

## **TEORÍA DEL DERECHO**

(Pro manuscrito)

## ÍNDICE

### PRIMERA PARTE: ESTÁTICA JURÍDICA. UN MOMENTO PREFERENTEMENTE DESCRIPTIVO

#### DOS TIPOS DE PROFESIONALES DEL DERECHO

#### LA VIDA JURÍDICA ES COMPLEJA. LAS REGLAS Y NORMAS JURÍDICAS NO POSEEN UNA NATURALEZA ÚNICA: LOS DISTINTOS TIPOS DE REGLAS JURÍDICAS

*El “derecho”, una masa heterogénea de normas y principios*

*Las Reglas Tipo “A” o constitucionales*

*(Necesidad de la aceptación)*

*Luces y sombras de nuestras ideas*

*Las Reglas Tipo “B” o legislación política*

*(Emerge un dilema)*

*(Dos tipos de normas políticas)*

*a) Las normas que se fundamentan en la moral*

*b) Las normas políticas instrumentales*

*La noción de “utilitas”, tan clásica como actual*

*a) Utilidad y moralidad*

*b) Algunas reflexiones sobre las relaciones entre el derecho y la moral*

*Las reglas tipo “C” o la jurisprudencia*

*Consideraciones dispersas*

#### EL DERECHO PENAL EN EL CONJUNTO DEL DERECHO

*Derecho penal y ‘derecho civil’*

*Si son posibles los reduccionismos en la descripción del derecho*

## **DERECHO Y POLÍTICA**

*La unificación de todas las mediaciones humanas*

*El carácter unitario de la política frente a la diversidad del derecho*

*a. La idea moderna de Unidad.*

*b. La utilidad política y la diversidad de bienes jurídicos.*

*El poder político ‘concorre’ con los otros poderes*

## **DERECHOS, COMPETENCIAS, Y BIENES CONSTANTES**

*Derecho y pactos: insuficiencias del contractualismo.*

*Los fundamentos de la obediencia jurídica*

*Persona y ‘officium’*

*Los derechos subjetivos*

*Los “Bienes Constantes”*

## **IMPUTACIÓN: RESPONSABILIDAD, AUTORÍA Y CULPABILIDAD**

## **SEGUNDA PARTE**

### **CRITERIOS DE LA JUSTICIA**

*Avatares históricos*

*La persona en el derecho*

*(La Modernidad propuso sus explicaciones sobre la persona)*

*(La influencia del método científico moderno sobre la noción de la persona)*

*(Las tesis teológicas)*

*(La negación moderna de las personas)*

*(¿Qué fue de estas teorías?)*

*Personalismo y realismo jurídico*

*(Las objetividades personales en la determinación de la justicia)*

*(Las realidades (las cosas) y las personas)*

*(Las personas en sus entornos políticos)*

*(Personas y judicatura)*

*La distinción entre lo dado y lo real*

*(Dos observaciones)*

*(Lo ideal y lo real)*

*(Realidad y sentido)*

*El “medium rei”*

*Matizaciones al “medium rei”*

*La contradicción omnipresente*

*¿Bienes absolutos?*

*(El problema de elegir)*

*(La pluralidad irreductible)*

*(Contra el atomismo: mirar al conjunto)*

## **EL PLANO MEDIO DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA**

*El derecho no se define por un único rasgo*

*Los movimientos de cada ser*

*(Buscamos lo ya nuestro)*

*(La congruencia en lo público)*

*(Las personas en sus determinaciones)*

*Uniformidad política y heterogeneidad jurídica*

Hablar hoy de Teoría del derecho es tanto como tratar la Filosofía del derecho. Hace pocos años no era así, porque los positivistas mantenían que la Teoría del derecho había de ocuparse del examen de las estructuras necesarias del derecho que ya existe; sería un examen científico porque sacaría a la luz las nociones formales que están y han de estar en la base de todo ordenamiento jurídico. Por el contrario, la Filosofía del derecho se ocuparía del derecho que ha de ser según las ideas sobre la justicia que tuviera cada cual. De este modo, mientras que la Teoría del derecho se ocupaba de las estructuras necesarias del derecho, la Filosofía del derecho trataba de las valoraciones que deberían dirigir la creación del derecho nuevo. La Teoría sería puramente descriptiva y por tanto científica e indiscutible, y la Filosofía sería estrictamente valorativa, dependiendo de los sentimientos de cada persona o de los valores momentáneamente compartidos por la comunidad jurídica.

Esta distinción nació entre las manos de los que integraron las corrientes que fueron conocidas genéricamente como positivismo jurídico, que constituyeron la base teórica del Estado. A comienzos del siglo XIX, diversos juristas y filósofos decidieron racionalizar la convivencia política y exigieron crear el Estado. La palabra Estado ha de escribirse con mayúscula, porque es un nombre propio. Antes del Estado habían existido las diversas formas políticas del Antiguo Régimen, que acabó –convencionalmente- con la Revolución de 1789.

El Antiguo Régimen se caracterizó por la descentralización jurídica y, en menor medida, también política. Un ejemplo: en una ciudad española del siglo XVI, un tribunal podía aplicar distintos ordenamientos jurídicos, pues podía aplicar el *Jus Commune*, el derecho dictado por el Rey (Las Partidas, Toro), por los fueros y privilegios propios de esa ciudad, por las costumbres locales, o por el derecho canónico. Esta fragmentación jurídica no podía subsistir porque los ideales de la Edad Moderna mostraban a su época como especialmente indeseable, y los juristas y filósofos de los siglos XVI, XVII y XVIII deseaban renovar la sociedad. En este punto se dividieron los universitarios. Los conservadores entendieron que la renovación de algunas instituciones había de hacerse políticamente –esto es, reordenando la sociedad desde las alturas del poder político- pero que la renovación de las costumbres y en general de los hombres era una tarea personal; en todo caso podrían ayudar en este empeño instituciones que entonces comenzaron a llamarse intermedias, como eran las

Sociedades de Amigos del País, las órdenes religiosas, los casinos, ateneos, academias, etc. Los conservadores no creyeron que alguna forma política tuviera por sí sola una especial fuerza redentora de y entendieron –según la tradición cristiana– que la renovación de las personas era ante todo tarea personal; por esto, no vieron la necesidad de negar el valor jurídico de los distintos ordenamientos jurídicos existentes: no creían que al unificar la legislación, el orden social nuevo que producirían esas leyes hubiera de ser necesariamente mejor que el ya existente.

Pero el pluralismo jurídico y político estaba condenado muerte (al menos momentáneamente), porque la Edad Moderna estuvo dominada por una nueva especie de universitarios, inexistentes hasta entonces, que eran los progresistas, que estaban dominados por la idea moderna de la Unidad y creían en el progreso perenne e irreversible. Necesitaban reformar toda la sociedad, y esto solamente podía ser conseguido a través de un poder único que fuera al mismo tiempo político y jurídico: la tarea de la renovación humana o moral era una tarea ante todo política y legal. Para ellos era evidente que todo lo fragmentario, todo lo que no acabara convergiendo en un poder único que racionalizara a la sociedad, era irracional. Reclamaban perentoriamente la centralización jurídica, política y administrativa. Este nuevo poder que había de reunir en sí todas las capacidades era el Estado, que había de dictar una legislación “cierta, única y universal”, tal como nos informaba Antonio Rosmini-Serbati.

Según algunos, la columna vertebral del nuevo orden que había de ser impuesto por las leyes del Estado, había de estar constituida por la defensa de los derechos individuales del hombre; tal fue el caso de los liberales, normalmente apoyados en la doctrina de Locke. Este sector de doctrinarios políticos defendieron lo que los alemanes llamaron el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) porque la finalidad del poder público era la de defender los tres derechos naturales del hombre, la propiedad, la libertad y la igualdad; en Francia se le llamó el Estado Gendarme, porque entendieron que la máquina política era ante todo una fuerza policial que había de defender a los propietarios.

Junto a este Estado de corte liberal se desarrolló el pensamiento más propiamente democrático, que fue el que propuso Rousseau. Según este filósofo los hombres aislados carecen de moralidad y de derechos, y en tanto que aislados permanecen indiferentes unos con los otros, porque desconocen el sentido para la moral

y para la justicia. La moralidad, y con ella la justicia, sólo es reconocible socialmente, cuando el gobernante busca el único interés que realmente es común a todos los ciudadanos; llamó a este interés, siempre justo y fuente de toda justicia, ‘voluntad general’; las voluntades de los hombres aislados, que es la que se expresa en las votaciones reales, no es fiable, porque los hombres no sabemos lo que nos conviene; a estas voluntades expresadas en las urnas, las llamó ‘voluntad de todos’; el gobernante político es el único ser humano capacitado para imponer la verdadera justicia. El poder del Estado ha de excluir a los otros poderes, que son por definición egoístas. Bajo el influjo de Rousseau –que creó y contribuyó a extender una mentalidad política extraordinariamente fuerte- los sindicalistas fueron perseguidos en Francia, durante el siglo XIX, como si fueran delincuentes.

El dato relevante que poseyeron en común los liberales y los demócratas fue erigir un solitario centro del poder que era el único capacitado para cobrar los impuestos y, de la mano del dinero recaudado, dictar las leyes que administrarían esos fondos en beneficio del pueblo. Según los grandes teóricos alemanes del siglo XIX – Gerber y Laband- solamente existían dos poderes en el Estado: el legislativo y el ejecutivo; no era necesario considerar que los jueces constituirían un tercer poder, ya que su única función era la de aplicar las leyes, que era una cosa que podía hacer cualquier funcionario. Pero esto implicaba dejar a los ciudadanos en las manos de quien dominaba la creación de las leyes. Para orillar este peligro, diversos juristas del siglo XX trataron de reivindicar las funciones adaptadoras y creadoras de los jueces. Georg Jellinek, Adolf Merkl y Hans Kelsen colaboraron en este empeño, cada cual desde un punto de vista diferente.

A la altura de 1945, acabada la II Guerra Mundial, la teoría de la política se encontraba en una situación paradójica: todos defendían la forma política del Estado, cuya alma más íntima era la afirmación del monopolio del poder y de la fuerza en una sola mano; pero a la vista de los abusos a los que había conducido la afirmación de la fuerza del Estado, los teóricos de la política mantuvieron que el Estado había de componerse de tres partes realmente diferentes, como eran los poderes legislativo, judicial y ejecutivo. Sin pretender caer en ironías fáciles, estos teóricos se encontraron en una situación parecida a la de los primeros teólogos cristianos, que habían de explicar cómo Dios era uno y, a la vez, tres personas distintas. Los teólogos encontraban allanado su camino porque un cristiano sabe que la capacidad de la razón

humana es constitutivamente incapaz de explicar la realidad con precisión, y que lo pueda decir de Dios solamente puede aspirar a ser parecido (análogo) a lo que Dios es. Pero los diseñadores de la nueva forma política que es el Estado, propusieron una solución de naturaleza parecida, paradójicamente en nombre de la razón.

¿Es realista este empeño? Juzgue el lector: en España tenemos cada cuatro años elecciones generales en las que votamos directamente a los que han de componer el Parlamento. El partido que obtiene el número suficiente de parlamentarios forma el gobierno: el poder ejecutivo es nombrado desde el legislativo, y ambos poderes se confunden habitualmente. El tercer poder, que es el judicial, está gobernado por el Consejo General del Poder Judicial, cuyos miembros están nombrados por los partidos presentes en el Parlamento. A su vez, los miembros de los dos tribunales más importantes, cuya jurisprudencia determina a las de los otros tribunales inferiores, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, son nombrados del mismo modo que los integrantes del Consejo General. Quien quiera ser muy lógico ha de concluir que el poder legislativo es el que domina de forma prácticamente íntegra al judicial y al ejecutivo. En la práctica son los partidos votados mayoritariamente los que dominan el gobierno, el Parlamento y a los jueces.

Si el Estado permaneciera tal como vivió en el siglo XIX y buena parte del XX, la crítica no podría ir más allá. Pero en los comienzos del siglo XXI vivimos de hecho una situación política bastante distinta, de modo que en lugar de hablar de una situación política, quizá fuera más preciso referirnos a situaciones políticas diferentes. Sucede que el positivismo jurídico –que es la explicación teórica del Estado- se ha visto desbordado por arriba (por así decir) y por debajo. El Estado suponía siempre una comunidad más o menos cerrada y autónoma, independiente frente a los otros Estados, y con una administración pública –incluido el poder judicial- obediente. Se ha visto desbordado por arriba porque hoy apenas ningún país puede declararse autónomo frente a la comunidad internacional; los Estados que pretenden llevar una vida independiente ya no son posibles. Cuba depende actualmente de la ayuda de Venezuela, y Corea del Norte de la generosidad de China. El resto de los Estados, bien se integran en comunidades superiores (Europa Unida, por ejemplo), o bien mantienen tal interdependencia internacional que no son pensables llevando una vida aislada.

El Estado tradicional se ha visto igualmente desbordado ‘por debajo’, porque ha desaparecido la imagen del funcionario antiguo, que representaba un hombre de

especiales buenas costumbres, respetuoso con su patria y su función pública, dócil ante las instancias superiores. Esta falta de disciplina administrativa –por llamarla así- se muestra especialmente viva en el estamento judicial: el juez actual no se ve a sí mismo como un simple aplicador de las leyes, sino como una persona más destinada a hacer justicia que no a obedecer ciegamente, de modo que va siendo frecuente que jueces que no forman parte del Tribunal Supremo ni del Tribunal Constitucional, interpreten ellos la Constitución directamente y proporcionen soluciones que no se ajustan a la letra de la legislación alegada. Aunque siempre permanecerán, en definitiva, bajo los criterios que impongan los Altos Tribunales. Lo que no quita valor a la afirmación anterior.

Este hecho se ve extraordinariamente potenciado por el exceso de leyes, decretos, órdenes ministeriales o sentencias de los altos tribunales. Los franceses (siempre tan pulcros) calculan que tienen vigentes unas cuatro mil leyes; los alemanes entienden que, tras la reunificación de Alemania, disponen de unas nueve mil leyes; los italianos estiman que tienen ciento veinte mil<sup>1</sup>. Estos cálculos son poco creíbles, o por lo menos inducen a confusión porque, normalmente, lo contenido en las leyes ha de ser desarrollado mediante reglamentos que revisten formas de decretos, órdenes ministeriales, y otras disposiciones, a las que hay que filtrar por las sentencias de los tribunales, que amplían o restringen el alcance de cada disposición normativa según cada caso. En España no hay un abogado tan ingenuo –fuera de casos excepcionales- que se atreva a alegar directamente una ley; sucede más bien que la alegación de la ley se sustenta en un largo proceso de razonamientos previos en el que al filo de sentencias, disposiciones inferiores a las leyes, y razonamientos personales del abogado (a los que los ingleses llamaban los *índices* de la búsqueda<sup>2</sup>), la ley final en la que fundamenta su

---

<sup>1</sup> . Son datos que proporcionó el Prof. Amarelli en un seminario mantenido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz hace pocos años.

<sup>2</sup> . Los ingleses del siglo XIX dedicaron tiempo al estudio de los ‘índices’ que han de guiar la búsqueda de las reglas legales a la vista de las circunstancias de cada caso. John Austin, en sus *Lectures*, explicó a veces que los índices primarios han de ser los *prima principia* de la razón práctica (*Lectures*, p. 106), a veces que la utilidad medida por las consecuencias ha de ser el único *index* (*Lectures*, p. 112), a veces que el juez ha de dejarse guiar ante todo por el significado usual de las palabras (*Lectures*, p. 624), en otros momentos atendió a lo que llamó “los residuos” del caso (*Lectures*, p. 626-27). En otros momentos matizó más y explicó que la intuición moral es decisiva, pero no como *index* exclusivo (*Lectures*, p. 144) porque el *moral sense* no es el único *index* (*Lectures*, p. 153). Es más ambiguo cuando explica que el *index* primario es necesario pero debe ser modificado (*Lectures*, p. 625). Cito por la 5ª edición de sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophie of Positive Law*, John Murray, London, 1911.

argumentación aparece seleccionada entre otras instancias normativas que podrían haber sido citadas.

Si estuviera aún vivo el Estado tradicional, habría que hablar de pirámides normativas, de los distintos grados de la legislación, o de los criterios clásicos de la interpretación de las leyes; es decir, habría que explicar la antigua Teoría del derecho que contemplaba estructuras lógicas inmutables en el derecho. Pero también los positivistas han acabado comprendiendo que la ‘voluntad del Estado’ no se nos manifiesta tan unívocamente, y que las normas jurídicas son, en realidad, seleccionadas, en un proceso complejo en el que los principios generales juegan una función importante en el momento de detectar la legislación que hace al caso. Pero los positivistas no han dejado de ser positivistas, porque el positivismo es mucho más que una actitud científica; ante todo representa una toma de posición personal, según que el teórico del derecho sea de izquierdas o de derechas. Si pertenece al bando de la izquierda tendrá en cuenta las matizaciones ya expuestas, y se presenta a sí mismo como representante del positivismo jurídico incluyente<sup>3</sup>. Tratan, por lo menos, de no perder el rótulo de ‘Positivismo jurídico’.

Obviamente, la Teoría del derecho, ahora, no puede consistir en una reiteración de las doctrinas que estaban vigentes en el siglo XX, aunque a estas doctrinas se le añadan matices. Una teoría jurídica actual, acomodada a la práctica del derecho de hoy, y que asume también a las explicaciones teóricas actuales, ha de ser necesariamente innovadora. Esto sitúa al profesor en una situación incómoda por el carácter algo radical y último de lo que ha de exponer. Porque si parte desde el estudio de las leyes, presentándolas como una pirámide en cuya cima estaría la Constitución, engaña a sus lectores: hoy, la Constitución se manifiesta más bien como la amplia base de esa pirámide en la que tantas soluciones encuentran ‘apoyo’. Pero si parte desde el análisis de las dificultades hermenéuticas aludidas, complicará demasiado el estudio de sus alumnos, que quieren explicaciones claras. Se trata de una claridad que frecuentemente ni existe ni puede existir, pero desde la que el profesor debe partir analizando aparentemente la doctrina sobre las leyes.

---

<sup>3</sup>. Vid. el estudio de Pedro Serna, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.

La situación del profesor de derecho es parecida a la de los profesores de una Facultad de Física. El físico sabe que ya pasaron los tiempos en los que el método de Newton era considerado el único método científico, porque las explicaciones de Planck, Heisenberg, Weizsäcker y otros han mostrado que aquel método es sencillamente falso, y que es una falsedad que se puede comprobar experimentalmente; sabe que las explicaciones de Gödel han mostrado que todo conjunto teorematizado completo ha de incluir axiomas que son necesariamente contradictorios con lo expuesto en ese teorema; sabe que las doctrinas de Einstein apenas se pueden concordar con las otras. Einstein trabajó los veinte últimos años de su vida tratando de conciliar a Newton con Planck y con sus propias teorías. No sólo no logró conciliarlas, sino contempló que conforme aparecían nuevos físicos teóricos competentes, en mayor medida se fragmentaba la imagen unitaria del mundo físico. Pero el profesor de física no puede partir ante sus alumnos de primer curso explicándoles esta dispersión de la racionalidad científica, porque si lo hiciera, antes conseguiría locos que no entendidos en física. Debe partir desde la mecánica de Newton –ahora llamada simplemente mecánica clásica- y desde ella, abordar más tarde la empresa de explicarles a Planck y a Gödel. Ha de hacer esto porque la mecánica de Newton constituye como la metafísica necesaria de la razón humana; es una metafísica que falla, pero es la mecánica que puede entender más fácilmente nuestra razón.

El profesor de Teoría del derecho ha de aprender del profesor de Física, esto es, ha de ser humilde y afirmar todo lo que sea cierto. La mecánica de Newton, apoyada en tantas figuras geométricas que solamente existen en la imaginación humana y que demuestran ser falsas cuando es preciso explicarlas matemáticamente, constituye el ‘soporte’ más fácil para comenzar el estudio de la Física, porque, como señala Bergson, esta mecánica ‘clásica’ constituye la metafísica natural del espíritu humano<sup>4</sup>. En la teoría del derecho tenemos nuestra propia metafísica, tan cierta como falsa, que es la compuesta por el estudio ordenado de las leyes. Una vez que el estudiante se introduce en la vida práctica –esto es, real- del derecho, pierde frecuentemente de vista aquel

---

<sup>4</sup> . Bergson dio a entender este hecho. En unas ocasiones escribe que existe una lógica natural que nace desde la extensión de una cierta geometría natural, sugerida por las propiedades generales e inmediatamente apercibidas de los sólidos. Desde esta lógica natural ha surgido la geometría científica, que extiende indefinidamente las propiedades exteriores de los cuerpos. Vid. *L'évolution créatrice*, en « Œuvres », PUF, Paris, 5ª ed., 1991, p. 633. En otros momentos explica que creer que los cuerpos vivos pueden ser estudiados como el sistema solar, matemáticamente, ésta es una cierta metafísica desarrollada tras los descubrimientos de Galileo, pero que verdaderamente es la metafísica natural del espíritu humano. Vid. *L'évolution*, cit., p. 511.

orden que le enseñaron en la Facultad, y comprueba la verdad de lo indicado líneas arriba. Pero los profesores no pueden hacer otra cosa, y como la necesidad justifica prácticamente todo, ellos se encuentran justificados cuando enseñan lo que ha de ser enseñado necesariamente así aunque no acabe de ser cierto.

Lo que implica que, en el caso de este manual, el estudio del conjunto del derecho comenzará por el estudio de las leyes. El autor de él se somete a la misma disciplina que el profesor de física ha de adoptar cuando comienza explicando a Newton y el de geometría que explica ante todo a Euclides. Ya llegará un momento posterior en el que Newton y Euclides queden seriamente matizados.

**PRIMERA PARTE**  
**ESTÁTICA JURÍDICA: UN MOMENTO PREFERENTEMENTE**  
**DESCRIPTIVO**

## DOS TIPOS DE PROFESIONALES DEL DERECHO

Existen dos tipos básicos de las personas que se ocupan del derecho. Uno, el que podríamos llamar del gestor, porque muchos licenciados en derecho se ganan bien la vida procediendo de forma similar a la de los gestores administrativos: Son personas que preferentemente se interesan por las disposiciones legales (en menor medida sentencias), que para ellos son inmediatamente aplicables. Este tipo de jurista depende del Boletín Oficial del Estado, en el que encuentra cotidianamente las directivas para su trabajo. Normalmente suele dedicarse a ramas del derecho conectadas inmediatamente a las normas positivas, tales como el derecho fiscal, el derecho laboral, o el derecho administrativo. Apenas se interesa por los libros de doctrina jurídica, y es lógico, porque él entiende que en estas disciplinas tan dependientes del criterio del legislador, hay poco que argumentar, a no ser en casos algo raros estadísticamente: tengamos en cuenta que cuanto más discrecional es una disposición, menos margen queda para la interpretación. Este tipo de personas entiende bien, intuitivamente, los postulados fundamentales del Positivismo jurídico, que hace propios como cosa evidente. Este jurista es ante todo una persona pragmática, un *lawyer*.

El segundo tipo de jurista es algo distinto. No se inclina tanto por los asuntos propios del derecho público y prefiere el derecho privado, especialmente el derecho civil y el derecho mercantil, en los que ve amplias zonas para la argumentación propia: Si le preguntáramos por qué considera tal argumentación como jurídica, no sabría responder bien, porque se guía ante todo por su instinto legal, por usar una expresión anglosajona. Sabe, de forma igualmente intuitiva, que las leyes expresamente dictadas por el poder legislativo cubren directamente un cierto sector de los problemas jurídicos cotidianos, o que realmente cubren todos los sectores pero a condición de ser interpretadas. Si esto no fuera así, ¿por qué cualquier código civil -que es un libro pequeño- ha sido comentado casi siempre en más de veinte volúmenes, y aún así siempre de forma descaradamente incompleta? Este hecho es para él evidente en su existencia y necesidad. Aprecia estos comentarios hechos por expertos que son personas privadas, sin especial poder legislativo, llamados genéricamente la ‘doctrina’ (doctrina juris), y consulta con atención la jurisprudencia del Tribunal Supremo no sólo porque este Tribunal es el máximo, o el superior, sino también porque sabe que en las

sentencias suyas, siempre argumentadas, se va sedimentando esa doctrina jurídica que tanta dificultades resuelve.

Pero este tipo de jurista sabe que estos comentarios son tan imprescindibles como insuficientes, y ahí está el ejemplo del legislador prusiano del siglo XVIII: Prusia fue el primer Estado que resumió su derecho más fundamental en un código. El Káiser rechazó el proyecto de Samuel Coccejus porque (entre otras cosas) constituía un libro demasiado extenso, técnico y por tanto complicado, difícil de consultar por una persona que no tuviera estudios jurídicos. Como los prusianos han sido siempre tan concienzudos, el mismo Káiser que promulgó el código nombró una Comisión de Codificación que resolviera con fuerza vinculante ('interpretación auténtica') las dudas que se les pudieran suscitar a los jueces a propósito del pequeño código. Como en pocos años de trabajo de la Comisión de Codificación los libros que aclaraban esta ley pequeña componían ya treinta volúmenes, la Comisión de Codificación hubo de ser suprimida, entre otras cosas por sentido del ridículo.

Y es especialmente importante el hecho de que este jurista sabe también que las opiniones contenidas en los tratados no-nacionales valen igualmente para el derecho nacional, porque el derecho privado es mucho menos arbitrario que el derecho público. Por este motivo (aunque no es el único), él sabe que el derecho no se compone enteramente de leyes dictadas por el Estado, porque si así fuera, ¿a qué se debe que el derecho privado haya permanecido poco cambiado desde Roma hasta hoy, y que actualmente sea substancialmente parecido en los países de Occidente? El derecho público romano, por contra, no tiene hoy ningún valor propiamente jurídico, y de él se ocupan solamente los historiadores. Aunque este jurista no haga expresamente estas reflexiones, intuye que ambas ramas del derecho -el Público y el Privado- son realidades como de naturaleza distinta, una sometida al cambio histórico, y la otra más permanente.

Estamos ante dos tipos de personas, unas más dependientes de las disposiciones del poder público, y otras con un espíritu más independiente. En el primer esquema encajan bien los funcionarios, que son servidores del Estado; lo realmente peligroso es que acaben degenerando en funcionarios del pensamiento: 'Denkbeamte'. A los más juristas, por contra, no les sienta bien el calificativo de servidores del Estado, porque tienden a sentir (más que a pensar) que por qué razón van a ser ellos, hombres libres, servidores de algún poder. Saben que los funcionarios o los expertos que designan los

políticos para redactar las leyes tienen unos conocimientos del derecho que no son superiores a los suyos y, como es lógico, no entienden bien por qué ellos han de obedecer a estas personas, porque para este tipo de juristas la creación del derecho no es tanto asunto de poder o fuerza (*potestas*) como de saber hacer las cosas bien: *Auctoritas*. Los juristas del tipo anterior, en cambio, tienden a pensar el derecho no es tanto asunto de consultar a la realidad, sino de construir la sociedad: Se ven a sí mismos como los directores de la ingeniería social, y contemplan las leyes desde el ángulo de la Organización Social, tal como la llamaba Álvaro d'Ors. Desde ellos surgen frecuentemente todo tipo de políticos, porque es normal que estas personas posean vocación política: Su presentación social externa los muestra como personas brillantes, de ideas claras, con soluciones para casi todo y con gran comprensión de las estructuras sociales y políticas más generales: Suelen saber con facilidad quienes son los ministros, los cargos altos de los ministerios, etc. Cosa que no sucede tan frecuentemente con los juristas que se inclinan hacia el derecho privado, que no suelen tener ideas tan claras ni ser tan contundentes, y que desde luego carecen del aplomo y la seguridad de aquellos otros.

Alguno podría preguntarse que por qué grupo hemos de optar. Por ninguno en particular: Cuando estudiemos los distintos tipos de reglas jurídicas veremos que lo que llamamos derecho o normas jurídicas, sin matizar más momentáneamente, se compone en realidad de cosas distintas, y que cada tipo humano tiene su acomodo. Lo realmente importante es que nadie tome la parte por el todo, porque si es cierto (que lo es) que el Estado debe legislar creando leyes que faciliten la construcción de pantanos, la creación de hospitales o la regulación de las importaciones y exportaciones, también es cierto que la actividad jurídica desborda con mucho el sector del derecho que componen este tipo de leyes. Por esta razón, uno y otro deben saber que se ocupan de actividades distintas, pero ambas necesarias. Y si es incorrecto hacer toda una Teoría Jurídica desde la actitud de los privatistas, también es cierto que es igualmente incorrecto hacer otra Teoría Jurídica desde el ángulo de los 'ordenancistas'<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> . Quizá el problema que plantean las Teorías del Derecho existentes está precisamente aquí, en que tales Teorías las hemos hecho desde la óptica del Estado legislador, cosa que era imprescindible para afianzar el poder del Estado en los siglos XIX y XX. Pero ahora, a comienzos del siglo XXI, podemos decir que tan importante es un ángulo del derecho como el otro.

Hic!

## **LA VIDA JURÍDICA ES COMPLEJA**

La realidad del derecho más allá y más acá de las normas, la reconocemos en la experiencia jurídica cotidiana. Al estudioso del derecho siempre le asalta una aporía: la gente de la calle cree que el derecho se compone de un conjunto de normas generales que son o han de ser claras y precisas, y que gracias a esta precisión todos podemos comprar y vender cosas, irnos de vacaciones o matricularnos en la Facultad. Pero este hombre sencillo se queda sorprendido ante muchas sentencias de los jueces que no alcanza a comprender. No me refiero a los casos en los que el juez posee amplia discrecionalidad, como sucede al fijar la cuantía de las pensiones que los maridos separados deben pagar a sus ex esposas: En estos casos no queda nadie contento. Me refiero a los casos en los que existe -por así decir- una naturaleza jurídica de las relaciones en juego, que debería ser clara a tenor de las leyes que las regulan, pero que distan mucho de poseer tal claridad en la práctica de los Juzgados y Audiencias. Siempre ha existido la tendencia a echar la culpa de esta falta de claridad a los profesionales del derecho, que a veces son vistos como gusanos que se nutren de la madera podrida (es la terminología de von Kirchmann), y que les interesa que, efectivamente, la madera esté lo más podrida posible.

Prescindiendo de posibles abusos, sucede más bien que la vida humana, sea en el plano moral, sea en el jurídico, no es tan sencilla como la que nos muestra el mundo un tanto irreal de las normas generales. William James, uno de los fundadores de la escuela pragmatista norteamericana a comienzos del siglo XX, reparaba en este hecho, y prefiero transcribir sus palabras: “Quisiera haber conservado las dos primeras páginas de una tesis que un estudiante me confió hace dos años. Ilustrarían mi punto de vista tan claramente que lamento no poder leérselas ahora. Este joven que se graduó en una institución del Oeste, comenzaba diciendo que siempre había considerado evidente que cuando se entra en una clase se establece una relación con el Universo totalmente distinta de la que se tiene en la calle. Se supone que las dos tienen tan poco en común la una con la otra, decía, que no puede la mente estar ocupada con ambas al mismo

tiempo. El mundo de las experiencias concretas personales, al que pertenece la calle, es múltiple hasta el infinito, embrollado, fangoso, lleno de dolores y vacilaciones. El mundo en el que nos introduce el profesor de Filosofía es sencillo, limpio y noble. Las contradicciones de la vida real están ausentes en él. Su arquitectura es clásica. Los principios de la razón trazan sus esquemas, las necesidades lógicas unen sus partes. Expresan pureza y dignidad. Es una especie de templo de mármol brillando sobre una colina”.

El derecho no siempre posee un carácter unitario. Un primer factor que produce esta complejidad está el hecho innegable de la ausencia del carácter unitario del derecho. Para entender la experiencia del derecho, es preferible perder de vista la noción del derecho como un ‘todo global’ y atender a lo que intentamos hacer en cada caso concreto. A veces será útil la figura de la globalidad, y a veces nos confundirá. Porque el derecho nacional está compuesto por cientos de instituciones distintas que tienen finalidades diversas, y alegar que el derecho es aquel conjunto de normas que están coactivamente respaldadas por la fuerza organizada de la sociedad, explica muy poco porque no resuelve los quebraderos de cabeza de los jueces, legisladores, registradores de la propiedad, abogados, notarios o asesores fiscales.

Pero esta complejidad de los actos vitales queda ahogada por la sencillez y contundencia de las definiciones, que establecen el derecho en general, o que tal rama del derecho, es tal o cual cosa. Las definiciones en el derecho son cosa muy moderna, del siglo XIX, cuando el dogmatismo suplantó la búsqueda concreta y modesta de cada caso. Antes regía el dicho romano que expresaba que “Omnis definitio est in jure periculosa”. Si el derecho se pudiera definir únicamente en función de tal o cual rasgo, estarían de más los análisis jurídicos, o la formación de conceptos y categorías que hacen los juristas y que normalmente recogen los jueces en las motivaciones de sus sentencias. Porque si realmente la vida jurídica se resolviera en lo que expresa la definición, estos análisis y argumentaciones no tendrían razón de ser.

Hic!

## **LAS REGLAS Y NORMAS JURÍDICAS NO POSEEN UNA NATURALEZA ÚNICA: LOS DISTINTOS TIPOS DE REGLAS JURÍDICAS**

Entramos ahora en un tema que es, ciertamente, bien complejo. Hablo de complejidad porque, entre otras cosas, aquí se entrecruzan varias cuestiones algo distintas, aunque muy unidas en la praxis vital personal. Una cuestión que sí quiero tratar ahora, y que me parece que es como la llave para entender aceptablemente este conjunto de problemas, es la de las relaciones entre el derecho y la legislación, por un lado, y la génesis de buena parte de la moral, de otro. Quizá pueda parecer al lector que éste último es un tema que poco tiene que ver con la distinción entre actividad jurídica y política. Espero que al final del capítulo piense de otro modo.

Si partimos de la tesis de que el derecho es el esfuerzo por hacer justicia, aparece con claridad que el derecho es parte de la moral, porque la Justicia misma no es más que un sector de la misma moral. Por ello, en una primera aproximación, podemos entender que el derecho es en sí moral o inmoral, aunque esta afirmación requerirá de algunas matizaciones. Quisiera dejar sentado, antes que otra cosa, que siento una cierta aversión ante las explicaciones de algunos autores sobre la realidad jurídica, a tenor de las cuales primero existiría el derecho y, en un segundo momento, aparecería una misteriosa “moral”, surgida de donde nadie sabe, que enjuiciaría al derecho. De este modo, derecho y moral irían disociados en su génesis, y sólo en un momento posterior, la moral -que se entiende superior al derecho- juzgaría a éste. Esto es verdad, pero sólo hasta cierto punto. Y como las verdades a medias suelen ser mentiras peligrosas, es preciso examinar el tema más de cerca.

Hago estas observaciones porque cualquiera que ojee un manual al uso de Filosofía del derecho, se encontrará con un capítulo dedicado a “Los fines o funciones del derecho”, en el que se habla (como “fines del derecho”) de “eficacia, seguridad, justicia”. Me parece, en cambio, que la eficacia o utilidad no “concorre” con la justicia en la génesis del derecho. Sucede, más bien, que suele ser la utilidad o necesidad la que constituye la justicia, y por este motivo, es preciso rehabilitar la doctrina antigua acerca de la utilitas. Por tanto -aunque esto suponga adelantar ideas- no podemos separar

Política y moral. La Política es el empeño de los hombres por realizarse colectiva y personalmente; que la Política es un empeño colectivo, no necesita de más explicaciones. Pero también es un esfuerzo que afecta a las individualidades porque la Política sitúa y hace posibles las condiciones necesarias, mínimas o suficientes para el desarrollo personal. La Política, guiada por la utilitas, es en buena medida sinónima de realización específicamente “moral”. Si separamos la utilitas de la moral, ¿qué queda de ésta? Por este camino me temo que la moral queda reducida a un conjunto de normas que no se sabe bien para qué sirven, aunque en la práctica cumplen la eficaz función de encorsetarnos inhumanamente la vida. Así, de una parte, estaría la moral, adusta, severa y seca; y de otra, la Política, con la que intentaríamos “solamente” ser felices o vivir mejor. Entiendo que no podemos dissociar la virtud de la praxis que desarrollamos para “vivir mejor”. Esta praxis ha de tener un telos, un fin último, y este fin pasa necesariamente a través de la “utilidad”.

Esto, así expuesto, se puede prestar a confusiones, y antes que nada quisiera aludir a lo que no pretendo mantener. Concretamente, desde que en el siglo pasado se pusieron de moda utopías redentoras de todo el hombre, la Política se ha visto rodeada de un halo místico, porque era considerada como la instancia redentora por excelencia; afortunadamente, ésta es hoy es una visión *demodé*. Hoy hemos vuelto a saber que la “salvación” es una cuestión fundamentalmente personal, y por esta razón suscribo las palabras de Andrés Ollero: “Por eso se ha dicho que el derecho es un mínimo ético. El derecho no aspira a que la gente sea santa; aspira a que la gente conviva pacíficamente, de manera que -si quiere- pueda ser santa o -si quiere- pueda ganar dinero o hacer cualquier otra cosa; pero no intenta realizar al hombre en su plenitud”.

Esta idea, sin embargo, no siempre es bien entendida en el mundo académico, porque este mundo especial sigue aferrado aún a la tesis de una “razón total”, de una comprensión de la vida social desde la que podamos dar sentido a cualquier hecho particular; la obra de Habermas es suficientemente expresiva al respecto. Claro, se plantea inmediatamente el problema de quién posee esa omnicomprensión de la realidad social que nos permita saber qué es lo que está bien y lo que no; como es lógico, los intelectuales que abogan por esta razón totalizante reclaman para sí las “patentes de racionalidad”, expresión que tomo otra vez de Ollero. El hecho de que durante más de un siglo se haya mantenido, como hace Kelsen, que el orden social justo es el orden que “regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos,

es decir, que todos los hombres encuentran en él la felicidad”, ha facilitado este tipo de planteamientos globales y simplistas. Yo entiendo, en cambio, que por muy justo que sea el orden social en el que vivo, este orden social no garantiza, sin más, mi bienestar personal; ni el de nadie, porque la perfección propia es un asunto muy personal. Las cuestiones “personales” son específicas de la persona humana: los animales se desarrollan a gusto cuando las condiciones externas son las adecuadas. Pero las personas humanas somos diferentes. En cambio, este tipo de planteamientos omnicomprendidos abren la puerta a posibles despotismos más o menos ilustrados.

Como el pensamiento contemporáneo es a veces limitado, y se suele mover por medio de la figura retórica de la alternativa, surge entonces el problema de la “alternativa” a lo que ya se ha repudiado. El pensamiento de las alternativas suele ser un tanto dialéctico (en el sentido del *sic et non*) y, desechada la salvación colectiva, parece que lo único viable es la solución opuesta: una sociedad permisivista. De este tema hablé anteriormente, y no repetiré ahora nada. Frente a uno y otro planteamiento prefiero afirmar con Alejandro Llano que “La teoría general de la acción no puede desplegarse en un nivel pre-valorativo, anterior a la ética, sino que ha de ser radicalmente -ella misma- ética.

### ***El “derecho”, una masa heterogénea de normas y principios***

Paul Amselek explica, con razón, que con frecuencia se cree que se puede arrojar luz sobre el derecho cuando se le define como un conjunto de reglas, de normas--de reglas de conducta o de normas éticas. En realidad, no se hace más que desplazar el problema y proyectar oscuridad sobre la sombra. Efectivamente, nadie duda de que el derecho se compone de un conjunto de normas, pero el problema estriba en captar que tales normas tienen una naturaleza muy distinta. Nos debiera dar que pensar el hecho de que el derecho público romano no tiene ningún interés práctico hoy, mientras que el derecho privado de Roma sigue vigente prácticamente en su totalidad. Parece, a primera vista, como si el “derecho” público fuera algo necesariamente mutable y variable, mientras que el derecho privado es muy distinto. Quizá por este motivo, Nikolaeus Falck, uno de los juristas más influyentes del siglo XIX, escribía que “Ante todo, el jurista debe estar preocupado por mantener la parte estrictamente científica del derecho libre del influjo de las leyes, de modo que adquiera un margen para su trabajo libre y racional. El resultado de esta fundamentación científica es lo permanente y

eterno, es decir, aquello que debe quedar libre de las variaciones históricas; todo lo demás, por el contrario, está sometido al cambio de los tiempos, a las opiniones políticas e incluso, con frecuencia, al simple arbitrio”<sup>6</sup>. No deja de ser chocante para nuestra mentalidad actual que uno de los más fuertes iniciadores de lo que se ha llamado el “positivismo jurídico” pensara así. Lo que refuerza la intuición inicial de que en el saco de la palabra “derecho” se yuxtaponen cosas muy diferentes.

Para diseñar a grandes trazos la estructura de lo que sigue, será conveniente hacer unas precisiones iniciales. Me parece que tras las expresiones “ordenamiento jurídico”, “derecho”, etc., podemos distinguir tres grandes tipos de normas. En primer lugar están las reglas básicas para la coexistencia, que hacen posible la paz social o convivencia pacífica; son las reglas que crean y determinan la forma de gobierno, y por este hecho podemos llamarlas “constitucionales”, o bien “Reglas tipo A”. En un segundo momento tenemos un conjunto de leyes que pretenden fomentar bienes determinados: más cultura, más riqueza, seguridad. Son las leyes por las que se gravan las importaciones, se crean escuelas, bibliotecas o Universidades, se dan facilidades para expropiar fincas a fin de construir embalses o autopistas, etcétera. Podemos llamarlas “Reglas tipo B”. Finalmente está la “ciencia jurídica” propiamente dicha, aunque la palabra “ciencia” no sea la más adecuada; la podemos sustituir por “jurisprudencia”, del latín *jurisprudencia*. La jurisprudencia no se compone exclusivamente de reglas o normas; es más bien una actividad que el jurista o el moralista desarrolla teniendo a la vista muchas reglas y principios.

Se trata, como veremos, de tres sectores muy distintos, por su misma naturaleza, de todo ordenamiento jurídico. Aquí se puede aplicar sin ningún temor la tesis de Antonio Osuna: “La formalización lógica del razonamiento jurídico será distinta en cada uno de los sectores de la razón práctica jurídica”.

### ***Las Reglas Tipo “A” o constitucionales***

Si al considerar el derecho tenemos en cuenta únicamente las normas que crean las formas políticas, entonces hay que aceptar una declaración de Gustav Hugo que puede aparecer quizá algo chocante: “Todo derecho positivo proviene únicamente del

---

<sup>6</sup>. Cfr. *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, en “Kieler Blätter für 1819”, 1. Band, p. 16

azar, de la casualidad (de la providencia de la Divinidad), a través de la prepotencia de los fuertes”<sup>7</sup>. Efectivamente, en la Historia se han sucedido muchas formas de gobierno, todas ellas igualmente legítimas en su momento. Roma, por ejemplo, comenzó siendo una monarquía; más tarde se convirtió en República, con un cierto parecido a lo que hoy llamamos una democracia; finalmente, cuando el espíritu que hizo posible la República había dejado de existir, Octavio la convirtió en un Imperio. Los romanos, con su peculiar genio práctico, supieron adaptar sus estructuras básicas de convivencia a lo que demandaba cada momento histórico. La monarquía romana no fue más injusta que el Imperio, ni éste más injusto que la República: cada forma de gobierno tuvo su oportunidad propia. La necesidad las justificaba, y lo que hubiera sido realmente injusto hubiera sido el intento de hacer de Roma una República en el siglo II: no hace falta ser un especialista en la historia de la Antigüedad para comprender que el Imperio era necesario entonces, y que la reinstauración de la formas republicanas hubieran conducido a un caos en el que Roma hubiera dejado de existir en pocos años.

En este tipo de normas que determinan la forma política, no hay verdades o principios a priori. Álvaro d’Ors explica con precisión que “Se llama poder la disposición personal de los medios necesarios para organizar efectivamente la convivencia de un grupo social”<sup>8</sup>. Nos interesa retener el adverbio “efectivamente”: si una forma política no logra asegurar realmente la convivencia, tal forma de gobierno es injusta por ser ineficaz. Mediante estas reglas “A” se ponen las bases más elementales de la organización social. Aquí tiene poco que hacer el jurista: esto -como explica d’Ors- no es propiamente “derecho”, sino organización social, y el saber acerca de ello compone la “Ciencia de la Organización”<sup>9</sup>.

No se puede afirmar de modo general y necesario la finalidad de este tipo de reglas. Durante mucho tiempo se ha hablado de “convivencia pacífica”, pero algunos entendemos que al designar un gobierno pretendemos algo más que la simple ausencia de violencia. Sin embargo, cada momento plantea sus propios problemas: muchas naciones, hoy, se darían por contentas si sus ciudadanos pudieran -simplemente- coexistir pacíficamente.

---

<sup>7</sup>. “Alle positive Recht kommt von Schicksal, dem Zufälle (der Gottheit, der Vorsehung) her, durch Uebermacht der Stärke...”. Cfr. *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Berlin, 1799, 1. Band, Einleitung, § 7.

<sup>8</sup>. *Ensayos de teoría política*. EUNSA. Pamplona, 1979, p. 111. La intensidad es mía.

<sup>9</sup>. Vid. *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, p. 26

(*Necesidad de la aceptación*) Las reglas del tipo “A” proceden siempre de un consenso, normalmente tácito, de carácter empírico. Se trata del resultado de un equilibrio de opciones e intereses: la Historia nos enseña que la sucesión de formas de gobierno se ha conseguido a través de guerras, revoluciones, huelgas, etc. De este modo, la moral positiva impone la forma de dominación que mejor se adecua a los intereses o los prejuicios de los ciudadanos.

En este tema se entremezclan problemas difíciles de analizar. Por un lado está la exigencia moral de que el pueblo es soberano y él debe decidir qué gobierno quiere; de otra parte, están las necesidades objetivas y reales, que determinan a veces que lo que es realmente viable vaya por un camino distinto al anterior. La exigencia moral de la soberanía del pueblo ya fue expuesta en el siglo XIII por Tomás de Aquino, en los comentarios a la Política de Aristóteles. Tomás se plantea si toda la multitud debe gobernar; es consciente de que en la multitud, unos son sabios y honrados, y otros no, por lo que parece que son los primeros los que deben decidir sobre la nación; no le convence, sin embargo, esta opinión, y concluye que debe gobernar toda la “multitud”<sup>10</sup>. Esta tesis la recogió Francisco de Vitoria a comienzos del siglo XVI, y es típica de los escolásticos españoles de este siglo. En mi opinión, quién la expone, ya tardíamente, con más precisión, es Juan Roa Dávila, en su *De Regnorum Justitia*, escrito a comienzos del siglo XVII. La tradición escolástica se pierde en el racionalismo jusnaturalista de la Edad Moderna, pero las ideas estaban lanzadas y fue el suizo Ulrich Huber, en la segunda mitad del siglo XVII, el que consagró definitivamente estas ideas “democráticas”, proyectándolas hacia el siglo XVIII.

Es decir, la necesidad de que los ciudadanos designen a sus gobernantes parece una exigencia de naturaleza moral. Sin embargo, este tema, como advertía antes, es complicado. Eusebio Fernández nos pone en un camino que nos permite entenderlo mejor cuando indica que “no puede existir una sociedad estable, ni mínimamente justa, sin un sistema de legitimación que cuente con (o sea producto de) el consenso, asentimiento o consentimiento de los individuos que forman parte de ella”. En efecto,

---

<sup>10</sup>. “Et ratio huius est, quia quamvis quilibet non habeat virtutem perfectam, unde recta se possit habere in principatu, tamen tota multitudo sufficienter virtutem habet, et discretionem in eligendo et corrigendo: in ista enim multitudine sunt sapientes et virtuosus aliqui, et aliqui non; et plus valet quod sumantur isti omnes simul, quam si sumaretur virtuosus et sapientes solum”. Cfr. *Com. Pol.*, Libro III, Lectio IX, § 431. Reitera la misma idea en el § 438.

como indicaba antes, toda forma de gobierno, o todo gobierno, reposa en última instancia en una aceptación popular, y esto vale tanto para el gobierno de los Austrias, en los siglos XVI y XVII, como para los actuales regímenes parlamentarios. Quiero decir, entre otras cosas, que no es preciso que un grupo político se configure expresamente como régimen parlamentario para que pueda hablarse de aceptación popular: posiblemente Felipe II fue más aceptado por los españoles de su época que algunos líderes actuales de Europa que han llegado al poder mediante elecciones. Claro que aquí siempre ha intervenido un factor distorsionante: me refiero a la propaganda del régimen, que se ha practicado en todas las épocas históricas, y que hoy es un problema especialmente grave dado el enorme poder de los medios de información contemporáneos.

En cualquier caso queda en pie la tesis central, a saber, que todo gobierno ha de contar con la aceptación popular. Si no es así -incluso al margen de consideraciones morales- no podrá de hecho gobernar establemente. Tal aceptación puede ser llamada, en sentido amplio, “principio democrático”, por ejemplo.

Por esto, una de las primeras características de las reglas A o constitucionales, es que los ciudadanos han de ponerse de acuerdo (tácitamente) sobre ellas. Sin consenso no hay gobierno posible. En este punto ya comenzamos a advertir una primera diferencia con la jurisprudencia porque, como explica Alberto Montoro, “la validez del principio democrático en cuanto criterio de legitimación de la autoridad, sólo parece sostenerse en el ámbito de lo estrictamente político. La democracia, como criterio de legitimación de la autoridad, resulta discutible en determinados ámbitos de la vida social y, en otros, abiertamente inaceptable. Existen formas de autoridad en la vida social (la de un padre, la de un profesor, la de un científico...) que ni deben, ni pueden, legitimarse democráticamente”.

### *(Luces y sombras de nuestras ideas)*

La mentalidad dominante hoy entiende que la única forma de gobierno legítima (extraña palabra) es la “democrática”. Ya he hecho algunas matizaciones sobre esta tesis, y me parece que la opinión que exponía Joaquín Hopper en 1582 sigue siendo

actual: es preciso proceder con cautela y dejarnos enseñar por la historia<sup>11</sup>. La observación que hacía Michel Villey me parece muy puesta en razón: “No vamos a volver sobre lo que tiene de etnocéntrico -y de utópico- el sueño de universalizar el *way of life* americano: el régimen de elecciones libres de las democracias occidentales no parece exportable a Uganda ... Esto, más bien, sería el resultado contrario de lo que yo espero del arte jurídico”.

Efectivamente, si por el empeño de exportar mis ideas parlamentaristas voy a sumir a una nación en una guerra civil sin término, es preferible que esa nación siga con un régimen autocrático. Siempre y cuando ese régimen autocrático o autoritario no sea un régimen de terror: supondría una superficialidad inaceptable confundir autoritarismo con terrorismo. Si pensamos en un país normalmente dividido en tribus enfrentadas, no parece que lo más oportuno sea, en nombre de la libertad de expresión, permitir que los líderes tribales enardeczan a su tribu para que aniquilen al grupo por definición enemigo. En el terreno de las ideas políticas no hay dogmas inamovibles: existen ideas morales objetivas, como es el derecho del pueblo a elegir a sus gobernantes, pero es un derecho relativo a la situación concreta. Gustav Radbruch tenía cierta razón cuando proclamaba en el período de entreguerras su “relativismo”. Sólo que Radbruch extendió el relativismo desde el plano político al terreno de lo jurídico, y aquí se equivocó. Su relativismo sí es válido para la Política, pues en situaciones extremas el que efectivamente consigue hacer posible la convivencia pacífica, ése es el que debe gobernar, como reiteradamente declaró Carl Schmitt. Pero este relativismo de las Reglas tipo A afecta poco al derecho.

Este tema se ve a veces confundido por el uso indiscriminado de la expresión “derechos humanos”, porque bajo tales términos se incluyen realidades excesivamente heterogéneas. Si un régimen practica el terrorismo de Estado, y asesina a gente, ése es un régimen político de asesinos y, si se quiere, podemos decir que “viola los derechos humanos”. Pero decir igualmente que un régimen que no admite pluralidad de partidos “viola los derechos humanos” parece descabellado: insisto en que hay muchas naciones a las que no parece aconsejable, ahora, exportar las libertades políticas.

---

<sup>11</sup>. “Si inquam, haec et similia videre velis, sine quibus clarum est, nullas plane leges aut conscribi, aut conscriptas intelligi posse: sola historia est, quae te docere, et ad omnes vitae usus, cautum et providum efficere possit”. *De iuris arte*, Coloniae Agrippinae, 1582, p. 365.

Por lo demás, la forma de gobierno, que tanto da que hablar porque entusiasma a tantos, quizá no sea muy decisiva en la práctica. Victoria Camps nos indica que “La base de cualquier Estado de derecho es la Constitución, que establece el conjunto de principios que han de regular el gobierno del pueblo. La Constitución no es más que eso: una declaración de principios, un punto de partida o de llegada, sin demasiado contenido, que la acción política o social deberán ir llenando de valores concretos”. Efectivamente, lo realmente importante es la actividad política cotidiana, que se expresa no solamente a través de las declaraciones más o menos programáticas de leyes y decretos, sino especialmente y sobre todo, mediante órdenes ministeriales y resoluciones administrativas, que son los instrumentos de gobierno decisivos. Y si contemplamos la praxis política real, una buena gestión política se puede hacer bajo cualquier régimen; a la inversa, una mala gestión política, que desconoce derechos de los ciudadanos, también se puede practicar en cualquier Estado de derecho parlamentario que ha reconocido diversas “Declaraciones de derechos humanos”.

### ***Las Reglas Tipo “B” o legislación política***

Estas reglas componen lo que usualmente se llama la legislación que, por lo demás, como apuntaba anteriormente, es un término muy complejo. Efectivamente, lo que normalmente se llaman “leyes” se compone sólo en muy pequeña medida de verdaderas leyes, esto es, de leyes ordinarias aprobadas por el parlamento. La legislación está integrada por resoluciones administrativas, órdenes ministeriales, por decretos -para los asuntos muy importantes- y, finalmente, por las leyes ordinarias.

La finalidad específica de las reglas tipo A era hacer posible la convivencia o la coexistencia pacífica. Supuesta esta coexistencia sin violencias, los ciudadanos reclamamos más, aunque es muy difícil ponerse de acuerdo sobre qué es este “más” que pretendemos. Antiguamente se entendía que la finalidad de la comunidad política era el *bene vivere*, hacer posible la vida buena de los ciudadanos, cosa que poco tiene que ver con el “bien vivir” en el sentido actual. En este sentido, Tomás de Aquino, por ejemplo, habla de la felicidad como fin de la ciudad<sup>12</sup>. Esta “comunicación en los buenos actos”

---

<sup>12</sup>. “Bene autem vel feliciter vivere in politicis, est operari secundum optimam virtutem practice. Et propter hoc manifestum est quod communicatio politica consistit in communicatione bonorum actionum, et consistit in ipso vivere absolute” Cfr. *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, Marietti, Roma-Torino, 1953, Libro III, lectio VII, párrafo 412.

no quiere decir que este autor proponga una especie de inquisición para la virtud: él dejó establecido reiteradamente que las leyes no pueden ordenar todos los actos buenos ni prohibir todos los malos.

La otra visión sería la más actual, la permisivista: el poder deja libres a los ciudadanos en la esfera privada y les recuerda frecuentemente sus libertades y derechos siempre y cuando estas libertades no supongan menoscabo para el poder real que de hecho poseen los gobernantes. Se supone que la mayoría de los ciudadanos ya están satisfechos desde el punto de vista económico: por ello, este tipo de régimen político sólo es viable en las “sociedades opulentas”, como las llamaba Keynes.

No es el momento de volver a plantarse el tema de la finalidad del poder político, porque una cosa es el respeto, que implica fomento, cooperación y ayuda, y otra es la tolerancia, que es simple indiferencia y que se resuelve en la práctica en la zancadilla continua a todo lo que no favorezca a las propias filas.

Pero estoy aludiendo a la moral, y hoy existe un cierto consenso en que las reglas morales dependen de cada conciencia personal, por lo que no es posible aludir a las exigencias morales en el derecho, porque el derecho se dirige a todos los ciudadanos, y cada ciudadano puede y debe tener su propia conciencia moral, sin que al gobernante le sea lícito imponerle sus propias convicciones morales. Es clásica la idea que reproducía uno de los máximos exponentes del positivismo jurídico, Carl Bergbohm: “Nos preguntan si no *sentimos* que hay que cumplir la palabra dada, que hay que respetar lo que es ajeno, si los delincuentes no deben ser perseguidos, y otras cosas por el estilo. Nadie, absolutamente nadie, *siente* de igual modo”<sup>13</sup>. Estas líneas tienen mucho de apasionado y poco de racional. Ante todo porque los temas morales básicos, aunque se expresan mediante sentimientos, no se fundamentan en los sentimientos. Y, sobre todo, porque esta tesis de Bergbohm será cierta el día en que la conciencia colectiva entienda que es lícito condenar a los inocentes, que la violencia de género debe ser tolerada o que no tenemos, en el plano público, deberes de solidaridad con los demás. Si llega ese día en el que lleguemos a admitir todo esto (entre otras cosas) estaremos entonces ante un verdadero escepticismo moral.

---

<sup>13</sup> . “Sie fragen uns, ob wir es denn nicht ‘fühlten’, das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Übelthäter bestraft werden müssten und dgl. Diese einerseits abstrakte falsch generalisierende Weise verschliesst jedoch den Weg zur Einsicht. Niemand, schlechthin niemand ‘fühlt’ dergleichen”. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 467.

¿Cómo hemos llegado a pensar de modo que expresaba Bergbohm? En todas las ciencias existen lo que podemos llamar ‘conceptos-cortocircuito’, que son los que representan a las dificultades que esa ciencia no puede vencer. El concepto cortocircuito en la Moral ha sido ante todo el de la admisión del aborto provocado, que dividió irremediamente a la opinión pública desde mediados del siglo XX. Se le puede llamar realidad-cortocircuito porque rompe el diálogo sobre los temas morales: una vez que se enfrentan los partidarios y los enemigos del aborto, el disenso está garantizado y parece que ya no es posible hablar más sobre la moralidad. Lo más sensato ante estas dificultades es tratar a estas realidades de la misma forma cómo tratamos a los aparatos eléctricos que producen cortocircuitos en las casas: se dejan de lado esos aparatos y el conjunto de la instalación eléctrica sigue operativo. Dejemos de lado las opiniones irreductibles y entonces el diálogo es posible, y necesario.

*(Emerge un dilema)* He hablado de dos concepciones distintas (quizá opuestas) del poder político. Hoy se las conoce más bien bajo las versiones del “moralismo” o perfeccionismo -al que ya vimos que aludía Nino- y el relativismo o permisivismo. La mentalidad más usual entiende que es necesario optar por una de las dos; y lo cierto es que, así planteado el problema, estamos ante un verdadero dilema, porque a muchos no les convence ni la una ni la otra. Según Llano estas dos opciones aparecen con este carácter dilemático cuando se olvida el carácter creador en la moral de la acción política ordinaria. Ambas coinciden en suponer que la moral sería como una instancia ya constituida que no hay más que seguirla (esto sería el moralismo) o que no cabe pronunciarse sobre ella porque pensamos y sentimos de formas muy distintas, y esto último constituiría el relativismo.

El moralismo sería el error reduccionista que toma la parte por el todo: es la actitud de quien tiene unas ideas sobre la justicia y pretende imponerlas a toda costa. Tener unos principios morales de justicia es imprescindible, pero es preciso contar también con las exigencias propias de la realidad, y esto no lo hace quien adopta la actitud que denunciamos. Esta persona no repara en que la praxis social ha de contar con modulaciones históricas, con condicionantes psicológicos, económicos y de otro tipo, y que por este motivo las decisiones políticas no pueden reducirse sin más a valoraciones morales. Al hacer tabla rasa de estos hechos, la moral desaparece y en su lugar entra la moralina, como la llamaba Nietzsche. Por este motivo nadie es más

inoperante o más terrible que un puritano cuando llega al poder: si dispone de fuerza hará rodar las cabezas con la tranquilidad que le confiere su ‘ortodoxia’ política basada en un moralismo fanático. En las personas concretas, cuando son inoperantes políticamente, una ética social de este tipo conduce a un temple psicológico y personal que impide participar en los debates públicos. Estas personas suelen adoptar dos posibilidades igualmente coherentes: o se inhiben replegándose al recinto de su conciencia personal mientras contemplan -quizá con cierta satisfacción íntima- como la historia avanza hacia el abismo, o se politizan violentamente pretendiendo anticipar la utopía moralizante de una sociedad definitivamente buena.

Al relativismo también le escandaliza el espectáculo de las valoraciones cambiantes y contrapuestas, pero opta por el conformismo ante la imposibilidad de llegar a una verdad objetiva, o por lo menos admitida por todos; y acaba por convencer de que es mejor así: menos problemas. El talante relativista reduce la moral a un elenco de opiniones que coinciden todas en tener la misma categoría porque al fin y al cabo -prosigue Llano- lo que tienen en común es que ninguna posee una especial calidad moral. La solución de compromiso alcanzada en cada caso será la menos mala de las posibles: en este planteamiento minimalista, la decisión será simplemente “un” compromiso cualquiera que nos permita avanzar un trecho más como hasta ahora.

Aunque parezcan actitudes opuestas están más próximas de lo que parece. Porque en definitiva ambas coinciden en su renuncia a la comprensión de la capacidad generativa de moral de la situación social concreta. Ninguna de ellas capta que es posible un juicio moral individualizado sobre situaciones fluidas e irrepetibles, lo mismo que cabe un juicio estético sobre obras de arte únicas. No comprenden que las situaciones sociales o políticas (es lo mismo) suelen llevar en sí su propia y concreta exigencia moral, que la Realidad no es amorfa ante la moral, que las cosas condicionan y hacen posible un juicio moral necesariamente concreto: han perdido de vista la Realidad, y con ella el saber sobre la prudencia y la justicia. Ambas coinciden, como indicaba, en considerar falsamente que la moral está ‘ya’ constituida, sin entender que la decisión política es ella misma generadora de esa moral de la que hablan y no entienden. Los juristas que captan la actividad jurídica como un saber prudencial sí entienden esta cuestión con facilidad. Ellos ven con claridad que en Tomás de Aquino (el máximo teórico de la jurisprudencia romanista) el “derecho natural” se compone de decisiones válidas *hic et nunc* –“aquí y ahora”- según un contexto definido y concreto;

se trata siempre de decisiones en función de las cosas (*Sachenentscheidung*, explica Schwarz-Liebermann), siempre marcadas por el sesgo histórico.

De esto se trata fundamentalmente en este capítulo: de comprender cómo desde lo concreto podemos llegar a una solución moralmente correcta dejando que la Realidad hable por sí misma, sin abandonarla (esto supondría caer en el relativismo) y sin forzarla con nuestras ideas, es decir, apartándonos del moralismo.

**(Dos tipos de normas políticas)** Nos damos cuenta de que estas normas (leyes, decretos, etc.) pueden ser justas fundamentalmente por dos razones. Bien porque desarrollan una exigencia concreta de la moral: éste sería el caso de aquellas normas que disponen que los parados cobren una cierta cantidad de dinero, por ejemplo. En este caso la moral antecede al derecho, porque la norma jurídica no es más que la realización práctica de una exigencia moral ya existente.

Y puede suceder también que la norma moral concreta no anteceda a la norma jurídica, porque la situación que demanda una respuesta es única, inexistente hasta ahora: es preciso crear la norma moral (jurídica) ad hoc, para este caso concreto. Se produce una necesidad social, y es preciso subvenir a ella. Hay que entender el término “necesidad” en un sentido amplio, como cuando decimos que “es necesario que exista un Conservatorio de Música en la provincia de Cádiz”, o que es imprescindible construir un pantano en tal sitio. Si realmente el Conservatorio de Música “hace falta” (no haría falta si una vez creado no tuviera alumnos suficientes), la norma por la que se crea tal Conservatorio está justificada, es justa. Reparemos en que este segundo tipo de normas son, con mucho, las más abundantes en la acción política real.

**(Las normas que se fundamentan en la moral)**

La decisión práctica, sea política, moral o jurídica, tiene a veces una motivación de naturaleza estrictamente moral, esto es, viene ordenada o exigida por una exigencia moral. En principio, la obligación de sostener a los parados es una exigencia moral, propia de la caridad cristiana: de ahí la obligación milenaria de la limosna. Una vez que el Gobernante ha decidido (motivado por exigencias morales que le son impuestas) que también los parados y los ancianos han de vivir dignamente, dicta una serie de normas políticas encaminadas a este fin. Crea así unas “instituciones” que devienen

automáticamente vinculantes para el derecho y para la moral, porque el juez ha de tenerlas en cuenta (vertiente jurídica) y toda persona está obligada en conciencia a respetarlas (dimensión moral). La decisión política antecede en estos casos al derecho y a la moral: el político organiza la sociedad y decide lo que será vinculante jurídicamente. Y todo aquello que es vinculante en derecho, vincula también personalmente, en conciencia, si no es injusto. Como comprobamos, la actividad política es un generador continuo de derecho y de moral, es decir, de pautas morales y jurídicas.

Sin embargo, hoy existen muchas reticencias para hablar de la “moral”, y son varios los caminos que se emplean para escapar de esta palabra. Uno es hablar de “funciones racionalizadoras” o “antropológicas” del derecho. Estas expresiones, indica José Llompart, suenan a moderno, pero cuando analizamos lo que tienen en común tropezamos con la vieja “moral”. Pero hay miedo a usar la palabra “moral”. Parece como si el simple uso de este término evocara una actitud dogmática propia del que piensa que sólo puede existir un modo de ver las cosas, que sería el suyo; y además, la moral arrastra consigo implicaciones teológicas. Para conjurar estos peligros, muchos afirman (y ha llegado a ser mentalidad común) que existen y deben de existir muchas “morales”, tantas como personas, si es preciso: para hacer posible este postulado se insiste en la autonomía moral de cada sujeto. Hoy, la “autonomía moral” es vista y sentida como un derecho fundamental de la persona.

Esta actitud plantea problemas: el violador puede alegar que él tiene una moral distinta a la de la mujer violada, pero ¿esto puede justificar la violación? ¿Han de quedar sin castigo los robos, estafas, falsificaciones, coacciones, etc. alegando que cada persona tiene su modo de ver las cosas, y que lo que es malo para uno es o siempre puede llegar a ser bueno para otro? ¿Acaso estos delitos aludidos no son objetivamente unos males, y por ello se los castiga?

