiene sólo una determinación negativa, la de la limitación; por otra parte, lo que tiene de positivo la ley racional universal, o sea la concordancia del arbitrio de uno con el arbitrio de otro, desemboca en la conocida identidad formal y en el principio de no contradicción. La definición citada contiene la opinión, muy difundida desde Rousseau, según la cual el fundamento esencial y primero no es la voluntad en cuanto racional y existente en sí y por sí, sino en cuanto voluntad del individuo según su propio arbitrio... Una vez aceptado este principio, lo racional sólo puede aparecer como una limitación para esa libertad, es decir, no como racional inmanente, sino sólo como limitación abstracta, exterior". *Principios de Filosofía del derecho o Derecho natural y Ciencia política*. Trad. de J. L. Vermaal. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1975, § 29, Observación. Desgraciadamente, los muchos prejuicios que rodean el entendimiento de la filosofía del derecho de Hegel, hacen que estos textos queden descontextualizados en buena parte de los lectores.

Jano”⁴. Kant no supo qué hacer con aquellas normas jurídicas que no persiguen solamente la defensa del arbitrio (Willkühr) personal, y dejó reducida la mayor parte del derecho positivo al campo de concentración de la irracionalidad⁵. Porque las normas jurídicas que pretenden una actividad universitaria o que facilitar las exportaciones, por ejemplo, no fomentan ni dejan de fomentar especialmente la libertad del arbitrio.

Esta fundamentación kantiana de la ideología liberal presentó serios problemas, porque además de no dar razón del derecho que no se limita a defender la libertad de arbitrio *personal*, el eje central y omnipresente de la teoría del derecho (Rechtslehre) kantiana, que es el postulado del *Selbstzweck*, pertenece a la teoría de la moral, no a la explicación del derecho. Porque el “Autofin” expresa la necesidad incondicionada de autonomía moral, autonomía que sólo se produce cuando el sujeto *asume* personal y voluntariamente la norma ya existente, de forma que la cumple por su propia voluntad, (autónomamente) y no porque esté impuesta heterónomamente por un arbitrio ajeno al mismo que ha de cumplirla. Esto no lo entendieron sus influyentes discípulos (Die

4. *La Cabeza de Jano*. Universidad de Cádiz, 1989, págs. 43-61.

5. Muy claro en este sentido, Gerhardt DULCKEIT, *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Leipzig, 1932. FISCHER, con su habitual claridad, explicaba ya en 1837 que “Bewusst und konsequent durchgeführt, tritt jedoch dieser Gegensatz <entre el derecho concebido en la Metafísica del derecho y el derecho existente> erst mit Kant, und als Wirkung und Gegenwirkung seines Kriticismus, namentlich aber seiner 1797 erschienen ‘Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre’ auf. Noch war vor Kant, trotz der ziemlich rationalistischen Konstruktion des Systems, wenigstens das Prinzip und das Fundamentalgesetz des Rechts aus der Erfahrung abstrahiert worden, was immer noch die Präsumtion einer wesentlichen Uebereinstimmung des natürlichen und des historischen Rechts erhielt; erst Kant that den letzten Schritt zur Vollendung der rationalistischen Konstruktion, und eben damit zur gänzlichen Losreissung des Naturrechts von positiven Rechte, indem er, zur Begründung eines allgemeingültiges System des Naturrechts, die apriorische Deduktion auch das obersten Rechtsprincip aus der Vernunft forderte”. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Basel, 1837, pág. 12.

Kantianer), quienes propusieron una totalidad de Esferas de libertad según el lema usual de "leben und leben lassen". En cualquier caso, los kantianos tendieron a diseñar un ordenamiento jurídico artificial que hiciera posible la mayor libertad natural posible, de forma que aquella 'artificialidad' se justificaba por hacer posible o defender esta primera 'naturalidad' inicial. En honor a la verdad hay que decir que los kantianos, abrumados por la complejidad contradictoria de su maestro, siguieron una explicación que realmente proporcionó Kant, casi siempre aporético, contradictorio e incompleto en su Filosofía jurídica. No echemos sobre los discípulos las culpas del maestro, porque estos epígonos solamente simplificaron lo que Kant exponía. Sus contradicciones e insuficiencias ya nos muestran lo difícil que fue articular la ideología jurídica liberal.

Esta doctrina liberal quedó momentáneamente desacreditada en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, ya que el Romanticismo y sus secuelas, en lo que fue llamado "La revuelta del corazón frente a la razón" insistió más, a la vista de la miseria de todo tipo que se había instalado en la primera revolución industrial, en temas relativos a la solidaridad social. Pero esta doctrina recobró toda su fuerza, victoriosamente, a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Notemos un rasgo común a estos planteamientos: parten de una 'cualidad moral' de la persona en general o componen una exigencia de la razón práctica que, según Kant, obtenemos desde la razón pura. En ningún momento hay una referencia a 'las cosas' que acompañan a las personas. Es más, Samuel Pufendorf, en un raro gesto de sinceridad personal, aludió expresamente a la noción de 'persona jurídica', a saber, como las dimensiones fundamentales del ser humano (ser padre, ciudadano, profesional, etc.) y declaró, ya al comienzo del primer libro de su "De jure naturae et gentium", que estas personas no sirven de nada, pues no ayudan a medir lo que se le debe a cada cual, y que él propone una noción nueva de 'persona', la del ser humano individual que

no reconoce superior y que goza de una 'cualidad de libertad personal *ad analogiam spatii*'⁶.

