

## Los cambios en la ciencia y la doctrina de la ley natural

Es preciso indicar unos *praenotanda* para introducir este tema abstracto en un estudio dedicado a los derechos. Sucede que nuestra cultura está dividida, no sólo en temas más prácticos, como son el aborto o la eutanasia, sino también en la afirmación de la condición personal del ser humano. Existen dos actitudes últimas en este tema; una es la de los que mantienen que el ser humano es una persona y que, desde este carácter personal *décourent* sus derechos básicos; estos derechos primeros han de ser completados en un segundo momento por consideraciones racionales para declarar el perímetro y alcance de cada derecho. La otra actitud básica es la de los que afirman que los derechos existen, pero no sabemos por qué; mantienen que el consenso existente de hecho en torno a ellos es suficiente; en este segundo grupo han aparecido diversas teorías sobre la justicia que tienen en común su igual negación –o no mención- de la cualidad personal del hombre y la sustitución de la condición personal por construcciones racionales que normalmente están basadas en la igualdad de los sujetos; resultaría así que la persona debe sus derechos a razonamientos que se los atribuyen. El autor de estas páginas está convencido que el ser humano tiene derechos porque es persona, y no acepta que sean las personas las que deben su condición a razonamientos que ellas mismas hacen; y, puesto a tratar este tema, alude a la naturaleza de estos *constructos* que nos otorgan tantos derechos.

Ya no estamos en los tiempos revolucionarios en los que los filósofos mantenían que los hombres poseemos derechos naturales que son desconocidos por el poder del Rey. La Revolución pasó, y con ella desaparecieron también las reivindicaciones de los derechos naturales del ser humano. En aquel entonces entendían que cada hombre es una *persona*, y unos mantenían esta naturaleza personal porque –explicaban- ésta era una concesión de la ley natural. Otros, más nominalistas, escribían que la nota de la personalidad era una cualidad del hombre y que, por constituir una cualidad y no un derecho otorgado por alguna ley (entonces sería una *facultas*), todo ser humano

constituía una persona antes de que interviniera algún tipo de legislación<sup>1</sup>. Pero el siglo XIX no concedió operatividad jurídica ni la cualidad moral de la personalidad, ni a los derechos que hasta entonces habían sido considerados naturales porque los hombres ya los poseían en el estado de naturaleza<sup>2</sup>, y se produjo un vacío argumentativo o justificatorio porque es preciso seguir afirmando los derechos de las personas, y ahora es más difícil cuadrar este círculo. Al no ser lícito recurrir a una u otra argumentación modernas, han puesto el listón *teórico* muy alto para las argumentaciones sobre los derechos de las personas, y ha sido preciso cambiar la máquina para tocar la misma música.

Este hecho contradictorio vuelve especialmente difícil cualquier discurso sobre los fundamentos de los derechos. Andrés Ollero escribió en cierta ocasión, en una frase que ha devenido clásica, que el tratamiento de los derechos humanos compone un tema que siempre está a medio camino entre el mitin y la homilía<sup>3</sup>. No se trató de una expresión simplemente ingeniosa, porque en este tema son ciertas dos cosas: una, que bastantes de los defensores actuales de estos derechos –y que en algunos casos fueron los que comenzaron a hablar de ellos en la segunda mitad del siglo XX- no encuentran un fundamento para expresar que todos tenemos derecho a la vida; y la otra, que tales derechos constituyen hoy el fundamento de nuestra cultura política y de buena parte del derecho que todos vivimos cotidianamente. Esto es, hay que fundamentar un hecho muy real en algo que carece de la realidad que sí posee el hecho de la cotidianidad que ha de ser mantenido y regulado.

Tenemos hoy teorías sobre la justicia, con las limitaciones señaladas. Pero algunos nos quedamos inquietos porque no entendemos cómo se pueden afirmar y defender las manifestaciones de las personas echando manos de *teorías* más o menos axiomáticas. Pues uno es el momento para axiomatizar –como hacen en las Facultades

---

<sup>1</sup> . Estudié este tema en un primer momento en *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la "persona jurídica"*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" (1987) págs. 477-522. Más tarde, amplí su estudio en *El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica*, en F. Carpintero (ed.) "El derecho subjetivo en su historia". Universidad de Cádiz, 2003, págs. 54-107, porque las fuentes muestran que la noción de persona en el sentido y con el alcance indicado arriba, es anterior a la Edad Moderna. Estos estudios están disponibles en la web franciscocarpintero.com.

También aludí a este tema en *El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval*, Universidad Panamericana-Editorial Porrúa, México D.F., 2006.

<sup>2</sup> . Vid. mis estudios *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa, per totum*, especialmente págs. 25-48. *Una introducción a la ciencia jurídica*. Civitas, Madrid, 1988, págs. 23-114. Este último estudio está disponible en la web franciscocarpintero.com.

<sup>3</sup> . Vid., entre otros lugares, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Edersa, Madrid, 1982, pág. 127.

de Ciencias Exactas- y otro es el momento para que nos tomemos en serio unos a otros. De hecho, Kelsen, que fue el gran teórico positivista porque hizo posible introducir lo que él entendió que era la vida jurídica en un sistema bastante cerrado de conceptos, hubo de *deducir* a las personas en el derecho desde su teoría; era tal la prevalencia del momento demostrativo del cuerpo lógico-normativo que él exponía, que hubo de declarar que las personas solamente constituían (en la teoría del derecho) un concepto secundario o auxiliar (*Hilfsbegriff*), ya que el ordenamiento jurídico podía ser explicado desde el solo cuerpo de normas, sin necesidad de recurrir a esos elementos extraños como eran las personas; éstas, según Kelsen, únicamente constituían un punto de ‘atribución’ (*Zuschreibung*) de un sector del orden jurídico<sup>4</sup>. Resultaba así, impecablemente desde el rigor lógico de esta teoría, que los judíos en el III Reich solamente componían uno de los puntos de atribución de un sector del cuerpo estatal de normas jurídicas.

Jellinek, en un raro alarde de sinceridad, explicaba a comienzos del siglo XX que existen dos actitudes ante los temas más básicos de la convivencia: la cristiana y la atea<sup>5</sup>. Ahora no trato de convertir este estudio en un tema confesional, pero es necesario tomar en serio esta observación de Jellinek porque es innegable que las actitudes últimas, que ante todo alcanzan a la fe religiosa, determinan pesadamente lo que podamos escribir sobre los fundamentos del derecho.

Quién quiera conocer el guión más interno de estas páginas tiene a mano un breve estudio: *La “adaequatio hermeneutica” en Tomás de Aquino*<sup>6</sup>. Hablo de Tomás de Aquino y parece pertinente preguntarse si es lícito hoy recurrir a un autor del siglo XIII. Pues parece que la ciencia específicamente moderna, la que desarrollaron entre Galileo y Descartes, sintetizada genialmente por Newton, ha mostrado el poco valor del ‘sentido común’ con que procedieron Aristóteles, Tomás de Aquino, Guillermo de Ockham o Leibniz. Pero Aristóteles, Aquino, Newton, Einstein o Luhmann han procedido de la mano de sus intuiciones personales: Popper comentó el alguna ocasión

---

<sup>4</sup> . Kelsen dedica todo el parágrafo 23 de su *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960, al tema de *Rechtssubjekt-Person*.

<sup>5</sup> . Georg Jellinek escribía que “Eine flüchtiger Blick in die Literatur lehrt, dass eine und dieselbe und daher aufhebende Ursache zurückgeführt wird. So ist dem Eine moderne Kultur eine christliche, also ein Produkt des christlichen-religiöse Geistes, während der andere in die Ueberwindung der religiösen durch die naturwissenschaftliche nichts als Ergebniss ungeheurer sociales Menschenwirkungen”. *Das Recht des modernen Staates*, Erster Band, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1900, pág. 85.

<sup>6</sup> . Publicado en “Philosophica” (Valparaíso) 35 (2009) págs. 95-120. Estudio disponible en la web franciscocarpintero.com.

que Einstein le había indicado que él –Einstein- había procedido como un saltador de caminos desde el punto de vista del método científico; de hecho, la teoría de Einstein no sólo no será nunca verificable, sino que parece que tampoco es siquiera falsable; al menos, hoy todavía no. La ciencia moderna mostró la poca fiabilidad del *common sense* cuando es aplicado a cuestiones que están más allá de la empiria; y la ciencia contemporánea –pensemos en Bohr, Planck, Heisenberg o Gödel- nos ha enseñado a desconfiar de los marcos conceptuales más generales sobre los que fue montada en su día la ciencia moderna. Paul Feyerabend nos ha mostrado que solamente disponemos de la *Fingerspitzengefühl*, sensibilidad en las yemas de los dedos, y debiera haber añadido que esta sensibilidad está guiada siempre por el genio intuitivo y creador de cada investigador.

Dejemos de lado las explicaciones que pueden parecer esotéricas y retengamos lo que parece científicamente inesquivable. Perdido el paradigma de la máquina newtoniana universal, la dialéctica de la razón contemporánea se lanza algo compulsivamente hacia las posibilidades de las ideas biologicistas, pero faltándole un modelo unitario. Aristóteles y el de Aquino representaron un modo de entender las estructuras biológicas, y Whitehead y Heisenberg proponen la rehabilitación hoy de las explicaciones teleológicas. Maturana y Ayala han mostrado otra cara de la biología y han propuesto el modelo de los movimientos intracelulares; a Maturana le han seguido sistémicos como Luhmann o Teubner, que han erigido a estos movimientos como el prototipo universal de todos los movimientos; a los que, a su vez, ha seguido Maturana, no tanto Ayala. La única ciencia de los movimientos que puede ser corroborada con experimentaciones directamente verificables es la cuántica; la mecánica clásica está montada sobre demasiados presupuestos que no son verificables ni falsables, y sólo podemos creerla cuando un dato pueda ser verificado *ad casum*<sup>7</sup>. Pero entonces el valor científico ya no descansa en la ley general previa sino en la verificación concreta que tanto puede corroborar como desmentir las leyes previas a esa indagación puntual. Vuelvo al tema inicial: estamos solos ante las intuiciones geniales.

---

<sup>7</sup> . Permítaseme narrar una anécdota personal. Cuando realizaba mis prácticas como sargento de complemento en el CIR número 3 Santa Ana, en Cáceres, en el verano de 1973, el capitán me encargó que explicara la teoría del tiro a los reclutas. Expliqué, siguiendo las tablas de tiro establecidas, que una determinada pieza de 155 mm. lograba su alcance máximo a los 46° de inclinación. Un soldado, estudiante de ingeniería, me observó respetuosamente que eso era imposible. Consultando el tema con los oficiales de artillería, me dejaron claras dos cosas: una, que eso era realmente absurdo; la otra, que era tan absurdo como cierto.

### *Los positivistas, lastrados por sus bases empiristas*

Desde Hobbes a hoy, unos se han refugiado en el empirismo, y otros han pretendido mostrar algunas bases de los principios de la justicia que sean más sólidas que las que ofrecen el lenguaje o la historia. Los acogidos a la epistemología empirista han compuesto el grupo de los positivistas; ruego al lector que perdone esta imprecisión inicial, pero que es útil porque servirá para aclarar el tema en un primer momento. Ha sucedido que al comenzar el siglo XX, la teoría de la ciencia –también la del derecho– se deslizó descaradamente hacia el empirismo. Kelsen, entonces funcionario del Estado austriaco, hubo de buscar la extraña figura del Deber-ser como una constante del psiquismo humano; para ello se remitió a algunas de las enseñanzas de los neokantianos de aquel momento, que aún hablaban de los principios a priori del Entendimiento, aunque (parece) en un sentido algo apartado de Kant<sup>8</sup>. Kelsen montó –desde su base epistemológica inicialmente empirista– la estructura del positivismo dominante en el siglo XX<sup>9</sup>.

Como después de 1945 los positivistas tenían mala conciencia, algunos de ellos rectificaron algo y se lanzaron a exponer doctrinas sobre la justicia. Rudolf Stammler ya había emprendido unos años antes esta empresa<sup>10</sup>, pero había propuesto su teoría *avant la lettre*. Aparecieron entonces corrientes hermenéuticas y neojusnaturalistas. Las doctrinas hermenéuticas han sido expuestas en España por el admirador más destacado

---

<sup>8</sup> . 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 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 *cuerpo* 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”. *Crítica de la razón pura*, trad. P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1988, A43-A44.

<sup>9</sup> . Antes, algunos autores del siglo anterior, como Austin o Holland, habían creado la *Analytical School*, que producía la ciencia nueva de la *Jurisprudence*, que había de mostrar las estructuras lógicas necesarias del derecho positivo. En la Alemania decimonónica se estaba desarrollando la doctrina de los *Grundbegriffe*. Pero Kelsen fue sin duda alguna, el mejor notario de las vivencias de buena parte del siglo XX sobre el derecho.

<sup>10</sup> . Además de su obra más básica –la *Filosofía del derecho*, que gozó de varias traducciones y ediciones– es instructiva la lectura de un estudio más breve, las *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit. Leitsätze zu Vorlesungen*. Verlag von Veit and Co., Leipzig, 1917. Aquí examina las dieciocho corrientes del pensamiento jurídico-político más extendidas en su tiempo, y las critica una a una.

de Arthur Kaufmann, otra vez Ollero<sup>11</sup>; los nuevos jusnaturalismos fueron historiados por Rodríguez Molinero<sup>12</sup>, y parece preferible ahora –por razones de economía expositiva- dejar de lado estas vertientes de la Filosofía del Derecho. Interesan más en este momento los filósofos del derecho que, desde bases empiristas (aunque se han llamado a sí mismos positivistas) han propuesto variantes del positivismo jurídico y, más tardíamente, algunas teorías sobre la justicia. Un primer grupo de estos filósofos sería el compuesto por los positivistas más rancios, tales como Bergbohm, Kelsen, Bobbio o Hart. La segunda corriente, que propone sistemas intelectuales para hacer justicia, ha estado representada en el Continente ante todo por Apel y Habermas, y en tierras americanas, por John Rawls. Es patente que muchos de los nuevos teóricos de la razón práctica quedan sin mencionar en este momento; pero es preferible, en esta exposición tan sucinta, dejar de lado a los de la Escuela de Erlangen y a tantos otros que hablaron tanto de la razón práctica que finalmente consiguieron que el estudio de esta razón llegara a ser una cosa poco práctica.