Ante esta dificultad, algunos autores recurren a decir que una cosa son las morales (tantas como personas), y otra es la “ética”: morales puede haber muchas pero “ética” no hay más que una. No entiendo bien esta distinción entre moral y “ética”. En primer lugar, porque se llama moral al saber que regula la conducta de las personas, y ética a la reflexión filosófica o teórica sobre este saber: la moral sí es vinculante, pero la ética no, como no lo es ninguna asignatura académica. Además, parece que se usa la palabra “ética” por el simple hecho de que el término moral está desprestigiado en

algunos ambientes: la “ética” sería su sucedáneo. Habría de este modo algo así como una “ética pública”, compartida a la fuerza, que sería la que impone la moral positiva recogida en las leyes fundamentales y en los modos de pensar ahora dominantes. Entonces la palabra ética sustituye a la de “moral”, sólo que hoy se entiende que no es “objetiva” (que no responde a nada objetivo en el ser humano) sino únicamente “socialmente compartida”, “intersubjetivamente entendida”, etcétera. En cualquier caso sigue cumpliendo la función de la vieja moral porque niega la autonomía de los individuos: es completamente heterónoma, aunque el hecho de venir de la mano de la moral positiva le presta un cierto aire de autonomía ante quienes siguen la moda.

Parece más realista -y más libre de incoherencias- Leopoldo Eulogio Palacios cuando escribe (a propósito de las exigencias morales que reclaman protección) que “esta protección, además de ser moral, tiene que ser política. Es decir, no me basta con la moral privada. El grito que da el hombre que percibe la extralimitación de una voluntad que no se contenta con lo suyo y atenta contra el bien de los demás es una realidad moral, es cierto. Y ante la injusticia surge también la noción de lo justo y del derecho. Todo esto me lo suministra la moral privada, la conciencia moral, lo mismo hoy que ayer, lo mismo en un complejo organismo social que en una tribu de primitivos”.

*(Las normas políticas instrumentales)*

Amselek repara en que lo que define a un instrumento no es el material del que está hecho, sino su función, su finalidad instrumental, su “ser-para”, como escribe Heidegger: un instrumento es una cosa que “sirve-para...” o, si se prefiere, lo que hace aparecer a tal cosa como instrumento es su “utilidad” (Amselek hace un juego de palabras con los términos franceses “outil”, instrumento o herramienta, y “utilité”). Esta finalidad instrumental no es, incluso en el caso de los instrumentos materiales, un dato objetivo que se dejaría observar con el objeto-herramienta: se trata más bien de una intención humana, exterior al objeto mismo, que asigna a éste su vocación instrumental. En efecto, muchas leyes, quizá la gran mayoría, no son más que simples instrumentos que sirven para lograr alguna utilidad concreta, es decir, para remediar una determinada necesidad.

A veces, llevados por la fuerza de las palabras (pensemos en el uso del adjetivo “tecnocrático”), podemos pensar que muchos planes legislativos persiguen una finalidad simplemente “técnica”: sería el caso de las leyes que crean autopistas, pantanos, fábricas, etc., y nada más lejos de la realidad. Desde luego, todo depende del fin: si con una fábrica se envenenarán las aguas de un río, o si con una autopista se destroza un parque natural, entonces estos planes son muy cuestionables. Pero en circunstancias normales, si el fin que se pretende no es inmoral y sí útil a la comunidad, la justicia de muchas leyes se mide por su aproximación al fin propuesto. Antonio Osuna nos indica que la ley es un instrumento para encontrar salida a una situación humana y, como instrumento, puede acercarse en mayor o menor grado al fin propuesto; y, en la misma proporción, se dice que realiza la justicia.

Este tema es más amplio que lo expuesto, y debe ser completado con el capítulo dedicado a los bienes jurídicos, porque de seguir simplistamente lo expresado hasta ahora podría pensarse que existirían simplemente como dos grupos de normas: las que tienen un motivo o fundamento moral, y las que poseen una justificación más pragmática. Y esto no es enteramente así, porque ni aquellas son tan “morales” ni estas últimas son tan “pragmáticas” (o amorales). De hecho, las razones morales -el actuar “según principios”- suelen ser bastante deficientes en sí mismas, como ya vimos, y dan lugar a un moralismo inaceptable. Incluso en la gestión política corriente (sin llegar a casos extremos), son muy frecuentes las medidas tomadas con muy buena voluntad que, por no tener en cuenta factores de psicología colectiva, económicos o culturales, producen efectos nocivos. Por este motivo, salvando los primeros principios, todo estudio jurídico o moral debe comenzar por el análisis de los efectos reales, como indica Álvaro d’Ors. En tono muy conciso podríamos decir con Antonio Osuna que “el vínculo entre derecho y fin se traduce, en términos de semejanza, en el vínculo entre derecho y ética”.

Sucede que lo que puede parecer como un simple fallo técnico es, en realidad, un fallo moral, contra la justicia: todo gobernante es un administrador de bienes escasos, y si emplea mal los recursos de que dispone está atentando contra los derechos de los ciudadanos. Hoy no se entiende bien esta argumentación; estamos tan imbuidos en la mentalidad propia de los “derechos humanos”, que la mayor parte de las personas entiende que sólo existe injusticia cuando se viola un “derecho”. Por ello es preciso recordar que todo mal administrador es un gobernante injusto, porque los ciudadanos

no le han designado para que despilfarre los bienes de la comunidad; y aún cuando no esté nombrado por los ciudadanos, ningún gobernante puede malbaratar, por su incompetencia, caprichos o prejuicios, lo que no es suyo.

Desde luego, pueden existir algunos casos, poco frecuentes, en los que una consideración excesivamente superficial de la “utilidad” o de los derechos individuales lleve a lesionar gravemente la moral. Martin Kriele suele citar como ejemplo de una aplicación equivocada y, por tanto, inmoral, del criterio utilitarista (la mayor utilidad del mayor número), lo que sucedió en el siglo pasado en los EE.UU. de Norteamérica, en donde se exterminaron a los indios en nombre de los derechos de los colonos blancos, que eran mayoría. Los autores de algunos siglos atrás solían explicar que en estos casos se conculcaban los primeros principios de la razón práctica.

Para precavernos frente a una inteligencia excesivamente superficial de la utilidad, es preciso recordar que estamos en el terreno de la praxis humana, de lo agible, trascendiendo lo simplemente factible, la poiesis griega. Parafraseando el título del conocido libro de Erich Fromm, diría que, mediante esta utilidad, no se trata tanto de “tener” más cuanto de “ser” más, de hacer posible que todo hombre que quiera desarrolle la humanidad que lleva dentro de sí. Por tanto, esta “utilidad” no queda reducida al simple plano tecnocrático que, en la sociedad capitalista actual, se reduce a ganar más dinero. La utilidad, para ser humana, ha de asumir las exigencias de la Belleza, y por esta razón la comunidad política ha de fomentar y gastar dinero en obras de arte: un palacio, aunque sea de propiedad privada, ennoblece a toda la ciudad. Ha de asumir igualmente las exigencias de la Bondad; ya aludí a este tema al hablar de las normas que tienen una motivación moral. Y ha de hacer propias las exigencias de la Verdad: el código penal castiga todos los atentados contra los derechos de las personas.

Ciertamente, la sociedad capitalista actual no favorece esta visión de la “utilitas”. Jesús Ballesteros se pregunta: ¿Cuál es el puesto que corresponde a la experiencia jurídica en este horizonte en el que todo está medido por la producción de bienes materiales? En un mundo instrumentalista, en el que sólo son valoradas las herramientas, es lógico que el derecho sólo aparezca justificado en cuanto sea convertido en una herramienta más<sup>14</sup>. La praxis o lo agible no excluye el lucro económico; pero la ganancia por la ganancia es, en un plano personal o colectivo, una

---

<sup>14</sup>. *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 40-41.

actitud inhumana, inmoral. Juan Pablo II suele recordar que toda decisión de invertir es, en sí misma, una decisión “moral”: es necesario invertir en lo que realmente hace falta, y donde es necesaria esa inversión.

### ***La noción de “utilitas”, tan clásica como actual***

Una de las grandes claves para recuperar hoy la libertad, quizá algo desdibujada, está en reivindicar la carga moral de la utilitas, la “utilidad”. Esta noción no se ha entendido bien en los siglos XIX y XX porque quizá como sucedáneo del fenómeno secularizador, muchas personas han buscado en ideologías carismáticas (toda ideología es “carismática”) el camino que les conducirá hacia la felicidad definitiva. Esto ha supuesto desnaturalizar la Política, porque ha sido elevada a un plano que no le es propio, y en el que es ineficaz; con una Política ineficaz, tenemos una noción de libertad igualmente ineficaz. Me parece que se trata, más bien, de buscar la moralidad o eticidad, la libertad, en lo concreto. No podemos caer en un dilema: o la Política nos llevará hacia la felicidad completa, o la Política ha de quedar reducida al plano tecnocrático, a hacer posible una sociedad permisivista, vacía políticamente.

La justicia tiene, pues, dos vertientes: una que hace referencia a la moralidad, y otra que versa sobre la utilidad o necesidad, y tanta justicia posee y expresa la una como la otra. Francisco Connanus, en uno de los textos más importantes de nuestra cultura jurídica, explicaba que “me enseñó la lectura de este pasaje de Aristóteles que no podía explicar lo que es el derecho natural si no consideramos que este derecho posee una doble naturaleza, una que hace referencia a la equidad, y otra que se refiere a la utilidad. Decimos que es derecho natural verdadera y propiamente aquel <derecho> que nos prescribe la razón natural, que es eterno <Connanus se refiere a los “primeros principios”>. El otro y segundo derecho natural es el que trata de la utilidad, que suele ser llamado derecho de gentes; este derecho fue constituido no tanto por la naturaleza como por el juicio de los hombres y, sin embargo, es una parte del derecho natural”<sup>15</sup>. Es decir, las normas pragmáticas acordadas según las necesidades componen “derecho

---

<sup>15</sup>. “Monuit me et hic aristotelicus locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale possuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Ius illius dicitur naturale vere et proprie, quod illud ratio naturale cuique praescribit, estque aeternum. Alterum et secundum ius est quod in utilitate versatur... quod, nisi fallor, non inscite ius gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars est”. *Commentariorum iuris civilis libri X*, Basileae, 1585, Liber I, cap.6, § 4.

natural”, o son justas o constituyen justicia, en medida similar a los principios supremos de la justicia.

Jacinto Choza explica a este respecto que “Si se estableciera que la justicia (Choza se refiere a la moral) agota el fin de la actividad política o determina los medios para alcanzarlo, la política sería un arte de las mismas características que la medicina o la educación. Pero si la justicia no agota los fines de la política ni determina completamente sus medios, una dimensión de la actividad política tiene las mismas características que el arte de la retórica. Por eso cuando la actividad política tiene como finalidad exclusiva el logro de los fines éticos, resulta políticamente pobre, porque no despliega toda su potencialidad creadora en cuantas dimensiones posee”<sup>16</sup>.

Pero reparemos que en este segundo supuesto de normas no existe una regla moral que ordene algo; existe, simplemente, una necesidad, y desde esa necesidad surge la justificación moral, ética, o como queramos decirlo. Como resulta patente, si una ley no encuentra justificación en una exigencia moral previa, o en una necesidad social, entonces sucede que no tiene justificación en absoluto. En consecuencia, no cabe aplicar la moral (¿?) a una ley ya hecha para determinar a posteriori si esa ley es justa o no. O la norma está justificada, en cuyo caso es justa, o no está justificada, y entonces no puede ser justa de ningún modo.

Tomás de Aquino ya expresó que la justicia o injusticia se mide por lo que es útil o nocivo<sup>17</sup>. Sería tedioso exponer con mínimo detalle el pensamiento milenario acerca de la vinculación entre justicia y utilidad. Una cita especialmente literaria y precisa la encontramos en Hugo de Roy cuando escribe que “lo que está introducido a causa del bien público y común de los hombres, posee una causa perpetua y natural de justicia. A causa de la bondad pública es equitativo; por ser equitativo es necesario, y por ser necesario es justo, porque la razón natural se adecua a la voluntad divina. Porque del mismo modo que la naturaleza no nos falla en lo que es necesario, tampoco la divina voluntad nos deja de asistir en lo que es racional”<sup>18</sup>. Por lo demás, Vico, el

---

<sup>16</sup>. *Conciencia y afectividad*, Eunsa, Pamplona, 1978, pp.260-261.

<sup>17</sup>. “Consistit enim iustitia et iniustitia ex hoc quod aliqui adaequantur vel non adaequantur in rebus utilibus et nocivis”. *In octo libros Politicorum...*, cit., Liber I, lectio I, § 37.

<sup>18</sup>. “Nam quod ob bonum publicum ac commune hominum commodum introductum est, perpetuam iusti causam habet, ac naturalem. Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob aequitatem necessarium, ob necessitatem iustum, quia rationi naturali, ac divina

gran teorizador de la jurisprudencia romanista, prudencial, no duda en afirmar, entre otros muchos lugares, que “el principio del derecho natural es la justicia una, es decir, la unidad de las ideas del género humano en torno a las utilidades o necesidades comunes a toda la naturaleza humana”<sup>19</sup>.

### *a) Utilidad y moralidad*

El segundo tema al que quería referirme ya lo traté parcialmente antes, al hablar del carácter moral de las decisiones políticas. Pero no será superfluo precisar algo más este punto. Juan Cruz tiene presente la distinción entre praxis y poiesis, *agere* y *facere*. Pero “el hacer humano, la poiesis -escribe Cruz-, las operaciones que se realizan en la comunidad de hombres son, en cuanto humanas, a la vez un quehacer (una praxis, decía Aristóteles): y más esto que aquello. Los menesteres comprendidos en nuestros haceres y quehaceres son los trabajos de los hombres. Pero en la comunidad humana no hay meros trabajos, sino quehaceres, praxis, operaciones de promoción humana”. Es decir, la moralidad concreta (sería difícil hablar de moralidad “en abstracto”) se hace realidad en los trabajos concretos que desempeñamos, por lo que se desdibuja en la unidad vital de la persona la distinción aparentemente nítida entre praxis y poiesis. Un médico traumatólogo es tal porque ha aprendido una serie de técnicas: en principio es el campo de la técnica, de la poiesis o *facere*; pero si pretende ser una “buena persona” (en el sentido moral de la expresión) ha de ser ante todo un buen médico, dominar bien su técnica. Un médico incompetente, un abogado que no conozca su oficio, podrán tener algunas virtudes, pero, antes que nada, son personas nocivas para la comunidad, muy poco presentables moralmente, o como queramos decirlo.

Esto sirve igualmente para el campo del derecho. La eticidad se hace, día a día: no basta con tener “principios” o buenas intenciones. Señala Victoria Camps que si la ética es ante todo un compromiso en una empresa colectiva, la distinción weberiana entre principios y consecuencias no vale. Pues tan irresponsable es carecer de convicciones como no tener en cuenta las consecuencias de las decisiones que unos pocos hacen en nombre de muchos. El que gobierna ha de dirigir inteligentemente la

---

voluntati congruum est. Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus”. *De eo quod iustum est*, Hildesii, 1658, Liber II, Titulus Primus, § 2.

<sup>19</sup>. *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, trad. de J. Carner, FCE, México, 1978, p. 59.

realidad social, lo que implica una inmediata responsabilidad moral. Por este motivo, Cotta indica que “Podría decirse desde tal perspectiva que el derecho es la misma Política que se desarrolla bajo otra forma, la jurídica”<sup>20</sup>. No cabe, por tanto, una distinción, entre lo político y “lo justo”, como si de un lado estuviera la ciencia de la justicia, que formula el justo jurídico -son palabras de Trigeaud- y de otra parte la política, que hace realidad el justo político. En realidad, lo justo es la misma cosa en la ciencia de la política que en la ciencia de la justicia. Más exactamente, la politología no tiene una concepción específica de lo justo: lo justo político no es más que lo justo jurídico, que toma una forma colectiva para asegurar su difusión, su comunicación, el reconocimiento y la protección en todo el cuerpo social. Derecho y moral suelen ir juntos: se descubren en el mismo acto del juicio, porque lo justo, salvados algunos principios fundamentales, es lo que requiere una situación determinada, a veces irreplicable.

Efectivamente, la moral, así con mayúscula, nos ayuda poco en la vida, individual o social; los primeros principios de la razón práctica son pocos, aunque se violen con frecuencia. Los hombres nos encontramos fundamentalmente con dos factores: nuestras necesidades y nuestro albedrío. Vico nos indicaba que “el operario del mundo de las naciones... es el albedrío humano... determinado por la sabiduría del género humano con las medidas de las necesidades o utilidades humanas uniformemente comunes a todas las naturalezas de los hombres: necesidad o utilidad humanas que, así determinadas, son los dos manantiales, según los jurisconsultos romanos, de todo el derecho natural de las gentes”<sup>21</sup>. Como es obvio, la medida de la necesidad o de la utilidad proporciona la medida del derecho, y aquí se abre la puerta principal para hablar en un plano jurídico muy realista de “ontología jurídica”.

### ***b) Algunas reflexiones sobre las relaciones entre el derecho y la moral***

No es mi intención estudiar temáticamente las relaciones entre la moral y el derecho, ese “Cabo de Hornos” de la Filosofía jurídica, como lo llamaba Jhering. Pero sí quisiera aludir a un par de temas.

---

<sup>20</sup>. *El derecho en la existencia humana*, trad. de I. Peidró, Eunsa, Pamplona, 1987, p. 111.

<sup>21</sup>. *Principios de una ciencia nueva...*, cit., pp. 45-46.

El primero se refiere a la influencia que la moral puede y debe ejercer sobre el derecho. Dejaré que sea Jacinto Choza quién hable. Explica Choza que el ideal ético, en cuanto alude a la perfección moral de los individuos, es un fin sólo indirecto de la actividad política por cuanto excede a la capacidad de ésta (con la política no se puede hacer desaparecer el mal), pero en cuanto alude a la justicia, es un fin directo de la actividad política. De hecho, en la lectura tomista del texto aristotélico, a la pregunta de si la ley debe prohibir todo lo que la moral prohíbe y mandar todo lo que la moral manda, la respuesta es negativa. La ley no puede hacer eso, porque la perfección moral absoluta no es exigible jurídicamente. Por este motivo, entre otros, el fin de la prudencia política no es la felicidad de los ciudadanos, sin más, en términos absolutos, sino la configuración de la convivencia del mejor modo posible partiendo de la situación social dada según el tiempo y el lugar. Pero el que sea imposible la perfección moral completa no quiere decir que sea imposible la justicia: la justicia no es tan sublime que nadie la pueda alcanzar ni tan impotente que no pueda realizarse.

Esto no se ha entendido bien en los siglos XIX y XX, tiempo en los que se han propuesto regímenes totalitarios. El totalitarismo es la pretensión de evitar el pecado a toda costa, pretensión que en ningún momento cruzó por la mente de Tomás de Aquino, e imagino que mucho menos por la de Dios mismo.

Anteriormente Choza aludía a la organización de la convivencia del mejor modo posible según el tiempo y el lugar, y este matiz tiene más enjundia de lo que puede parecer a primera vista. Efectivamente, el “ideal” ético de la justicia es necesario, pero no suficiente para la configuración de la realidad política: pero sucede, además, que el “ideal” de justicia tampoco es suficiente para la realización efectiva de una convivencia justa. Veamos esto.

Choza da a entender que cualquier ideal de justicia es un tanto vacío, o excesivamente ideal, lo que le lleva a prescindir del estilo o talante de un grupo concreto de hombres. En una sociedad dada, los modos de organización justa son generalmente plurales, y no hay razón suficiente para que se imponga uno en lugar de otro. Esto implica que la realización práctica de las ideas éticas tiene una fuerte dimensión lúdica o estética que, presupuesta la rectitud moral (es decir, el afán de hacer las cosas justamente), es el campo del arbitrio individual o del arbitrio de los grupos; es el ámbito del estilo de vida. La cosa es algo más compleja porque, además de que hay varios modos distintos de hacer el bien, cada acción ética (cada realización de una idea

ética) admite tantos estilos como sujetos la protagonicen, y aunque el criterio de bondad haya que buscarlo en una norma universal, el criterio del talante o del estilo hay ir a buscarlo en algunos aspectos de la libertad humana y en los caracteres psicológicos de las personas.

### ***Las reglas tipo “C” o la jurisprudencia***

Álvaro d’Ors nos indica que la distinción entre lo jurídico y lo organizativo es esencialmente importante y necesaria, pues ambas realidades se presentan íntimamente unidas, sobre todo en ciertas parcelas, como es, por ejemplo, el derecho Administrativo<sup>22</sup>. Al hablar de las Reglas Tipo A indicaba que nos debía dar que pensar el hecho de que el derecho privado romano esté vigente en buena medida, mientras que el derecho público de Roma no presenta hoy interés propiamente jurídico. Lo procedente es preguntarse por las razones de este hecho.

Sucede que el derecho público es, ante todo, organización de la sociedad a la vista de los elementos históricos de tipo económico, morales, los prejuicios (que dan origen a una serie de mitos -mentalidad mítica- que es prácticamente necesaria) y, en general, todo lo que podemos llamar ‘factores culturales’.

Al organizar la sociedad al filo de estos factores se produce necesariamente un reparto de ‘cosas’: de cargos, de puestos directivos, de ganancias, de la propiedad inmobiliaria, etc. Este reparto se produce históricamente de una forma un tanto espontánea: aquí llevaba razón Savigny. En el siglo XX, por primera vez en la historia, algunos Estados han querido hacer el reparto de forma ‘racional’: ha sido el caso de la URSS, Albania, etc., y el ensayo ha acabado en fracaso, además de que ha implicado inmorales muy fuertes: engaño sistemático mediante medios de comunicación continuamente manipulados, por ejemplo. Es decir, esta organización un tanto espontánea de la sociedad implica hasta cierto punto una “autoorganización de la sociedad”. Hablo de “hasta cierto punto” porque el poder político introduce deliberadamente correcciones; pero es bien sabido que si esas correcciones no son aceptadas por la sociedad, no sólo no sirven de nada sino que son positivamente nocivas: distorsionan la vida en común. Es siempre cada sociedad la que se organiza ella misma de acuerdo con su estilo peculiar.

---

<sup>22</sup>. *Ensayos de teoría política*, cit., p. 24.

El jurista se encuentra en una situación distinta a la del político. A éste último le corresponde organizar la sociedad (hasta cierto punto), pero el jurista se la encuentra ya organizada. Schoupe nos dice a este respecto que “El arte de lo justo queda privado de su objeto si no va precedido de un reparto de cosas. ¿Cómo podría un jurista determinar lo que pertenece a una persona si no hay cosa que a ésta haya sido atribuida?”.

Quizá esta idea pueda sorprender al lector de hoy, que tiende a pensar que la tarea del jurista es ordenar justamente la convivencia. Sin embargo, las cosas son distintas en la realidad: un juez, un notario o un abogado se encuentran las cosas “ya hechas” en buena medida: ante él existe un *Corpus juris* que le puede dejar un buen margen de libertad, pero en principio está sometido al derecho establecido. En algunos Estados, un tribunal supremo (en España se llama Tribunal Constitucional) juzga acerca de algunas normas legales; como la palabra *justicia* está desprestigiada, dicen no juzgar acerca de la justicia de tales normas, sino acerca de su ‘constitucionalidad’; se trata simplemente de una cuestión terminológica. Pero cuando un tribunal superior juzga de este modo la naturaleza de su función es más bien legislativa, política, y normalmente buscar acomodar leyes anticuadas a la moral positiva dominante. De ahí el interés que el gobierno de los EE.UU. pone en la elección de los miembros de su Tribunal Supremo, o los quebraderos de cabeza que el Tribunal Constitucional plantea al gobierno español: se trata de órganos políticos de suma importancia.

El político ha de organizar justamente la convivencia. Normalmente lo hace de forma muy intuitiva buscando, ante todo, ganar votos, o por lo menos no perderlos. A veces se hace asesorar de juristas, pero de juristas que conecten con la sensibilidad o con la falta de sensibilidad que han de halagar: está el omnipresente problema de las votaciones. Por esto, me parece problemática lo que se llama la “Ciencia de la legislación”, la *Gesetzgebungswissenschaft* y la “Política del derecho”, *Rechtspolitik*. La Ciencia de la legislación, en una democracia contemporánea, no puede ser otra cosa que la ciencia de ganar votos y queda sustituida en definitiva por el saber específico de los asesores de imagen, que juegan, ante todo, con las estadísticas. En definitiva, queda en pie la observación que hice anteriormente: la sociedad se organiza a sí misma.

Por tanto, el jurista se encuentra ante un conjunto más o menos organizado, y él tiene que saber qué es lo que corresponde a cada uno en el marco de ese conjunto ya establecido. Por este motivo, Álvaro d’Ors escribe que “Lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas

excogitadas por el hombre para regir la conducta inevitablemente social mediante una discriminación de interferencias, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de normas jurídicas, es precisamente porque la normalidad nos proporciona la norma. Cuando se produce una interferencia anormal, entonces y sólo entonces tomamos conciencia de que una norma ha sido infringida; del mismo modo que sólo cuando duele una víscera nos percatamos de que se ha alterado un estado de normalidad, de salud, y aún podríamos decir que sólo entonces nos damos cuenta de la existencia misma de víscera afectada. Como la conciencia del dolor -diríamos la patología- es anterior a la conciencia de la salud -o fisiología-, así también la conciencia de la infracción jurídica es anterior a la norma. En otras palabras: la norma -o deber ser- surge en nuestra conciencia en un caso de infracción de la normalidad -o ser-. De esta suerte, aunque lo antijurídico parece presuponer lógicamente lo jurídico, en el orden genético real ocurre al revés”<sup>23</sup>.

El jurista que hace jurisprudencia o “Ciencia del derecho” se encuentra un marco establecido que, en mayor o menor medida según el caso, que determina su decisión. Ese marco, constituido por reglas del tipo que he llamado A y B ha sido creado mediante un forcejeo social, como ya indiqué. Podemos comprobar que la legislación, en muy buena medida, es cuestión de fuerza. Pero existe un sector de normas jurídicas (me disgusta emplear la palabra normas en este contexto) que poco tienen que ver con la fuerza. Este es el terreno de la jurisprudencia.

En efecto, si en el piso bajo de una casa de una casa de pisos se produce una inundación porque se ha roto el bajante de la comunidad, parece evidente que los daños causados ha de pagarlos la comunidad de vecinos. En este tipo de asuntos no caben acuerdos pactados, etc., y si se fuerza un pacto cualquier juez puede y debe declarar que es nulo porque atenta contra los principios generales del derecho.

Ejemplos como éste podría proponer miles, desde el caso del alumno que dice tener derecho a aprobar porque ha hecho un buen examen (y el examen realmente es bueno), hasta el del juez que aprecia un fraude de ley y declara que la demanda no ha lugar, a pesar de que no encuentra apoyo en la legislación ni en la jurisprudencia españolas. Este es el campo propio de la ontología jurídica, en donde el juez no atiende

---

<sup>23</sup>. *Una introducción...*, cit., pp.103-104.

a pactos, y en el que juega poco papel el estilo o talante políticos del jurista. Si reflexionamos sobre el hecho de que las argumentaciones que hemos de dar a un funcionario que comete cohecho, a un adúltero, o a un ladrón normal, son *necesariamente* distintas, quizá captemos que nosotros, a pesar de nuestra voluntad libre, vamos a remolque de los problemas: son éstos los que nos imponen su realidad, sus exigencias propias, al margen de nuestras ideas personales. Lo que cuenta es el problema. Y como muchos problemas humanos no han cambiado apenas nada desde que el hombre es hombre, es comprensible que haya zonas del derecho que apenas se encuentran afectadas por la historia.

Wittgenstein explica en el párrafo 4.112 de su “Tractatus” que “La filosofía no es una doctrina, es una actividad. Una obra filosófica consta esencialmente de aclaraciones”. Esto es aplicable a la jurisprudencia. En medio de la inmensa masa del ordenamiento jurídico español, el jurista ha de realizar una actividad inteligente a fin de dar a cada cual lo que le corresponde. Este *suum*, es decir, lo que corresponde a cada uno, vendrá determinado a veces por las leyes de una forma inequívoca; en otros muchos casos el juez ha de razonar bastante, eliminando leyes que no le sirven para hacer justicia, para seleccionar las leyes o sentencias a tenor de las cuales él dicta lo que le parece justo. Una mentalidad un tanto ingenua puede creer que nuestra vida se encuentra regulada por las leyes. Esto sólo es así hasta cierto punto, como hice notar: en el inmenso cuerpo legislativo italiano o español, el juez actúa en buena parte de los casos guiado por la naturaleza de los problemas mismos, según un cierto sentido de la justicia. Por esta razón, el juez continental puede declarar que la ley posterior deroga a la anterior; pero si quiere aplicar la ley anterior, le basta con declarar que la ley de rango superior se sobrepone a la de rango inferior, o que la ley especial deroga a la general. Como el lector puede comprender, las tablas que proponen Bobbio o Gavazzi para superar las antinomias legales (y así todo el ordenamiento jurídico sería transparente e inequívoco) no se corresponden con la realidad cotidiana que observa cualquier persona introducida en el mundo del derecho. Por este motivo, hace ya bastantes años que prácticamente han desaparecido las diferencias entre los jueces anglosajones y los continentales: el juez continental actúa con un margen de apreciación similar al del juez anglosajón. Incluso me atrevería a decir que como el juez anglosajón se encuentra vinculado estrictamente por las leyes (el *statute law*, a diferencia del *common law* o derecho de los precedentes), la jurisprudencia anglosajona

se va convirtiendo en una actividad regulada por las leyes en mayor medida, de hecho, que la jurisprudencia continental. Porque las leyes, en el Continente, apenas poseen prestigio, y sí poseen un fuerte prestigio, en cambio, en los Estados anglosajones.

### *Consideraciones dispersas*

Las normas jurídicas, como hemos visto, poseen naturalezas muy diversas. Las normas constitucionales poco tienen que ver con las que promueven bienes concretos, y todas estas se relacionan más o menos con la actividad inteligente que realiza el jurista para decidir lo que es más justo o, por lo menos, lo menos injusto en un caso concreto. Además, incluso dentro de la jurisprudencia, de lo que he llamado Reglas tipo C, coexisten miles de normas e instituciones de naturaleza muy distinta: si ojeamos el código civil, veremos que poco tienen que ver las normas del derecho de sucesiones con las que establecen limitaciones sobre las paredes medianeras. En consecuencia, sólo a costa de entrar abiertamente por el camino de las ficciones podemos hablar del “derecho español” o del ordenamiento jurídico nacional, como si se tratara de un ‘todo’ más o menos orgánico o conjuntado.

Muchas personas tienden a considerar que el derecho está constituido por la “jurisprudencia”, permanente y cambiante como el hombre. Las simples reglas organizativas de la sociedad, en cambio, compondrían únicamente la Organización Social, y el saber sobre ellas constituiría la Ciencia de la Organización, como reiteradamente explica Álvaro d’Ors. Este es un tema difícil, porque hay argumentos en pro y en contra. Me parece que estamos ante una cuestión eternamente insoluble, porque se pueden mantener ambas actitudes con buenos argumentos. Quizá lo más elegante sea opinar que desde las reglas A y B se declara el derecho.

Un tercer punto a tener en cuenta es la escasa autonomía que poseen las reglas del tipo A. Su aspiración es mantener la convivencia pacífica, pero ésta no se logrará efectivamente por el simple hecho de que una nación se convierta en una monarquía, en una república o en un régimen militar autoritario. Parece más bien que la convivencia pacífica es el resultado del correcto funcionamiento de las reglas B y C, porque los ciudadanos quieren estar bien administrados. Sería problemático hoy discutir acerca de si hay que hablar de ciudadanos o simples administrados. El desprestigio de las instituciones hace que los ciudadanos vayan descaradamente a la búsqueda de sus

intereses, y preocupa poco la cosa pública: el hombre de comienzos del siglo XXI quiere ante todo que le den las cosas hechas, a ser posible bien hechas. Hace años yo no estaba de acuerdo con la definición que Max Horkheimer daba de la política, a causa de su excesivo pedigree marxista (entonces me parecía así), pero me parece que hoy, especialmente a la vista del comportamiento de la clase política, se adecua a la realidad; concretamente, Horkheimer escribía que “La sociedad se basa en la dominación de unos hombres por otros. El conjunto de los métodos que conducen a esa dominación y de las medidas que sirven para mantenerla se llama política”.

Por último quisiera aludir a algo que ya vimos en su momento, pero quizá ahora podemos entender mejor: que las teorías del consenso, como las Rawls o Habermas pueden y deben ser exigidas en las decisiones políticas, en las que el gobernante ha de elegir una posibilidad entre otras. Pero no pueden ser llevadas al origen del derecho, que ha de tener en cuenta la naturaleza de las ‘cosas’, es decir, lo que demandan objetivamente los problemas. En este sentido, como escribe Pedro Serna citando a Klaus Höffe, “el pluralismo no puede por sí solo garantizar su propio sentido; es únicamente una forma útil de organización de la libertad y de la justicia, pero en modo alguno suficiente”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup>. *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Eunsa, Pamplona, 1990, p. 332.

Hic!

## **EL DERECHO PENAL EN EL CONJUNTO DEL DERECHO**

La rama del derecho que conocemos como derecho Penal es el sector del derecho que aparece como más básico, elemental, en el que todos piensan cuando se imaginan un problema jurídico. Pero es una zona del derecho francamente singular, muy distinta del resto del derecho, y merece unas aclaraciones aparte.

Si el hombre puede ser sujeto de derechos y obligaciones, ello se debe a que es 'persona' en un sentido del término que rebasa y fundamenta el simplemente jurídico. La personalidad humana está presente en todas las manifestaciones del derecho: Un animal nunca puede ser sujeto de ninguna relación jurídica. Pero en la mayor parte de las relaciones y situaciones con relevancia jurídica el hombre no se relaciona con otro hombre directamente, sino mediado por una 'cosa', esto es, por una relación que porta en sí de algún modo los criterios para su medida: De ahí la relativa razón del antiguo dicho romanista que expresa que el hombre sólo es relevante en el derecho por referencia a las cosas. Porque un profesor no se relaciona con sus alumnos 'de persona a persona', sino a través de la institución de docencia-discencia, del tipo que sea. El derecho Penal, en cambio, contempla algunas de las relaciones que mantienen entre sí las personas directamente: Se trata de derechos y prerrogativas ante todo 'personales' que el derecho juzga conveniente proteger castigando las conductas contrarias porque entiende que nadie puede hacer daño a otra persona, sea en su persona física, sea en su patrimonio. Es decir, lo que diferencia prima facie al derecho Penal del resto del derecho, estriba en que las relaciones que contempla el derecho Penal son relaciones personales entre las personas, mientras que el resto del derecho considera relaciones entre seres humanos que están mediadas por otra cosa que completa a las personalidades de los protagonistas de la relación jurídica. ¿Cómo debe entenderse esta diferencia?

El derecho en su totalidad se compone de un conjunto de normas y reglas o principios que están válidos en la sociedad, que delimitan posibilidades de hacer, derechos, competencias, deberes. El derecho es poco dado a entrar en cuestiones personales (a no ser que alguien entienda que todo lo que le afecta a él es cuestión

personal suya), porque regula las competencias y deberes desde un ángulo preferentemente ‘real’: La palabra real viene del latín *res*, que significa cosa. Ante el derecho tiene la consideración de ‘cosa’ todo aquello que puede influir en la creación, modificación, etc. de relaciones y situaciones jurídicas, sean actos voluntarios de las partes, sean eventos involuntarios. La normación jurídica atiende lo que compete a cada cual desde el punto de vista de ‘la cosa’ que se halla en juego, esto es, preferentemente desde el punto de vista de la situación ‘real’ de ser vendedor o comprador de un bien mueble o inmueble, de ser médico o estudiante de Universidad, de haber trabajado tantas horas según una determinada cualificación profesional, de estar enfermo, sano o parado.

El derecho Penal, por contra, no atiende tanto a las facetas reales de los problemas, como a consideraciones ante todo personales, porque castiga<sup>25</sup> los daños que una persona puede (directamente) hacer a otra y en la medida en que autor ha querido hacer esos daños. Ciertamente, con frecuencia los daños no se producen sobre la persona física del injuriado, sino sobre su honor, su libertad o su patrimonio. Esto es indiferente: Lo que cuenta es que alguien ha hecho daño a otro, a otros, o a la sociedad. Desde luego, siempre que se rompe una expectativa ajena (pensemos en el incumplimiento de un contrato), se origina un daño a otro u otros. Pero hay ciertas conductas que bien originan daños directamente en las personas de los demás (una paliza, un insulto) o bien denotan especial malicia, inhumanidad o indignidad (una estafa, exhibicionismo), y éstas son las que recoge el derecho Penal. Expresándome así nos introducimos en una argumentación problemática, porque ¿dónde estaría esa línea que delimitaría lo que corresponde juzgar al derecho Penal y lo que corresponde enjuiciar mediante un juicio civil? Tal línea la determinan contingente e históricamente el legislador y los jueces: Actualmente entendemos que si una persona incumple un contrato ha de haber un juicio civil para determinar la indemnización que la parte que ha incumplido debe pagar a la otra parte contratante: Y nada más. Sin embargo, hace siglos se entendía que en el caso de incumplimiento de contrato debía haber dos juicios:

---

<sup>25</sup> . El derecho penal no “da a cada uno lo suyo” en el sentido romanista de la expresión: “*Jus suum cuique tribuere*”, sino que castiga: Es un *posterius* que no repara ni rehabilita el hecho producido. Si prescindieramos de la noción de castigo, no entenderíamos nada o casi nada en el derecho penal. Ciertamente, los penalistas más modernos rechazan esta noción -que implica responsabilidad propiamente moral-, pero la mentalidad del pueblo que sostiene las cátedras del derecho penal o las manifestaciones de los políticos cuando hablan de algún atentado terrorista serían ininteligibles al margen de la idea de castigo.

Uno civil, para determinar la indemnización, y otro penal, para castigar al que había incumplido.

El carácter preferentemente personal de las relaciones penales provoca serios problemas en la explicación teórica de esta rama del derecho. Todos sabemos para qué sirve matricularse en la universidad, comprar un coche o alquilar un apartamento: Esto es, sabemos que son conductas que constituyen como fines en sí, porque al derecho no le interesa el motivo último por el que alguien se matricula en la Facultad de derecho o alquila un apartamento. Como el objeto de estas relaciones jurídicas está relativamente determinado, porque todos conocemos las finalidades estereotipadas de la matrícula universitaria o de la compra de un coche, en caso de conflicto el juzgador dispone de criterios objetivos o reales para decidir: Por ejemplo, es de sentido común que nadie puede alterar lo que no es suyo, y en consecuencia el arrendatario de un piso no puede hacer obras en él, a menos que cuente con el consentimiento expreso del dueño. Incluso si surgen discrepancias sobre cuánto debe el arrendatario al arrendador, el juez dispone de elementos objetivos para ‘calcular’: El valor de ese piso en el mercado actual. En cambio el derecho Penal no dispone de estas ‘cosas’ intermedias que permiten calcular con relativa precisión: ¿Cuánto debe costar el insulto que un hombre ha hecho a otro? Tan arbitrario o discrecional es decir mil como cien mil pesetas, o un día como diez días de cárcel, porque las personalidades humanas no tienen ‘valor jurídico’: Simplemente han de ser respetadas, fomentadas, etc., y su carácter de infinitud determina la incalculabilidad de las lesiones que se les pueda hacer. No podemos calcular manejando factores inconmensurables.

Esta naturaleza personal del derecho Penal provoca problemas exclusivos de esta rama del derecho, y el primero de todos ellos es que los penalistas no saben bien para qué sirve el derecho Penal. Milenariamente se ha entendido que su fin es castigar conductas que la sociedad no tolera: Así pensaban, entre otros, Aristóteles y Kant. Según Tomás de Aquino la función de la cárcel es quitar de la circulación a los indeseables. En el siglo XIX, bajo la influencia de teorías behavioristas del comportamiento humano, un sector de los especialistas del derecho Penal mantuvieron que la finalidad de esta rama del derecho no era castigar a nadie, sino rehabilitar o reeducar al delincuente. Pero otros entendieron que este derecho persigue desanimar el cometer delitos. Los entendidos, durante estos dos últimos siglos, no concuerdan al

responder sobre la función del derecho Penal. Cosa que no sucede, evidentemente, con el resto del derecho.

Lo más específico del derecho Penal es suponer un mundo de personas clausuradas, completas o perfectas en sí mismas, en lo que es y hace, y en su patrimonio. No promociona ni fomenta, a diferencia del resto del derecho, que existe para que las personas lleguen a ser lo que aún no son. El único delito que presenta una cierta vertiente positiva es el de denegación de auxilios, que es considerada una conducta criminal. Lógicamente, el derecho Penal únicamente reclama una actitud general de abstención (*Enthaltung*) ante lo que los demás son y tienen, haciendo posible una libertad simplemente negativa: Libertad ‘frente o contra’ los demás. Las libertades positivas, como son las libertades para casarse, comprar, crear empresas, etc., le resultan ajenas. El derecho Penal sólo pretende, en estos temas, que nadie sea molestado en el uso libre de lo que ya posee, sea su patrimonio o su arbitrio, pero no se ocupa de si ha de haber adopciones o préstamos hipotecarios. Por ello, presenta una cara ante todo negativa o defensiva de lo que ya tiene cada persona, y defiende sus cosas desde el punto de vista de los ‘atributos de la personalidad’.

La teoría sobre el derecho Penal se ha convertido en la manifestación primaria y fundamental del derecho en estos dos últimos siglos, gracias al predominio de las ideas liberales-iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, y la corriente liberal moderna que culmina en Kant ha postulado que el derecho básico de las personas es una libertad general originaria (*lex permissiva originaria*): Esto lo proclamó con toda claridad Samuel Pufendorf, hacia 1659. John Locke le añadió poco después a éste primer derecho una segunda ‘cualidad moral’ o atributo de la persona, que fue el de poseer propiedades, sin ninguna limitación: Las ideas liberales en el derecho a lo largo de la Ilustración, postularon que el quantum de las propiedades que podía poseer cada individuo estaba indeterminado. Así llegó un sector de la doctrina ilustrada progresista (la liberal) a las puertas de la Edad Contemporánea: Entendiendo que existen dos derechos naturales del hombre (‘atributos de la persona’ o ‘cualidades morales de la persona’) que pueden peligrar si no son defendidos con la fuerza conjunta de toda la sociedad. Estos derechos eran la libertad individual y las propiedades particulares.

Efectivamente, los autores modernos contemplaban en sus libros dos posibles estados del hombre: En el primero, que ellos llamaban ‘derecho natural absoluto’, estudiaban al individuo aislado, pues ellos entendían que el derecho natural ‘en sí

mismo' solamente considera a 'cada' persona; pero este individuo posee libertad y propiedades, y su seguridad en el ejercicio de ambos derechos puede peligrar en este 'estado de naturaleza'. Para conjurar los peligros en el disfrute del libre arbitrio y propiedades, los tratadistas del derecho natural moderno contemplaban en la segunda parte de sus libros el otro estado del ser humano, al que llamaron 'derecho natural hipotético', porque estudiaban al hombre desde la hipótesis (no natural) de vivir en sociedad mediante la conclusión de un 'contrato social'.

La sociedad civil les parecía necesaria para que fueran defendidos los derechos a la propiedad y a la libertad, y tal sociedad civil había de ser concluida mediante un pacto por el que los individuos, libremente, decidían sacrificar parte de su libertad a fin de llevar una vida más cómoda y segura. Naturalmente, nadie ha conocido nunca uno de estos pactos constitutivos del poder político. Pufendorf, Locke, etc. hablaron sin más de ellos, como si realmente hubieran existido, porque ellos no buscaban la génesis de la sociedad en el tiempo, sino en la razón. Un siglo más tarde, Immanuel Kant estableció que la idea del pacto constitutivo de la sociedad para defender los 'derechos naturales del hombre' era una exigencia de la razón, de modo que tal pacto había de ser concluido, y debía ser forzado a entrar en sociedad todo individuo que no quisiera hacerlo. Las obligaciones de los individuos -así como las garantías de sus derechos- reposaban doctrinalmente sobre una base contractual: El pacto que había originado el poder político, y si este pacto no había existido nunca entonces era necesario postular que tal origen contractual de la sociedad civil era una exigencia necesaria de la razón práctica. A este Estado así constituido lo llamaron los alemanes del siglo XVIII *Rechtsstaat*, esto es, Estado de derecho, porque su función era defender los derechos naturales del hombre que peligran en el estado de naturaleza. Tal como historié en *La Cabeza de Jano*, los liberales alemanes entendieron que el Estado es una 'societas assecuratoria perpetua' de estos derechos naturales. Más adelante, durante el siglo XIX, la expresión 'Estado de derecho' perdió este sentido y adquirió el que tiene ahora.

### ***Derecho penal y 'derecho civil'***

Al derecho que no es derecho Penal lo llamaremos derecho civil por razones de conveniencia momentánea, para no recargar el análisis. El derecho civil se caracteriza ante todo por ofrecer cauces de colaboración, de forma que el que quiera trabajar en la Administración pública, o celebrar contrato, o matricularse en la Facultad, etc.,

respaldado por un reconocimiento social, sabe lo que tiene que hacer, ya que el derecho exige determinados requisitos bien para obtener seguridad, bien para cuidar que una parte no ejerza prepotencia sobre otra.

Cualquiera tiene serios reparos en llamar derecho civil a todo el derecho que no es derecho Penal o sancionador, y ahora es procedente, antes de seguir adelante, hacer una distinción de las distintas manifestaciones del derecho desde algunos aspectos concretos. Porque lo que estoy llamando derecho civil, esto es el conjunto del derecho que no es derecho Penal, no se presenta como un bloque unitario que pueda ser contrapuesto sin más al derecho Penal. Al contrario, hay que distinguir en él diversos tipos de normas desde el punto de vista que ahora nos ocupa.

En primer lugar, existen están muchas normas jurídicas simplemente ‘arbitrarias’ o convencionales; son las que podríamos caracterizar como normas o reglas de los juegos, que no llevan en sí un valor de justicia concreto, pero existen porque son necesarias a fin de que cada cual sepa lo que tiene que hacer o lo que le corresponde: De ahí que en España sea obligatorio que la circulación rodada siga el lado derecho de la calzada o que los cambios en las propiedades inmobiliarias sean inscritos en el Registro de la Propiedad. Este tipo de normas jurídicas, precisamente por causa de su carácter arbitrario, han de ser interpretadas muy literalmente.

En segundo lugar estarían las ‘normas de construcción’, que son aquellas partes de todo ordenamiento jurídico que crean o construyen organismos o entidades. Todo el derecho Administrativo, por ejemplo, es una inmensa empresa constructora, a cuyo lado palidecen las empresas de construcción más importantes que hacen casas, puentes y todo tipo de obras públicas. Lógicamente tal sector del derecho es especialmente extenso, aún considerando solamente su manifestación puramente legal: La tarea de estructurar el trabajo de tres millones de funcionarios, arbitrando al mismo tiempo las funciones y competencias, procesos y recursos, es obra superior a la de la construcción de las pirámides egipcias. El origen de las normas de esta rama del derecho es también relativamente ‘arbitrario’, sin otros límites que la conveniencia pública y la ‘naturaleza de las cosas’ y de hecho cada ministro que llega al poder suele innovar según su criterio. Por este motivo, la interpretación de sus normas ha de ser también ajustada a la letra. Buena parte del derecho más moderno, frecuentemente hecho a remolque de los cambios tecnológicos, ha de ser encuadrado en este tipo de ‘derecho constructor’: Tal sucede con buena parte del derecho Mercantil.

Y en tercer lugar existen normas que constituyen *jus cogens* o derecho simplemente obligatorio, ya que existe ante todo por razones que entendemos que son de justicia, para defender a los débiles: Buena parte de los preceptos del Código Civil no son exactamente reglas del juego ni normas de construcción: Constituyen limitaciones al arbitrio de los particulares para evitar abusos. Algunos autores llaman también a este *jus cogens* derecho público en razón de que los particulares no pueden disponer gran cosa sobre él, y si lo hacen, el juez normalmente debe declarar inválidas las cláusulas o condiciones que atentan contra lo dispuesto en estas leyes. Este sector del derecho no se compone tanto de normas como de reglas, porque los juristas no lo vivencian tanto como órdenes o mandatos del legislador como criterios un tanto intemporales que ‘están ahí’ y que han de regular unas relaciones humanas cambiantes. Para entender mejor la especificidad de esta rama del derecho, pensemos en el derecho Romano: El derecho Político, Administrativo, etc. de Roma, no nos interesa hoy como juristas: Sólo reviste interés para los historiadores. El derecho Privado romano, en cambio, sigue constituyendo la espina dorsal de nuestro derecho privado, y ha cambiado comparativamente poco en el curso de dos mil años.

Si volvemos al tema anterior, que es la distinción entre el derecho Penal y el derecho que no es penal, vemos que esta última vertiente del derecho ‘permite’ hacer, pero la palabra permisión o licitud tiene en ella un sentido distinto al del derecho Penal, lo que conlleva que lo que podemos entender por libertad jurídica es algo distinto en ambos derechos. Porque en el derecho Penal opera el principio que indica que "Todo lo no expresamente prohibido está permitido", y por razones de seguridad jurídica está prohibido el uso de la analogía. El derecho civil también ‘permite’, pero no solamente permite ‘hacer’, sino que hace posible construir, esto es, crear matrimonios, tutelas y adopciones, puestos de trabajo y empresas, etc., y la regla penalista que indica que todo lo no prohibido está permitido, no encuentra aplicación en el derecho civil. Consecuentemente, las normas no-penales no prohíben ni disuaden: Más bien se presentan a modo de imperativos hipotéticos que ‘indican’ algo así como "si quieres comprar un bien inmueble, tienes que hacer esto". No se compone, pues, de imperativos categóricos, como sí sucede con el derecho Penal, sino ante todo de imperativos hipotéticos. Esta rama del derecho solamente establece requisitos para crear nuevas relaciones jurídicas, y opera a modo de ‘caja de herramientas’ al servicio de fines diversos. Aunque bien es verdad que la gente vivencia la declaración de nulidad de un

acto jurídico como una penalización: Pero eso es tan poco correcto como decir que “el árbitro castigó al equipo de fútbol pitando el final del partido”.

Mientras en el derecho Penal es fundamental el ejercicio de la coacción, o al menos la posibilidad de su ejercicio (que llamamos coercibilidad), en el derecho civil la coercibilidad no se presenta tan de ‘prima facie’. Porque las normas penales tratan de impedir unas conductas determinadas, sea directamente, sea disuadiendo: Y para esto es necesario ante todo la fuerza. El derecho civil, en cambio, trata de crear nuevas relaciones humanas, haciéndolas posibles mediante la observancia de un cauce prescrito que les otorga un reconocimiento social objetivo. Aquí es necesaria también la coercibilidad, pero aparece muy en segundo plano, en raras ocasiones. Veamos esto con algo más de detalle.

Si se produce una discrepancia en el derecho civil, las partes acuden a los abogados. Si éstos no se ponen de acuerdo sobre los hechos o sobre la relevancia jurídica de estos hechos, habrá un ‘juicio’ civil, y el juez dictará sentencia, atribuyendo un bien a una de las partes, u ordenando una indemnización. Los juicios civiles acaban en este punto: En todo caso, la parte perdedora puede recurrir esa sentencia ante un juez administrativamente superior, y se vuelve a repetir el proceso indicado. El proceso Penal es muy distinto. Alguien se querrela, o la Policía denuncia el caso. Es la Policía (la ‘Fuerza Pública’) la que colabora en la investigación de los hechos y se los ofrece al juez instructor del proceso, quien también es activo en la inquisición. El juez o el jurado declararán si el inculpado es inocente o culpable (que son nociones ante todo morales, pues se fundamentan en la libertad personal), e impondrán la pena. La pena propia del derecho Penal tiene siempre una naturaleza coactiva: Privación de libertad o de dinero. La fuerza está presente desde el primer momento, porque los delincuentes no se suelen entregar voluntariamente a la Policía o a los jueces, y tampoco suelen aceptar de grado cumplir las penas. En cualquier caso, el culpable sabe desde el primer momento que le espera una penalidad impuesta coactivamente. Por contra, el juicio civil no tiene este carácter: El juez declara que el matrimonio o el contrato carece de valor, que el inquilino debe abandonar la vivienda, o que la indemnización por el incumplimiento del contrato asciende a tantas pesetas. La fuerza solamente opera ocasionalmente al final de todo, mediante la Policía Judicial, si alguna de las partes se resiste a cumplir el dictamen judicial.

El profesor Lon L. Fuller publicó un libro de reflexión sobre el derecho<sup>26</sup> en el que distinguía entre lo que él llamaba moral de pecado y moral de aspiración. El derecho Penal es al ámbito de la moral de pecado, ya que este derecho castiga conductas que consideramos de algún modo ‘malas moralmente’: No sería comprensible que añadiéramos al Código penal conductas que no conllevaran este carácter. O que fuera condenada una persona que no ha actuado con plena voluntariedad. Los términos de delito y pecado están estrechamente unidos en cualquier sociedad, porque todas las personas vivencian un ataque grave contra la moral (un atentado terrorista, un asesinato, un engaño para sacar dinero) como un delito que ha de ser castigado por la sociedad.

Podríamos decir que por exigencias insuprimibles de la naturaleza humana, los hombres exigimos que la mayor parte de las inmoralidades<sup>27</sup> graves sean consideradas punibles jurídicamente. Por esta razón el proceso penal tiene un cierto carácter infamante que acarrea vergüenza pública (al menos para los que no han perdido la vergüenza). Ciertamente, una vez que una conducta es recogida por el derecho pasa a estar positivada jurídicamente; pero, como destacaba Allen en polémica con Lundstedt, hay una profunda falacia en suponer que la moral deja de ser tal por estar positivada por el derecho.

El derecho no-penal tiene un carácter distinto: La diferencia comienza en la misma terminología, porque los problemas civiles se substancian a través de un juicio, no de un ‘proceso’. Una persona que pierde un pleito podrá ser considerada imprevisora, desinformada, mal asesorada, que ha tenido mala suerte, etc., pero en principio no queda afectada por la infamia. Sucede que el derecho civil es ámbito de lo que Fuller llama la ‘moral de aspiración’, que tiende a que cada sujeto se perfeccione indefinidamente, y por esto no se limita a defender a las personas sino que crea entidades que sirven a su perfeccionamiento, tales como editoriales, teatros, conservatorios de música, o crea instituciones, como son los diversos tipos de compraventas, seguros, matrimonios y demás figuras jurídicas: Realidades impensables desde el punto de vista de la simple defensa de las propiedades y de la libertad de cada

---

<sup>26</sup> . *La moral del derecho*, trad. de F. Navarro, Trillas, México, 1967.

<sup>27</sup> . Uso la palabra 'moral' como sinónima del arte de desarrollar la Humanidad que cada hombre porta en sí, o que debe respetar en los demás y en él mismo.

persona<sup>28</sup>. Una falta contra este tipo de moral puede ser calificada de ‘imperfección’ o de otras formas similares, pero no de delito o ‘pecado’.

Como es lógico, el derecho Penal se compone de imperativos categóricos, porque está prohibido incondicionalmente estafar, asesinar, falsificar. El derecho civil se compone preferentemente de imperativos hipotéticos porque ofrece cauces para que ‘el que quiera’, los use por el motivo que él juzgue conveniente.

Ambos tipos de moral, que fundamentan estos dos sectores del derecho, son muy distintas, ya que todas las personas entienden o pueden entender sobre la moral de pecado. En el derecho Penal interesa ante todo la *quaestio facti*, sobre la que puede decidir cualquier persona mentalmente sana, y de ahí que -si se trata de faltas mayores, que se llaman delitos- pueda decidir un jurado compuesto por personas no especialmente entendidas en derecho; se le reserva al juez solamente la capacidad de imponer la pena, dentro del máximo y mínimo que establecen las leyes para cada delito. Cualquier persona puede entender en procesos penales porque es relativamente fácil saber lo que no hemos de hacer. En cambio no es pensable un jurado en los juicios civiles: El derecho civil es mucho más complejo, accesible en principio únicamente a los expertos.

Pero, ¿podemos hablar de moral de aspiración o de pecado en un momento histórico como el nuestro, en el que la misma palabra moral ha perdido su prestigio? Es difícil ahora mentar este término, y lo que él representa, y por esto un sector de los tratadistas del derecho Penal ha buscado eliminar el carácter ‘moral’ de las normas del derecho Penal. Un camino corriente ha consistido, en un primer momento, en no presentar las normas penales como prohibiciones y consiguientes castigos, sino como juicios disyuntivos que se expresarían como: "El que haga esto será castigado con la pena tal". Así garantizarían la asepsia moral de los códigos penales. En tal caso, al condenado le ‘corresponde’ una pena porque se le imputa un hecho previsto por el derecho. O bien se dice que a una persona se la ‘imputado’ una norma penal.

Pero esta explicación parece escasamente convincente si la contrastamos con la realidad. Porque en las previsiones penales juega una función genética imprescindible

---

<sup>28</sup>. Kant no hubiera entendido esto porque él estableció como norma suprema y única de su ‘*Metaphysik des Rechtes*’ el respeto de los arbitrios individuos entendidos como ‘esferas de libertad’ o *Freiheitssphären*: Así sería posible que cada ser humano fuera respetado hasta constituir un ‘Fin en sí mismo’ (*Selbstzweck*), porque cada persona ha de asumir autónomamente el mundo moral constituido.

la imputación (*Zurechnung*), pero en un sentido y con un alcance y requisitos muy distintos al del derecho civil. Para el penalista sólo puede existir falta o delito si existe voluntariedad en la acción delictiva; si no es así no existe falta o delito: Una acción se imputa penalmente a una persona porque ella ha querido libremente con su voluntad. Si falla la voluntariedad no habrá responsabilidad propiamente penal, porque nuestras convicciones morales universales (al menos en Occidente) exigen que no se pueda imputar penalmente a alguien un delito del cual él no sea personalmente responsable: Una consecuencia del carácter de ‘pecado’ que -a pesar de las opiniones de los penalistas más modernos- siguen marcando a los delitos y en general al derecho Penal. Por la misma razón, no cabe sustitución personal: En el derecho civil es perfectamente posible que una persona pague una deuda por otra o que uno haga un trabajo por otro; en cambio, es inadmisibles en el derecho Penal que alguien cumpla una pena por otro.

***Si son posibles los reduccionismos en la descripción del derecho***

¿Podemos considerar al derecho Penal como la única manifestación posible del derecho, o al menos como la manifestación jurídica primaria o más básica, sobre la que ha de teorizar el filósofo del derecho? Entre el derecho Penal y el derecho que no es penal existen demasiadas diferencias como para agrupar ambas ramas del derecho en una única consideración. El derecho Penal protege directa e inmediatamente los derechos de la personalidad, dentro de los cuales se incluyen los derechos Humanos más básicos. El derecho civil no se interesa apenas por las personalidades, sino por las cosas (relaciones) en las que están involucradas las personalidades: Por ello, este derecho no se ocupa de mí, sino de mis compraventas, arrendamientos, derechos y deberes como marido o padre de familia, etc., aunque estas observaciones requieren ser matizadas, cosa que haré más adelante, cuanto trate de los Bienes Constantes. Estas diferencias parecen obvias (y quizá lo son) pero hoy, de hecho, es difícil separar la Teoría General del derecho de los moldes y esquemas penalistas, porque bajo la influencia de la reflexión jurídica de los siglos XVIII y XIX, seguimos entendiendo al Estado como un Rechtsstaat cuya función es castigar los atentados contra los derechos del hombre. El mejor exponente de esta visión penalista del derecho que erige las categorías penalistas en los cánones hermenéuticos universales de todo derecho posible, ha sido Hans Kelsen. Las corrientes que llamamos ‘Positivism Jurídico’ se caracterizan también por su fundamento penalista.

Pero ya pasaron los siglos XVIII y XIX, en los que la reflexión jurídica, demasiado sometida a condicionantes ideológicos, hubo de adoptar el camino del Rechtsstaat que llevaba hacia un 'Estado Gendarme'. Ahora es momento de reemprender la meditación sobre el derecho y volver a plantear esquemas más amplios que intenten explicar todas las manifestaciones jurídicas.

Alguien puede preguntar qué sector del derecho hemos de estudiar para analizar y comprender la vida jurídica. Esta pregunta no tiene una respuesta unívoca. Es un tema complejo, porque cualquiera entiende que sus 'derechos' más básicos (a la vida, a su libertad) componen un dato inicial de cualquier estudio. Pero también comprende cualquier estudioso que los sectores del derecho que no se componen de imperativos categóricos, sino que preferentemente ofrecen cauces al servicio de la colaboración social, constituyen igualmente manifestaciones del derecho no reductibles a las categorías del derecho Penal.

Parece que el derecho no puede ser definido unitariamente, porque no se nos muestra de una forma unitaria.

Lo que cabalmente habría que cuestionar es si puede existir un 'Quid jus'. La Ilustración simplificó enormemente este problema y desde la segunda mitad del siglo XVII cada teórico ilustrado propuso un principium unicum para explicar el derecho y la vida jurídica. Samuel Pufendorf propuso la 'qualitas moralis libertatis ad analogiam spatii... quae est velut maxime sui diffusiva'. Un camino que un siglo más tarde repitió Immanuel Kant, aunque con más matizaciones. Thomas Hobbes había postulado la 'securitas' como la lex máxima de la razón que había de acabar con la inseguridad personal que originaba el ejercicio del *jus naturale*. Algunos años después de Pufendorf, John Locke propuso una mixtura de libertad personal y de protección de las propiedades; hoy existe cierto consenso en que el principium unicum que propuso Locke fue el de la protección y aumento de las riquezas buscando la defensa del 'status quo' existente. Casi por los mismos años que Locke, Christian Thomasius habló del 'vivere diuturne et foelicissime' como regla última del derecho natural. Hume, en cambio, consideró unas pasiones del hombre a las que concedió especial importancia: Un pensamiento parecido al de los materialistas franceses de su época, tales como Helvetius, d'Holbach o Condorcet. Hoy sucede lo mismo, porque Habermas alude a una comunidad ideal de diálogo en la que todos los parlantes estarían situados en

perfecta simetría, y John Rawls propone aplicar concienzudamente las exigencias de igualdad e imparcialidad.

Al jurista debe escandalizarle el espectáculo discordante que nos ofreció la Ilustración. La existencia de tantos ‘primeros principios’ para explicar el constitutivo esencial y necesario del derecho es posiblemente la mejor prueba de la falta de adherencia a la realidad, esto es, de capacidad científica, de este tipo de teorías monistas o unitarias. Y si abandonamos el postulado ilustrado que exige partir desde un principium unicum para proceder deductivamente después en el desarrollo del derecho, no existe ningún motivo especial por el que nos sintamos compelidos a postular una sola definición del derecho. Por el contrario, vemos que la vida jurídica presenta caras distintas.

Hic!

## **DERECHO Y POLÍTICA**

Llevados por la costumbre de pensar que el derecho consiste en leyes, y que las leyes las crean los políticos, podemos tender a considerar que el derecho es simple creación política, del mismo modo que los decretos y leyes que regulan las obras públicas, etc. Pero esto, aunque pueda tener bastante de verdad, no acaba enteramente de ser cierto.

Parece algo irrisorio querer diferenciar hoy entre la actividad jurídica y la actividad política. En un mundo globalizado en el que la conciencia de unidad es mayor que nunca, en el que el poder político lleva el protagonismo de las decisiones que hacen posible la vida económica, en el que este poder es quien impone si los parados han de cobrar un subsidio o si ha de haber pensiones no contributivas, parece que pretender escindir la vida humana entre la organización social de una parte, y las estructuras de las acciones por otra, tiene mucho de artificioso.

Nos movemos entre dos intuiciones a veces enfrentadas: Que el derecho y la política son realidades no siempre coincidentes, y que el orden mundial actual tiene un protagonismo mucho mayor que en otros momentos históricos en la creación y desarrollo de nuevas relaciones de todo tipo. Podríamos considerar que el derecho forma un parte nuclear –una especie de núcleo duro- de la política; en cualquier caso, la relación propiamente jurídica, hundida en las exigencias de la personalidad y en lo que demanda cada situación humana, desborda con mucho la provisionalidad del trabajo político; y si este trabajo no es tan provisional, es porque se trata en realidad de ocupación con el derecho.

El derecho trata de las mediaciones entre los seres humanos. Si los hombres fuéramos como las ostras, que pueden vivir unas al lado de las otras sin necesidad de relaciones o mediaciones especiales más allá de las precisas para la simple reproducción, serían superfluos el derecho y la política. Pero el problema comienza cuando observamos que los seres humanos no nos limitamos a coexistir, como las ostras, sino que además convivimos, como tantas otras especies animales más desarrolladas.

La política y el derecho coinciden en un tema: En que ambos presuponen un solapamiento de las conductas de las personas<sup>29</sup>, y en que ambos tienen como punto de referencia último esas personas cuyas conductas regulan. Esto es, el derecho y la política consisten en la dirección de los seres humanos. Una mentalidad simplista podría pensar que toda dirección es ‘única’, de modo que si los hombres ya estamos regulados por las instancias políticas, sería superflua una dirección distinta, como sería la jurídica, o que, como derecho y política expresan lo mismo, hablar de política y derecho es únicamente una redundancia.

### ***La unificación de todas las mediaciones humanas***

La aporía permanente que da sentido al trabajo jurídico es la persona humana. Si lográramos encontrar la estructura permanente de las mediaciones humanas, establecida y garantizada por el poder político, posiblemente se produciría una cierta confusión entre política y derecho<sup>30</sup>.

Heidegger nos mostró que todo preguntar es un buscar, y que la dirección de la respuesta viene desde la dirección de lo buscado: Ésta es la tesis con la que inaugura su “Ser y tiempo”. Toda pregunta supone una síntesis previa que la origina, pues nadie se toma el trabajo de preguntar si no presiente la respuesta. El poder público, como toda institución humana, es una pregunta permanente en el aire, pero bajo la configuración doctrinal que tiene hoy, no presupone el método de su respuesta ni muestra a todos la dirección de su pregunta. Solamente sabemos que ante cualquier interrogación, la

---

<sup>29</sup> . Para una mentalidad totalitaria, la política y el derecho no se ocuparían del simple solapamiento de las conductas, pues el solaparse ya implica seres realmente distintos que coinciden sólo parcialmente. Para la mentalidad totalitaria, el derecho sería lo mismo que la política, ya que expresan la dirección total de la vida de los súbditos.