III. LAS LIMITACIONES DE LAS 'PERSONAS HUMANAS'

Obviamente no rebatiré el planteamiento de Pufendorf y Kant, porque también el ser humano, considerado al margen de cosas concretas, dispone de derechos que resultan muy directamente desde su personalidad⁷. Pero sí procede matizar este esquema interpretativo del derecho.

Concretamente, por este camino todo el derecho adquiere un carácter penalista, con lo que eso conlleva de negativo y represivo, ya que el derecho tendría como única función la de defender las Esferas de libertad *personales*. Tesis que se fortificó en el siglo XIX porque un buen sector de los 'filósofos del derecho' alemanes de la segunda mitad de este siglo traspasaron una vez más categorías desde la *Sittenlehre* a la 'Rechtslehre' kantianas, y entendieron que la función del derecho era instrumental respecto a la Moral (necesariamente individual), por lo que la función del derecho era la de hacer posible en el 'Sinnenwelt' o mundo de la sensibilidad la autonomía moral individual⁸.

6. Vid. mi estudio *El cambio decisivo en la 'jurisprudentia'*..., cit., pág. 369.

7. Me alinee con Arnold MÖHL, cuando escribía, en su crítica a Kant, que "Was man Urrechte nennt, sind nichts als die Bedingungen des physischen und moralischen Daseins des Menschen, mit welchen er in der Gesellschaft dasteht, ohne welche das Mensch als Mensch nicht gedacht werden kann". *Ueber das Naturrecht*. Mannheim, 1841, pág. 41.

8. James LORIMER expresaba que "Trendelenburg himself, as by no means one of the least important... his work on Natural Law, which appeared in 1860, having had for its express object to restore the connection between law and ethics, which the influence of the Kantian School had so seriously weakened...". *The Institutes of Law*. Edimburgh, 1880 (2ª ed), pág. 305. Vid. también John M. LIGHTWOOD, *The nature of Positive Law*. London, 1883, pág. 254.

Con esta sola base doctrinal a las espaldas fue comprensible la dirección que tomó la reacción antitotalitaria que siguió a la II Guerra Mundial, centrada de hecho en los derechos de la 'juristische Person' kantiana. Esta mentalidad triunfó incluso en las áreas anglosajonas, de modo que las mentalidades anti-ilustradas encarnadas por Harrington, Shaftesbury, Beattie, Adam Smith, Hutcheson, Ferguson, Lord Kames, en el siglo XVIII, o James Lorimer o John M. Lightwood en el siglo XIX, fueron olvidadas. Y así nos hemos quedado únicamente con las 'personas jurídicas', término, por otra parte, extremadamente ambiguo y ambivalente, porque lo que los 'personalistas' del siglo XX (Emmanuel Mounier, Jean-Marc Trigeaud o Luigi Bagolini) han entendido por tal, poco tiene que ver con la *juristische Person* kantiana que recogió Savigny para el derecho privado⁹. Es decir en la defensa de las 'personas', o en el empeño por hacer de ellas la base imprescindible de las construcciones jurídicas, hemos recogido varias tradiciones difícilmente compatibles: la liberal y la kantiana, la solidarista de Duprat, la institucionalista de Duguit, la comunitarista de Mounier, y otras más recientes. A ellas hay que añadir la forma de sentir expresada en las 'Declaraciones de los derechos sociales', que poco se relaciona de hecho con la Declaración Universal de 1945, centrada exclusivamente en los derechos individuales.

El gran problema que plantea la consideración exclusiva de las 'personas' en el derecho es que toda persona posee un valor

9. Sobre este carácter de la doctrina de Savigny, vid. Hans KIEFFNER, *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, en "Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert". Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 1969, págs. 3-26. De forma más amplia, mostrando cómo la aparentemente inocua definición de relación jurídica de Savigny dispone de un amplio trasfondo ideológico, vid. el agudo estudio de Alejandro GUZMÁN, *La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social" (Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social) 1995, págs. 139-167.

infinito: ¿Cuánto ‘vale’ lo que estamos haciendo ahora? La respuesta ha de ser necesariamente arbitraria¹⁰, y si el derecho consiste en medir lo que corresponde a cada cual, nos encontramos que no podemos calcular si manejamos magnitudes inconmensurables.

La primera consecuencia de esta incalculabilidad es la que destaca Sergio Cotta en su crítica a Sartre: El Yo necesariamente absoluto que sale al encuentro de otro igual, produce inevitablemente un enfrentamiento¹¹. Dos personalidades infinitas aspiran

10. John AUSTIN expresaba que “A sacred or unalienable right is truly and indeed ‘invaluable’: For, seeing that it means nothing with which it can be measured...”. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. London, 1911, 5ª ed., pág. 119. En este tipo de argumentaciones sucede lo que indica A. MACINTYRE: “¿Qué características sobresalientes comparten estos debates y desacuerdos? Las hay de tres clases. La primera es la que llamaré... la inconmensurabilidad conceptual de las argumentaciones rivales... Cada uno de los argumentos es lógicamente válido o puede desarrollarse con facilidad para lo que sea; las conclusiones se siguen efectivamente de las premisas. Pero las premisas rivales son tales, que no tenemos ninguna manera racional de sopesar las pretensiones de la una con las de la otra. Puesto que cada premisa emplea algún concepto normativo... completamente diferente de los demás”. *Tras la virtud*. Trad. de A. Valcárcel. Crítica. Barcelona, 1987, pág. 20.