Los positivistas añejos y los propugnadores de teorías nuevas sobre la justicia tienen en común dos notas iniciales: que son relativistas en la moral –y por tanto en los principios básicos de la justicia- y que, dado su empirismo, para suplir la ausencia de una base que les permita afirmar que somos ‘personas’ (la noción máximamente metafísica) han propuesto teorías conceptuales a las que podemos llamar *constructos* si ése es nuestro gusto. El que usa constructos para acceder a su objeto de estudio, cae bajo el dominio de lo que Ferdinand Gonseth llamaba *philosophies nécessaires*<sup>13</sup>, y no entienden que toda tentativa de expresarse en términos precisos y definidos –obtenidos desde aquella filosofía anterior que garantiza la corrección o la verdad de las comprobaciones ulteriores- prejuzga ya la solución<sup>14</sup>. Pues cuando es imposible el

---

<sup>11</sup> . Expuso estas ideas fundamentalmente en sus primeras obras, *Derechos humanos y metodología jurídica*, C.E.C., 1989, e *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, cit.

<sup>12</sup> . Vid. *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

<sup>13</sup> . Vid. *Mon itinéraire philosophique*, “Dialectica” XX (1966) págs. 419 y ss. Este autor mantiene que el empirismo lógico fue un ejemplo de *philosophie nécessaire*, ya que extendió una amplia tautología sobre los objetos que los neoempiristas creyeron que estaban bajo su jurisdicción, basándose en una instancia automática de legitimidad. Vid. *L’idée de dialectique aux Entretiens de Zurich*, en “Dialectica” I, (1947) pág. 31.

<sup>14</sup> . Desde luego, es necesaria una búsqueda de otra naturaleza para que la búsqueda científica disponga de fundamentos. Pero es preferible valorar más la actitud de Galileo, por ejemplo, que procedía a constantes verificaciones de lo que inducía observacionalmente.

Estamos ante ámbitos diversos cuya diversidad no cabe desconocer en nombre de una intuición que nos llevara a conocer directamente las realidades nouménicas o metafísicas, tal como pretendían Luis de Molina o Francisco Suárez. También los científicos en menor medida metafísicos, explican que es

conocimiento ‘directo’ de un objeto que quiere sin embargo ser afirmado, los universitarios suelen idear cuerpos de conceptos que tratan de ser coherentes, y mantienen que esos conjuntos de teoremas componen el esquema intermedio -y verdaderamente científico- que media entre el objeto estudiado y la racionalidad del hombre. Habermas y Apel son especialmente conscientes de la insuficiencia de sus bases empiristas para hablar siquiera de los derechos; con cierta honestidad explican que han de incurrir en una petición de principio<sup>15</sup>, y mediante este asumir su contradicción inicial convierten sus primeros datos afirmadamente fenoménicos en cuasi-noúmenos posteriores. Rawls no es tan sincero, y en su segunda obra, “Liberalismo político”, corrige el determinismo psicológico sobre el que había montado la primera versión de su teoría de la Justicia, y recurre al tono enérgico propio de un predicador dominical. Si aquellos alemanes recurren al mitin, Rawls se apunta sin duda al género homilético. Lleva razón Ollero.

Hay investigadores que son personas respetuosas con los demás, pero que tienen tal miedo a ser tachados de ‘jusnaturalistas’ -¿qué se puede entender hoy por jusnaturalista?-, y que mantienen que son válidos los constructos del tipo del de Kelsen, al mismo tiempo que afirman los derechos individuales. Esta actitud les lleva a ser ‘políticamente correctos’ y, por tanto, a dirigir sus miradas directamente hacia algún tipo de constructo, sea el de Habermas o el de Rawls. Desde estos conjuntos axiomáticos *deducen* los derechos de los seres humanos, siempre siguiendo los resultados prácticos de la aplicación de alguna variante de la regla de la igualdad aritmética; pues la razón humana, cuando quiere ser autónoma y emanciparse de los datos ya dados sólo dispone de las exigencias de la igualdad según los esquemas

---

preciso distinguir un ámbito de presentación (las estrellas tal como las vemos en el cielo) de un ámbito de objetividad, que vendría constituido por la profundidad del espacio. Vid. R. Saumells, *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*. Rialp, Madrid, 1970, págs. 57-58. La profundidad del espacio: ¿existe ‘realmente’, o no es más que un postulado deducido desde una intuición más hincada en la base racional y discursiva propia de la psique humana? Parece que nadie está en condiciones de responder a esta pregunta.

<sup>15</sup>. Lo más sensato que encuentro sobre este problema es la observación de A. MacIntyre: “Si los que pretenden poder formular principios con los que cualquier agente racional estaría de acuerdo, no pueden asegurar este acuerdo para la formulación de aquellos principios básicos por parte de unos colegas que comparten su propósito filosófico básico y su método, hay una evidencia, una vez más, *prima facie*, de que el proyecto ha fracasado”. *Tras la virtud*. Trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, pág. 37.

Efectivamente, los itinerarios de Habermas y Rawls son distintos, porque Rawls –individualista, como anglosajón que es- pretende que cada individuo eleve sus motivos de satisfacción hasta caer bajo la exigencia de una ley general, y Habermas parte sin más desde la normación que establece el diálogo ideal. Pero Habermas comienza su desacuerdo no con otros colegas que comparten sus tesis filosóficas básicas, sino consigo mismo al tratar de cohonestar sus bases empiristas con el noúmeno de base lingüística que él propone.

aritméticos, que son binómicos. Comprobamos este hecho si examinamos las teorías de la justicia desde el siglo XVII a hoy: ésta es una limitación lacerante de la racionalidad que pretende ser autónoma en cuanto racional, esto es, en cuanto instancia autónoma que no quiere pedir nada en préstamo a otro plano de la realidad que no aparezca *prima facie* como constitutivo de la racionalidad del hombre en cuanto que hombre. En realidad, esta racionalidad quiere construir ella misma las bases de la justicia, y por esto hablamos de actitudes constructivistas en la ética y de los constructos conseguidos por los que siguen esta actitud básica. Bekker publicó a finales del siglo XIX una obra cuyo solo título muestra su beligerancia: “El derecho como obra humana y sus fundamentos”: *Das Recht als Menschenwerk und ihre Grundlagen*. El problema confesional está siempre latiendo en la base de estas teorías<sup>16</sup>. La advertencia de Georg Jellinek no era impertinente.

***Una condición imprescindible: La uniformidad y homogeneidad de la materia a explicar***

Los positivistas al antiguo uso explican que los derechos existen, pero sin ninguna base más allá del lenguaje, de la historia, o de los sentimientos extendidos; si plantean así este problema, nadie les hace injuria si no los trata. Si nos vamos al campo de los constructos más modernos, echamos de menos a las personas humanas en Habermas y en Rawls; sus obras sólo exhiben seres sin rostros ni funciones o necesidades propias, pero que están sometidos a las reglas a priori del lenguaje ideal (reglas que se reducen siempre y en definitiva a las exigencias de **la igualdad individual**), o que son capaces de calcular las consecuencias de sus decisiones y de desear para sí las situaciones que sean lo menos malas posibles<sup>17</sup>. En ambos casos, lo

---

<sup>16</sup> . El tema de la secularización está montado usualmente sobre malentendidos. Juan Duns y sus discípulos más o menos remotos, que es este punto lo fueron también los jesuitas españoles de los siglos XVI y XVII, siguieron la doctrina conocida como *pura natura hominis*, a tenor de la cual el hombre poseería dos fines últimos, uno natural o moral, y otro sobrenatural; esto es, el ser humano llegaba a su plenitud como hombre sin recurrir a la instancia sobrenatural, que solamente se le añadiría ‘desde fuera’ de su humanidad. Tomás de Aquino, y con él buena parte de la teología católica del siglo XX, han mantenido que el hombre tiende a Dios en cuanto hombre, ya que Dios es la meta última, también natural, del ser humano. Para conocer la historia de este problema, vid mis estudios *El desarrollo de la idea de libertad personal...*, cit., págs. 21-80 Notax: ya cit? para Scoto y los nominales, y 81-128 para la exposición de Tomás de Aquino. Para los escolásticos españoles tardíos que mantenían la doctrina de la *pura natura hominis* y, con ella, la existencia de dos fines últimos de la vida humana, vid. esta misma obra, págs. 181-248.

<sup>17</sup> . Plantea problemas pensar cómo un sujeto abstracto puede desear lo que es menos malo para él. En Andalucía, las procesiones de la Cofradías en la Semana Santa constituyen el evento anual más



razonable es pensar cómo es posible hablar de derechos sin referirse a las personas, y esta añoranza está justificada porque las personas son las que dan origen a los derechos, no al revés; ninguna regla implícita en una pragmática formal del lenguaje puede darnos o quitarnos posibilidades lícitas de actuación. Apel -el teórico más paradigmático del Continente- mantiene que hemos de respetar los derechos de los demás para no romper la igualdad<sup>18</sup>; pero es difícil entender cómo una figura matemática, o geométrica, como es la igualdad, puede aspirar a la universalidad en el momento de normar las vidas humanas<sup>19</sup>. Cabalmente es imposible hablar de teorías de la justicia sin hundir los razonamientos en las personas, pero es preciso tener a la vista la advertencia clásica: *Homines, qui metuunt facilia et sperant impossibilia...*

Para hacer posible lo fácil sin esperar cosas imposibles, aparecieron los autores *personalistas*; pero desde la majestuosa representación de unos seres irrepitibles en la historia, cada uno de los cuales porta en sí la dignidad de toda la humanidad, es difícil hablar de los derechos. John Austin advertía que si los derechos son eternos e inmutables, la ciencia jurídica no tiene nada que decir sobre ellos<sup>20</sup>. Austin no se refería a los filósofos personalistas –entonces desconocidos bajo este rótulo- sino a los que propugnaban los derechos humanos afirmados entonces. Los defensores de las personas portadores sin más de derechos, entran normalmente en este grupo tan discutido. Ellos quieren ofrecer una ciencia absoluta que comprenda a toda la persona simultáneamente, y olvidan que la necesidad de razonar –que se condensa en la ciencia jurídica- nace precisamente desde la frecuente incapacidad del entendimiento humano para comprender los objetos de cualquier ciencia. Pero no minusvaloremos la corriente personalista, o a la corriente de los que defienden directamente los derechos, porque la

---

deseado, ni siquiera superado por las Férias. En el norte de España viven la Semana Santa de otro modo. Estos dos grupos nunca se han puesto de acuerdo, en este punto, sobre lo bueno y, por tanto, sobre lo menos malo para ellos. Si este hecho constituyera un problema aislado, que no fuera representativo de los problemas éticos centrales, no merecería ser mencionado.

<sup>18</sup> . Vid., A. Cortina, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en K.O. Apel*. Sígueme, Salamanca, 1985.

<sup>19</sup> . Han caído bajo el dominio de una falacia, que arranca desde una verdad indiscutible: que en situación de simetría, mis derechos son los derechos de los demás. Pero la actitud de los teóricos de los diálogos ideales implica tasar anticipadamente lo que debemos entender por una persona o un parlante, y establecer ellos las condiciones bajo las que el habla sería ideal. Habermas o Rawls tienen sus prejuicios – de los que no parecen ser conscientes- y exigen a todos que ellos también asuman normativamente estos principios-juicios fundados en bases empiristas.

<sup>20</sup> . Escribía: But, if the parties ... appealed to unmeaning abstractions or to senseless fictions; if they mouthed of “the rights of man”, or “the sacred rights of sovereigns”, of “inalienable liberties”, or “eternal and immutable justice” ... A sacred or inalienable right is truly and indeed “invaluable”: for, seeing that it means nothing, there is nothing which can be measured”. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*. 5ª ed., John Murray, London, Notax: Año *Lecture II*, pág. 119.

representación directa de las exigencias de la dignidad personal ha llevado a crear la seguridad social, o a regular más humanamente el trabajo. Sin embargo, ya indiqué que en el campo más propiamente jurídico, no siempre reconducible a las grandes reformas sociales, las remisiones a las personas son útiles frecuentemente para evitar actitudes sociologistas; pero ofrecen criterios excesivamente incompletos que han de ser completados por la inesquivable ciencia jurídica. Por ello, volvemos al estudio de los positivimos.

El estudioso obtiene la impresión de que los positivistas del siglo XX (por llamarlos así) que han propuestos teorías sobre la justicia, han girado reiterativamente en torno a la pretensión de ofrecer un único y solitario criterio de la justicia que serviría para guiar a la masa algo informe de normas y principios que compondrían el conjunto de cualquier ordenamiento jurídico. Es lógico que contemplen así este tema, porque desde el siglo XVIII buena parte de la reflexión jurídica ha visto su tema de trabajo en elucidar ‘el’ concepto del derecho; si sólo hay un único modo de manifestarse la vida jurídica, bastaría una sola receta sobre la justicia. Esta actitud porta cierta capacidad para el convencimiento, porque Bergson indicaba que “La materia tiene una tendencia a constituir sistemas aislados que se pueden tratar geoméricamente; y es por esta misma tendencia por la que nosotros la definimos”. Pero también reconoce que “La metría no va hasta el fin, y que estos aislamientos no son jamás completos”<sup>21</sup>

Las teorías de una sola solución de Apel o Rawls, son comprensibles porque ellos afirman aquella primera restricción inicial que les fuerza a explorar una sola ‘realidad’. Los geómetras saben que cuando el teorema a construir parte desde un solo dato, la imaginación está en su derecho de dispararse en direcciones distintas y arbitrarias y, para evitar esta dispersión, ellos componen un *sistema* en el sentido estricto del término. En tales casos la razón demostrativa (es decir, la explicación interna o lógica de esa axiomática) prevalece de hecho sobre la razón de ser de ese desarrollo lógico.