<sup>30</sup> . Pero sucede que, al mismo tiempo que la instancia política declara y hace efectivos más derechos de las personas, más urgentemente necesitamos un estatuto jurídico de las personas en el todo social; un estatuto que las sitúe como protagonistas de la marcha de la vida económica y asistencial; este estatuto no puede ser político, sino que ha de ser jurídico.

Porque hasta ahora los esfuerzos han ido dirigidos en el sentido contrario, a saber, a situar a las personas al margen de la vida pública, suponiendo que esta sustracción es la única manera de hacer viables su privacidad y libertad, expresiones de su dignidad. El derecho que ha servido históricamente de patrón para diseñar los restantes derechos humanos ha sido el de la libertad de conciencia; los siglos pasados entendieron que la forma de hacer posible esta libertad era sustrayéndola a la actuación del poder público, y todavía hoy seguimos entendiendo que frente al ámbito de lo público ha de estar lo de lo privado, y que este último refugio es la salvaguarda de lo personal.

entidad estatal ha llevado históricamente hacia la noción unitaria de sujeción política como condición primera de su racionalidad. Más tarde, ante los excesos cometidos en la Segunda Guerra Mundial, la racionalidad política ha venido también bajo la forma de los Derechos Humanos, que se presentan como excepciones sectoriales o parciales ante aquel poder único.

El doctrinario coherente desde el punto de vista democrático moderno fue Rousseau: Antes del Estado no existiría inteligencia humana, y ésta solamente comenzaría con la condición igual en el Estado. Pues Rousseau concedía tanta importancia a la convivencia humana, que afirmó que en el estado de naturaleza sólo existirían unos hombres relativamente egoístas, que no eran ni buenos ni malos. La verdadera y única moralidad comenzaría con la vida política, y consistiría en buscar aquel interés de los hombres que era el único realmente común a todos los seres humanos. Para encontrar este interés común (al que llamó voluntad general, *volonté générale*) tendríamos que ir despojándonos de todos los intereses ‘particulares’, fueran los individuales o los de los grupos. Rousseau no era un demócrata en el sentido usual hoy del término: Él no concedía valor especial a las voluntades manifestadas en los votos, pues los votos están guiados por el propio interés, y lo que resulte de una votación no es la voluntad general sino la simple voluntad de todos, *volonté de tous*.

¿Podemos diferenciar la voluntad general de la voluntad de todos? Parece que no, porque si depuramos nuestros intereses hasta llegar a ese núcleo escuálido verdaderamente común, tal interés sería excesivamente poca cosa. Además, nadie ha logrado encontrar o inventar el método que nos permita discernir lo realmente común de lo que es particular. Rousseau era consciente de estos problemas, pero él expuso esta doctrina en el “*Du contrat social*” porque quería fundamentar doctrinalmente el Estado, que es la forma de dominación y convivencia propia de la Edad Contemporánea. El Estado roussoniano supone la homogeneidad o igualdad de todos los hombres (porque todos tendríamos en definitiva el mismo interés) para que todos quedaran igualmente sometidos a un único poder político. Él quería combatir la división de los ciudadanos en estamentos, y en general la falta de unidad de la sociedad, y para ello propuso las bases para entender una sociedad única regida por un poder único: Todo lo social coincidiría con lo político.

Rousseau homogeneizó a las personas para extraer desde ellas la única voluntad justa posible: Unificó artificiosamente todas las formas posibles de las mediaciones

humanas, sin distinguir entre las jurídicas, las morales y las políticas. Su empeño se inscribe en los intentos modernos e ilustrados que querían atrapar al hombre según un único rasgo para deducir desde esa nota universal y omnipresente la naturaleza verdadera de la humanidad: Una sola realidad, una sola voluntad.

(A los ilustrados les resultaba evidente que la linealidad de esa nota, presente en todo momento de la construcción política, era la garantía de la científicidad de su trabajo. La previa homogeneización de los elementos considerados –hombres siempre iguales a sí mismos- les liberaba de la carga de considerar personas. El método que arranca de Hobbes (y sólo en el método, no en otros contenidos más sustantivos) contempla solamente la posibilidad de tener en cuenta una sola faceta de los objetos estudiados, pues del mismo modo que los físicos únicamente tenían en cuenta las cualidades primarias de los cuerpos, el nuevo físico de la sociedad había de destacar unas cualidades únicas sobre las que todos debiéramos trabajar<sup>31</sup>.)

Pero, frente a él, hay que reconocer que una vertiente humana es la jurídica, y otra distinta es la política; unir las siempre supondría caer en la unilateralidad de un principio del entendimiento, y separarlas siempre nos haría recaer igualmente en un error parecido. Ciertamente, todos los seres humanos nos identificamos de alguna manera en nuestra dimensión pública pero, en el interior de la vida pública, vemos que uno es el campo de los derechos y deberes, y otro el de la utilidad social. En lo político somos ciudadanos, iguales en derechos y deberes, por lo que estamos unificados según lo común e igual; pero no es así en el derecho, en donde cada relación tiene una naturaleza frecuentemente distinta. Ambas nociones tienen su momento de verdad.

### ***El carácter unitario de la política frente a la diversidad del derecho***

Las teorías jurídicas modernas se alzaron con una pretensión: Crear un único centro de todo el poder, y para ello necesitaban proporcionar una explicación del conjunto de la máquina político-jurídica que hiciera que todo lo decidido fuera justo si tal máquina había funcionado correctamente. A este fin hubieron de postular que la

---

<sup>31</sup> . Ellos no eran conscientes de que este modo de proceder puede ser útil frecuentemente en la política, y también en el derecho en la medida en que la consideración así de la totalidad social homogénea permite apreciar con más claridad los posibles efectos reales de la decisión adoptada, y de este modo calcular según la prudencia –y sólo prudencialmente- la bondad de lo decidido según el cálculo previsible de sus efectos.

finalidad de la convivencia era única, frente a las diversas *jurisdictiones* existentes en la sociedad que estaban derribando. La unidad de Locke se basó en la defensa de las propiedades privadas existentes; la de Rousseau en la de la realización del único interés (volonté générale) de los hombres. Se impuso a los espíritus con fuerza irresistible la irracionalidad de lo que no convergiera en la unidad y, desde este triunfo de la mentalidad sistemática, cada cual se sirvió de esta tendencia para sus fines.

Lo mismo sucede con la realidad de la sujeción, que es altamente compleja, pero que queda reducida en las manos de los positivistas a la de una uniforme relación de mando-obediencia supuesta la adecuación a una *Rule of recognition*. El mando así entendido aparece como una cosa concreta y casi corpórea, que concurre y se opone a las otras cosas. Su estudio entonces es sencillo: Conociendo la naturaleza de esa cosa, sabríamos sus fundamentos, virtualidades y límites. Ha sucedido que la Edad moderna, para salir de la trampa de la sociedad estamental y de las diversas monarquías, quiso imponer la naturaleza de lo público como una realidad unitaria y concreta, y para ello ofreció esta versión uniforme de la naturaleza de los poderes públicos. Para llegar a estas consideraciones, los modernos partieron desde los individuos y sus libertades, y el individualismo que ellos generaron nos ha conducido necesariamente al voluntarismo, y desde las voluntades únicamente brota, mediante el imperio de la voluntad, la categoría de la sujeción de modo igualmente unitario, pues la voluntad (entendida en esta simplicidad) quiere, y al querer somete a sí misma y somete a los otros a su propio poder mediante esas mismas voluntades ajenas. Como la voluntad quiere, todo el derecho sería un querer (*Wollen*) o un deber ser (*Sollen*), y los neokantianos como Stammler y los positivistas como Kelsen coinciden en esta faceta de la explicación, que unifica el instrumento y el término final de las voluntades de los individuos. Si esto parece un juego ingenioso, despójese a la *Reine Rechtslehre* de Kelsen de la noción del *Wollen*, y quedará en nada.

Efectivamente, en la política se produce continuamente una actividad de naturaleza uniforme y unitaria, que fundamentalmente se diferencia según los temas de los que se ocupe. Pero las relaciones jurídicas no ofrecen esta unidad, y están lejos de presentar una cara unitaria al que se acerca a su estudio.

**a. La idea moderna de Unidad.** Los *moderni*, siguiendo los pasos de la nueva geometría, concibieron un ‘tiempo modal libre de formas’, que extendieron también al

espacio, de modo que desligaron ambas nociones de las cosas concretas, e inauguraron el hábito mental de entender las funciones de las cosas al margen de éstas. A una primera magnitud absoluta (*jus seu libertas*) hubieron de oponer otra magnitud absoluta (*lex, quae constringit*). Perdieron de vista la relativización del jus y de la lex en función de las relaciones concretas. Fue Rousseau quien convirtió al poder así entendido en absoluto, dada su confianza en la instancia estrictamente mundana o no-sobrenatural; anteriormente no fue posible concebir una bondad humana absoluta por el dogma cristiano del pecado original.

El tránsito histórico desde la multiplicidad a la uniformidad ha requerido cambiar el contenido de conceptos que tenemos hoy por fundamentales. La palabra *universitas* significaba en el vocabulario del Antiguo Régimen una unidad diferenciada pero plena en sí misma<sup>32</sup>. Cuando un grupo de forasteros en una ciudad llegaba a ser numeroso e influyente, a veces constituían una *universitas*. Si llegaban a esto, el poder local les concedía el privilegio de tener su propio derecho, territorio, tribunales de justicia, policía e incluso su propio ejército<sup>33</sup>.

Sin embargo, la palabra universidad ha perdido hoy su significado, de modo que ha pasado de tener un referente relativamente preciso a designar vagos deseos de igualdad o uniformidad legal. La idea de plenitud y autarquía contenida en la noción misma de la nueva universalidad se ha deslizado hacia una vaciedad de contenidos determinados, y su posibilidad sólo pudo ser hecha realidad mediante la negación que precede al vacío. Por ello, el Estado contemporáneo ante todo arrasó las instituciones políticas existentes, y comenzó a construir solamente cuando, por así decir, el solar ya estaba libre.

---

<sup>32</sup> . Así, Tomás de Aquino escribía que “Cum enim totum dicatur per relationem ad partem, oportet diversimode accipi sicut diversimode accipiuntur partes”. *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu “Summa contra Gentiles”*, Marietti, Torino-Roma, 1961, § 1485. Hablamos de los distintos poderes o jurisdicciones. Pero así como la noción misma de *universitas* ha perdido sus sentidos plurales, las otras nociones que están en la base del derecho se han visto igualmente privadas de sus referentes distintos. Obviamente, estamos ante un problema más complejo que el de determinar los distintos significados de un mismo término.

<sup>33</sup> . Los grupos de estudiantes que llegaban a las escuelas de la Baja Edad Media pronto crecieron en peso específico en la respectiva ciudad. Algunas de estas escuelas llegaron a ser universidades de estudios (*universitas studiorum*) porque tuvieron la posibilidad de disponer de su propio territorio, normalmente extramuros de la ciudad, derecho, tribunales, etc.

La idea de un poder en general, único, no tenía especial consistencia, de acuerdo con la tradición propiamente occidental, pero tal como la presentan los ilustrados, con su fe inquebrantable en que una legislación única, cierta y universal acabaría con nuestros males, estamos ante un mito. Indica Cassirer, refiriéndose a la teoría del Estado en el siglo XIX, que una característica común a todas las formas simbólicas (arte, religión, filosofía del lenguaje) es la ser aplicables a cualquier objeto. No hay nada que les sea inaccesible o impermeable. El carácter de un objeto no afecta a su actividad ¿Qué pensaríamos de una filosofía del lenguaje, de una filosofía del arte o de la ciencia, que empezaran enumerando aquellas cosas que son posibles objetos del lenguaje, de representaciones artísticas o de investigación científica? En esto no puede encontrarse un límite definido; ni siquiera puede buscarse. La gran ventaja de concebir un poder en general, el derecho en general (de ahí los esfuerzos decimonónicos por definir el derecho o por encontrar una filosofía del derecho que orientara toda la justicia con una sola receta) reside en que, al ser elevados a categoría mítica, no necesitan demostración, porque lo que se ve en el mito, se explica en el mito.

Podemos hablar de la vertiente meramente formal del poder, y de su vertiente sustantiva, aunque la dimensión formal del poder siempre depende, a fin de cuentas, de la dimensión sustantiva de tal poder o *jurisdictio*. Porque jurídicamente la pregunta sobre el ‘¿por qué?’ es siempre una pregunta sobre el ‘¿para qué?’ No existe en el derecho algo así como un ‘poder en absoluto’ o un poder abstracto: Tal cosa sí existe en la naturaleza, donde el pez grande se come al pequeño en virtud de su mayor poder, y también existe en algunos círculos sociales concretos. Pero éste no es el caso del derecho, que trata precisamente –y entre otras cosas- de hacer imposible la prepotencia.

**b. La utilidad política y la diversidad de bienes jurídicos.** El bien común político y los bienes comunes jurídicos son a veces distintos. Porque la actividad política debe tender al bien común de toda la sociedad, y esta uniformidad presta a la decisión política una homogeneidad que no siempre se puede apreciar en las ocupaciones más jurídicas. Efectivamente, la política está guiada por la idea de utilidad, de modo que puede hacer diseños acerca del Plan Hidrológico Nacional, sobre las comunicaciones del futuro, sobre las fuentes alternativas de energía, sobre cómo abaratar el precio de las viviendas, etc. Es decir, con ella se proyectará la sociedad actual y la del futuro en sus grandes trazos, mediante la Ciencia de la Organización

Social. Esta ciencia ha de tener en cuenta fundamentalmente lo que las cosas dan de sí o lo que las cosas permiten hacer, tanto en un plano humano como material.

En cambio, el derecho no tiende tanto a un bien común de naturaleza unitaria. Ciertamente, también la actividad política se desgrana en muchas actuaciones concretas cada una de las cuales pretende perseguir un bien común concreto; pero mientras que la política tiene como punto de referencia la utilidad común, el derecho es algo distinto bajo este punto de vista. Porque lo jurídicamente exigible es volver recto lo que estaba desfigurado, hacer bello lo feo, dar pan al hambriento: Realidades irreductibles las unas a las otras, a menos que las resumamos artificialmente bajo el epígrafe genérico de buscar el bien de los hombre o de proteger los derechos de las personas: Expresiones tan generales que apenas expresan nada.

Indicaba antes, al tratar del plano medio del derecho, que en este ámbito de nuestra vida destaca el carácter que pudiéramos llamar fragmentario. La política, por el contrario, destaca su unidad porque supone un poder prácticamente ad omnes usos (con limitaciones), y la misma naturaleza tiene la orden de reparar una carretera que un decreto para reorganizar el ejército. Desde luego, cada gobierno manda, y desde este punto de vista pocas diferencias entre el gobierno francés y el italiano. Pero el derecho no se compone únicamente de órdenes imperativas y uniformes, todas iguales unas a otras. Decimos que el padre tiene un poder sobre sus hijos, que el director de la empresa tiene un poder sobre sus empleados, que el profesor tiene un poder sobre sus alumnos, o que el acreedor tiene un poder sobre su deudor. Pero en estos casos es inútil dar vueltas a la palabra poder para obtener alguna nota que pudiera caracterizarlo esencial y unitariamente en todos los casos: Son realidades demasiado distintas.

No podemos dar una definición general del derecho porque la definición del contrato de arrendamiento poco tiene en común con la del testamento, y si salimos del ámbito del derecho civil, vemos que la regulación de los testamentos poco tiene en común con las leyes que crean las Universidades. En todo caso, podríamos hablar vagamente de reglas socialmente coactivas, etc., pero es dudoso que una definición así arrojara mayor claridad sobre el conocimiento intuitivo. La tendencia moderna de considerar las cosas (también en sede de filosofía práctica) en sí y por sí, al margen de las circunstancias, etc., ha llevado a una extraña entificación del concepto de derecho. Leyendo a Ahrens o Trendelenburg, percibimos que piensan en el derecho como una cosa que puede ser definida, del mismo modo que puede ser definido un artefacto. El

concepto del derecho sería así una realidad prácticamente táctil, tangible, y la tentación primera ha sido la de proporcionar un concepto de lo jurídico que, por sí mismo, expulse toda posible injusticia. Una tentación en la que han caído personas tan distintas como Ahrens y Habermas, cada cual en su siglo.

### ***El poder político 'concorre' con los otros poderes***

El poder político es un hecho originario. Al ser un dato antropológico originario, no es una sociedad más dentro de una sociedad pluralista, como quisieron los sociólogos ingleses del período de entreguerras a los que se enfrentaron Kelsen y Laski. El poder político es una jurisdicción, a veces con más relevancia, a veces con menos, y siempre la que en mayor medida se percibe en la generalidad. Como es el garante del cumplimiento de todas las demás instituciones jurídicas, y como él las crea con frecuencia y las regula siempre, es comprensible la tendencia histórica, especialmente desde la Edad Moderna, a ver en él la única institución jurídica que, una vez creada, dará vida a las demás mediante concesiones o habilitaciones. El poder político a veces crea las instituciones sociales, y siempre las tutela regulándolas, pero su relación con el resto del derecho no es de paternidad: El poder es una jurisdicción más que concurre con el resto de las necesidades que existen dentro de la sociedad.

La regulación y tutela de los derechos otorga al ámbito político una nota de eticidad que le hace aparecer como moralmente superior a las otras instancias sociales; pero así como un funcionario no posee en principio ninguna especial superioridad moral sobre el resto de los ciudadanos, tampoco el poder dispone de tal superioridad sobre las restantes jurisdicciones.

Pero notemos que la obediencia estrictamente política requiere de un poder siempre delegado por los ciudadanos, y esta tesis solamente ha sido combatida por las variantes del derecho divino de los reyes y por los caudillismos que tan generosamente nos regaló el siglo XX. Éste, desde luego no el caso del sujeto de derecho, al menos en sus facetas fundamentales, pues el derecho siempre se ejerce en nombre propio. Lo que nos indica grosso modo que la obediencia política es algo distinta de la obediencia estrictamente jurídica. Pero se trata de un tema complejo, y es preciso abordar su análisis desde distintos puntos de vista. Si parafraseamos a Gerber y Jellinek, la política es más el campo del *Imperium* que no del *Dominium*. No estamos ante una dicotomía

absoluta: Todo es cuestión de matices. Desde luego, el ‘mío’ o el ‘nuestro’ radical, que se expresa en el derecho, no existe con la misma medida en la política. Porque todo derecho posee una titularidad radicalmente personal, aunque el alcance –y a veces la existencia misma del derecho concreto- se mida según criterios que atienden a la conveniencia del conjunto social; y en la política no sucede esto.

Hic!

## **DERECHOS, COMPETENCIAS, Y BIENES CONSTANTES**

He aludido a los tipos principales de las reglas jurídicas generales. Ahora parece el momento de aludir a los derechos concretos que esas leyes crean o regulan.

### ***Derecho y pactos: insuficiencias del contractualismo.***

Nosotros tendemos a considerar hoy que los derechos consisten en esas pretensiones mencionadas porque desde la Edad Moderna dominan –en el plano teórico- explicaciones *personalistas* acerca de los fundamentos del derecho, y todas las personas somos iguales por definición. En la teoría antropológica y jurídica desarrollada desde la Baja Edad Media, la persona es un ser ante todo con dos notas: Incomunicable, y libre, esto es, solitario y autónomo. Cuando los siglos XVI y XVII recogieron las doctrinas de los teólogos escolásticos, pensaron la sociedad humana como la coexistencia de personas solitarias y libres. El adjetivo solitario recibió un significado nuevo, pues soledad ha significado siempre el hecho de no estar físicamente junto a otras personas; pero esta reflexión entendió que solitario significaba ante todo el hecho de no estar sometido a ninguna institución jurídica que nos obligara a prestar servicios a otras personas. Para poder explicar esta situación humana radical, Fernando Vázquez de Menchaca (circa 1560) y Samuel Pufendorf (circa 1670) hicieron revivir la noción romana de estado de naturaleza, y supusieron unos individuos que ni tienen obligaciones ni derechos sobre los demás: Eran solitarios en el sentido indicado.

Pero los hombres no permanecemos solitarios, sino que vivimos vida social. Para hacer posible (según entendieron ellos) la igualdad y la libertad personales, ellos explicaron que tales individuos aislados y autónomos solamente podían entrar en la vida jurídica prestando libremente su consentimiento: De este modo, mediante un pacto o contrato social creaban la sociedad y sus gobernantes, y el resto de las instituciones jurídicas serían siendo creadas mediante contratos entre los ciudadanos: Seguían la vieja idea romana que expresa que la ley es una promesa común de toda la

república. ¿Es posiblemente realmente que los individuos pactemos todas las leyes que crean las instituciones jurídicas? Esto era y es sencillamente imposible, pero esta imposibilidad no les suponía ningún problema, porque ellos apuntaban a la creación de un poder representativo de los ciudadanos, de forma que los gobernantes hicieran las leyes según el mandato otorgado por los ciudadanos.

Este hacer arrancar el inicio de todo razonamiento jurídico posible desde las personas de los ciudadanos (esto es, desde sus voluntades libres) tenía algunas implicaciones: Una, que los seres humanos se relacionaban entre sí *directamente*, pues los contratos son aquellas figuras jurídicas que permiten que dos o más personas se acerquen libremente unas a otras, y libremente pacten, de modo que las obligaciones que contraen contratando no pueden ir más allá de lo que han querido en el contrato. La otra implicación que nos interesa ahora es mostrar que este pensamiento prescinde de ‘las cosas’. Llamamos cosas en el derecho ante todo a las instituciones jurídicas; pues si estudiamos a una persona normal, tal como es ahora mismo, vemos que un hombre es simultáneamente abogado, marido, padre, amigo, ciudadano, testador o heredero, comprador o vendedor, y muchas ‘cosas’ más. Estas cosas (ser ciudadano, o heredero) existen con independencia de los contratos, y es tanta su objetividad, que en ellas falla frecuentemente la voluntad libre, pues un hombre puede renunciar a una o muchas herencias, pero no puede renunciar a su condición de heredero, o de marido, o de padre, o de posible abogado.

Desde este segundo punto de vista podríamos decir que el derecho es el conjunto de normas e instituciones que ha instituido la sociedad para que unos ejerzan influencia sobre la vida de otros, como comprobamos cotidianamente: Los alumnos exigen al profesor... El profesor exige a los alumnos... Los ciudadanos exigen a la policía... Los usuarios de la compañía aérea exigen a la compañía... La ideología liberal quiso resolver este segundo problema (el de cómo una persona puede influir en la vida de los demás) recurriendo exclusivamente a la figura del pacto, porque la persona jurídica moderna conllevaba la exigencia de que un ser humano únicamente podía quedar legítimamente vinculado pactando o contratando libremente. Pero esta explicación es irreal: buena parte de nuestros derechos y deberes los tenemos al margen de cualquier pacto. Unos vienen instituidos por las leyes (que no tienen naturaleza pacticia), y otros por lo que podríamos llamar la ‘naturaleza de las cosas’: cualquier juez condena a un piloto de avión que conduce su aparato después de haber

bebido alcohol, y esto debe ser así aunque no existieran preceptos legales o pactos que previnieran tal contingencia.

El juzgador en el derecho ha de medir o juzgar discriminando lo que corresponde a cada cual. Si existe un contrato válido, ya está más o menos claro lo que corresponde a cada uno. Pero en muchas ocasiones no existe tal contrato, o el que hay, debe ser interpretado, modificado o anulado. En tales casos, el juzgador, juez o jurista ha de dar las razones *suficientes* por las que él atribuye algo a alguien. El juzgador puede juzgar -esto es, tiene poder o capacidad lícita para hacerlo- porque su capacidad o competencia está vinculada a una *función*, que es la que le da su razón de existir. Cuando Cristo le dice a Pilato: “No tendrías poder sobre mí si no se te hubiera dado desde lo alto”, Pilato le entendió muy bien, y buscó liberar a Cristo porque sabía que él era Procurador de Roma para hacer justicia. Todo poder o jurisdicción existe ‘para’ (y no basta alegar la mera delegación administrativa por la que el juez ha obtenido su título).

¿Es que no son posibles los contratos celebrados libremente? Sí, desde luego, pero no podemos hacer de la libertad ‘natural’ de las personas y de las consiguientes relaciones contractuales la única manifestación del inicio de la vida jurídica. Esto implica que nuestra vida jurídica tiene a la vez varios puntos de arranque distintos, y procedemos ahora a aludir a los más importantes.

§ 50. Desde la Edad Moderna hasta hoy dominan explicaciones personalistas acerca de los fundamentos del derecho. Lo usual en este tipo de teorías es mantener que las personas humanas nos relacionamos unas con otras directamente, en un plano de igualdad personal porque los *moderni* suponen que ninguna ‘cosa’ puede tener capacidad para regular las relaciones entre las personas: Ellos entendieron que una persona sólo puede medirse desde sí misma, esto es, desde su voluntad libre: Porque la Modernidad redujo la personalidad a la voluntad, postulando que la voluntad individual es la potencia o capacidad máxima del hombre.

Cosa que no deja de ser cierta; pero tampoco es enteramente verdadera, si planteamos el problema así, porque si algo del ser humano se deja medir es porque buena parte de sus conductas concretas ya están previamente medidas. En este punto puede jugarnos una mala pasada el ejemplo de cómo medimos las otras cosas, usando

metros, toneladas o atmósferas: Estas medidas son convencionales, y así como es muy lícito decir que “Esta mesa tiene 1,40 metros de ancho”, es correlativamente inadecuado decir que ‘medimos’ una conducta humana con una norma o ‘medida’, del mismo modo que medimos las mesas. Porque las conductas de los seres humanos no suelen tolerar medidas convencionales: se miden desde ellas mismas, y si no es así se produce una inadecuación que acarrea una injusticia. Esta inteligencia del mundo jurídico plantea serios problemas, y es procedente aludir los más importantes.

§ 51. Según la visión liberal del derecho, basada en lo que mostraban los libros cuando trataban del ‘derecho natural absoluto’<sup>34</sup> (el individuo aislado y libre en el estado de naturaleza), la libertad de las personas es solamente negativa, ya que consiste en la capacidad jurídica de poder excluir a los demás de la propia esfera de libertad: de ahí el dicho popular que reza que “La libertad de cada uno termina donde comienza la libertad de los demás”. Un dicho muy sensato si nos queremos referir a algunas exigencias jurídicas concretas; pero un disparate si con él queremos expresar la manifestación inicial, básica o fundamental de la libertad jurídica. Porque si es consubstancial con el derecho la pretensión de proteger la libertad y bienes de cada cual, no es menos la de tender puentes entre los hombres.

Desde este segundo punto de vista podríamos decir que el derecho es el conjunto de normas e instituciones que ha instituido la sociedad para que unos ejerzan influencia sobre la vida de otros, como comprobamos cotidianamente: Los alumnos exigen al profesor... El profesor exige a los alumnos... Los ciudadanos exigen a la policía... Los usuarios de Iberia exigen al aeropuerto...

§ 52. La ideología liberal quiso resolver este segundo problema (el de cómo una persona puede influir en la vida de los demás) recurriendo a la figura del pacto, porque la persona jurídica moderna conllevaba la exigencia de que un ser humano únicamente podía quedar legítimamente<sup>35</sup> vinculado pactando o contratando

---

<sup>34</sup> . Los libros de derecho natural de los siglos XVII y XVIII solían dividirse en dos grandes partes: la del derecho natural absoluto (en la que se consideraba la condición del hombre aislado en el estado de naturaleza, qué era la naturaleza humana, etc.) y la del derecho natural hipotético, en la que estudiaban los ‘estados adventicios’ del hombre: la sociedad política, el matrimonio y la familia, las iglesias, etc. En la práctica solían pasar desde la soledad del *status naturae* a la vida política, desconociendo otros momentos de la sociabilidad humana.

<sup>35</sup> . La palabra *legitimus* designaba en la jurisprudencia romana lo adecuado a la ley.

libremente. Pero esta explicación es irreal: La mayor parte de nuestros derechos y deberes los tenemos al margen de cualquier pacto. Unos vienen instituidos por las leyes (que no tienen naturaleza pacticia), y otros por lo que podríamos llamar la ‘naturaleza de las cosas’: Cualquier juez condena a un piloto de avión que conduce su aparato después de haber bebido alcohol, y esto debe ser así aunque no existieran preceptos legales o pactos que previnieran tal contingencia.

Por lo que hace al derecho de contratos, por supuesto que buena parte de nuestros derechos y deberes los tenemos porque hemos contratado. Pensemos, sin necesidad de evocar otros ejemplos, que la mayor parte de las situaciones profesionales existen porque las personas contratan con las empresas o con la Administración pública.

§ 53. El juzgador en el derecho ha de medir o juzgar discriminando lo que corresponde a cada cual. Si existe un contrato válido, ya está más o menos claro lo que corresponde a cada cual. Pero en muchas ocasiones no existe tal contrato, o el que hay, debe ser interpretado, modificado o anulado. En tales casos, el juzgador, juez o jurista ha de dar las razones suficientes por las que él atribuye algo a alguien. El juzgador puede juzgar -esto es, tiene poder o capacidad lícita para hacerlo- porque su capacidad o competencia está vinculada a una función, que es la que le da su razón de existir. Cuando Cristo le dice a Pilato: "No tendrías poder sobre mí si no se te hubiera dado desde lo alto", Pilato le entendió muy bien, y buscó liberar a Cristo porque sabía que él era Procurador de Roma para hacer justicia. Todo poder o jurisdicción existe ‘para’, y no basta alegar la mera delegación administrativa por la que el juez ha obtenido su título.

Podemos hablar de la vertiente meramente formal del poder, y de su vertiente substantiva, aunque la dimensión formal del poder siempre depende, a fin de cuentas, de la dimensión substantiva de tal poder o jurisdicción. Porque jurídicamente la pregunta sobre el ‘¿por qué?’ es siempre una pregunta sobre el ‘¿para qué?’. No existe en el derecho algo así como un ‘poder en absoluto’ o un poder abstracto: Tal cosa sí existe en la naturaleza, donde el pez grande se come al pequeño en virtud de su mayor poder, y también existe en algunos círculos sociales concretos. Pero éste no es el caso del derecho.

### *Los fundamentos de la obediencia jurídica*

§ 54. El juzgador o gobernante tiene poderes (en plural) substantivos o concretos sobre las demás personas, y hemos de considerar individuadamente la fuente, la naturaleza y el alcance de tales poderes conferidos por el ordenamiento jurídico. Porque no existe un poder general o absoluto desde el cual se fueran desgajando los otros poderes más concretos, de modo que estos otros poderes ‘más determinados’ fueran tipos de aquel poder inicial o básico. Al contrario, más bien intuimos que toda relación tiene sus propias exigencias y que al margen de tales exigencias ni existe relación jurídica ni, en consecuencia, ningún poder, y éste es quizá el significado más real de la expresión Estado de derecho.

Aunque es preciso reconocer que la palabra poder es equívoca. Es usada correctamente cuando la empleamos en el contexto militar, y decimos que el ejército ruso es más poderoso que el inglés. Los romanos no la entendieron como una categoría jurídica: El poder (*potestas*) pertenecía al *fas*, es decir, a aquello que cada uno podía hacer sobre lo suyo. Pero cuando el jefe del ejército (*imperator*) tomó el mando de la nación romana, la *Respublica* pasó a llamarse *Imperium*, y los términos asociados al imperio tomaron más prestigio.

§ 55. Veamos en un primer momento tres respuestas que hemos dado a la naturaleza de estos poderes o jurisdicciones de un hombre sobre otros. La primera, la más sencilla, sería la fascista: La vida humana tiene un sentido jerárquico por sí misma, y no procede preguntarse por la superioridad del duce y de los cargos nombrados por él.

Este tipo de respuestas suele ser insatisfactorio, porque todo ser racional está en su derecho de preguntarse por qué ha de obedecer la voluntad de otro, y no sirve que le respondan que porque sí, o porque es superior, o porque lo ha nombrado Dios. En este grupo encajarían no solamente las teorías fascistas, sino también diversas variantes del positivismo jurídico que han hablado de un deber ser como característica necesaria de todo tipo de órdenes y mandatos, de forma que la noción del ‘deber’ sería simplemente analítica ya que existiría por sí misma.

§ 56. Un segundo grupo de respuestas serían las contractualistas, típicas de la Modernidad (siglos XVII y XVIII), y también de hoy, porque somos herederos de la

Edad Moderna. Esta mentalidad postula que todos hemos de obedecer a una persona porque hemos concluido un contrato por el que nos comprometemos a obedecer. Por supuesto, los defensores de esta explicación no nos dicen que históricamente hayamos concluido tal contrato, sino que más bien elevan la figura de este pacto a categoría interpretativa necesaria de toda vida social humana<sup>36</sup>.

Pero los contractualismos jurídicos generan serios problemas, y quizá el que más destaca para el que trabaja en el derecho es que la categoría del contrato de poco o nada sirve a la hora de enjuiciar la mayor parte de las relaciones jurídicas controvertidas que se presentan ante él.

§ 57. Naturalmente, el contrato o convenio puede ser una excelente forma para designar quien ha de gobernar o quien nos representará, pero ésta es otra cuestión, porque una cosa es la justicia en la designación del gobernante, y otra cosa es la justicia del gobernante ya nombrado en su actuación concreta.

§ 58. Algunas Éticas dialógicas contemporáneas mantienen que el juzgador ha de decidir como suponiendo un ‘consenso ideal’ o contrafáctico en cuyo resultado habría de estar de acuerdo cualquier ser racional. ¿Quién dictará o quien conoce este consenso ideal? Es una pregunta sin respuesta posible, y tenemos el miedo muy justificado que alguien se arrogue la capacidad de conocer él ese consenso siempre recto.

Esto supone lisamente elevar la decisión del juzgador a verdad inmutable, ya que su juicio es elevado al plano ‘ideal’ y, por contra, los ciudadanos siempre estarán en su derecho de discrepar de lo que alguien ha decidido por todos suponiendo un consenso ideal o universal.

§ 59. Volviendo al tema anterior, quedaría una tercera respuesta, una vez que hemos descartado el ‘porque sí’ de la obediencia y hemos asumido los contractualismos. Al margen del derecho Penal, que constituye una rama del derecho muy peculiar, podríamos decir que existen cosas o relaciones que nos unen y vinculan, de modo que son las distintas naturalezas de estas mismas relaciones o

---

<sup>36</sup> . Aquí podrían quedar incluidas las teorías modernas del contrato social y las éticas dialógicas que tanto abundan hoy y que suponen o postulan que el derecho ha de ser el resultado de un ‘diálogo público’ que ha de estar guiado por unas categorías emancipadoras que hagan imposible al abuso de unos sobre otros.

cosas las que originan y determinan las competencias jurídicas de cada persona. Esto es, nadie duda que el juez y el ministro de justicia poseen un poder genérico que les ha concedido la sociedad para hacer justicia y poner orden según justicia; pero este poder no es, por así decir, vacío o formal, porque en el nombramiento como juez o ministro van incluidos los criterios para hacer esa justicia cuya determinación se le encomienda. En consecuencia, el que juzga o legisla ha de tener a la vista ‘las cosas’ concretas que le harán decidirse en un sentido u otro.

En el caso del profesor vemos claramente este hecho: Su nombramiento le habilita como la única persona calificada para dar las clases y calificar los exámenes; pero este poder que el profesor tiene sobre los alumnos se circunscribe necesariamente a la finalidad de la docencia, de modo que si es arbitrario el profesor que no califica adecuadamente los exámenes, es igualmente arbitrario el profesor que exige a sus alumnos conductas que no vienen requeridas por el tipo de relación que los vincula.

§ 60. (Naturalmente, en los temas humanos siempre interviene la discrecionalidad del que dictamina o juzga; pero una cosa es la discrecionalidad y otra el arbitrio. Aquella implica que el juzgador tiene motivos ‘reales’ u objetivos para decidir; éste significa que el juzgador se guía por criterios personales, y esto no es válido en derecho, porque nadie posee un privilegio para dictarle a otro lo que éste ha de hacer).

§ 61. Cuando los seres humanos no nos relacionamos directamente, cosa que en el derecho solamente sucede en las relaciones propiamente penales y en los contratos, nos dejamos guiar por las naturalezas de las cosas. Advierto que por ‘cosa’ podemos entender realidades tales como el matrimonio, el usufructo, los hijos, la herencia, la enfermedad, la mayor edad, etc.: Todas las circunstancias que son relevantes, o determinantes, para la calificación jurídica.

### ***Persona y ‘officium’***

§ 62. El jurista puede medir y calcular jurídica y concretamente asistido por la legislación porque cada ‘persona jurídica’ (conditio personarum), cada situación propiamente humana (officium) presenta exigencias propias, fuera de las cuales es ininteligible.

Hemos llamado históricamente personas jurídicas o *conditiones personarum* a las situaciones estables de la vida. En el derecho de familia tenemos varias personas jurídicas de gran importancia: La patria potestad, la filiación, el matrimonio. Junto a las personas jurídicas entendidas en este sentido (que nada tiene que ver con el actual), todos percibimos situaciones en las que lo que se puede exigir a los demás viene medido por la propia naturaleza de esa situación. Esas situaciones pueden ser muy estables, de modo que abarcan casi toda la vida laboral de una persona, como es ser profesor: Al profesor, en cuanto profesor, le podemos exigir que explique con voz clara, de modo que se le entienda. Otras situaciones son menos estables, como es el caso de conductor de un automóvil: Igualmente, a los que conducen se les puede exigir de forma objetiva que no mantengan velocidades imprudentes. La mayor parte de las situaciones son más transitorias: Una persona compra tabaco en el estanco. Como comprador que es, se le debe exigir que pague el precio establecido de lo que compra.

Estas otras situaciones no tienen nombres. Podemos llamarlas, si así nos place, *oficios* (del latín *officium*) que designaba la estructura típica de los derechos y obligaciones de quienes conducen automóviles o compran y venden.

§ 63. Si examinamos la estructura de la persona jurídica o de los *oficios* veremos que es difícil hablar de derechos o deberes aisladamente, porque en estos casos casi todo derecho es, a la vez, un deber, es decir, el cumplimiento de un deber: Si un padre quiere para sus hijos una educación determinada, puede exigirla (creando un ‘deber’ a la sociedad) porque es su deber educar a sus hijos. Es decir, la génesis de un derecho suele ser un deber que existe simultáneamente con ese derecho, y existe ese deber porque ha de lograrse una finalidad institucionalmente prevista a través de la institución o persona jurídica que sea al caso.

Así, por ejemplo, un profesor tiene derecho a dar sus clases porque tiene el deber de darlas. Lo que él pueda hacer lícitamente, exigiéndolo a través de un ‘derecho’, y lo que está obligado a hacer (mediante un ‘deber’), depende fundamentalmente de la finalidad de la institución universitaria. Por estos motivos, el Rector de la Universidad puede exigirle a un profesor (exigirle en derecho, lícitamente, legítimamente, o como queramos decirlo: Esto es, creándole un verdadero deber), que investigue y que dé sus clases adecuadamente. Pero no puede exigirle del mismo modo que le asesore sobre sus inversiones en Bolsa.

§ 64. De este modo, podemos hablar de una cierta objetividad de los contenidos materiales de la justicia porque el fin institucionalmente previsto concreta lo que cada cual puede hacer o exigir justamente. Pero no lo determina o concreta absolutamente: Ese momento de la vida de las normas jurídicas que se llama aplicación del derecho es mucho más complejo que el hecho de imponer una medida a una cosa. Porque las medidas, esto es las normas y principios, existen en función del hombre.

Se entabla así una dialéctica singular: Las instituciones existen para el hombre, pero el ser humano es demasiado proteico e indeterminado considerado al margen de sus determinaciones culturales. Él necesita saturar su indeterminación existencial y crea instituciones en la historia en las que se realiza él mismo. Y estas instituciones pueden volverse peligrosas por dos motivos: a) porque, perdida históricamente la finalidad que las hizo surgir, o cambiada la intuición del valor propia de cada época, pueden quedarse desfasadas, y, b) porque no podemos exigir lo mismo a todas las personas, ya que en cada caso cambian las personas y sus circunstancias.

§ 65. Sin embargo, la terminología usada habitualmente puede inducirnos a observar la realidad desfiguradamente: Por ejemplo, se habla de ‘los derechos’ de los profesores, de los derechos de los alumnos, etc., en el gobierno de las Facultades. Me parece que esta terminología crea más problemas que dificultades resuelve, porque ni los profesores ni los alumnos son personas que posean como un coto de arbitrariedad para hacer en los órganos académicos del gobierno lo que ellos quieran, siempre que puedan físicamente.

Será legítima la discrecionalidad, guiada por la prudencia que se origina cuando somos conscientes de que estamos manipulando algo de valor, y que no es ‘mío’. Pero las categorías heredadas, pueden llevarnos a confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad. ¿Dónde reside ante todo y fundamentalmente la línea divisoria entre una y otra?

Sin necesidad de entrar en explicaciones abstractas, esta distinción la podemos observar en el funcionamiento cotidiano de nuestros órganos universitarios. Tales entidades están compuestas por diversas series de personas, que representan los distintos estamentos de los que trabajan en esa Universidad. Es necesario que todos participen en las decisiones que afectan a la Universidad porque éstas conciernen a

todos, y es una exigencia moral elemental que lo que concierne a todos debe ser decidido por todos. Las decisiones podrán ser calificadas de razonables o arbitrarias en la medida, fundamentalmente, en que ellas pretendan hacer realidad el fin específicamente universitario, de modo que podría ser impugnada, por arbitraria, una resolución que tomen los profesores en provecho suyo exclusivamente, lesionando la investigación o la docencia.

§ 66. Estas explicaciones son correctas sólo hasta cierto punto, porque puede haber supuestos en las que sean insuficientes. Uno de estos supuestos es el de las decisiones políticas importantes, que suelen producirse frecuentemente al margen de esta ‘naturaleza de las cosas’ que nos muestra cada persona jurídica, status u ‘oficio’. Porque la naturaleza de las relaciones laborales no nos ordena que los trabajadores hayan de tener vacaciones pagadas, o que tengan derecho a la estabilidad en su puesto de trabajo. Más bien al contrario, el contrato romanista de prestación de servicios (que no contempla vacaciones ni estabilidad laboral) parece a primera vista que es la figura que se mejor se adecua al estado ‘natural’ de las cosas<sup>37</sup>.

§ 67. Una tentación reiterada en los siglos XIX y XX ha sido la de pensar que la persona jurídica se disuelve en el conjunto de derechos y deberes que posee cada persona desde un ángulo determinado. Porque la tendencia contemporánea ha sido la progresiva eliminación de la categoría de las personas jurídicas, que han quedado disueltas (doctrinalmente) en los derechos y deberes de cada cual.

Si las personas jurídicas pudieran ser reducidas a estos conjuntos de derechos y deberes, ciertamente podríamos prescindir de ellas en la explicación del derecho. Pero no es posible, porque expresan una realidad de las personas humanas que va más allá del haz de obligaciones y competencias, y esto lo advertimos cuando observamos que una persona puede renunciar a una herencia siempre que quiera, pero no puede renunciar a la condición de heredero.

§ 68. Éste es un tema realmente complejo, y el lector debe tener presente la advertencia de Austin: “For all the perplexing questions which the science of

---

<sup>37</sup> . Cuando comenzó a introducirse en Europa la figura del contrato de trabajo algunos sectores conservadores argumentaron que tal innovación legal era opuesta al orden natural de las prestaciones económicas y que, por tanto, era opuesta al derecho natural. Y no les faltaba razón desde el punto de vista de la mentalidad jurídica romanista. Sólo que en este punto los legisladores rechazaron la peculiar lógica del derecho romano, que no podía admitir una relación jurídica del tipo de la antigua ley del contrato de trabajo.

jurisprudence presents, the notion of 'status' or 'condition' is incomparably the most difficult".

### *Los derechos subjetivos*

§ 69. Las competencias no agotan los derechos, porque junto a ellas están los derechos subjetivos. Lo específico del derecho subjetivo (en sentido estricto) es la irresponsabilidad: Ningún juez puede pedir cuentas por lo que uno hace en su tiempo libre o con las cosas que son suyas. Al margen de estos comportamientos jurídicamente no-exigibles, de los que no hemos de dar cuenta, pero que protege y debe proteger el derecho para hacer realidad una vertiente de nuestra libertad y comodidad, existen muchos otros que no son así, que son a los que me refiero ahora.

Porque cuando nos situamos en otro plano del derecho, que es el de la persona jurídica no aparece justificada esta irresponsabilidad en el ejercicio de los derechos: Supondría atentar incluso contra las reglas del idioma que un profesor dijera que usa de su arbitrio libre (o tiene derecho) para dar o no dar las clases que tiene obligación de impartir. Desde luego, tiene derecho a dar sus clases, de modo que si alguien se lo impidiera, podría -en última instancia- recurrir a la Fuerza pública para darlas realmente. Pero es patente que este derecho no puede ejercitarlo o no ejercitarlo según su arbitrio.

§ 70. Pero resulta patente que el derecho subjetivo no puede ser erigido en la única manifestación primaria y fundamental del derecho, como sí pretendieron los integrantes de la Escuela del derecho Natural Moderno, y como algunos piensan aun hoy, por herencia recibida desde los siglos XVIII y XIX.

La categoría del derecho subjetivo es una especie del género derecho, imprescindible en la vida humana, pero no es la manifestación exclusiva del derecho: En cierto modo es a-jurídica, aunque este problema es demasiado complicado como para pretender ni siquiera aludir a él ahora. Ha hecho agotar muchos tinteros a lo largo de la historia<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> . El problema lo planteó San Isidoro de Sevilla (uno de los autores más leídos durante toda la Alta y Baja Edad Media) y concluyó que todo lo no regulado, o lo no prohibido, ha de entenderse positivamente permitido por la libertad que es propia del derecho natural. Acursio (siglo XII) lo entendió igualmente a modo de derecho, porque mantuvo que todo lo no prohibido se entiende ('naturalmente' o por derecho natural) permitido. En cambio, Pedro de

§ 71. El derecho subjetivo tiende a ser más una ‘cualidad de las personas’ que no de las cosas. La mentalidad contemporánea, muy adherida y dependiente de la figura de los derechos humanos, que tienden a ser entendidos como derechos ‘personales’ (tan absolutos como sus titulares) y no como ‘competencias’ (medidas por lo que reclama la situación concreta), no siempre matiza entre lo realmente exigible y lo personalmente exigible. Un atisbo de esta distinción la encontramos en el dicho conocido: “Se pueden renunciar los derechos de la persona, pero no los del cargo”.

Pero a pesar de estas matizaciones espontáneas la confusión continúa en cierta medida, y siempre corremos el peligro de entender todos los tipos de derechos bajo el patrón de los derechos subjetivos. Al ser las competencias una realidad de naturaleza preferentemente real y los derechos otra realidad distinta, pues descansan más bien en las personas, sería correcto decir que no tienen un origen ni fundamento común. Ciertamente, el estudioso siempre tiene la posibilidad de unificar ambas categorías bajo el género común de derecho. Pero esta unificación resultaría algo artificial, y la indistinción (con la consiguiente confusión) sería el precio que pagaría.

### ***Los “Bienes Constantes”***

§ 72. Además de estas esferas de irresponsabilidad y de las competencias jurídicas, todos gozamos de posibilidades de hacer o no hacer, creadas por las leyes, que normalmente consisten en la intersección de una pretensión individual con un precepto legal que habilita a una conducta. Éstos constituirían los derechos subjetivos en sentido más fuerte.

§ 73. Pero observemos que junto a los derechos subjetivos y las competencias, siempre poseemos otros derechos que desbordan lo exigible en los officia y las situaciones de irresponsabilidad. Porque la situación en la que me encuentro no determina exhaustivamente todos mis derechos, ni todos mis deberes. Si uno examina la realidad cotidiana, más bien aprecia que existen unos derechos

---

Bellapertica y Tomás de Aquino (siglo XIII) adoptaron la actitud contraria, y mantuvieron que no basta la mera ausencia de una prohibición para constituir un verdadero derecho. En general, un sector del pensamiento romanista, que puede quedar representado en Bellapertica, ha tendido más bien a considerar que las ‘facultades’ no son categorías propiamente jurídicas. De todos modos el tema es, como indico, demasiado complejo, quizá insoluble desde una perspectiva única.

importantes que nos acompañan a todas partes, que están omnipresentes en cualquier situación de relevancia jurídica. Así, el derecho al respeto, a la limpieza, a la libertad, a la no-discriminación, a la seguridad, al respeto, a la rapidez, a la comodidad...

Estos derechos no necesitan de ningún título especial: Los universitarios pueden exigir (jurídicamente) que las instalaciones universitarias sean seguras, aunque esta exigencia no venga recogida expresamente en los Estatutos de la Universidad o en alguna otra ley. La libertad tiene una importancia especial dentro de estos bienes constantes, dada su especial dimensión antropológica. Todas las personas tienen derecho a exigir que en el ejercicio de sus competencias se les respete toda aquella libertad que no es necesario sacrificar por exigencias reales derivadas de ese officium.

§ 74. Estos derechos, aparte de no tener un título expreso, presentan otra peculiaridad: Son recortables o ampliables sin más en el alcance de su exigencia según lo exija la índole de la actividad que desarrollamos. Un profesor de Universidad puede exigir mucha limpieza en las instalaciones de su trabajo, cosa que, evidentemente, no puede hacer un minero en la misma medida. Igualmente el profesor de universidad puede exigir mucha libertad investigadora y docente: Otra cosa que, evidentemente, no puede exigirla en el mismo grado un militar, sometido necesariamente a una disciplina y jerarquía más estricta.

§ 75. A este tipo de derechos los podríamos llamar ‘Bienes Constantes’, en razón de estar omnipresentes precisamente porque no requieren de ningún título o causa concretos. O su título o causa es la personalidad humana genérica.

Estos bienes constantes a que ahora aludo son ‘derechos’ en el doble sentido de la palabra, esto son derechos subjetivos: Se pueden exigir jurídicamente y, si el interesado quiere, puede renunciar a ellos, cosa que sucede con las competencias.



Hic!

### **IMPUTACIÓN: RESPONSABILIDAD, AUTORÍA Y CULPABILIDAD**

Responsabilidad, autoría y culpabilidad en el derecho son realidades sólo parcialmente coincidentes. Desde la extensión de la obra de Christian Thomasius, solemos hablar de imputación, normatividad, etc., pero decir que el derecho imputa unas consecuencias jurídicas a unos actos, o acciones, no aclara mucho, porque las formas cómo el derecho imputa tales consecuencias es muy distinta.

1) La noción de culpabilidad es sin duda la más discutida pero, al mismo tiempo, la más asequible. El derecho sancionador, muy especialmente el derecho penal, se basa en esta categoría del pensamiento jurídico, pues no sabríamos concebir una pena sin responsabilidad personal. Podríamos decir que el derecho penal no establece penas, sino que busca la prevención de los delitos o la rehabilitación de las personas que realizan conductas desviadas de lo socialmente establecido. Pero, ¿ganamos con este tipo de matizaciones? Porque nadie acepta que se condene a un inocente: El juez pregunta al jurado: “¿Inocente o culpable?”, y no puede preguntar otra cosa. La misma terminología que usamos en todas las Facultades de derecho nos conduce por el mismo camino, porque hablamos de penas y, consecuentemente, de derecho penal, de inocentes y culpables, de voluntariedad y otras categorías propiamente morales, de circunstancias agravantes o atenuantes, etc. Es incuestionable que el derecho penal regula la conducta humana libre, y debe ser así.

Hay cuestiones conexas, pero distintas de ésta. Una sería la de preguntarnos si todos somos ‘realmente’ libres. El investigador de la Sociología sabe con cierta precisión cuantos españoles se suicidarán el año próximo, en qué medida determinados barrios de la ciudad producirán un porcentaje mayor de delincuentes que otros barrios, y cosas así. Esto es, podemos hablar de condicionantes sociales de la personalidad o de la voluntariedad. Los medievales eran tan conscientes de estos condicionantes, que Tomás de Aquino, al definir el yo (define la consciencia, y los latinos no distinguían entre la conciencia y la consciencia), lo explica como “cum alio scientia”<sup>39</sup>, que viene a

---

<sup>39</sup> . *Suma teológica*, I, q. 31, art. 3, o *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, “Opera Omnia”, Romae, 1570, L. II, Dist. 24, art. 2.

decir que yo soy lo que yo sé hacer junto y a través de los demás. No se refiere al conocimiento cognitivo, para el que siempre reserva el término ‘cognitivo’, sino que usa la palabra *scire*, un verbo que en el contexto escolar de la Baja Edad Media designaba preferentemente la actuación práctica. A pesar de esto, para Tomás de Aquino las personas somos libres, porque el profesor puede corregir los exámenes honestamente, tomándose la molestia de leerlos con detenimiento, o puede calificarlos por encima. Pero como la Edad Moderna nos llenó las Facultades de derecho de hombres independientes, aislados y libres en el estado de naturaleza, el descubrimiento de que tal situación ‘natural’ no es posible, llevó al extremo contrario. No parece que sea cuestión de seguir una conciliadora vía media, sino de reconocer que en algunos momentos somos libres, y en otros no. Esto es, en lugar de usar de la figura dialéctica que se enunciaba como “de todo quo ad totum, et de parte quo ad partem”, es preferible recurrir a la explicación aristotélica de los modos o respectos, y decir que desde determinados puntos de vista somos libres, y desde otros puntos de vista no lo somos.

La otra cuestión es la de interrogarnos sobre el fin último de las zonas sancionadoras del ordenamiento jurídico. Resulta patente que el policía que denuncia al que pesca sin licencia no desea simplemente que los que pescan tengan ese permiso administrativo, como si el mero hecho de disponer de tal licencia fuera algo como un ‘bien en sí’. La sociedad, a través entre otros de los policías que denuncian a los que pescan sin permiso, trata de que no se haga un daño desproporcionado a la fauna de los ríos, y por ello exige la pequeña garantía de la licencia de pesca. El punto óptimo de equilibrio realmente contratado sería aquella situación en la que fueran tan pocos los pescadores desaprensivos, que no hiciera falta ni vigilancia en los ríos: Entonces tampoco sería necesaria ninguna licencia. Desde este punto de vista, el derecho sancionador sería una técnica para desanimar a cualquiera de realizar conductas socialmente no deseables.

Pero la explicación del derecho sancionador y penal no puede detenerse aquí, ni siquiera principiar desde este punto: Parece más bien que hay que tener en cuenta simultáneamente una pluralidad de principios. Una Ética, o es una Ética de bienes, o no es nada. El juez, el legislador y el jurista que buscan preservar o hacer realidad la mayor parte de bienes posibles y socialmente deseables, no hace otra cosa que moverse según los dictados de Aristóteles o Tomás de Aquino: Ninguna novedad, por tanto. Sucede solamente que a veces esos bienes a desear o esos males a evitar son

consecuencias de conductas adiaforas, esto es, de acciones que solamente son buenas o malas por las consecuencias que se siguen de ellas. Pues comer marisco no es malo; pero comer marisco en mal estado puede acarrear consecuencias desastrosas. Y a veces, una conducta es mala no por sus consecuencias, sino porque ella misma implica en sí la privación de algún bien importante, como sucede con los asesinatos. En estos últimos casos no podemos dissociar a fin de cuentas la norma que prohíbe los asesinatos del daño que tales conductas producen. Esto es, si tenemos en cuenta estas dos matizaciones, tanto cuentan las normas como las consecuencias de los actos, por los que ambos momentos se erigen en principios si no independientes, sí a distinguir, porque ocasionalmente van realmente por separado.

Podríamos decir que el derecho penal existen un título último y una causa más próxima. El título último es el daño que conlleva el delito, que determina su tipificación en una ley. La causa próxima es la afirmación de ese daño que ha hecho la voluntad personal. Distinguiendo (ya que no separando) estos planos, el título final puede ser múltiple: Evitar más daños a las personas, rehabilitar al delincuente, retirar de la circulación a quien ha demostrado por sus delitos que es un indeseable. Pero todo ello supone necesariamente un daño y una voluntariedad. Pues la voluntad que no causa ningún daño no es punible: Se le puede aplicar la figura romana del *usus innoxius*. La mentalidad menos influida por el normativismo entendía esto sin problemas, y Francisco de Vitoria explicaba fluidamente que los pecados son más graves en la medida en que causan más daño. Dictaba esto porque Tomás de Aquino le había enseñado, a través de sus libros, que el que peca, peca ante todo porque se hace daño a sí mismo<sup>40</sup>.

El derecho penal y sancionador recae sobre la conducta humana libre y deliberada, subjetivamente asumida, pues la imputación penal recae sobre lo íntimo de la voluntad personal. De ahí que Guillermo Durando (el único penalista conocido de la Baja Edad Media) mantuviera que el delito es una *qualitas personalis*, una ‘realidad necesariamente personal’ porque es una ‘cualidad personal’. Cosa que no sucede con el derecho civil, pues ser dueño de un automóvil no constituye una cualidad personal, ya

---

<sup>40</sup> . Describe al pecado como la privación del propio bien en *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)* Tomus Sextus, “Opera Omnia”, Romae, 1570, L. II, Dist. 36, q. 1, art. 2. Consecuentemente, el hombre, al pecar, peca contra sí mismo. Vid. *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu “Summa contra Gentiles”*, Marietti, Torino, Roma, 1961, §§ 2948-2950.

que el automóvil podemos venderlo, cosa impensable con nuestras condiciones personales de personas casadas, padres o herederos: Podemos renunciar a muchas herencias, pero no a la condición de heredero.

Para el derecho penal, la categoría primera es simultáneamente la de ilícito y la de culpable. Hay grados intermedios, porque a veces basta con que exista negligencia, y entonces se es responsable sin acabar de ser culpable. Esta responsabilidad penal es cosa distinta de la responsabilidad civil, pues la civil se suele limitar a pagar dinero, y la penal conlleva penas, más allá de la simple indemnización.

Pero todo esto, desde el siglo XVII a hoy, suena a fraseología anticuada, pues casi nadie quiere hablar de unos bienes que estarían salvaguardados por las normas. La historia de este problema que ha llevado a considerar las normas por las normas mismas, es la siguiente: La Modernidad se abrió con la ignorancia (académica) de los bienes en pro de las normas, pues la corriente que realmente triunfó en los siglos XVII y XVIII fue el normativismo moral y jurídico, si por normativismo entendemos unas corrientes de pensamiento que hacen de la voluntad el soporte de lo ético. La historia del problema fue la siguiente: los discípulos de Duns Escoto, Juan de Gerson y Conrado de Summenhart, explicaron en el siglo XV a toda Europa, desde la caja de resonancias que siempre ha sido la Universidad de París, que cada ser humano es poca cosa para determinar lo que le conviene a los otros. Solamente Dios legisla para los hombres, y la capacidad de crear deber (vinculación en conciencia) es competencia exclusivamente divina: El derecho de origen humano no obliga en conciencia a su cumplimiento, porque es heterónimo. Cada persona paladeó así que ella era la última soledad del ser, que únicamente puede quedar vinculada u obligada (cuestión de deber, no de forzamiento) cuando dice ‘sí’. Conrado escribió claramente sobre la *potentia*, *dominium*, facultad o libertad en que se manifiesta primordialmente el derecho según cada individuo, que consiste –según sus palabras- en una potencia elictiva del alma. Esta tesis no triunfó inmediatamente en la Escolástica, pues Tomás de Vío, Vitoria y Domingo de Soto prefirieron a Tomás de Aquino sobre el escotismo. Hubo que esperar a finales del siglo XVI para que Luis de Molina, al que Dufour llama el “apologeta de la libertad individual”, explicara cautelosamente que el derecho natural consiste ante todo en ese *dominium* o libertad sobre los propios actos. Francisco Suárez, siempre oscilando entre las naturalezas inmutables de las cosas, de las que derivan derechos

naturales para actuar de acuerdo con ellas (a los que designa como *jus utile naturale*<sup>41</sup>), y la libertad personal en que ante todo consiste el derecho natural, catapultó estas tesis al siglo XVII. Hugo Grocio fue también un titubeante seguidor de Suárez que no se atrevió a afirmar las doctrinas políticas de Suárez en toda su crudeza.

De acuerdo con este planteamiento, que se observa quizá más claramente en Gerson y Conrado que no en Molina y Suárez, el hombre sólo es relevante ante el derecho cuando usa su voluntad. En el siglo XV ya estaba reducida la teoría del derecho a contratos, aunque el contractualismo aún tardó dos siglos en emerger plenamente victorioso. El problema del contractualismo estribaba en que la letra de lo convenido se imponía sobre cualquier otra consideración; y esta letra era vinculante porque reposaba en la voluntad. Desde la voluntad surge un texto, y desde éste el deber. Quedaba pendiente un problema peliagudo: ¿Cómo alcanza la voluntad al plano del deber, o como puede la voluntad generar un deber en otras personas? Los *moderni* se bifurcaron en este punto, pues la gran mayoría redujo el deber personal al hecho de estar prevista una pena para el caso de incumplimiento de la ley. Otros, tras la bandera de Christian Thomasius, prescindieron de la idea misma del deber.

Efectivamente, Thomasius explicó que las digresiones de los escolásticos sobre el *meritum* de condigno, de congruo, etc. eran demasiado complicadas. En su lugar, era mejor seguir el ejemplo de los comerciantes (del derecho Mercantil), que para asignar una deuda a una persona no necesitaban expresar la causa, sino solamente “constar en el libro”: *Zur Rechnung halten*. En tal caso esa deuda se imputa a una persona, y esta operación es llamada imputatio, que –explica Thomasius– es sinónima de *Zurechnung*. La *Zurechnung* thomasiana fue el tejado que remataba el edificio, porque toda la explicación del derecho se movía en torno a una voluntad inexplicadamente superior, a través de la cual se ‘imputaba’ algo a alguien. Estas explicaciones de Thomasius las asumió, como verdades evidentes no necesitadas de otra demostración, Christian Wolff, quien compartió con Thomasius hacer de la voluntad la única potencia humana relevante. Todo ello en nombre de la razón objetiva y eterna. Ya sólo faltaba crear la

---

<sup>41</sup> . Vid. Mi estudio *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, UNAM, México, 2013. Datos interesantes sobre este tema en *El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica*, en F. Carpintero (ed.), “El derecho subjetivo en su historia”, Universidad de Cádiz, 2003. *Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo*, en “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos” (Valparaíso) XXV (2003) pp. 341-373.

expresión “Teoría Pura del derecho”, cosa que hizo August Mehmel en el primer tercio del siglo XIX, para que la consideración exclusiva del mundo de las normas recibiera un contraste más acabado de científicidad.

La explicación ‘filosófica’ del derecho prescindió de los bienes en pro de las normas, y sería fastidioso tan sólo aludir a los tratados alemanes del siglo XVIII que parten, como axiomas (*axiomata*) iniciales, desde las normas, entendidas como la manifestación de una oscura voluntad superior. En el mundo anglosajón, fue el siempre complejo John Austin quien introdujo la consideración normativista del derecho. Sir Henry Maine entendía que Austin no había hecho sino trasladar el método de los economistas al derecho, porque así como los economistas prescinden de todos los motivos de la conducta humana excepto uno (el afán de obtener ganancias), Austin había prescindido de los fines del derecho excepto uno: el afán de dirigir la conductas de los otros<sup>42</sup>. Pero la obra de Austin resultaba demasiado difícil para el gran público, y fue Thomas Erskine Holland quien expuso una Jurisprudence en términos más del momento. Aunque Holland no expuso las normas jurídicas como el correlato de una voluntad, sino como ‘reglas’ (Es el primer autor que he encontrado que distingue entre normas y reglas; para Austin –aunque no fue nada coherente con esta tesis- el derecho aún consistía en imperativos de la voluntad del legislador).

Bien, nos encontramos ante un periplo histórico que ha rellenado los siglos de nuestra historia más reciente. Nos encontramos en un cambio de épocas, y el lector ha de hacer su opción: ¿Mantendrá que existe deber cuando hay una penalidad prevista para la infracción de la ley, o sostendrá que se impone tal pena porque se ha incumplido el deber previo?

2) Aparte del derecho sancionador y penal, tenemos el derecho de contratos. Esta rama del derecho tiene en común con la penal la exigencia de voluntariedad personal, pero aquí acaban las coincidencias. Pues, hablando edulcoradamente, podríamos decir que el contrato es una ley que cada cual se da a sí mismo, y el *principium obligationis* sólo puede ser la voluntad del interesado. Si no hay voluntariedad, porque ha intervenido engaño, alteración mental, etc., no hay contrato.

---

<sup>42</sup> . Así lo expresaba John M. Lightwood en *The Nature of Positive Law*, London, 1883, p. 79.

Hay que cumplir los contratos porque hemos dado la palabra de cumplirlos, que es lo que expresa el dicho ‘pacta sunt servanda’. Más allá del principio expresado por esta frase latina, no hay nada, porque éste es uno de esos principios en los que el bien protegido es indisociable de la norma que lo establece. Ciertamente, cuando hay incumplimiento de un contrato, el juez procede a determinar la indemnización; pero existe el deber de indemnizar solamente porque se ha faltado a la voluntad expresada. Ha habido históricamente dos intentos para demostrar este principio, uno el de Nicolás Gerónimo Gundling, y otro el de Friedrich Bassenger. Gundling (uno de los más agudos de los discípulos de Samuel Pufendorf) explicaba en el siglo XVIII que hemos de cumplir la palabra dada, porque si no es así incurrimos en una contradicción, y no hay nada más demencial que la contradicción, porque la contradicción pertenece “ad dementia et furorem”<sup>43</sup>. Bassenger, en su ensayo “Das Versprechen” publicado en el período de entreguerras, quiso demostrar un tanto *more kantiano* (mediante la elevación de la máxima a ley universal según sus consecuencias) cómo el principio “pacta sunt servanda” está realmente fundamentado. Estos intentos parecen un disparate, porque la norma que ordena cumplir los pactos es obligatoria por sí misma, es ‘normativa’. Ciertamente, si abandonamos los ingenuos campos del normativismo puro y hacemos nuestra una Ética de bienes, hemos de cuestionar a veces el tenor literal de las normas, como hacemos usted y yo, amigo lector, prácticamente todos los días. Pero ni los bienes aniquilan las normas, ni éstas los bienes.