11. Un autor tan distinto como Hegel, como era Fisher, coincidía en cierto modo con el pensador prusiano en este punto. Fischer indicaba que, hablando con propiedad, el *Willkühr* kantiano no es libertad, sino solo fuerza física: “Nachdem hiermit die Aufgabe der naturrechtlichen Deduktion präcisirt ist, blicken wir auf den Kantischen Versuch zurück, um zu sehen, ob und wie weit er diese Aufgabe Genüge geleistet? In der Freiheit oder dem puren Willen des Individuums, wovon Kant ausgeht, läge, wenn nicht ein höheres, den eigenen Willen innerlich beschränkendes und den fremden verpflichtendes, Gesetz darüber käme, nicht als Masslose Befugniss, welche sicherlich keine rechtliche Befugniss, und doch weniger ein Rechtsanspruch, sondern physische Gewalt wäre, indem sie selbst an sich alles inneren Maasses, gegenüber von Andern dagegen alles verpflichtenden Grundes entbehrte. Die Concurrenz der übrigen individuellen Freiheiten, woraus sich nach und nach, seys in der Wirklichkeit, seys in der Maxime, wäre dagegen in Wahrheit nichts als das Hobbeschen *bellum omnium contra omnes*, dessen Ausgleichung kein Recht, sondern physische Befugniss und äusserlichen Zwang gibt”. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., págs. 41-42.

cada una a la totalidad, y se vuelven incompatibles¹². En su término más radical, soy yo, en mi afirmación existencial más radical, el que hago que el mundo exista¹³. De este modo, la 'lógica' de nuestra sociedad forma en un primer momento individuos solamente conscientes de sus derechos que, en un segundo momento, son obligados a ponerse al servicio de fines sociales. Ante esta incoherencia vital, se produce humanamente ese desgarrón (Zerrissenheit) o desdoblamiento (Entzweiung) que denunció Hegel en su crítica a la teoría del derecho de Kant. Nosotros intentamos resolver estos problemas mediante el dinero, y para ello aumentamos los impuestos y los funcionarios... y todos nos quejamos porque las instituciones no funcionan.

Al carecer de criterios para asignar, determinar o decidir el derecho concreto, algunos confunden la lucha por el derecho con la lucha por los propios intereses. Nadie duda de que toda pretensión moral o jurídica *también* reviste la forma externa de un interés, pero es patente que el derecho no existe para proteger sin más los intereses personales.

12. Buena parte del magisterio de Sergio Cotta ha estado dedicado a denunciar las deficiencias de los planteamientos que, al explicar lo que es el derecho, llevan al enfrentamiento entre los individuos. Vid., por ejemplo, *Itinerarios humanos del derecho*. EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 74 y ss.

13. Hegel mantuvo la necesaria concordancia entre esta aspiración de infinitud del ser humano y la concreción imprescindible del actuar personal. Escribía a este respecto que "La voluntad existente entre sí o abstracta es la persona. Lo más elevado del hombre es ser persona, a pesar de lo cual la mera abstracción de la persona es algo despreciable. La persona se diferencia esencialmente del sujeto; el sujeto es sólo la posibilidad de la persona, ya que todo viviente es un sujeto... en ella <la persona> radica la unidad de lo infinito y lo sencillamente finito... La grandeza de la persona consiste en poder resistir esta contradicción que no tiene ni podría soportar en si nada natural". *Principios de Filosofía del derecho...*, cit., § 35, Agregado.

IV. LA DISTINCIÓN ENTRE CAUSA Y TÍTULO EN EL DERECHO

Quizá maticemos más, librándonos de algunos inconvenientes que lastran el análisis, si distinguimos causa y título en el razonamiento jurídico. El título último por el que todos poseemos derechos o deberes es nuestra personalidad humana: Un animal no es sujeto del derecho. Precisamente desde este título último surgen directamente buena parte de nuestros derechos más elementales (los recogidos en los Códigos penales y en las Declaraciones de derechos), sin más deber que el genérico de respetar esos mismos derechos en los demás.

La causa, en cambio, nos lleva más directamente al cálculo, a la medición de por qué debemos hacer algo y en qué medida¹⁴. La causa jurídica supone la personalidad, pero la desborda y supera. Si podemos estar hoy aquí, tomando parte es este acto, en última instancia ello se debe a nuestra cualidad de seres humanos; pero la razón concreta por la que tenemos derecho a participar en este Congreso no puede ser la personalidad humana genérica, sino un hecho más concreto.

El razonamiento jurídico es un razonamiento de causas, sea sobre su existencia real, sea sobre el alcance y compatibilidad de varias causas concurrentes. Por este motivo, el jurista razona sobre causas, es decir, sobre hechos probados o relevantes, de naturaleza legal o de otro tipo, que pueden influir en la solución

14. Conrado Lagus ya distinguía entre título filosófico y causa, preferentemente histórica: "Proinde neminem spero improbatum nostrum consilium, quod doctrinam juris in hac duo genera controversiarum distinguimus, ut alterum dicamus versari circa inquisitionem causarum, propter quas nos illis obstricti necessario pareamus. Alterum vero consistere in perquirendis formis quas in singulis negotiorum et delictorum humanorum speciebus pro iure observare leges volunt... Caeterum prior pars doctrina iuris est philosophica, hoc est, verum, et rationes omni iuris quantum humana mens assequi potest, inquirens. Altera pars doctrinae iuris, quam diximus praescribere iuris formas... historica est". *Methodica iuris utriusque traditio*. Lugduni, 1562, pág. 3.

final del problema. ¿Cómo conocer este juego concreto de los hechos entre sí? No tenemos más que leer el Digesto; en menor medida, la Instituta.