Estudiando este tema con estas dos restricciones, tenemos constructos sobre la justicia que no dan cuenta de la diversidad de las pretensiones de los seres humanos, pero que son fácilmente explicables gracias al carácter sistemático que les otorga la

---

<sup>21</sup> . *L'évolution créatrice*, en “Œuvres », PUF, Paris, 1959, pág. 502.

lógica desarrollada teóricamente en un solo plano<sup>22</sup>: sus autores los exponen, y los que los oyen han de asentir gracias a la rigurosa trabazón lógica que muestran estas teorías. Planteada así cada teoría de la justicia, sólo cabe o el asentimiento ante ella, o su rechazo de plano; pues cuando una teoría rompe en su inicio con las otras explicaciones de la conducta humana, en nombre de su carácter sistemático, el único recurso que le queda al discrepante es el rechazo total<sup>23</sup>. Así es si así seguimos las reglas de este juego: toda teoría sistemática goza de la plenitud que le confiere su carácter autoportante, esto es, el rigor lógico con el que los teoremas se deslizan desde los axiomas, y no cabe impugnación: sólo puede haber desprecio de un sistema en nombre de otro sistema.

Este desarrollo lógico-lineal proviene, quizá, desde el hecho de que los autores de base empirista no acaban de entender, o rechazan, que la condición general del espacio material –es decir, lo que podríamos llamar el ‘espacio humano’- no es la condición formal de la síntesis que ellos proponen sobre la justicia<sup>24</sup>. Este ‘espacio humano’ ha de ser tomado muy en serio porque los hombres, al menos desde la Edad Moderna a hoy, cuando hablamos de instituciones de derecho civil, tendemos a representarnos un ‘espacio’ sin formas en el que estaría activa esta rama del derecho. Por eso hablamos de zonas oscuras, de lagunas, etc. Descartes, cuando estableció la existencia de lo que él llamó la *res extensa*, reprodujo magistralmente lo que todos pensaban pero no explicaban. Este espacio-soporte de todo aquello sobre lo que razonamos sería informe o uniforme –su única nota es la extensión- y las formas vendrían dadas por las ‘cosas’ que ponemos en él.

Pero hay que estar precavidos ante este tipo de representaciones *more geometrico* porque los juristas, en la praxis cotidiana, partimos normalmente desde relaciones concretas entre los seres humanos, y hablamos de los testamentos, de los arrendamientos o de las hipotecas. Ese espacio informe o monoforme más enturbia que no aclara los razonamientos jurídicos. A su vez, el político ha de tener ante su vista más realidades, con frecuencia más amplias que los institutos jurídicos determinados, y por ello ordena que la Seguridad Social pague una pensión no-contributiva a las personas

---

<sup>22</sup> . Descartes exponía claramente esta visión: “Je voudrais chercher, après cela, d’autres vérités, et m’étant proposé l’objet des géomètres, que je concevais comme un corpus continu, en un espace indéfiniment étendu en longueur, largeur, et hauteur ou profondeur, divisible en divers parties”. *Discours de la méthode*, en “Œuvres”. Gallimard, Paris, 1953, Quatrième Partie, pág. 150.

<sup>23</sup> . De ahí que hace años, cuando estaba de moda hablar de ideologías, algunos explicaran que una ideología únicamente podía ser combatida por otra ideología.

<sup>24</sup> . Referida a la geometría, vid. esta observación en Saumells, *La ciencia y el ideal metódico*. Rialp, Madrid, 1958, pág. 48.

mayores de 65 años que no tienen fuentes de ingresos. Un personalista diría que en este último caso la condición general del espacio humano, esto es, la personalidad del hombre, determina el pago de este tipo de pensiones; un empirista mantendría que esta exigencia viene propuesta por las exigencias de un Estado democrático de derecho. En ambos casos ellos buscan o alegan una condición tan formal como general de lo humano que sería el fundamento de la síntesis legal que proponen.

Hoy resulta espinoso volver sobre este tema, porque lo cierto es que Descartes identificó la materia con el espacio<sup>25</sup>, y desde la extensión de la mentalidad que representó su obra, todo materialista ha pensado en términos de espacio plano, porque, en general el materialismo consiste en la sustitución de las formas por la imaginación de la materia siempre igual, sin relieves<sup>26</sup>, y desde esta imaginación tan extraordinariamente limitada, subordinan la condición formal de sus teorías sobre la justicia a una condición material del espacio sensible. Pues si examinamos la estructura más íntima del diálogo ideal de Habermas o de la posición original de Rawls, veremos que todo está ya explicado desde el momento en que el lector de sus obras acepta la igualdad de los sujetos en ese solar casi material que es el la posición original o la estructura del diálogo impuesto inicialmente. Es patente que ellos subordinan la razón formal de ser la justicia a una condición material del espacio sensible, y quieren deducir aquella desde ésta, como si la igual posición geométrica asegurara, partiendo desde cuerpos materialmente *iguales*, la rectitud de lo decidido. Por el contrario, parece preferible exigir construcciones dialógicas cuyo carácter formal y sintético no reconozca como fundamento íntegro el ámbito en que se representa; queremos síntesis formales – como lo son los conceptos jurídicos- que no dependan de una representación imaginaria de los cuerpos en el espacio<sup>27</sup>.

Volviendo a lo que es más directamente nuestro tema, hay que cuestionar cómo pueden nacer los derechos de los hombres desde estos sistemas autoritarios y restrictivos. Si los positivistas parten – a su modo- desde el empirismo epistemológico y desde el consiguiente relativismo moral, un derecho sólo puede ser una concesión o una

---

<sup>25</sup> . Vid. Saumells, *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 83.

<sup>26</sup> . Vid. Saumells, *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 190.

<sup>27</sup> . Saumells explica que la explicación de la condición formal no consiste en una condición general del espacio. Se podría añadir que las condiciones generales de esas síntesis que componen los derechos de las personas no pueden reposar en esa condición general del espacio, ya denunciada. En el momento en que hablamos de formas diversas, es preciso salir de la representación de un espacio llano (y normalmente polarizado) y entrar por una tercera dimensión de la vida humana que, del mismo modo que sucede con las terceras dimensiones geométricas, no es nunca un dado ‘inmediato’ a la conciencia.

habilitación concedida por el ordenamiento jurídico. Alguien podría añadir que los derechos de libertad surgen desde los silencios legales; a veces es así, y ésta es una de las reglas de oro del derecho penal y del derecho sancionatorio; pero si se toma este criterio como el único existente, como hacía Hobbes<sup>28</sup>, esta opinión no merece mayores comentarios. Desde las explicaciones que llevan a las concesiones, habilitaciones y silencios –que parecen ser las tres únicas formas que encuentran los fabricantes de constructos para afirmar derechos- es difícil hablar precisamente de los derechos. Estas doctrinas sobre los derechos humanos quieren conciliar lo inconciliable, esto es, afirmar una sola instancia sin formas plurales que debe-ser, pero que admite derechos individuales diferenciados y con cierto carácter excepcional frente a ese Deber-ser indiferenciado. Estamos ante un problema de adecuación, porque parece que los derechos de las personas no pueden ser reconocidos o creados por la afirmación de un solitario cauce procedimental<sup>29</sup>.

### *Las ausencias se mostraron operativas en la filosofía*

Este momento de la explicación abre caminos distintos que reclaman una elucidación, y es preciso elegir uno de ellos descartando a los otros. Puestos a realzar el tema que interesa en este estudio, la pregunta que se impone es la de interrogarnos hasta qué punto los sistemas éticos que pudiéramos llamar mecanicistas o binómicos estaban determinados por métodos científicos que hicieron de las ausencias el quicio de su validez. Porque se insinúa la sospecha que insiste en que las limitaciones intrametódicas, que fueron imprescindibles para echar a andar la física moderna, la medicina científica, etc., han sido útiles en sus respectivos ámbitos; pero que el estudio del hombre, siempre pugnando entre su subjetividad individual y su personalidad tan individual como social, no se deja estrechar por esas limitaciones iniciales<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> . Notax

<sup>29</sup> . Además, este tema se complica porque si nos atenemos por el momento a los derechos que los eruditos llaman de primera generación, estos derechos aparecen como excepciones a ese deber-ser general, cuya sola forma -el constituir excepciones al régimen jurídico universal- ya es algo contradictoria con la definición de ordenamiento jurídico que ellos mismos proporcionan. Todo parece indicar que los autores de sistemas sobre la justicia portan dos datos iniciales: uno la buena voluntad, que les lleva a mantener una axiomática –distinta de hecho según cada investigador- para afirmar los derechos; el otro, la actitud empirista que responde a los motivos a los que aludía Jellinek.

<sup>30</sup> . La razón se encuentra siempre solicitada en dos sentidos diferentes: la comprensión de la razón metódica o demostración, y la comprensión de la razón de ser del problema. Como no es posible satisfacer ambos extremos, el investigador siempre queda con una necesaria sensación de insatisfacción,

Podría pensarse ingenuamente que las limitaciones y las ausencias no son productivas por sí mismas. No ha sido así, porque la mentalidad del Iluminismo descubrió que toda negación es un arma práctica omnipotente, ya la negación aporta una universalidad –gracias a su naturaleza simplemente formal- de aquello que es negado. La negación selectiva *semper et ad omnes usos* de algunos factores ofrecidos por la experiencia, posibilita la vigencia de la aparente validez positiva –afirmada ahora, sin embargo, con alcance igualmente universal- de los otros factores que el científico exige en las bases de sus explicaciones; estos teóricos se comportan como los ladrones que desconocen las propiedades de los otros pero que, una vez que ellos parecen ser los propietarios, exigen a todos que respeten lo que presentan como propiedad suya<sup>31</sup>. De hecho, las negaciones cumplen ante todo la función de ofrecer un magro contexto de justificación del discurso que posteriormente será expuesto; las angostas epistemológicas entran en la Teoría del Derecho por la puerta grande, porque no tanto aparecen como la expresión de un *ignoramos* como el momento discriminador que determina el marchamo de la calidad de lo expuesto.

Una vez establecido el marco científico tan previo como aparentemente necesario, que es el dar origen a esas *philosophies nécessaires* a las que aludía Gonseth, la tarea histórica de los filósofos de base materialista o empirista ha consistido en razonar desde los elementos que han pasado los filtros puestos por ellos. No debieran haber insistido negativamente sólo en los datos que dejan pasar sus criterios de justificación sino, más positivamente, en los distintos criterios de validez que son concordes con los datos que es preciso procesar<sup>32</sup>. Pues es necesario tener en cuenta que el arrendatario tiene el deber de cuidar de la cosa que le ha sido arrendada, de modo que si no se admite la realidad de este tipo de exigencias, el derecho deviene una técnica o una ciencia sencillamente imposible por inexplicable. Pues las instancias solitarias de

---

porque en lugar de encontrar y seguir el dinamismo puro de las ideas que aporta, es consciente de que sólo tiene ante su vista algunas intuiciones intelectuales, en comparación con las cuales, su discurso presenta un aspecto deficiente. Sobre este tema, en geometría, vid. Saumells, *La ciencia y el ideal metódico*, cit., págs. 78 y 97. De forma más radical, explicitaba en la pág. 15 de esta obra que la característica deficiente de todo método consiste en que tiende por sí mismo a excluir el proceso que él funda y posibilita.

<sup>31</sup> . Todo concepto y todo método necesita un momento negativo, pues conocemos las cosas no sólo por lo que ellas son sino también por lo que no son. Saumells hace notar que toda figura, para poder ser representada, necesita de una anti-figura, de un soporte en el que pueda ser mostrada. Vid. *La geometría euclídea...*, cit., pág. 72.

<sup>32</sup> . En este sentido, 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, págs. 171-195. Estudio disponible en la web franciscocarpintero.com.

validez –al modo de las positivistas- determinan poco y, por el contrario, las exigencias diversas de los datos en que vivimos son las que debieran haber explicado las posibilidades de los criterios de las distintas justificaciones. Pero la historia llevó el tema de otro modo, y ha sido previsible que la institución del derecho que tomaron como prototípica, la del derecho real de propiedad, fuera definida por un solo rasgo negativo, la exclusión de los demás de la cosa que es propiedad de alguien<sup>33</sup>.

Ya que estamos introducidos en un asomo de crítica a estos constructos racionalistas en los que los elementos posteriores justifican a los anteriores, y éstos, a su vez, son válidos porque se deducen desde aquellos primeros datos o ‘hechos’, es aconsejable limitar otra vez la extensión del campo de este estudio y aludir a algunas manifestaciones básicas del funcionamiento práctico de los axiomas usados, las estructuras de los teoremas -plagados de elementos ya insilogizados- y los prosilogismos que hacen avanzar los razonamientos desde una premisa a otra en el interior de cada teoría del derecho<sup>34</sup>. Perdieron de vista la vieja regla que explicita Saumells: “Hay que reconocer que la edificación de una axiomática válida toma en consideración las condiciones de un principio de coordinación previo. No se axiomatiza en el vacío, sino que el principio de síntesis es un elemento dado con anterioridad a la labor metódica axiomatizante”<sup>35</sup>.

### ***El problema primero: La Machina Mundi perdió su prestigio***

Los cambios metódicos han afectado especialmente a las ciencias de la naturaleza, de modo que Euclides fue destronado por Descartes, normalmente enemigo de Galileo, y Newton superó a estos dos investigadores; pero no consiguieron nada definitivo porque Maxwell, Bohr, Planck, Gödel o Einstein hicieron enmiendas tan severas a Newton, que las mecánicas anteriores ha quedado como métodos útiles sólo en

---

<sup>33</sup> . Vid., entre otras obras, José Justo Megías en *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994.