3) La noción de responsabilidad parece distinta de la de culpabilidad o autoría. La mayor parte del derecho no es derecho penal, ni derecho de contratos: No podemos reconducir a estas ramas del derecho el resto del ordenamiento jurídico, ni siquiera buena parte del derecho civil. Nadie pretende argumentar de forma tramposa, como hacía Francisco Suárez, que cada vez que propone un ejemplo del derecho positivo en su “Tractatus de Legibus” alude al derecho canónico. Como el Credo de la Iglesia católica no habla de ayunos cuaresmales, párrocos y coadjutores, todo el derecho positivo aparecía ‘arbitrario’. Si salimos fuera del ámbito de los ayunos cuaresmales o de las obligaciones de los religiosos en sus conventos, el derecho positivo no es tan

---

<sup>43</sup> . “Alle die vor honette Leute passiren wollen, müssen ihre Promisse und pacta halten, sonst werden auch ihre promisse und pacta ebenfalls nicht halten, und sie werden Zeit Lebens unglücklich seyn, und incommode leben müssen. So ist auch derjenige ein Narre, der pacta macht, und hält sie nicht. Denn es ist nicht nährischer, als wenn sich einer contradicirt; ja sich contradiciren gehört ad dementia et furorem”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii De Officio hominis et civis*, Hamburg, 1744, Liber I, cap. 9, § 3.

‘arbitrario’ como persuadía Suárez. Por tanto, tengamos a la vista no un sector del derecho, sino todo el derecho, público y privado, el derecho de cosas al mismo tiempo que el derecho financiero o Administrativo.

Procediendo así, lo primero que llama la atención es la heterogeneidad de las distintas partes del ordenamiento jurídico: El derecho Administrativo tiene incluso una estructura distinta del derecho penal y del derecho civil. Pues el derecho penal siempre supone un ilícito voluntario, y las restantes ramas del derecho, A) ni suponen ilícitos, ni tampoco siempre actos voluntarios. A su vez, en el interior del derecho que no es derecho penal, B) hay derechos que simplemente regulan sus objetos, como sucede con la mayor parte del derecho civil, y hay derechos que crean sus objetos al mismo tiempo que los regulan, como es el caso del derecho financiero o administrativo. Desde luego, no hay duda que hombre y derecho han ido siempre unidos, por lo que hablar de normas que simplemente regulan sus objetos es casi una contradicción. Ésta era una objeción que Kelsen hacía a Pashukanis, cuando explicaba que Pashukanis proponía el sinsentido de una propiedad pre-jurídica. No dudo de que Kelsen fue mucho más coherente que Pashukanis, pero me parece que llevaba más razón el ruso. Porque ningún legislador en temas de derecho civil se puede hacer la ilusión de que él ha creado los contratos, los derechos reales o los institutos del derecho de familia. Por el contrario, todos vemos cómo algunos cambios ministeriales traen inmediatas reformas en el derecho administrativo, reformas por las que se extinguen o modifican substancialmente algunos organismos oficiales, y otros ven la luz.

Este derecho constructor se mueve ante todo con C) la categoría de la ‘responsabilidad’, de forma que tal responsabilidad llega a cada persona a través de una imputación legal o jurisprudencial. Esto es, si la ley fiscal establece que desgravará de la declaración anual de hacienda el doce por ciento del I.V.A. pagado en la adquisición de la vivienda, entonces realmente tendremos derecho a exigir que desgrave esa cantidad de nuestra declaración a hacienda. O si la legislación universitaria establece que las Facultades han de tener comedores adecuados para los que trabajan en ella, podremos exigir que se creen o se reformen tales comedores. Esto sucede únicamente en virtud de una disposición o imputación legal. Parece que la palabra imputación, según el uso normal del habla, designa una referencia más personal, como cuando decimos que las leyes imputan tales obligaciones a los constructores de viviendas, a los fabricantes de cigarrillos o a los que conducen automóviles.

La categoría básica es aquí la de responsabilidad, que se sitúa al menos en paridad de condiciones con la de autoría. Queda excluida la de culpabilidad, que se reserva para el derecho que establece penalidades. Hablo de responsabilidad, necesariamente objetiva, porque las obligaciones y derechos que nos corresponden jurídicamente no dependen de la voluntad personal, hecho que se ve con claridad especial en las disposiciones de la hacienda pública: Si estas leyes establecen que el setenta por ciento del precio final de los carburantes estará constituido por impuestos, de nada sirve alegar que no se ha consentido en tales leyes. Igualmente, si una reforma del derecho de familia modifica el proceso para constituir una adopción, todo el que quiera adoptar un niño queda obligado a seguir el procedimiento previsto en la ley, con absoluta independencia de su criterio.

Los que situaron el *initium* del derecho en la voluntad, hubieron de declarar que de nada sirven estas ‘objetividades’ legales a que ahora aludo. Juan de Gerson, por ejemplo, tras los pasos de Scoto y Ockham, manifestaba que carecían de valor las interpretaciones de los juristas. Aquí se encuentran encerrados dos gatos muy distintos: Uno, el de la ‘objetividad legal’ por el que se imputa algo a una serie de personas, y el otro, el de la objetividad que hace que las normas jurídicas sean algo más que simples reglas de los juegos, siempre arbitrarias: Esto es, que posean un fundamento ontológico más allá de los simples intereses más fuertes o del “*sic volo, sic jubeo*”. Nadie piensa en un orden metafísico de esencias inmutables, al modo de Gabriel Vázquez, Luis de Molina o Francisco Suárez. Más bien pensamos en el derecho de Gentes romano, que ‘introducía’ las instituciones más convenientes o menos malas según la oportunidad de cada momento.

El problema de la ‘objetividad’ del derecho jurisprudencial es que los juristas pretenden no hacer hablar a la voluntad, sino a ‘las cosas’, mediante cálculos de proporción y analogía, y por ello la ley declara que las cantidades que se entregan a cuenta durante la construcción de algunas viviendas se han de revalorizar en la misma proporción que el precio final de la vivienda. Esto no es una disposición arbitraria o positiva en el mismo sentido que decimos que el doce por ciento del IVA pagado en la adquisición de la vivienda desgrava de la declaración de la renta. Ahora no es el momento de esta objetividad relativa, sino de la mencionada antes, a saber, que los derechos y obligaciones los imputan el legislador y los tribunales al margen de voluntariedades personales.



**SEGUNDA PARTE: CRITERIOS DE LA JUSTICIA**

Hic!

## CRITERIOS DE LA JUSTICIA

Hablo de “Criterios de la justicia” y no de “Los criterios para la justicia” porque este tema, embestido frontalmente y sin más, resulta excesivamente rico en estructuras y matices como para ser explicado linealmente siguiente un punto de vista unitario. Dejémoslo así, sabiendo que el tema ni queda evitado ni queda tampoco agotado.

El derecho es una obra realizada por las personas y para las personas. Este momento del estudio podría tomar el título de una obra de I. Bekker, un conocido pandectista alemán del siglo XIX: “El derecho como obra humana y sus fundamentos”<sup>44</sup>. Es un tópico de la antropología del siglo XX destacar que el hombre es un ser constitutivamente carente, y que el derecho trata de paliar esas carencias: expresada esta idea de forma más próxima a la reflexión jurídica, el derecho parte desde algunas de las necesidades de los hombres y trata de remediarlas. Efectivamente, las soluciones que aporta el orden jurídico tratan ante todo de aliviar necesidades humanas concretas. Es necesario destacar el adjetivo ‘concretas’, porque las carencias humanas son de índole bastante distintas y en la medida en que el derecho surge para hacer frente a esas carencias, el orden jurídico presenta una descarada heterogenia de sus principios.

El lector tiene derecho a preguntarse por qué trato ahora este tema de las diferencias entre los principios básicos del derecho. He indicado que el derecho lo hacemos las personas pensando en nosotros mismos, y han sido muchos los teóricos de la filosofía del derecho que han recurrido a alguna noción de persona para explicar los fundamentos más elementales de la vida jurídica; pero esta remisión al carácter personal de los seres humanos, si no es matizada, es tan cierta como insuficiente.

### *Avatares históricos*

El término persona nació en la teología que trataba de explicar la Trinidad, de modo que diversos Padres de la Iglesia explicaron que Dios es Uno y que es Trino porque tiene tres personas. La nota fundamental de la personalidad era la

---

<sup>44</sup> . *Das Recht als Menschenwerk und ihre Grundlagen*, notax

incomunicabilidad. Esta noción de persona estaba madura antes de la Edad Media, y vemos como aquel romano tardío que fue Boecio definió a la persona como un ser individual de naturaleza racional. Fue un mérito de aquellos teólogos y filósofos no haber reservado la categoría de la persona, así entendida, para las explicaciones teológicas, ya que la extendieron a la explicación del ser humano, que quedaba caracterizado como un ser individual de naturaleza racional, es decir, como una persona. El hombre fue entendido como un ser radicalmente incomunicable, solitario y dotado de dignidad<sup>45</sup>.

Esta tendencia a entender a cada hombre de este modo, con independencia de su condición de ser libre o esclavo, pobre o rico, fue una consecuencia del espíritu cristiano. En las enseñanzas de Cristo y en las de los Apóstoles (las cartas de San Pablo y las Cartas Católicas) cada ser humano oscilaba entre una doble condición: de un lado poseía una condición social, económica o política, y desde esa posición derivaban buena parte de sus derechos y deberes. Pero, de otro lado, cada hombre ha sido redimido él por la sangre de Cristo, de forma que cada ser humano porta en sí toda la dignidad que le confiere haber sido creado y redimido personalmente por Dios. La Epístola a Filemón, de San Pablo, es especialmente ilustrativa de esta doble condición humana. Se introdujo un desgarrón que habría de alcanzar a todo el orden social, ya que no es fácil entender cómo cada hombre, dotado de esta dignidad, puede ser discriminado por el orden social. Ni Cristo ni los Apóstoles lanzaron doctrinas políticas, pero el Cristianismo llevaba en sí el fermento para declarar la igualdad de los seres humanos en su dignidad.

### *La persona en el derecho*

Sören Kierkegaard dedicó buena parte de su obra a destacar el carácter sintético y dual del ser humano; porque todo hombre es una síntesis entre lo finito y lo inmenso, y la conciencia de esta tensión hace que hombre desespere; este autor danés dedicó una obra, conocida usualmente como el *Tratado de la desesperación*, a estudiar este tema. Un problema que también recogió Hegel, y del que dijo que estos dos polos de lo humano producen una tensión que ningún “ser natural” podría soportar. Obviamente

---

<sup>45</sup> . Vid mi estudio *El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica*, en F. Carpintero (ed.), “El derecho subjetivo en su historia”, Universidad de Cádiz, 2003, págs. 35-288. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

andaba en juego la noción de persona, que es el único ser “no natural” que –según él– puede soportar en su interior esta dualidad.

Estas explicaciones sobre la persona y su dignidad han de ser concretadas para estar en condiciones de ser operativas en el derecho. Engisch nos propuso esta empresa, hace ya 50 años, con su obra sobre la *Konkretisierung im Recht*, pues la mayor parte de los principios o reglas generales son inútiles si la jurisprudencia no discrimina los aspectos relevantes del problema que hacen al caso, si no analiza cada conflicto hasta determinar sus factores que han de ser aceptados en el la creación del problema, y si no sintetiza posteriormente los elementos individuados –fácticos y legales– para formar constructivamente el ‘caso’. El razonamiento jurídico (como en general los discursos prácticos) suele tener una vertiente que –por acomodarnos a los usos lingüísticos– hemos de llamar constructivista y, sin duda, la conciencia de este construir es el factor que ha llevado desde el siglo XVII a hoy a proponer filosofías del derecho y éticas constructoras, constructivistas o construidas.

Si no procedemos así, sólo queda, por lo general, hablar en tono retórico de las personas y sus derechos. Al aludir a un estudio que ha de poseer un primer momento analítico –en el que predomina el estudio o el análisis de índole ontológica– y de un segundo paso más sintético en el que domina la vertiente constructora movida por la intuición para el valor, estamos declarando que el principio por sí mismo es únicamente un momento del discurso del juez, o del jurista<sup>46</sup>. Esta exigencia de análisis y síntesis, en las que la exigencia general se combina con elementos aparentemente ‘de hecho’, no implica menoscabo en la apreciación de la calidad del principio: al contrario, afirma la naturaleza ontológica de esa exigencia, que es mucho más que un universal implícito en el lenguaje, o que una derivación de la exigencia universal de la igualdad (Apel o Habermas), o del egoísmo igualmente universal, como quiere Rawls en definitiva. ¿Se puede hablar hoy de ontología sin caer en el ridículo? Quién entienda que las razones que ha de dar a un policía que prevarica, a un ladrón corriente, o al que maltrata a otra persona, son *necesariamente* distintas, entrará por un buen camino para reconocer la dependencia del derecho desde la realidad.

Los análisis y síntesis se expresan mediante el lenguaje: toda comunicación humana (salvo algunos casos especiales) se realiza mediante el lenguaje articulado,

---

<sup>46</sup> . Álvaro d’Ors nos indicaba que por juez ha de entenderse no solamente al magistrado profesional, sino también al alumno que da su opinión en una clase práctica.

como lo llamaba Homero. Podríamos detener el estudio en este momento lingüístico y querer jugar con entidades simplemente lógicas; tal cosa la pretendió la filosofía analítica, pero el hundimiento del Círculo de Viena se llevó consigo no sólo las quimeras de las exactitudes científicas, sino que arrastró igualmente a los juegos lógicos sobre el lenguaje. El simple hecho de estar en condiciones de analizar y reconstruir sintéticamente lo recogido en las palabras implica necesariamente la funcionalidad de instancias extralingüísticas. Estas instancias son tan diversas como los problemas que estudiamos, y los razonamientos en el derecho amplían, restringen, subliman, etc. los principios universales. Pero hoy es difícil reconocer este hecho porque este tipo de discursos no logra superar el espíritu de la Declaración Universal de Derechos de 1948. Como esta Declaración fue redactada ante los peligros que se manifestaron en la Guerra Fría, la propaganda occidental insistió en proclamar solamente ámbitos de individualidad de cada individuo, es decir, esferas de libertad *frente* al poder político. Quizá esto fuera lo más urgente en aquellos casos de emergencia, pero hoy exigimos no solamente estas libertades contra o frente, sino libertades más positivas que hagan honor a la complejidad del ser humano y de su derecho, a su capacidad para estudiar las realidades plurales procediendo más allá de enunciados inmatizados por generales; porque la cotidianidad humana no es posible atendiendo solamente a prerrogativas individuales, y los caracteres y las índoles de las relaciones que nos vinculan tanto otorgan derechos como obligaciones, y normalmente no cabe hablar de deberes ni de derechos: ante el estudiosos del derecho se extiende el inmenso campo de las competencias.

Al pretender concretar el discurso sobre las personas en el plano jurídico, hace al caso rastrear la formación histórica de ese concepto tan singular, el de persona. Nos espera una introducción histórica. Pues la palabra es un término polisémico que ha designado simultáneamente realidades distintas. De hecho, el equívoco comienza cuando los teóricos de la justicia que hacen de la igualdad implícita en el lenguaje o en las situaciones ideales del habla el fundamento solitario de sus propuestas éticas, se ven a sí mismos como espíritus creadores y, en todo caso, recurren al espíritu del Iluminismo del siglo XVIII. Pero no son innovadores, como tampoco lo fue el siglo XVIII en este tema, y esta ignorancia de lo que ha aportado la historia conduce hacia una actitud algo simplista que se consume a sí misma girando reiterativamente en declaraciones poco operativas sobre la dignidad de cada persona o sobre las exigencias

de la igual libertad. Porque, ¿quiere usted basar la justicia de todos en su propio egoísmo, es decir, en el egoísmo de usted si se encontrara en una situación determinada? Únase a Rawls. ¿Quiere fundamentar la justicia en un noúmeno objetivo que habita en la estructura del lenguaje, llamada pragmática formal (del lenguaje) y que se reduce a las exigencias de la igual libertad? Tiene que adherirse a Apel o a Habermas. La práctica totalidad de los sistemas teóricos —sería preciso subrayar el adjetivo teóricos— de las filosofías prácticas que han aparecido en los últimos 40 años han girado reiterativa y aburridamente sobre las afirmaciones de noúmenos imposibles que reposarían sobre la igualdad individual, o en la consideración del igual egoísmo de cada individuo, esto es, en la consideración de mi egoísmo si yo no supiera quien soy. Buena parte de estos alardes de imaginación se hubieran podido evitar si estos teóricos de la ética hubieran conocido las extrañas transformaciones de la noción de persona; entonces hubieran comprobado que ya tenían hecha buena parte de su trabajo.

***(La Modernidad propuso sus explicaciones sobre la persona)***

Los autores de la Edad Moderna trataron de simplificar el problema del hombre y ante todo redujeron el estudio de lo humano a la representación —más bien de naturaleza visual— de unos individuos aislados en el *status naturae* que, en un momento posterior forman una sociedad mediante un contrato societario; obviamente, estos *moderni* no pretendían explicar la génesis de la sociedad y del derecho en la historia, sino en la razón, y de la mano del complejo de superioridad propio de Iluminismo, este modo de explicar la sociedad humana y el derecho pasó a ser considerado el realmente científico. Hoy seguimos impertérritamente este esquema, como muestran los dos máximos teóricos actuales de la justicia, Habermas y Rawls. Habermas supone un diálogo ideal, llevado por individuos parlantes, que han de seguir las reglas del habla ideal; pues todo el que entra a formar parte de un diálogo acepta anticipadamente las reglas dialógicas, como es, ante todo, la simetría de los parlantes; desde esta exigencia de igualdad, Jürgen Habermas, del mismo modo que Karl-Otto Apel, extraen las reglas de la justicia.

El otro gran representante actual de la teoría de la justicia es John Rawls, que sigue más o menos este mismo esquema: unos individuos aislados, en situación de igualdad en la posición original, que desean para sí lo menos malo en una sociedad futura. Estos autores (los de la Modernidad y los de hoy) parten desde las exigencias de

los individuos aislados y, como es lógico, fundamentan sus explicaciones en las exigencias o derechos de estos individuos así entendidos. No desde los individuos o personas, sino desde estas notas tan intelectuales y teóricas (teóricas por parciales) de los seres humanos; en ellos, los derechos de las personas quedan sustituidos por los derechos de las argumentaciones. Por el contrario, la Fe cristiana (al menos la doctrina tomista) entiende que las tendencias naturales, iguales para todos, por estar creadas por Dios, operan como causas segundas en la Creación ininterrumpida del mundo, y estas tendencias tanto fundamentan libertades o derechos individuales como instituciones que desbordan el pensamiento contractualista. Da que pensar que desde que el pensamiento ético se emancipó de los moldes cristianos, no tiene otro cauce que la afirmación de la igualdad individual que llevará a algún tipo de contrato social. Esta afirmación del individuo, con su carácter autónomo e indeterminable, ha recorrido los intentos por explicar la sociedad política humana desde el siglo XVII a hoy. Solamente Niklas Luhmann se ha apartado de este esquema; pero Luhmann expone explicaciones que abarcan tanto la formación y estructura de las sociedades humanas como las de los insectos o las de las galaxias, y parece difícil —a pesar de la capacidad persuasiva de este autor— aceptar sin más, por un acto de fe científica (aunque basada en el materialismo) este esquema omnicompreensivo.

Estas doctrinas simplificadoras pueden ser coherentes, agradables para leerlas, o convincentes intelectualmente desde el punto de vista de la lógica aún dominante; pero no dan cuenta del hombre ni de sus exigencias personales y sociales. El filósofo que trató de combinar este individualismo con la afirmación de instituciones sociales supraindividuales, fue John Locke. Este inglés, entusiasmado con el desarrollo económico de Holanda e Inglaterra, que habían sido las naciones que habían practicado el librecambio, afirmó lo que él llamó la Ley Fundamental de la Propiedad; tal ley consistía en expresar que cada hombre tiene derecho a poseer —bajo el título de la propiedad— tantas cosas como sea capaz, y que sus hijos tienen derecho a heredar los bienes de su padre antes que cualquier otra persona. Habló extensamente de la libertad individual; pero un examen atento de su “Segundo ensayo sobre el gobierno civil” lleva a pensar que esta libertad es sólo una función o exigencia de la libertad que requieren el uso y la transmisión de las propiedades privadas. Locke no conoció la noción de *persona* tal como la habían diseñado los teólogos bajomedievales (pensemos en Juan Duns Scoto o en Juan de Gerson), y nos invitó a aceptar un sucedáneo que casaba mal

con la lógica, pero que era el que necesitaba el capitalismo del incipiente siglo XVIII. Hablo de contradicciones a propósito de la teoría de Locke (en quien ejemplifico todo un estilo de hacer doctrina ética y jurídica) porque es difícil entender cómo en un sistema filosófico como el suyo, que desconocía tozudamente el conocimiento de lo que él llamaba las sustancias, y también el de las ideas innatas, afirmó sin embargo la existencia del derecho natural e individual a las propiedades privadas sin limitaciones. Es extraño: estos liberales de primera hora no creían en nada “sustantivo”, pero sí en la propiedad privada.

Pero Locke inauguró las incoherencias actuales. Apel y Habermas parten desde bases filosóficas exquisitamente materialistas y por ende puramente sensistas y fenomenistas, que solamente deberían admitir el protoelemento de la sensación que, continuamente reelaborado por la materia gris del cerebro de acuerdo con las regularidades aportadas por las mismas sensaciones, habrían de dar origen a los contenidos y alcances del conocimiento. Pero como este tipo de filosofías fenomenistas llevaría a la negación de cualquier justicia más allá de reconocer sociológicamente (ya que no normativamente) lo que existe<sup>47</sup>, han de idear la existencia de un “cuasi-noúmeno” ínsito en el lenguaje. Ya indiqué que esta pragmática formal del lenguaje, como la llamaba Apel determina la situación de absoluta simetría de los que dialogan, y que desde esta situación permanente de igualdad surge la justicia de todas las reglas de un ordenamiento jurídico. Es una tesis difícil de admitir para los que hacemos profesión de juristas, porque uno es el momento de hacer donaciones, y otro el de cumplir las leyes de tráfico; pero la masa más bien informe de estas doctrinas filosóficas no tiene en cuenta estas matizaciones.

***(La influencia del método científico moderno sobre la noción de la persona)***

En las actitudes representadas por Locke o Habermas, las personas no existen; ellos únicamente reconocen individuos que deben su posición en la sociedad y que pueden exigir justicia gracias a las propiedades privadas o a la posición de igualdad individual en ese diálogo ininterrumpido en el que se basa la convivencia humana.

---

<sup>47</sup> Los teóricos del derecho coherentes fueron los empiristas del primer tercio del siglo XX agrupados, más o menos, en torno a Uppsala: Lunstedt, Olivecrona o Ross. Ellos reconocían regularidades en los comportamientos humanos y, por tanto las normaciones que cada sociedad imponía de hecho. Pero estas *normaciones* no eran normativas, esto es, no generaban ningún *deber* jurídico sino que sólo reconocían lo que existe de hecho.

Nadie duda de las ventajas de una actitud dialógica, porque todo el que entra a formar parte de un diálogo ideal ha de reconocer (teóricamente) la igualdad de todos los otros participantes, con lo que se dificultan o vuelven imposibles las prepotencias; pero estos representantes de las reglas del diálogo ideal pretenden extraer demasiadas normas desde un punto de partida demasiado magro<sup>48</sup>. Porque la vida ha de pasar a veces por el filtro del diálogo; y a veces, no. Los intelectuales son reacios a entender que los hombres, para ser hombres, hemos de comportarnos a veces como animales. No somos esencias racionales puras, *vernünftigen Wesen*, como nos llamaban los discípulos de Kant que expuse en “La Cabeza de Jano”.

El único punto de partida que reconocen estos autores es el fenomenismo sensista tal como lo expusieron Hobbes, Hume o d’Holbach; o ya en el siglo XX, Carnap o Neurath. Este sensismo radical se basa ante todo en afirmar restricciones del conocimiento, y si el lector quiere conocer el alcance ‘absoluto’ de estas limitaciones, siempre tiene a mano el final del libro II del “Tratado de la Naturaleza Humana” de Hume. Fue tal la influencia de entender las relaciones del hombre con su entorno que los autores moderados de los siglos XVIII y XIX no se atrevieron a usar el término complejo de Experiencia (*Erfahrung*) sino el menos comprometedor de Empiria, *Empirie*.

Es preciso superar las restricciones epistemológicas propias del materialismo moderno, si entendemos por tal las tesis que algunos pensadores derivaron desde la teoría del método científico de Newton. No es que este inglés fuera él materialista; todo lo contrario: viendo el uso que algunos hacían de las bases de su propuesta metódica, él añadió un tratado de Teodicea (Teología natural), redactado por él mismo, a la segunda edición de sus *Principios*. Pero la mentalidad materialista típicamente moderna, basada en la imagen del mundo entendido como una máquina siempre movida por la inercia universal, fue consolidada en poco tiempo. Autores como Helvetius, d’Holbach, Hume o Priestley dieron fe de la nueva mentalidad materialista que respondía impecablemente

---

<sup>48</sup> Por otra parte, un diálogo ideal no puede existir, porque tal figura es contradictoria en sí misma. Lo propio de un diálogo es el ejercicio real de las voluntades, un ejercicio que es real precisamente porque cada uno de los dialogantes ha de dar su brazo a torcer renunciando a algunas de sus pretensiones. Si la figura del diálogo es sustituida por la de la justicia pura encarnada en un consenso ideal con el que ha de estar de acuerdo cualquier ser racional, está de sobre la categoría del diálogo; basta con que imponga su opinión la persona que conoce realmente lo que es justo. La figura del diálogo ideal, con su consiguiente consenso ideal, es altamente dogmática, y abre la vía para algún tipo de despotismo.

al sentido común de entonces y también ahora dominante, a pesar de que ya han desaparecido sus bases teóricas. Fue tan grande su influjo que Kant entendió al nuevo “método científico” —en realidad fue considerado por su época como el único método de la ciencia física y del hombre— como la explicación definitiva del mundo; de ahí sus esfuerzos en la “Doctrina de los elementos” (primera parte de la *Crítica de la razón pura*) por explicar las leyes a priori que hacen posible la intuición de los cuerpos en el espacio; de ahí también su empeño por exponer un sistema de ética —el propuesto en la segunda parte de esta obra, la “Dialéctica trascendental”— para salvar a la moralidad propiamente humana de la voracidad del materialismo. Si alguien tiene dudas sobre la finalidad de estos esfuerzos de Kant, sólo tiene que leer el prólogo de la primera edición de la *Crítica de la razón pura*, que no constituye precisamente un monumento a la humildad. Como es patente, las doctrinas kantianas siguieron la misma fortuna que el método científico newtoniano.

Indicaba que es necesario superar estos prejuicios reduccionistas y limitadores del antiguo materialismo no porque sea preferible proceder desde las buenas intenciones que brotan desde una actitud humanista adoptada sin más explicaciones, sino ante todo porque la evolución de la física en el siglo XX ha mostrado sencillamente que el “método científico” es válido sólo sectorialmente; sirve para hacer tecnología cuando no falla por culpa de su poca adecuación a la realidad<sup>49</sup>. La mecánica cuántica nos ha enseñado que la física de Newton —ahora llamada simplemente mecánica clásica— no sirve para montar sobre ella un saber omnicomprensivo o filosófico. A pesar de sus insuficiencias del método de Newton, este método es útil para crear tecnología porque los movimientos no-mecánicos de las partículas atómicas son excesivamente minúsculos como para influir en el mundo de la corteza terrestre, y las explicaciones de Einstein —que más bien encuentran su terreno explicativo en la vida de las galaxias— son demasiado grandes para afectarnos en el momento de dominar nuestro entorno.

Se ha hundido la visión mecanicista del mundo comúnmente aceptada; esta mecánica nos ayuda en la tecnología, pero no en la explicación (ni siquiera fenomenista)

---

<sup>49</sup> Permítaseme una anécdota. Cuando hacía mis prácticas como sargento de complemento —verano de 1973— en el CIR n.º 3, Santa Ana, en Cáceres, era el encargado de explicar la teoría del tiro a los reclutas. Al tratar de las propiedades de una pieza del calibre 155, expuse lo que encontraba en su tabla de tiro: que esa pieza lograba su mayor alcance a los 46 grados. Un recluta, estudiante de ingeniería, me hizo notar que eso era absurdo. Efectivamente, esto es imposible desde las reglas más elementales de la mecánica clásica; pero sucede del modo indicado en las tablas de tiro.

de lo que hace al caso en la filosofía de la ciencia. Sin Newton nos hemos quedado huérfanos: ¿qué nos queda? Quedamos las personas con nuestras necesidades. Al hablar de las personas hay que suponer siempre sus necesidades, porque la persona es un ser carente, y esta carencia es la que justifica la existencia de la moral y del derecho; y, en planos más concretos, las necesidades determinarán los contenidos de las reglas jurídicas y morales. Las necesidades concretas y diversas de las personas constituyen los grandes datos a tener en cuenta porque las explicaciones sociologistas y holistas que encontraban su apoyo último en la representación imaginaria del todo universal, del modo mecanicista descrito, han quedado sin base. Estas explicaciones solían partir desde el conjunto del ordenamiento jurídico, y también desde el estudio del poder en sí mismo: da que pensar que desde Bodin a hoy las explicaciones de los politólogos han partido desde el poder, no desde las personas; incluso las teorías de los contractualistas modernos tienen en cuenta fundamentalmente a unos individuos cuyo destino racional es crear un poder único que será la fuente de las normas de la vida jurídica: Rousseau fue el autor más paradigmático de esta actitud.

La tarea más urgente, extraordinariamente facilitada hoy por la desaparición científica de las actitudes heredadas, es la afirmación del ser humano más allá de constituir un simple integrante de una especie biológica o un componente de una sociedad; pertenecemos efectivamente a una especie biológica y formamos parte de diversas sociedades, pero este holismo no explica lo que es el hombre. Hay que vencer la inercia propia del materialismo, que no reconoció la cualidad de personas de los hombres. Esta inercia simplificadora se mostró ante todo en las explicaciones que cada cual proporcionó sobre lo que es la persona; para Locke, la persona era el “sujeto” (*subjectum* o sustrato) de las propiedades privadas; para Hume, el “sujeto” de relaciones de simpatía; para d’Holbach, un punto más del devenir universal movido por la inercia eterna; para Kelsen, siempre dominado por su lógica férrea, una creación de la ciencia jurídica, inútil para explicar el derecho, porque la noción de persona, en su *Reine Rechtslehre*, no designaba otra cosa que un punto ideal de atribución (*Zuschreibung*) de un sector de las normas de las que se compone el derecho; resultaba así que los judíos en el III Reich eran precisamente eso: un punto de la atribución de las normas jurídicas, y con esta explicación, la Teoría Pura del Derecho quedaba satisfecha teóricamente gracias a su pureza lógica. Ciertamente, Kelsen nunca admitió personalmente la

discriminación de los judíos, pero en su doctrina tan puramente formal no hay criterios para condenar aquellas discriminaciones y exterminios<sup>50</sup>.

Siguen existiendo hoy reticencias para otorgar al ser humano el rango de persona; estas resistencias no provienen desde actitudes doctrinales propiamente jurídicas, sino desde cosmovisiones al estilo antiguo, que desde el siglo XVII han vuelto a estar de moda tras el paréntesis del siglo XIX. Sucede que los teóricos del derecho que se declaran materialistas, no pueden admitir esa realidad máximamente metafísica que es el ser humano; ellos niegan la posibilidad de conocer la realidad y, por tanto, la capacidad de reconocer la cualidad personal del hombre. Si el lector ojea algunos de los tratados más al uso sobre los derechos humanos (existe uno especialmente conocido editado por J. Muguerza *et alii*), observará que sus autores suelen comenzar afirmando que “tras la crítica kantiana a la cosa en sí”, nadie puede afirmar que cada hombre constituya una persona; es un tema del que me ocupé expresamente, y que denota ante todo desconocimiento de la filosofía de Kant<sup>51</sup>.

Estas referencias al profesor de Königsberg no implican que hayamos de aceptar enteramente las explicaciones kantianas sobre la persona humana. En su doctrina encontramos *aperçus* de calidad, de valor imperecedero, pero la realidad personal desborda los límites dentro de los que trabajó Kant, apremiado por las dificultades doctrinales que se derivaban desde el “método científico”. Kant partió desde el ‘hecho’ del deber y trató de *postular* la realidad o personalidad humana desde la noción innegable del deber. Como separó el mundo personal, que es el de la racionalidad y el de la libertad, del mundo exterior a la persona, que es el natural, movido por leyes ciegas por necesarias, diseñó a un ser humano suprasensible, que nadaba en el líquido amniótico de la racionalidad pura. Pero ya indiqué que no podemos conocer a la persona si prescindimos de su carácter sintético: toda persona es una síntesis que se desdobra entre su índole finita e infinita, individual y social, intelectual y sensible, y este desdoblamiento es un hecho tan objetivo como el de la existencia del deber. Kant no entendió estas distintas dimensiones del ser humano, y centró sus explicaciones en esa

---

<sup>50</sup> . Esta observación sobre las limitaciones y las excesivas posibilidades de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen se la debo a Álvaro d’Ors.

<sup>51</sup> Véase mi estudio “Nuestros utilitaristas malentienden a Kant”, en *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, El Heraldo de Aragón, 2008, pp.141-166. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

persona que ha de obrar por respeto al deber, y que ha de universalizar su máxima personal o *Triebfeder* (que puede pertenecer al mundo de lo empírico, material o *sinnlich*) para llegar a la universalización de esa máxima, a la ley o *Gesetz*, esto es, al mundo nouménico de la libertad o del deber. Como tras el impacto de las doctrinas de Einstein, y sobre todo de Planck, ya no creemos en la estricta separación cartesiana entre la “cosa extensa” y la “cosa pensante” -sobre la que también está fundada la doctrina kantiana-, porque la mecánica cuántica ha mostrado que la *res extensa* es más pensante de lo que parecía, no estamos abocados a separar necesariamente el mundo “empírico” del mundo propiamente racional o humano.

*(Las tesis teológicas)*

La creación de la noción actual de la persona no fue empresa pagana, sino cristiana. Algunos Padres de la Iglesia tropezaron con la dificultad de explicar que Dios es uno y trino. Adoptaron un término existente, el de persona, pero dándole un sentido nuevo que, tal como explicaba tardíamente Boecio, consistía en afirmar a la persona como un ser individual de naturaleza racional; un ser que se afirmaba ante todo por su incomunicabilidad, por su soledad, y por su dignidad<sup>52</sup>. Un gran mérito de la teología cristiana fue extender esta noción de persona para designar a todos los seres humanos.

Hasta aquí fueron de acuerdo las dos grandes corrientes teológicas, la nominal y la tomista. Por corriente nominal entiendo la que se desarrolló tras la pluma de Juan Duns Scoto, seguida en el siglo XV por personajes que influyeron en gran medida en la Edad Moderna; estos autores fueron Conrado de Summenhart, Jacobo Almayn, o Gabriel Biel, aunque este último fue más ockhamista que no scotista; entre ellos destacó Juan de Gerson, no tanto por la originalidad de su pensamiento como por su capacidad pedagógica, que llevó a una extensión de su obra, especialmente fuerte e influyente hasta las puertas de la Edad Contemporánea. Los Nominales insistieron directamente, como base de muchas de sus explicaciones, en la noción de persona entendida ante todo como un ser independiente, superior al derecho humano, sólo atento a la *Prima Justitia Dei*. No procedieron así Tomás de Aquino y sus discípulos que, en lugar de mencionar continuamente a la persona como sinónima del hombre, hablaron del *homo*, del

---

<sup>52</sup> Tomás de Aquino explicó que la persona conllevaba la nota de dignidad porque anteriormente había designado un cargo eclesiástico. Véase *Suma teológica*, I, q. 29, art. 3.

*virtuosus*, etc. Pero no hubo ruptura doctrinal de fondo en la consideración de la persona: ambas corrientes estaban de acuerdo, aunque los nominales insistieran más en la libertad de los individuos —y para esto les era más cómodo el uso de la noción filosófica de persona—, y los tomistas reservaran esta palabra ante todo para la explicación de la teología trinitaria.

Tomás de Aquino no admitió, como persona, a un ser simplemente autoconsciente y dotado de arbitrio: más bien, él entendió a la conciencia o consciencia del yo como un *Cum alio scientia*, con lo que introducía un tipo del desdoblamiento ya aludido en el interior de su doctrina personalista; le resultaba patente que un ser racional necesitaba de otra instancia para reconocerse; si faltara este espejo del “otro” —por así decir—, no podría llegar ni a la consciencia de sí mismo. Pero esta corriente tomista fracasó en el transcurrir de nuestra cultura porque no se ajustaba al sentido común dominante, entonces y ahora, que pretende ver seres humanos dotados de sus potencias intelectuales y sensitivas, que en nada dependen, en su génesis como seres humanos, de su entorno. En cambio, en el pensamiento aristotélico y tomista, el hombre existe en función de su entorno, pues si no existiera previamente la comida, no podría haber apetito<sup>53</sup>.

Duns, normalmente opuesto de formas muy expresas a las tesis tomistas, diseñó a un ser humano puesto por Dios en el mundo, ya acabado, ya dotado de sus potencias; es un ser que no depende de su entorno, en el que él no se reconoce, y que más bien ha de dominarlo. Para él, la naturaleza es lo que “está ahí” o lo que está ya dado, que opone resistencia al esfuerzo humano, y no ve conexiones entre la persona y el medio en el que vive, porque le parece indigno que un ser racional deba depender de un entorno material. Al desarraigar al hombre de su entorno, el hombre queda solitario en el interior de un medio que le es extraño cuando no hostil. Desaparece la visión de lo natural como un conjunto de causas segundas en el proceso de la Creación, y las realidades naturales, en cuanto naturales, no nos crean *deberes*: la creación del deber es únicamente una prerrogativa de Dios. El gobernante político no crea deberes a sus súbditos a través de sus órdenes; existe el deber de obedecer las leyes civiles solamente por el consenso

---

<sup>53</sup> Véase mi estudio *Dos nociones históricas de libertad*, en “Philosophica”, Universidad Católica de Valparaíso, 2005 (27), pp.143-188. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

prestado por cada cual, un consenso que supone incluido en el “hecho de la comunidad”<sup>54</sup>.

Según Duns, esta ausencia de reglas naturales es suplida por la ley del Amor de Dios y por las exigencias que *consonan* con esta ley. De ahí, por ejemplo, sus razonamientos alambicados para negar la licitud de la poligamia, porque ha de llegar a la conclusión de que la pluralidad de esposas atenta de alguna forma contra el Amor divino. De acuerdo con el carácter de Scoto —ante todo era un místico— el hombre, al vivir desligado de su entorno, se relaciona directamente con Dios, y esta relación directa fomenta la irreductibilidad de su personalidad frente a lo que es ‘natural’. ¿No obligan a nada las tendencias o inclinaciones naturales que forman la ley natural? En cuanto que simplemente constituyen las legalidades de la naturaleza, no poseen relevancia normativa. Para superar en lo posible esta dificultad, Scoto recurre a una vieja distinción escolástica y distingue en la ley natural dos vertientes: la *lex indicans* y la *lex imperans*. La ley indicativa expone lo que es, y la ley preceptiva ordena cumplir lo que ya hay. Luego la ley natural ha de ser vivida porque así lo ordena Dios. La doctrina ética de Duns, siempre compuesta por leyes descendentes desde Dios a los hombres, como destacó Michel Bastit, se encauzó por un camino decididamente voluntarista o normativista. Los fines naturales del hombre (pues el de Aquino mantenía que Dios no gobierna al mundo mediante mandatos, sino mediante fines) desaparecen hundidos en ese sentido común que entiende que únicamente puede existir una norma, con su correspondiente deber de ser obedecida, cuando esa norma ha sido originada por la orden o mandato de un superior.

De acuerdo con esta forma del pensamiento teológico, Gerson, Conrado y otros autores del siglo XV, entendieron que el hombre no se relaciona naturalmente con los otros hombres; cada persona dispone más bien de unas facultades (*facultates*), designadas también como dominios, que brotan directamente desde la *prima justitia* de

---

<sup>54</sup> La ciencia del derecho de la Baja Edad Media —conocida como *Jus Commune*— sostuvo, de acuerdo con las fuentes romanas, la doctrina de la obligación natural (*naturalis obligatio*), que mantenía que la única obligación verdaderamente adecuada al derecho natural es la que procede desde el propio consentimiento de cada individuo. De ahí que a Scoto, del mismo modo que a los demás autores contractualistas, le fuera especialmente fácil explicar que la sociedad existe por un acuerdo entre los hombres, y que existe el deber —en sentido estricto— de obedecer a los superiores políticos por el consentimiento presunto que cada sujeto ha prestado por el simple hecho de vivir en una sociedad. La tesis que expresa que el hombre es sociable naturalmente, y que por esto tiene el *deber* de vivir en sociedad y de obedecer a los gobernantes, porque la naturaleza opera a modo de una causa continuada en la Creación, es ajena, cuando no opuesta a estos planteamientos propios de los scotistas.

Dios. Estos representantes más tardíos de los nominales entienden que la ley natural, en cuanto que natural, no obliga a nada, y que la ciencia jurídica carece de cualquier valor; porque distinguieron la *prima constitutio mundi* que genera dominios para todos los seres, la *prima lex*, la *lex evangelica*, la *lex naturalis*, etc. Esta escuela tiende a pensar más bien en un ser aislado que se defiende de los demás y de lo natural esgrimiendo sus propias facultades o dominios de acuerdo con la *prima justitia*. Estamos ante las puertas de la Edad Moderna.

Los jesuitas españoles que publican en el paso del siglo XVI al siglo XVII, mantuvieron actitudes parecidas; cosa extraña, porque los Estatutos de entonces de la Compañía de Jesús imponían a sus miembros seguir la doctrina de Santo Tomás. En quince años se suceden las publicaciones de las obras de Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco Suárez, y con ellos entramos plenamente en lo que hoy llamamos la Escuela Moderna del Derecho Natural. Molina y Suárez corrigen externamente a Scoto y Gerson, pero se quedan con ambos. De un lado afirmaron la existencia de un orden racional inmutable, al que, *manente natura rationali*, está sometido también Dios, y la existencia de una ley natural “concesiva” que determinaba la libertad de los individuos en todo aquello que no estuviera prohibido legalmente. Suárez no dudó en caracterizar a esta libertad natural como una *quasi qualitas moralis*, y Hugo Grocio, veinte años después, y nutrido por las doctrinas de estos teólogos españoles (a los que cita frecuente y expresamente), definió a la libertad como una *qualitas moralis personae competens*.

Éste fue un camino que siguió decididamente buena parte de la Modernidad. Pufendorf, al que Carl Schmitt llamaba el heredero de Suárez, siguió uno de los nervios del pensamiento suareziano —el representado en las *Disputationes metafísicas*— y negó la posibilidad de calcular medidas de las conductas *reales* (de *res*, cosa humana o moral) desde los datos existentes, esto es, desechó la licitud de calcular deberes (tanto en su existencia como en su alcance) desde los hechos: en la ciencia jurídica no podía haber resultados de cálculos, lo que los tomistas llamaron el *medium rei*, y él solamente reconoció (de forma extremadamente confusa por contradictoria) los mandatos de Dios a los hombres y la existencia de personas, que son seres que no reconocen superior. Mantuvo que, de acuerdo con el derecho natural, existe libertad; las leyes, en cambio, constriñen la libertad: hizo suyo el lema medieval y hobbesiano de *Jus seu libertas, lex quae constringit*. Desde este punto de partida constituía una contradicción en los

términos hablar de ley natural; pero si los hombres han abandonado el derecho natural o el *status naturae* —ambas expresiones eran sinónimas en él— para vivir en sociedad donde sólo están vigentes las leyes, ¿qué sucede con el derecho natural? Fue lógico que Otto von Gierke llamara *jus inutile* a la versión del derecho natural resultante, de última instancia, en la doctrina de Samuel Pufendorf.

Se abría una ancha vía para el contractualismo jurídico-político que implantaba un centro solitario que dictaba lo justo mediante leyes generales. Las doctrinas de los nominales, que habían insistido en la soledad e incomunicabilidad de cada persona, que únicamente podían obligarse civilmente prestando su propio consentimiento, habían dado unos frutos que hubieran sido inesperados para Juan Duns o Juan de Gerson; pues los derechos de las personas quedaban ahora dependientes de lo que racionalmente se hubiera acordado en el contrato fundacional de la sociedad al mismo tiempo política y jurídica. Este consenso en la base de la sociedad, ¿habría de ser lo efectivamente convenido, o un consenso ideal? Los sucesos del siglo XX mostraron, de una forma más cruel que cualquiera otra de la historia, que ambos tipos de consensos lesionaban a las personas humanas.

***(La negación moderna de las personas)***

Indicaba que los materialistas no pueden admitir la noción inexplicable para ellos de la persona. Hobbes, a veces coherente, explicó que una persona “es lo que está detrás de un acto o acción”, por lo que Jesús Ballesteros entiende que dejó reducida a la persona a la sombra trasera de sus acciones. Locke entendió cazar varios pájaros de un solo tiro siguiendo la filosofía sensista y fenomenista recordada por Hobbes pero estableciendo la Ley Fundamental de la Sociedad ya aludida. Algunos jusnaturalistas alemanes del siglo XVIII crearon lo que llamaron el *Staatsrecht* o Estado de Derecho, porque entendieron que el Estado (nueva forma de designar a la sociedad política) se había creado para defender los tres derechos naturales del hombre: la propiedad, la libertad y la igualdad. Como una sentencia del *Reichkammergericht* les prohibía usar la expresión “derechos del hombre”, *Menschenrechte*, por sus implicaciones revolucionarias, usaron la más primitiva de *Urrechte*, o derechos originarios.

Pero normalmente estos nuevos jusnaturalistas eran materialistas. Lo que llamamos *Juris Naturalis Disciplina* o Escuela Moderna del Derecho Natural, fue

sacada adelante por protestantes<sup>55</sup>, y los católicos permanecieron ajenos a este movimiento que insistía en los estados de naturaleza y en los contratos sociales. Pero el movimiento ateo, creciente desde mediados del siglo XVII, hizo suyo este nuevo saber, que acabó siendo —una observación valiosa de Javier Hervada— tanto una filosofía como una teoría sobre el derecho, o un plan de vida que abarcaba también los temas propiamente teológicos. Los protestantes creyentes se ampararon a la sombra del decreciente prestigio del *De juris belli ac pacis* de Grocio, mientras que los secularizadores mostraron más simpatías por el *De jure naturae et gentium* de Pufendorf. Las espadas estaban en alto, y las luchas militares que acabaron con la paz de Westfalia dieron paso a las batallas académicas.

Grocio y los conservadores perdieron con el tiempo la guerra. Los conservadores, normalmente creyentes, quisieron salvar a las nociones básicas para entender al hombre y a sus normas y, en un primer momento, un gran campo para la discusión fue el de la afirmación o negación del deber de obedecer al derecho<sup>56</sup>. Pues ellos entendían que un ser racional sólo queda obligado jurídicamente cuando la norma que se le dirige posee un contenido racional (si es equitativa, si es posible, si no es demasiado dura, etc.), de forma que el deber de obedecerla brotaba tanto desde su forma imperativa como desde la justicia de sus contenidos. Pero estas exigencias implican aceptar una metafísica, o al menos una actitud ontológica que permitiera conocer si las ‘cosas’ sobre las que versa la norma poseen las notas indicadas; la negación o la afirmación de la metafísica fue el signo externo más relevante para reconocer a los creyentes y a los ateos en la Edad Moderna. Estos últimos mantuvieron no sólo que la *jurisprudencia* no puede calcular lo debido —mediante la negación del *medium rei*, que era la consecuencia inmediata del rechazo de la ontología— sino que las normas jurídicas no generan el *deber* de ser obedecidas; no expresaron esta tesis tan directamente, sino que mantuvieron que existe deber jurídico cuando está prevista una pena para el caso de incumplimiento de la norma. Samuel Coccejus les objetó, a comienzos del siglo XVIII, cuando la cuestión era ya añosa, que solamente puede

---

<sup>55</sup> Entre el medio centenar de jusnaturalistas relevantes, sólo encuentro un católico, el Barón von Ickstatt, que publicó a mediados del siglo XVIII una obra mediocre, *Meditationes praeliminares de studio juris ordine atque methodo scientifica instituendo*, Wirceburgi, 1731.

<sup>56</sup> Véase mi estudio *Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico*, en “Obligatoriedad y Derecho, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social”, Universidad de Oviedo, 1991, pp.151-181. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

imponerse la pena cuando previamente se ha incumplido un deber. Pero ésta era una cuestión perdida ante el avance del materialismo.

En este nuevo movimiento jusnaturalista emergió una figura en cierto modo nueva, la de *persona*, que designaba a un ser libre que no reconoce superior, y que no puede quedar obligado por simples hechos materiales o naturales<sup>57</sup>. Pero la negación del deber jurídico no era suficiente en la empresa de la secularización del derecho, y Christian Thomasius, activo a comienzos del siglo XVIII, encontró una pieza maestra para la solución a los problemas que ellos mismos habían originado. Él explicó que la noción de deber o mérito era demasiado complicada, pues los escolásticos hablaban de mérito de condigno, de congruo, etc. Para esclarecer esta cuestión era preciso seguir el método de los comerciantes, que anotaban en sus libros que alguien les debía algo, sin especificar la causa: bastaba con hacer “constar en cuenta una deuda” en los libros, *auf Rechnung schreiben*, esto es, imputar un pago a alguien. Del mismo modo, una norma producía sus efectos porque imputaba una pena a alguna persona. Estas dos categorías, la latina *imputatio* y la alemana *Aufrechnung* —sinónimas ahora— triunfaron inmediatamente<sup>58</sup>, y no fueron cuestionadas a lo largo del siglo XVIII; devinieron un patrimonio común del Iluminismo. Aparecieron las personas sin personalidades, reducidas a simples puntos terminales de un proceso intelectual de imputación.

Juan Jacobo Rousseau ayudó eficazmente en esta causa. Presentó a unos hombres en el estado de naturaleza que son indiferentes unos a otros, ni buenos ni malos; estos hombres pre-sociales carecen de la noción de la moralidad y han creado la propiedad privada, que es la causante en buena medida de la degradación humana que él observa. Rousseau tiene claro que la moral o la justicia han de ser creación social; pues si no fuera así, alguien viviría la justicia con los demás, pero los demás no la vivirían

---

<sup>57</sup>. Un hecho tanto natural como “material” es el de ser padre: el padre, por ser padre, sin necesidad de que se produzca algún otro hecho, tiene deberes con sus hijos. Pero esto implicaba admitir que existen las realidades metafísicas de padre o hijo. Como era preciso a toda costa reconducir la noción de deber a lo pactado por las voluntades individuales, algunos autores del nuevo derecho natural llegaron a afirmar que los padres deben ocuparse de la *educatio* de sus hijos por un pacto concluido entre uno y otros. Uno de los autores más conocidos del siglo XVIII, Henricus Koehler, mantuvo que los padres tienen deberes con sus hijos por un pacto celebrado entre ambas partes, véase su *Juris socialis et Gentium ad jus naturale revocati specimina VII*, Francofurti ad Moenum, 1738, § 185.

<sup>58</sup> Los términos latinos de *imputatio* e *imputativitas* eran medievales. Pero Thomasius les dio un nuevo alcance, no conceptual sino ideológico. Vid. mi estudio *Imputatio*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto” LXXXI (2004) págs. 25-78. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

con él. Siguiendo una argumentación externamente parecida a la de los jusnaturalistas de su época (mediados del siglo XVIII), él entendió que es preciso salir del estado de naturaleza mediante un contrato de todos en el que todos han de darse íntegramente a todos; al ser las cargas iguales para todos, ningún gobernante puede causar injuria, pues tal injuria, gracias a la igualdad entre todos los ciudadanos, caería también sobre él: una argumentación lógicamente impecable. La voluntad recta surgida desde la igualdad es la verdadera justicia, la *volonté générale*, siempre incondicionalmente justa; la voluntad realmente manifestada en las urnas compone la simple *volonté de tous*, normalmente viciada por el dinero y por las influencias de las sociedades intermedias. Sus textos inducen a pensar que esta voluntad general es el rasgo igual e innegable que domina en el hombre y, por tanto, lo constitutivo en definitiva de su humanidad. Pero, como es lógico, no le fue posible diferenciar la justicia objetiva encarnada en la voluntad general de la mera empiria egoísta expresada en la voluntad de todos, y el *Du contrat social* acaba con un canto a la obediencia al Estado: no a cualquier poder político, sino al poder del Estado. Las personas desaparecen en la obra de este ginebrino, y ceden su lugar a las normas generales dictadas por el gobernante del Estado.

El mismo Kant, que llamaba a Rousseau el “Newton del mundo moral”, también se vio envuelto en las dificultades que le lanzaba su época, que separaba tajantemente el mundo físico del mundo moral. Una persona, ¿qué era? ¿Una realidad físicamente reconocible en el espacio porque —entre otras cosas, posee carne y huesos—, que presenta exigencias también “naturales”<sup>59</sup>, o una realidad puramente racional? Él estaba preso del planteamiento cartesiano, que era también el de Locke o Newton, que separaba (separaba, no sólo distinguía) la *res extensa* de la *res cogitans*<sup>60</sup>. Como él tenía

---

<sup>59</sup> La descripción que mejor se adecua a lo que normalmente se entiende por ser humano es la que expone Tomás de Aquino en *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2, cuando explica que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre. La primera inclinación, común a todas las cosas que existen, es la de persistir en el ser o sobrevivir. Las segundas inclinaciones son las tendencias que tenemos en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra. Las terceras son las inclinaciones propias de la naturaleza racional, como es el deseo de conocer, que en su grado máximo es el del conocimiento de Dios. Si esta descripción del ser humano es completada con la doctrina cristiana sobre la persona, aparece un cuadro alejado tanto de naturalismos como de racionalismos excesivos.

<sup>60</sup> Recordemos que para este tipo de filosofía —que ya vemos en Scoto— la naturaleza es simplemente lo que ya está, producido al margen del hombre, por lo que es indiferente para enjuiciar moral o jurídicamente las conductas humanas. Scoto, que era cristiano, propuso la Ley del Amor de Dios como norma de nuestras conductas. Pero cuando el pensamiento filosófico-científico se secularizó. Únicamente permanecieron dos instancias: la material, que había de ser

también que separar radicalmente lo empírico (que proviene desde la empiria o *Empirie*, proporcionado por los sentidos), de lo racional proporcionado por la razón (*Vernunft*), que era la única instancia que originaba lo racional (*vernünftiges*), hubo de renunciar a la noción de persona tal como la entienden las personas comunes; porque yo me capto como un ser físico que vive en el espacio y en el tiempo, con necesidades simultáneamente físicas, intelectuales y espirituales; si no me pensara a mí mismo y a los demás como *personas*, no mantendría que existe el deber de atender a estas necesidades tan distintas. Es cierto que los materialistas han de negar la realidad de las personas (porque no pueden explicarlas desde sus muy limitadas bases epistemológicas), pero si prescindimos de los prejuicios de los materialistas, nadie necesita elevarse a grandes alturas intelectuales para verse a sí mismo y a los demás bajo el prisma de sus personas. Pero Kant dependía del entramado intelectual propio de la física moderna, la de Descartes, Galileo y Newton, que en sus aspectos propiamente filosóficos había sido depurada por Hobbes, Locke y, sobre todo, por Hume, y en este entramado los derechos de las personas habían sido sustituidos por los derechos de las argumentaciones. Pero Kant –ya indiqué que dominado por la estricta separación moderna entre *res extensa* y *res cogitans*- no tuvo la oportunidad de pensar cómo puedo pensar yo; pues cada cual se capta a sí mismo siendo simultáneamente razón, huesos, carne, vitalidad irreductible a cualquier elemento concreto. Kant hubo de “localizar” a la persona (entendida como una categoría a priori) en el Entendimiento, *Verstand*, mediante lo que llamó la “apercepción trascendental”. Esto es, cada uno de nosotros se reconoce como individuo y persona porque el orden nouménico igual para todos hace que el flujo de los fenómenos proporcionados por los sentidos se canalice también por el principio puro de la *apercepción trascendental*.

*(¿Qué fue de estas teorías?)*

Tras el fracaso momentáneo del espíritu de la Revolución en el siglo XIX, se desvanecieron durante bastante tiempo los ideales que habían lanzado tanto el jusnaturalismo moderno como la doctrina de Rousseau sobre el Estado. Las Declaraciones francesas de derechos carecieron de prestigio en el Continente, y la

---

estudiada por la Física (las ciencias ‘naturales’), y la moral o humana, que permanecía sin explicación. De ahí la profusión de teorías éticas en el siglo XVIII: Locke habló de las exigencias de las propiedades privadas, Hume y Adam Smith de la simpatía, Koehler y otros muchos de los pactos, Kant del desarrollo metafísico de la estricta razón pura, etc.

norteamericana fue vivenciada como un evento remoto. Pero permaneció como una conquista adquirida el cuestionamiento de la cualidad personal del ser humano. Por esto, Marx no encontró dificultades especiales para negar la existencia real de las personas individuales y situar en su lugar al género humano. Las nociones nominales y tomista de la persona estaban perdidas. Frente a esta mentalidad sólo los kantianos podían oponer su noción de persona como una Esfera de Libertad (*Freiheitssphäre*) que ha de realizar un plan de vida personal y que dispone para ello de una libertad formal, negativa y vacía, y de absolutamente todas sus propiedades, ya que el único supuesto en el que era lícito imponer impuestos era cuando peligraba la integridad de la Patria. Parte de las doctrinas sobre la justicia del siglo XIX fueron materialistas, y Marx condenó expresamente a la libertad, igualdad y propiedad como los tres grandes enemigos del hombre<sup>61</sup>; un texto crítico si no se conoce el contexto doctrinal de su momento

Las experiencias vividas en la II Guerra Mundial hicieron necesaria la Declaración Universal de Derechos de 1948. Pero se gestó en un ambiente entre apasionado y anárquico, sin bases humanas ni filosóficas precisas: “Estamos todos de acuerdo a condición de que no se nos pregunte por qué”. Desde un punto de vista más pragmático, esta Declaración se debió a la necesidad de luchar contra la Unión Soviética en la Guerra fría. Paradójicamente, Kelsen, que no reconocía la operatividad de la noción de persona en la descripción del derecho, fue elevado al rango de máximo defensor de la sociedad libre. Pero sucedía que los grandes directores de la sociedad libre también eran materialistas. Las filosofías morales dominantes hoy tampoco afirman personas. Las filosofías del diálogo ideal únicamente reconocen rostros iguales, sin fisonomías propias -como ha señalado especialmente Massini-, en el eterno diálogo en que consiste la convivencia.

### ***Personalismo y realismo jurídico***

Mounier inauguró la filosofía personalista más difundida en el siglo XX. Pero la afirmación abstracta de la personalidad humana tanto resuelve como crea problemas en la filosofía práctica y en el derecho. Como continuación de la intuición de los nominales sobre el carácter personal del ser humano, difundida en algunos sectores de la Edad

---

<sup>61</sup> . Vid. *El capital. Crítica de la economía política*, trad. de V. Romano, Akal, México, vol. I, p. 236.

Moderna, la persona tiende a presentarse como una realidad absoluta, dotada de derechos o facultades ejercitables *ad libitum*. Entonces tiene su lugar la denuncia de Luhmann: no podemos partir desde las personas porque el sujeto quiere llegar a serlo todo.

A veces es necesario partir directamente desde la noción de la persona: porque si está prohibido mentir, esta norma se basa en la defensa de la dignidad personal, y las grandes reformas sociales de la Edad Contemporánea, que han creado la Previsión Social entre otras cosas, se han basado en las necesidades más directas de los seres humanos, a los que han valorado más allá de las exigencias del mercado. Pero si seguimos alegando sistemática y directamente a las personalidades concretas, perderemos los puntos de referencias que coordinan las conductas entre ellas, es decir, los factores que crean y delimitan las competencias jurídicas de acuerdo con las ‘cosas’ que las vinculan: pues el profesor puede exigir a sus alumnos que estudien, pero no que le hagan favores personales. ¿Acaso no tenemos derechos, y podemos ser titulares de derechos, porque somos personas?

En el derecho es preciso distinguir el título último de la causa próxima: todos tienen derecho a comprar un automóvil, porque son personas, y éste sería el título último que justifica esta compraventa; pero no cualquiera puede usar cualquier automóvil, sino sólo aquel que esté justificado jurídicamente para hacerlo: éste es el momento de la causa próxima. Toda relación jurídica presupone, directa o indirectamente, la personalidad humana como título último; pero no toda relación jurídica se funda inmediatamente en la personalidad. En el caso de la ciencia jurídica cotidiana, normalmente en el derecho privado, se observa en mayor medida esta distinción —ya que no separación— entre título y causa; desde este punto de vista, tenía razón John Austin cuando escribía que si tratamos con derechos innatos, invaluables y eternos, el derecho no tiene nada que decir sobre ellos<sup>62</sup>. El derecho penal tiene, desde este punto de vista, una naturaleza distinta, porque la mayor parte de sus prohibiciones tienden a defender directa o indirectamente los derechos de las personas.

---

<sup>62</sup> “A sacred or unalienable right is truly and indeed ‘invaluable’: For, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be measured». *Lectures on Jurisprudence...*, cit., p. 119.

*(Las objetividades personales en la determinación de la justicia)*

La ‘realidad’ como vertiente de la personalidad entra en el derecho de la mano del criterio para discernir lo justo, al que Tomás de Aquino llamó *medium rei*, al que opuso el criterio del *medium rationis*, válido para la moral, pero no para el derecho. Entenderemos mejor ambos criterios con un ejemplo: lo que es demasiado comer para Flaccus, está bien para Gordus; luego lo que es justo moralmente para cada uno de ellos depende de sus personas concretas, y así es como procede la indagación sobre la moral. El criterio jurídico, que viene introducido por el *medium rei*, es distinto, porque no se ajusta en tanta medida a las necesidades o a las posibilidades personales: si reitero una idea ya expuesta, la cosa o *res* que vincula al profesor con sus alumnos es la realidad — la ‘cosa’— de la docencia; por este hecho, el profesor puede exigir a sus alumnos que atiendan en clase y que estudien lo suficiente, pero no puede exigirles favores personales, porque los favores no vienen exigidos por la docencia; los alumnos, a su vez, podrán exigir al profesor que se ajuste al programa, que explique con claridad y que evalúe con imparcialidad; pero tampoco pueden exigirle conductas que no vengan exigidas por la docencia. La *cosa* de la docencia tanto une como separa: une a los profesores y alumnos, y delimita con cierta precisión sus competencias mutuas.

Esta referencia a las cosas determina el tono frío y marcadamente masculino de los razonamientos jurídicos. Sergio Cotta hacía notar que el derecho no usaba verbos (vender, arrendar) sino sustantivos: la venta, el arriendo. Es comprensible que sea así, porque las acciones de vender o arrendar sólo pueden ser entendidas en el marco de un instituto jurídico que ha de expulsar de su interior lo que le haga perder objetividad. Pues el profesor no enseña sin más, y los alumnos no aprenden sin más. Están vinculados por la realidad fría de la docencia, que en principio nada tiene que ver con la amistad o con las circunstancias personales<sup>63</sup>.

Pero la filosofía dominante en la Modernidad —y que finalmente triunfó— negó la posibilidad de conocer ‘las cosas’; esto es, vemos que alguien está hablando ante un auditorio pero no podemos decir que ese acto constituye una clase universitaria, un

---

<sup>63</sup> . Hace años, una alumna dirigió un parte docente contra mí, por haberla suspendido. Presentaba, como pruebas de mi arbitrariedad, certificados médicos que mostraban que había pasado la mayor parte del curso en una clínica ginecológica de Sevilla. Si me hubiera indicado este hecho, podría haber retrasado su examen. Pero estas circunstancias personales, con ser importantes, no justifican que haya de ser aprobado todo alumno que demuestre que le ha sido imposible estudiar.

mitin político o cualquier otro tipo de reunión. David Hume, acuciado por las restricciones que se derivaban desde algunos aspectos de la física de Newton, llevó hasta términos exasperantes este nominalismo que sólo reconoce la percepción de fenómenos y niega el conocimiento de las cosas. Lo preocupante para el teórico de las ciencias sociales —entre ellas el derecho— no es la negación general y abstracta de un orden nouménico del ser eterno e inmutable; ese orden así no lo observo siempre en las relaciones humanas, ni siquiera cuando son expuestas abstractamente; el verdadero problema comienza cuando se niega la posibilidad de conocer ese *medium re*, que es un ‘medio’ que implica una ontología, normalmente una ontología de lo contingente. Pues el que se dedica al derecho suele ser poco aficionado a la filosofía, pero sabe que las deudas que se derivan desde una hipoteca son *realmente* distintas de las que se derivan desde un préstamo personal. Igualmente, el que trabaja en el derecho sabe que no se pueden omitir algunas garantías procesales, y que esto es una exigencia elemental de la justicia. Estamos ante actitudes extrañas, porque la experiencia indica que los que son materialistas, y por ello fenomenistas y nominalistas, se resisten a admitir la posibilidad de cualquier ontología, pero razonan en el derecho como cualquier otro jurista. Igualmente, rechazan el carácter personal de cada ser humano; pero si se les agravia a ellos, responden como si cada uno de ellos portara en sí las exigencias de la dignidad de toda la humanidad<sup>64</sup>. Es patente que llevan una doble vida, la personal y la académica.

---

<sup>64</sup> El lector puede disculparme si propongo un ejemplo extremadamente sencillo, más propio para primeros cursos de la licenciatura que no para adultos; pero debe tener en cuenta que, en Europa, el relativismo impuesto dogmáticamente ha traspasado toda barrera racional, y en el Viejo Continente es preciso argumentar de este modo. Los teóricos que se han alineado en las filas del positivismo jurídico han mantenido que no existe la moral de validez objetiva; en todo caso, dejan reducida la moral a valores de validez momentáneamente intersubjetiva, o indican que determinadas reglas constituyen universales implícitos en el lenguaje.

En un libro que publiqué hace años (*Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993) explicaba que Norberto Bobbio —por citar al autor más citado en España en ese tiempo— indicaba que no existe el deber moral de obedecer las leyes porque no existe una moral que un hombre pueda imponer a otro; que la ley sólo enuncia un ‘deber-ser» lógico porque su estructura responde al principio lógico-normativo del ‘deber ser’, ya que captamos al Derecho como siendo un ‘deber-ser’.

Pero si la hija de Bobbio es asesinada, ¿este hombre se indignará porque se ha incumplido el principio lógico del ‘deber-ser’? ¿Su indignación se deberá a la ruptura del principio de la legalidad, o al desconocimiento de un universal implícito en el lenguaje? Es patente que estas personas usan dos tipos de lenguajes: uno el de la cotidianidad, que les lleva a hablar, incluso en sus medios de comunicación, de inmoralidad; otro el académico, en el que no cabe el reconocimiento del deber objetivo de no asesinar a una mujer.