No parece viable la posibilidad de una ciencia jurídica que prescindiera de la ponderación y consiguiente influencia de las causas y de los modos históricos, porque entonces faltaría base para argumentar. Con los derechos humanos podemos asentar su existencia, o reelaborar en orden lógico los que encontramos en las muchas Declaraciones que hay sobre ellos, etc., pero a menos que adoptemos una actitud necesariamente ponderadora según las consecuencias previsibles (lo que Alvaro d'Ors llama el 'análisis de los efectos reales'¹⁵), no podremos decir gran cosa sobre ellos. Porque una nota específica del mundo humano es la contingencia, que hace que "los asuntos humanos se diversifiquen infinitamente", y esta apertura permanente a lo imprevisible hace necesaria una ponderación continua de lo que pueden aparecer como simples 'circunstancias'. Ciertamente, muchas sentencias de los Tribunales ordinarios o del Tribunal Constitucional se fundamentan directamente en derechos de la personalidad: pero nadie entiende cómo una declaración —como es la del art. 14 de la vigente Constitución española— que ocupa a lo sumo tres líneas en tipografía normal, ha generado miles de folios. Parece más bien que el juzgador adopta en estos casos una actitud criptovalorativa, de modo que la remisión genérica y sin más matizaciones a un artículo de la Constitución oculta toda una serie de valoraciones que se han producido normalmente al filo de circunstancias que han sido apreciadas *ad casum*.

Además de los derechos humanos existe una rama del derecho en la que coinciden el título y la causa, de modo que la alegación de ésta no tiene sentido, porque aquel es suficiente. Me refiero al derecho penal, que constituye un sector francamente singular

15. Vid. *Una introducción al estudio del derecho*. Rialp. Madrid, 1963, pág. 100.

dentro del derecho¹⁶. Es singular ante todo porque supone unos seres humanos clausurados o perfectos, acabados en lo que son y en lo que tienen. Porque, a diferencia del resto del derecho, que tiende puentes entre los hombres y que sirve para que cada persona llegue a ser lo que aún no es o tenga lo que todavía no tiene, el derecho penal no implica obligaciones positivas, sino *abstenciones*. De ahí que los discípulos de Kant alegaran que la actitud jurídica se resumía en la 'Enthaltung'. No es así en el resto en el derecho. Ciertamente, el derecho civil ofrece limitaciones y prohibiciones a fin de evitar la prepotencia o la pérdida de bienes concretos; pero las prohibiciones del derecho civil no van acompañadas de 'sanciones', en el sentido estricto de la palabra, sino de la nulidad de lo actuado. (Aunque algunas personas vivencian estas declaraciones de nulidad como penas, esto es tan correcto como decir que "El árbitro castigó al equipo local pitando el final del partido").

Esto es así porque la mayor parte del derecho que no es derecho penal tiene una función marcadamente positiva, alejada de la simple abstención penalista. Este hecho lo vemos más claramente en el derecho que podríamos llamar 'constructor', como es el derecho administrativo, que crea organismos y regula su actuación, pero en modo alguno castiga a nadie, con la sola excepción del derecho de las infracciones administrativas. Este derecho funciona a modo de 'caja de herramientas' que posibilita que cada persona llegue a ser lo que no es. Por esta razón, el uso de las instituciones de estas ramas del derecho, se deja a la discreción de cada persona.

El *castigo* que implican las normas del derecho penal (pues no lograríamos entender lo que es este derecho si prescindiéramos de la noción de castigo, más allá de las categorías doctrinales de la rehabilitación, reinserción, prevención, etc.) determina la distinta

16. Vid. mi estudio *El Derecho penal en la definición del derecho*, en "Persona y Derecho", 40 (1999), págs. 307-322.

relación de cada persona con las normas jurídicas. En el derecho penal es imprescindible que el acto sea resultado de la libre voluntad en que se expresa la personalidad, de forma que la acción constituya una 'qualitas personalis'¹⁷. Si no es así, no existe conducta penalmente relevante: lo que en modo alguno sucede con el derecho que no constituye derecho penal, en el que todos nosotros somos 'responsables' por muchas cosas en las que no solamente no hemos consentido, sino que frecuentemente ni conocemos. Porque, lector paciente, ¿has hecho algo para *merecer* los impuestos sobre la gasolina?

Si queremos hacer del derecho penal la manifestación paradigmática del derecho, de modo que la definición de éste haya de adecuarse a las categorías penalistas, deformaríamos los nervios y la intención de la mayor parte del ordenamiento jurídico, que no se compone de normas que pretenden defender bienes de las personalidades castigando las conductas contrarias.

V. BIENES HUMANOS Y 'COMPETENCIAS'

Es decir, en la mayor parte del orden jurídico no coinciden el título último con la causa y modo histórico, y la determinación de la causa suficiente para optar por la aplicación de una norma jurídica en detrimento de otras normas aplicables, crea un margen amplio para la actividad jurisprudencial. Efectivamente, al margen de los *iura* que considera el derecho penal (Guillermo Durando era uno de los pocos juristas de la Baja Edad Media que usaba esta expresión, *iura*, en plural) la actividad de los que trabajan en el derecho es una reflexión en torno a bienes según las normas jurídicas existentes. Estos bienes protegidos jurídicamente son llamados 'cosas' en el derecho, y de ahí el viejo dicho

17. Guillermo DURANDO expresaba que el delito es una *qualitas personalis*. Vid. *Speculum juris*. Edición de Venecia de 1602, Pars tertia, Liber III, Partic. I, "Qualiter" § 20.

civilista que afirma “El hombre es relevante en el derecho por referencia a las cosas¹⁸: un aforismo que sin duda alguna expresa una exageración, ya que la sola personalidad también ofrece sus exigencias.