<sup>34</sup> . Gonthier escribía: “Si le cadre de ce travail le permettait encore, c’est n’est pas l’histoire de la géométrie sous son aspect théorique que nous songerions à refaire, mais celles des doctrines préalables (les plus souvent implicites) selon lasquelles la vérité géométrique s’accord avec l’aspect physique et avec l’image que les sens procurent de celle-ci. Cette histoire est à faire”. *La géométrie et les problèmes de l’espace*. Dunond Éditeur (Paris)—Éditions du Griffon (Neuchâtel), 1955, vol. VI, pág. 529. El lector puede comprobar que la reconstrucción de cualquier doctrina epistemológica pasa por denunciar la confusión de los conceptos con la imagen física que los subyacen; estas imágenes constituyen usualmente el armazón más destacado de estos prosilogismos omnipresentes.

<sup>35</sup> . *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 53.

ocasiones<sup>36</sup>. El transcurso de la ciencia en el siglo XX ha hecho ver que los fundamentos de la visión mecanicista y binómica del mundo están periclitados, a pesar de responder al sentido común más extendido, y pocos piensan hoy en la *machina mundi*, que estaría compuesta por una sola realidad camaleónica que presenta externamente tantas caras. En este punto es indiferente que mencionemos a Newton o a Luhmann. De hecho, el joven Einstein buscó las cosquillas a Newton y publicó su primer estudio sobre problemas de la capilaridad, porque la capilaridad es absurda desde la interpretación mecanicista entonces al uso. Más o menos por el mismo tiempo, diversos estudiosos de la física estaban cuestionando la imagen de la realidad proporcionada por el Iluminismo. Desde comienzos del siglo XX la comunidad científica perdió la fe en la uniformidad de la realidad creada o descubierta según un único método, y la fragmentación metódica –determinada por la desaparición del objeto unitario del estudio- acabó con los sueños universales de la ciencia del siglo XVIII. Lo realmente cierto es lo expresado por Gonseth: el hombre no ha sido nunca tan fuerte como hoy, y nunca han sido tan impenetrables sus conocimientos<sup>37</sup>.

El investigador, que durante estos últimos veinte años ha compartido sus charlas también con profesores de física, geometría y matemáticas, ha entrevisto que los físicos actuales saben tan poco de ‘eso’ que ellos estudian, como el filósofo sobre las ideas, o el

---

<sup>36</sup>. Tampoco hoy podemos poner de acuerdo a estos últimos investigadores mencionados, porque tienen tanta razón como sinrazón en el establecimiento de sus explicaciones, y es bien conocida la oposición de Einstein a Planck. Pretendo indicar que los cambios metódicos -esos esquemas interpretativos que a veces califican o descalifican a los hechos a tener en cuenta según los axiomas puestos por cada teoría- han afectado a la comprensión de la realidad que estudian los físicos, y como un método sucede cronológicamente a otro, y finalmente hemos de combinar a Euclides con Descartes, Newton, y Planck, ha cundido el desánimo sobre las virtualidades explicativas de cada teoría científica. Hemos ido hacia un relativismo que abona ampliamente las tesis de Kuhn o Feyerabend.

El relativismo metodológico actual ha surgido desde la comprobación de las carencias de cada uno de estos métodos, y por ende de su relativa fiabilidad; ha sido lógico que hoy entendamos que la epistemología que hace posible cada ciencia ha nacido desde factores humanos, es decir, desde las distintas posibilidades y desde las distintas limitaciones que aporta el psiquismo según las posibilidades siempre sectoriales –o desde distintos escorzos- del conocimiento del hombre. Todos están de acuerdo en que estos razonamientos metódicos verifican datos aparentemente elementales pero que ya han sido discriminados según los axiomas puestos por cada método: Los datos adquieren valor científico ante todo por el método que los realza insertándolos en una explicación determinada y limitada. Un hecho que se complica porque algunos métodos, como el de Einstein no serán nunca ni verificables, y quizá ni siquiera falsables.

Es fácil para cualquiera ironizar con los que se dedican profesionalmente a las ciencias físicas, porque les podrá argumentar que trabajan según unas ciencias en las que no conocen siquiera su método: Planck para el mundo atómico, Newton para el mundo simplemente sublunar, Einstein para temas más amplios. Algunos físicos replican que no se trata de tres métodos, sino de tres lenguajes en el interior de un mismo método, y que el progreso de las matemáticas unificará estos tres lenguajes. Pero lo cierto es que durante el siglo XX las matemáticas han avanzado como en ninguna otra época histórica, y la experiencia muestra que cada vez que un matemático genial aporta algo sobre lo ya conocido, esta nueva explicación fragmenta aún más los conocimientos teóricos sobre la física.

<sup>37</sup>. Vid. *Editorial*, en “Dialectica” XX (1966) pág. 9.



sociólogo sobre el sustrato último de las normatividades y regularidades mostradas por los grupos sociales. Al caer de su pedestal la imagen uniforme y mecánica, desapareció del marco universitario de los físicos esa mentalidad difusa que entiende que todos los movimientos no son sino manifestaciones de una única realidad primera y fundante, de modo que conociendo la en definitiva única ley de ese movimiento, la ciencia podría explicar la estructura monótona de los fenómenos que solicitan la atención del jurista<sup>38</sup>. En otras palabras, es difícil hoy tener fe en un protoelemento que pudiera dar lugar a todo lo que es o existe.

Si el autor de estas líneas estuviera convencido de que la explicación del mundo del estilo de Newton es, *a pesar de todo* (que es el tipo de convencimiento que exhiben algunos universitarios) la necesariamente arquetípica, adoptaría gustosamente una actitud como la de estos empiristas, y contemplaría como se extiende ante su vista una llanura uniforme y amorfa –la del ordenamiento jurídico, compuesto por normas siempre iguales a sí mismas- cuyas estructuras formales él ha de explicar. Entre los autores positivistas estas estructuras estaban constituidas por la vivisección de las normas en “supuesto de hecho—deber ser—sanción”; otras categorías básicas para el estudio de la primitiva Teoría del Derecho han sido la del criterio de validez o de justificación, la *imputatio*<sup>39</sup>, la de la pirámide normativa, y otras más. Pero el investigador no tiene ese tipo especial de fe que se precisa para creer en esas nociones tan formales y lógicamente impecables, porque el derecho es realidad viva, y sus movimientos no componen un templo de cristal siempre transparente por su calidad lógico-formal. Como es lógico, tampoco piensa que los asuntos humanos hayan de ser estudiados de forma igualmente homogénea, esto es, a través de un único método que solamente proporcione ‘cosas’ uniformes. Tanto los empiristas como Knapp como los positivistas como Kelsen, propugnaron este modo de proceder porque su materialismo les imponía considerar que todos los *fenómenos* habían de estar en el mismo plano

---

<sup>38</sup> . Es cierto que si hablamos de la realidad con la generalidad con que Dilthey hablaba de la vida, o Platón y Kant de sus mundos nouméricos, podemos unificar la totalidad de sus movimientos de forma meramente intelectual, atendiendo a un solo posible fundamento de su síntesis formal. Pero esto parece empresa fallida ya antes de comenzarla, porque así sólo lograríamos crear una síntesis tan extremadamente formal y negativa por excluyente, que la realidad contemplada quedaría inexplicada por desfigurada y por sectorial. Los teóricos más relevantes de la física ha sido conscientes de este problema, y Whewell ya advertía, hace más de ciento cincuenta años, del peligro de estas nociones tan generales. Vid. *The Philosophy of Inductive Sciences founded upon their History*, 2ª ed. London, 1847, vol. I. Hay reprint de Johnson, New York, 1967.

<sup>39</sup> . Vid. mi estudio *Imputatio*, en “Revista Internazionale di Filosofia del Diritto” LXXXI (2004) págs. 25-78. Estudio disponible en la web franciscocarpintero.com.

¿epistemológico? porque únicamente serían destellos aislados de la única materia o energía existente<sup>40</sup>.

***Primeras críticas: Homogeneidades, el único criterio de justificación, estructuras simplemente formales, y otras cosas más***

Esta forma de considerar al derecho ha tenido su historia propia, y más bien reciente. Reparemos –solamente para introducir el tema- en que cualquiera observa que las competencias jurídicas del arrendatario de un bien inmueble son excesivamente distintas de las competencias de un inspector de Hacienda, o que las prestaciones sociales que puede exigir un parado, son cosa diferente de las exigencias de cada cual para no ser molestado en su casa. Pero estos hechos no arredran a estos teóricos, porque ellos quieren proceder científicamente y la visión moderna de la ciencia da por supuesto un objeto unitario sobre el que ha de recaer la atención del científico. Tal cosa hicieron Newton o Laplace con los átomos, o Bentham con los intereses humanos<sup>41</sup>. Pero si distinguimos entre el contexto de presentación –que sería lo expuesto materialmente en sus obras- y el contexto de representación –que podría ser el conjunto de factores que hacen posible metódicamente esas exposiciones, más allá de la simple coherencia lógica<sup>42</sup>- vemos que el peso de la ciencia ha cargado desde el siglo XVII a hoy en los diversos contextos representativos: posiblemente Galileo no sabía bien lo que quería alcanzar, pero conocía cómo proceder. En todo caso, ya hablemos de Galileo, Newton, o de la mentalidad estrictamente materialista expresada por Helvetius, todos ellos suponían un sustrato material dócil y amorfo que solamente esperaba a los científicos inteligentes que, a través del único método científico, desentrañaran sus secretos.

No podían admitir pluralidades porque entendían que las leyes universales que observaban, o que postulaban cuando no podían observarlas directamente, eran idénticas para todas las realidades que estudiaban: ésta es una diferencia básica con la mentalidad de los juristas, historizada tardíamente por Gravina<sup>43</sup>. Sucedió que ellos suponían un

---

<sup>40</sup> . Ludwig Knapp explicaba que “Alles ist Eines. Es giebt keine letzte Verschiedenheit”. *System der Rechtsphilosophie*, cit., pág. 25.

<sup>41</sup> . La importancia de Bentham en la formación de la *Jurisprudence* fue realizada por John M. Lightwood en *The Nature of Positive Law*. Macmillan and Co., London, 1883, págs. 57-60. Bryce lo consideraba ante todo un reformador, no un jurista. Vid. *Analytical School. The Methods of Legal Science*, en “Studies in History and Jurisprudence”, Oxford, 1901, vol. II, págs. 180, ó 183.

<sup>42</sup> . Vid., aunque no con esta terminología, Gonseth, *Mon itinéraire...*, cit., págs. 390-405.

<sup>43</sup> . Libro de Gravina, Notax

singular isomorfismo entre el psiquismo humano y la ‘materia’ que estudiaban: gracias a tal igualdad de planos, el complejo neuronal del hombre podía penetrar de algún modo en los objetos estudiados. Como para los materialistas la formación de estos objetos había sido casual, violenta y amoral, la cuestión de las finalidades, y en general de las formas o cualidades distintas, estaba fuera de lugar, y la única causa del movimiento a tener en cuenta era lo que los escolásticos llamaban la causa eficiente<sup>44</sup>: el científico sólo había de reconocer las impulsiones mecánicas, manifestadas de modos distintos, según las leyes de la inercia universal; poco importaba que tales impulsiones fueran el resultado de energías eléctricas o psicológicas. No disponían de títulos propiamente científicos para apuntalar esta visión de la ciencia, pues –entre otras cosas- la inercia universal no es demostrable, pero su fe en la mejora innegable del conocimiento científico, suplió lo que faltaba en su ciencia.

Este hecho se debió en buena medida a que a finales del siglo XVIII, muchos consideraban que los juristas estaban atrasados en la marcha por el método correcto, esto es, en la explicación de su ciencia según las exigencias científicas modernas. El camino para llegar a esta meta ya estaba parcialmente recorrido, porque los autores de los siglos XVII y XVIII –normalmente de profesión jusnaturalista según el nuevo estilo específicamente moderno de hacer derecho natural- habían avanzado en el establecimiento de la uniformidad del material a estudiar, y ésta era la primera exigencia del nuevo método científico. Efectivamente, habían establecido en la teoría política y jurídica un único poder creado mediante el pacto social, de modo que el derecho –ahora identificado con las medidas políticas que surgieran desde el poder creado de esta forma- consistiría en el conjunto de las órdenes generales dictadas por ese centro solitario del poder. No fue original John Austin cuando afirmó que la llave de la ciencia de la *Jurisprudence* era el entendimiento del derecho como el conjunto de las normas imperadas<sup>45</sup>. Todos entendieron que el poder creado contractualmente servía a un propósito: crearon la terminología de Estado de Derecho para expresar el poder político constituido para proteger los derechos naturales del hombre –los *Urrechte* de los alemanes- que eran la propiedad, la igualdad y la libertad. Los jusnaturalistas liberales –

---

<sup>44</sup> . Francisco Suárez, adelantado a la Modernidad en éste como en otros temas, reducía de hecho todas las causas a la causa eficiente: “De efficiente etiam patet, quia sua natura efficit ut res habeat esse quod antea non habebat, et ad hoc per se ac directe tendit actus ejus: ergo efficiens est quasi fons et principium per se influens in effectum: quod esse effectus distinctus est ab esse efficientis: ergo tota definitio causae propriissime concernit efficienti”. *Metaphysicorum Disputationum tomi duo*. Coloniae, 1614, Dist. 12, Sect. 3, § 3.

<sup>45</sup> . Vid. *Lectures...*, cit., Prólogo, pág. 36.

ensemos en Locke- diseñaron un poder creado para proteger las propiedades privadas, y para lograr este fin (llamado por él la Ley Fundamental de la Sociedad<sup>46</sup>) era imprescindible reconocer las libertades individuales: el hombre aparecía como una función de la libertad en el uso de las propiedades privadas, ya que si tales propiedades existían –y habían de existir porque eran necesarias- era preciso postular la existencia de agentes individuales libres<sup>47</sup>. Rousseau, frente a la mentalidad liberal, propuso su teoría de la *volonté générale*. Las de Locke y Rousseau eran actitudes muy distintas, pero ambas tenían en común la referencia de las conductas individuales a una entidad solitaria, abstracta y construida por los hombres.