El criterio del *medium rei*, más allá de su utilidad en el derecho, es en buena medida un constitutivo del ser-ahí del hombre en la sociedad, ya que el ser humano, tanto en el plano moral como jurídico, obedece a realidades que le conforman a él mismo como ser racional, de modo que nadie puede reconocerse como siendo ‘él’ al margen de sus objetivaciones sociales. El lector puede hacer la prueba por sí mismo: si el investigador prescinde de sus condiciones de marido, padre, profesional, amigo, vecino, ciudadano, ¿qué queda de él? Solamente permanece una vaga sensación de un yo que no puede reconocerse ni siquiera personalmente; en un plano más pragmático, si alguien prescinde de estas determinaciones suyas, aunque sólo sea momentáneamente, y se piensa como ser ‘personal’ que no debe nada a los otros *institucionalmente*, se quedará sin criterios para sus actuaciones cotidianas: el derecho, y con él la identidad personal, se han volatilizado. Sobre este punto ha dejado observaciones interesantes A. MacIntyre. Las cosas —que reflejan este *medio* del que hablamos— constituyen el puente que nos une a los demás. Podría parecer que las relaciones directas con los demás, como son las del amor o la amistad, ocupan una importancia mayor en las relaciones humanas; pero la afirmación del amor como la relación humana superior a cualquier otra requiere necesariamente vivir estas otras relaciones institucionalizadas socialmente: no se puede decir que un hombre es un buen hombre si no realiza adecuadamente su trabajo.

Esta cuestión se ha vuelto paradójica a lo largo de estos últimos siglos y ha seguido caminos impensables desde un elemental sentido de la realidad. Efectivamente, al negar la posibilidad de una ontología —como han hecho la mayor parte de los filósofos desde el siglo XVIII a hoy— que nos permite reconocernos como padres o profesionales, solamente nos queda realizar el propio yo. Pero un yo a solas consigo mismo acaba en una autoidentidad necesariamente formal del sujeto en sí mismo; en tal caso, como habrá de admitir las existencias de los otros, que serían los irreductibles a su propio yo, el ego individual se armará de derechos frente “a lo que” no es él: esto es cabalmente la negación del derecho. Recordemos que Tomás de Aquino nos proponía que consideráramos a la conciencia o consciencia<sup>65</sup> como *cum alio scientia*. Un sujeto que no reconozca a ese otro o a esas otras cosas, caerá en un ensimismamiento —la *Absonderung* alemana— en el que se pierde él mismo. Siempre nos comparamos con un

---

<sup>65</sup>. Los latinos no distinguían entre conciencia moral y consciencia. El término ‘conscientia’ designaba indistintamente ambas realidades.

*alius* o un *alium*: incluso la moral exige que el individuo se él compare consigo sí mismo y determine lo que le va bien a él: Flaccus no puede comer tanto como Gordus; esto implica que, aunque se trate de un medio ajustado a cada persona, las personas se comparan con una objetividad que reside en ellos mismos y que no depende de su voluntad arbitraria.

Indicaba que la *Absonderung* subjetivista destruye a la persona, y que por esto es necesario distinguir entre persona e individuo, ya que no es lo mismo la subjetividad que la personalidad. Esta última se entiende encastrada en realidades diversas (recordemos las distintas *conditiones* nuestras y las exigencias *reales* que surgen desde las ‘cosas’), que a veces son irreductibles unas a otras, pero que siempre forman parte de la persona; pues la cualidad personal no consiste únicamente en la afirmación directa de una subjetividad, sino que recibe en buena medida lo que ella es desde lo que son las cosas que componen su cotidianidad: *Ratio non es mensura rerum, sed potius e converso*<sup>66</sup>, que implica que esa racionalidad sobre la que descansa la consciencia de nuestro yo no es la instancia que mide o juzga a las cosas, sino al revés: la razón es medida por las cosas<sup>67</sup>. El hombre se sabe ser pensante, pero no sabe qué es pensar; sólo conoce las cosas que está pensando: conoce el ‘qué’ de su pensamiento, pero no su ‘cómo’<sup>68</sup>. Al pensar las cosas el hombre puede extraer, desde las operaciones comunes a sus pensamientos, pocas y breves reglas lógicas, pero no puede aspirar a mucho más.

Si no admitimos el conocimiento de las cosas que miden a muchos actos que afirman la propia personalidad, el ser humano aparecerá, artificialmente, como una realidad inconmensurable, como una cualidad o *qualitas* que por definición no tiene

---

<sup>66</sup> Véase Tomás de Aquino, *In IV Sent.*, L. II, Dist. 24, q. 2, y *Suma teológica*, I, q. 79, art. 13.

<sup>67</sup> . Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

<sup>68</sup>. La tesis más básica de Tomás de Aquino sobre este tema está expuesta en *Peri*, § 38, en donde explica que nuestras potencias son desproporcionadas para lo que han de conocer. En particular, sobre la razón, vid. *Sum. Gent.*, § 2310. Por eso, la razón, que es una simple forma lógica (*Suma teológica*, I. II, q. 50, art. 4), conoce sólo el ‘quia’, no el ‘quid’ del conocimiento. Véase *In Aristotelis libros Peri Hermeneias et Posteriorum Analyticorum*, Marietti, Torino, 1964, § 15.

Es lógico que concluya que, cuando razonamos demostrando, conocemos las demostraciones. pero sin comprenderlas. Véase *Sum. Gent.* § 2323. Otras declaraciones interesantes sobre este tema en *Sum. Gent.*, §§ 2189 y 2235.

medida<sup>69</sup>. Esta artificiosidad ha llevado históricamente a dos actitudes políticas. Una, que ha sido a veces la de las culturas precristianas o poscristianas, entiende que las relaciones sociales están basadas en la prepotencia: la del conquistador, la del aristócrata, la de la raza superior, o la de los valores momentáneamente vigentes. La otra actitud, que se llama a sí misma *humanista*, quiere reconocer a los otros hombres como iguales, y para lograr este fin reconoce una pluralidad indefinida de sujetos indefinidos y sin formas propias que se agrupan en torno a las reglas del lenguaje<sup>70</sup>.

Una posibilidad intermedia es la que ha ofrecido el positivismo jurídico que, a diferencia del positivismo sociologista, podemos llamar Positivismo de Estado. Los positivistas afirmaron en un primer momento que los hombres crean, mediante sus voluntades, un único centro del poder político y jurídico; esta instancia solitaria del poder creará el derecho, que ha de componerse necesariamente de *normas*, esto es, de imperativos dictados por el poder así entendido. Como mantuvieron un Estado de Derecho en el sentido antes mencionado, esta sociedad política estaba constituida para la salvaguarda de los tres *Urrechte*: propiedad sin limitación, libertad e igualdad ciudadanas. El nominalismo que implicaban estas doctrinas procedió a una doble reducción: la de las personas a sus voluntades en el uso de estos tres derechos, y posteriormente a la creación de las reglas de la justicia mediante la normación de las voluntades individuales exclusivamente por las normas del Estado. Parece patente que el contractualismo llevaba en sí los gérmenes de su propia destrucción. En efecto, cuando el incipiente positivismo jurídico de comienzos del siglo XIX negó tanto esta

---

<sup>69</sup> . El de Aquino explica que la *qualitas* es indefinible (*In IV Sent.*, L. I, Distc. 2, q. 1), y que no es posible calcular su medio. Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 49, art. 1.

<sup>70</sup> Una cuestión que surge incidentalmente, ya aludida, sería la siguiente: los que mantienen las reglas del diálogo ideal son empiristas que niegan la posibilidad de cualquier metafísica u ontología; para ellos el mundo se compone de fenómenos que no nos dicen nada sobre ‘las cosas’; en tal caso, no aparece claro por qué he de entenderme yo como persona, y reconocer a los demás esta misma ‘naturaleza’; desde el punto de vista empirista, la falta de respuesta a este interrogante introduce un misterio más que, sin duda, contribuye a enriquecer nuestra convivencia.

Hegel ya se planteó este problema en su *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, § 30, y lo expuso como aporía insoluble de todo empirismo. Ayer lo trata algo compulsivamente en los *Problemas fundamentales de la filosofía*, y no puede resolverlo. Entre nosotros, un estudio que tanto lo analiza como estudia con claridad es el de Alfonso García Suárez, *La lógica de la experiencia. Wittgenstein y el problema del lenguaje privado*, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 20 y ss.

versión del Estado de Derecho como la existencia de derechos ‘anteriores’<sup>71</sup> al Estado, la doctrina se limitó a exigir una “legislación cierta, única y universal”. Antonio Rosmini-Servati (autor cristiano, activo a comienzos del siglo XIX) narraba que cuando comentaba a sus amigos que además de cierta, única y universal, la legislación había de ser justa, los otros sonreían y le respondían: “¿Tú crees que nosotros queremos leyes injustas?”. El positivismo creó sus propias víctimas, y más tarde —es una idea de Michel Villey— trató de remediar a quienes había hundido, declarando los Derechos Humanos individuales.

Para reconocer los puntos de referencia de la justicia no hace falta una metafísica que exponga esencias eternas: basta reconocer, al menos, una ontología de lo contingente que nos lleve a entender, por ejemplo, que la esclavitud estuvo objetivamente justificada en el siglo IX, pero que hoy no es mantenible. El ser humano es una síntesis; desde el punto de vista ahora seguido, constituye una unidad sintética de su subjetividad con sus vertientes religiosas, morales y jurídicas. El olvido de este carácter sintético nos lleva a la advertencia de Sergio Cotta, a saber, que la negación de las realidades lleva a la persona tanto a su exaltación como a su aniquilamiento: ambas posibilidades son las consecuencias de la falta de puntos de referencia ontológicos que guíen las operaciones del propio yo. Si la persona es entendida siempre como realidad absoluta, al *enfrentarse* con el mundo externo a ella solamente puede reconocer otros absolutos; en tal caso, al tratarse de una cuestión última no caben matizaciones. O afirmamos un mundo en el que estamos rodeados de amigos, esto es, de nuestras condiciones de marido, padre o profesional, o hay que afirmar que el mundo “está ahí” y que es lo que opone resistencia al esfuerzo humano. En el primer caso hay colaboración del ser humano con ‘su’ entorno, que le pertenece a él; en el segundo supuesto sólo cabe enemistad con una sociedad insuficientemente socializada y con una naturaleza que únicamente está destinada a ser manipulada.

***(Las realidades (las cosas) y las personas)***

---

<sup>71</sup> La terminología de derechos “anteriores al Estado” proviene del jusnaturalismo moderno, que entendía que los tres derechos naturales del hombre (libertad, igualdad y propiedad) eran previos o anteriores al Estado, y que los ciudadanos constituían el poder político precisamente para su defensa organizada socialmente.

Tenemos ante nosotros tres grandes equívocos sobre la naturaleza social de las personas. Uno arranca desde la imaginación de los individuos en un espacio sin relieves, en alguna de las variantes del “estado de naturaleza”, que es el instrumento imprescindible (en la Edad Moderna y ahora: parece que no existe otra posibilidad intelectual) para imaginarse a los seres humanos como puntos aislados. El otro es consiste en afirmar que el fundamento del derecho, en general (como si el derecho pudiera existir genéricamente) está en las voluntades individuales, que contratan las condiciones de la convivencia. Finalmente disponemos de la versión actual, que imagina un poder político general que es limitado parcialmente en cada caso por los derechos de los individuos, llamados derechos humanos.

Veamos: una realidad es la coexistencia, y otra la convivencia. Los discípulos de Kant que historié en *La cabeza de Jano* propusieron, siguiendo a su maestro, una simple coexistencia: como cada persona constituye una voluntad<sup>72</sup> que ha de realizar autónomamente su plan de vida moral, el orden jurídico no puede ser otra cosa que la coordinación mutua de estas voluntades buscando que cada esfera personal de libertad (*Freiheitssphäre*) sea lo más amplia posible a fin de ganar más arbitrio (libertad, diríamos hoy) y estar en condiciones de mejorar la calidad moral de los actos, pues la sola realidad incondicionalmente pura es la buena voluntad. Hicieron suya una de las posibles acepciones de la filosofía del límite, ya que entendieron que lo que es verdad hasta el límite debe ser verdad más allá del límite. Para lograr doctrinalmente esta representación imaginaria idearon individuos fungibles sin identidad propia que vivían sobre y en un espacio plano que únicamente estaba constituido por la *res extensa* uniforme por amorfa. En este punto seguían el camino del contractualismo jusnaturalista de los siglos anteriores, sin ninguna originalidad. Pero esta descripción del derecho se basaba en ensoñaciones liberales, porque los hombres no nos limitamos a coexistir de este modo: Holland advertía, a mediados del siglo XIX, que un orden tal del derecho no podía dar razón del Ministerio de Educación, por ejemplo<sup>73</sup>. Lo que nos

---

<sup>72</sup> Los kantianos no hablaron de voluntad, sino de arbitrio, *Willkühr*. La palabra voluntad se les aparecía demasiado cargada de resonancias de otras filosofías y prefirieron remitirse a la simple indeterminación de los propios actos de querer. Por la misma razón no hablaron de Experiencia (*Erfahrung*), sino de Empiría, *Empirie*. Estas simplificaciones acabaron pagando un precio alto en la historia posterior.

<sup>73</sup> Este teórico del derecho y del Estado —quizá más teórico del Estado y de sus leyes que no del derecho— escribía que “This conception is purely negative, and a wider ad positive 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 to

indica más inmediatamente el fracaso de estas teorías es que la afirmación de la simple coexistencia social carece de sentido porque no tiene un referente adecuado en el mundo moral o jurídico que conocemos; puede ser cierta para referirse a las relaciones estrictamente personales (basadas en la amistad, en la simpatía o en el amor), pero aún así esta tesis ha de tomarse con cautela, ya que quien ignora a su vecino por falta de amistad o egoísmo, sin embargo paga impuestos para satisfacer, en último término, las necesidades de ese vecino al que quiere ignorar.

El espacio infinito y polarizado que divulgó Descartes ha desaparecido del horizonte de la geometría y de la física actuales<sup>74</sup>: ya no disponemos de aquellas llanuras —los “estados de naturaleza”— en las que se encontraban puntos que eran los individuos sin más cargas o condiciones que ejercer su voluntad. Hegel hacía notar .en plena oposición a este planteamiento- que todo punto es la negación del espacio, por lo que podemos pensar, de acuerdo con el espíritu de Hegel, que estos puntos individuales en el estado de naturaleza reclamaban negar lo que ellos eran (naturalezas simplemente negativas por excluyentes de los otros individuos) para llegar a constituir un poder político meramente común, porque este poder poseía un solo fin pretendidamente igual para todos los ciudadanos. Pero, de hecho, este poder común se presentó tan llano y tan sin relieves como el estado de naturaleza anterior desde el que nació mediante un contrato. Esta falta de relieves —la ausencia de ‘las cosas’ humanas— determinó el desarrollo de un poder político igualmente amorfo y, en definitiva, tan sin límites como irreal. No pudieron entender —les faltaba experiencia- que su razón pura les encaminaba hacia un poder que, precisamente por ser común por estar dirigido hacia un solo trazo, portaba en sí los gérmenes del verdadero despotismo; el siglo XX hizo realidad esta denuncia porque el Estado asumió un solo fin: el de la defensa de la clase trabajadora, el de hacer realidad la hegemonía de la raza superior, etc. Sin llegar a estos extremos, buena parte de las teorías sobre el Estado de Derecho se han montado sobre estos supuestos operativos subliminalmente; estas doctrinas suponen o afirman individuos uniformemente adaptados a la Constitución y únicamente destacan en ellos su libertad e igualdad —como ha destacado Massini a propósito de Rawls-, sin que estén en

---

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, p. 80.

<sup>74</sup> . Esta afirmación requiere ser matizada. Planck y Heisenberg parecen haber superado esta representación visual del espacio. Parece que Einstein no: el ejemplo de la cama elástica que él proporciona mostrando las deformaciones que forman los cuerpos en ella, parece seguir este esquema subliminalmente operativo.

condiciones de reconocer la existencia de la diversidad de las situaciones y consiguientes instituciones jurídicas<sup>75</sup>.

Una subjetividad sin determinaciones únicamente se comprende a sí misma como una identificación y afirmación solipsista del propio yo. No hace falta recurrir a argumentaciones moralizantes para superar esta visión de los individuos: sabemos que las cosas propiamente humanas nos son tan necesarias como nuestra piel. No es la personalidad ya comprometida la que ha de justificarse frente al deseo de infinitud: es este deseo el que ha de comparecer ante el tribunal del derecho. No necesitamos órdenes o mandatos especiales para reconocer nuestras determinaciones personales y saber el deber de seguirlas. Una vez más comprobamos la precedencia de las realidades (no imperativas) en la filosofía práctica, porque no en vano Tomás de Aquino indicaba que la ética no usa el tiempo verbal imperativo (*Fac hoc!*), sino el tiempo de presente: “Esto está para que tú lo hagas”: *Hoc est tibi faciendum*<sup>76</sup>. Tenemos fines, tantos como cosas hay que llevar a cabo, y no hacen falta órdenes para que un hombre haga lo que necesita hacer para desplegar su humanidad llevándola a su relativa plenitud. Por esta razón, el de Aquino llamaba a los que se desviaban de sus fines —los pecadores— *stulti*, esto es, tontos o necios, porque todo el que peca, peca ante todo contra sí mismo<sup>77</sup>.

El ser humano se constituye como hombre —y no solamente como marido o profesional— *asumiendo* sus condiciones; esto es, necesita amar sus determinaciones como profesional o padre. Indiqué que considerar al hombre radicalmente como individuo, implica que la subjetividad como tal, entendida como el punto sistemático de la filosofía práctica, sólo nos lleva a la *Absonderung* o ensimismamiento ya mencionado, como una autoidentidad simplemente formal en la que la persona no puede ni reconocerse a sí misma como individuo porque carece del contraste *cum alio*. Una mente simplista encontraría pronto la solución a este problema, porque afirmar que el hombre tiene una naturaleza constitutivamente relacional que desborda la simple coexistencia; de hecho, algunos autores hablan de “ser con los otros”, pero esta tesis, sin

---

<sup>75</sup> . La Constitución española declara que los principios rectores del ordenamiento jurídico nacional son los de la libertad, igualdad y justicia. Pero los magistrados del Tribunal Constitucional sólo aplican los dos primeros, y si hablan de injusticia es, normalmente, porque entienden que alguien ha roto las exigencias de la igualdad o de la libertad.

<sup>76</sup> . *Suma teológica*, I-II, q. 17, art. 1.

<sup>77</sup> Sobre el carácter no imperativo de la ética, véase mi estudio en el libro-homenaje al Prof. Guzmán Brito, *El carácter no imperativo de la ética en Tomás de Aquino*. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

ser falsa, es excesivamente insuficiente, porque nos relacionamos *directamente* con los otros únicamente en algunas relaciones que no suelen estar reguladas por el derecho; las exigencias de relacionarnos directa o personalmente con los otros sólo juegan alguna función en el derecho, a veces decisiva y a veces irrelevante, pero no exigibles siempre y universalmente; pues el juez ha de indagar en unos momentos si ha habido buena fe, pero en otros casos la buena o mala fe no juega ninguna función. No perdamos de vista que estamos estudiando algunas facetas del derecho, no los deberes propios de la caridad.

Somos seres que vivimos según relaciones, y esta índole relacional —sabiendo que en la sociedad política nos relacionamos simultáneamente con ‘cosas’ y con personas— no tiene por qué justificarse ante la visión de quien se sitúa ante el campo infinito de lo posible y no quiere renunciar a ninguna posibilidad. El hombre que vive en la historia —esto es, en el compromiso con sus determinaciones— no es, sin residuos, un individuo ni un componente de su comunidad política. Es hora de abandonar las visiones políticas de quienes se sitúan ante espacios planos y únicamente contemplan puntos iguales, sea unidos como en las matemáticas de conjuntos (holismos sistémicos), sea distinguidos en tanto que puntos individualmente diversos (atomismo liberal), de forma que cada uno de estos puntos niega el espacio en el que es intuitivo: la afirmación de este individualismo reposa sobre una base de naturaleza negativa, porque sólo es posible (imaginativamente) negando la posibilidad de las instituciones jurídicas que rebasan el arbitrio de los individuos; de esta forma, es fácil caer en los despotismos a los que aludía poco antes a propósito de los kantianos, porque ahora el ser humano no tiene instituciones en las que refugiarse cuando el poder político es *único*.

Como los individualismos reducen a las personas a sus voluntades y a éstas —en los regímenes parlamentarios— a sus votos, estas tendencias acaban en contractualismos sociales y políticos, y han de *suponer* que los ciudadanos están obligados a cumplir lo establecido por el derecho porque ellos han dado su consentimiento, de alguna forma, a las normas de su ordenamiento jurídico. Esto supone entrar descaradamente por el camino de las ficciones. Sucedería así que existe una sola protorealidad (las voluntades individuales siempre intercambiables porque son idénticas entre sí) que constituirían el fundamento uniforme de todos los institutos jurídicos. Como es patente, todas estas instituciones serían, en definitiva, iguales, porque su génesis es idéntica; o, más precisamente, podríamos afirmar que pertenecen al mismo género, porque han de ser

idénticas genéricamente todas las ‘cosas’ que son realizadas por el mismo agente con los mismos materiales, ya que únicamente existen los individuos con sus voluntades que se afirman (teóricamente) como indeterminables desde el exterior de ellas mismas. Fue comprensible que Kelsen, tras los pasos de Otto Mayer o Hans Nawiasky, quisiera resolver este problema partiendo desde un mundo autónomo de normas, en el que la pluralidad de las voluntades desaparecía para dejar paso a la voluntad más fuerte en cada sociedad.

Este planteamiento es demasiado discutible porque carga el peso de las explicaciones en el momento genético personal-individual y desatiende las causas reales por las que actúan los seres humanos. De acuerdo con la terminología escolástica, esta forma de pensar solamente contempla causas eficientes uniformes, y las causas finales quedan sustituidas por las impulsiones representadas por las voluntades desnudas de los individuos. Fue propio de la Edad Moderna afirmar exclusivamente causas eficientes (al modo scotista y nominal) despreciando las causas finales; este hecho está claro en las “Disputationes metafísicas” de Francisco Suárez, y quedó definitivamente entronizado por la mecánica cartesiana, para la que sólo existe el movimiento por impulsiones; la descripción de todo el mundo –también el mundo humano– quedó reducido al juego de la causa impelente—cosa impelida. Supusieron que en el ámbito del hombre la única causa que podía *mover* a las voluntades era otra voluntad superior, y el mundo del derecho se pobló de ‘normas’, esto es, de imperativos, por lo que el derecho adquirió necesariamente una naturaleza normativa. Ésta fue una consecuencia necesaria de haber perdido de vista las causas *reales* por las que actuamos las personas. Pero si seguimos a Kierkegaard, aunque sea remotamente, la voluntad –incluso la simplemente individual– solamente interviene cuando un ‘yo’ experimenta alguna necesidad que le origina una tensión entre lo que es o tiene, y entre lo que quiere ser o quiere llegar a tener, y este hecho es bastante más evidente cuando estudiamos la génesis de las necesidades colectivas. La génesis real de cualquier razonamiento práctico sólo puede ser teleológica, con tantos fines como determina la heterogenia de los principios que intervienen en nuestras deliberaciones. Desde el punto de vista de sus contenidos no existe ‘el’ ordenamiento jurídico nacional: existen multitud de instituciones jurídicas que pueden ser agrupadas superficialmente atendiendo a su cauce procesal y coercitivo común para el caso del incumplimiento de alguna de sus reglas.

Este tema no siempre es fácil de comprender porque la tradición política moderna nos ha acostumbrado a considerar directamente a las relaciones de las voluntades de las personas con el Estado, y parece que no queda más salida que afirmar *tout court* la subordinación de las personas al Estado, o afirmar los derechos individuales de cada ser humano *frente* al Estado. En el espíritu de la Declaración Universal de Derechos de 1948 se encuentran implícitas ambas afirmaciones, y el Estado que surgió después de 1945 ha tratado de compatibilizarlas. Sin duda hemos ganado en libertades individuales simplemente negativas, que suponen ‘mordiscos’ (según una terminología generalizada) a la fuerza del Estado; pero es dudoso que desde la protección que nos ofrecen estos derechos tengamos las posibilidades reales para desarrollarnos de formas propiamente humanas. Esta falta de posibilidades no responde a limitaciones necesarias de la vida política, o de la solidaridad, o de la justicia; sucede más bien que estos derechos son tan *planos* como el poder general del Estado al que se enfrentan, y un resultado final –entre otros- de esta uniformidad es el desconocimiento de las vertientes personales necesarias a los seres humanos, que son más que voluntades que crean poderes comunes con sus votos.

***(Las personas en sus entornos políticos)***

No es difícil aludir a la naturaleza relacional de las personas; lo arduo es diseñar el alcance de las capacidades públicas de cada ser humano, esto es, el estatuto político de los ciudadanos; al llegar a este punto habría que hablar de la naturaleza pública de lo que es aparentemente privado; un tema del que me ocupado en otros momentos. Somos desiguales porque unos están casados y otros son solteros, unos trabajan y otros están parados. Pero somos iguales ante la instancia pública porque el poder político es ante todo la instancia de *mediación* entre los problemas suscitados por los ciudadanos. El dato radical desde el que hay que partir para ser fieles a la realidad de todos los días es doble: de un lado, el de la consideración y respeto del conjunto de las relaciones plurales (y de diversa índole) entre los ciudadanos; del otro lado, su protección y regulación por el poder público. Las nociones de lo público y de necesidades son inescindibles: de modo muy impreciso, se puede decir que existen tantos derechos como necesidades, y que cada necesidad conlleva su legalidad propia. Partir desde el Estado para enfrentarle *después* derechos implica afirmar una *lex constrictiva et generalis*

*originaria* que no existe, porque el poder surge desde la suma de nuestras carencias; las carencias se pueden unificar pero no homogeneizar.

(Si nos desviamos momentáneamente del tema, vemos que el poder posibilita, pero aún así, no puede asumir la tarea de la coordinación de todas las actividades porque, como destacó muy tempranamente Ludwig von Mises en su crítica a la economía comunista, una sola instancia no puede asumir la complejidad de la sociedad<sup>78</sup>. Ahora, el Estado ni siquiera puede hacerse cargo de la normación de buena parte de las empresas más recientes, y de ahí la nueva figura administrativa de la “autorregulación”. Las teorías sistémicas que hablan de la función reductora de la complejidad que opera la dogmática jurídica (Luhmann), son equívocas, ya que el Estado tanto reduce la complejidad como la aumenta; de hecho, la “crisis del Estado” no ha venido tanto desde la influencia de las instancias liberales como desde las complicaciones producidas por un Estado que ha devenido excesivo, y por tanto insuficiente ante las complejidades nuevas).

La negación más reciente de la diversidad de las dimensiones personales viene hoy de la mano de Niklas Luhmann; no es el único autor sistémico, pero sin duda es el más relevante y completo. El iniciador de este tipo de pensamiento fue Ludwig Bertalanffy, con obras sin duda inteligentes; pero los epígonos actuales de estas doctrinas han llevado las tesis de Bertalanffy hasta extremos extraños al espíritu de esta teoría. La tesis más básica de las teorías sistémicas explican el derecho indicando que la dogmática jurídica existente procede a adjudicaciones abstractas de sentido para las conductas en el interior de la sociedad; si despojamos a esta palabrería de su carácter algo críptico, lo que afirman los autores sistémicos es la simple aleatoriedad de la producción y aplicación de las reglas jurídicas según la afirmación que ya contiene cada sistema, ya que ellos, materialistas concienzudamente, no pueden admitir operaciones “con sentido”, esto es, orientadas teleológica o inteligentemente; solamente pueden admitir un juego entre el *input* y el *output* en el que cada nueva incisión en el sistema y cada nueva respuesta del sistema humano están condicionadas por la información que ya posee el género humano, que a su vez, ha sido formada fortuitamente por los juegos

---

<sup>78</sup>. Ludwig von Mises explicó, a comienzos de los años 20 del siglo pasado, que el comunismo que se intentaba hacer realidad en la Unión Soviética no era viable porque una sola instancia de mediación no era capaz de absorber la complejidad del mercado. Si sustituimos mercado por sociedad, la observación sigue siendo igualmente válida. La obra más clásica de Mises es *Gobierno omnipotente (En nombre del Estado)*, trad. P. Elgoibar, Unión Editorial, Madrid, 2002.

anteriores de *input/output* que se remontan al origen de las cosas. Ignoro los orígenes y los condicionantes últimos de los sistemas minerales, vegetales o animales que existen hoy, pero esta ignorancia no obsta a que todos sepamos con certeza que las reglas jurídicas y los decretos dictados por el poder político han de responder a necesidades *reales* y concretas de las personas que viven en este momento en esa sociedad política. Parece que hablar de “adjudicaciones abstractas de sentido” —es terminología de Luhmann— implica una tesis que ha de comparecer ante el jurado de la inteligencia. El *common sense* de los materialistas actuales ha de explicar la génesis y la formación de todos los sistemas a través de una información que posee cada sistema y que ha sido lograda casualmente; pero es necesaria la fe en estos sistemas de pensamiento, porque ningún método —físico, biológico o matemático— ha logrado probar nada en estos temas.

Si seguimos la intuición básica de Luhmann, que entiende que las personas no pueden ser consideradas como sistemas porque el sujeto aspira a serlo todo, habría que concluir que la sociedad política es el único y primario sistema en lo humano, que tendría como entorno a las personas. Esta tesis es aberrante y desde luego no responde a la mentalidad existente sobre la naturaleza del poder político.

Hay que comenzar a diseñar el estatuto público de las personas. No se puede seguir manteniendo la ficción de la existencia de una instancia pública (fundamentalmente el Estado) y de unas instancias privadas o particulares. Tampoco es cuestión, para defender a las personas contra los posibles abusos del poder, de establecer alguna teoría contractualista —cada feria del libro nos trae una nueva— porque el contractualismo tanto degrada la realidad del poder político como se opone a lo evidente. En una sociedad creada contractualmente sus miembros han de ingresar voluntariamente y han de tener la oportunidad de salir del mismo modo; pero esta voluntariedad no es viable cuando el ciudadano ha de pagar sus impuestos o pagar sus compras. Frente a estos intentos tan extraños a la cotidianidad, hay que mantener que toda persona posee una vertiente necesariamente pública, y que esa faceta suya no se agota en ejercer la posibilidad de votar periódicamente a alguno de los partidos.

*(Personas y judicatura)*

El fundamento más inmediato para exigir la realización de esta vertiente pública de los seres humanos no es la simple igualdad biológica, ni la igualdad en las fuerzas físicas, u otra supuesta igualdad entre los hombres. Es más bien el carácter excéntrico que toda persona asume ante sí misma y ante los demás; pues la mujer casada tiene que desdoblarse, siempre en tensión entre los dos polos representados por su subjetividad y su condición de esposa; y el ciudadano ha de desdoblarse entre sus condiciones de propietario y de contribuyente. Las concreciones, al determinarnos, nos hacen activos y rompen el círculo que formaría esa autoidentidad únicamente formal del sujeto que únicamente se conoce a sí mismo y que considera a los demás como “unos otros” a los que no tienen por qué alcanzar las mismas competencias que él vive. Para evitar simplismos, notemos que no es el momento de hablar tanto de derechos como de competencias; porque un derecho es renunciable y utilizable *ad libitum*, mientras que una competencia genera derechos-deberes: alguien puede renunciar a la propiedad de su automóvil regalándolo, pero no puede renunciar al ejercicio de sus competencias ciudadanas o familiares.

La administración de justicia es excéntrica respecto de sí misma, bien sea porque administra justicia entre dos partes en conflicto, bien porque en el proceso penal la fuerza pública se divide en el ministerio fiscal y el juez; cualquier hombre que participa en un juicio, o en un proceso, se sitúa en una posición excéntrica respecto al tribunal y a las otras partes. Hablando con cierta radicalidad (aunque no ésa a la que recurren Luhmann y los autores sistémicos), vemos que la administración de justicia ofrece el paradigma para entender la personalidad jurídica, porque un ser humano solamente se entiende a sí mismo desde los demás; no sólo desde los demás hombres, sino también desde las demás cosas que le religan a él con las otras personas y consigo mismo; recordemos lo ya expuesto sobre las ‘cosas’ como puntos de encuentro entre los hombres. No únicamente entre hombres diversos, sino en el interior de cada persona consigo misma: de ahí el *cum alio scientia* tomista como condición imprescindible para formar la propia identidad.

Todos los seres humanos exigen su reconocimiento; a veces exigen su reconocimiento para sí mismos como sujetos<sup>79</sup>. Pero también es normal que el trabajador pida su reconocimiento al filo de sus exigencias como trabajador en el tipo de

---

<sup>79</sup>. Esta amable exigencia del reconocimiento de las simples situaciones jurídicas, no alcanza, como es obvio, a las situaciones extremas.

trabajo que desarrolla, o que el padre exija respeto y ayuda para sus competencias como padre: estas situaciones operan a modo de espejos en los que el sujeto se reconoce a sí mismo como persona humana. En este sentido, el ciudadano sabe que lo es porque reconoce a los otros como ciudadanos, o como padres, o como seres que han de ser respetados, sea negativamente (sería el momento de la simple abstención o *Enthaltung*), sea positivamente, es decir, cooperando con los demás en lo que en definitiva es de los demás<sup>80</sup>. La personalidad posee así un cierto carácter reflejo: sabemos que somos personas porque reconocemos a los otros como personas. El fundamento de la igualdad solamente es posible aludiendo a ese desdoblamiento tantas veces mencionado; un ser humano no dispone de ningún derecho para tratar a otro como si ese otro fuera distinto a él mismo. Si alguien cae en la actitud de exigir para él derechos que él deniega a los demás, esto indica ante todo que ese hombre está vulnerando la dignidad que él porta, porque todo hombre conlleva en sí la dignidad de toda la humanidad.

Éste es fundamento de su culpabilidad, saber que está desconociendo una universalidad de la que él no puede disponer libremente; pues al exigir en el delincuente, como condición para su imputación penal, que sea capaz de distinguir el bien del mal, no se le pide tanto que sea consciente de haber causado un daño a otra persona, o de haber transgredido una ley, como saber que ha violado una exigencia necesariamente universal que él *debe* portar en sí. Sin esta personalidad o autoconciencia radical del deber, no puede exigírsele a una persona que respete los derechos que él no reconoce para sí mismo.

Este proceso, cuando se extiende universalmente, forma el conjunto de las personalidades, y de los derechos y competencias que permiten hablar de una sociedad propiamente jurídica y política. Es preciso abandonar los psicologismos del tipo de Bentham o los juegos lógicos que hoy proponen los discípulos de Rawls. El ser persona y por tanto Sujeto del Derecho —una expresión que tomo de Georg Jellinek— no es cuestión de esas comprobaciones psicológicas a las que tan aficionados fueron los norteamericanos de la posguerra: en este punto no tienen cabida los behaviorismos, que

---

<sup>80</sup>. En cada comunidad política no existe un único público, sino varios públicos. Si perseveramos en la ficción que consiste en imponer dogmáticamente la existencia de un solo poder que abarca una multitud de ciudadanos iguales, cincelados uniformemente por la Constitución, permaneceremos efectivamente en el campo de las ficciones. Parecería que esta igualdad únicamente es afirmada hoy en los Estados totalitarios que aún quedan, como son Cuba o Irán. Pero también es afirmada —normalmente de forma hipócrita— en bastantes Estados democráticos.

son útiles en la sociología y que pueden ayudar a entender mejor los condicionantes históricos de cada personalidad. La justicia de los seres humanos ha de ser explicada a través del reconocimiento de una ley universal, que viene dada ante todo por el reconocimiento que de los otros, gracias al cual cada sujeto puede reconocerse a mí mismo. La misma estructura del lenguaje manifiesta esta exigencia; si se dice otro, se quiere decir “otro como...”. Si queremos referirnos a algo extraño hemos de añadir algo a ese otro, como cuando decimos “el automóvil del otro”.

En última instancia, el derecho a exigirme a reconocer a los otros como Sujetos del Derecho, y el igual derecho a que me reconozcan a mí como tal, constituye la base principal del carácter personal del hombre, que conlleva tanto la incomunicabilidad como la sociabilidad. Desde su incomunicabilidad, la persona muestra la dignidad de quien ha de realizar un plan de vida personal, más allá de utilidades o intereses concretos; pues no expresan lo mismo el “me interesa” que el *me intereso*. Éste es un punto en el que siempre tropezarán los psicologismos utilitaristas. En este contexto, es obvio que la prepotencia proviene desde el que se ha reintroducido de tal manera en sí mismo, que su vida ha degenerado en un solipsismo existencial. El rechazo del prepotente no puede ser explicado mediante juegos lógicos (como pretendió en cierto modo Rousseau), ni mediante la buena conciencia que frecuentemente es confundida con la conciencia moral; este rechazo ha de provenir ante todo de la no aceptación de una persona que no sabe reconocerse a sí misma como persona, y que por este hecho se ha colocado en una situación hostil con los demás. Pues la personalidad, fragmentada por las relaciones concretas, es el universal que es realmente de todos; éste es el motivo por el que un hombre vicioso y envilecido puede recriminar una conducta a otro hombre que goza de una mejor salud moral.

Contra Juan Duns y la escuela de los nominales, hay que afirmar que no existe en primer lugar un yo que se afirme él a sí mismo, y que posteriormente reconozca a los demás gracias a su buena voluntad o a su capacidad para vivir la Caridad. El de Aquino no aceptó este planteamiento de las relaciones entre las personas que, sin embargo, parece ser el que mejor se acomoda al sentido común; pero hay que temer que ese sentido común en el que apoyó Scoto ante todo mostraba su propia incapacidad comparada con la capacidad de percepción tomista. Tomás no pensó en un hombre que arrollara a su entorno, en el que podrían estar incluidas las demás personas; él más bien diseñó a un ser que posee la capacidad de la vista porque hay colores que ver, la del

oído porque hay sonidos que oír, y la razón porque hay pensamientos que necesitan ser pensados. El ser humano es persona porque necesita ser persona, no porque él lo sea por derecho propio; si sucediera esto último, esta actitud caería bajo las observaciones de Hegel cuando criticaba lo que él llamaba las filosofías de las sustancias, en virtud de las cuales un hombre dice “soy una sustancia”, y dice también “Tú, Dios, eres otra sustancia”, y de este modo el hombre —concluye Hegel— le hace el favor a Dios de reconocerle que Él existe.

La administración de justicia implica este autorreconocimiento de la propia personalidad de los llamados a enjuiciar en los otros. El juez ha de saber que él porta dignidad porque reconoce esa dignidad al que enjuicia: el enjuiciado —no necesariamente en un proceso penal— es el dato del que dispone la judicatura para conocer las posibilidades y los alcances de su propia humanidad. Si el juez fuera una ‘sustancia’ en el sentido aludido en Hegel, podría hacer valer su autonomía y discriminar a las personas por la fuerza de su incomunicabilidad y de su autosubsistencia, porque entonces no tendría que dar razones sobre lo que decide. Pero el juez, del mismo modo que el conjunto de toda la sociedad, puede enjuiciar a los demás porque todos, los jueces y los enjuiciados, son personas sometidas al derecho: Pilato dijo a Cristo: “¿Tú callas. No sabes que tengo poder...?”. Cristo le respondió: “No tendrías poder si no se te lo hubiera dado desde lo alto”. Y Pilato entendió inmediatamente.

Hic!

### *La distinción entre lo dado y lo real*

Desde hace tiempo estamos atrapados en una trampa dilemática porque la pregunta acerca de lo que está bien o mal suele ser planteada académicamente en los términos propios del empirismo o del racionalismo. Del racionalismo ya me ocupado, y ahora parece procedente aludir a los problemas que plantea el empirismo en la ética.

La actitud empirista parece ser una constante del hombre, como reconocemos en varios diálogos de Platón, en donde Gorgias o Trasímaco representan ejemplarmente el empirismo de hoy atribuimos a la Escuela de Uppsala (si es que pensamos en el derecho) o a los positivistas lógicos que surgieron desde el Círculo de Viena. Estos últimos pensadores identifican la noción del “ser” con la efectividad determinable

según las coordenadas espacio-temporales; todo esto compuesto y expuesto exclusivamente en una jerga físico-matemática<sup>81</sup>. La aceptación de estas exigencias (¿postulados?) implica recluir o diluir la noción de lo real en las categorías de la mera facticidad y del ser pensado (mediante el pensamiento matemático). La fenomenología radical y la “jerga” físico-matemática se dan la mano. De esta forma el conocimiento humano pierde de vista las cosas reales y se escinde en un simple conocimiento empírico que sólo atiende a datos singulares (datos atómicos, que en la madurez del neopositivismo fueron llamados “átomos lógicos”), y en el conocimiento lógico-formal (que usa categorías simplemente sintácticas o gramaticales de origen y fundamento desconocido), y que se resuelve en definitiva en una pura tautología, como señaló Wittgenstein.

La Física -paradigma del conocimiento exacto- queda filtrada por las leyes de la Gramática, que se supone que pertenecen a la psicología humana, y así la pretendida objetividad del conocimiento físico queda reducida a una mezcla de datos atómicos o protocolares y de “leyes” psicológicas: estas leyes ordenarían aquellos datos. Por este camino el entendimiento humano (reducido a la psicología del hombre) inicia el proceso del conocer y garantiza la relativa verdad del contenido real de las conclusiones alcanzadas mediante la ciencia. La razón o *dianoia* se eleva por encima de la realidad - porque se postula que ella construye la realidad- y suplanta tanto la objetividad de las cosas reales como -en el plano de la moral y del derecho- al intelecto o *nous*. De este modo la razón, que está siempre medida tanto por las cosas como por los primeros principios del intelecto, se vuelve ahora, en virtud de esta suplantación, en constituyente de la realidad. La validez del uso de la razón es, pues, independiente de la experiencia, de modo que la verdad y validez de las normas que ella lanza a los seres reales no puede encontrarse en estos seres, sino en el propio sujeto y en las categorías de la propia razón pensante. Una consecuencia entre otras de la reducción que operó Descartes de la realidad al sujeto cognoscente. Lo indicado puede sonar a positivismo lógico y, por tanto, a forma de pensar pasada de moda; pero, aunque con otros matices, ésta es en definitiva la base epistemológica de la filosofía moral, jurídica y política más en boga en los años 80 y 90.

---

<sup>81</sup>. Es muy representativa de este modo de pensar la obra de Otto Neurath, *Fundamentos de las ciencias sociales*, trad. de J. Betancor, Taller de Ediciones Josefina Betancor, Madrid, 1973.

El núcleo del problema reside en que el positivismo niega la distinción entre apariencia y realidad, porque para los positivistas la apariencia constituye el único atributo cognoscible de la cosa: la apariencia no esconde el núcleo del ser auténtico (como sucedía en Kant): es el único fundamento del ser. Como el hecho tal como se manifiesta es la única fuente de lo que puede ser conocido y el solo fundamento del saber, no es posible la crítica simultánea de los hechos: un hecho (que se postula que es la única realidad) no puede ser corregido por la realidad de ese mismo hecho porque tal realidad no existiría. En definitiva, el positivismo niega a las propuestas reformadoras un fundamento real sobre el que apoyarse, porque cualquier forma de racionalidad que participe de los hechos (y todas las formas de racionalidad según los positivistas se reducen a ellos, salvo el pensamiento utópico) está condenada a ser un hecho más y quedar regulada por los preceptos que el positivismo impone a los hechos.

Pero el problema está en que en el plano de la Filosofía práctica esta reducción de la realidad a lo simplemente empírico no convence, por muy convincente que sea, en cambio, en los ámbitos académicos. Un alumno no queda convencido ante un mal profesor porque se le diga que “las cosas son así”, o bien que no hay otra realidad. Parece más bien que el concepto de profesor es un concepto normativo, de modo que a cualquier profesor se le puede exigir justificadamente que sea un buen profesor. Pero los positivismos se niegan a aceptar esta doble dimensión de las cosas -la empírica y la real-, y sólo admiten lo que cabe dentro de su estrecho marco epistemológico. Al empirismo se le escapa lo que es propiamente humano, lo que hace que la vida merezca ser vivida. M. Merleau-Ponty nos indica que “A título de ‘paramitla’ es útil indicar todo cuanto las construcciones empiristas hacen incomprensible y todos los fenómenos originales que camuflan. Esas nos ocultan, primero, el ‘mundo cultural’ o el ‘mundo humano’ en el que, no obstante, transcurre casi toda nuestra vida... Nada hay <para el positivismo> en el aspecto sensible de un paisaje, de un objeto o de un cuerpo, que lo predestine a tener un aire ‘alegre’ o ‘triste’, ‘vivaracho’ o ‘apagado’, ‘elegante’ o ‘grosero’. Al definir una vez más lo que percibimos por las propiedades físicas y químicas de los estímulos que pueden afectar a nuestros aparatos sensoriales, el empirismo excluye de la percepción aquella ira o aquel dolor que, sin embargo, yo puedo captar en un rostro”.

Ante esta situación la única instancia correctora de la realidad empírica que no gusta, es la constituida por el pensamiento utópico, o bien esa metafísica nebulosa de

los “derechos humanos”. Pero ya tenemos razones para comprender que ni una ni la otra nos van a resolver los problemas: las utopías son más bien nocivas y los “derechos humanos” suelen ser, de ordinario, inoperantes ante el saber práctico.

Si ahora abordo el tema de la distinción entre lo empírico y lo real es porque pretendo mostrar que los hechos pueden valorar a los mismos “hechos”. No es un criterio exclusivo ni excluyente: concurre con principios y normas que son el resultado de una excogitación del sentido de la justicia del hombre.

Usualmente se atribuye al historiador alemán Droysen el haber introducido, en 1858, la distinción entre *Erklären* (explicar) y *Verstehen* (comprender). Éste es el camino: no basta con “explicar” los hechos de acuerdo con la ley de causa-efecto según un esquema físico-matemático. Es preciso comprenderlos, porque las actuaciones propiamente humanas no son unos “hechos” más, sino unos “actos” con un sentido. Y esta explicación nos lleva a la distinción entre hecho y acto.

### ***Dos observaciones***

Ante todo se trata de comprender lo que hacemos o pretendemos hacer: somos seres inteligentes y un esquema puramente behaviorista fracasa necesariamente cuando se trata de explicar la conducta humana. El simple y puro naturalismo puede servir para explicar los hechos, pero es insuficiente cuando trata de entender los actos, porque el acto supone siempre una teleología en la acción. Otta Weinberger nos indica que “Según mi parecer, la acción no es definible simplemente como transformación de un estado de cosas, sino que la definición de la acción debe referirse al proceso de informaciones (*informationnel*) que suscita y determina la acción. La acción está determinada por un proceso de transformación de informaciones, a saber, informaciones descriptivas e informaciones prácticas (fines, valores, preferencias, normas). La acción está dirigida por una deliberación teleológica en la que intervienen reglas normativas; y mediante la reconstrucción de esta deliberación teleológica es como el espectador externo explica la acción que él observa”.

Al hablar de teleología no pienso en una especie de orden cósmico universal - como parece entenderla René Marcic-, en el que cada individuo y cada cosa tuviera asignado una función, un lugar en vistas a algo. En este contexto que ahora estudiamos, el término teleología designa una realidad más modesta: ¿para qué existe un relojero?

¿o un médico? ¿Se le puede exigir a un relojero lo que es propio de su oficio? Como podemos comprobar, nos movemos con conceptos normativos.

Un acto humano, si es una verdadera acción del hombre, se explica por sí mismo: tiene un sentido, sirve para algo. Este “para” nos proporciona su razón de ser. No sucede así con los simples hechos: el hecho requiere ser explicado, y es así “hasta tal punto que el hecho se puede definir como lo que en su comparecer no aporta la razón y el fundamento de su comparencia”<sup>82</sup>. Otros autores prefieren hablar del “carácter intencional de la acción”<sup>83</sup>, o bien de la posibilidad de que un acto “dé razón” de sí mismo<sup>84</sup>. Se trata de una terminología que usa palabras y expresiones sinónimas. Lo que está claro es que la acción hace referencia a unos motivos, intenciones y razones. Nos interesa hacer hincapié en las razones, porque éstas, en el ámbito del derecho, se nos presentan estereotipadas, fijadas y tipificadas: objetivadas, en una palabra. Un hecho ininteligible, que sólo puede ser explicado causalmente o mecánicamente es, por ejemplo, la caída de una persona en la calle. En cambio, una acción que tiene un sentido objetivo es la de llevar el coche al taller para que lo arreglen; y la razón o motivo que introduce la partícula “para” es tan objetiva que el responsable del taller incurrirá en responsabilidad si no cumple el fin institucionalmente previsto.

En un plano más amplio, que implica toda una Antropología, MacIntyre escribe que “Todo acto locucional necesita un contexto para ser inteligible. El contexto por excelencia es la conversación... Entender una conversación implica entender un conjunto de descripciones: ‘ir al sastre’, ‘acudir a la Facultad’... Y lo que es verdad de las conversaciones es verdad también mutatis mutandis de las batallas, del ajedrez, los seminarios de filosofía, las familias alrededor de la mesa, etc. Esto es, de cualquier transacción humana en general”<sup>85</sup>. MacIntyre entiende la vida humana al modo de una

---

<sup>82</sup>. J. Choza, *Manual de Antropología filosófica*, Rialp, Madrid, 1988, p. 266.

<sup>83</sup>. “El elemento capital que ha llevado a la superación interna de los esquemas iniciales del neopositivismo lógico, y con ello a la recuperación de la ontología, ha sido la atención prestada a la acción humana. En efecto, el carácter intencional de la acción ha llevado a la convicción de la imposibilidad de comprender la naturaleza de la misma recurriendo a los presupuestos causalistas y mecanicistas. Esto es lo que ha ocurrido en el seno de la filosofía analítica a partir de las ‘Investigaciones filosóficas’ de Wittgenstein”. J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos. Madrid, 1984, p. 77.

<sup>84</sup>. Tal es el caso de G.E.M. Amscombe, *Intention*, Blackwell, Oxford, 1976, p. 9

<sup>85</sup>. *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, p. 260.

saga antigua: la vida de los hombres es un relato, una conversación interminable que se monta sobre una infinidad de sobreentendidos. “Porque actuamos narrativamente, porque toda acción tiene en sí misma carácter narrativo, por eso podemos entender las acciones de los demás... Por tanto, el concepto de acción es secundario respecto al de acción inteligible, y la noción de ‘una’ acción es siempre una abstracción potencialmente equívoca. Una acción es siempre el momento de una historia. La noción de historia es tan fundamental como la noción de acción. La una exige a la otra”.

Ciertamente, con estas precisiones nos adentramos en terrenos más propios de la filosofía hermenéutica, y es preferible dejar ahora de lado este tema. Pero podemos retener la idea básica: una acción humana nunca se produce aisladamente, de modo que hubiera que explicarla. La acción ha sido comprendida por todos, y esto hace posible que podamos leer el periódico, que funcionen los tribunales de justicia o que podamos subir a un tren. He aludido a MacIntyre porque siempre acecha el peligro de quedar presos en la pobre noción de acción intencional que expone Max Weber. Weber entiende que todo lo que se haga por referencia a un fin tiene un sentido; pero esta explicación parece insuficiente tratándose de conductas específicamente humanas, porque el hombre es algo más que un ser que actúa de acuerdo con unos fines sociales que se ha propuesto o que le han propuesto: su vida -como indicaba Alfred Schutz ya en 1932- tiene mucho de “recuerdo, anticipación o proyecto”. Y aludí anteriormente al hecho de que el hombre se hace él a sí mismo en la historia, que no se limita a perseguir fines sociales “ya dados” por una especie de instancia extraña a él mismo, como se limita a indicar Weber.

El segundo tema al que es preciso aludir es el de la relativa preexistencia de la verdad práctica, al menos en el campo del derecho: otra cosa es lo que ocurre en la política. Wittgenstein mantenía que la filosofía es de naturaleza eminentemente descriptiva, y esta tesis se mantiene en su obra desde la primera página de las *Notes on Logic* de 1913 hasta las últimas de *Sobre la certidumbre*. “La filosofía deja todo como está”. El filósofo no debe sacar conclusiones, no dice cómo deben ser las cosas. Se limita a observar cómo trabaja el lenguaje, porque “las proposiciones están bien como están”. La tarea de la filosofía es mostrar el camino desde el error a una verdad que ya estaba dada de antemano, aunque no se era consciente de ello. De algún modo conocer la verdad o ser consciente de ella requiere pasar por el error: hay que considerar el error -por qué es posible, a qué es debido- para que en rigor pueda el filósofo explicar la

verdad existente. Con otras palabras: para que la verdad no resulte trivial, a fuer de obvia, hay que dar razón antes del error. Estas consideraciones a propósito de Wittgenstein tienen más enjundia de lo que puede parecer a primera vista. Si buscamos la verdad es porque ésta ya está dada: la verdad se “encuentra”, no se crea. Aunque esta afirmación -referida a la filosofía práctica- puede ser una fuente de confusiones por su poca matización. Si buscamos lo que desconocemos, ¿cómo sabemos al encontrarlo, que era lo que buscábamos? Wittgenstein responde que la verdad ya estaba dada de antemano, aunque -por así decirlo- de un modo trivial. Este es el problema principal que nos planteamos ahora: el de la trivialidad de la verdad, que suele resultar tan obvia, tan evidente, que no tiene sentido reflexionar sobre ella. Y cuando esta reflexión se produce es necesariamente tan sencilla, que la misma trivialidad de la verdad afecta a la reflexión que se hace sobre ella. Lo grave del caso es que los libros sencillos no tienen cabida en los anaqueles académicos: el academicismo exige libros complicados, dotados de gran coherencia interna y externamente brillantes y sugerentes. Estos libros suelen contener los errores a que alude Wittgenstein, y por lo menos cumplen una función positiva: el esfuerzo por refutarlos hace que se reflexione sobre la verdad trivial. De hecho, si los juristas romanos y los juristas bajomedievales que comentan el derecho romano no se preocuparon por escribir obras teóricas sobre la metodología que ellos seguían, esto se debió sencillamente a que estaban haciéndolo “bien”. Cuando en el siglo XVI aparecen, de la mano de los Hopper, los Bolognetus, Connanus, Grégoire, etc., las primeras explicaciones filosóficas o teóricas sobre el método jurídico específicamente romanístico, este hecho se debió a que era preciso refutar y oponerse al racionalismo constructivista que ya entonces se estaba imponiendo en las universidades: la aparición de error hizo necesario exponer la verdad sabida pero falta de reflexión expresa.

El hecho de que la verdad suela estar dada no implica que toda la verdad práctica lo esté. En otros términos: desde el hecho de que nuestro entorno -nuestra normalidad- nos proporcione los conceptos universales operativos o normativos ya dados a nosotros, no se sigue de ello que la actividad con el derecho sea una tarea pasiva, carente de necesidad creadora por parte de cada uno, del jurista. Llano nos indica que al decidir algo, yo comienzo, me decido, pero -si mi decisión es racional- lo hago a la vista de mi situación, de mis tendencias y valoraciones objetivas: me decido porque “tengo mis motivos”, y tanto destacan la objetividad de estos motivos (que

implica una exterioridad a mí), como el hecho de que tales motivos sean “míos” porque yo los he asumido. Esta relación entre motivación y decisión dista, sin embargo, de estar clara en la fenomenología de la decisión. De un lado los motivos internos y externos influyen en mi decisión, la median; pero de otro lado, el curso de mi deliberación sólo se resuelve cuando yo corto porque quiero el proceso de mi elección, es decir, cuando trasciendo los motivos con la fuerza de mi propia libertad. Los motivos objetivos y mi decisión no son momentos antitéticos en la praxis humana, porque como escribe Merleau-Ponty “yo no soy libre a despecho de mis motivaciones, sino precisamente por medio de ellas”. Porque aunque estos motivos antecedentes no actúan mecánicamente, sí actúan a través de su sentido, y la decisión afirma este sentido como válido, y le confiere eficacia. Por tanto, mi decisión es algo que yo libremente -pero no arbitrariamente- promuevo. Este “tener motivos” es lo que separa a la prudencia de la arbitrariedad, y la objetividad de estas razones o causas componen el suelo de cualquier decisión jurídica, de eso que llamamos “ontología jurídica”.

En consecuencia, se revalida la tesis que mantiene que en la filosofía práctica apenas se pueden pronunciar las palabras “siempre” y “nunca”, o las correlativas del “todo” o “nada”. La realidad nos ofrece motivos suficientes para decidir, pero esta suficiencia no es siempre absoluta, y así, junto a la objetividad y a la exterioridad de las razones está casi siempre la aportación irrepetible e íntima de la propia personalidad.

### *Lo ideal y lo real*

Al movernos con lo que hemos llamado conceptos normativos, un posible reproche que se puede insinuar consistiría en argüir que tales conceptos normativos se salen del ámbito de lo real, que sólo son posibles porque dejamos volar la imaginación por los campos de la fantasía que hacen posibles los ideales. Pero un reproche así carecería de fundamentación, porque en ningún momento estamos perdiendo de vista el campo de la experiencia para abandonarnos a la idealidad. Nótese que hablo de experiencia, no de empiria.

Efectivamente, la primera condición para hablar de realidad es atenernos a la experiencia. La empiria, por contra, implica unos condicionantes excesivamente estrechos, de modo que a través de ella no puede ser captado todo lo que exceda del plano causal-mecánico. Por este motivo la empiria únicamente puede captar hechos,

nunca acciones humanas. Y a nosotros nos interesan específicamente las acciones de los hombres que, por el simple hecho de ser tales, poseen una finalidad objetiva que escapa al esquema físico-causal propio de la actitud empirista.

La experiencia, pues, nos suministra datos reales, y lo real poco tiene que ver el Ideal o lo ideal: cualquiera puede entender que una Universidad funcionando bien no es un “Ideal” inalcanzable o inexistente realmente. Pertenece a la naturaleza del “Ideal”, tal como fue entendido por los románticos de comienzos del siglo XIX, ser una especie de idea regulativa a priori a la que siempre hay que tender pero que nunca será hecha realidad. El ideal así entendido puede ser útil en la vida personal porque el proceso de perfeccionamiento personal no tiene fin; pero en ese equilibrio siempre delicado que está constituido por las relaciones interpersonales y que cristaliza en el derecho, el Ideal romántico puede producir una actividad perturbadora próxima a la de la utopía.

No pienso que el siglo XIX nos haya hecho un gran favor legándonos la noción del Ideal. Ese perfeccionismo imposible que esta palabra denota se destroza cuando se encuentra con la realidad, porque siempre será lícito preguntar: “Ideal, ¿desde qué punto de vista?”. Un automóvil puede ser ideal desde el punto de vista de su confort, de su seguridad, de su economía, de su robustez mecánica... Pero nunca podrá ser “ideal” sin más. Cuando hablamos de un estado de cosas o de una situación ideal para el hombre podemos hacer una reflexión parecida: puede haber situaciones ideales para el que quiere estudiar, para el que quiere especular, para quien quiere hacer deporte, para quien pretende fomentar la vida religiosa... Pero jamás existirá una situación “ideal” desde todos los puntos de vista, de modo que todo hombre quedara completamente satisfecho en sus deseos y necesidades. Como vemos, el Ideal está muy próximo a la Utopía, y la filosofía práctica no apunta ni tiene nada que ver con Ideales absolutos, situaciones ensoñadas o estados utópicos. Por el contrario, esta filosofía sólo oriente sobre cómo ser un buen vecino, un buen amigo, un hombre honrado en el cumplimiento de los contratos, un buen padre, etcétera. Pero nunca puede globalizar esta serie prácticamente infinita de cosas “buenas”, entre otras cosas porque cada conducta buena presenta exigencias tan distintas y a veces tan opuestas, que es imposible unificarlas desde un criterio común. Parece más bien que este tipo de ideales que se condensan en fórmulas breves como las de Kant, Bentham o Habermas no son otra cosa que una versión trivializada y laica de la esperanza escatológica cristiana.

Estaba indicando que al reconocer unos conceptos normativos u operativos no estábamos escapando por los campos de la imaginación utópica. En una primerísima aproximación al problema de los criterios para reconocer lo bueno y lo malo, tenemos el que propone Aristóteles: “A menudo un hábito contrario se conoce por su contrario”<sup>86</sup>. En efecto, conocemos en qué consiste ser un buen padre a la vista de cómo proceden los malos padres. Claro que si nos instalamos en una actitud exquisitamente racionalista, siempre será posible preguntar: “¿cómo sabemos cuándo un padre es malo?”... una pregunta que no merece la pena el trabajo de contestarla. García de Haro nos indica que “Entendemos qué significa, en concreto, portarse como un buen padre o hermano, ante el nerviosismo de las personas con quienes convivimos, reacción que se nos hace patente por los sentidos; o cuando la caridad... nos obliga a hacer un favor a una persona determinada, que oímos que nos lo pide; o a atender a alguien que vemos preocupado, etc. Es decir, podemos pasar de la ciencia moral -refleja o no- al conocimiento de la moralidad del acto singular concreto; y esto de un modo natural, sencillo, sin especial esfuerzo”.

De ordinario no hace falta irse a las nubes para saber cómo es una buena conducta: basta contemplar cómo se comporta de hecho un buen hermano, un comerciante honrado. “De hecho”: no podemos ir más allá de los hechos. No podemos postular situaciones ideales, porque no hay hermanos o padres ideales: sólo hay padres buenos en la realidad. Lo que nos indica, entre otras cosas, que el bien a alcanzar es “humano”, esto es, un tanto relativo: un buen hermano no es nunca un hermano ideal.

Quien no tiene presente esta humanidad de los bienes que podemos alcanzar, difícilmente podrá esperar de sí mismo y de los demás algo bueno. Esta humanidad es sinónimo de realidad, y el apartamiento del principio de realidad se paga caro: cuando un individuo se lanza detrás de una meta ideal, imposible, normalmente deja de hacer lo que sí podría hacer, es decir, lo que es su obligación. De hecho, son frecuentes las personas que, en nombre de “lo mal que están las cosas” no hacen lo que deberían o podrían hacer. Una excusa fácil para eludir la realidad de nuestra vida moral concreta o real: y no hay otra vida que la real-concreta.

Hic!

---

<sup>86</sup>. *Moral a Nicómaco*, NOTAX ., Libro V, cap.1

### ***Realidad y sentido***

La explicación causal-mecánica no sirve para explicar y normar la conducta humana, como tampoco sirve la remisión a un estado ideal imposible. Situados en las acciones de los hombres, intentamos que estas mismas acciones normen los actos humanos. El acto del hombre no es un simple “hecho” porque -explica Trigeaud- la cultura hace intervenir a todo el hombre (*l’homme tout entier*), a la integralidad del hombre en la historia que él tiene como horizonte específico. Esta intervención de “todo el hombre” en lo que él realiza introduce ciertamente una cierta artificialidad o subjetividad en la conducta humana, que no es sino un correlato necesario de la intencionalidad con la que las personas obramos. La intencionalidad y la interpretación son dimensiones necesarias de la inteligencia.

Algunos autores, como Bobbio, no entienden bien la naturaleza de esta intencionalidad y siguen más o menos confusamente el politeísmo de los valores a que alude Max Weber. Así, Bobbio propone que el análisis y valoración de los actos se hace en última instancia desde el exterior (“exterior” a los actos mismos) de una perspectiva que está determinada por un “valor”. Los “valores” o principios ya constituidos se aplicarían a los actos para saber si tales actos son “buenos” o “malos”: entramos en el camino aporético de la ética “de principios”. Como los valores son muchos y contradictorios (derecho a la vida *versus* libertad de la mujer, en el caso del aborto, por ejemplo), Bobbio entiende que siempre y en definitiva es una valoración última la que juzga a otra valoración igualmente última e irreductible: de esta forma llegamos a una oposición insoluble. Pero replica Schwarz-Liebermann a Bobbio que sería falso no ver que el análisis de los hechos puede corroborar o negar una finalidad, y que este análisis no tiene por qué estar íntegramente bajo el timón de una subjetividad arbitraria. Si supusiéramos esto último en todos los supuestos, entonces estaríamos desvalorizando definitivamente la categoría de la razón. Además, si es posible que en otras cuestiones morales se entiendan quienes dicen sostener posturas morales inconciliables, esto se debe a que a pesar de las discrepancias ambas personas están dentro de una tradición o una verdad moral común. La experiencia enseña que una profundización adecuada en esta verdad moral común puede llevar a la superación de las contradicciones; porque estas oposiciones sólo son, frecuentemente, resultados de incoherencias personales.

En efecto, la filosofía práctica tiene como fin último desterrar el arbitrio para que la decisión se realice desde las razones más objetivas posibles, y esta objetividad a

que aludo no es un imposible. Si volvemos a nuestro tema, que es el de cómo la normalidad -que se expresa en conceptos- determina las normas, observamos como la normalidad es expresada por nosotros mismos normalmente a través de juicios de valor. Así, cuando decimos que “el tren ha llegado tarde”, estamos enunciando algo más que una proposición simplemente descriptiva, porque estamos emitiendo una valoración. Ciertamente, hemos añadido una valoración a un hecho (el tren ha llegado a tal hora), pero nadie en su sano juicio puede discutir la objetividad de esta apreciación: “está mal que los trenes lleguen tarde”. Y si la objetividad de la valoración es tan fuerte, tan adherida al hecho, que esta misma adhesión a lo ocurrido nos indica que la valoración en cuestión tiene poco de personal o subjetiva.

Esto nos muestra que no existen dos ordenamientos paralelos: el del ser y el del deber ser. El que expresa el ser diría: “los trenes llegan tarde”, y el del deber ser se expresaría: “los trenes no deben llegar tarde”. Esta contraposición entre “ser” y deber ser, tan querida para los discípulos de Kelsen, como en general por los neokantianos, carece de sentido: porque desde el momento en el que el tren tiene un horario no podemos disociar lo que ha ocurrido de una valoración. Solamente haciendo juegos lógico-lingüísticos muy refinados -y por ello muy artificiales- podríamos separar lo que realmente ha ocurrido de lo que debiera haber sucedido. Pero tal cosa no se produce en la vida real, en el lenguaje cotidiano. El horario del tren (y lo mismo se puede decir de cualquier trabajo que realiza una persona) supone una situación normativa. Reconocemos la normatividad porque está en juego algún bien humano. Por tanto, el “ser” o la realidad implica -y es anterior, y el fundamento- un “deber ser”.