Pero este brocardo, al margen de sus exageraciones, también expresa una verdad profunda. Examinemos nuestra actividad universitaria cotidiana: Profesores y alumnos están vinculados *jurídicamente* por un ‘bien común’ a ellos, que es la enseñanza universitaria, y esto implica que lo que puedan exigirse unos a otros ha de estar relacionado directa o indirectamente con ese bien común. Así, el profesor puede exigir a sus alumnos que adquieran libros o que se examinen, de forma que interfiere en sus vidas positivamente (más allá de cualquier abstención). Este hecho no puede explicarlo la mentalidad liberal, que solamente ve en el derecho un mal necesario para defender los derechos de la personalidad, tanto menos malo cuanto más pequeño. Tampoco puede entenderlo una persona con mentalidad exclusivamente penalista, que aludirá reiteradamente a la defensa o a la realización de los derechos de la personalidad, castigando cualquier posible infracción a lo que demandan estos derechos, como es el derecho (entre otros) a la educación. Situar así este hecho plantea más problemas que resuelve, porque si es necesario humanamente que toda persona reciba educación, la personalidad como tal nada dice acerca de si hay que estudiar derecho romano o filosofía del derecho¹⁹.

18. Hegel expresaba esta realidad, según su terminología peculiar: explica que en la mentalidad liberal-kantiana “sólo se habla de las cosas tal como son inmediatamente, y no como pueden llegar a ser por la mediación de la voluntad.. Conocimientos, ciencia, talentos, etc., pertenecen sin duda al espíritu libre y no son algo exterior, sino interior a él, pero al mismo tiempo el espíritu puede darles por medio de la exteriorización una existencia y enajenarlos, con lo cual se los posee bajo la determinación de cosas”. *Principios de Filosofía del derecho...*, cit., § 43.

19. Por esta razón Holland opinaba, refiriéndose a la Filosofía del derecho de Kant, que “This conception is purely negative, and a wider and positive

Estas capacidades que poseen alumnos y profesores para intervenir activamente en la conducta de la otra parte de la relación jurídica no se desprenden de una especie de 'preeminencia en general' de la que dispusiera algún ser humano: ni alumnos ni profesores son superiores unos a otros. En este punto tenían toda la razón aquellos ilustrados que, de la mano del expediente del 'estado de naturaleza', explicaban que todos los hombres somos iguales porque nadie posee el *privilegium* o *Vorrecht* para dictarle a otro lo que ha de hacer, ya que "Voluntas tertii ist nicht voluntas nostra"²⁰. En efecto, la preeminencia de un hombre sobre otro no puede fundamentarse en consideraciones personales, porque ello supondría afirmar que un ser humano es *personalmente* superior a otro, y tal cosa solamente la mantienen los racistas; la preeminencia de un hombre sobre otro únicamente puede basarse en consideraciones *reales*, y de ahí la relativa verdad del dicho jurisprudencial que exige la mediación de una cosa entre dos seres humanos para que pueda hablarse de relación civilista.

Esta preeminencia ocasional que crea el derecho entre las personas no está regida habitualmente por la manifestación libre de la voluntad de las partes, esto es, no es creada mediante pactos. El expediente universal que encontró la Edad Moderna en el derecho para explicar la sujeción de una persona a otra fue la omnipresencia de la categoría del pacto, porque aquellos *moderni*, una vez que habían sentado que 'naturalmente' nadie dispone de un privilegio sobre otro para dictarle su conducta, añadieron que una persona sólo puede quedar vinculada *legítimamente* a otra si

conception is needed to embrace the operation of Public as well as of Private Law. The Kantian definition is wide enough to cover all rules which regulate the relations of individuals one the another, but it is too narrow to cover enactments providing, for instance, for the organisation of a ministry of education". *The Elements of Jurisprudence*. Oxford, 1924, 13^a ed., pág. 80.

20. N. J., GUNDLING, *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii De Officio hominis et civis*. Hamburg, 1744, L. I, cap. I, § 18. Declaración que completa con "Factum tertii nobis non imputatur, quia non sumus auctores actionis nec physici, nec morales". *Loc. cit.*, § 27.

prestaba libremente su consentimiento. Esta exigencia se encuentra ya más que implícita en Samuel Pufendorf²¹, y tras la turbamulta de los nuevos iusnaturalistas, llegó a su exaltación máxima con Henricus Koehler²², que no admitió absolutamente ninguna otra causa de sujeción que el propio consentimiento, incluso en las relaciones paterno-filiales²³. Hugo Grocio (desde este punto de vista, uno de los iniciadores de la Modernidad jurídica) había admitido tres causas de sujeción: la guerra, la generación y el consentimiento. Pero la dinámica que encerraba el nuevo *ius naturale* llevó pronto a negar cualquier causa jurídica que no fuera el consentimiento libre, y hoy, dominados por la mentalidad propia de los derechos, con su carga personalista y subjetivista, seguimos manteniendo esta tesis²⁴.

En el derecho nadie obedece a otra persona *qua persona*, a menos que se trate de un contrato, sino que cada cual obedece a

21. Vid. mi estudio *Voluntarismo y contractualismo: Una visión sucinta de la Escuela del derecho natural*, en "Persona y Derecho" XIII (1985) págs. 79-85.