Sólo era cuestión de tiempo para que los positivistas del siglo XIX, en su afirmada actitud realista –no hay más que pensar en Knapp o Bergbohm y en su complejo de superioridad sobre los *jusnaturalistas* de su momento- dejaron de lado los estados de naturaleza y los contratos sociales y se centraron directamente en el estudio de las disposiciones legisladas por el Estado, a las que suponían siempre ya constituidas y operativas sin más<sup>48</sup>. En el mundo del Estado les saltaba a la vista -por así decir- ante todo el conjunto de las normas jurídicas, que componían al Estado mismo, y ellos entendieron que el estudio jurídico verdaderamente científico consistía en desvelar las estructuras formales de estas normas y de los conjuntos ordenados que estas normas formaban. Será siempre un misterio entender por qué creían en esas estructuras formales, es decir, necesarias<sup>49</sup>. Todo lleva a entender que traspasaron las exigencias de la mentalidad de los físicos a las ciencias humanas. Según ellos, la verdadera Teoría del Derecho había de estudiar esas categorías lógicas de las normas jurídicas, y la Filosofía del Derecho -una disciplina en cuya objetividad no creía ningún positivista- se ocuparía de proporcionar orientaciones que orientaran la marcha indolente y sin formas de los

---

<sup>46</sup> . Notax

<sup>47</sup> . Vid mi estudio *El desarrollo de la idea de libertad individual...*, cit., págs. 244-262.

<sup>48</sup> . Perdieron de vista una advertencia que explicita Saumells: que no entendieron que “sus exhortaciones metódicas estaban inspiradas por una metafísica implícita o explícita cuya conexión efectiva con la ciencia queda siempre por demostrar”. *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 142.

<sup>49</sup> . Austin había suavizado estas exigencias insistiendo reiteradamente en que “The inferences suggested to our minds by repeated experience and observation... which is essential to practice guided by experience and observation”. *Lectures...*, cit., pág. 115. En esta misma página declara lúcidamente que “*Truth is always particular, thought language is commonly general*”.

Quien explicó más claramente para el gran público en qué consistía o cómo se formaba esta ciencia de las categorías formales del derecho, fue quizá Carleton Kemp Allen, en *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*. Clarendon Press, Oxford, 1931, págs. 1-30. Allen sólo exponía, sin aprobar, porque no compartía las tesis de esta escuela. Aunque como juicio de conjunto sobre esta corriente, James Bryce indicaba que no había nada claro en la Escuela Analítica. Vid. *Analytical School...*, cit., las críticas dispersas a lo largo del vol. II.

contenidos de las normas jurídicas de cada ordenamiento<sup>50</sup>. La Teoría del Derecho quedaba reservada para la explicación del derecho existente, y la Filosofía del Derecho para las mejoras futuras -¿necesariamente utópicas, sin base real?- del orden social: una ciencia versaba sobre la realidad ya constituida, la otra sobre ensueños sobre lo por venir. Las insuficiencias que prácticas o morales que mostraron los alemanes que compusieron la escuela de los *Allgemeine Grundbegriffe*, y los ingleses de la *Analytical School* llevaron a tomar más seriamente las posibilidades de la razón práctica.

Si preguntamos sobre el por qué último de esta tendencia imperativista que uniformaba las manifestaciones de la vida jurídica bajo el modelo universal de la orden o del mandato, podemos responder con cierta verosimilitud que esto fue así porque los juristas necesitaban -a semejanza de los nuevos físicos- un *corpus certum* sobre el que trabajar con aire propiamente científico. Varios de los juristas alemanes de comienzos del siglo XIX -aquellos kantianos que historié en “La Cabeza de Jano”- se quejaban de la falta de un estatuto científico definido de la ciencia del derecho, y manifestaban el desprecio y las burlas que otros investigadores lanzaban sobre ellos<sup>51</sup>. El camino metódico a seguir parecía claro: así como los físicos suponían los fenómenos homogéneos porque procedían desde una materia única y por tanto idéntica a sí misma, los estudiosos del derecho imaginaron un mundo de solas voluntades que daban origen a las normas jurídicas. Esta imaginación era útil porque entendían que este mundo era homogéneo -todas las manifestaciones de las voluntades son siempre idénticas las unas a las otras en tanto que actos de voluntad-, y pronto la palabra derecho fue sustituida por la de ordenamiento jurídico, que denotaba en mayor medida la naturaleza imperativa del orden que establecía el derecho; esta tendencia llegó a su máxima expresión teórica con la *Reine Rechtslehre* de Kelsen. Esta concepción del mundo jurídico presentaba la ventaja de que el derecho podía ser conocido en su conjunto por el ser humano sin

---

<sup>50</sup> . Es difícil hablar de este reparto histórico de tareas entre la Teoría y la Filosofía del Derecho. Austin dijo querer hacer *Jurisprudence or Philosophie of Positive Law*, tomando este título de Gustav Hugo. Lo que Austin hizo realmente fue Filosofía del Derecho, no al estilo de Ahrens o Trendelenburg - quienes se perdieron en una maraña de declaraciones grandiosas, pretendidamente universales, al modo de la Ciencia de la Legislación- sino estudiando cada una de las instituciones jurídicas en su estructura interna según las necesidades humanas a que correspondían y sus relaciones mutuas. Austin rechazó expresamente confundir esta nueva Filosofía del Derecho con la Ciencia de la Legislación en el Prólogo de sus *Lectures*, pág. 31. En cambio, Holland no hizo este tipo de Teoría del Derecho, sino que tomando ejemplo de algunos juristas alemanes, diseñó los grandes trazos del Estado contemporáneo.

<sup>51</sup> . Vid. una crítica extensa a lo largo de los *Juristische Fragmente* de J.A.L. Seidensticker, Göttingen, 1802. Fue tal la actitud de Seidensticker, que publicó anónimo este pequeño libro. La obra mencionada, *La Cabeza de Jano*, fue publicada por la Universidad de Cádiz, 1989. Está disponible en la web franciscocarpintero.com.

grandes problemas, ya que las normas jurídicas pasaban los filtros de la ciencia; pues, como explicaba Ludwig Knapp, nadie confunde un ferrocarril construido con un ferrocarril simplemente proyectado<sup>52</sup>.

No se ocuparon del estudio del contenido de las normas, tema que entendieron que quedaba abandonado al azar de la razón humana en la historia. Como Kelsen no podía explicar las razones de las conductas concretas contenidas en cada norma jurídica –esto es, de los principios morales, o de utilidad social- recurrió a un ingenuo molde inspirado en los neokantianos de moda a comienzos del siglo XX: el conjunto de normas que compone el ordenamiento jurídico *obliga* porque es conocido a través de una categoría del Entendimiento, la del Deber-Ser<sup>53</sup>. Seguía la vieja separación ilustrada (y también la de los kantianos y neokantianos) entre la naturaleza –que era vista como el reino de la causalidad o necesidad ciega y sin sentido- y el mundo humano, que era el reino de la libertad---si es que podemos hablar de libertad en este contexto doctrinal materialista. Realmente, en este tema inicial, Kelsen innovó poco más allá de los kantianos que estaban a caballo entre los siglos XVIII y XIX.

Esta presentación pretendidamente kantiana o neokantiana de la realidad jurídica presenta reparos, y de hecho lleva a dificultades metódicas que molestan demasiado al estudio de las facetas de las personas. Por ejemplo, algunos investigadores mantienen que “tras la crítica kantiana a la cosa en sí” (que es el tópico en el que se refugian

---

<sup>52</sup> . Vid. *System der Rechtsphilosophie*, cit., pág. 205. Cito a este filósofo, poco conocido hoy, porque quizá fue quien con más precisión y acribia expuso la filosofía materialista en el siglo XIX alemán. F. González Vicén supo apreciar la calidad de su obra en el conjunto de la literatura materialista del siglo XIX.

<sup>53</sup> . Kant no se atrevió a tanto, y estas categorías –la del Ser y Deber ser- no figuraron en sus tablas de principios puros del Entendimiento o *Verstand*. Kant únicamente estableció, entre otros muchos lugares, que “Los cuerpos son simples fenómenos de nuestro sentido externo, no cosas en sí mismas”. *Crítica de la razón pura*, cit., A357. En este tipo de declaraciones se refiere exclusivamente a la intuición de los cuerpos en el espacio, tal como los trata la geometría. Se ocupó de excluir al derecho de estas limitaciones en A 43-44, al escribir 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 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 *cuerpo* 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”. Sigo la traducción de la *Crítica de la razón pura* de P. Rivas, en editorial Alfaguara, Barcelona, 1988.

Más específicamente sobre este tema, vid. mi estudio *Nuestros utilitaristas malentienden a Kant*, en “El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro Homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades”. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 141-166. Estudio disponible en la web franciscocarpintero.com.

frecuentemente los que niegan el conocimiento de las vertientes semánticas de las regulaciones jurídicas) no podemos saber lo que es el hombre como persona, ni admitir cualquier dato que nos introduzca en las vertientes ontológicas de sus acciones<sup>54</sup>. Pero, aparte de que Kant refutó expresamente lo expresado en esta frase como de estilo -tal como vimos un par de páginas antes- este modo de proceder tampoco encuentra apoyo en las nuevas metodologías científicas; pues los métodos de la física que prometían versiones filosóficas y comprensivas de lo existente, mostrando su necesidad según las leyes causales, han pasado. En cambio, el ser humano ha permanecido como una realidad extraña en los esquemas de los físicos, y las aproximaciones intelectuales para la explicación o explicaciones de sus conductas siguen más bien impertérritas, porque sus conductas –normalmente encuadrables en cualidades emergentes o *Gestalten*- no son explicables desde los esquemas más básicos de Euclides, Descartes, Newton o Planck. Han cambiado los condicionantes y las posibilidades técnicas, pero no el hombre en cuanto que hombre, que normalmente y en cierta medida permanece irreductible también ante la técnica que él mismo desarrolla. Estas líneas no implican afirmar que podemos conocer un orden del ser objetivo, etc. Solamente indican que no disponemos ya de razones para mantener en el derecho un escepticismo del tipo del de Hume; pues tantas razones tenemos para tomar en serio la epistemología de Hume como para dejarla de lado. Hoy, seguir las consecuencias del binomio Newton-Hume (un ‘binomio’ realmente artificioso) compone una cuestión de fe.

El ser humano permanece a través de los métodos diversos ideados para explicarlo por el mismo hecho que indican los geómetras, que distinguen entre un espíritu científico, que lleva hacia la razón de ser de un teorema, y el espíritu demostrativo, que es el cauce elegido, siempre algo arbitrariamente, para encauzar el desarrollo teorematizado propio de todo método. El hombre aporta ambos planos, el científico y el demostrativo. Pero su racionalidad, llevada por el ideal científico, cuestiona una y otra vez las distintas razones demostrativas que idea la comunidad científica en cada momento. Saumells explica que para construir las catedrales antiguas los artesanos fabricaban soportes de madera sobre los que colocaban las piedras que componían la cúpula; una vez acabada ésta, retiraban los soportes ya inútiles; lo que implicaba que el estatuto de la construcción –un estatuto ‘real’, no simplemente

---

<sup>54</sup> . Vid. el estudio de J. Muguerza (ed.) *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1998. La mayor parte de los autores que componen este estudio niegan la posibilidad de afirmar que el hombre es un ser personal. El propio Muguerza se mueve en ambigüedades.

epistemológico- era realidad distinta del estatuto de lo construido<sup>55</sup>. Tenía razón Wittgenstein cuando indicaba en el último párrafo de su “Tractatus”, que los razonamientos propuestos por él eran como una escalera de la que podíamos prescindir una vez llegados a nuestro término<sup>56</sup>. Tomás de Aquino captó lúcidamente este tema, es decir, la diferencia entre la razón científica y la razón simplemente demostrativa, cuando estableció que es tal la diferencia entre las proposiciones generales y las conclusiones concretas, que es preciso suponer que el hombre dispone de dos entendimientos distintos para juzgar sobre cada una de ellas<sup>57</sup>.

Los partidarios de la autopoiesis humana no estarán de acuerdo con esta tesis, porque ellos entienden que la conciencia de la tecnología, llevada hasta sus últimas virtualidades, permitirá que el hombre se vuelva a constituir y reconstituir indefinidamente; pero la carga de la prueba recae sobre ellos, porque carecen de alguna base científica sobre la que fundamentar esta esperanza; como ellos han montado sus explicaciones sobre lo que consideran el fracaso de los empeños por mostrar algún tipo de ontología, son ellos los que han de mostrar cómo las actitudes antiontológicas que se derivaron fundamentalmente desde Hume, pueden ser aún viables cuando el modelo científico sobre el que montaron sus teorías Hume o Kant ha perdido su validez universal; desde luego, los movimientos tendenciales o finalistas que Planck o Heisenberg han observado –cuestión experimental, no de lucubraciones- constituyen absurdos en las bases de las explicaciones autopoieticas. Luhmann expone explicaciones especialmente bien trabadas conceptualmente, que se ajustan de forma admirable a lo que pudiéramos llamar el sentido común actual; su estilo es conciso y convincente; refleja adecuadamente lo que ha quedado en el corazón de muchos universitarios después del naufragio de Newton o Laplace. Pero este teórico no aporta ningún sistema científico determinado, a no ser que digamos que es vagamente materialista y biologicista. Cuando encuentra dificultades propiamente científicas, simplemente las niega, sin estar en condiciones de mostrar los motivos para su

---

<sup>55</sup> . Vid. *La geometría euclídea...*, cit., pág. 77.

<sup>56</sup> . Los científicos intuitivos, al margen del carácter epigonal, siempre han sentido este hecho. Saumells, por ejemplo, indicaba que en el fondo del teorema aparece un conflicto que el especialista explica en términos de una necesidad contrapuesta a una imposibilidad. Vid. *La ciencia y el ideal metódico*, cit., págs. 63-64. Más adelante en esta obra, en la página 204, alude a la razón más íntima de esta conciencia: “El interior mismo de todo acto de conocimiento comporta una escisión entre percepción y apetito, entre reflexión y libertad. Toda forma de patencia consciente se escinde en actual y posible”. El investigador siempre vivencia una desproporción entre los resultados a que ha llegado y el método que ha seguido: el método siempre le resulta pobre.