Sucede que en la vida cotidiana no hacemos este tipo de análisis porque nos movemos entre sobreentendidos, en un amplio marco de precomprensiones, tal como ha destacado la filosofía hermeneutica. Estas precomprensiones hacen posible que cuando decimos: “El mecánico ha reparado mal el pinchazo”, no nos estemos limitando a registrar un hecho: estamos emitiendo simultáneamente un juicio de valor.

El derecho se compone, desde luego, de juicios de valores, pero el reconocimiento de esta naturaleza de las cosas, de estos conceptos normativos, no implica la “juridificación pura y simple de la facticidad”, sino que más bien estamos juzgando (normativamente) a la facticidad humana desde lo que ella misma nos muestra. Aquí tiene razón el adagio romano: “Ex facto jus oritur”, es decir, el derecho se origina -y solamente se origina- desde los hechos, a los que el hombre otorga una

naturaleza (la “naturaleza de las cosas”) a la que no es ajeno en modo alguno el mismo hombre. Y es que la naturaleza de las cosas está transida de la misma naturaleza del hombre, por lo que estos mismos hechos o actos pierden su carácter puramente empírico y adoptan una naturaleza teleológica, tendencial o humana: lo que no implica en modo alguno la adición de una arbitrariedad, como antes vimos. Wittgenstein reparó en este fenómeno y dejó escrito algo lapidariamente que “Los hechos pertenecen todos sólo a la tarea, no a la solución”<sup>87</sup>.

En esta mediación que el hombre opera sobre los hechos brutos surge la “naturaleza de la cosa”, que entonces ya posee una naturaleza normativa. Porque los hombres no nos limitamos a registrar las cosas, como si hiciéramos un inventario, sino que las comprendemos. Entonces las cosas hablan por sí mismas, y normalmente no se requiere de una instancia exterior a ellas mismas que las enjuicie. Incluso un autor tan poco sospechoso como Habermas nos indica que “la teoría tiene que traducir los conceptos que, por así decirlo, trae de fuera, a los conceptos que la cosa tiene de sí misma, aquello que la cosa quisiera ser por sí misma, y confrontarlo con lo que la cosa es”.

El momento en el que observamos claramente que las cosas “hablan por sí mismas” nos lo indica Hervada cuando explica que no nos limitamos a contrastar lo frecuente con lo menos-frecuente (lo general o común con lo minoritario o particular), sino que oponemos lo normal a lo defectuoso. Y es que lo normal, que es lo real, no siempre coincide con lo estadísticamente más frecuente. Lo que ya nos indica, de paso, el valor que nos deben merecer las estadísticas en nuestra vida práctica.

Este peculiar sentido de nuestros conceptos, que les proporciona esta virtualidad singular, lo reconocemos en la posibilidad de pedir responsabilidades. Cuando decimos “médico” queremos decir en realidad un “buen médico”, porque si el médico no se comporta como debe por el simple hecho de serlo, incurre en responsabilidad civil o penal. Este paso desde el ser (ser médico, por ejemplo) al deber ser (la obligación de portarse como un médico competente) lo opera natural y necesariamente la inteligencia humana de una forma tan sencilla y espontánea que es inútil buscar ulteriores explicaciones. De hecho, podemos preguntarnos si cuando el legislador legisla para los abogados, médicos, conductores de autobuses, etc.. ¿en qué tipo de profesionales está

---

<sup>87</sup>. *Tractatus logicus-philosophicus*, trad. J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 1987, punto 6.4321.

pensando? No, desde luego, en conductores de autobuses que beben bebidas alcohólicas durante su trabajo, ni en abogados que desconocen la legislación y la jurisprudencia por falta de estudio. Es más realista decir que está pensando en abogados o conductores normales, aunque en la realidad suceda que “lo normal” sea francamente raro de encontrar: de ahí el dicho que reza que “un hombre normal es lo más anormal que existe”.

Abundando más en el tema anterior, Trigeaud indica que si existe un deber-ser de la norma, no solo tal deber-ser es indisoluble de la naturaleza en el sentido del ser, sino que tal naturaleza no puede ser pensada fuera de los valores, de su “deber-ser”. La ilusión consistiría en separar artificialmente lo axiológico de lo ontológico, como si mantuviéramos que la afirmación “el padre no se comporta adecuadamente con sus hijos” fuera un simple dato de hecho.

Efectivamente, se trata -como advertía anteriormente- de que las cosas se juzguen a sí mismas, mediante la superación del plano puramente empírico hasta llegar a su naturaleza real: para ello basta añadir la idea de perfección razonable que está implícita en todo concepto. Aristóteles escribía sobre este tema que “De igual modo, en todos los casos sin excepción, se añade siempre a la idea simple de la obra la idea de la perfección suprema que esta obra puede alcanzar; por ejemplo, si la obra del músico consiste en componer música, la obra del buen músico consistirá en componerla buena”<sup>88</sup>.

A este respecto existe una tesis de la Psiquiatría alemana del siglo pasado que se expresa como “La elevación del ser que ya está dado”: *Die Erhöhung des vorgefundenen Daseins*<sup>89</sup>. Me parece que ésta es la expresión más precisa de la idea que pretendo exponer. “¿Por qué no ha de ser -escribe James- la misión del pensamiento incrementar y elevar la existencia, en lugar de imitarla y reduplicarla?”. La misma realidad, que designamos con el mismo concepto, presenta dos vertientes: una empírica (pensemos en un mal abogado), y otra real o normativa: el abogado como debe ser, que es la figura que contemplan todos los reglamentos de Colegios de Abogados y en general toda la legislación sobre abogados y cualesquiera profesionales: lo que nos indica que el “deber ser” no es algo postizo, que añadiéramos nosotros a lo que ya

---

<sup>88</sup>. *Moral a Nicómaco*, ed. cit., Libro I, cap. V.

<sup>89</sup>. La tomo de W. James, *El significado de la verdad*, trad. de L. Rodríguez Aranda, Aguilar, Buenos Aires, 1980, p. 102.

existe. Parece más bien que una cosa que “es” lleva en sí diseñada lo que esa misma cosa debe llegar a ser.

Si tenemos en cuenta el sentido objetivo de cualquier institución humana, comprendemos que no son necesarias complicadas teorías sobre la ética para determinar cómo debe actuar correctamente un mecánico, un abogado, o rector de Universidad. Ciertamente, las cosas no son tan sencillas: a lo largo del tiempo se presentan muchas situaciones nuevas para las que falta experiencia, y no se sabe cómo actuar. Este es el momento de la prudencia, de la *pietas*, de la *humanitas*, etcétera. Pero lo que no es concebible es querer ahormar toda la riqueza de criterios distintos y contrapuestos que ofrece la realidad de la praxis bajo un único procedimiento, sea éste el imperativo categórico kantiano o los diversos artilugios intelectuales que se han propuesto recientemente siguiendo las huellas de Kant. Normalmente, si no dejamos vagar la fantasía por los nebulosos campos que crea la fuerza de las ideas, aquello que “es debido” se suele desprender del sentido objetivo y más o menos institucionalizado de toda conducta humana.

En el hombre se da la paradoja de que aunque carezca de una teoría completa - con pretensiones de plenitud- que le explique la vida moral o la justicia, sin embargo sabe qué es lo que corresponde a cada uno en cada circunstancia, es decir, sabe hacer justicia. Es conocida la antigua queja del juez americano, cuando indicaba a comienzos de siglo que los jueces no podían esperar para hacer justicia a que los filósofos del derecho se pusieran de acuerdo sobre su noción. Desde luego, para saber que no se puede matar o robar no es preciso poseer previamente una filosofía moral completa. Del mismo modo que para hablar bien no es necesario conocer a fondo las reglas de la gramática.

“Las cosas” poseen una lógica, y ésta es la lógica de un desarrollo, es decir, del desarrollo del ser real; esto implica que el “sentido” (palabra que no me gusta) de las cosas reside en su abstracción: gracias a esta “abstracción” llegamos a conocer lo que cada institución es realmente, procediendo más allá de las apariencias que nos proporciona la empiria. Esta lógica es la que está en la base de todo razonamiento jurídico, de forma que éste no posee realidad ni consistencia si prescinde de la finalidad que observa<sup>90</sup>. Y es que los hechos que atiende el jurista no son hechos “brutos”, sino lo

---

<sup>90</sup>. Sobre este tema a Schwarz-Liebermann, *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, Mouton, Paris-La Haye, 1973, p. 134.

que Elisabeth Anscombe llama “hechos institucionales”. Los hechos institucionales son aquellos que existen a partir de nuestras instituciones, esto es, dentro de un sistema de reglas constitutivas. Los hechos brutos son los materiales fácticos de los que se hacen los hechos institucionales. Pero los hombres operamos continuamente con hechos institucionales o conceptos normativos, y es gracias a esta capacidad de pasar desde lo uno a lo otro (desde lo empírico a lo real normativo), gracias a esta capacidad de abstraer (me refiero a la abstracción que nos hace superar el plano de lo inmediato, de lo empírico, para llegar al plano de las “nociones”) lo que hace posible la comunicación humana.

En consecuencia, el conocimiento propio del derecho debe tener presentes estos dos componentes de su realidad, porque este conocimiento percibe más allá o por debajo del fenómeno estudiado una relación fundamental a la justicia, que es la relación a la realidad. Porque si es real que hay músicos malos, también es “real” (aunque en otro plano) que a todo músico que se contrata se le puede exigir que interprete música de cierta calidad.

Hic!

### ***El “medium rei”***

Las palabras justicia e injusticia no son unívocas, es decir, no las distingue únicamente el prefijo “in” delante del término justicia: esta palabra, en ambos casos, no expresa la misma realidad. La justicia es normalmente una cualidad de las cosas, y referida a ella se puede decir casi sin límites que “la razón es medida por las cosas”. El término injusticia, en cambio, es un atentado contra las personas: las cosas no se duelen ni se resienten: solamente dejan que se las mida. Pero las personas sí se duelen cuando la medida ha sido hecha injustamente. En el caso de la justicia se trata de “medir” según criterios un tanto impersonales, normalmente ajenos al individuo y más dependientes de las circunstancias externas. Por contra, en la injusticia interviene enormemente el sentimiento: por este hecho podría decirse sin demasiada exageración que el motor de muchos cambios humanos es el sentimiento de la injusticia.

La vulneración de los derechos de la personalidad es algo distinto de la vulneración del *sum*, de aquello que “es de uno”. La personalidad exige ante todo igualdad; la justicia no atiende tanto a la igualdad como a la equivalencia, que debe ser

medida normalmente al margen de las personas, aunque la persona humana sea la razón última por la que se miden las cosas.

Persona y medición objetiva se combinan en el derecho. Explica Trigeaud, siguiendo a Álvaro d'Ors, que “la persona está ausente del fundamento o la esencia del derecho, porque éste consiste en una partición de cosas. La persona se manifiesta indirectamente, en el límite, en tanto que sujeto de derecho, porque ella exige que se le atribuya un bien objetivo”.

Todo hombre pretende que se le evalúe justamente, en atención a lo que él ha hecho o a lo que él tiene. Por desgracia o por fortuna las personas no se pueden evaluar, aunque a veces se repartan condecoraciones o diplomas personales. De todos modos, el derecho no tiene por qué llegar normalmente hasta la persona misma: se queda en cosas externas, y por esto no pagamos a Hacienda en función de lo que somos, sino de lo que tenemos.

Aristóteles captó con toda lucidez que la medición jurídica es una medición de cosas, y dejó escrito que lo que es justo supone cuatro términos por lo menos: dos personas para las que se da algo justo, y las cosas en que se da o realiza lo justo, que también son dos; la igualdad es la misma para las personas que para las cosas porque son las cosas las que determinan las posiciones iguales de las personas<sup>91</sup>. En la *Política* retoma esta cuestión y escribe que “La justicia es una cualidad de las cosas por referencia a las personas”<sup>92</sup>. En efecto, ha sido una intuición que se remonta a los orígenes de nuestra cultura entender que lo que se me debe no se determina por lo que yo soy, ni por lo que es el otro, sino por la naturaleza de la relación jurídica que me vincula con el otro. Esta relación puede ser muy distinta: si he comprado un paquete de tabaco que cuesta 200 pesetas, debo objetivamente 200 pesetas. Si le he causado al otro un daño físico grave porque le he atropellado con mi coche, la indemnización puede ser fijada en varios millones de pesetas. Varía tanto el motivo, título o causa por el que debo algo a otro, como ese mismo débito. Como en el plano de la justicia nos relacionamos con los demás necesariamente a través de cosas (es decir, de “relaciones jurídicas” muy concretas) yo cuento ante el otro según la cosa que me une a él, de modo que quedamos “igualados” -pues siempre se ha dicho que la justicia consiste en

---

<sup>91</sup>. Cfr. *Moral a Nicómaco*, ed. cit., Libro V, cap. III.

<sup>92</sup>. Libro III, cap. 7.

una igualdad entre las personas- no en atención a nuestras personalidades sino en atención a la relación real que nos vincula. Esa relación “real” constituye “la cosa” que debemos al otro, de modo que si yo pago al estancero las 200 pesetas que cuesta el paquete de tabaco, quedamos “igualados” jurídicamente.

Tomás de Aquino dedicó cierta atención a este tema, desde el ángulo de la filosofía moral. En la II-II de la Suma teológica se ocupa de las cuatro virtudes fundamentales, la prudencia, justicia, fortaleza y templanza. Declara reiteradamente que la justicia se diferencia de cualquier otra virtud porque las virtudes regulan las pasiones interiores de los hombres y para esta regulación se atiende únicamente al mismo hombre cuyas pasiones hay que regular. Es decir, para determinar lo que puede beber Pedro (que es una cuestión que atañe la templanza) hay que atender al aguante que Pedro tiene personalmente ante el alcohol. Esto, sin embargo, no sucede con la justicia, porque para determinar lo que Pedro debe a Juan no se atiende al interior de uno ni del otro, a la peculiar personalidad de cada cual, sino a la naturaleza de la cosa misma que los une en derecho. Así, si Pedro ha comprado a Juan un coche que vale 900.000 pesetas, Pedro debe a Juan 900.000 pesetas, y esta deuda no se calcula por lo que “es” Juan o por lo que es Pedro, o por alguna cualidad personal de uno o de otro: la deuda se calcula por lo que vale la cosa externa, es decir, el coche. Por este motivo Tomás de Aquino declara que la “materia de la justicia” consiste en una operación exterior a través de la cual se determina la proporción debida a otra persona, y por esto, el *medium iustitiae* (la “cosa justa” o “lo que es lo justo”) consiste en una cierta proporción según la igualdad de la cosa<sup>93</sup>. Es decir, para determinar lo que se debe al electricista que ha venido a casa, no se atiende a lo que el dueño de la casa puede pagar, ni a lo que el electricista necesita personalmente, sino al tiempo invertido en la reparación, costo de los materiales empleados, etcétera. Se trata, pues de una “operación exterior” a lo que son las personas mismas, que se concreta o calcula según una medida objetiva y externa a las personas que intervienen en la relación.

---

<sup>93</sup>. “Respondeo dicendum quod, sic ut supra dictum est, aliae virtutes morales consistunt principaliter circa passiones, quarum rectificatio non attenditur nisi secundum comparisonem ad ipsum hominem cuius sunt passiones ... Et ideo medium talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparisonem ad ipsum virtuosum. Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos. Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est casus, debitam proportionem ad aliam personam. Et ideo medium iustitiae consistit in quaedam proportionis aequalitatis rei exterioris ad personam exteriorem”. *Suma teológica*, II-II, q.58, art.8, resp.

Este planteamiento no se entiende, sin embargo, desde hace siglos. La Modernidad entendió que “el derecho” o lo justo -“la cosa justa”- es una cualidad moral de las personas que dimana de la misma personalidad, y el siglo XX ha seguido esta mentalidad y se ha llenado con la ideología de los “derechos humanos”, que, a modo de “cualidades morales” de las personas, parecen constituir hoy el único punto de referencia para determinar la justicia. Francesco d’Agostino habla, por ello, del horizonte de “absolutización de lo humano” en el que el derecho pierde cualquier medida objetiva<sup>94</sup>. “En los límites en los que el hombre es considerado medida en sí mismo, es bien difícil elaborar declaraciones de derechos que no sean autoreferenciales, y por esto mismo privadas de fundamento”. En la experiencia jurídica Moderna (si es que se puede llamar experiencia “jurídica” a lo expuesto en las obras de Pufendorf, Gundling o Kant) el derecho o lo justo no posee ninguna medida objetiva distinta de lo humano en cuanto tal y, lo que es más grave, esa humanidad así postulada deviene simple estructura o instrumento para una artificialidad. Efectivamente, las construcciones político-jurídicas de la Modernidad, que se renuevan hoy de la mano de Buchanan, Nozick, Rawls o Habermas, sólo son constructos racionalistas -es decir, construcciones imaginadas, artificiales- basadas en algunas facetas aisladas de lo que es el hombre, a las que se llama a veces “derechos” del hombre o derechos humanos. Y así no es posible la ciencia jurídica.

Porque la ciencia jurídica consiste ante todo en medir y en exigir lo medido, aunque esto último, el “exigir” corresponde más bien a la autoridad pública, a la *potestas*. Una fractura de muñeca de cualquier hombre requiere unas ocho semanas de reposo, y éste es un dato que depende de “la cosa” (la fractura concreta de esa muñeca) y no de consideraciones personales. Por este motivo, no se puede argumentar que el reposo ha de ser menor, porque esa persona es muy valiosa para la empresa, o que la libertad y la dignidad del hombre requieren que la hospitalización dure veinte semanas.

Este tema se ve enturbiado por esa rama especialmente interesante del derecho que es el derecho penal. La teoría general del derecho ya se resintió desde finales del siglo pasado porque fue elaborada por penalistas alemanes, quienes, como es lógico, la enfocaron desde su peculiar ángulo o deformación; posteriormente, el cine y la televisión han hecho que el derecho penal sea para el gran público el paradigma de lo jurídico: realmente, sería muy aburrido hacer películas sobre casos de derecho

---

<sup>94</sup>. Vid. *Frammenti di Filosofia del Diritto*, Torre, Catania, 1990, p. 120.

mercantil. Y en el caos en que se ha convertido el derecho penal en el siglo XX -en el que ni siquiera los penalistas se ponen de acuerdo sobre cuál es su finalidad o para qué sirve- sí se tienen en cuenta muchas consideraciones personales. Pero lo que sirve para el derecho penal sólo cuenta ante el resto del derecho en muy contadas ocasiones: algunos supuestos de negligencia o buena fe, y poco más. La inmensa mayor parte de la vida jurídica pasa de largo ante las consideraciones personales.

Puede parecer que el derecho se despersonaliza y -por así decir- se *cosifica*. Pero temo que el derecho siempre ha sido así (despersonalizado) y que la única garantía de que exista una cierta justicia se base precisamente en esta objetivación externa a las personas. Los hombres siempre se han quejado de la despersonalización inhumana del derecho: de aquí el antiguo dicho gótico: *Juristen, böse Christen!*, ¡juristas, malos cristianos! Por esta razón Radbruch escribía que “si nos preguntamos ahora qué es lo que puede explicar esta frecuente aversión de los poetas y, en general, de los artistas hacia la ciencia jurídica encontraremos como causa, tal vez, la llamada ‘objetividad’ jurídica, es decir, la tendencia del jurista a abstraerse precisamente de los rasgos esencialmente humanos. El derecho, por ejemplo, conoce del matrimonio, pero ignora el amor; nos habla de obligaciones y créditos y deudas, pero no de amistad”<sup>95</sup>. Federico García Lorca aludía al plomo de las calaveras, y este reproche lo hacía contra quienes tienen un marcado talante jurista: lo hubiera podido extender con más razón a todos los juristas.

¿Ha llegado la hora de decretar la desaparición de la objetividad propiamente jurídica? Esto se viene pretendiendo desde el siglo XVII hasta hoy, pero el camino seguido se presta a potenciar la injusticia, y si ésta no es mayor es porque los juristas son de hecho cripto-objetivistas.

No se debe confundir la objetividad jurídica -designada en los clásicos como el criterio del *medium rei*- con la ausencia de consideraciones sobre la equidad: la equidad sigue siendo imprescindible, del mismo modo que lo es la epiqueia. Pero epiqueia y equidad sólo liman las asperezas excesivas del “*medium rei*”, y en modo alguno lo eliminan. Una “equidad” sin objetividad conduciría a la solución salomónica de decidir: “Te han robado veinte mil pesetas. Diez mil para ti, diez mil para el otro, y todos en

---

<sup>95</sup>. *Introducción a la Filosofía del derecho*. Trad. de W. Roces. F.C.E. México, 1974, p. 145.

paz”. La equidad sólo puede ser un acto segundo que corrige lo ya decidido según otro criterio.

Supuesta la objetividad y la equidad, la doctrina del *medium rei* es normalmente nuestro único criterio de justicia, de modo que desaparecido él, quedamos abandonados al juego de fuerzas existente en el sector profesional, económico, familiar o político en el que nos movamos. El “*medium rei*” exige que se examinen las exigencias objetivas (“objetivas” viene de *objectum* u objeto) del problema para estar en condiciones de decidir con justicia. Así, si se convocan becas para estudiantes, la objetividad exige que se tenga en cuenta solamente la economía de la familia y el rendimiento académico del solicitante. El personalismo -que en Hegel es sinónimo de injusticia- proviene cuando las becas se conceden al margen de estos criterios porque se atiende a consideraciones “más personales”. Por este camino, como suele suceder de hecho en la adjudicación de tantas cosas, todo queda en manos de la fuerza o, lo que es lo mismo, del poder. El criterio del *medium rei* desborda este tipo de consideraciones subjetivas y centra la atención en los datos concretos del problema, de modo que la necesidad aparece como la fuente máxima de justicia o de injusticia.

Hic!

#### ***Matizaciones al “medium rei”***

Es frecuente encontrar en los discípulos más próximos a Tomás de Aquino - pienso en Francisco de Vitoria y en Domingo de Soto- referencias tan directas y precisas al criterio del *medium rei* que puede parecer que, efectivamente, la justicia es una virtud “precisa”, objetiva: se saldría del campo de las ciencias humanas, de por sí con contornos poco nítidos, y entraría casi en la zona de las ciencias exactas. Y las cosas tampoco son así enteramente.

Trigeaud nos indica que “el acto subjetivo de aprehensión de lo bello o de lo justo implica una sensación irreductible”. Adelantando ideas, se podría decir que el acto personal de descubrimiento de lo justo supone una captación inexplicable, un *intueri* “en” el problema mismo que no se deja explicar por ningún procedimiento preestablecido.

La ley está clara: todos sabemos que no podemos mentir o asesinar a nadie. Pero esta ley se dirige al hombre en tanto que hombre, a la naturaleza humana en su decurso

histórico. Salvado el peligro del relativismo, sabemos que el derecho -que es cosa distinta de la ley- está más condicionado por la naturaleza de las cosas. No en vano Tomás de Aquino dejó escrito que la ley es solamente “una cierta causa del derecho”<sup>96</sup>.

Nos movemos e intentamos conceptualizar a un hombre que desborda la razón humana. Los filósofos griegos, especialmente desde Sócrates, pretendieron buscar seguridad definiendo las esencias: el problema reside, explica Trigeaud, en saber si el hombre mismo no desborda la esencia conceptualizable. Porque existe lo existencial, lo vivo, que se sitúa en un plano previo a aquello que precede a la esencia<sup>97</sup>. Cuando hablamos de un bien jurídico existe, ciertamente, una esencia que se manifiesta en un concepto, aunque no siempre esta manifestación es pacífica. Esta esencia existe, porque no es la proyección de estados de ánimo, ni el reflejo de impresiones fugitivas: “está ahí”. Pero como el derecho es en buena parte obra humana, cabe preguntarse hasta qué punto esta noción o esencia no es el resultado de una razón práctica y creadora, de una razón en cierto modo “poiética”, que desbordan la razón teórica gracias al movimiento imprevisto de la imaginación.

Porque, contra el análisis kantiano, para el que la actividad estética es extraña al conocimiento, nosotros tenemos que reconocer que todo conocimiento implica la previa percepción estética: ¿una percepción, simple trasunto de la razón teórica, o una actividad creadora? La misma génesis de lo justo, que originariamente es sólo una percepción dolorosa de la injusticia, ya nos indica que el sentimiento, irreductible a la razón geométrica, está presente en el nacimiento de nuestra idea de la justicia.

“La autonomía radical de la intuición en relación a la razón, de la *finesse* frente a la ‘geometría’, es un tema constante de controversia”. Efectivamente, la percepción intuitiva primera -que en muchos casos es solamente una secuela de una visión estética más amplia- nos hace comprender que todo “lo racional” tiene un cierto tufo de constructo a posteriori, de justificación racionalística después de haber tomado la decisión. La razón es subsidiaria en este juego eterno del conocer-enjuiciar o del enjuiciar-conociendo, porque el juicio es ante todo intuitivo. Trigeaud llega a mantener

---

<sup>96</sup>. “Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio juris”. *Suma teológica*, II-II, q.57, art.1 ad 2.

<sup>97</sup>. Trigeaud, *Essais de Philosophie du droit*. Studio Editoriale de Cultura. Genova, 1987, p. 233.

que el valor de lo justo se impone: es irresistible a la conciencia, precede a la libertad misma, y recurrirá a la razón solamente para organizar las consecuencias.

Hoy estamos en condiciones de comprender que frente al mecanicismo típico de la filosofía ilustrada, frente a la ética de Kant (tan racional, y por ello tan artificiosa), que relegaba a la intuición en la moral al simple plano del “móvil” o *Triebfeder*, una vez superado el formalismo entre logicista y empirista del neoempirismo, hemos de dar un visado válido y estable a esa vertiente de nuestra inteligencia que se muestra en el sentimiento; quizá la expresión más acertada sea la de Xavier Zubiri: “inteligencia sentiente”. El acto de sentir no se puede confundir con el placer o el dolor que experimenta el que siente: la percepción dolorosa o gozosa puede llevarnos a la verdad de una vida feliz.

Quizá hayamos de concluir, con Trigeaud, que la naturaleza personal del hombre es más rica y, sobre todo, más completa que su naturaleza racional; de modo que si la inteligencia admite algún principio racional es a condición de poder superarlo. Nociones, conceptos, definiciones... todo esto tiene un cierto valor en el derecho, siempre y cuando no se intente la empresa aberrante del sistema: intentar embotellar la vida humana pasándola toda ella por el cuello estrecho de una intuición necesariamente incompleta, es desnaturalizar al hombre. Tocaré este tema al hablar de “la contradicción”.

El derecho lo crea el hombre al crearse a sí mismo, cosa que no logra entender ningún positivismo jurídico; cuando el positivismo reflexiona sobre sí mismo y capta esta realidad, entonces entra por el camino irracional del “derecho libre”, en el que él intenta abrirse a la vida ... al precio de introducir asignaturas económicas en las Facultades de derecho, lo que no deja de ser una interesante huida hacia adelante. Superada la fase algo interesada del positivismo, la intuición nos hace ver que la libertad creadora de soluciones jurídicas concretas coincide con la libertad creadora humana más general, y que cualquier juez, creando al mismo tiempo que aplica, sólo hace continuar el proceso de constitución social: para reconocer esta realidad no era necesario modificar artículos del título preliminar del código civil.

“Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, escribió el genio jurídico romano. Tenemos, pues, dos elementos: la voluntad, que sería como el factor interior, sobre el que versa la virtud; y “lo suyo” o el derecho concreto, que es calculado y medido según criterios externos al agente: éste es el campo del *medium rei*.

La virtud fortalecería y en definitiva haría posible la voluntad, y la jurisprudencia trataría de la medición objetiva del derecho. El único inconveniente que encuentro a esta explicación, así expresada, es que es demasiado nítida: sus perfiles son excesivamente claros. Es posible que el elemento personal, que no se limita a la voluntad recta, y el elemento real que designamos como *medium rei* vayan muy compenetrados entre sí. La dinamicidad de lo humano rompe el molde a veces estrecho de “lo que ya existe” (*was bereits ist*, según la terminología de Ritter) y entonces la justicia deja de ser rigurosamente un “acto segundo”, una voluntad que atribuye a cada uno lo que ya es suyo, sin crear nada. Al contrario, la vertiente creadora de la justicia suele estar presente en la vida del derecho de un modo normal: a veces un caso puede ser resuelto inequívocamente con una norma, pero otras veces el juego de los principios y normas hace entrar en escena a las valoraciones, o libertad, del juez.

Es posible que lo más preciso que se puede decir sobre la objetividad de la ciencia del derecho es lo que escribe Trigeaud: “Todo derecho que se deduce del bien jurídico, obra penetrada de actividad personal, está transido por el ser”.

Hic!

### ***La contradicción omnipresente***

Una idea de la que podemos partir es la que expresa Wittgenstein en el párrafo 5.634 de su *Tractatus*: “No hay orden alguno a priori en las cosas”. Esta idea la perfila más Baruch Spinoza cuando escribe que “Nada de lo que tiene de positivo una idea falsa es suprimido por la presencia de lo verdadero, en cuanto verdadero”<sup>98</sup>.

Es posible que Ludwig Wittgenstein y Spinoza se sintieran en la precisión de hacer estas observaciones porque ambos tropezaron -como tropieza todo investigador y todo profesor- con la inveterada tendencia de los hombres a juzgar todo un conjunto globalmente, o a pretender entenderlo de una forma igualmente global sin matizar entre sus componentes. Las cosas son distintas, y esto no quiere decir únicamente que un tintero es distinto de una pizarra, sino que ese “ser-ahí” que se llama hombre se compone de muchas realidades muy diferentes, de modo que según atendamos a unas u otras, esa persona concreta nos gusta o no nos gusta, nos parece mala o buena, bella o

---

<sup>98</sup>. *Ética demostrada según el orden geométrico*, trad. de Vidal Peña, Alianza Editorial, Madrid, 1987, Parte Cuarta, Prefacio, p. 257 de esta edición.

fea. El asunto se vuelve más complicado en la realidad porque lo que ahora es objetivamente malo puede ser apreciado como objetivamente bueno en un contexto distinto.

Si la realidad se capta a priori, sin matizar, como denunciaba Wittgenstein, lo más sensato es entonces decir que las cosas son buenas y son malas a la vez. Referido este hecho a las explicaciones filosóficas que se han sucedido en la historia, Hegel indicaba que “La historia de la filosofía muestra, por una parte, lo negativo de los principios, pero, por otra parte, también lo afirmativo de los mismos”<sup>99</sup>. Es un buen aviso contra cualquier dogmatismo.

La “tópica” no es simplemente un método mejor que se proponga, algo así como el amigo propone que se cambie el automóvil viejo por otro mejor. El método tópico asume la complejidad dada: un ordenamiento jurídico (un “derecho”) como el español no es un bloque de normas agrupadas en torno a la Constitución. Cada artículo de cada ley o decreto recoge una norma, un principio, una regla. Una misma rama del derecho contiene una multitud de principios y regulae distintos y, a veces, contradictorios. En suma, cualquier “derecho” es algo altamente complejo. La visión naïv, por contra, quiere ver un bloque, un todo, en lo que no es más que un reflejo de una realidad viva, discorde, dispersa: y es que todavía es muy fuerte el influjo de las filosofías sistemáticas.

Pascal se enfrentaba al sistematismo del siglo XVIII y escribía que “La naturaleza ha hecho que las verdades todas existan cada una en sí y por sí misma. Nuestro arte las encierra unas a las otras, pero esto no es lo natural. Cada una tiene su lugar adecuado e independiente”<sup>100</sup>. No es posible ni la aceptación incondicional ni la crítica absoluta. Un tradicionalista critica la actualidad desde el consentimiento completo a lo heredado, y un “crítico total” como Marcuse podía ejercer su crítica absoluta a costa de sublimar lo que él creía que era lo incondicional. Normalmente, la captación vehemente de una única faceta de la realidad suele llevar a estos resultados: así se crean teorías globales desde las que se acepta o descalifica “todo”, sin que el pensador entienda que cada cosa requiere su medida específica: el agua se mide en

---

<sup>99</sup>. *Introducción a la historia de la filosofía*, trad. de E. Terron, Sarpe, Madrid, 1983, p. 66.

<sup>100</sup>. *Pensamientos*, trad. E. González-Blanco, Bergua, Madrid, 1933, pensamiento nº 21.

litros, el hierro en toneladas, y cada cosa humana requiere de su medición adecuada. Porque, digo con Chesterton, que no está loco quien quiere levantar una estatua de un kilómetro de alta: el verdadero loco es quien pretende calcularla en centímetros cuadrados.

Indicaba que los críticos totales, como Marcuse, no entienden la realidad, porque ésta rara vez es blanca o negra: es, esencialmente, “término medio”: no demasiado mucho, no demasiado poco. Ejercitarse en las virtudes requiere la misma disposición que la necesaria para sacar adelante una empresa económica difícil. El término medio entre el negro y el blanco no es el gris: a veces será el blanco, y otras el negro; algunas veces, algún tono de gris. Al término medio de la vida humana le son ajenos los juegos retóricos de algunos intelectuales en virtud de los cuales fabulan dos actitudes extremas para, después, situar entre ambos extremos lo que a cada cual le interesa.

El término medio implica que la inteligencia humana rechaza y acepta simultáneamente la realidad: acepta necesariamente tanto como rechaza, si es que quiere ser inteligencia y no fabulación racionalística. Por este motivo la inteligencia no puede proponer “alternativas” globales, que siempre implican una crítica y una aceptación total. Al aceptar o rechazar la realidad, la inteligencia o razón posee una Base para el enjuiciamiento, base que le es imprescindible; y en la medida en que es crítica, que rechaza, intenta hacer más humana esa base que ha aceptado. Al margen de la realidad, de las cosas, la inteligencia no existe: es sólo la voluntad del hombre desasistida del mundo, y por ello vacía, aunque la desorientación intelectual y afectiva oculte al sujeto este hecho.

Es lógico que cualquier jurista experimentado en el oficio rehúse la simplicidad platónica. Este jurista hará suya la crítica de Giambattista Vico cuando decía que “Platón se limita con promover una sola justicia, pues sostiene que debe seguirse como regla de lo verdadero lo que parece uno, esto es, igual para todos”<sup>101</sup>. Ciertamente, cuando el bien se manifiesta, lo hace para todos: negar esto sería un insulto a la inteligencia del hombre. Y también sería un insulto al hombre no tener presente lo que nos advertía Hugo de Roy: que en toda institución jurídica existe siempre justicia e

---

<sup>101</sup>. *Principios de una ciencia nueva...*, cit., Libro II, cap. VII

injusticia<sup>102</sup>. Por esta razón, Tomás de Aquino ya había escrito que una cosa que es buena y honesta para una persona puede ser mala y viciosa para otra<sup>103</sup>. Y es que la realidad humana es más complicada de lo que pretende el simplismo del pensamiento racionalista.

Hic!

### *¿Bienes absolutos?*

No se puede hablar de “el bien” del hombre, como tampoco de “el mal” para el hombre: son términos demasiado abstractos para referirlos a lo humano. Sí existen cosas buenas en concreto y cosas malas muy concretas, aunque raramente estas cosas son buenas o malas siempre, de modo absoluto. Normalmente lo que bajo unas determinadas circunstancias es bueno, comenzará a ser nocivo cuando cambien esas circunstancias<sup>104</sup>. Por este hecho, contra Hartmann hay que decir que no existe una “jerarquía” inmutable de valores o bienes: casi todos los bienes suben y bajan en la escala de la importancia.

Pascal se oponía al pensamiento jurídico y ético de la Ilustración que buscaba un bien supremo e incondicionado (el “principio único”) para deducir desde él todas las normas concernientes a la vida humana. “Toda cosa es cierta en parte, y en parte falsa... Nada es netamente verdadero, y así nada es verdadero en la pura acepción de la verdad. Se dirá que es verdad que el homicidio es malo. Sí, porque conocemos bien lo malo y lo falso. Pero, ¿qué se dirá que es bueno? ¿La castidad? No, porque el mundo se acabaría. ¿El matrimonio? No, porque la continencia es mejor. ¿No matar por justicia? No, porque los desórdenes serían horribles y los malvados matarían a todos los buenos.

---

<sup>102</sup>. Este jurista escribía que “... ut semper una ratio ab alia non differat; nisi ut magis et minus. Neque alio respectu iustum vel iniustum ex magnaue petitur, nisi ut maius anteponatur minori”. Escribe estas líneas a propósito de la praescriptio, una institución que era considerada odiosa, próxima a la injusticia. Cfr. *De eo, quod iustum est*. Hildesii, 1653, Liber II, Titulus VII, § 7.

<sup>103</sup>. “Sic enim propter diversas hominum conditiones, contingit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosí, tanquam eis proportionatí et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosí, tanquam eis non proportionatí”. Cfr. *Suma teológica*, I-II, q.94, art.4.

<sup>104</sup>. Tomás de Aquino escribía a este respecto que “Sed quia prudentia est circa singularia operabilia, in quibus multa concurrunt, contingit aliquid secundum se consideratum esse bonum et conveniens fini, quod tamen ex aliquibus concurrentibus redditur vel malum vel non opportunum ad finem”. Cfr. *Suma teológica*, II-II, q.49, art.7, resp.

¿Matar? No, porque es contra natura. No tenemos verdad ni bien más que en parte, y eso mezclado de malo y de falso”<sup>105</sup>. Efectivamente, lo que es indudablemente malo, está claro, a menos que el intelectual retórico complique enrevesadamente las cosas. Pero cuando nos salimos del campo restringido de las evidencias, ya comienzan las dudas: los hombres sabemos a veces lo que no se debe hacer, pero no tenemos tan claro qué es lo que debemos hacer para realizar nuestra humanidad. Normalmente, por vía de autoridad se declara en cada grupo que algo es malo o bueno, y si esta autoridad coincide con la moral positiva, la gente vivencia esa conducta como inequívocamente buena o mala. El etnocentrismo propio de cada sociedad hace el resto: nosotros tenemos la verdad y todos los demás, todas las restantes épocas históricas, han estado equivocadas.

En un párrafo desde luego mucho más elegante, Vico expresó magistralmente esta realidad: “Porque la vida del hombre es superior a la de los animales, y por esta causa esta segunda parte <la racional> domina sobre la parte primera del derecho natural, por esto es verdad lo que decía Pompeo cuando las tempestades le impedían partir para la guerra, que lo necesario era navegar y no vivir. Igualmente esta ley <la natural> ordena en general a los hombres que lo necesario es hacer el bien, no vivir”<sup>106</sup>. Aunque normalmente el bien supremo del hombre es la vida, en ocasiones puede no serlo: a veces es más importante navegar que vivir, como decía Pompeo.

*(El problema de elegir)* La mentalidad que hace posible la persona jurídica tiende a pensar que cada hombre es “libre” en el sentido moderno del término, es decir, que no reconoce más límites a su albedrío que la colisión previsible con las libertades de las demás personas. Para esta mentalidad, toda concreción (que necesariamente es una determinación, una limitación) aparece inevitablemente como algo odioso: en tal contexto la libertad aparece como el máximo bien a realizar, como se vio ejemplarmente en el mayo del ‘68. Bien, ya pasaron los sueños: ¿qué queda en la realidad?

---

<sup>105</sup>. *Pensamientos*, ed. cit., número 385

<sup>106</sup>. “E poichè la vita dell'uomo è assai da più di quella de'brutti; e pero questa seconda parte domina sulla parte prima del diritto naturale: onde in conformità di quella che una volta disse Pompeo, impedito dalla tempesta a non poter partire per la guerra, il navigare è necessità e non il vivere; medesimamente questa legge comanda in generale agli uomini tutti esse necessario il bene fare, non necessario il vivere”. *De universo iuris uno principio et fine uno liber unus*, trad. de E. Amante, Napoli, 1841, p. 120.

Toda nuestra vida es una pura concreción, determinación o limitación, y esto genera ansiedad. “El hombre está invadido por la angustia -escribe Juan Cruz- no solamente porque asume una posibilidad cuyo logro es incierto, sino que ha de hacer su vida asumiendo siempre una posibilidad (la que sea), forzado constantemente a ser bajo la forma de poder-ser, destacándose de la nada”. Esta realidad necesaria de la vida humana contrasta plenamente con la dinámica de la sociedad capitalista actual, uno de cuyos lemas podría ser: “No renuncies a nada”. Como toda concreción implica una renuncia, “el existir humano es a la vez un prolongado estar naciendo y estar muriendo”.

La angustia no procede únicamente de la concreción (con la consiguiente exclusión de las restantes posibilidades) que implica la elección: el carácter dramático de la vida humana viene dado, sobre todo, por la necesidad de optar entre opciones muchas veces opuestas, sin que exista un paliativo o término medio. Este hecho se produce porque la elección no suele ser entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor, lo que hace que en nuestra decisión haya siempre justicia e injusticia, logro e imperfección humana o moral. Es lógico que cualquier hombre se sienta culpable: cada elección supone una falta, un pecado, como indicaba Schwarz-Liebermann.

Este optar entre lo que es simplemente mejor y peor, sabiendo que al elegir siempre desechamos una posibilidad objetivamente valiosa, lo captó Hegel con viveza: “Todo principio del entendimiento es unilateral en sí; y esta unilateralidad es mostrada porque el otro principio es opuesto a él. Pero este otro principio es de la misma manera unilateral”.

Es lógico que MacIntyre insista en su obra más conocida -Tras la virtud- en la naturaleza trágica del actuar humano. Trigeaud lleva hasta el final este problema e indica que “es preciso admitir una dualidad de esencia”.

**(La pluralidad irreductible)** “Las cosas”, en tanto que dimensiones o vertientes del ser humano, son irreductibles unas a otras: siempre permanecerá la pluralidad y, por ello, la divergencia y la inevitable contradicción.

Es una constante humana rebelarse contra el carácter plural de la realidad. Los griegos buscaron inútilmente un *arjé* o principio único que les abriera la llave del conocimiento del Cosmos. La Baja Edad Media fue testigo de cómo los alquimistas

trabajaron por encontrar la piedra filosofal que acabaría definitivamente con la fatiga de cada cual. Ya en el siglo XVI algunos españoles emigraron a América tras el mito de El Dorado. La quimera ha sido siempre la misma, aunque haya tenido diversos nombres: encontrar un “único” que nos resuelva todos los problemas. Paradójicamente fue en las luces de la Ilustración cuando este mito salió de los ámbitos poco cultivados y penetró en las Universidades: los siglos XVII y XVIII representan la época del constructivismo: cada autor encontró su principium único a partir del cual podía edificar deductivamente todo el edificio del hombre. La mentalidad cientifista que Newton consagró vino en ayuda del sueño sempiterno humano: el siglo XIX y buena parte del XX quedaron dominados por la mentalidad empirista, científica, y los pensadores declararon que sólo existía una “realidad”: la “materia” según los marxistas (aunque Marx nunca explicó qué entendía por “materia”), o las percepciones discontinuas de nuestras extremidades sensoriales que habían de ser coordinadas y expuestas según un lenguaje físico-matemático. Esto último lo pretendieron Russell, Hahn, Schlick, Carnap, etc., es decir, los integrantes del “positivismo lógico”. Los hombres hemos probado a lo largo de dos mil quinientos años todas las posibilidades: puramente intelectuales, artesanales, materialistas, cientifistas... y el resultado del recorrido es que estamos en el punto de partida en que nos dejó Aristóteles. De todos modos, algunas personas siguen manteniendo vivo el espíritu del sistema; de hecho, el adjetivo “sistemático” parece que todavía hoy designa algo que es más completo, más concienzudo o más profundo. Todo es cuestión de tiempo, porque a veces los mitos se desvanecen ante la evidencia; excepto, claro está, cuando el mito de hoy es sustituido por el mito que dominará en el futuro.

No existe la Razón Unica que se expresaría en un lenguaje igualmente único, gracias al cual reconoceríamos que la variedad de las cosas es sólo aparente. Los Modernos se propusieron reconstruir el mundo al margen de la realidad, a la que no aceptaban, y se vieron obligados a hablar de una “ratio” nueva, una especie de instrumento o realidad omnicomprensiva entre omnisciente y omnipotente, que lo permitiría todo. Los Modernos hablaron y hablaron, y los siglos XIX y parte del XX también creyeron en la realidad de esta nueva piedra filosofal con la que se construiría la Nueva Realidad. Actualmente, los intentos de Rawls y de sus seguidores no son sino una versión actualizada de esta nueva razón que ahora, con la crisis del método científico, ya no aspira a ser “científica” y pretende ser humanista. Tomás de Aquino

fue más sabio: declaró reiteradamente que “la razón es medida por las cosas”, que existen muchas razones, tantas como cosas. En realidad, no existe la ratio humana: existen más bien las cosas con sus exigencias. Un tema ciertamente complicado que explicó más precisamente Wittgenstein cuando escribía que la razón es solamente *a box of tools*.

Los hombres nos encontramos necesariamente con “La Contradicción” -como la llama sin más Trigeaud- porque “es una característica de los seres humanos normales perseguir varios fines; una preocupación obsesiva por un solo fin determinado puede tomarse de hecho como un síntoma de enfermedad mental”. Efectivamente, un hombre normal persigue en su vida varios fines, normalmente de difícil conciliación: la dedicación a la profesión no se compadece bien con el tiempo para la familia, para los amigos, para los hobbies. En otro orden de cosas, cualquier persona encargada de juzgar algo se ve sometida a las tensiones que resultan entre las exigencias de la imparcialidad y de la amistad: cada cosa tira por su lado, y la persona concreta que las asume todas queda en cierta medida desgarrada.

Posiblemente, la tendencia a la unificación que a que he aludido como constante humana proviene de la misma naturaleza de la razón. Sir Francis Bacon nos dice que “El entendimiento humano, por su peculiar naturaleza, supone fácilmente un mayor orden e igualdad en las cosas del que realmente se encuentra, y aunque en la naturaleza hay muchas cosas singulares y llenas de disparidad, se imagina a pesar de todo paralelismos, correspondencias y relaciones que no existen”<sup>107</sup>. Como todavía seguimos siendo herederos de la mentalidad cientifista, más decimonónica que actual, es conveniente considerar que todo reduccionismo es, como lo llamaba Hegel, una expresión torpe, “como si el mundo no ofreciese al hombre más que un solo enigma y ésta fuera la relación última del hombre con el mundo”<sup>108</sup>.

(*Contra el atomismo: mirar al conjunto*) El principio reza: “A igual trabajo, igual salario”. El derecho objeta: ¿debe ganar lo mismo un peon que un universitario? El principio ordena: “No se debe matar”. El derecho contesta: ¿y la defensa colectiva

---

<sup>107</sup>. *Aforismos sobre la interpretación de la naturaleza y del reino humano*, Primer libro, incluido en "La Gran Restauración, trad. de M. A. Granada, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 129, aforismo XLV, p. 100.

<sup>108</sup>. *Introducción a la historia de la filosofía*, cit., p. 216.

ante la agresión injusta? El principio establece: “Hay que decir la verdad”. El derecho responde: ¿El abogado debe decir al juez todo lo que sabe sobre su cliente?

Si entendemos que son normas las que entran en conflicto, el problema será irresoluble: la norma es una orden tajante, directa y como bastante personal. Un conflicto entre normas no es resoluble, a menos que supongamos un principio superior a tales normas que de algún modo nos indique cual de ellas elegir: pero entonces lo decisivo es el principio que se adopte, el que hace que sepamos discriminar las normas aplicables. Ronald Dworkin nos indica a este propósito que “Es verdad que un sujeto moral puede encontrarse en una situación difícil cuando debe optar por decir una mentira o quebrantar una promesa, pero de ello no se sigue que haya aceptado normas que entren en conflicto... Es posible, simplemente, que haya reconocido que decir mentiras y quebrantar promesas son dos cosas que en principio están mal ... Pero, en ese caso, si nos valemos de la distinción que establecí, debemos decir que se ve forzado a revolver entre principios -no entre normas- que rivalizan, porque ésa sería la manera más exacta de describir la situación. El sujeto reconoce que ninguna consideración moral, tomada aisladamente, es de efecto abrumador y decisivo, y que es posible que, en algunas circunstancias, cualquier razón que pueda esgrimirse en contra de un acto, tenga que ceder ante una consideración opuesta”<sup>109</sup>.

Podría pensarse que este tipo de consideraciones lleva a un relativismo moral, pero nada más alejado. Sucede, más bien, que la conciencia nuestra está tan acostumbrada a identificar moral con normas, que al cuestionar las normas parece que nos quedamos sin suelo moral. Ya advertí que si se lee detenidamente la “Moral a Nicómaco” de Aristóteles ahí se habla de bienes, pero apenas de normas, y algo parecido pasa con Tomás de Aquino, que tiende a hablar de bienes y de principios más que de normas concretas, especialmente en sus tratados de la justicia y de la prudencia. La realidad es demasiado complicada, demasiado múltiple para que la vida del hombre pueda resolverse acumulando normas más o menos numeradas. Los hombres nos vemos obligados a decidir: no haría falta ninguna decisión si nuestra vida estuviera regida inequívocamente por normas.

Las normas existen, como existen los principios. El problema se presenta cuando en muchas situaciones, concurren normas y principios distintos: entonces el

---

<sup>109</sup>. *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 136.

juzgador (y cada uno es juez de su propia vida) tiene que decidir qué principios y normas aplicará, o dicho con más precisión, tiene que decidir qué principios elegirá a fin de que sean aplicadas las normas que mejor van a ese problema. Los principios elegidos suelen determinar las normas aplicables. Y al hablar de “decidir” no aludo a una decisión irracional o arbitraria: se supone que el agente moral posee virtudes, y que no quiere engañarse a sí mismo ni engañar a los demás.

“La pluralidad de principios permitirá normalmente encontrar uno que conviene, lo que hace que sea el juez el que decida, y no la ley”<sup>110</sup>. Esto no es nada nuevo. El mejor teórico de la jurisprudencia romanista que ha existido, Tomás de Aquino, declaró insistentemente que “los principios deben acomodarse a las conclusiones”<sup>111</sup>. Nótese que Tomás no pone tanto empeño en decir que las conclusiones deben seguirse desde los principios, como en establecer que los principios deben ser acomodados o proporcionados a las conclusiones. Al plantear la decisión entre principios contradictorios o divergentes, no acepto el postulado weberiano de la ‘libertad de valoraciones’ (*Wertfreiheit*), como si nuestro universo moral estuviera poblado en su estrato más alto por un politeísmo de “valores”, en principio todos igualmente relevantes para el hombre. Momentáneamente sólo quiero reconocer el hecho contrastado de que una persona normal persigue en su vida una pluralidad de bienes, no siempre compatibles.

La decisión no acaba con el conflicto, no lo suprime. Mediante el acto de voluntad que supone toda decisión, se hace desaparecer el problema eliminando autoritariamente una de las posibilidades: pero el conflicto entre dos bienes reales sigue presente en cada individuo porque los bienes, tanto el elegido como el preterido, siguen siendo tales. De ahí la importancia decisiva de la fidelidad. Aristóteles captó perpicazmente esta faceta de la decisión, y escribió que “qué es lo injusto y qué es lo justo está, pues, declarado. Definidos ambos, resulta evidente que la acción justa es un medio entre cometer injusticia y sufrir injusticia”<sup>112</sup>. Es comprensible que Francisco Caballero nos diga que “La justicia, por su naturaleza, exhala insatisfacción”. Esta

---

<sup>110</sup>. “La pluralité de principes permettra normalement d'en trouver un qui convient, ce qui fait que sera le juge qui décidera et non pas la loi”. Schwarz-Liebermann, *Réflexions...*, cit., p. 119

<sup>111</sup>. “Oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere”. *Suma teológica*, II-II, q.49, art.1

<sup>112</sup>. *Moral a Nicómaco*, cit., L. V, cap. V

insatisfacción no es específica de la justicia, como si ésta fuera algo así como una virtud maldita: la insatisfacción acompaña en principio a toda norma moral.

De este modo, más que las normas o principios, lo que salta al primer plano de la faceta moral del hombre es el conflicto. MacIntyre nos indica que “El filósofo australiano John Anderson nos urge a ‘no preguntarnos ante una institución social a qué fin o propósito sirve, sino más bien qué conflicto pone en escena’ ... Fue la perspicacia de Anderson, una perspicacia sofoclea, la que captó que podemos aprender cuales son nuestros fines y propósitos a través del conflicto, y algunas veces sólo a través del conflicto”<sup>113</sup>. Camps también capta así este tema, y por ello escribe que “Nuestro actuar, cuando es éticamente relevante, es el resultado de una lucha y una tensión entre polos irreductibles. Y no se trata de que el uno se imponga al otro (la razón a las pasiones, la sociedad al individuo, el deber al sentimiento), sino de que la tensión se mantenga siempre”. Efectivamente, una vida sin tensiones sería sinónima de vida inmoral: o demasiado animal, o demasiado egoísta, o de un misticismo irracional.

Hemos de decidir qué principios elegiremos a fin de saber qué normas son aplicables. ¿Qué puntos de referencia tenemos para orientarnos entre los principios? En el plano más general, normalmente más moral que jurídico, puede ser útil considerar lo que nos refiere Trigeaud: que los sofistas no son relativistas, que es preciso revisar el relativismo que se imputa a Protágoras, porque él no hace sino una referencia a la humanidad en sí del hombre que proporciona criterios racionales (humanos) generalizables, y que la naturaleza que reclama la convención está sometida a la medida humana: *homo mensura*.

En efecto, cuando traté de la naturaleza del hombre ya expuse algo sobre este tema: los hombres no se han encontrado nunca completamente desasistidos. MacIntyre nos dice que “sin un concepto dominante de *telos* de la vida humana completa, concebida como una unidad, nuestra concepción de ciertas virtudes consideradas aisladamente sería incompleta. Las virtudes sirven a unos bienes, pero estos bienes están jerarquizados; así, en el caso de la paciencia no se trata de saber esperar siempre, sin límite, sino de saber esperar ... Esto requiere un *telos* que justifique postergar unos bienes a otros”<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup>. *Tras la virtud*, cit., pp. 205 y 206.

<sup>114</sup>. *Tras la virtud*, cit., p. 250

Hic!

*El plano medio de la filosofía práctica*

Algunas ciencias se desarrollaron por primera vez en el siglo XVIII de forma aparentemente científica -en cualquier caso convincentemente para su época- aislando y desarrollando algunos elementos de las conductas humanas para estudiarlos de forma exclusiva, de modo que el estudio de este elemento constituyera el campo de trabajo de la disciplina. Éste fue el caso de la economía política, que prescindía de todas las finalidades de las conductas, excepto una: El deseo de obtener ganancia económica. Podríamos hacer lo mismo con el derecho, y suponer que el único factor que nos interesa es el deseo de dirigir las conductas de otras personas según la técnica de añadir una penalidad a la conducta no deseada.

Éste ha sido un tema que ha hecho meditar a muchos desde el siglo XVII a hoy. El problema que ha acuciado la reflexión ha consistido en que la ciencia se ha convertido históricamente en un conjunto de saberes autónomos: La Economía no echó a andar hasta que no se situó al margen de la teología, de la moral, del entorno ecológico o de la estética. Estos ámbitos con racionalidad propia han conducido a una fragmentación de la racionalidad humana, cuyas consecuencias hemos pagado penosamente en tiempos recientes. Ante este espectáculo ha sido lógico que se vuelva a levantar la esperanza de una racionalidad común a todos los saberes. No puede ser la razón científica autónoma, porque, como indica Habermas prosiguiendo la crítica de Horkheimer “La cuestión de por qué determinados procedimientos han de ser reconocidos como científicos necesita de una justificación normativa. Para convertirse en autoridad absoluta, la ciencia ha de ser justificada como principio espiritual; no puede ser deducida de procedimientos empíricos y después, sobre la base dogmática del éxito de la ciencia, ser absolutizada como verdad”<sup>115</sup>.

Esta crítica ha de ser aplicada también a la teoría jurídica dominante. Podríamos imaginar que las relaciones jurídicas están unificadas por un factor unitario, como sería su referencia común a una norma hipotética, o a una regla de reconocimiento, o en general cualquier criterio de validez (¿es posible separar los criterios de validez de los

---

<sup>115</sup> . *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987, vol. I, p. 478.

ámbitos de justificación?), pero esto no deja de ser una ilusión disculpable, porque la pluralidad de relaciones que ha de regular el derecho se extiende igualmente a la pluralidad de jurisdicciones propiamente jurídicas, y la unificación que pudiéramos lograr no dejaría de constituir un constructo simplemente a posteriori e insuficiente<sup>116</sup>. Ni la idea de persona ni la unidad latente en la expresión misma de ordenamiento jurídico logran unificar las relaciones jurídicas<sup>117</sup>. Además, se nos plantearía un problema adicional, y nada desdeñable, si tratáramos de explicar qué queremos decir mediante el término unificación.

169 Ciertamente las éticas al uso insisten en un solo factor, como es la utilidad, y caen bajo el reproche de Aristóteles: “Además, inquirir por medio de la semejanza: en efecto, lo universal es entonces más convincente y pasa más desapercibido”<sup>118</sup>. Porque los discursos de corte unitario, gracias a una cierta semejanza de sus elementos básicos, son efectivamente más convincentes y los núcleos de los problemas pasan más desapercibido. La indeterminación es el arma fuerte de algunos investigadores, que ofrecen rationes discursivas insuficientemente concretas ante las que sólo cabe la aceptación o el rechazo: Y si mal está aceptarlas, mal está también su rechazo<sup>119</sup>, que implicaría rechazar igualmente un principio del entendimiento a veces realmente operativo, lo que tampoco es de razón. La semejanza no crea una universalidad, a menos que contemplemos una misma cosa desde una sola determinación. El Ayuntamiento ha de mantener limpios los lugares públicos, proporcionar seguridad a los ciudadanos, mantener asilos para los ancianos; cabe que nos preguntemos si en estas actividades tan diversas existe una unidad de utilidad esparcida y común a estas

---

<sup>116</sup> . Vid. mi estudio *¿Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?* en “El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto”, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 171-195. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

<sup>117</sup> . La mentalidad que afirma la unidad del ordenamiento jurídico –una mentalidad que parece más nacida de la afectividad que impone no del estudio de los institutos jurídicos– entiende que el orden del derecho ha de ser unitario, al menos tendencialmente, ha de participar del carácter del sistema, y ésta es una base científica que se ha vuelto francamente discutida y beligerante en estos últimos decenios. Parece que, para algunos, la unidad sistemática es un bien en sí mismo, que otorgaría carácter científico a la teoría del derecho o a las teorías sobre la justicia.

<sup>118</sup> . Aristóteles, *Libro de los Tópicos*, trad. de Miguel Candel, Gredos, Madrid, 1994, 156b.

<sup>119</sup> . Aristóteles se refería a este tipo de discursos cuando escribía que “Así pues, si el problema es indeterminado, sólo cabe refutar de una manera, v. gr.: si se dijo que el placer es un bien o no, y no se añadió ninguna otra precisión. En efecto, si se dijo que algún placer es un bien, hay que mostrar universalmente que ninguno lo es”. *Tópicos*, cit., 120a.

actuaciones. No parece. El estilo de pensar que encarnó Bentham depende de la antigua intuición filosófica que entiende que ha de haber un principium unicum que lo explique todo. Pero las formas cómo una paloma, un ser humano, o un pino, tienden a su plenitud son distintas, y lo mismo sucede con los sectores de las vidas de los hombres: De hecho, apreciamos la diversidad en el interior de cada persona, forzada a realizar en su cotidianidad conductas distintas, que tienen fundamentos y alcances diferentes.

Per 170 Las éticas basadas en formalidades sólo reconocen la igualdad como principio normativo. La igualdad no es una exigencia universal e igualmente relevante. Los dictadores de estos sistemas de ética pierden de vista con demasiada facilidad que el isomorfismo es cabalmente la negación de lo humano. En el plano personal, son nuestros desajustes o carencias las que ponen en marcha los procesos vitales, también los intelectuales. La sociedad es posible porque existen situaciones asimétricas. No me refiero solamente al hecho de que un hombre busque en otro lo que él no tiene, o no sabe; me refiero también a que somos distintos en capacidades manuales e intelectuales, en la fuerza de voluntad, en el sentido para la economía, etc. Savigny trató de unificar todas las relaciones humanas por el rasero económico. Pero el dinero no cumple siempre la función de unificar las relaciones humanas de forma que todos quedáramos igualmente nivelados por el único logos económico. Si es humano (y por tanto humanamente deseable) que todos seamos tratados por igual, no es menos humana la necesidad de suplicar o rogar. En el plano personal, el hombre ha de negarse él a sí mismo cuando al optar por algo, desdeña otras opciones. Este esfuerzo y humillación se reproduce igualmente en la sociedad. Una vida sin tensiones o asimetrías, es sencillamente impensable: No porque sea mala, sino porque no es humana.

Hic!

***El derecho no se define por un único rasgo***

Pc 82 Para recuperar la noción de universalidad hay de volver a un sentimiento de lo heterogéneo de las jurisdicciones propiamente jurídicas: Pero esta demanda tropieza con la exclusión inicial que ha de imponer el espíritu de la teoría para ser tal. No podemos prescindir de las teorías –hay también mucha experiencia reflexiva acumulada en ellas-, porque cada una de ellas corporeiza y desarrolla un principio del entendimiento, siempre verdadero y siempre falso por su excesiva unilateralidad. La

única salida es tener en cuenta a la vez todas las posibles explicaciones teóricas. Admitir la posibilidad de diversas teorías no implica ser relativista, al menos no el sentido usual del término<sup>120</sup>. Ya indiqué que las cosas son ‘relativas’ porque pueden ser consideradas desde diversos propósitos. Lo contrario de relativo sería lo absoluto: Y es posible que lo absoluto no sea por lo general tema humano. Entre lo absoluto -que más bien parece una cualidad divina- y entre lo relativo en el sentido vulgar de esta palabra, cabe lo que expone Popper: “Desearía contraponer aquí al relativismo una postura que casi siempre se confunde con él, pero que es radicalmente distinta a ella. He denominado a menudo esta posición como pluralismo, pero ello precisamente ha conducido a esos malentendidos. Por eso quiero caracterizarlo aquí como ‘pluralismo crítico’. Mientras que el relativismo, que procede de una tolerancia laxa, conduce al dominio de la fuerza, el pluralismo crítico puede contribuir a la domesticación de la misma. La idea de ‘verdad’ es de una significación decisiva para la contraposición entre el relativismo y el pluralismo crítico. El relativismo es la postura según la cual se puede aseverar todo, o casi todo, y por tanto nada. Todo es verdad, o nada. La verdad es algo sin significado. El pluralismo crítico es la postura según la cual ‘en interés de la búsqueda de la verdad’, toda teoría -cuantas más teorías mejor- deben admitirse en competencia con otras teorías”<sup>121</sup>.

El pluralismo que propone Popper consiste en eliminar la mayor cantidad posible de restricciones intrametódicas para hacer prevalecer los derechos del objeto estudiado sobre los frenos que provienen desde las rigideces impuestas por los modos de aproximarse a él. Pues hoy sabemos que una doctrina que se ajuste a un método puesto ab initio es una explicación que compone un conjunto doctrinal, fácil de manejar (excepto en los momentos que aportan sus contradicciones) y, sobre todo, fácil de exponer. Sería magnífico que todo profesor, independientemente que explicara derecho o física, pudiera situar limpiamente unos puntos formales de partida, situar un objeto

---

<sup>120</sup> . Tirso de Andrés explica que “Lo que el lenguaje normal llama subjetivismo es más bien un objetivismo u objetualismo. Ese subjetivismo se da en una persona que no ha cultivado su subjetividad, por lo que la tiene escasa o en precario. Por ello resulta atrapado por sus ideas”. *Homo cybersapiens. La inteligencia artificial y la humana*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 125.

Estábamos hablando de relativismo y aludo ahora al subjetivismo. Parece que lo uno es un correlato de lo otro, porque sólo quien crea en los subjetivismos podrá mantener un relativismo. Actitud distinta es la de la persona cultivada que, porque cree en la posibilidad de alcanzar una realidad, propugna no desdeñar ningún método, como propone Popper.

<sup>121</sup> . *Tolerancia y libertad intelectual*, en “Sociedad abierta, universo abierto”, trad. de A. Jiménez Perona, Tecnos, Madrid, 1984, p. 143.

preciso del estudio según esas exigencias ya señaladas, y hacer un desarrollo coherente. ¿Qué sucede entonces con los datos que no pueden ser estudiados por causa de esas restricciones iniciales? En la teoría jurídica se ha mantenido que eso que no puede ser explicado no es derecho, porque el ordenamiento jurídico que contempla como base de su estudio el teórico del derecho, es necesariamente completo: La plenitud del método se ha trasladado y corporeizado en la plenitud del objeto estudiado, y las exigencias que provienen desde un principio de validez metódica han determinado, mediante exclusiones, las posibilidades objetuales de los datos que no se ajustan a la angostura inicial. Mientras el paradigma científico ha sido la física de Newton, este sentimiento que valora la estrechez como síntoma de científicidad, ha sido posible. Cuando la comunidad científica (de los físicos) ha perdido la seguridad newtoniana, porque ha tenido que complementarla con explicaciones incompatibles, las demandas de los objetos que requieren ser estudiados han sido tomadas más en serio, y hoy podemos decir que los estudios físicos dependen ahora en mucho mayor medida de la vertiente objetual de los métodos, que no de las posibilidades formales puestas por cada uno de ellos. Sería difícil afirmar que este recabamiento de los derechos de los objetos nos introduce por un camino descaradamente ontológico: Lo cierto es que eso que estudian los físicos ha de ser examinado desde escorzos formalmente distintos para que podamos entender algo, aunque contradictoriamente, según las premisas formales. El relativismo metódico se ha hecho realidad en la física, no porque de hecho hayan triunfado prejuicios (las antiguas 'ideologías'), sino porque la explicación de lo que está ante la razón humana necesita de una pluralidad de métodos.