22. Vid. su *Juris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*. Francofurti ad Moenum, 1738.

23. Vid. el *Juris socialis...*, cit., § 191.

24. Karl Larenz explicaba que "Algunos asuntos fundamentales adquieren una mayor claridad si uno se imagina una situación extrema. Imaginémoslos dos o más personas que hasta el momento no se han visto nunca y que nunca han tenido ningún lazo de unión, que tras un naufragio se encuentran en una isla lejana, donde tienen que instalarse para permanecer largo tiempo. Hay entonces dos posibilidades de configurar las relaciones recíprocas de estas personas. La primera es que el más fuerte trate de someter a su voluntad a los demás, o a los más débiles... La segunda es que todos decidan regular sus relaciones sobre la base de la equiparación y del respeto recíproco del otro. En este caso, si cada uno respeta al otro como igual suyo, tiene que concederle lo que él reclama para sí mismo, a saber: decidir sobre sí. En este segundo caso los individuos establecen sus relaciones sobre la base del Derecho... el presupuesto básico de toda relación jurídica entre dos o más personas es su recíproco reconocimiento como tales". *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Civitas. Madrid, 1985, pág. 55. Recurrir al ejemplo de los naufragos en la isla desierta no deja de constituir un alarde de imaginación.

la otra parte únicamente en la medida en que ese otro expresa discrecionalmente una faceta del bien común concreto que los vincula. Por esta razón yo puedo exigir a mis alumnos que guarden silencio en clase, que se presenten a los exámenes debidamente preparados, y otras cosas más relacionadas con la docencia. Pero no puedo exigirles que me hagan favores personales, como sería llevar a mis hijos al colegio, porque mi 'jurisdictio' sobre ellos viene concretada por la docencia propiamente universitaria. Lo que indica que la relación jurídica viene determinada *ab initio* por el bien que trata de hacer realidad, de forma que si una relación no responde a esta exigencia, es simple prepotencia. Sucede que, cuando se trata de seres humanos, nuestras medidas, o están previamente medidas antes de sus aplicaciones concretas, o no constituyen medidas en absoluto.

Para referirnos a lo que puede exigir un profesor como profesor parece preferible la palabra 'competencia' a la de derecho. Porque por razones de claridad en el análisis, es mejor reservar el término derecho para aquellas conductas que podemos hacer *ad libitum*, sin incurrir en responsabilidad²⁵. La competencia, en cambio, designa aquellas conductas que cada cual puede exigir porque están ya previamente medidas desde el bien que hemos de alcanzar en el caso concreto. Notemos que el 'átomo de la juridicidad' en aquellos derechos que no resultan directamente desde la personalidad, no surge desde el yo o el tú, sino desde el *nosotros*, esto es, desde aquellas *relationes* que nos vinculan.

25. Los derechos subjetivos constituyen realidades altamente positivas. Hegel decía de ellos que "Dado que en el comienzo es sólo el momento abstracto, la idea debe determinarse en sí misma ulteriormente. Pero este concepto abstracto del comienzo no es abandonado nunca, sino que deviene cada vez más rico, por lo que la última determinación es la más rica de todas. Las determinaciones que eran sólo en sí llegan de este modo a su libre independencia, pero de manera tal que el alma que reúne todo, sólo por un procedimiento interno alcanza su propia diferencia. No se puede decir que el concepto pasa a algo nuevo, pues la última determinación coincide otra vez con la primera". *Principios de Filosofía del derecho...*, cit., § 32, Observación.

Así, derechos subjetivos y competencias son manifestaciones distintas del derecho que coexisten amistosamente. No tienen una raíz común, ni pueden ser explicadas o enjuiciadas desde los mismos criterios. Ciertamente, siempre se podía añadir que, además de estas *objetividades* que normalmente determinan las competencias mutuas, alumnos y profesores tienen derechos que no se derivan desde la docencia. Desde luego: todos tienen derecho al respeto, a trabajar en aulas suficientemente equipadas, etc. Estos son “bienes constantes”, que siempre aparecen en cualquier actividad humana, y que son determinados según las exigencias de lo que hacemos. Pues un alumno puede exigir más libertad que un recluta, sometido a disciplina militar.

VI. LOS BIENES Y LOS VOTOS

La mentalidad moderna centrada en la indeterminabilidad heterónoma del arbitrio de cada persona, llevó necesariamente hacia la ideología ‘republicana’, como era llamada en los siglos XVII y XVIII, que entiende que todo poder legítimo sólo puede provenir desde el consentimiento de los ciudadanos. Ésta era una vieja tesis romanista, que entendía cada ley como una ‘*Communis reipublicae sponsio*’, que fue llevada a su exaltación por Fernando Vázquez de Menchaca en el siglo XVI español²⁶. Durante el siglo siguiente fue defendida en solitario (en plena expansión del Despotismo monárquico) por el suizo Ulrich Huber, dependiente fundamentalmente de la doctrina española del siglo anterior. Una vez que se afianzó en Europa la exigencia de la indeterminabilidad del arbitrio de cada persona, el régimen *républicain* pareció una exigencia derivada directamente de esta cualidad humana de libertad.

26. Vid. mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977, págs. 97-98.

¿Cómo lograr siempre justicia desde la decisión mayoritaria? No estuvieron acordes las distintas tendencias: de un lado, Emerico de Vattel entendió que si la mayoría oprime a las minorías, éstas quedan desligadas de su deber de obedecer²⁷. De otra parte, Rousseau trató de mostrar cómo si un interés se desprende de sus facetas personales o privadas, hasta quedar en él solamente lo verdaderamente común, tal interés es incondicionalmente justo. Propuso una ‘Substrahieren’, como llama Ernst-Wolfgang Böckenförde a esta doctrina. Hoy, desanimados de proponer derechos de resistencia, como hacían Huber o Vattel, y animados a propagar el régimen parlamentario, bien nos desinteresamos de la cuestión de la justicia, bien elaboramos teorías sobre la justicia de corte moderno, que tienen en común proponer un único criterio cuyo seguimiento determinaría unívocamente la justicia de toda la legislación. Éste es el caso de John Rawls o Jürgen Habermas, entre otros.