<sup>57</sup> . El de Aquino se ocupó reiteradamente de este tema en *Suma teológica*, I-II, q. 14. art. 3, en *Summa contra Gentiles*, párrafos 475 y 1247, en *Com. Eth.*, párrafos 118 y 1115.



negación; por ejemplo, tropieza con la dificultad de Gödel: que todo sistema teorematizado suficientemente desarrollado contiene necesariamente contradicciones, estén o no expresadas en él; como Luhmann escribe según el esquema mecánico-sistemático en el que no pueden existir antinomias, no puede aceptar que su teoría pueda ser contradictoria, y señala sin más explicaciones que es preciso luchar contra la *gödelización* de la ciencia<sup>58</sup>.

Ya que hablamos de conjuntos que pueden ser investigados conjuntamente, bajo una sola ley, gracias a su carácter homogéneo, es necesario aludir a las exigencias intrametódicas que hacen posibles tales homogeneidades; tales exigencias se condensan en admitir sólo, en sede científica, lo que ha pasado un determinado criterio de validez. Como quedó apuntado, el investigador considera excesivamente grosero el intento de comprender el derecho desde un solo contexto de validez o de justificación, porque uno es el fundamento del deber del profesor de preparar sus clases, y otro el del derecho por el que el arrendador puede exigir el precio del arrendamiento. Piensa que en el lugar de tal contexto solitario, es preferible situar un criterio de representación que se ajuste mejor (y simplemente de *mejor* manera, es un problema de adecuación<sup>59</sup>) a las distintas manifestaciones de los movimientos de los seres humanos. Distingue un contexto de representación –en realidad una pluralidad de tales contextos- y otro contexto de presentación, que sería lo concretamente expuesto en los libros sobre derecho.

Ningún investigador puede pretender exponer la verdad absoluta de su visión del derecho, porque las nociones formales que operan en toda ciencia, trabajan de un modo –igual en la física como en el derecho- que podríamos llamar imprecisamente *dialéctico* o, quizá con más precisión, *tópico*. Cualquiera se siente molesto por utilizar el término tópico, por el excesivo desgaste que conlleva. Pero sucede que ante la lógica binómica o bivalente, las cosas son o no son excluyentemente, de modo que las categorías lógicas se proyectarían sobre lo percibido normándolo son residuos o excepciones<sup>60</sup>, y si queda algo sin explicar, el lógico declara que esas cosas constituyen aporías. El proceder

---

<sup>58</sup> . Vid. *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. de J. Beriain y J. M. Blanco. Trotta, Madrid, 1998, pág. 66

<sup>59</sup> . Gonseth, en *Mon itinéraire...*, cit., pág. 412, excluye los juicios de verdad y propone juicios de idoneidad.

<sup>60</sup> . Un hecho histórico especialmente ejemplar de esta exigencia fue la discusión decimonónica sobre las lagunas en el derecho. Zitelmann hubo de ocuparse de examinar trabajosamente el derecho positivo para mostrar lo evidente: que, al menos, existen regulaciones jurídicas que no acaban de ser completas de acuerdo con sus propios planteamientos. Es una cuestión que hoy nos parece ridícula, pero que muestra hasta qué punto las mentes se dejan arrastrar por las modas académicas.

tópico o dialéctico, más ajustado a los derroteros de la matemática, la geometría o la física actuales, muestra que las nociones formales no gozan de lo que usualmente se entiende como validez ‘universal’; simplemente, a veces han de ser aplicadas, y a veces no.

Podría parecer que hoy es ociosa la crítica a la unidad o uniformidad científica, porque la Edad Postmoderna insiste en la fragmentación de lo existente y por tanto de la razón que lo conoce (Lipovetski), en el pensamiento débil (Vattimo), o en la derrota de la razón (Finkielkraut). Pero estas propuestas siguen el ritmo de los tiempos, según la moda académica exhibida ahora fundamentalmente por Luhmann; desde luego, el diálogo actual lo es con Luhmann, o tendrá poca relevancia. No sucede que Luhmann sea enteramente original, pero ha radicalizado algunas tesis de Bertalanffy en un lenguaje convincente. Pero, ¿las teorías sistémicas se dirigen realmente a resolver fragmentaciones o complejidades? Porque estos autores sistémicos hablan continuamente de “Reducir la complejidad”, y hoy todo conjunto conceptual que ayude en tal empresa reductiva es visto con buenos ojos. Sin embargo, no cabe hablar de tal complejidad en las teorías sistémicas, aunque de hecho este pensamiento insista en la pluralidad de los sistemas, y en la tarea de reducir la complejidad de cada uno de ellos para que cada sistema disponga de la información adecuada para responder a las incitaciones del entorno. Esta terminología no es honesta: estas teorías no reconocen ni la pluralidad ni, en consecuencia, la complejidad: ellas solamente tienen ante la vista a un misterioso elemento –tan misterioso como omniabarcante– que reacciona de formas binómicas a los estímulos del entorno de acuerdo con la información de igual naturaleza que posee en ese momento cada sistema<sup>61</sup>. Henri Bergson denunciaba este pensamiento biológico-mecanicista que se encarga de hacer coincidir la adaptación pasiva del *milieu* y la adaptación activa del organismo<sup>62</sup>. Permanecen bajo el antiguo mito materialista que insiste en la unidad de lo existente, tanto en su constitución como en las estructuras de sus funcionamientos, únicamente diferenciadas por el más y el menos.

Este estilo de pensamiento no sabe de Matemáticas –al menos de las Matemáticas actuales– y permanece en la simple Aritmética. Antes hablaba de la igualdad (aritmética) en las bases de los constructos propuestos en estos tres últimos siglos, y señalaba que la razón cuando quiere actuar por sí sola sin pedir prestado nada a

---

<sup>61</sup> . Vid. Luhmann, *Complejidad y Modernidad.*, cit., págs. 59-62.

<sup>62</sup> . Vid *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit*, en « Œuvres », P.U.F, Paris, 1959, pág. 555.

cualquier otra instancia, no sabe remontar esta ley tan elemental sobre la igualdad. Pero lo cierto es que la razón, para ser tal, continuamente sale fuera de sus pequeñas reglas lógicas para adquirir contenidos; si alguien se empeña en reducir la racionalidad a la igualdad implícita en el lenguaje, o al igual *selfish* de los hombres, hace trampas, porque de hecho los fundamentos de la mayor parte de sus argumentaciones desbordan estas exigencias simplistas. Si fueran sinceros, deberían indicar que propugnan un muy pequeño sector de las matemáticas de conjuntos, ya que desde este tipo de matemáticas los hombres podemos ser considerados iguales *tout court* solamente desde algunos aspectos. Al seguir un único punto de vista, el razonamiento puede presentarse, ciertamente, como sistemático, gracias a su simplicidad. Pero nuestra vida –aunque la consideremos únicamente desde el punto de vista del derecho- no es tan simple. Estos filósofos deberían indicar que sus explicaciones están lejos de la igualdad desde la que se pueden hacer juegos racionales binómicos. Por ejemplo, Habermas –ejemplar policía moral de Europa- ha condenado las manipulaciones genéticas en los seres humanos: ¿obtiene esta interdicción desde el simple punto de vista de la igualdad que él dice encontrar normativamente en el lenguaje? De estos autores se podría decir lo mismo que decían los norteamericanos de los años '30 del siglo pasado: que Henry Ford era capaz de fabricar autos de todos los colores a condición de que todos fueran pintados de negro.

### ***Se abre un momento más positivo: los movimientos distintos de las personas***

Si no aceptamos la sola ley del único movimiento siempre igual, abandonamos la Mecánica y entramos por los campos de la Biología. No es lícito hablar del movimiento en general, porque este concepto implica una abstracción excesiva<sup>63</sup>. Esta noción unitaria fue discutida -en tanto que unitaria- antes de comenzar la Edad Moderna. Platón se inclinaba por un Cosmos ordenado de acuerdo con un plan único, siempre de arriba a abajo. Pero Aristóteles sólo reconocía seres concretos que devienen ellos haciendo realidad las formas de sus movimientos; la explicación de Aristóteles no pretendía ser una teoría de la naturaleza en su conjunto, ni del elemento común a todas las cosas, sino una teoría de las naturalezas de las cosas individuales, es decir, de los

---

<sup>63</sup> . Tomás de Aquino explicaba que no podemos hablar de la vida, porque así como la carrera no es distinta del acto mismo de correr, la vida es lo mismo que los actos de vivir. Vid. *Suma teológica*, I, q. 18, art. 2.

movimientos de cada ser. 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 del movimiento de cada cosa<sup>64</sup>. El deseo de cada ser que tiende a la plenitud de su vida constituye el núcleo de esta concepción de la vida<sup>65</sup>. La variedad de las formas del deseo hace de la naturaleza un concepto marcadamente analógico<sup>66</sup>. En el plano de la ética, la persona es la titular última de sus acciones, y estas acciones son realmente distintas porque responden a movimientos distintos de los mismos hombres. No se trata de aludir a los movimientos distintos de las distintas personas, sino a los diversos movimientos necesarios en cada ser humano. Personalidad y diversidad se funden: no podemos pensar en el derecho en una pluralidad de movimientos vitales sin personas, ni en personas sin movimientos plurales. Los constructos ignoran a las personas como tales y, por tanto, a su diversidad de tendencias vitales. Ya indiqué que para negar esta pluralidad les fue necesario declarar homogéneo todo el mundo humano, según sus preconceptos materialistas que imponían un método sumamente restrictivo.

Si tenemos en cuenta esta última advertencia, es lógico que se nos oculte esta variedad de las formas de los movimientos y deseos en las definiciones y descripciones omnicomprendivas del derecho, que insisten monótonamente en las normas jurídicas y en los principios del derecho, pero sin atreverse a mostrar algún acceso del entendimiento a las realidades distintas expresadas en esos principios o normas. Es cierto que desde la difusión de la mentalidad representada por la obra de Dworkin, los estudiosos aluden ahora a unos principios jurídicos que parecen reconocer la diversidad de las formas jurídicas; pero esto es un espejismo, porque tales principios, al carecer de

---

<sup>64</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 mobilibus. Et talis natura est vel materia, vel forma materialis”. *Suma teológica*, I-II, q. 10, art. 1.

<sup>65</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. de S. Mas, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 32.

<sup>66</sup> . Análogo quiere decir, en este contexto, que una realidad no es completamente distinta de otra. Para algunas de estas explicaciones, vid. F. Viola, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*. Trad. de V. Bellver, Comares, Granada, 1998, págs. 81-86.

cualquier referencia ontológica, esto es, de las referencias necesarias a las facetas de las personas que buscan vivir como tales, se disuelven retóricamente en el siempre monótono polvo que levanta la Constitución actualmente vigente en cada una de sus andaduras.

¿Es lícito pedir sin más la consideración de las vertientes ontológicas de las acciones, como exigiéndolas por una cuestión de principios? Saumells explica que una realidad es la razón metódica y otra la razón demostrativa<sup>67</sup>. La razón metódica responde al espíritu científico, que es el que lleva a diseñar los métodos; la razón demostrativa es más modesta: se aferra a los modelos teoremáticos que ya conoce, o que innova, tratando de sacarles el mayor partido; el científico que permanezca en este momento de la ciencia, por miedo, por incompetencia o por prejuicios, tendrá que declarar aporéticas las cuestiones a las que él no sabe responder, y poblará la ciencia con nuevos misterios<sup>68</sup>. Lo que es un problema serio en el derecho: porque ninguno de nosotros sabe lo que es el tiempo o el espacio: pero todos podemos saber, en el plano del conocimiento teórico, que el tren de la tarde para Sevilla sale de Jerez a las 16,45; y que el profesor tiene el deber objetivo de conducir con prudencia cuando va a la Facultad. La razón metódica de nuestra cotidianidad desborda a la razón demostrativa que se monta sobre limitaciones intrametódicas.

Hablo de ocultamiento de la variedad que es hecho posible gracias a aquellas primeras limitaciones puestas en virtud del método, porque si la racionalidad que de hecho está en la base de cualquier metodología científica muestra que no coinciden el método que trata de normar la recepción cognoscitiva de las experiencias, y las experiencias mismas, el espíritu científico ha de imponerse sobre el momento simplemente metódico. El científico es siempre un investigador vinculado al material duro que él ha de explicar fatigosamente; el hecho de que él supere a veces las explicaciones anteriores, y que a su vez sus explicaciones hayan de estar abiertas para ser superadas por otras, no quita un ápice de verdad a esta realidad. El único sector de la física en el que coinciden las lucubraciones matemáticas con el material que ha de ser estudiado es la óptica; pero algunos científicos cuestionan, y no en valde, si este saber

---

<sup>67</sup> . Las primeras cincuenta páginas de *La ciencia y el ideal metódico* están dedicadas más expresamente a dilucidar esta escisión en el conocimiento.

<sup>68</sup> . Según Goussier, el investigador que abandona el espíritu científico y se refugia en un sistema previo a su búsqueda, hace de su teoría una *philosophie nécessaire*, y ha de declarar insolubles los problemas que no se ajustan a las restricciones iniciales puestas por el investigador. Vid. *Mon itinéraire...*, cit., págs. 25 y ss.

constituye un verdadero momento de la geometría o si ha de ser expulsado de ella. Podemos dejar volar la mente, al modo de los investigadores de la óptica, sobre el inmenso campo de lo posible –o simplemente por el terreno tan plástico de los conceptos generales- y así siempre estarían dispuestos los ataques y los contraataques argumentativos. La imposición del ámbito científico sobre el metódico determina que el deseo de saber del estudioso no quede nunca satisfecho, porque los desarrollos teorematizados nunca están a la altura de sus conceptos, ni siquiera a la altura del método; el investigador sabe que ha llegado hasta el final, y que ha conseguido la demostración, pero no acaba de entender la razón de su discurso<sup>69</sup>.