Esta pluralidad de métodos que atiende más al equilibrio objetual que nos es ofrecido que no a restricciones formales puestas intrametódicamente, nos hace ver la unilateralidad de los axiomas afirmados terminantemente como puntos de partida de la consideración científica. Pues la cultura jurídica moderna y contemporánea ha oscilado entre la afirmación de las libertades que serían propias de los individuos aislados, y los sociologismos que introdujeron normalmente las filosofías de corte materialista. Si planteamos si el hombre es ante todo libre, o si ante todo está sometido, proponemos una cuestión sin sentido. Si exponemos el tema con esta amplitud, es obvio que nadie puede dudar de que a cada ser humano le pertenece la libertad sobre su persona y sus actos. Pero también es parcialmente cierta alguna tesis divergente, cuando

comprobamos que la persona es el ‘homo in societate implicatus’<sup>122</sup>, porque nadie ha conocido nunca un homo non in societate implicatus y porque toda persona es un ser racional que comparte su ‘scientia cum alio’<sup>123</sup>. Tanto desde el punto de vista de la formación de la personalidad como desde el punto de vista de la acción, nuestras capacidades están frecuentemente condicionadas. Pero como desde el siglo XVII el hombre ha sido considerado como un ser aislado que posteriormente entrará en la sociedad que él o su razón han creado, el nervio más básico de la explicación del derecho ha seguido históricamente el carril de explicar este tránsito desde el hombre aislado al hombre viviendo en sociedad, afirmando unas exigencias antropológicas, que suponen propias del hombre aislado, que determinarían que la sociedad creada actuara con justicia. Los materialismos negaron este tipo de consideración de la realidad humana, y pasaron de forma igualmente gratuita a la consideración del hombre inmerso en la sociedad y determinado por las condiciones por las que había sido constituida esta sociedad. Es posible que estas oscilaciones tan pendulares se hayan debido a la tendencia de estudiar la sociedad y su derecho desde un solo ángulo, dentro de un cuerpo doctrinal más general, de forma que el individualismo sólo veía pretendidos individuos que pactan racionalmente, y el sociologismo únicamente fenómenos necesariamente determinados por las condiciones de la vida social.

Pc 84 Llevados por esta necesidad de unificar los ‘fenómenos’ desde el punto de vista individualista (prescindimos ahora de los sociologismos), fue preciso otorgar un estatuto ontológico al derecho. Vázquez de Menchaca, de la mano de su afirmado y poco coherente nominalismo, lo redujo a los actos de voluntad del gobernante, siempre que estos actos cumplieran ciertos requisitos. Así procedieron autores más tardíos como Pufendorf, Gundling, Hume, o Bentham. Ellos querían encontrar un corpus certum con el que poder trabajar en tono científico. Establecieron teorías diversas sobre la sociabilidad humana, o sobre la justicia, y todas ellas acabaron afirmando al derecho como el conjunto de normas dictadas por el poder. La reflexión alemana acuñó el término *Wollen* para designar el carácter más fundante del derecho, como vemos, ya en el siglo XX, en autores tan dispares como Stammler o Kelsen. Así, el sueño de

---

<sup>122</sup> . François Conan escribía que “Jus hoc gentium est quo homo, plenus rationis et consilii, et jam hominum societate implicatus...”. *Commentariorum Juris Civilis libri X*, cit., L. I, cap. 5, § 2.

<sup>123</sup> . Vid. *Suma teológica*, I, q. 79, art. 13, o *In IV Sententiarum*, L. II, distinctio 24, quaestio 2, art. 4. Desde luego, Tomás se negó a considerar que la conciencia o consciencia era la representación propia del hombre a solas consigo mismo. Vid. *Suma teológica*, I, q. 31, art. 2.

encontrar una realidad arquetípica en la base de toda ciencia, se cumplió en el derecho: El orden jurídico se componía de normas imperativas porque las reglas jurídicas (*Rechtssätzen*) se derivaban desde las normas imperadas, *Rechtsnormen*. No quisieron admitir que estaban unificando todas las síntesis materiales posibles desde el punto de vista de una sola síntesis formal afirmada excluyentemente como la única procedente y científica.

Pc 85 Este tipo de explicaciones, aunque estén hechas en sede de teoría o filosofía del derecho, dejan algo indiferente al jurista, porque no le son útiles. El jurista tiene que argumentar mostrando por qué razones un hecho ha de encajar en el enunciado de una regla del derecho. Normalmente los argumentos no son tan simples, porque los hechos no se dejan regular siempre inequívocamente por una sola regla jurídica. Él no sabe siempre y anticipadamente cuando argumenta de un modo u otro, porque no aprecia en las relaciones jurídicas una única realidad o substrato al que pudiera recurrir uniformemente, de modo que solamente hubiera más—menos según las circunstancias. Porque el poder del padre sobre el hijo tiene una naturaleza distinta del poder del acreedor sobre el deudor, y no es lógico que describamos el poder del acreedor partiendo desde el poder propio de la patria potestad. Toda pretensión jurídica se manifiesta externa y superficialmente como una *facultas, potentia seu dominium*, pero es inadecuado ver siempre y en todo caso en estos ‘poderes’, que dependen de la voluntad personal y colectiva, el sustrato último y suficiente del derecho. Porque junto a las nociones de potencia o dominio, está también —y ocupando igualmente un lugar importante— la de competencia, que designa en mayor medida la vinculación necesaria de una capacidad de actuar a la necesidad concreta que la hace nacer y le da vigor humana y socialmente.

Pc 86 Una vez que hemos partido desde el concepto abstracto de acción como querer determinado imperativamente, no hay modo de discriminar, según tal concepto, lo jurídico de lo no-jurídico. Álvaro d’Ors nos indica, en este contexto, que “La cuestión central y permanente de toda teoría política es la de quien, en cualquier sociedad, debe mandar y quien debe obedecer. Pero, así planteada, la cuestión resulta irresoluble, incluso incomprensible, pues se olvida que el mandar es, a su vez, un modo de obedecer. De hecho, todo poder humano es siempre delegado: Quien manda es, a su vez, un mandado. Sin esta perspectiva, el tema resulta ininteligible”<sup>124</sup>. Pilato le dijo a

---

<sup>124</sup>. *La violencia y el orden*, Dyrsa. Madrid, 1987, p. 47.

Cristo: “¿Tú callas? ¿No sabes que tengo poder para condenarte y poder para soltarte? Cristo le respondió: No tendrías poder si no se te hubiera dado desde lo alto” (Jn. 19, 10-11), y Pilato comprendió inmediatamente lo que Cristo le estaba diciendo<sup>125</sup>.

Pc 87 Heidegger nos mostró que todo preguntar es un buscar, y que la dirección de la respuesta viene desde la dirección de lo buscado: Ésta es la tesis con la que inaugura su *Ser y tiempo*. Toda pregunta supone una intuición previa que la origina, pues nadie se toma el trabajo de preguntar teóricamente si no presiente la respuesta. El Estado, como toda institución humana, es una pregunta permanente en el aire, pero bajo la configuración doctrinal que tiene hoy, no presupone sus respuestas ni muestra la dirección de su pregunta. Solamente sabemos que ante cualquier interrogación, la entidad estatal ha llevado históricamente a la noción unitaria de sujeción, como la condición primera de su racionalidad teórica o doctrinal. El doctrinario coherente desde el punto de vista democrático moderno fue Rousseau: Antes del Estado no existiría inteligencia humana, y ésta solamente comenzaría con la condición igual en el Estado. Lo que cabe cuestionarse es si el hombre consigue esa libertad en el Estado entendido al modo roussoniano. A Rousseau le falló la respuesta, porque el platonismo que está en su base sólo conoce el movimiento -por así decir- de arriba a abajo, deductivamente, y la libertad de los seres humanos habría de ser deducida desde una instancia superior a ellos<sup>126</sup>. Lo grave del caso está en que el sorites deductivo permitía diversas direcciones en sus desarrollos descendentes, y además y sobre todo, es mal camino deducir la libertad de las personas, como si las personas y sus derechos fueran un resultado y no el punto de partida<sup>127</sup>. Sucedió que Rousseau –como buen ilustrado- deseaba construir, y no podía aceptar que lo debía ser el fruto y resultado de su filosofía se le situara como el inicio ineludible de su misma construcción filosófica.

---

<sup>125</sup> . El positivismo o normativismo es el intento de reducir todo posible contenido de las leyes a la literalidad histórica de la voluntad del legislador; pero si hay notas que necesariamente han de unirse a la ley, esto denota que la ley es más que una simple orden o mandato procedente de un legislador histórico.

<sup>126</sup> . Rousseau se movía según el pensamiento típicamente jusnaturalista moderno del antes y el después. Por eso hablaba de un estado de naturaleza y, posteriormente, de un contrato social y de la sociedad generada por ese contrato. Le era ajeno que el hombre pudiera tener derechos simultáneamente antes y después de tal contrato, así como también era extraño a su estilo de pensar que los ciudadanos tuvieran derechos al mismo tiempo personalmente y a través de la sociedad. Prefirió considerar que la universalidad total del género humano abarcaba íntegramente los para él aparentes derechos de los particulares.

<sup>127</sup> . Diversos autores han destacado que la libertad, en Rousseau, consiste en la igualdad ante las leyes. Pero la igualdad no prejuzga el contenido de las leyes.

Pc 88 Rousseau homogeneizó a las personas para extraer desde ellas la única voluntad justa posible. Su empeño se inscribe en los intentos iluministas que querían atrapar al hombre según un único rasgo para deducir desde esa nota omnipresente la naturaleza verdadera de la humanidad: Una sola realidad, y por tanto una sola voluntad. A los ilustrados les resultaba evidente que la aplicación lineal de esa nota elegida por cada uno de ellos, presente en todo momento de la construcción política, era la garantía de la científicidad de su trabajo. La previa homogeneización de los elementos considerados –hombres siempre iguales a sí mismos porque estaban movidos por las mismas pasiones- les liberaba de la carga de considerar personas concretas y cualidades emergentes entre las personas. El método que arranca de Hobbes contemplaba solamente la posibilidad de tener en cuenta una sola faceta de los objetos estudiados, pues del mismo modo que los físicos únicamente tenían en cuenta las cualidades primarias de los cuerpos, el nuevo físico de la sociedad había de destacar unas cualidades exclusivas sobre las que todos debiéramos trabajar<sup>128</sup>.

Pc 89 En el origen de la teoría de los derechos humanos, criaturas modernas y por tanto afectadas igualmente por esta uniformidad de la visión del derecho, está operativa esta única noción de poder, porque estos derechos han sido entendidos como poderes de los individuos que constituyen excepciones al poder general del Estado. Pero así no podemos ofrecer ni siquiera una representación general del derecho, porque la definición del contrato de arrendamiento poco tiene en común con la del testamento, y si salimos del ámbito del derecho civil, vemos que las leyes que crean y regulan a las Universidades poco tienen en común con las normas que tratan de fomentar las exportaciones. Esto es, los derechos de los seres humanos para expresarse, para dejar a sus hijos sus propiedades en herencia, para arrendar sus bienes, parecen excesivamente

---

<sup>128</sup> . Ellos no eran conscientes de que este modo de proceder puede ser útil frecuentemente en la política, y también en el derecho en la medida en que la consideración así de la totalidad social homogénea permite apreciar con más claridad los posibles efectos reales de la decisión adoptada, y de este modo calcular según la prudencia –y sólo prudencialmente- la bondad de lo decidido según el cálculo previsible de sus efectos.

Rousseau unificó todas las formas posibles de las mediaciones humanas. Pero, frente a la actitud que él representa, algunos reconocen cautelosamente que una vertiente humana es la jurídica, y otra distinta es la política; unir las siempre supondría caer en la unilateralidad de un principio del entendimiento, y separarlas siempre nos haría recaer en un error parecido. Ciertamente, todos los seres humanos nos identificamos de alguna manera en nuestra dimensión pública pero, en el interior de la vida pública, vemos que uno es el campo de los derechos y deberes, y otro el de la utilidad social: Porque si el juez condena al gamberro que maltratado a un transeúnte, el juez no hace esto por razones de simple utilidad social.

distintos. Con razón indica Massini que esta homogeneización total no permite distinguir adecuadamente entre un parricidio y la prohibición de pisar el césped<sup>129</sup>. En todo caso, podríamos hablar vagamente de reglas socialmente coactivas que han surgido desde el poder político, etc., pero es dudoso que una definición así arrojará mayor claridad sobre el conocimiento intuitivo. Nuestra cultura ha llevado hacia una extraña entificación del concepto de derecho. Leyendo a Ahrens o Trendelenburg, percibimos que piensan en el derecho como una cosa que puede ser definida globalmente, del mismo modo que puede ser definido un artefacto o descrito un cuerpo físico que está ante nosotros; el concepto del derecho sería así una realidad prácticamente táctil, tangible, y la tentación primera ha sido la de proporcionar un concepto de lo jurídico que, por sí mismo, expulse toda posible injusticia; una tentación en la que han caído personas tan distintas como Ahrens y Habermas, cada cual en su siglo. Inciarte y Serna han insistido en el error de sentar primero una noción del derecho para, después, tratar de aplicarla a la vida corriente<sup>130</sup>.

Pc 90 Locke encaró este problema, y de forma incoherente, afirmó una elipse en el fundamento de la vida jurídica: Un foco era el derecho a disponer de forma igualmente de las propiedades, y el otro foco de la elipse era la necesidad de convivir bajo unas mismas leyes políticas según ‘la ley fundamental de la propiedad’. Rousseau no pudo aceptar este planteamiento: “Lo que no es claro no es francés”, y rechazó la diversidad de puntos de arranque de los razonamientos al uso, los eudemonistas y los de Locke. A su modo, de forma apasionada y desordenada, proclamó la igual libertad de los puntos abstractos que deseaban cosas, y trató de convencernos de cómo la observancia incondicional de la ley de la igualdad, había de hacernos encontrar la verdadera justicia y libertad humana<sup>131</sup>. Locke vinculó el ejercicio del poder a leyes fundamentales. Rousseau entendió que la única ley fundamental era la que se derivaba desde la búsqueda de la igualdad. En Locke había varios tipos de manifestaciones de la

---

<sup>129</sup> . Vid. *Filosofía del derecho...*, cit., p. 71. Notax

<sup>130</sup> . Vid. Inciarte, *Sobre la verdad práctica*, en “El reto del positivismo lógico”, Madrid, Rialp, 1974, p. 183. Serna indica que Bentham y Austin, en su afán por definir el derecho, hubieron de oponerse a la tradición del *Common Law*. Es evidente que ni Austin ni Bentham describían o definían, sino que construían según su idea de científicidad. Serna entiende que estos intentos por definir, o por acotar el método (tal como los hemos percibido especialmente en Kelsen), denotan ante todo complejo de inferioridad ante otras ciencias. Vid. *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en “Persona y Derecho” 37 (1997) p. 297-298.

<sup>131</sup> . Trigeaud reitera que la libertad, según Rousseau, sólo puede consistir en la igualdad ante la ley. Vid. *Humanisme de la liberté...*, cit., p. 51.

vida jurídica, en Rousseau solamente una. La Declaración Universal de 1948 elevó a Locke y hundió a Rousseau, ya que a partir de ella el momento único del poder político como manifestación exclusiva de lo público fue desechado como totalitario<sup>132</sup>: Los redactores de ella no quisieron profundizar en los fundamentos de los derechos individuales que habían establecido; pero, con independencia de sus creencias filosóficas o morales, lo cierto es que ellos admitieron insuficientemente –del mismo modo que Locke- que cada ser humano porta en sí un momento de lo público. Aún no hemos extraído las virtualidades contenidas en los derechos humanos que hemos proclamado.

Pc 91 El carácter defensivo con el que nacieron estos derechos los marcó, y de ahí su índole preferentemente negativa. Pues los autores de la Edad Moderna ya habían actuado también a la defensiva, negando tanto como afirmaban, y como habían de deshacer una sociedad estamental cargada de personas jurídicas, estamentos y officia, nada fue más fácil que elevar a la voluntad del individuo impersonal al origen de cualquier consideración jurídica. Pero lo cierto era que, al partir desde los individuos, éstos o las personas desaparecían total o parcialmente una vez que creaban el poder mediante el contrato social, ya que tras la conclusión de este contrato solamente permanecía la voluntad del poder creado por ellos, y las funciones propiamente jurídicas de las personas eran inexplicables desde este centro único del poder político y jurídico<sup>133</sup>: No andaba descaminado Michel Villey cuando afirmaba que los derechos humanos eran el remedio que los positivistas aportaban para remediar los males que ellos mismos habían originado<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> . Hubo discusiones en la Asamblea Constituyente francesa de 1789 a propósito de la Declaración de derechos: Dado el prestigio de Rousseau, los jacobinos entendían que el nuevo poder único, por el hecho de funcionar como la voluntad de todos, no podía cometer injusticias. Se opuso el sector moderado, que consiguió que la Asamblea redactara la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

<sup>133</sup> . En este momento se muestran más claramente las insuficiencias de querer combinar una síntesis determinada a priori, como la roussoniana, con los derechos de las personas, pues si postulamos un monopolio inicial de lo público que se fundamenta en definitiva en la insuficiencia moral de las personas o individuos, ya no será posible reconocer el derecho a la publicidad de todos los seres humanos, por mucho que se insista en que lo público es patrimonio de todos, o que es igual para todos, etc.

<sup>134</sup> . El individualismo de los nuevos derechos se pagó con la visión penalista del derecho, con toda la negatividad y limitaciones propias de esta rama del derecho. Los kantianos que afirmaron aquellas esferas de libertad, cargadas con una libertad puramente formal, negativa y vacía, actuaron coherentemente, pero no correctamente.

Pc 92 John Henry Merryman nos dice sobre este tema, no sin cierta crispación, que las definiciones y las categorías se constituyen científicamente derivables de la realidad jurídica objetiva. Una vez descubiertas y refinadas con espíritu científico, estas definiciones y categorías se incluyen en la reconstrucción sistemática del derecho. Así se funde lo descriptivo con lo prescriptivo. La importancia que los juristas otorgan al sistema, a la abstracción, al formalismo y a la pureza robustece el efecto, aparentemente normativo, de las distinciones y definiciones de la ciencia jurídica. Las definiciones y categorías pasan a formar parte de la estructura legal sistemática que utilizan los investigadores y se incorporan así al derecho. Su utilidad metodológica se considera incidental para su validez esencial. Esta carga ideológica a que alude Merryman queda desvelada pocas páginas más adelante: “Los únicos actores eran el individuo privado y el Estado, cada uno con su campo propio; el derecho privado para el uno y el derecho público para el otro. En la investigación jurídica del siglo XIX se aceptó esta ideología, a veces quizá sin igual restricción. En efecto, gran parte del esfuerzo de la ciencia jurídica se destinó a la elaboración de teorías que materializaban, pero no expresaban directamente, lo esencial de lo que suele llamarse el liberalismo del siglo XIX. Uno de los logros principales de los pandectistas alemanes fue la elevación de esta ideología a un nivel muy sistemático y abstracto en nombre de la ciencia jurídica: Lo hicieron tan bien que estas actitudes esencialmente decimonónicas se han preservado en gran parte de la investigación jurídica europea del siglo XX”.

Hic!

### *Los movimientos de cada ser*

Per 87 En los temas del hombre no podemos hablar del movimiento en general, es decir, del protomovimiento o inercia de Descartes que animaría al mundo, siempre en el mismo color. Este concepto unitario del movimiento fue discutido (en tanto que unitario) en la Antigüedad. Platón se inclinaba por un Cosmos ordenado de acuerdo con un plan único, siempre de arriba abajo; pero Aristóteles sólo reconocía seres concretos

---

Todo derecho se dirige a las personas, y sus titulares son personas, pero si un individuo tiene derecho a expresarse libremente, ha de tener derecho a crear o a participar libremente en empresas colectivas desde las que pueda expresarse eficazmente; además, las asociaciones libres de los ciudadanos (no forzadas, como lo es la asociación política) no extraen su licitud únicamente de la necesidad de la eficacia en las reclamaciones sociales. Los individuos quedan indefensos frecuentemente al margen de las cosas.

que devienen ellos según sus propias naturalezas; la explicación de Aristóteles no pretendía por lo general ser una teoría de la naturaleza en su conjunto, sino una teoría de las naturalezas de las cosas determinadas. Su discípulo, Tomás de Aquino, distinguía cuidadosamente la forma -que es aquello por lo que un pino engendra otro pino- de la natura: Ésta era el principio interno animador de cada viviente<sup>135</sup>. El deseo de cada ser que tiende a su plenitud constituye el núcleo de esta concepción de la vida<sup>136</sup>. La variedad de las formas del deseo (las naturalezas, según Aquino), hace de la naturaleza un concepto marcadamente plural<sup>137</sup>.

Per 88 Si el derecho nos regulara desde un solo punto de nuestra humanidad, como si los seres humanos siguiéramos únicamente un solo movimiento o nuestra vida respondiera a un solo interrogante, estas líneas estarían de sobra. Pero las regulaciones prácticas parecen, más bien, que nos atrapan en cada caso desde puntos de vista que pueden llegar a ser bastante distintos<sup>138</sup>. Frente a esta intuición se alzan las filosofías del lenguaje sobre las que Apel, Habermas, y en cierto modo Rawls han montado sus explicaciones, que sirven inmejorablemente en esta tarea de uniformación de las realidades humanas: Como el lenguaje lo expresaría todo, ya quedamos atrapados uniformemente sin necesidad de más razones que aludir a la misma coherencia lingüística. Una vez que el filósofo elimina los significados del lenguaje para retener

---

<sup>135</sup> .”Respondeo dicendum, quod, sicut Boetius dicit in libro de duabus naturis, et Phil. in 5. Metaph. natura dicitur multipliciter. Quandoque enim dicitur principium intrinsecum in rebus mobilius. Et talis natura est vel materia, vel forma materialis”. *Suma teológica*, I-II, q. 10, art. 1.

<sup>136</sup> . Popper escribe que: “La situación es la siguiente: la teoría precede a la observación. La teoría puede en verdad ser influida por medio de observaciones. Tomemos como ejemplo un niño recién nacido: espera ser protegido, cuidado y alimentado. Naturalmente, no quiero decir que lo espere conscientemente, pero el organismo está enfocado a ello, el organismo lo espera, y esta esperanza del organismo, esto es, la esperanza inconsciente o no formulada, precede sin lugar a dudas a la esperanza consciente y formulada lingüísticamente. Y las esperanzas se corresponden con el ámbito de las teorías, hipótesis, prognosis, formuladas lingüísticamente. Esto significa, con otras palabras, que la función biológica de una esperanza se corresponde casi exactamente con la función biológica de una teoría. Naturalmente, una teoría tiene también otras funciones”. *Sociedad abierta, universo abierto*, trad. S. Mas, Tecnos, Madrid, 1984, p. 32.

<sup>137</sup> . Para algunas de estas explicaciones, vid. Francesco Viola, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, trad. de V. Bellver, Comares, Granada, 1998, pp.81-86.

<sup>138</sup> . Los alumnos de nuestras Facultades, formados en la mentalidad descrita, no entienden que el juicio del profesor puede recaer sobre distintos ítems de su conocimiento. Por lo general, tienden a reducir todos los problemas de la marcha del curso a su buena voluntad, y si realmente han estudiado pero no llegan a entender o a expresar lo que les exige el profesor, su actitud es de irritación, como de quien está sufriendo una injusticia.

solamente su sentido, la empresa queda completada. El poder político se volvería sobre el lenguaje para racionalizar nuestras mediaciones, sin más límites que los derechos humanos, a los que llaman universales implícitos en el habla. Entonces resulta que un derecho individual aparece como un vacuum universalmente presente en toda manifestación lingüística, y los puntos de vista distintos no encuentran explicación suficiente y justificada en la hermenéutica al uso, que ha de hacer juegos complicados con diversas interpretaciones de derechos humanos para dar cuenta de los enrevesamientos de la cotidianidad<sup>139</sup>.

Per 89 No podemos hacer arrancar la totalidad de las regulaciones de las relaciones humanas desde un rasgo universal a toda manifestación de las personalidades, como sería el afán por vivir la libertad individual, o el de ingresar dinero, o el del respeto a los intereses de cada cual. Estos denominadores comunes son tan ciertos en principio como las pretensiones que divergen de ellos, y no denunciamos tanto un error como una insuficiencia, porque si procedemos de este modo podemos preguntar qué derecho puede alegar una teoría -necesariamente unilateral- para normar los respetos de nuestra vida<sup>140</sup>. Lo procedente sería preguntarse por los ángulos de acometida que el derecho dirige a las relaciones humanas, pero no en términos universales, sino buscando el 'quid' presente en cada caso, pues toda regla jurídica es un caso práctico ya resuelto. Ese algo que buscamos es distinto según cada causa y regla jurídica. Además, en un segundo momento hay que buscar ad casum esa adaequatio hermeneutica que viene exigida por la incidencia de la regla general en cada relación singular: Pues una vez que tanteamos la regla a aplicar porque estamos determinando la naturaleza jurídica del caso, será preciso fijar la naturaleza y relevancia de los otros factores que cuentan en la determinación de esa regla a ese problema tal

---

<sup>139</sup> . Esta uniformidad del lenguaje, que se niega a reconocer cualquier actitud metafísica u ontológica, es que primer requisito para hacer posible una autopoiesis del género humano. De su mano, el legislador racional aparece omnipotente, porque opera sobre una llanura uniforme que sería 'la conducta humana', siempre igual a sí misma. Considerando así el problema no es extraño que Serna indique que los derechos humanos plantean más problemas que resuelven. *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, cit., p. 151.

<sup>140</sup> . Es lógico que nos preguntemos por el derecho que tiene una teoría así para normar nuestras vidas, ya que, para decirlo con Husserl, "Preguntamos: ¿quién es, en definitiva, ese yo que puede proponer con justicia semejantes cuestiones 'trascendentales'? ¿Puedo serlo yo en cuanto ser humano natural? ¿Puedo yo preguntar en serio, y en sentido trascendental, cómo salgo de la isla de mi conciencia, cómo puede ganar significación objetiva lo que se presenta como vivencia de evidencia en mi conciencia?". *Meditaciones cartesianas*, trad. de J. Gaos y M. García-Baro, FCE, México, 1996, § 41, p. 140

como lo estamos configurando. Esto se hace rara vez de forma explícita, porque el trabajo del jurista suele ser ante todo intuitivo.

Per 90 Esta variedad de las formas de los movimientos y tendencias se nos oculta habitualmente en las definiciones y descripciones omnicomprendivas del derecho. Frente a ellas, tenemos el derecho de preguntarnos para qué sirven –y por tanto de donde provienen- los poderes del padre sobre sus hijos, del capitán sobre su barco, el del policía sobre los ciudadanos, y si no lo hiciéramos abdicaríamos de nuestra condición racional. No es un problema de considerar residuos jusnaturalistas o metafísicos, sino de fidelidad al derecho que existe y que usamos cotidianamente, que hemos de explicar según categorías racionales, no fingidas o postuladas por falta de base teórica suficiente. Hay una justicia ya dada, normalmente pre-reflexiva –tema en el que insistió MacIntyre hablando de los conceptos normativos- que antecede a la reflexión propiamente académica: Porque cada poder moral y jurídico no puede ser sino la función de una necesidad concreta, y si un poder no sirve a la resolución de la necesidad humana para la que fue creado, entonces la razón manda que se lo considere prepotencia.

Todo poder jurídico, precisamente por responder a una necesidad distinta, posee una naturaleza igualmente diferente. Cuando un poder pensado para la satisfacción de una necesidad es usado para satisfacer otro problema, además de desorden hay prepotencia. Los iniciadores de las éticas dialógicas quisieron combatir los peligros de la prepotencia, e hicieron reposar el fundamento de la justicia sobre el consentimiento de los afectados. Esto puede ser verdad en amplios sectores de la vida humana, pero el consentimiento no puede ser erigido siempre en la manifestación arquetípica del derecho. En la vida jurídica no existe por lo general la categoría del poder en general: Podemos hablar de poder en general para referirnos al derecho que alguien tiene sobre una cosa de su propiedad, y este derecho –por constituir un puro derecho subjetivo- es alienable y de ejercicio discrecional. Pero el resto de los derechos que no se manifiestan prima facie como derechos subjetivos, existen por su carácter de respuesta a una insatisfacción concreta. Podemos estar tentados a hablar de la justicia en general –que generaría un poder similar- a la vista de lo que es la prepotencia: La injusticia es siempre igual a sí misma, porque igual injusticia supone desconocer un derecho como otro; no habrá más diferencias que las marcadas por la cantidad. Pero desde la universalidad de la noción de injusticia no podemos extraer correlativamente la

universalidad de la justicia o de los poderes en el derecho. Hacer esto supondría caer en un sofisma, y es cuestión de que los expertos en lógica o dialéctica nos aclaren qué tipo de fallo se está cometiendo.

Per 91 Dilthey indica que se requiere un constante ejercicio para ser capaz de representarse como contenidos parciales y simultáneos de la realidad, y no como abstracciones, esos nexos de interacción que se imbrican e interfieren unos a otros y se cruzan en los individuos, que son sus portadores. Efectivamente, en cada uno de nosotros hay diversas personas: El miembro de una familia, el ciudadano, el profesional, el ser libre que trata de trazarse un plan de vida según su inteligencia de las realidades. Explica Dilthey que cada ser humano se encuentra en el orden jurídico, en un nexo teleológico y múltiple de la vida que busca su satisfacción: Sólo mediante la autorreflexión, el autoconomiento, hallamos en nosotros la unidad y continuidad de la vida que soporta y mantiene esas relaciones diversas. También la vida de la sociedad humana reside en la producción y configuración, en la particularización y el enlace de esos hechos permanentes, sin que ni ella ni alguno de los individuos que colaboran en su sostenimiento tenga por ello conciencia de su conexión recíproca. Quizá una de las razones últimas de este hecho al que alude Dilthey se encuentre en que el error de construir teorías sociológicas y teorías del derecho que consideran la exposición de lo singular como materia bruta para sus abstracciones. Esta superstición -como llama Dilthey a este tipo de intentos-, somete el trabajo del filósofo y del jurista a un proceso misterioso “para transformar alquímicamente la materia de lo singular que en ellos se encuentra en el oro puro de la abstracción”, y obligar así a la sociedad humana a revelar su contenido más profundo o formal, es tan aventurada como lo fue en su momento el deseo del antiguo filósofo natural que soñaba con arrancar a la naturaleza sus claves secretas. “Y tan erróneo como esa superstición es el método que usualmente va asociado a ella”. Este método pretende unificar lo múltiple en las visiones que los juristas y politólogos han formado. Pero el investigador que tiene como objeto el mundo histórico ha de hallarse en relación directa con los datos inmediatos de la historia y dominar todos sus métodos; ha de someterse a la misma ley de trabajo duro que el material que estudia.

Hic!

*(Buscamos lo ya nuestro)*

Per 92 Un modo viable de plantear este problema sería preguntarnos desde qué puntos de vista nos atrapa el poder político. Pues la adscripción a un partido político no suele depender mayoritariamente de simples conveniencias ocasionales como de convencimientos personales de naturaleza moral, jurídica o religiosa; y estos convencimientos arrastran consigo una visión de la teoría y filosofía del derecho y una ética general, esto es, una determinada concepción de la sociedad y de sus poderes, de modo que el partido político concreto al que cada cual vota suele aparecer en cada vida como una excrescencia ocasional –y no siempre satisfactoria- de razones más profundas. Ganaremos honestidad si extendemos lo público más allá de lo estrictamente político, tal como esta esfera de la vida es entendida hoy.

Per 93 Éste es un tema que trataré más extensamente en la última parte de este ensayo. Ahora sólo quiero hacer notar que, desde el cambio de mentalidad propio de 1789, ‘lo público’ se limita al juego de los partidos, con su inevitable acompañamiento administrativo, por lo la esfera pública ha sido autonomizada y diferenciada frente a sus ciudadanos. El Estado revolucionario trató de presentarse a sí mismo como la sola instancia que podía aglutinar las esperanzas y esfuerzos de los ciudadanos. Pero este planteamiento de la vida pública es sencillamente irreal: El fracaso de los regímenes totalitarios no ha sido solamente el fracaso técnico de la gestión única y centralizada: Ha mostrado ante todo la inviabilidad del Estado como motor o gestor de las fuerzas vitales de sus hombres. De hecho, las instancias políticas tienen muy poca vitalidad: Cualquiera que ayude a una organización no estatal, sabe que está haciendo lo que no haría por la Hacienda pública.

Per 94 El amor es el principio o fundamento de todos los demás movimientos – “amor est principium omnium affectionum”-, y los escolásticos distinguían entre el *amor concupiscentiae* y el *amor amicitiae*: una distinción que es usualmente mal entendida: porque el *amor concupiscentiae* consiste en amar a otro directamente, y el *amor amicitiae* en amar las cosas que son buenas para el otro<sup>141</sup>. Si amamos a los otros amando aquellas cosas que son buenas para ellos, entonces renunciaremos a esa filosofía de la identidad que reiteradamente denunciaba Adorno, que consiste en creer que una cosa es ‘nuestra’ cuando nos la apropiamos, disolviendo sus diferencias con nosotros: no podemos hacer en la actitud de aquel que creía que *Solos esse colendos*

---

<sup>141</sup> . Vid., por ejemplo, Tomás de Aquino, *In Librum Beati Dionysii de divinis nominibus Expositio*, Marietti, Torino-Roma, 1950, § 454.

*deos quos ipse colebat*. Lo que implica que el amor ha de dilatarse más ampliamente de lo que han propuesto los propugnadores de la *philautia* o *selfish*, o de la hermenéutica como Gadamer, como noción central del pensamiento ético: el reconocimiento de la pluralidad de los bienes, renunciando a la apropiación individual, implica que el egoísta es una persona que no tanto busca su propio bien como no sabe reconocer donde está su bien: Pues la virtud, o es compartida, o no es en absoluto virtud<sup>142</sup>. En este contexto hay que entender la relación entre poder político e iglesias, pues ambas son comunidades donde los hombres reunidos buscan ‘el’ bien humano y no sólo, como el Estado piensa de sí mismo, proporcionan el terreno donde cada individuo busque su propio bien privado. Es fácil respetar a una persona, pero es notablemente más difícil respetar las instituciones en las que se insertan los otros: La práctica cotidiana nos hace ver que es notablemente más fácil practicar el *amor concupiscentiae* que no el *amor amicitiae*. Es cierto que las instituciones están típicamente comprometidas en los bienes externos, como son el dinero y la necesidad de jerarquía: pero ninguna práctica humana puede sobrevivir sin instituciones. A su vez, las virtudes personales hacen soportables las instituciones, pues indica MacIntyre que “En este contexto, la función social de las virtudes está clara. Sin ellas ... las prácticas no podrían resistir al poder corruptor de las instituciones”.

Per 95 Para la realización efectiva de los bienes se precisan modos de integración que en modo alguno los proporciona la presencia de la sola autoridad pública: Los individualismos políticos pierden de vista esta exigencia. Indica Cruz que para adquirir una identidad personal es necesario un previo proceso de socialización, de integración en una comunidad, donde es posible la acción de reconocimiento en la que se basa toda identidad. Al hablar de comunidad no me refiero ahora a la sociedad general, sino a todos los tipos de integraciones humanas, como son los constituidas por los matrimonios, los notarios de la ciudad o el cuerpo local de bomberos: si una persona no se integra en sus ámbitos sociales, será difícil que llegue a ser un buen marido o un buen notario. A la mentalidad que a veces expone Berlin le sucede lo mismo que al pensamiento kantiano: que no está en condiciones de explicar las diversas manifestaciones reales y concretas de la cooperación social: Porque la sociedad es más que el ámbito simplemente defensivo de las garantías individuales. El problema inquietante para este tipo de individualismo no es el de explicar el por qué de la labor

---

<sup>142</sup> . MacIntyre, *Tras la virtud*, cit., p. 281.

pública asistencial –éste es ahora un tema algo secundario- sino reconocer que sin una previa formación moral en las exigencias sociales concretas, lo lógico es que el funcionario trabaje poco, o que use sus influencias para fines privados. Fuller destacaba esta corrupción cuando centramos la atención en los orígenes formales de una actividad en lugar de prestar atención a la actividad moral y humana que la sostiene<sup>143</sup>. La internalización subjetiva de la vida pública como conjunto atomizado de estructuras simplemente instrumentales al servicio de cada individuo lleva a este sentimiento corrompido de lo público, que más parece con frecuencia el campo de batalla para el pillaje que no la garantía común y compartida de una vida mejor. Al llegar a este punto, el discurso político que existe de hecho, se ve roto: De un lado es preciso recordar periódicamente a los ciudadanos, legitimidades democráticas, o hacer alusiones enérgicas –como hace Rawls- a las actitudes verdaderamente cívicas en el marco de una sociedad cooperativa y democrática; pero del otro lado, el cinismo se extiende, y la administración pública actual trata de suplir sus carencias aumentando los impuestos y creando más puestos de funcionarios. Incurren ampliamente en lo que Whitehead llamaba “El Modo de la Ceguera”<sup>144</sup>.

Per 96 En este tema siguen siendo especialmente actuales los autores neoaristotélicos. La polis de hoy ya no es la del siglo IV a. C., pero los hábitos de pensar y sentir siguen siendo los mismos, al menos en su estructura más básica. Preguntaba antes que por qué razones el funcionario ha de cumplir su trabajo tal como la legislación –no la gente normal- espera de él. Cruz responde que “Sólo una concepción sustantiva del razonamiento práctico, es decir, una concepción que juzgue la misma validez del procedimiento en función del tipo de decisiones que podemos alcanzar a través de él, es decir, de la idoneidad de esas personas para actualizar nuestra concepción del bien...”. Desde el siglo XVII a hoy hemos insistido tanto en el nominalismo que ha llevado a la exaltación de las normas (de modo que éstas se

---

<sup>143</sup> . *La moral del derecho*, cit., p. 144.

<sup>144</sup> . “El Modo de la Ceguera significa reincidencia. Esta reincidencia elimina aquellos destellos de deseo nuevo que han constituido los medios de ascenso a la fase existente de vida compleja. Estos destellos son, en realidad, parte de la fase misma. Son el elemento de vívida innovación del goce. Pero el camino de ascenso queda ahora descartado. Son excluidas las innovaciones y su razonado énfasis. La complejidad alcanzada se vive a un nivel de operaciones inferior al de aquellas que llevaron a su obtención. El rumbo ascendente se pierde. Se produce una estabilización en algún nivel más bajo o un retroceso progresivo. El órgano de la vivacidad, que es también el órgano de la innovación y el órgano de la fatiga, ha quedado atrofiado”. Vid. *La función de la razón*, trad. de L. González Pazos, Tecnos, Madrid, 1985, p. 57.

aplicarían a las acciones de los hombres mediante una simple imputatio), que entendemos que la conducta genuinamente moral sería la de aquel que adecua su actuación a las normas válidas. Pero este criterio de la actuación pública, centrado en la validez, se resiente de su excesivo formalismo, y la conciencia colectiva vuelve a buscar esa dimensión sustantiva del razonamiento público que sirva para actualizar su concepción del bien. La acción política y legislativa genera moral pública continuamente, y para que esta moral sea creíble es preciso que cada institución esté hecha desde el interior de la necesidad que le da su origen. No cabe sentar ante todo una sociedad pretendidamente permisiva para exigir a continuación que cada cual cumpla con su deber: La representación kantiana de las ‘esferas de libertad’ es bella por evocadora: Su gran defecto radica en que no se acomoda a lo que somos los seres humanos, porque si se nos educa en la realización personal de fines supuestamente personales, es difícil que una persona logre trascender su individualidad para integrar su conducta en una cooperación teleológica de distinta naturaleza según cada caso.

Per 97 Whitehead hablaba de la “falacia de la concreción desplazada” (*fallacy of misplaced concreteness*), y podríamos decir algo parecido, parafraseándolo: Que, más allá de los derechos que nos correspondan sobre las cosas que quedan a nuestro arbitrio, la existencia bien real de este tipo de derechos no anula la evidencia de que convivimos con diversas instituciones cuya finalidad y legalidad no depende de nosotros. Que la noción de libertad o interés individual que lleva a la instrumentalización del orden jurídico al servicio de nuestro arbitrio, no es la única manifestación primera y fundante de la dignidad o de la libertad: Si pensáramos que ante todo somos libres, en el sentido vulgar de la expresión, estaríamos afirmando esto con el mismo derecho con que podríamos afirmar lo contrario, y en ambos casos estamos desplazando a la libertad de lo que son sus ámbitos propios: Estaríamos ante la falacia de la libertad desplazada. Un buen criterio para abordar el estudio de este tipo de problemas es el que apunta Berlin: “El pluralismo, con el grado de libertad ‘negativa’ que lleva consigo, me parece un ideal más verdadero y más humano que los fines de aquellos que buscan en las grandes estructuras autoritarias y disciplinadas el ideal del autodomínio ‘positivo’ de las clases sociales, de los pueblos o de toda la humanidad. Es más verdadero porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros. Suponer que todos los valores pueden ponerse en los diferentes grados de una sola escala, de manera que no

haga falta más que mirar a ésta para determinar cual es el superior, me parece que es falsificar el conocimiento que tenemos de que los hombres son agentes libres, y representar las decisiones morales como operaciones que, en principio, pudieran realizar las reglas de cálculo”<sup>145</sup>.

per 99 En estas explicaciones late un tema pendiente, que es el de aludir a como la finitud de las determinaciones puede llegar a comprometer al absoluto que es cada ser humano. Aristóteles y Tomás de Aquino vieron un ser inacabado que va tras lo que ya es, por lo que los condicionamientos que nos acarrea lo que es nuestro no son nada extraño a los condicionantes que presenta toda forma de propiedad. Hegel –siempre opuesto a lo que él llamaba la filosofía de las sustancias- quiso ver la mano divina tras la historia. Kant logró explicar poco, y se limitó a mostrar platónicamente el acomodamiento necesario del arbitrio individual a lo que es, pues separarse de lo que existe no es más –según él- que muestra de impotencia<sup>146</sup>. Como el investigador no cree en ese espíritu absoluto que se determina en la historia, y como es algo reactivo ante las actitudes platónicas que quieren presentarnos exigencias, -a veces simples reglas de la moral dominante-, como realidades racionales inmutables, prefiere proseguir la intuición aristotélica y tomista.

per 100 El hombre tiene representaciones de sí mismo, de su lugar en el mundo, y de los demás: Pensar un hombre solitario es un absurdo. MacIntyre insistió en la importancia de nuestra situación social, y destacó que un hombre que la perdiera de vista, sería una persona que ha perdido su propia identidad. Junto a estas representaciones de las situaciones, poseemos también una vivencia de nuestra autoidentidad: Los psiquiatras destacan que una persona que no se conoce a sí misma,

---

<sup>145</sup> . *Dos nociones históricas de libertad*, en “Philosophica” (Valparaíso, Chile) 27 (2004). p. 242. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

<sup>146</sup> . Kant llega a decir en su lenguaje abstruso (al que debe buena parte de su fama) que “Podemos notar que el hombre en su cualidad de ser visible, aun cuando ciertamente da pruebas de una facultad de escoger, no sólo conforme, sino contra la ley, no puede, sin embargo, ser considerado como libre con una libertad que pueda definirse como la de un ser inteligible. En efecto, los fenómenos no pueden hacer comprensible un objeto hiperfísico (tal como el libre arbitrio), y la libertad nunca puede consistir en que el ser racional pueda adoptar una decisión contraria a la razón (legislativa) ... Porque una cosa es reconocer una proposición (de experiencia), y otra cosa es erigirla en principio de definición (de la noción de libre arbitrio) y en carácter general (que distingue al arbitrio humano del *arbitrium brutum seu servum*)... La libertad, respecto de la legislación interior de la razón no es propiamente más que una facultad; la facultad de separarse de esta legislación interior de la razón no es más que impotencia”. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, no consta traductor, UNAM, México, 1978, p. 28.

es un hombre necesariamente deficiente. Esa conciencia de la propia identidad es ligera, y quizá por este hecho se altera con cierta facilidad: Quien haya observado las evoluciones personales de algunos de sus conocidos, habrá de asentir a esta afirmación. Spaemann destaca que la razón más seria para hablar de autoidentidad está en el carácter de representación de toda persona humana, pues desde un ángulo cristiano, todo hombre representa un destino que él ha de alcanzar. Por este motivo existe la libertad de conciencia, porque “La relación con este finis ultimus sólo puede ser la de la imagen, la de la representación. Pero en tanto que representación de lo absoluto, cada individuo es un fin en sí mismo y su dignidad completamente independiente de toda ‘función’. Esa dignidad se fundamenta en el carácter personal del hombre. Pero la independencia de la persona depende de que a ningún hombre le corresponde juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad”.

per 101 Naturalmente, no aspiro a explicar este problema, sino sólo a aludir –si es que ello es posible- a cómo las exigencias que se le puedan lanzar a un hombre desde alguna determinación no implican necesariamente un funcionalismo que sitúa a un absoluto al servicio de una simple concreción. Ciertamente, el hombre quedó mediatizado en la extraña filosofía de Marx, porque la generación presente habría de sacrificarse en función de una nueva etapa histórica en la que el género humano se reencontraría consigo mismo porque acabaría con sus alienaciones. Pero para un creyente, el hombre no existe en función de Dios, porque Dios ya existe acabadamente: Dios no es realizado por el hombre. Los seres naturales, como las piedras o las moscas, sí existen en función de otras cosas, y Tomás de Aquino explicaba que estos seres, por el simple hecho de llegar a ser lo que son naturalmente, ya concuerdan con el propósito divino. Pero el hombre se encuentra en otra situación, y una de sus verdades fundamentales es la que expresaba San Juan de la Cruz: “Yéndome yo, Dios mío, por doquiera contigo, por doquiera me irá como yo quiero para ti”.

per 102 He hablado de las *Gestalten* que median en la vida humana. Estas cualidades de la vida devendrían verdaderas mediatizaciones instrumentalizadoras –sin llegar a ser vividas como mediaciones posibilitantes- si determinaran que el hombre ha de ponerse al servicio de lograr algo, alguna realidad o conjunto de realidades que pudieran ser consideradas artificialmente su verdadera naturaleza. Vivimos, y la trascendencia no será alcanzada ni por una autoafirmación que insista en la infinitud del individuo, ni tampoco por la buena conciencia de haber cumplido una función concreta.

Los actos de vivir, en plural, determinan que el padre se deba a su esposa e hijos, y el investigador a su trabajo; y los actos vitales del que está comprometido en su cotidianidad no son nada distinto de su vivir. Los actos de la vida implican determinación, y la determinación conlleva compromiso. Ciertamente, hay quienes quieren vivir una cierta –y en realidad sólo cierta- indeterminación, pero en esas personas destacan más sus carencias (esta comprobación es cuestión de experiencia, no de aplicación de principios) que no su plenitud: Una mirada a los factores realmente determinantes nos muestra lo que denunciaba páginas arriba, que unas determinaciones han sido sustituidas por otras, no siempre de mejor calidad. Quizá la realidad básica de este discurso sea la del compromiso personal, en el que la persona asume sus determinaciones como cosa propia<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> . Spaemann apostilla: “Para un ser que reflexiona, la motivación para el cumplimiento de funciones individuales no obedece, generalmente, al instinto, sino a imperativos conscientes”. *Lo natural y lo racional*, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989, p. 68.

Hic!

***(La congruencia en lo público)***

Per 103 La proporción es un problema universal que, tarde o temprano, ha de abordar toda ciencia para explicitarse ella a sí misma su propio estatuto científico. El problema se nos sitúa ante todo en lo que podemos llamar imprecisamente el factor de congruencia: Pues si una realidad puede ser medida, ello es posible porque hay una adecuación no enteramente arbitraria entre la medida usada y aquella realidad que se deja medir. La medición es un acto que implica ya la posibilidad de medir, esto es, la adecuación entre el instrumento para medir y el objeto que ha de ser medido. Esta afirmación es algo más fuerte, porque la congruencia deriva ante todo del hecho de que aquello que ha de ser medido y la medida misma, no pueden ser realidades distintas: Esto es, que si una conducta humana se deja medir, ello sucede porque ella está en cierto modo medida ya por sí misma<sup>148</sup>.

Per 104 El acto de medir es complejo, y todos tenemos quizá ante la mente la conducta elemental que realiza el artesano cuando calcula las dimensiones de la cosa con la que trabaja. Pero también la experiencia más elemental sobre las mediciones se ve complicada en la ciencia natural. Pues los geómetras saben que la geometría métrica (la que trata de puntos, líneas rectas y planos) ha de ser apuntalada mediante una teoría sobre tales puntos, líneas, planos y orden de los puntos en el plano: Esto es, toda geometría métrica presupone la validez de una geometría no-métrica que la justifique. Así, el teórico de esta geometría anterior y auxiliar dicta las condiciones que ha de cumplir la geometría para que pueda ser considerada válida, y el momento de la pluralidad llega cuando el investigador comprueba que existen diversas geometrías no-métricas que pueden cumplir esta función validadora de la experiencia geométrica más elemental. Lo grave es que no existen criterios universalmente válidos para preferir una alternativa a las otras. Donde se nos muestra una vez más la profunda razón de Gödel cuando explicaba que todo sistema argumentativo suficientemente completo ha de

---

<sup>148</sup> . El antiguo *jus necessitatis* expresa este surgimiento de la medida desde aquello que ha de ser medido. La mentalidad que llega al siglo XVIII había entendido que el derecho de propiedad había sido ‘introducido’ por el derecho de gentes para utilidad de todos. En caso de hambre, cada ser humano podía tomar aquello que necesitara para subsistir. Al tratarse de un verdadero derecho, los que habían detraído alimentos, al llegar a mejor estado, no estaban obligados a restituir. La mentalidad moderna, que veía el derecho de propiedad como una cualidad personal, no podía admitir esta doctrina: así, Kant dedicó las primeras de su “Crítica de la razón práctica” a rebatir la existencia de este derecho.

contener axiomas que no pueden venir expresados en tal sistema. Los físicos llaman a estos axiomas inexpressables axiomas de limitación.

Per 105 Esta existencia de alternativas igualmente eficaces, lleva al investigador hacia un cierto relativismo científico. En el plano de las ciencias humanas que tratan de la convivencia política, podemos atender a diversos criterios validadores: A los intereses de los gobernantes, a los de los gobernados, a la dignidad y utilidad de las personas, a principios morales básicos, al fortalecimiento de la nación, etc. ¿Podemos elegir según razones estrictamente intrametódicas, este segundo contexto de representación? Si partimos del hecho ya incuestionado de que hay diversos contextos alternativos, evidentemente no. Pero esta comprobación no implica seguir un relativismo simple, porque el relativismo aparente inicialmente, se ve constreñido por nuestras exigencias propiamente humanas que nos fuerzan a aceptar arbitrariamente (es la terminología de Whitehead) un contexto de representación determinado. Algunos investigadores, como fueron los metafísicos españoles que hicieron andar la metafísica moderna, intentaron esquivar estos problemas asentando un juicio inmediato de autoidentidad de cada cosa consigo misma, y por tanto de autocongruencia, y Kant les siguió por este camino. Así, adulterar sería una conducta siempre e incondicionalmente mala, y ayudar al que está en extrema necesidad es siempre e incondicionalmente buena, *manente natura rationale* tal como ahora es<sup>149</sup>, es decir, mientras no cambie nuestra constitución racional.

Per 106 Si no tenemos una fe absoluta en estas afirmaciones aparentemente metafísicas, más vale volver a plantearse el problema de la congruencia entre las medidas y lo medido. También es una tesis de validez general que los hechos solamente son inteligibles sobre el trasfondo de una teoría más amplia que les otorgue significación en el contexto del que hablamos y que sea al caso. Pero si nos interrogamos en los temas jurídicos sobre una teoría más básica que justifique lo que

---

<sup>149</sup> . Pero la de Vázquez, Molina y Suárez parece que fue ante todo una huida hacia delante: Ellos percibían la crisis científica del siglo XVII, y quisieron establecer un contexto de presentación que era simultáneamente su mismo y propio contexto de justificación, a fin de evitar caer en los peligros de las filosofías trascendentales que ya apuntaban. Vid., por ejemplo, Baltasar Navarrete, *In Divi Thomae et ejus Scholae Defensionem*, Vallisoleti, 1605, pp.125 y ss. También Zumel, *In Primam Secundae S. Thomae Commentarius*. Salamanca. 1594, q. 71, art. 1, pág. 7, o q. 71, art. 6, pág. 113. En el mismo sentido, por ejemplo, Juan Salas, *In Primam Secundae Divi Thomae*. Barcinonae, 1607, q. 18, arts. 1-7, Tract. 7, sect. 15, § 32. Estos escolásticos no hacían sino seguir lo expuesto por el de Aquino en *Summa theologiae*, I-II, q. 8, art. 1, en donde explica que “Ad hoc igitur quod voluntas in aliquid tendet, non requiritur quod sit bonus in rei veritate, sed quod apprehendatur in ratione boni”.

exponemos, lo normal en la Edad Contemporánea ha sido irse por los campos de la epistemología, declarando que el derecho positivo es el único realmente operativo y por ello existente, como hicieron, entre otros, Ludwig Knapp o Carl Bergohm en el siglo XIX alemán: No es cuestión de volver a insistir en la crítica de este tipo de actitudes que excluye antes de comenzar a estudiar el tema, y que han recibido justificadamente el apodo de filosofías de la sospecha. Dejamos el estudio de las limitaciones intrametódicas para otros, porque ahora interesan más las relaciones entre los objetos y las personas, y de las personas entre sí, que se nos presentan como objetos –por así decir- no revelados directamente por la toma de conocimiento sensorial, sino proporcionados frecuentemente como implicaciones e inducciones lógicas necesarias en el interior de un conjunto regido metódicamente. Esto es, proponemos partir desde los resultados de la investigación primera o más elemental para llevar a esta misma investigación hacia una meta superior y no por ello menos científica. El mundo que es nuestro ya está relativamente construido y no es preciso que nos esforcemos en partir desde los aparentes datos atómicos sensoriales para ir construyendo laboriosamente toda una teoría de la sociedad de acuerdo con unas reglas metódicas sobre las que nadie se pone de acuerdo una vez que se han alejado del contexto propiamente humano. Es necesario el método que inordine las percepciones aisladas en un conjunto más amplio, porque sin ese software no podríamos entender los datos que nos llegan; y también son necesarias las exigencias teóricas concretas que nos lanza el contexto de representación, porque sin ellas y sus legalidades propias no sabríamos ni cómo hacer funcionar nuestro programa de procesamiento de datos.

Per 107 Los empiristas diluyen el mundo humano en unos datos sensoriales que abstractamente pueden ser ordenados –explican ellos- según combinaciones teóricas distintas, para llegar después a construir una teoría de la convivencia humana que se parece sospechosamente a las sociedades que ya conocemos. Es posible que ellos, a pesar de sus protestas a favor de la asepsia científica, no sean capaces de eludir la necesidad de esas relaciones necesariamente implicadas en las mediaciones humanas, y que sus intentos, lejos de ser verdaderas reconstrucciones de los átomos perceptibles por la empiria según las legalidades del lenguaje que agrupan los fenómenos, constituyen solamente intentos bienintencionados (según su punto de vista) para cambiar lo que conocen y no acaban de aceptar. Entonces habría que sospechar que disponen tras sus escenarios de unos poderosos contextos de justificación (ya que no de

presentación) que también vienen constituidos por lo que ya hay, pero que no son inteligibles según los datos de la empiria estricta, ni tampoco según las reglas del lenguaje que dicen adoptar. En sus obras, el esfuerzo del lector consistiría en ajustar la representación de lo que exponen con la imagen ya operativa de algún modo en la imaginación de todos, y de ahí la satisfacción de sus lectores cuando al leer un libro de comprensión no siempre fácil, entienden que han llegado a entenderlo porque han reconciliado en sí mismos el proceso constructivo expuesto en esas páginas con las imágenes que dan sentido al proceso expositivo en el que simultáneamente han sido espectadores y actores.

Per 108 El investigador confiesa su perplejidad, porque comprende que la lógica interna de Descartes era distinta a la de las explicaciones de Galileo, y que Newton hubo de hacer un esfuerzo genial para compatibilizar a uno y otro hasta donde le fue posible. Comprende igualmente que la lógica más básica que apoyaba a Newton se mostró insuficiente para explicar el extraño comportamiento de los corpúsculos que estudian los físicos, y que los científicos del siglo XX hubieron de proponer otros métodos para su trabajo que no eran compatibles con el de Newton. Llega a comprender las inquietudes de Einstein, apartadas de las propuestas de Newton y Planck, de modo que finalmente acepta que el trabajo de los físicos se apoya en varios planos de representación distintos<sup>150</sup>. Sería un trabajo demasiado especulativo

---

<sup>150</sup> . El problema que escandalizó a los teóricos del conocimiento de los siglos XVII y XVIII fue comprobar cómo la evidencia de los sentidos era traicionada por el discurso racional. Pues algunas figuras geométricas sensorialmente irreprochables, se demostraban sin embargo irracionales cuando eran sometidas a la prueba de la explicación matemática. Tal cosa sucedió ante todo con las líneas paralelas, que se cruzan cuando son formalizadas matemáticamente. Si falla un postulado de Euclides han de fallar los demás, pues los “Elementos” de Euclides constituyen una unidad lógica y no podemos negar un sector suyo sin negar al mismo tiempo el resto de lo expuesto en su obra.

Descartes hubo de optar entre la certeza del discurso matemático y la certeza que aportaba la geometría. Si leemos su “Discurso” comprobaremos que, al hablar de la falibilidad de los sentidos, se refiere sin excepciones a las figuras geométricas. Lo mismo sucedió con Kant: Una lectura atenta de la primera parte de su “Crítica de la razón pura” nos muestra cómo se circunscribe a las figuras de la geometría y al razonamiento matemático, de modo que la impresión que obtiene el lector es que los principios a priori del Entendimiento sirven sólo para explicar los rectángulos, triángulos, pentágonos, etc. Desde luego, él exceptuó expresamente al derecho de este juego entre los fenómenos de la sensibilidad y los principios puros a priori: Vid En su Crítica de la razón pura, A42-43, escribe que Kant se preocupó por explicar muy expresamente, en “La doctrina de los elementos”, que es la parte de su *Crítica de la razón pura* en la que expone su teoría de la ciencia, que la intuición de los cuerpos en el espacio (ciencias naturales) es un proceso cognoscitivo enteramente distinto del camino epistemológico que es propio de las ciencias humanas. Escribe que “El concepto de *derecho*, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso

dictaminar si las mecánicas de Newton y Planck componen métodos distintos o sólo son lenguajes distintos dentro de un mismo método. Lo realmente cierto es que los físicos se han encontrado con dificultades para cuya solución les han fallado las posibilidades ofrecidas por un cauce investigador único. La medida de congruencia newtoniana es la más ajustada al ser humano, porque parece que es la que se corresponde naturalmente con el psiquismo del hombre. Pero la historia de la ciencia ha mostrado que una sola medida –aunque se ajuste mejor que otras a la mente humana– no basta para dar razón de la congruencia entre los planos de presentación y de representación.

Per 109 Como Hume entendió quizá demasiado radicalmente que los datos observables no se correspondían necesariamente con leyes ya existentes en las mentes de los hombres, la ciencia nuestra ha derivado hacia una separación (más allá de una mera distinción) entre lo racional y lo observable, y algunos sistemas filosóficos han ido adquiriendo ese carácter entre esotérico y críptico que presentan a veces los hombres que presumen de ser espíritus libres. Pero en nuestra disciplina no hay tanta libertad como en la interpretación física del mundo: Una y otra vez tropezamos con la necesidad de convivir, y monótonamente reiteramos las mismas o parecidas instituciones porque resucitamos los mismos problemas<sup>151</sup>. Es comprensible la desazón de los físicos cuando tratan de generalizar sus métodos inconciliables, y es también comprensible la anarquía y peticiones de principio del filósofo que hace depender (que justifica) su epistemología contradictoria desde las incongruencias de los lenguajes de la física, como hacen de hecho Apel o Habermas, o el Segundo Rawls. Pero, ¿ayuda en esta empresa el aparente escepticismo de Hobbes, Locke o Hume? Estos filósofos ya tienen acabado el guión antes de ponerse a escribir, y su tarea principal parece ser la de componer un drama cuyo final está asegurado ya.

---

común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la representación de un *cuervo* en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta. Esta receptividad de nuestra facultad cognoscitiva se llama sensibilidad y es completamente distinta del conocimiento del objeto en sí mismo, aún en el caso de que pudiera penetrarse hasta el fondo de dicho fenómeno”. Trad. P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1988.

<sup>151</sup> . Este hecho se produce también en la regulación jurídica de Internet. Muchos penalistas indican que este ‘espacio’ nuevo es un campo para cometer los delitos de siempre.

Per 110 Si diversos personajes de la Escuela del derecho natural moderno, y hoy autores como Rawls o Habermas, exigen partir desde una base empirista que aparentemente no presupone exigencias morales previas, esta exigencia parece que no proviene tanto desde los resultados de la investigación como desde un a priori simplemente afirmado según sus convencimientos previos al estudio del tema. Ellos, aunque sitúan directamente a los seres humanos con otros seres humanos que afirman que son iguales, y aunque excluyen anticipadamente y sin más explicaciones las relaciones necesariamente determinadas que han de existir entre los hombres, y que puedan ir más allá de la igualdad que entienden implícita en el lenguaje, se encuentran con el hecho que consiste en que el hijo no tiene las mismas competencias que el padre. Se encuentran ante exigencias que no se desprenden desde los individuos considerados aisladamente, y entonces ruegan que leamos sus libros con espíritu amplio, porque han de exponer tesis que no pueden ser negadas sin caer en la inhumanidad, o que no pueden ser afirmadas sin petición de principio.

Per 111 Partir directamente desde los hombres como átomos que pueden ser reconocidos y valorados en universales meramente lingüísticos, parece escasamente convincente. Hemos ido sedimentando en las prácticas sociales, en las instituciones y en el lenguaje, nuestras experiencias humanas o morales<sup>152</sup>. El lenguaje es por excelencia la exposición pública (y frecuentemente sólo pública) de estos sedimentos morales, lo que nos hace atender más al contenido de lo expresado a través de él que no a su estructura lingüística. Algunos filósofos han querido buscar la estructura lingüística necesaria que presuponga necesariamente la igualdad, y han creído encontrarla en la simetría que ellos entiende que es propia de la forma dialógica. Pero si alguien puede decir a otro en un diálogo: “Eso que dices es un disparate”, y si puede decir esto con razón, más allá de las actitudes basadas en la prepotencia o en la soberbia, esta simple existencia de formas lingüísticas válidas que sirven para imponer una opinión sobre las de los otros, muestra que el peso del habla no descansa en la estructura formal del diálogo, sino en la capacidad para asumir aquellas realidades que permiten que una opinión se imponga, y haya de imponerse justificadamente. La igualdad no es la única medida, ni tampoco es el cajón de sastre del que podemos extraer las distintas configuraciones de la vida humana: *Diversa diversis imponenda*.

---

<sup>152</sup> . Tomás de Aquino equiparaba a veces los términos humano y moral. Vid., por ejemplo, *Suma teológica*, II-II, q. 18, art. 9.

Per 112 Si ellos –en ese momento previo de la decisión sobre la naturaleza de la verdad al que Heidegger llamaba metafísica- han decidido introducir limitaciones premetódicas, y más tarde estos elementos limitadores han sido elevados al estatuto de factores constituyentes del método mismo, lo más razonable sería mantener estas limitaciones también en el momento final y máximamente sintético, que es el de la propuesta ética concreta. Pero si fueran fieles a sí mismos y a sus métodos, lograrían a lo sumo decirnos que nadie puede establecer ninguna propuesta ética: Y este estilo sincero que resulta de llevar a su consumación lo que proponen taxativamente como médula del conocimiento práctico no sirve, porque nadie se toma la molestia de escribir cuatro volúmenes sobre la naturaleza humana –como hizo Locke- para acabar concluyendo que, por necesidad del empirismo adoptado, no podemos decir nada sobre una naturaleza que no podemos conocer, pero que, sin embargo, ha servido para redactar varios volúmenes con explicaciones minuciosas, muy trabadas internamente según los recursos dialécticos escolásticos en los que él había sido formado, y frecuentemente reiterativas.

Per 113 Este empirismo nos ha informado históricamente que no existen en el campo del derecho nada más que hombres individuales: Bien hombres con voluntades libres –éste sería el caso de Fernando Vázquez de Menchaca, Samuel Pufendorf o Nicolás Jerónimo Gundling-, bien hombres unidos por una extraña geometría de sus pasiones, como propusieron, cada cual a su modo, Hobbes, Hume o Bentham. Sería correcto decir que ellos ‘objetivaron’ directamente a los individuos, retenidos en sus memorias, como objetos directos y únicos de su percepción sensible, de modo que conocerían directamente y sin mediaciones a los ‘seres humanos’<sup>153</sup>. Estos individuos así entendidos fueron relacionados unos con otros directamente suponiendo sus deseos de libertad, sus necesidades de seguridad, o sus apetencias a las propiedades, de forma que la única mediación entre ellos sería un único rasgo afirmado como el más

---

<sup>153</sup> . Es una tesis bastante extendida que toda percepción es una duración, ya que el sujeto percipiente percibe en su tiempo. Si una persona pudiera conocer todo el tiempo de su propia vida, posiblemente matizaría sus opiniones actuales, pero cada uno piensa, percibe y opina desde el momento actual. Las generaciones anteriores han tenido una duración distinta, y lo mismo sucederá con las que vendrán después: De ahí lo ridículas que parecen las utopías sociales cuando han sido extraídas de su contexto histórico.

Whitehead nos informa que “El reconocimiento tiene lugar en el presente sin intervención alguna de la memoria pura, ya que el hecho presente es una duración en las duraciones antecedente y consiguiente, que son parte de la misma”. *El concepto de naturaleza*, cit., p. 140-141. Todo lo instantáneo presupone lo no-instantáneo.

importante para construir el sistema de las mediaciones humanas. La naturaleza humana se disolvería así en la libertad del individuo, en la seguridad, en las propiedades, en la igualdad, o en el bien vivir.

Per 114 Pero las vivencias sobre las personas no se dejan aislar y objetivar de este modo tan general. Incluso cuando se hace gala de una actitud empirista, los científicos saben que no se les revela un acontecimiento completo en la simple percepción sensorial, porque el objeto que aparentemente es la suma total de los datos situados en un acontecimiento, que viene constituido también por las relaciones recíprocas entre esos datos internos en el hecho estudiado, resulta ser a la postre un concepto meramente abstracto y artificioso, construido por el observador en el marco del método en el que él se inscribe<sup>154</sup>. Los geómetras y los físicos saben que un rectángulo se percibe como un objeto que puede situarse en diversos acontecimientos; pero aunque la rectangularidad sea propuesta por la toma de conciencia sensorial – utilizo ahora terminología de Whitehead-, la mayoría de las relaciones geométricas no son propuestas así; es más, frecuentemente ni se percibe la rectangularidad, a pesar de que se puede probar que se ha dado en la percepción. Sucede lo mismo que en los constructos éticos basados en los intereses individuales. Nuestros empiristas nos hablan de átomos, que normalmente vienen constituidos por los individuos humanos o por las facetas del lenguaje que a ellos les interesa acotar y acentuar, y con el paso del tiempo han creado “un lenguaje culto en conformidad con la teoría ortodoxa dominante”. Resulta que la realidad ahora dominante, que es presentada como un dato atómico al que es preciso llegar o desde el que es necesario partir, es en verdad un concepto abstracto que resultaría ininteligible fuera de un contexto de justificación que dista mucho de ser necesario o el único posible.