Pero si atendemos a ‘las cosas’, que son múltiples y diversas, irreductibles unas a otras, sabiendo que no existe un lenguaje común o universal que las pueda comprender, más bien comprobamos que existen leyes políticas y leyes jurídicas. Si atendemos a una vertiente de su función, todas las leyes son jurídicas, ya que todas aportan criterios para determinar lo que corresponde a cada cual, sea en las propiedades, o en el uso de la palabra en el Parlamento. Pero si dejamos ahora de lado este punto de vista (este *respecto*, como dicen aún los anglosajones), es cierto que unas leyes se encaminan preferentemente a regular el funcionamiento y creación de los órganos de gobierno y de la administración sin que impliquen ningún contenido concreto de sus

27. “Chaque citoyen, en formant la société, s’est engagé à procurer le bien, la tranquillité et la sûreté des autres. Si donc la plus nombreuse partie entreprend d’opprimer et de perdre la plus foible, elle viole ses engagements, et par conséquent, l’autre partie est délié des siens”. *Questions de droit naturel et observations sur le Traité de la nature de M. Le Baron de Wolf*. Berne, 1742, pág. 348.

decisiones futuras, y que otras leyes aportan criterios para resolver conflictos de intereses²⁸. En las leyes políticas la justicia interviene como un 'bien constante' más, como en cualquier regulación que hagamos.

En cambio, el campo de la justicia o del derecho es distinto, porque en él han de callar las personas para dejar que 'hablen las cosas'. Un ejemplo aclarará esta tesis: es corriente oír en las reuniones de la Junta de Facultad frases como "Nosotros defendemos nuestros intereses". La razón por la que están reunidos representantes de los diversos estamentos universitarios en una sesión de la Junta de Facultad, radica en que todos ellos deben decidir lo que es 'útil' a la Facultad. Pero si un grupo se lanza a perseguir sus propios intereses en menoscabo del bien común, que es el motivo de su presencia allí, ese grupo está negando la razón por la que está allí presente, y eso es sólo prepotencia. Porque mandar, como reitera Alvaro d'Ors, es un modo de obedecer²⁹, y tanto carácter de mandatario posee el Presidente de los EE.UU. como el detentador de cualquier puesto administrativo: Ésta sería una cuestión interesante: ¿Por qué en el lenguaje informativo ordinario solamente llamamos mandatario al Presidente de los U.S.A.?

28. Con cierta exageración, Arnold Möhl ya diferenciaba las leyes jurídicas de las políticas: "Bei allen positiven Gesetzgebung muss übrigens ein beharrliches und ein bewegliches Element unterscheidet werden, jenes ist das moralische, dieses das politische. Das erstere ist ewig und unveränderlich, das letztere wandelbar und veränderlich, denn Moral und Politik, welche die Bestandteile eines jeden positives Rechts sind, verhalten sich wie Zweck und Mittel. Der moralische Bestandteil des Rechts besteht unabhängig von der Uebereinkunft der Menschen, hingegen der politische Bestandteil des Rechts beruht auf der Uebereinkunft der Menschen und ist nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker verschieden und man kan denselben, um mit Aristoteles zu reden, wie die Maase betrachten, welche auch nicht allenthalben gleich sind". *Ueber das Naturrecht*, cit., pág. 72. Estas ideas, sin dejar de ser ciertas, han de compaginarse con lo que explica Cotta, que a priori no hay límites entre derecho y política. Vid. *Itinerarios humanos del derecho*, cit., pág. 79.

29. Vid. *La violencia y el orden*, DYRSA, Madrid, 1987, pág. 47.

Notemos que esta cosa que nos vincula y capacita para decidir, es normalmente la única garantía que tenemos frente a la prepotencia. Ante las decisiones injustas de un órgano de gobierno —a las que llamamos injustas porque han prevalecido intereses particulares sobre el interés que da su razón de ser a ese órgano de gobierno— de poco o nada sirven las referencias a los derechos de la personalidad, y tales referencias sirven de poco, entre otras cosas, porque normalmente quienes las reciben perciben su inadecuación con la realidad, esto es, su falta de carga *real*.

Precisamente algunas reticencias ante la expansión del carácter personal de los derechos (porque los derechos son siempre personales, pero frecuentemente han de medirse, otorgarse, etc. según consideraciones reales) derivan del hecho de que esta nota de personalidad, llevada fuera de sus términos normales, facilita la mentalidad que ve en el criterio de la simple mayoría el marchamo último de la justicia en las decisiones. Y, además, este poner entre paréntesis la ocasional dimensión real de las competencias jurídicas, lleva a una unificación de los criterios en torno a las personas y no en torno a las cosas, y esto es injusticia. Porque la injusticia no suele consistir en romper lisa y llanamente las reglas del juego (muy torpe sería el que hiciera esto), sino en traspasar las exigencias de la personalidad desde una faceta del problema a otra faceta de esa persona que ha de ser regida por criterios distintos. Como cuando se dice “Fulano es un hombre de gran prestigio”. ¿Por qué? Porque ha ocupado cargos políticos importantes. Claro, la respuesta que procede en sede más sensata sería decir: “¿Qué tiene que ver su capacidad política con su competencia como médico?” No olvidemos la advertencia de Gustav Radbruch: Un hombre puede ser un buen padre de familia aunque toque mal la flauta.