Sin duda alguna, nadie puede pretender que su explicación esté libre de impugnaciones, pero obtenemos un campo común, más de entendimientos que no de disensiones, si permanecemos fieles a la cotidianidad jurídica nuestra, esto es, al derecho positivo y a las nociones y a la *protheoria* que animan a las manifestaciones de la vida en su nacimiento y alcances. Porque si preguntamos qué es el derecho y se nos dice que el derecho es el mandato del soberano, la regla creada por el juez, una predicción sobre el uso futuro de la fuerza, un módulo de la conducta social, etc., nosotros tenemos el derecho de preguntar para qué sirve esa definición, y entonces - escribe Fuller- se nos contesta: “Why, no purpose, except to describe accurately the social reality that correspond to the word *law*”. Claro, el investigador siempre puede decir: “But it doesn’t look like that to me”, the answer come back, “Well, it does to me. There the matter has to rest”<sup>70</sup>.

Fuller tiene razón, no se puede contestar que “the matter has to rest” porque tenemos el derecho de preguntarnos para qué sirve –y por tanto de donde proviene- el fundamento jurídico operativo del poder 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 usamos cotidianamente, que hemos de explicar según categorías racionales, no fingidas, o postuladas por falta de explicación convincente. Muchos postulados toman lo ausente como signo de presencia y concluyen

---

<sup>69</sup> . Así, Saumells, *La geometría euclídea...*, cit., pág. 18. Esto explica por qué, aún usando un mismo método, los resultados son distintos; pues, pese a encuadrarse en el ámbito ‘positivista’, las doctrinas de Bergbohm, Nawiasky, Kelsen o Hart son diferentes. No tienen ante la vista la advertencia de Tomás de Aquino: que demostramos sin saber cómo. Vid. Notax

<sup>70</sup> . *Positivism and fidelity to law---A reply to Professor Hart*, en “Harvard Law Review”, vol. 71, pág. 631.

que una barca de pesca encontrada recientemente en el mar de Tiberíades ha de ser la barca de San Pedro. ¿Motivo último para esta afirmación? Que no se ha encontrado la barca de Pedro. Hay una justicia ya dada, pre-teórica –tema en el que insistió MacIntyre hablando de los conceptos normativos- que antecede *necesariamente* a la reflexión ética<sup>71</sup>. Porque cada poder jurídico o moral no puede ser sino la función de una necesidad concreta, y si un poder práctico –es decir, en el marco de la filosofía práctica- no sirve a la resolución de una necesidad humana, entonces la razón manda que se lo considere prepotencia. No parece que hablar de conceptos normativos pre-positivos forme una actitud seria en la explicación del derecho. Los que piensan así deberían considerar que nos movemos en todas las ciencias con conceptos pre-positivos; por ejemplo, las figuras geométricas son privilegiadas porque van precedidas de un conocimiento preciso de sus objetos ante el sujeto<sup>72</sup>. Esto no es nada paradójico o inexplicable. Descartes hablaba de la ‘imaginación’ como ese ámbito que posee el género humano para representarse los datos geométricos antes de haberlos construidos; los geómetras modernos llaman a este ámbito primero la conciencia objetiva, que puede ser definida como “el ámbito de una cierta forma de presencia propia de los objetos en tanto que están destinados a su conocimiento”<sup>73</sup>.

Si prescindimos de la visión del mundo del derecho propia del Iluminismo, la persona atenta a lo que percibe, no observa modificaciones simplemente binómicas que estén en condiciones de ser atribuidas a una sola protorealidad, sino tendencias humanas realmente distintas que originan problemas igualmente distintos. Porque toda mutación binómica es necesariamente excluyente –explicaba Bergson- y si tomamos esta idea como la guía para explicar la evolución, más bien parece exterior a lo que estudiamos y, desde luego, no da razón de la formación de los sistemas complejos<sup>74</sup>. Efectivamente, el ser humano, que se mueve tras finalidades distintas precisamente porque tiene ante él problemas diferentes, se hace dirigir por patrones de conducta que no sólo tienen metas diversas, sino estructuras igualmente desiguales porque responden a aquellas finalidades

---

<sup>71</sup> . En su obra más conocida, *Tras la virtud*, ya cit., en pág. 83, sienta reiteradamente su tesis básica: “El uso de *hombre* como concepto funcional es más antiguo que Aristóteles y no deriva inicialmente de la biología metafísica de Aristóteles. Radica en las formas de la vida social ... Con arreglo a esta tradición, ser un hombre es desempeñar una serie de papeles, cada uno de los cuales tiene entidad y propósitos propios: miembro de una familia, ciudadano, soldado, filósofo, servidor de Dios”. Expone sus explicaciones sobre el “concepto funcional” en las páginas 81 y siguientes de esta obra, e insiste frecuentemente (ver, por ejemplo págs. 254-255), en el carácter intencional de las acciones que hace que el concepto de acción sea secundario respecto al de acción inteligible.

<sup>72</sup> . Vid. Saumells, *La geometría euclídea...*, cit., pág. 33.

<sup>73</sup> . Saumells, *La geometría euclídea...*, cit., pág. 34.

<sup>74</sup> . Vid. *Matière et mémoire*, en « Œuvres », cit., pág. 542.

distintas. El equipo de investigación en el que me integré hace años dispuso estudiaba la regulación jurídica de Internet, y también me interesé –al filo de un estudio de una compañera- por los problemas que plantea el usufructo de una finca hipotecada: es difícil encontrar unos conjuntos de *input/output* que sean comunes –ni siquiera en sus estructuras- a ambos tipos de estudios. Al movernos en el plano medio de la realidad que es propio del derecho, el jurista no tiene necesidad de preocuparse por las profundas cuestiones que tanto interesaban –en tono clásico- a Helvetius, Condorcet o Laplace; él se mueve en una realidad simultáneamente alejada de las profundidades de los que se ocupan de los fundamentos de la física y de las superficialidades de los que toman al *selfish* como criterio máximo para calcular las adecuaciones de las acciones humanas.

Dilthey explicaba que una de las razones últimas de esta tendencia se encuentra en el error construir teorías sociológicas y teorías del derecho que consideren la exposición de lo singular como simple materia bruta para sus abstracciones. Esta superstición –como llama Dilthey a este tipo de intentos<sup>75</sup>- que 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 que pretende obligar a la sociedad humana a revelar su contenido más profundo o formal, es una empresa tan aventurada como lo fue en su momento el deseo de los antiguos filósofos naturales que soñaban con arrancar a la naturaleza su clave secreta: “Y tan erróneo como esa superstición es el método que usualmente va asociado a ella”. Este método pretende unificar 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<sup>76</sup>. Estamos ante un tema difícil ante los razonamientos, porque la tendencia a la *reductio ad unum* es uno de los pilares básicos de la metafísica vulgar de la mente humana<sup>77</sup>.

### ***Correlativamente, la diversidad de ‘jurisdicciones’ en el derecho***

---

<sup>75</sup> . Vid. *Crítica...*, cit., pág. 83.

<sup>76</sup> . Vid. Dilthey, *Crítica...*, cit., págs. 83-84.

<sup>77</sup> . Bergson reconocía este hecho psíquico y explicaba la tendencia de la inteligencia hacia la unificación. Él indicaba que ésta es una tesis de alcance muy vago que introduce uniformidad en lo que realmente es una multitud de fenómenos. Vid. *Matière et mémoire...*, cit., pág. 624.



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 Estado, como toda institución humana, es una pregunta permanente en el aire, pero bajo la configuración doctrinal que ha tenido de hecho, no presupone el método de su respuesta ni muestra a todos la dirección de su pregunta. Sabemos que ante muchas interrogaciones, la entidad estatal ha llevado históricamente hacia la unidad homogénea de sus ciudadanos; igualmente, ha reconducido las preguntas sobre el método de estos estudios a la noción unitaria de sujeción política y jurídica: aquella homogeneidad y estas nociones amplias serían los presupuestos imprescindibles de las condiciones primeras de la racionalidad de la teoría del Estado. El doctrinario coherente desde el punto de vista democrático moderno fue Rousseau, que homogeneizó a todos los ciudadanos antes de comenzar sus discursos<sup>78</sup>. Fue lógico que propusiera una única y solitaria *volonté générale* –de naturaleza necesariamente colectiva en su génesis- como la meta ética suprema a alcanzar<sup>79</sup>.

En el origen de la teoría de los derechos humanos, criaturas modernas y por tanto afectadas igualmente por esta uniformidad de la visión pretendidamente jurídica, está operativa una única noción de poder o derecho, porque estos derechos han sido entendidos históricamente como poderes de los individuos que constituyen excepciones al poder general del Estado. Pero así no podemos ofrecer ni siquiera una representación general de la vida jurídica, porque el contrato de arrendamiento poco tiene en común con el 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 a las Universidades. Esto

---

<sup>78</sup> . Carl Schmitt Schmitt escribía sobre el “Du contrat social” de Rousseau: “Die Fassade ist liberal: Begründung der Rechtsmäßigkeit des Staates auf freien Vertrag. Aber im weiteren Verlauf der Darstellung und bei der Entwicklung des wesentlichen Begriffes, der *volonté générale*, zeigt sich, daß man wahre Staat nach Rousseau existiert, und das Volk so homogen ist, daß ... keine Parteien geben, keine Sonderninteressen, keine religiöse Verschiedenheiten ... Die Einstimmigkeit muß nach Rousseau so weit geben, daß die Gesetze *sans discussion* zustande kommen”. *Positionen und Begriffe, im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1940, pág. 63.

Disertando más en general sobre los problemas que plantea este modo de entender la realidad jurídica, explicaba aludía a los “Estados nacionalmente homogéneos que intentan llevar a cabo, con el fundamento de una homogeneidad nacional, una democracia, pero sin tratar en ningún caso a una persona como ciudadano emancipado. Así, la absoluta igualdad humana sería una igualdad comprendida en sí misma y sin riesgos, una igualdad sin el necesario correlato de la desigualdad”. *Sobre el parlamentarismo*. Trad. de T. Nelson y R. Guerrero, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 15-16.

<sup>79</sup> . Sobre las excesivas posibilidades de esta única voluntad general, vid. mi estudio *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Encuentro, Madrid, 2008, 328-342.

es, los derechos de los seres humanos para expresarse con libertad, para dejar a sus hijos sus propiedades en herencia, para gozar de las instituciones de la seguridad social, parecen excesivamente distintos. En todo caso, si queremos unificar lo disperso de la experiencia jurídica, podríamos hablar vagamente de reglas socialmente coactivas porque en último caso, si son transgredidas, pasarán por un cauce procedimental y coercitivo común; pero es dudoso que una definición así arrojara mayor claridad sobre nuestros conocimientos en el derecho.

Indicaba al comienzo de este estudio que la tendencia moderna de considerar las cosas en sí y por sí, al margen de las circunstancias (un modo de estudiar la realidad que lo iniciaron en su versión más extrema los jesuitas españoles de comienzos del siglo XVII<sup>80</sup>), ha llevado a una extraña entificación unitaria del concepto del derecho. Leyendo a Apel, Rawls o Habermas, se percibe que ellos piensan en el derecho como una cosa que puede ser definida globalmente, del mismo modo que un cuerpo físico; el derecho sería así una realidad prácticamente tangible que se conoce en un solo concepto, y la tentación primera ha sido la de proporcionar un concepto de lo jurídico – ¡la quimera decimonónica de la búsqueda del “concepto del derecho”!- que por sí mismo y por sus propias virtualidades, expulse de modo uniforme o igualmente reglado para todos los casos, cualquier posible injusticia.

Esta pretensión posee cierta justicia, porque ya vimos que la afirmación de una figura conlleva una contrafigura contra la que ella se destaque: es su soporte imprescindible, tal como vemos, por ejemplo, en los dibujos y campos de colores con los que los psicólogos explican las *Gestalten*. Lógicamente, la pretensión de situar al derecho en un enunciado, ha de cortar, limitar y, por tanto, destacar contra lo que no parece ser el derecho. Estamos ante el problema que, en la Geometría, se llama de las proposiciones paradójicas<sup>81</sup>. Pero el derecho no se nos manifiesta como una figura geométrica, ni siquiera como una realidad unitaria, y solamente podríamos llegar a construir tal unidad excluyendo. En este sentido, la igualdad propia de la posición original de Rawls es una proposición en definitiva paradójica que no existe en la realidad social observable, y de ahí que este autor insista en el carácter ideal de su teoría, que se fundamenta en una proposición sintética del espacio humano; se trata de

---

<sup>80</sup> . Vid. mi estudio *El desarrollo de la idea de libertad personal...*, cit., págs. 191-220. NOTAX: UNAM. Este tema había sido estudiado introducido por John N. Figgis, *From Gerson to Grotius. Studies in Political Thought*. Cambridge University Press, 1956, págs. 32-33.

<sup>81</sup> . Vid. Saumells, *La geometría euclídea...*, cit., pág. 77.

una síntesis a priori que su método deductivo postula en su punto de partida. Pero esta teoría de la Justicia ha de pagar demasiado para imponerse de esta forma: ella es posible por un acotamiento, de naturaleza física o geométrica, hecho posible por la afirmación sectorial e inmatizada de una sola cualidad de las personas; desconoce las distintas situaciones sociales del *homo in societate implicatus*; la cualidad es afirmada sólo negativamente, y como toda negación, es traspasada sin problemas a la universalidad argumentativa. Aparte de este carácter tan sectorial, y de lo artificiosa que se presenta esta forma de proceder, cae bajo el reproche de Saumells: “Todo lo que se representa en el espacio, se funda en el espacio”<sup>82</sup>.

Para recuperar la noción de universidad que respete las manifestaciones de nuestras personalidades<sup>83</sup> hemos de volver a un sentimiento de lo heterogéneo de las *jurisdictiones* propiamente jurídicas: pero esta demanda tropieza con la exclusión inicial que ha de imponer cada teoría para ser tal, porque es preciso insistir en el hecho de que las teorías reductivas modernas se han basado ante todo en limitaciones intrametódicas que hacen que el objeto de su estudio no sea más que un correlato de las exigencias de sus métodos. Pero, ciertamente, no podemos prescindir de las teorías –hay también mucha experiencia reflexiva acumulada en ellas- porque cada una de ellas corporeiza y desarrolla un kantiano principio del entendimiento, siempre verdadero y siempre falso por su unilateralidad<sup>84</sup>; el modo más juicioso de proceder es tener en cuenta todas las posibles explicaciones teóricas. Admitir la posibilidad de diversas teorías no implica ser relativista, al menos no el sentido usual del término. Lo contrario de relativo sería lo absoluto: y es posible que lo absoluto no sea por lo general tema humano, sino solamente de Dios. Entre lo absoluto y entre lo relativo en el sentido vulgar de esta palabra, cabe la actitud que defiende Popper<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> . *La geometría euclídea...*, cit., pág. 77.