Per 115 Lo que corresponde –por honestidad- es señalar expresamente aquello que hay que destacar. Los jusnaturalistas modernos acotaron los individuos en lo que consideraban que era su estado natural, esto es, aislados en el estado de naturaleza, y alimentaron sus plumas en el tintero de la igualdad. Éste es el camino que siguen otra vez los filósofos actuales, que subliminalmente sólo tienen en cuenta a la igualdad entre los individuos, a los que tratan de relacionar mediante el lenguaje; como es lógico, la teoría de la justicia se disuelve en ellos en el estudio de las condiciones que ha de

---

<sup>154</sup> . Whitehead escribe que hasta “los puntos son entidades complejas, abstracciones lógicas que implican otras entidades y relaciones”. *El concepto de naturaleza*, cit., p. 152.

poseer la igualdad en el lenguaje, esto es, en una unidad que el investigador podría colocar sin problemas bajo su atención investigadora. Frente a ellos, los jusnaturalistas actuales tocados normalmente por el espíritu cristiano se han vuelto igualmente hacia los individuos humanos, con el matiz de que en las páginas de ellos los hombres son llamados personas, y que les atribuyen derechos que no brotan simplemente desde su condición de puntos de atribución de las exigencias del lenguaje dialógico. Lo que tienen en común unos y otros es el desconocimiento del acontecimiento concreto, que se nos aparece con toda su fuerza noérgica, como reiteraba Zubiri. Precisamos introducir factores de mediación en la pretendida relación directa de persona—persona, rompiendo la siempre pretendida naturaleza directa de las relaciones personales, de forma que esta afirmada relación abandone su carácter excluyente de otras mediaciones y comprenda también bajo su atención las necesarias cualidades emergentes que resultan necesariamente de la convivencia humana.

Per 116 Nos está vedado recurrir siempre directamente a las personas, o al lenguaje como tal en tanto que representativo de la humanidad, porque incluso la correlación de los hechos más elementales de la experiencia sensorial que estudia el físico o el geómetra se extiende más allá de las propiedades físicas del movimiento; con mayor razón cabe decir que las nociones de ser humano o de lenguaje son resultados de elaboraciones refinadas, que sufren en su misma constitución el efecto de los elementos incompletos con los que algunos filósofos quieren dar remedio a sus males. Sabemos que una serie de ingredientes de la naturaleza requieren para la exposición de su carácter funcional de la presencia de otra serie de ingredientes que cumplen la función de validar aquella primera serie de eventos, tal como comprobó Gödel, y esta exigencia opera igual en la física, que en la geometría, que en las ciencias humanas. Aunque los empiristas procedan de forma parecida a los metafísicos sistemáticos de la Edad Moderna, como Molina y Suárez, y afirmen una autopresencia del evento que porta en sí su misma justificación y congruencia —pues los empiristas parecen no querer deber nada a nadie—, lo cierto es que “un acontecimiento aislado no es un acontecimiento, porque —como observa Whitehead— cada acontecimiento es un factor de un todo más grande y significa ese todo”. Esto nos lleva a pensar que ese evento considerado aisladamente —llámese persona, lenguaje o igualdad— está determinado por la “calidad de relación que posee la parte que está inmediatamente bajo observación, es decir, por el hecho de que se da esencialmente un más allá en todo cuanto se observa”.

## EXPERIMENTO-OBSERVACIONES PRESUPONEN TEORIAS PREVIAS

Per 117 Aludía en la primera parte de este ensayo a la formación del objeto del estudio mediante exclusiones exigidas por el método; pero excluir es una realidad más amplia que la que proponen los empiristas. ¿Pueden afirmar viabilidad las teorías que ellos mantienen negando simplemente la posibilidad de las explicaciones contrarias o divergentes? Todo acontecimiento es conocido en cuanto que relacionado con otros acontecimientos que él no incluye expresamente, de lo que resulta que la exclusión es una operación tan compleja y tan cargada de factores determinados como la inclusión. El carácter intencional del conocimiento, aún términos de física o geometría, implica que los datos obtenidos mediante aparentes exclusiones, presuponen un entramado teórico que constituye el contexto de representación de esa teoría; pues en toda exclusión hay un más allá que sin duda alguna es teórico, ya que tal más allá es una exigencia premetódica presentada como necesaria o ineludible, y que frecuentemente reviste forma espacial o geométrica, como vemos en Kant cuando sitúa tan graciosamente a un lado los fenómenos de la sensibilidad, al otro lado las categorías puras del Entendimiento, y en el centro la fusión entre ambas partes que opera la síntesis trascendental; prescindamos de este esquema geométrico expuesto en “La doctrina de los elementos”, y la explicación kantiana se volverá ininteligible. De forma parecida, algunos investigadores actuales no nos indican el lugar de sus posiciones en el espacio, por lo que tampoco están en condiciones de indicarnos estos lugares a donde va a parar lo desechado en sus explicaciones, que actúan para ellos como basureros epistemológicos. Esta ignorancia tiene consecuencias impensadas, porque algunas de esas cosas excluidas vuelven a aparecer necesariamente en sus obras, y entonces es necesario inventarse ámbitos o dimensiones ignotas, que páginas antes fueron presentadas por ellos como sencillamente imposibles. “De este modo, al ampliar una doctrina alternativa, nos vemos llevados a emplear términos extraños o términos usuales con significados no usuales”<sup>155</sup>. Así tenemos a Habermas o Apel, hablándonos de cuasi-noúmenos.

Un pequeño giro momentáneo en esta argumentación, nos lleva a examinar –una simple alusión- el uso de conceptos contradictorios, como el de cuasi-noúmeno. La filosofía de la identidad, que pretendía la apropiación del mundo por el sujeto cognoscente, fue denunciada y rechazada en las corrientes marxistas. Pero esta

---

<sup>155</sup> . Whitehead, *El concepto de naturaleza*, cit., p. 151.

denuncia tuvo mucho de compleja y, por qué no, de equívoca. Pues al negar la posibilidad de la identidad de objeto y sujeto en el conocimiento, los marxistas, paramarxistas, etc., han estado guiados en realidad por la esperanza típicamente jusnaturalista de Marx, a saber, que la salvación del hombre vendría mediante la reconciliación con su verdadera naturaleza, una vez que hubiera acabado la alienación actual. Como tampoco aceptaron la filosofía de corte más personalista (durante mucho tiempo personificada en la obra de Kierkegaard), porque entendían que la subjetividad no era más que el escenario que representaba otra versión de la ontología, las corrientes marxistas entraron por un camino extremadamente oscuro, y confuso, en el momento de entender al hombre. Aunque compartieron la esperanza marxista de la realización verdadera de la esencia de la esencia del hombre, ni lo dado en o con el hombre, ni lo que él produce, acabó de tener un estatuto científico claro: Las nociones clásicas de praxis y poiesis se entrelazaron y se envenenaron mutuamente. De aquí resultó una indiferenciación de los términos que usaron para su explicación de lo humano, frecuentemente redefinidos de formas tácitas en sus obras y de modos distintos según cada cual; y privadas estas nociones de sus referentes literarios, epistemológicos o científicos habituales, cada autor entró en una cierta complicidad consigo mismo en el interior de sus razonamientos. Su vocación por la mayor valoración de la estética en el interior de la explicación filosófica o sociológica –basta pensar en Horkheimer, y en mayor medida quizá en Adorno–, les desarrolló una fuerte capacidad intuitiva no siempre acompañada de las explicaciones predicativas necesarias: Podríamos decir que su genio fue mayor que su talento. Era una actitud hasta cierto punto esperable, porque su condición de judíos les facilitaba no mencionar o desarrollar expresamente aquello de lo que hablaban, que serían *bilderlos*, sin formas precisas<sup>156</sup>. Esta forma de proceder llevó a solipsismos inevitables, que se mostraron ante todo en las contradicciones lógicas. Adorno y Horkheimer pensaron siempre en una dialéctica entre el hombre y sus conceptos; esta dialéctica no cobró nunca una forma literaria definida, y más bien la entendemos atendiendo a lo que no entendían, que era el mundo del Entendimiento kantiano (*Verstand*), en el que cada categoría se cerraba sobre sí misma excluyendo a las demás. Pero sabemos que desde la negación de la exclusión no alcanzamos sin más

---

<sup>156</sup> . Destaca Jay que la prohibición judía tradicional de nombrar o describir a Dios o el Paraíso se reprodujo en la negativa de la Filosofía Crítica a dar sustancia a su visión utópica. Vid. *La imaginación dialéctica: historia de la Escuela de Frankfurt y el Instituto de Investigación Social*, Taurus, Madrid, 1984, p. 106.

la identidad, ni siquiera la apertura de la razón. Los autores posteriores que han propuesto pragmáticas formales que revisten naturaleza cuasi-noumémica se han encontrado con estas dificultades, y por su empeño en mantener una base científica inicial de naturaleza empirista (sin el empirismo peligraría su materialismo), se han visto forzados a proponer nociones sin sentido lógico, científico o, más sencillamente, sin sentido propiamente humano.

Per 118 Si volvemos al hilo argumental, vemos que la selección del sector del evento que será tenido en cuenta consiste, antes que en cualquier otra cosa, en una duración: Ballesteros señala la vinculación típicamente moderna entre certeza e instantaneidad. Nuestro presente de observación-exclusión es una duración que presupone mucho más que aquello que es seleccionado en el momento presente para ser realizado. Este momento crítico de la decisión en el que el investigador decide excluir lo que él entiende que no se ajusta al método que está creando, es un ‘acontecimiento percipiente’ presente para el estudioso que supone en ese momento la totalidad de lo real, aunque vivido de un modo instantáneo: Posiblemente la sensación de instantaneidad, con su necesaria autopresencia y autocongruencia, es el factor decisivo en el momento de designar autoritariamente el carácter de la científicidad. De hecho, si el investigador nos abriera su biografía para mostrarnos el mapa de su vida, podríamos reconocer quizá sin muchas dificultades los elementos posibilitantes y limitantes de su decisión.

Hic!

*b'. Las personas en sus determinaciones*

per 197 El hombre es también espíritu y, al serlo, es tan eterno como finito: El dicho anglosajón reza: “¿Cuántos ángeles caben en la cabeza de un alfiler?”, y posiblemente ha habido ángeles a los que ha molestado la conciencia de esta posibilidad que lanza una limitación. Una clave de la comprensión consiste en aceptar que el acto mismo de comprender supera la posición que plantea. El concepto ayuda a situar una posición abstracta, pero la niega en el mismo hecho de comprenderla, por lo que normalmente no reintegramos lo observado a la calidad de su concepto puro. Negar no quiere decir que la posición original sea sencillamente eliminada, sino que es asumida por el sujeto en una comprensión que la supone pero que también la desborda porque es más concreta que su punto de partida. Que el concepto, cuando es aplicado, queda por debajo de su propio nivel abstracto, es un hecho que lo reproduce la cotidianidad de cada persona de forma especialmente perceptible cuando vivencia como su ideal humano queda alterado ante una concreción que se ha producido de forma contingente, pero que le vincula universalmente.

per 198 Este hecho, el de cómo el acto concreto de conocimiento no alcanza la rotundidad del concepto del que parte, lo podemos comprobar ante todo en la comprensión de la propia personalidad. No parece que la exposición del problema de cómo la infinitud propia de la persona se encuentra a sí misma en su cotidianidad, pueda seguir un camino lineal, y quizá es preferible abordarlo de forma algo oblicua, aludiendo a la conciencia de algún deber<sup>157</sup>. Tomar la noción de un deber como punto de partida tiene la ventaja de que observamos con claridad cómo la contingencia es superada por la universalidad propiamente humana o moral: Pues aunque el deber tiene frecuentemente un contenido concreto y recae sobre un tema bien determinado, la fuerza con que se impone es universal.

---

<sup>157</sup> . La universalidad propia del ser humano no tiene porqué ser explicada solamente desde la realidad del deber. Tal cosa sí la hizo Kant, y así resultó que Dios era una realidad postulada desde la universalidad propia del deber: Afortunadamente no somos kantianos. Pero es preferible partir desde la realidad del deber, more kantiano, por razones de simple facilidad expositiva. Tengamos presente que la universalidad del deber no es más que un reflejo de la universalidad del ser que lo porta.

per 199 Estoy usando términos tales como infinitud, universalidad y deber, que hoy son evitados por buena parte de los teóricos de la ética y del derecho. No quiero entrar en esa vieja polémica que comenzó en 1948, cuando los redactores de la Declaración Universal de los derechos del hombre rehusaron exponer sus motivos<sup>158</sup>. Solamente quisiera indicar ahora que no admito el planteamiento de suponer primero un hombre que, después, tendría derechos. No busco una Antropología que nos enseñe lo que es el hombre para deducir desde él sus derechos: Este intento me parece tan poco real como el de afirmar derechos universales de un ser que no es proclamado universal. De hecho, si Apel o Habermas hablan de un cuasi-noúmeno, esta terminología es la afirmación más radical –y vergonzante<sup>159</sup>– que encontramos en las filas empiristas sobre el carácter infinito y universal de la persona humana: En ella se hace realidad la idea de Gilson que reproduce Spaemann: *Every is the realist of something*.

Per 181 Se puede producir, así, un resultado paradójico. La ideología individualista de Vázquez de Menchaca o Pufendorf, está movida por un afán sinceramente humanista, y por este motivo quiere considerar solamente al hombre, prescindiendo de las cosas<sup>160</sup>. Porque algunos afirman que un talante genuinamente humanista ha de anteponer el ser humano, con su dignidad incalculable, a cualquier otra consideración menos personal. Suponen que al no estar mediada la voluntad del hombre por las realidades que le relacionan, el libre despliegue de la libertad de cada persona

---

<sup>158</sup> . J. Muguerza alude a este sesgo de los redactores de esta declaración, que manifestaban estar de acuerdo a condición de que no se les preguntara el por qué. Muguerza replica que este por qué es algo que la filosofía debe indagar *ex officio*. Pero como hablar del fundamento ontológico de los derechos es tema engorroso, Muguerza se pierde en ambigüedades. Vid. *La alternativa del disenso*, en J. Muguerza J. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1998, pp.20 y ss.

Cae bajo la denuncia de Massini: “Pero un sujeto existencialmente autónomo y espiritual es lo que tradicionalmente se denominó ‘persona’ y se definió, siguiendo a Boecio, como ‘sustancia individual de naturaleza racional’. Ahora bien, esa noción resulta extraña a una buena parte del pensamiento contemporáneo acerca de los derechos humanos; bien podría decirse que, con la excepción de los ensayos realistas, todo ese pensamiento se levanta sobre la base de la negación o de la incomprensión de ese concepto”. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 186.

<sup>159</sup> . Massini destaca la actitud ridícula de quienes se presentan como anti-jusnaturalistas, pero sin ceder en su afirmación de los derechos humanos. Vid. *Los derechos humanos...*, cit., p. 182.

<sup>160</sup> . La mentalidad liberal, tal como se manifestó en Lugo o en Locke, pretende considerar sólo al hombre y a sus propiedades. Prescinde de todas ‘las cosas’ excepto del derecho de propiedad. Al lector de Locke le queda la impresión de que la libertad personal existe gracias a la necesidad de libre arbitrio en el uso y disposición de las propiedades privadas.

llevaría hacia una dignidad personal mayor. Además, como nos recuerda Trigeaud, la vida es lo no mensurable por excelencia, y a ella le repugna un equilibrio que busque lo justo ‘ex ipsa natura rei’. Pero Dilthey nos advierte que “Hemos de empezar comprendiendo que la unidad de vida o sujeto y la cosa u objeto no sólo son correlativos, inseparables uno de otro y en otro caso inexistentes, sino también análogos. Aunque unidad de vida y objeto se nos muestran de forma completamente distinta, su estructura es, sin embargo, en cierto modo semejante, e incluso estrechamente emparentada”.

per 182 Las exigencias de la personalidad no siempre puede alcanzar directamente a las otras personas: Con frecuencia no podemos imponer un deber a los otros en nombre de la dignidad, universalidad, etc., y se vuelve necesaria la distinción entre título último y universal y la causa concreta. Pues el título último de nuestros derechos es la personalidad humana, que a causa de su formalidad alcanza a todos los actos del hombre y frecuentemente sirve como fundamento directo de una exigencia material; pero normalmente, para ser titular de un derecho se requiere una causa jurídica más próxima. El derecho subjetivo sí es una capacidad para imponer ad libitum a los demás el respeto a los bienes propios, y en este tipo de derechos es frecuente que el bien a proteger coincida directamente con la voluntad del titular. Pero, en otros casos, para imponer a otros un deber se precisa una ‘causa jurídica’ que justifique suficientemente el recorte del arbitrio ajeno. Un dicho del Jus Commune rezaba: *Jus sine causa nasci non potest*, “El derecho no puede nacer sin una causa”. Tardíamente, a finales del siglo XV, los teólogos sustituyeron el término causa –quizá poco sonante para ellos- por el de *legitimus*, de modo que legítimo pasó de significar aquello que es adecuado a la ley, a aquello que tiene causa suficiente para ser exigido antes de cualquier ley<sup>161</sup>.

per 183 Ya indicaba que existen diversos poderes, cada uno de los cuales ha nacido desde una necesidad y trata de alcanzar una finalidad distinta. Entre las voluntades de unos y otros se interponen frecuentemente unas necesidades objetivas cuya solución está sujeta a cauces socialmente determinados. Sin esta intermediación de la terceridad que implican las necesidades cristalizadas en las instituciones jurídicas (ruego no confundir esta terceridad real con las terceridades personales) el poder

---

<sup>161</sup> . Vid., por ejemplo, ya tardíamente, a Francisco Suárez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Coimbra, 1612, L. VIII, cap. 2, § 5.

devendría -en una de sus dimensiones tan necesaria como parcial- una cualidad de las cosas, no una cualidad personal<sup>162</sup>. Con frecuencia, la obediencia directa a las personas es la fuente del despotismo, como vemos que sucede, por ejemplo, cuando alguien ocupa un vivienda de precario. Podemos llamar ‘cosas’ a estos institutos necesariamente sociales, pues este discurso se acomoda a lo que buena parte de los filósofos alemanes llaman die Sachen. Por cosa podemos entender realidades tales como el matrimonio, el usufructo, los hijos, la herencia, la enfermedad, la mayor edad, etc.: Las circunstancias que son relevantes o determinantes para la calificación jurídica<sup>163</sup>. Una intuición inicial nos hace sentir que los coprotagonistas de la vida jurídica son estas cosas, así entendidas. Son tales porque en el momento de determinar positivamente las conductas ajenas, ni el derecho contempla continuamente voluntades sin vínculos, ni tampoco el derecho vivo se compone de instituciones objetivas que tuvieran como una vida propia al margen de las personas.

per 184 El tema se nos vuelve hoy más urgente porque diversos estudiosos destacan la juridificación de toda la vida pública, y especialmente del lenguaje político. Nos indica Alfredo Cruz que mediante el recurso a un lenguaje de derechos, algunos pretenden dar razón de los problemas políticos, suponiendo que en esos problemas, y en el debate sobre ellos, no están en juego bienes y fines colectivos, sino solamente derechos enfrentados. Pero un derecho no necesita normalmente justificación ya que consta su existencia, porque precisamente la diferencia entre un interés y un derecho estriba en que la prevalencia de un interés ha de ser razonada según la utilidad, mientras que el derecho no necesita de este tipo de razonamientos para existir como derecho. “Cada vez es más frecuente y patente que cuando se reivindica algo como un derecho, lo que se está queriendo decir es que esa reivindicación no necesita ser justificada mediante su sometimiento al debate público, que versa sobre bienes colectivos”. Así, lo que era discutible, y normalmente dependiente de las circunstancias, se petrifica al quedar fijado intemporalmente. Es lógico que nos preguntemos qué harán las épocas

---

<sup>162</sup> . El fundamento de la síntesis formal en que consiste toda relación jurídica, es siempre personal; pero las medidas no vienen determinadas siempre y directamente por las exigencias de las personalidades, sino por la naturaleza de la relación que nos vincula. Esta matización no la pueden entender quienes mantienen una visión penalista del derecho, porque para ellos la relación jurídica se confunde con la absolutización de la personalidad que excluye a los otros de lo que es suyo.

<sup>163</sup> . Es decir, todas aquellas facetas de una situación que determinan que la norma o principio aplicable en un momento, genere injusticia si se aplica en otro momento.

posteriores a la nuestra cuando, cambiado ya el contexto humano y social, hayan de prescindir parcialmente de tantos derechos.

per 185 Dilthey indica, del mismo modo que Aristóteles o Tomás de Aquino, que el nacimiento de una tendencia, llámese pretensión o interés -que busca convertirse en derecho- viene determinada por un objeto o finalidad que le proporciona su origen y medida. Como es patente, el alcance del derecho ha de ser calculado desde la necesidad o utilidad que le da su vida<sup>164</sup>. Pero la simple exposición de esta realidad, hace temer – quizá justificadamente- que los derechos de las personas queden en manos de los gobernantes que han de decidir si tales derechos existen y, si existen, hasta donde alcanza su ámbito de actuación. Este tema hoy se ha convertido en resbaladizo, porque al hablar de las necesidades que generan los derechos y los limitan, atendemos ante todo a los efectos reales de las conductas sobre las vidas personales y el conjunto de la vida social; hablar de efectos equivale a hablar de consecuencias, y cabe entender que al someter los derechos al cálculo de estas consecuencias, entraríamos por un camino consecuencialista que abriría la puerta para la instrumentalización colectiva del hombre. A fin de conjurar este peligro, algunos autores como Dworkin proponen el respeto incondicionado a los ‘derechos’, y llaman a su actitud deontológica para diferenciarla de las propuestas consecuencialistas. Cruz explica que definimos a los derechos según las relaciones que consideramos deseable que encarne y promueva nuestra sociedad; si esto puede ser calificado de consecuencialismo ético, hemos de afirmar entonces que toda concepción racional de los derechos ha de ser inevitablemente consecuencialista, pero según un consecuencialismo que se refiere a consecuencias comunes<sup>165</sup>. Con razón

---

<sup>164</sup> . El hombre dispone de una capacidad creativa –que a veces ha de ser ejercida de forma beligerantemente innovadora- que no siempre está contemplada por las instituciones ya existentes, que bien responden a otras necesidades, o bien atesoran también prepotencia institucionalizada. En general, las estructuras para la toma de decisiones socialmente relevantes ejerce, en todos los ámbitos, una actividad censoria sobre las iniciativas que impliquen alguna modificación del reparto existente de los poderes.

<sup>165</sup> . Rawls mantuvo que la primacía de la libertad considerada como básica solamente puede ser limitada o suspendida en razón de otras libertades básicas, nunca en nombre de las exigencias de una sociedad perfeccionista. Pero, ¿realmente podemos hablar del derecho individual de libertad sin estar ya en el interior de una concepción determinada de lo que es bueno?

Cruz hace notar en esta inconsistencia, que se manifiesta en hablar de un bien concreto al margen de una concepción pública y compartida del bien. Cualquier libertad básica ha de ser garantizada por todos los ciudadanos, y ellos no garantizarán la manifestación de un arbitrio que consideren que procede antisocialmente: al llegar a este punto, casi todas las teorías políticas aportan su terminología propia, y así como en los tiempos franquistas se hablaba en España de distinguir la libertad del libertinaje, hoy hablamos de la diferencia necesaria entre

indicaba Hegel que El principio que enseña a despreciar las consecuencias de las acciones pertenece al entendimiento abstracto, lo mismo que el que incita a juzgarlas a partir de las consecuencias y a hacer de ellas la medida de lo justo y de lo bueno<sup>166</sup>. Pues el derecho no se limita a defender, sino también a regular a la vista de los principios éticos más básicos y a la vista también de los efectos reales que nuestras conductas pueden causar en la sociedad. Por esto existe el derecho a fumar, que no le es denegado a nadie actualmente: Pero es un derecho regulado según las consecuencias socialmente previsibles.

per 180 Percibimos que cada ser humano es único, irrepetible en la historia. El contenido más concreto que la conciencia puede tener, es la conciencia de sí misma, del individuo mismo, tal como se tiene naturalmente; no la conciencia pura del yo, sino la conciencia del propio yo, que es tan concreta que ningún escritor, ni siquiera del de léxico más rico ni el que haya poseído la máxima fuerza de exposición plástica, ha logrado jamás describir una sola conciencia semejante, como ha podido hacerlo cada uno de los hombres. Sin necesidad de entrar en argumentaciones trascendentes o teológicas, cualquier persona sensible ante la estética capta la infinitud de cada uno de sus actos. La manifestación fundamental de la personalidad, que es quizá la voluntad, es igualmente inconmensurable: Los hombres no podemos argumentar ni valorar sobre dos realidades de valor incalculable que están enfrentadas, porque entonces carecemos de reglas para calcular o ponderar. Austin indicaba sobre este extremo que “A sacred or unalienable right is truly and indeed ‘invaluable’: For, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be measured”<sup>167</sup>.

Per 186 Las reflexiones sobre estas configuraciones emergentes podrían dejar mal sabor de boca si contrastamos, al modo usual, la voluntad del hombre con sus determinaciones externas. Todo ser que se vivencia universal ha de sentirse negado en su universalidad si su actuar depende de lo que él considera que no es él. No en vano el

---

discrecionalidad y arbitrio, o entre concepciones razonables e irrazonables, o constitucionales e inconstitucionales. Lo cierto es que el adjetivo ‘arbitrario’ y el adverbio ‘arbitrariamente’ siguen poseyendo un matiz peyorativo en el uso usual del idioma, y que nadie propone que sean respetadas sin más y siempre todas las manifestaciones de los arbitrios individuales: Lo que indica manifiesta y llanamente que los usos concretos del derecho al ejercicio del propio arbitrio siguen dependiendo de una concepción pública sobre lo que es el arbitrio.

<sup>166</sup> . *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y Ciencia política*, trad. de J.L. Verma, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, § 118, Observación.

<sup>167</sup>. Cfr. *Lectures...*, cit., p. 119.

pensamiento griego acuñó hace más de dos milenios los adjetivos autónomo y heterónomo. La heteronomía ha estado excesivamente presente en nuestra filosofía moral. Los filósofos de la ética y del derecho nos han hablado a de adaptarnos a lo que ya hay para vivir bien (el *vivere diuturne et foelicissime* de Thomasius), de modo que la ética compondría una especie de ciencia natural. Otros filósofos, como Kant, han querido mostrar lo que metafísicamente es y no puede ser de otro modo y han vinculado, more platónico, el deber ser al ser. Los normativistas como Kelsen recurrieron a un pretendido principio a priori del conocimiento humano y establecieron la categoría intelectual del deber ser, por el que las normas serían impositivas sin más. Los utilitaristas de todos los tiempos han proporcionado explicaciones diversas, y contradictorias, en las que proponen tanto que cada cual haga lo que a él le agrada (pensemos en el ejemplo de Bentham sobre el bebedor que acude al oculista), como seguir la utilidad del mayor número. En cualquiera de estos casos el hombre es un ser anterior a sus determinaciones personales y sociales y hace surgir dentro de sí una tensión entre la autonomía de su voluntad abstracta y la heteronomía que le imponen las reglas de las éticas eudemonistas, utilitaristas, kantianas o normativistas<sup>168</sup>. Éste es justamente el presupuesto que es difícil aceptar. Si el sujeto pudiera retirarse plenamente a su yo puro de modo que vivenciara sus determinaciones como lo no-suyo, molestando a la pura universalidad de su yo, los planteamientos aludidos tendrían visos de credibilidad. El ser humano dispone de un yo verdaderamente universal, esa síntesis formal que encarna necesariamente toda infinitud. Pero esta formalidad o universalidad no la logra solamente excluyendo: La universalidad la consigue más bien asumiendo o incluyendo cuando se el caso, y tan suya es la vivencia de su yo infinito como la de un yo imbricado en las determinaciones sin las que él no sabría reconocerse. Sobre este último punto MacIntyre ha dejado páginas interesantes.

Dpp.Aguilar.72 Podemos representarnos imaginativamente a las distintas capacidades y competencias jurídicas como la prolongación indefinida de un primer

---

<sup>168</sup> . Destaca Juan Cruz que este tipo de doctrinas se basan en un optimismo inicial, ya que el hombre se bastaría a sí mismo, y más tarde aparecería el derecho, realidad siempre molesta, que sólo existe por causa de utilidad. Vid. *Libertad en el tiempo. Ensayo sobre la historicidad humana*, Universidad de Piura (Perú). Avila, 1986, pp.54-55. ññ

Efectivamente, todas las variantes de este sector de explicaciones suponen (quizá fuera más correcto decir que postulan) un optimismo premetódico, íntimamente enlazado ya en los siglos XIX y XX con concepciones libertarias de la moral, que consideran toda normatividad personal o social como correctora de una imperfección que no es explicable en los términos iniciales del discurso.

poder originario, o que pueda ser llamado legítimo, como hizo Diego de Covarrubias en el siglo XVI, y que influyó extraordinariamente en la doctrina del siglo XVII. No es así: Más bien hay que decir que cada poder está creado por una jurisdicción y destinado a ella, como reconocía episódicamente Rousseau cuando escribía que “cada uno de estos actos no es una ley, sino la aplicación de una ley”<sup>169</sup>, y debieran recabar nuestra atención las diferencias existentes entre las distintas jurisdicciones jurídicas. En efecto, reitero que resulta patente la equivocidad de la palabra poder, pues el capitán tiene poder sobre su unidad militar, el padre sobre sus hijos, o el funcionario sobre su trabajo: El término poder significa relaciones de naturaleza distinta en cada caso, pues el poder del militar brota y es medido desde las exigencias de las funciones militares, el de los padres desde las necesidades de mantener una familia, y el del funcionario desde la naturaleza del trabajo que le ha sido asignado. En estos casos es inútil dar vueltas a la palabra poder para obtener alguna nota que pudiera caracterizarlo esencial y unitariamente en todos los casos: Son realidades demasiado distintas genéticamente. Porque el carácter objetual en la filosofía práctica no designa solamente un modo de aproximarse al objeto y tratar de conocerlo, sino también de entender su peculiar operatividad desde su razón de existir.

Esto sí lo entendió bien Locke cuando escribía que “But yet we see, that neither the sergeant, that could command a soldier to march up to mouth of a cannon, or stand in a breach, where he is almost sure to perish, can command that soldier to give him one penny of his money”<sup>170</sup>. Y es que, en este ámbito de nuestra vida, destaca el carácter que pudiéramos llamar fragmentario que resulta del plano medio en el que vive normalmente el derecho.

Dpp.Aguilar.73 Desde otro punto de vista, los que propugnan un poder unitario del Estado desde el que surgirían los derechos de los ciudadanos, han de oponerse a esta heterogeneidad de los principios prácticos<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> . “ Chacun de ces actes n’est point une loi, mais seulement une application de la loi”. *Du contrat social*, Garnier, Paris, 1975, p. 251.

<sup>170</sup> . *Of Civil Government Book II*, en “The Works of John Locke”. London, 1823, vol. V, § 139.

<sup>171</sup> . Tampoco está claro que exista esta unidad en los principios de la física teórica: Los enfrentamientos entre Newton, Planck, Gödel, Einstein, etc., llevan a pensar que la razón humana es demasiado limitada para dar razón de una posible unidad sistemática.

Hic!

***Uniformidad política y heterogeneidad jurídica***

Pc 71 Las órdenes presentan un deber-ser anónimo, no tanto porque no sepamos de quien provienen como porque la envoltura externa y gris común a todos los mandatos, no deja lugar para la consideración diversa de los fundamentos y finalidades. El Diario Oficial de cada Estado presenta diariamente multitud de leyes, decretos y órdenes ministeriales que ‘deben ser’ sin más<sup>172</sup>. El espíritu del derecho queda sofocado por la irreflexión que exige el gobernante para ser obedecido. Si en los años ‘30 del siglo pasado los alemanes hubieran estado en condiciones de distinguir la envoltura común a todas las disposiciones legales, de sus fundamentos ontológicos, posiblemente la historia hubiera seguido un curso diferente.

Ciertamente, no son buenos tiempos para hablar del carácter plural de las aplicaciones propiamente jurídicas. Hoy casi nadie recuerda a John Austin (el jurista del siglo XIX), y desde hace treinta años las explicaciones sobre el derecho provienen del campo de los sociólogos. Para ellos sólo existe una totalidad social que se mueve por el principio de acción-reacción (ahora llamado input/output), totalidad que es uniforme porque no consiste más que en la eterna transformación de un único protoelemento. El materialismo uniformador parece haber fundamentado buena parte de las teorías sociológicas más omnicomprendivas que, al mismo tiempo que muestran la sociedad humana, explican la composición última de todo lo que conocemos.

Pc 72 El momento histórico clave que diseñó este tipo de gobierno legal uniforme fue el siglo XVI. Los juristas y filósofos formados en la mentalidad jurisprudencial detectaron este peligro, y para esclarecer este hecho, Domingo Báñez distinguió, a finales de este siglo, el *justum* jurídico que solamente es político, del *justum* propiamente civil o estrictamente jurídico. Pues entre los ciudadanos que viven neutramente (*neuter*) unos con otros, sometidos a una misma jurisdicción política, únicamente existe un justo ‘simple’, pero entre el padre y el hijo existe un poder que llamamos paterno<sup>173</sup>. Para que exista un justo simple bastan tres condiciones: Que la

---

<sup>172</sup> . A veces las leyes incorporan una declaración de motivos; pero la forma más directa de saber qué es lo no pretenden esas leyes es leer tales declaraciones.

<sup>173</sup> . “Inter cives, quorum neuter et sub potestate alterius uterque, tamen sub unius principis, est justum simpliciter. Ratio hujus est, quia simpliciter est justum ad alterum. Secunda

relación se dé entre distintas personas; que exista razón para ser debido; y que haya igualdad entre estas personas<sup>174</sup>. Pero el derecho, que va más allá de la simple neutralidad civil, no todo él es siempre igual, pues el hijo no es simplemente una persona distinta de su padre desde todos los puntos de vista<sup>175</sup>. Aristóteles y Tomás de Aquino –indica Báñez– explican que los ciudadanos se relacionan unos con otros, jurídicamente, a través de las exigencias del bien común, por el que se crean las leyes políticas o *justum politicum*; pero en la regulación de las relaciones paterno-filiales no tomamos inmediatamente como criterio este tipo de lo justo, sino lo que es propio de las relaciones entre padre e hijo, que no se dejan reducir a un criterio tan general como es el del bien común político<sup>176</sup>.

Pc 73 Efectivamente, la política respicit utilitatem, en cierto modo como si todo fuera igual y todos fuéramos iguales, ya que convivimos ‘neutramente’, como indicaba Báñez; lo que no es enteramente cierto; pero baste por ahora esta tesis provisional<sup>177</sup>. El derecho no procede así: Él introduce en el seno del razonamiento la diversidad; pues es de justicia que al vendedor se le entregue el precio de la venta, y que el soldado obedezca al sargento. Esto implica que la estructura del razonamiento jurídico ha de adaptarse a las circunstancias, ya que estos razonamientos son diversos según el “qué es, cuanto, cual, respecto a algo, desde, en algún momento, hallarse situado, estar, hacer, padecer”<sup>178</sup>, y en esta diversidad que atiende a razones, modos o respetos<sup>179</sup>,

---

conclusio. Inter patrem et filium non est justum simpliciter, sed justum quod dicitur paternum”. *De justitia et jure decisiones*, Salamanca, 1594, q. 67, art. 4,

<sup>174</sup> . “Ad justum simpliciter requiruntur tria condiciones. Prima, quod sit ordo ad alterum. Secunda, quod sit debitum simpliciter. Et tertia, quod sit aequalitas”. *De justitia...*, cit., *ibidem*, p. 25-A.

<sup>175</sup> . *De justitia...*, cit., *ibidem*, p. 25-B.

<sup>176</sup> . “Quia D. Thomas et Aristoteles ideo non possunt jus simpliciter inter patrem et filium, quia non immediate respiciunt bonum commune: bene tamen mediate”. *Ibidem*, p. 26-B.

<sup>177</sup> . Pero el derecho proporciona también leyes generales, iguales para todos. Sin embargo, la generalidad de las leyes jurídicas tiene algún matiz distinto del de las leyes políticas. Pues la actividad política presenta una cierta unidad por su unidad de origen; en la actualidad, esta unidad de origen se fundamenta exclusivamente en la legitimidad democrática; basta con ser un gobernante legítimo en este sentido y hacer que crezca la renta nacional. El derecho es más exigente, ya que la categoría de la legitimidad no juega una función tan decisiva; se compone por lo general de reglas, no de normas, porque en el terreno jurídico juega mayor función la racionalidad de lo hecho o de lo decidido.

<sup>178</sup> . Aristóteles, *Libro de los Tópicos*, cit.

<sup>179</sup> . Hemos perdido la conciencia de estas realidades modificadoras de las relaciones. En el castellano hablado hoy solamente queda una expresión que los representa: “Bajo este punto de vista”. Pero suele ser usada en otros contextos.

habremos de considerar diversamente cada serie de problemas según lo que es universal y accidental (109b<sup>180</sup>), lo que está en un lugar y lo que está en otro, lo que hace y no hace la mayoría (110<sup>a</sup>), lo que se dice del mismo modo o de maneras distintas (110b), lo que se puede sustituir por un nombre más conocido y lo que no (111<sup>a</sup>), lo que será aceptado socialmente y lo que no gozará de este carácter (112<sup>a</sup>), lo que implica más cosas, lo que es más simple, lo que se da necesariamente, frecuentemente u ocasionalmente (112 a y b), lo que es idéntico, diverso, contrario y contradictorio (113<sup>a</sup>, a lo que hay que añadir las explicaciones del juez Hohfeld), lo que está implicado en otra cosa y lo que no (114<sup>a</sup>), lo que es semejante y disímil (114b), también desde el punto de vista del más y del menos (115<sup>a</sup>), lo que es igual, más o menos (115b), lo que es duradero y estable y por tanto deseable, y lo que no es así (116<sup>a</sup>), lo que es deseable por sí mismo o por otra cosa (116b), etc.

Pc 74 Las medidas políticas también responden a necesidades distintas, y tienen estructuras diferentes: No es lo mismo la reglamentación para construir un puente que las órdenes dictadas para reorganizar la enseñanza secundaria. Pero, como indicaba Domingo Báñez, para que la actividad política se desarrolle basta con que los ciudadanos convivan entre sí sin alguna vinculación especial. Esta neutralidad conlleva que la autoridad política es la protagonista de lo que hay que realizar, de forma que ella ha de decidir crear, y dotar de fondos, y dotar de competencias a los que han de intervenir en la creación de una entidad. Pero notemos que estas leyes y reglamentos que persiguen fines diversos tienen todos la misma naturaleza, e incluso una presentación externa uniforme. El derecho, aunque participa de algunas de estas notas, es algo distinto, porque si es la autoridad pública la que ha ordenado construir la red de embalses de España, no es esta autoridad la que ha creado la mayor parte de los institutos del derecho civil. En cierto modo —es cuestión de matices— las realizaciones políticas son cuestiones de poder hacer de acuerdo con los fondos disponibles y según condicionantes políticos, y dependen decisivamente de la potestad (potestas) pública.

El derecho, en cambio, escapa en mayor medida al control del poder público, (que en él se ocupa ante todo del establecimiento de un cauce procesal coactivo para su realización final), y las relaciones jurídicas aparecen más como cuestión de autoridad (auctoritas) multiforme que no de la uniforme gestión administrativa. Al hablar de autoridad me refiero ante todo a la autoridad que posee por sí mismo cualquier

---

<sup>180</sup> . Estas enumeraciones se refieren al *Libro de los Tópicos* de Aristóteles.

problema propiamente jurídico. Porque todo el derecho administrativo ha sido creado por el poder público, pero la mayor parte de los contenidos del código civil estarían vigentes aún cuando el poder no hubiera dictado esta ley. Esto explica que en las reuniones nocturnas de los más jóvenes, en las que se consume bastante alcohol –entre otras cosas-, la autoridad deba ocuparse de señalar lugares en las que no se moleste a los vecinos; pero las restricciones legales para que los menores de edad no consuman alcohol ya no se basan en igual medida en las disposiciones simplemente administrativas<sup>181</sup>.

Estas diferencias no son entendidas por el estilo de los sociólogos. Como ya indicaba, para ellos sólo existe una totalidad homogénea en la que pueden calcular binómicamente el más y el menos. Es la forma de pensar que arrancó de la mecánica de Descartes, prolongada por las explicaciones de Newton; pero a comienzos del siglo XXI sabemos que la mecánica newtoniana es válida sólo sectorialmente, y no sólo para un sector completo de la realidad física, sino válida –dentro de su sector- solamente en ocasiones<sup>182</sup>. Efectivamente, esta visión totalizante de las realidades sobre las que trata nuestro conocimiento ha caído ante los embates de la mecánica cuántica, que muestra tendencias –muchas y distintas- que no pueden ser reconducidas al esquema simplista de acción-reacción o, usando terminología más contemporánea y relamida, al del input/output. Esta multitud de tendencias de las partículas muestra la insuficiencia de las omnipresentes y excluyentes causas eficientes que, mediante sus movimientos por impulsiones, constituían la columna vertebral de la física anterior al siglo XX.

Lo que corresponde plantear es si estos esquemas totalizantes, propios de los sociólogos –poco importa que citemos a Parsons o a Luhmann- pueden ser desconectados de aquella base teórica inicial, atomista y materialista, fundada en la mentalidad que hizo posible la mecánica de Newton. Estamos ante un mismo problema, ya tratado y que volverá a serlo, que reaparece con caras distintas. La condición

---

<sup>181</sup> . Un sector de nuestra cultura puede admitir (desde luego a regañadientes) esta irreductibilidad de los bienes, de las normas y principios. Pero inmediatamente impone un marco unitario para su realización, pensando quizá que en nuestra sociedad cada cual puede hacer lo que quiera, ganar dinero o empeñarse en ser santo. Este pensamiento es demasiado abstracto y desencarnado, y lo más sensato parece que es lo que indica Viola: “Esta falta de medida del bien moral no permite que haya un único proyecto de vida igual para todos los hombres”. *De la naturaleza a los derechos..*, cit., p. 119. Estos marcos unitarios que tanto abarcan son nocivos para nuestra propia comprensión política.

<sup>182</sup> . Einstein publicó su primer estudio sobre la capilaridad, porque la capilaridad, junto con otros muchos hechos, es inexplicable desde los estrechos moldes de la mecánica clásica.

postmoderna se basa ante todo en los resultados aparentemente desalentadores de la crisis del método científico newtoniano, crisis que para muchos es sinónima sin más de la pérdida de operatividad de cualquier método científico. Cabalmente, sólo ha entrado en crisis un método que se ha mostrado insuficiente y, cara a las cuestiones atómicas de la física, engañoso. Pero en realidad ha sido una crisis motivada por el éxito del avance en las explicaciones científicas, por lo que cabe decir que hoy estamos en mejores condiciones científicas que hace cien años. Solamente quien vivencie que el hundimiento de la mecánica clásica como esquema mental omnicomprendido de cualquier realidad, implica una crisis de la ciencia sin más, se sentirá desconcertado: Pero éste es un problema de sentimientos personales. Hoy sabemos que el movimiento por impulsiones se fundamenta en tendencias o finalidades que recuerdan más a los movimientos biológicos que no a los que describieron Demócrito o Newton. Esta comprobación implica que podemos extender a las conductas humanas el esquema heurístico de las distintas finalidades o tendencias.

Pero la diversidad de los bienes protegidos por el derecho determina la complejidad (más allá de la simple complicación) de las relaciones jurídicas y de los razonamientos del derecho. Esta complejidad hace que lo procedente en un caso sea poco recomendable en otro caso similar: El azúcar es un buen alimento, pero es un veneno para algunos enfermos. Los bienes y los principios jurídicos no tienen cada uno un puesto inmutable –según su importancia- en el orden práctico, sino que suben y bajan en la escalera de la relevancia jurídica. Los filósofos formados en una metafísica rígida, como era la de Molina, Suárez o Wolff, no quisieron admitir esta relatividad en la aplicación de los principios morales y jurídicos. Para ellos existiría un orden necesario de las conductas, orientado en todo momento a la realización de la naturaleza racional. Pero el jurista que tiene que aplicar las reglas generales a los problemas concretos no observa tal escalonamiento inmóvil de estos principios y reglas. Los bienes suelen ser casi siempre los mismos (a veces cambia la intuición del valor que constituye al bien concreto), pero las reglas a las que hay que recurrir para intentar hacerlos realidad pueden ser distintas según las circunstancias. Pero este hecho Tomás de Aquino atenía que los principios que hay que aplicar han de ser elegidos en función de las conclusiones a las que hay que llegar<sup>183</sup> .

---

<sup>183</sup> . Sus declaraciones sobre estos tropos hermenéuticos son frecuentes. Vid., por ejemplo, *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 4, en donde explica que aquello que es bueno para uno

Este tipo de declaraciones expuestas llevan hacia una filosofía práctica que no es ni metafísica (en el sentido aludido) ni relativista según el consecuencialismo hoy de moda. Los que tienen ante su vista permanentemente los principios únicos, no siempre entienden estas explicaciones, porque estas personas tienden a confundir el bien mismo que hay que alcanzar con los principios prácticos en los que se corporeiza –por así decir- ese bien: Lógicamente, para estas personas, la no aplicación de estos principios representa una negación de la meta última del hombre. Pero el derecho se mueve en un plano medio de la vida humana: Ni lo permite todo, ni nos ordena actuar según fines últimos. El razonamiento jurídico se mueve a gusto en tantos planos como cosas hay que realizar, y según los modos correctos cómo se ha de alcanzar cada vez cada cosa en cada contexto concreto. Pues en muchos casos son más decisivas las relaciones entre los bienes en conflicto que no los principios generales que hay que postergar; es imposible calcular por anticipado la infinitud de relaciones que se presentan ante el estudioso.

Pc 75 La prosecución de estos bienes que se representan en las frases de término medio, no representa la simple inordinación de las conductas en la relación de fin-medio, como si las actuaciones humanas fueran simplemente finalistas según una meta última, y siempre constante. Ciertamente, nuestro momento histórico (tan cargado de moralidad), tiene una facilidad singular para remontarse a principios últimos, como apreciamos especialmente en la actividad de un Tribunal Constitucional. Pero también la jurisprudencia de un tribunal así se ve sometida a la tensión que le originan principios normativos distintos, porque ninguna Constitución expresa un solo buen deseo o un solo principio jurídico. Porque los bienes, valores y principios en que se encarnan los derechos son múltiples, y no sabemos a priori cual de ellos prevalecerá concretamente, postergando a los demás. En un caso extremo, éste era el motivo por el

---

porque le es proporcionado y conveniente, eso mismo puede ser malo para otro porque no le es proporcionado ni conveniente. En *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 1. explica que “Respondeo dicendum quod prudentia est circa contingencia operabilia. In his autem non potest homo dirigi per ea quae sunt simpliciter et ex necessitate vera, sed ex his quae in pluribus accidunt: Oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus concludere”. Añade en este mismo lugar que existen dos entendimientos distintos, uno que se ocupa de los principios, y otro que extrae las conclusiones. Tema que reitera en los *Comentarios a la Ética*, § 1247. Explica que no ha de haber conexión necesaria entre las conclusiones y los principios. Vid., por ejemplo, *Suma teológica*, I, q. 82, art. 2.

que Pompeyo, impedido por el mal tiempo para embarcar sus tropas, comentaba que lo importante era navegar, no vivir<sup>184</sup>.

Pc 76 Ciertamente, se podría objetar que las leyes establecen jerarquías de bienes según la diversidad de las situaciones y de los bienes en juego en cada una de ellas, y que esta actividad es la misma que la de la ciencia del derecho. Efectivamente, cualquiera puede observar que un ordenamiento jurídico es más que un simple amontonamiento de tópicos, principios o normas. Pero esta percepción afecta más a la envoltura externa del derecho –que suele ser presentado según pirámides normativas– que no a los contenidos declarados expresamente caso a caso<sup>185</sup>. Ni la definición genética inicial ni el axioma primero pueden controlar este juego de principios y normas intermedias que no ocupan un lugar inmutable en una jerarquía fija, sino que suben y bajan según las necesidades del momento<sup>186</sup>. Por lo que si es importante el momento deductivo en la creación y aplicación del derecho, no menos relevante es el inductivo, que puede traer a la consideración del que ha de juzgar exigencias no previstas inicialmente. La ausencia de un limpio rigor deductivo muestra la imprevisibilidad y variabilidad del discurso práctico, e igualmente la posibilidad del

---

<sup>184</sup> . “E poichè la vita dell’uomo è assai da più di quella de’brutti; e però questa seconda parte domina sulla parte prima del diritto naturale: onde in conformità di quello che una volta disse Pompeo, impedito dalla tempesta a non poter partire per la guerra, il navigare è necessità e non el vivere”. G. Vico, *De universo juris uno principio e fine uno*, ed. cit., p. 120.

<sup>185</sup> . Quizá una de las razones últimas de este hecho la explicaba Tomás de Aquino con su sencillez habitual cuando aludía a aquello que es malo y vicioso para uno, porque le es desproporcionado, eso mismo es bueno y virtuoso para otro porque le es proporcionado y conveniente: “Ad tertium dicendum quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, propter diversas conditiones, contingit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosi, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosi, tanquam eis non proportionati”. Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 4, resp.

<sup>186</sup> . Carlos-Ignacio Massini alude a este ‘plano medio’ escribiendo que “Desde este punto de vista, desaparece todo el ámbito de los ‘bienes intermedios’ o de los ‘valores humanos’ fundamentales, para quedar reducida toda la eticidad, de un modo simplista y elemental, a un único postulado ... el método tradicional de la ética: dialéctico o ‘tópico’, adecuado a la mutabilidad, variedad y complejidad de su objeto, es sustituido aquí por un remedo de las matemáticas ... En lo que a nuestro tema interesa de modo principal, es necesario destacar la eliminación de todos los que podríamos llamar ‘bienes humanos fundamentales’, aquellos que sin ser el bien absoluto, son bienes o valores reales en orden a la perfección humana. Es necesario recordar aquí que, como escribe De Finance, ‘el término ‘valor’, del mismo modo que el término ‘bien’, es analógico. No hay un género ‘valor’ que se distribuiría unívocamente entre los diversos ‘valores’ particulares. Hay ‘valores’ cualitativamente diversos, entre los que es imposible establecer un sistema de equivalencias”. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., pp.73-74.

error. Obviamente, un juicio definitivo sólo puede ser un juicio final, como indicaba Fernando Inciarte<sup>187</sup>.

Pc 77 Aquí se nos presenta el problema que podemos llamar de los puntos terminales del razonamiento ético. Porque Thomasius o Gundling, o Ahrens y Stammler más tarde, o Habermas y Rawls hoy, proponen esquemas universales como puntos de referencia de la actuación moral. Pero exponer así las referencias de nuestros actos entraña una cierta falacia, porque aunque alguien asuma alguno de estos axiomas, o aunque los asumamos todos a la vez por mor de un talante universal que nada excluye, no acaba de ser correcto hablar del fomento de la sociabilidad, de la consecución de la felicidad personal, o de hacer realidad nuestros intereses como fines exclusivos de nuestros actos. Cuando alguien que va de camino a la Facultad es interrogado sobre lo que hace, no dice “trato de hacer realidad mi libertad”, o “persigo mis intereses”. Esto muestra que los apoyos terminales reales de la racionalidad práctica se fragmentan en tantos principios como cosas hay que hacer, y de poco nos sirven las totalidades sistemáticas que anticipan analíticamente los teoremas desde los postulados<sup>188</sup>, aunque reconozcan que el contenido concreto de esos postulados es contingente: Algunos filósofos actuales tranquilizan su conciencia dogmática manifestando que están abiertos a la historia, o porque rechazan verbalmente cualquier metafísica u ontología. El auge de la sociedad capitalista nos hace hoy entender más difícilmente el tema de las complejidades humanas, porque el capitalismo ha dejado de ser una actividad simplemente económica y las estrategias para las ganancias monetarias se han convertido en fines simultáneamente medios y últimos, de forma que los modos de vida han cambiado los conceptos a través de los que nos entendemos a nosotros mismos. La penetración de esta mentalidad ha sido tan profunda que la sociedad considera socialmente desviado a quien desatiende este requerimiento universal. Pero la existencia de personas de mayor calidad humana que anteponen el

---

<sup>187</sup> . Vid. F. Inciarte, *Sobre la verdad práctica*, cit., pp.159-216. Este estudio puede ser calificado de clásico de la exposición de la ética aludida en el texto principal.

<sup>188</sup> . Sir Francis Bacon nos advertía que “No se puede permitir que el entendimiento humano vuele de los casos particulares a los axiomas más remotos y generales ... y pruebe y confirme los axiomas intermedios mediante la inmóvil verdad de los mismos. Esto es lo que se ha hecho hasta ahora ... Los axiomas inferiores apenas difieren de la experiencia desnuda, pero los supremos y más generales ... son puramente conceptuales y abstractos, sin medida de sólido. En cambio, los axiomas medios son verdaderos, sólidos y vivos, y en ellos está puesta la fortuna del género humano”. *La gran restauración*, trad. de M. A. Granada, Alianza, Madrid, 1985, Aforismo CIV, p. 159. Constituye también una advertencia para aquellos que intenten justificar las reglas particulares según se inserten o no en una ‘teoría política’.

sentido de la dignidad o de la profesionalidad a las ganancias económicas, es la mejor muestra de la irreductibilidad de nuestras actividades a un solo fin. A pocos les puede convencer un saber que va desde lo más general a todo lo concreto, abarcando la totalidad de la realidad humana ¿Tanto cuesta reposar la inteligencia en los pasos intermedios? El afán de plenitud evidencia debilidad.

Pc 78 Además, se produce continuamente un hecho que los tratadistas de ética suelen olvidar, que consiste en que las personas se habitúan a estos bienes, normas y principios intermedios en tanto que intermedios. Si una persona fuera realmente omnisciente (como el juez Hércules al que alude Dworkin), esto no sería así; pero ni los seres humanos somos omniscientes, ni disponemos de una fuerza de voluntad ilimitada. Al habituarse cada grupo a lo que es propio del plano intermedio al que ha llegado su cultura, surgen estilos de vida distintos. De ahí la doctrina romanista sobre el *jus positivum*, que es propio de cada comunidad, y distinto de una a otra<sup>189</sup>; de ahí esa variabilidad en las valoraciones a que alude Pascal, distintas según el norte o sur de los Pirineos; y sería difícil mostrar que nuestro estilo de vida globalmente considerado es superior al del otros grupos<sup>190</sup>. Ello motiva que en el plano real y eficiente, esta retroalimentación ética que está montada sobre bienes y principios intermedios cumpla una función decisiva como generadora de justicia. Ciertamente, siempre cabría la posibilidad de condenar este ver a medias en nombre de principios más altos. Pero esto es condenar al hombre por ser hombre, porque el hombre es un ser que no puede normalmente perseguir fines básicos directamente<sup>191</sup>. El ser humano vive en un entramado de normatividades en las que la realización o el cumplimiento de la norma concreta que hace al caso según la discreción personal, determina frecuentemente la

---

<sup>189</sup> . El problema de los estilos de vida nos lleva hoy a equívocos, porque algunos confunden sin más el reconocimiento de este hecho con los problemas específicos del multiculturalismo. No es éste el planteamiento de este estudio.

<sup>190</sup> . Este problema lo suelen resolver algunos filósofos del derecho, hoy, aludiendo a la superioridad de la sociedad permisiva sobre la perfeccionista. Establecen un dilema, porque ni la sociedad permisiva es preferible sin más (ni es cierto que exista tal como la exponen) ni la sociedad perfeccionista es necesariamente totalitaria o especialmente autoritaria: También la sociedad ‘permisiva’ implica de hecho fuertes exigencias normativas concretas.

<sup>191</sup> . William Markby nos advertía que “We are told that although the happiness of propre is the ultimate end of government, it is useless to attempt to arrive at happiness by placing that object directly before us”. *Elements of Law considered with reference to Principles of General Jurisprudence*, 6ª ed. Oxford, 1871, § 48. Efectivamente, el que se proponga directamente ser una persona digna, antes acabará en la vanidad que no en la dignidad.

pregunta por la justicia. Este hecho provoca la desazón habitual en la persona que pretende hacer justicia de forma universal.

Pc 100 Frente a esta representación de la unidad está presente la diversidad de las estructuras de las relaciones, y a veces también su irreductibilidad, porque si estudiamos el espíritu del derecho romano en los juristas que mejor lo expusieron<sup>192</sup>, vemos que las virtudes son muchas, en parte porque son diversos los bienes externos a que ha de tender un hombre, en parte porque son distintas las actitudes de cada persona ante los bienes que puede lograr. A esto han de añadirse los derechos innegables de aquello que ha sido postergado en la decisión, pues ya escribía Baruch Spinoza que “Nada de lo que tiene de positivo una idea falsa es suprimido por la presencia de lo verdadero, en cuanto verdadero”<sup>193</sup>. Una tesis que es reiterada hoy por MacIntyre cuando insiste en que “El elegir no me exime de la autoridad de la pretensión a la que elijo oponerme”<sup>194</sup>.

Pc 79 La multidimensionalidad de la noción de justicia se dilata más alta y profundamente. Porque parece que lo justo es volver bello lo feo, educar al iletrado o dar de comer al hambriento: Realidades que no son reductibles las unas a las otras<sup>195</sup>. A su vez, la injusticia no consistiría únicamente en no observar las reglas del juego como en tratar a cada realidad desde un punto de vista que no le es propio o doméstico: En tratar a la belleza según consideraciones económicas, o al trabajo según

---

<sup>192</sup> . En el siglo XVI aparecieron juristas y filósofos del derecho romano y del *Jus Commune*. Tal fue el caso de Bologninus, Joaquín Hopper, Johannes Oldendorp o François Conan. Sobre ellos, vid el estudio de M. J. Rodríguez Puerto, *La Modernidad discutida. Iurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Universidad de Cádiz, 1998.

<sup>193</sup> . *Ética demostrada según el orden geométrico*, cit., Prefacio de la Parte IV, p. 257.

<sup>194</sup> . *Tras la virtud*, cit., p. 181. Esta diversidad ética fue desdibujada en la Baja Edad Media por ese modo de sentir que fue expuesto tan ampliamente por Juan Duns y sus numerosos discípulos, que mantenían que “Omne ens morale pendet ex voluntate”, con lo que realizaron casi exclusivamente la buena voluntad personal en la determinación de la moralidad. Es la misma actitud que hoy mantienen autores tan distintos como Rawls o Habermas. Pero la buena voluntad es una realidad en principio uniforme, y esta uniformidad, que conduce a la simple alternativa entre el bien y el mal, parece desviarse de las distintas posibilidades en la formación del carácter. Con el tiempo, bien insistieron en el cumplimiento de las reglas morales concretas como la esencia de la bondad moral, bien dominó la mentalidad de tipo estoico que entendía que las virtudes no se han de practicar para obtener otro bien o, mejor dicho, un bien distinto del de la práctica de la misma virtud; porque muchos entendieron que la virtud ha de ser necesariamente su propio fin, y su propio motivo; para esta mentalidad era fundamental la creencia de que sólo existe un modelo de virtud. Para esta última idea, vid. MacIntyre, *Tras la virtud*, cit., p. 287.

<sup>195</sup> . Wittgenstein explicaba que “Die Sachverhalten sind von einander unabhängig”. *Tractatus logico-philosophicus*, en “Werkausgabe”, 1,1, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

consideraciones ajenas a la profesionalidad. Se trata de diferencias realmente cualitativas que no pueden ser explicadas desde una doctrina ética lineal que únicamente considere la evolución y diversificación de un protofenómeno; este hecho lo hubieran entendido bien Aristóteles o Juan Duns Scoto; pero ahora resulta más difícil comprenderlo porque nosotros, desde el siglo XVII, no atendemos a los hombres, sino a sistemas de ética abstractos que pretenden encontrar un *unicum verum* desde el que pueda ser deducida la orientación de la vida humana. Pascal se ocupó de este problema, y quizá sus críticas puedan quedar expuestas resumidamente en su pensamiento 332: “La tiranía consiste en el deseo de dominación universal y fuera de lo normal. Hay diversas divisiones: de fuertes y 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. No lo entienden así, y su falta consiste en querer reinar sobre todo. Nada puede ser tal cosa, ni aún la fuerza; nada puede ésta en el reino de los sabios ... Ved una muestra de discursos falsos y tiránicos: ‘Yo soy bueno y se me ha de temer. Yo soy fuerte y se me ha de amar ... La tiranía consiste en querer conseguir por un camino lo que no se puede conseguir más que por otro. Hay deberes distintos con cada distinto mérito: deber de amar la bondad, deber de temer la fuerza, deber de creer en la ciencia. Cada cualidad de éstas puede exigir lo que se le debe, que es injusto negarle; pero también es injusto pedir otras cosas’<sup>196</sup>. El pensamiento antiguo no había tenido problemas con este tema, porque Hegel nos informa que “no puede negarse que lo que a Aristóteles le interesa no era, en modo alguno, reducirlo todo a una unidad o reducir las determinaciones a una unidad de contraposición, sino, por el contrario, retener cada cosa en su determinabilidad, e investigarla así”<sup>197</sup>.

Pc 80 Los impulsos del siglo XIX en pro de una consideración realista del derecho (pues el positivismo jurídico decimonónico basó su superioridad en su atenerse a los hechos, frente a los ensueños del derecho natural), condujeron a que finalmente se acabara identificando el derecho con un tipo determinado de coercibilidad. No parece éste un camino seguro: El capitán manda sobre su barco, el acreedor sobre su deudor, el

---

<sup>196</sup>. *Pensamientos*, cit., pensamiento n° 267, p. 105.

<sup>197</sup>. *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. de W. Roces, FCE, México, 1985, vol. II, p. 252.

profesor sobre sus alumnos, y todos ‘mandan’ de formas distintas, esto es, según relaciones de relativa superioridad que tienen estructuras diferentes porque sus razones de ser son igualmente diversas: Difieren las funciones y difieren las estructuras. Atendiendo a esta noción aparentemente común de ‘mandar’, el siglo XIX no dudó en calificar a los hechos jurídicos como un simple ‘poder dominador?’, un *Herrschergewalt*<sup>198</sup>. Esto no es correcto, porque se trata de unas relaciones de mando que poco tienen en común, a las que ni siquiera se les adecuan palabras comunes como mando o dominio, a no ser que las tomemos en sentidos muy amplios. Estas exigencias solamente pueden ser unificadas en su origen por la categoría del deber, y en su tramo final por la aplicación de un cauce procesal coactivo. La ciencia romanista del derecho conocía estas realidades distintas de la palabra mandar, representadas por la de *jurisdictio*, y Francisco Suárez explicaba que las distintas potestades jurídicas pueden ser de órdenes distintos, mientras que el poder político es uno solo, porque no reside en una persona, ni en grupo de personas, sino en el conjunto del pueblo<sup>199</sup>.

Pc 81 Uno de los más perspicaces representantes de la cultura ética contemporánea, G. E. Moore, se empeñó en no reconocer estos hechos, y propuso nada menos que una “general inquiry into what is good”<sup>200</sup>. Él reconoce que no podemos encontrar una cosa universal que otorgue la bondad a las conductas, que sea distinta de esas mismas conductas, y a ese empeño equivocado lo calificó de ‘naturalistic fallacy’<sup>201</sup>. Pero quiere considerar la ética como una ciencia sistemática, como lo son la física o la química, y se ve obligado a distinguir entre ‘the good’ y lo simplemente

---

<sup>198</sup> . Vid., por ejemplo, G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, vol. I, p. 158. Jellinek criticaba esta visión del derecho.

<sup>199</sup> . “Ex vi tali donationis non est haec potestas in una persona, neque in peculiari congregatione multarum, sed in toto perfecto populo, seu corpore communitatis”. *Defensio Fidei Catholica adversus Anglicanae sectae errores*, Coimbra, 1613, L. III, cap. 1, § 5, “quia ex natura rei – explica en el § 7- solum et haec potestas in communitate”.

<sup>200</sup> . *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge University Press, 1993, §, 2, p. 54.

<sup>201</sup> . *Principia Ethica*, ed. cit., § 10, p. 62. Más adelante, en el § 25 de esta obra, explica de forma más completa su noción de “naturalistic fallacy”: “The theories I propose to discuss may be conveniently divided into two groups. The naturalistic fallacy implies that when we think ‘This is good’, what we are thinking is that the thing in question bears a definite relation to some one other thing. But this one thing, by reference to which good is defined, may be either what I may call a natural object –something of which the existent is admittedly an object of experience- or else it may be an object which is only inferred to exist in a supersensible real world”. La “naturalistic fallacy” sería así “the failure to distinguish clearly that unique and indefinable quality which we mean by good”. Op. cit. § 36, p. 111. En realidad, tal falacia consiste en reconocer (según se desprende del conjunto de su obra) que lo que llamamos ‘good’ puede consistir en cosas distintas.

‘good’<sup>202</sup>. El adjetivo, según él, es completamente simple, unanalysable, indefinable<sup>203</sup>, pero el sustantivo expresado por ‘the good’ ha de poder ser analizado, y si no fuera así él no escribiría su tratado de ética. Fue penoso que una persona lúcida estuviera dominada por el viejo ideal de la ciencia sistemática que exigía ante todo un *principium primum* desde el que partir, y que no puede entender que cada cosa tiene su propia perfección. No una perfección racionalmente inmutable, al modo de Molina y Suárez, sino una perfección que depende también de circunstancias: hay buenos caballos para correr, y buenos caballos para pasear. Además, si entramos en un campo más específicamente humano, una persona puede ser valorada desde diversos puntos de vista: su belleza, su capacidad técnica, su buena voluntad, su educación, su sentido de la oportunidad, etc.

---

<sup>202</sup> . Así lo hace en el § 9 de sus *Principia Ethica*, ed. cit.

<sup>203</sup> . *Principia Ethica*, ed. cit., § 24, p. 89.