Frecuentemente, la norma jurídica suele formular el deseo de que se trate algo desde el punto de vista que es “propio”. Pues la justicia consiste en regar lo seco, dar comida al hambriento o volver rápido lo lento: cualidades irreductibles las unas a las

otras. La mentalidad específicamente moderna, que seguía el criterio *formaliter* propuesto por Escoto, no fue capaz de estas distinciones, y Pascal se quejaba amargamente de ello: “La tiranía consiste en el deseo de dominación universal y fuera de lo normal. Hay diversas divisiones: de fuertes, de buenos, de capaces, de piadosos, cada uno de los cuales reina en lo suyo y no fuera; pero a veces se encuentran, y el fuerte y el bueno, por ejemplo, se baten tontamente, para decidir quien de los dos ha de reinar sobre el otro, cosa necia, porque su soberanía es de distinto género... Ved una muestra de falsos y tiránicos discursos: yo soy fuerte y se me debe amar. Yo soy bueno y se me debe temer... yo soy... La tiranía consiste en querer conseguir por un camino lo que no se puede conseguir más que por otro. Hay deberes distintos para con distinto mérito: deber de amar la bondad, deber de temer a la fuerza, deber de creer en la ciencia”³⁰.

VII. BIENES, COMPETENCIAS Y COSIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

Comte captó a su modo esta exageración de una sola cara del derecho y, frente al individualismo dominante a comienzos del siglo XIX, él entendió toda la vida jurídica a modo de funciones en el conjunto del organismo social. Consecuentemente, negó la existencia de los derechos subjetivos³¹. Años más tarde las corrientes solidarista e institucionalista francesas siguieron este camino y también se mostraron hostiles al individuo que posee

30. Pensamiento nº 332. Trad. de E. González-Blanco. Bergua, Madrid 1933.

31. De todos modos, las aportaciones de Augusto Comte deben ser entendidas matizadamente, porque Comte no propuso algo así como un simple “positivismo sociológico”, del tipo del de los empiristas de Uppsala o, más actualmente, de Luhmann. Comte quiso un sistema científico que tuviera al hombre como centro, de acuerdo con la utopía que triunfaba en aquellos años también en Fourier y Saint-Simon.

facultades al margen de su puesto social. Solamente me explico esta exageración como un correlato casi necesario de la exageración anterior que ellos combatían.

He aludido a que una de las manifestaciones de los hechos jurídicos es la competencia, además de los derechos de las personalidades. Pero es preciso aludir a otro tipo de derechos que no dependen en su existencia de una cosa concreta que nos vincule, ni tampoco disponen del carácter absoluto de los derechos de la personalidad. Las *qualitates personales* no se reducen a los derechos básicos que recogen las Declaraciones de derechos humanos o el Derecho penal, porque todos comprobamos que nuestro derecho a la seguridad, a la comodidad, a la limpieza, a la rapidez, al respeto, a la no-discriminación, a la libertad, etc. nos acompañan a todas partes y se acomodan necesariamente a la naturaleza de la ocupación que realicemos. A estos derechos los podemos llamar provisionalmente Bienes Constantes, porque son atributos de la personalidad, y se concretan automáticamente según la índole de la actividad que nos ocupa, porque es patente que un profesor de universidad puede exigir justificadamente mucha más limpieza en su trabajo que un minero.

Los derechos que resultan directamente desde la personalidad, los muchos derechos subjetivos de diverso carácter de que disponemos (basta consultar la pequeña pero inteligente obra de Hohfeld), lo que he llamado competencias y bienes constantes, ¿pueden ser aprehendidos en una definición única del derecho y de los hechos jurídicos? Parece que el intento de unificar doctrinalmente estas realidades tan distintas conduce forzosamente a una desfiguración de las formas cómo se nos manifiesta nuestra vida jurídica cotidiana. Los discípulos de Kant impusieron una visión del derecho contemplada desde un solo ángulo; lo mismo hizo Comte, y ambos tipos de intentos han conducido a graves arbitrariedades en las que se han negado los derechos de las personas. Porque tanto se niega la justicia desconociendo el derecho a la libertad de expresión como haciendo imposible lo que una

persona debe y puede hacer según la relación concreta. No denuncia las concretas arbitrariedades kantianas o socialistas (por llamarlas así), sino el tipo de explicación unitaria que nos han propuesto, que más que explicación o definición debe ser llamada, con Hegel, un 'principio del entendimiento', siempre verdadero, pero siempre falso por su excesiva unilateralidad.

¿Hay peligro de cosificación o de reificación³² en esta explicación del derecho civil –ya que no del derecho penal– que tiene en cuenta simultáneamente los derechos de la personalidad y el carácter real del baremo de las competencias? Creo que ha quedado descartado. Y si hemos de estar prevenidos contra ese insidioso enemigo que es la pereza mental, que lleva a estos reduccionismos arbitrarios, también hemos de poner brevedad en esta explicación, no sea que se produzca lo que denunciaba Guillermo Durando: "Frequens meditatio carnis est afflictio"³³.

32. Podemos entender por *reificación* lo que Hegel describe: "Así puede surgir, para contrarrestar el tormento de la vacuidad y de la negatividad, el anhelo de una objetividad en la que el hombre se rebaja complaciente a un estado de servidumbre y absoluta dependencia". *Principios de Filosofía del derecho*, cit., § 141.

33. *Speculum Juris*, ed. cit., Pars Tertia, L. IV, Partc. I, Rub. De liberum acceptione.