<sup>83</sup> . Las Universidades eran entendidas como conjuntos más o menos plenos dentro de un conjunto más amplio. A lo largo de la Baja Edad Media, los grupos de estudiantes de las Escuelas, que normalmente residían extramuros, en barrios propios, fueron elevados a la categoría de *Universitates*, por lo que disponían de su propio territorio, su derecho, sus tribunales y cárceles, sus policías (los *bedeles*), etc., dentro del conjunto de la ciudad o reino en el que estaban situadas.

<sup>84</sup> . Para evitar esta posible *especialización* del método científico, Gonthier explicaba que la reflexión filosófica ha de comprometerse con todos los sistemas filosóficos, incluso con los que son incompatibles. Vid., *Mon itinéraire...*, cit., pág. 409.

<sup>85</sup> . “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

### *Los objetos que intervienen en las determinaciones de sus normatividades*

Volvamos a la médula del positivismo jurídico: la noción única del *Sollen* que está en las bases de tantas explicaciones presenta insuficiencias. Indicaba que si consideramos las funciones de capitán de barco, padre y profesor, más bien observamos unos poderes que vienen tasados tanto en su origen o razón de ser, como en su alcance y límites, porque esas capacitaciones no tienen más fundamento que su razón *real* de ser (de *res*, cosa) que atiende a los efectos personales y reales –sean individuales o sean sociales- que pretenden alcanzar esas instituciones.

Pero si afirmamos unos axiomas iniciales que portan ya en sí, plenamente insilogizadas, sus conclusiones, toda la empresa se resuelve en una *circulatio*. La analiticidad que hace posible este tipo de discursos –la que criticaban Fuller o Dilthey- se ve hoy especialmente contestada en el plano científico más general porque sabemos que los sistemas lógico-matemáticos no poseen una estructura ni definida ni unitaria. Anteriormente, cuando en las Universidades se creía que existía una sola lógica, los teóricos del derecho podían pensar que la lógica había de explicar satisfactoriamente la sola realidad existente. Pero este sueño acabó entre las páginas de Peano y Frege, y especialmente de Gödel, y hoy tenemos diversos sistemas lógicos, ninguno de los cuales puede pretender superioridad si no es atendiendo a su mayor capacidad explicativa de la realidad, esto es, a sus dimensiones necesariamente ontológicas o semánticas<sup>86</sup>. Los discípulos de Dworkin deberían entender que son otros tipos de datos –las razones *reales* para crear las funciones de inspector de Hacienda o de profesor de universidad- las que destilan y discriminan individualmente los principios y las reglas, que sólo por una ficción –cuestión de forma- pueden ser atribuidas unitariamente a la Constitución.

---

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”. *Tolerancia y libertad intelectual*, en “Sociedad abierta, universo abierto”, cit., pág. 143.

<sup>86</sup> . Ha habido intentos extraños para volver inteligibles los discursos puramente procedimentales. Cortina explica que Apel mantiene que “quien pretenda comunicarse –incluso el pragmático-empírico que quiera defender su postura- tiene que contar con algo más que con presuposiciones pragmático-empíricas del contexto: en tanto que interlocutor que quiere entenderse sobre algo, se ve obligado por “la naturaleza de la cosa” a trascender el ámbito de la observación empírica y a reflexionar sobre lo que *debería ser*”. *Razón comunicativa...*, cit., pág. 124. Este paso desde lo empíricamente ‘dado’ a lo que debería ser *realmente* la cosa, implica asumir a fondo, en sentido fuerte, ‘lo que es’ cada ser.

Suponer una realidad unitaria que ha de ser explicada de arriba abajo, en orden descendente, puede adecuarse remotamente a la realidad del derecho administrativo: la obra de Adolf Merkl<sup>87</sup> suscita dudas, pero también expresa un poso de verdad innegable. Este autor ofreció la teoría escalonada del ordenamiento jurídico, que Kelsen la hizo suya con rapidez; podría pensarse en una influencia metódica mutua, pero no fue exactamente así, porque Merkl elaboró esta figura fundamentalmente para oponerse a las explicaciones de Kelsen que presentaban a las competencias de cada órgano como una *Blanko-Formel*<sup>88</sup>, de modo que al ser el derecho un sistema normativo dinámico, las normas jerárquicamente superiores no determinaban el contenido material de las normas que habría de ser producidas por los estratos inferiores de la administración pública, pero sí sus competencias creadoras<sup>89</sup>. Pero Merkl estableció de forma más matizada la teoría escalonada del ordenamiento jurídico administrativo para establecer que “El carácter de Estado de Derecho de la Administración se hace depender de postulados políticos-jurídicos, que tanto valen como postulados de derecho natural”<sup>90</sup>. Esto es, el escalonamiento administrativo se fundamenta en datos valorativos que bien pueden ser considerados parte de la ontología o de la metafísica de las personas; aunque estamos en condiciones de entender que las vertientes distintas de los seres humanos imponen más bien hablar de las ontologías personales que no de ‘la’ persona.

Habrá quien niegue esta fragmentación de la racionalidad humana. Unos la negarán porque considerarán únicamente el lenguaje, y ellos mantienen la unidad lingüística. Otros, porque contemplarán a la persona en toda su dignidad: estos últimos debieran tener en cuenta que Tomás de Aquino reconoció que la razón es una forma lógica vacía que es llevada a la acción movida por las tendencias naturales del hombre e

---

<sup>87</sup> . *Teoría general del derecho administrativo*. No consta traductor, Editora Nacional, México D.F., 1980.

<sup>88</sup> . El único jurista que conozco que haya intentado temática y extensamente esta empresa fue C. Emge en *Ueber die Idee (Das regulative Prinzip). Versuch zur Grundlegung einer rationalen Dogmatik*, en “Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstage”. Hrsg. Edgar Tatarin-Tarnheyden, Berlin, 1926.

<sup>89</sup> . En este momento de la explicación surge un problema que parece no haber atraído suficientemente la reflexión jurídica. Kelsen trabajó en órganos de la administración pública, y su Teoría Pura del Derecho es ante todo un intento de describir lo que los alemanes llaman el *Staatsrecht*. Parece que se le escapan los problemas peculiares de otras ramas del derecho.

<sup>90</sup> . *Teoría general...*, cit., pág. 103. Poco antes, en la pág. 100, ha declarado que “El Estado de Derecho no es una categoría especial de Estado, sino el Estado pura y simplemente ... Si todo Estado es Estado de Derecho, ‘él’ no puede actuar sino en el sentido y con el fundamento jurídico, y debe poseer, por tanto, un orden jurídico propio –como regla productora de todas sus funciones- si no queremos considerarlo –como hace Kelsen- como este mismo orden jurídico y nada más que este orden ... Estado de Derecho significa, en este sentido, un Estado con un ordenamiento jurídico *calificado* ... La categoría calificada del ordenamiento jurídico que distingue al Estado de Derecho hay que verla en que la Administración, a semejanza de la justicia, se halla vinculada por normas que la condicionan materialmente, y no sólo por una norma de competencia”.

impulsada por aquellas cosas concretas que ella conoce y que más tarde considera<sup>91</sup>, y que, en planos más concretos, él declara que la persona es sólo el *homo larvatus*<sup>92</sup>. No existe una racionalidad única, o una sola pragmática formal del lenguaje, que determine unívocamente las conductas humanas: en el mundo del derecho, el único sentido de base o final (por usar esta expresión tan exquisitamente alemana) es sólo la persona; normalmente no aparece la persona como tal: se nos manifiesta en sus derechos y deberes con la seguridad social, con sus hijos, con sus alumnos, en el tráfico rodado. El de Aquino recordó que la ‘persona’ es la *prima substantia* de Aristóteles, con lo que reconoció la especial calidad ontológica del ser humano; pero la persona es sólo el *homo larvatus*, ante todo en potencia para recibir determinaciones ulteriores que son las que compondrán normalmente sus derechos y capacidades jurídicas<sup>93</sup>.

La racionalidad es fragmentaria porque tiene cierto carácter objetual. El sueño cartesiano de la *Mathesis universalis* impidió momentáneamente reconocer este hecho tan conocido en la ciencia del derecho anterior al siglo XVII. Recapitulemos: como mostró Gödel, en todo constructo lógico-formal hay verdades indecidibles, de modo que la misma consistencia del sistema formal es una de esas propiedades indecidibles, que no podemos probar ni invalidar; dicho de forma más escueta, si un constructo intelectual no muestra él expresamente sus contradicciones, entonces esas contradicciones existen necesariamente en el exterior de los teoremas del constructo en cuestión, y le afectan igualmente<sup>94</sup>. Al hablar de las personas aparecen de modo estruendoso estos axiomas limitadores: un jurista puede escribir todo un libro sobre un nuevo contrato mercantil, y lo que él opine sobre tal contrato se mueve sobre un escenario invisible, que son las personas en sus necesidades concretas: éstos son los axiomas indecidibles o limitadores que dan sentido al trabajo de ese jurista. Pero tropezamos ante un problema que se resuelve ante todo en una cuestión de imagen: los empiristas vueltos o convertidos a los quasi-noúmenos, quieren hacer olvidar sus orígenes modestos, como los *parvenus* que no desean que se mencionen sus orígenes familiares. Otros empiristas, como el Segundo Rawls, además de establecer reglas lógicas, apelan a los buenos sentimientos y a la hombría de bien; pero, del mismo modo

---

<sup>91</sup> . Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 50, art. 4.

<sup>92</sup> . Vid. *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, “Opera Omnia”, Romae, 1570, L. I, Dist. 23, q. 1.

<sup>93</sup> . Sobre la persona como la *prima substantia* de Aristóteles, vid. *Suma teológica*, I, q. 29, art. 1.

<sup>94</sup> . Kart Gödel, a la edad de 25 años, publicó su *Über formal unentscheidbare Sätze der “Principia Mathematica” und verwandter Systeme*, en “Monatshefte für Mathematik und Physik”, 38 (1931) págs. 173-198.

que los anteriores, olvida deliberadamente que los buenos sentimientos a los que él recurre carecen en absoluto de alguna fuerza normativa que pueda ser considerada objetiva: sus exhortaciones no pasan del plano del puro solipsismo si no superan el plano de los sentimientos individuales<sup>95</sup>.

Kelsen cayó de bruces bajo la observación de Gödel, porque mostró cómo su Teoría Pura, al pretender ser completa, había de incluir axiomas que sólo podían expresarse en ella contradictoriamente. Ante esta dificultad, él siguió una solución pobre, rastreando ante todo las normatividades socialmente vigentes -a pesar de su confesada aversión por cualquier tipo de consideraciones sociológicas- para encontrar la normatividad más operativa socialmente, y declarar que ésa es la jurídica: así quiso defender la base primera de su *Reine Rechtslehre*. Pero Alf Ross mostró el absurdo *in terminis* de esta pretensión. Porque sabemos que todo conjunto teorematizado que pretenda adoptar la forma del sistema -como serían las explicaciones kelsenianas- ha de hacer referencia a factores que no vienen expresados en él mismo; pero si Kelsen hizo de la coherencia lógica el juicio de la validez y de la superioridad de su explicación, entonces las incoherencias de las que parte -ese rastreo sociológico inicial- anulan el valor descriptivo de su teoría. Porque, situados en el plano sociológico, no aparece un solo orden social realmente efectivo.

Si seguimos centrando los tiros en Kelsen, vemos que él asumió -llevado por la mentalidad dominante a finales del siglo XIX, que fue el momento histórico en el que él se formó- la teoría científica de aquel momento, que sólo creía en un método que estudiaba un solo objeto. De la mano de este convencimiento personal, afirmó que su explicación era la verdaderamente científica porque estaba apoyada en la única lógica posible, tal como comprobamos, por ejemplo, en su estudio sobre las teorías comunistas del Estado y del derecho<sup>96</sup>. Un estudio algo analítico nos muestra los tres momentos de su pretendida superioridad científica: en primer lugar, su método es completo, porque todas las afirmaciones que hace pueden ser probadas. En segundo lugar, su método es consistente, porque las reglas lógicas que él usa no proporcionan jamás conclusiones erróneas. Por último, su método es resolutivo, porque al estudiar una proposición sobre

---

<sup>95</sup> . El problema es el mismo en ambos casos: unos y otros tienen buenos sentimientos basados en sus sentidos innegables para la justicia. Pero la justicia remite a personas y a 'cosas' (esto es, a estados o momentos de las personas), y ellos han de rechazar -es cuestión de principios materialistas- estos axiomas indecibles, que siempre remiten a las realidades personales. Esta aporía ya la señaló Hegel, como crítica al empirismo, en su *Enciclopedia*, § 20.

<sup>96</sup> . *Teoría comunista del Derecho y del Estado*. Trad. de A. J. Weiss, Emecé Editores, Buenos Aires, 1957, Prólogo.

el derecho, puede establecer que es verdadera o falsa. Esto es, este método ‘puro’ forma una estricta unidad lógica en la que todos sus momentos se apoyan siempre en los otros momentos de la explicación. Pero los geómetras explican que los “Elementos” de Euclides poseen tal coherencia lógica que si uno de sus axiomas se demuestra inválido, toda la obra cae por tierra.

Hay que decir, en honor a la verdad, que la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho (1960) hace gala de una calidad literaria que arrastra casi incondicionalmente el asentimiento del lector: tal es su claridad explicativa y su aparente adherencia a la realidad. Sin duda, Kelsen ha sido el Shakespeare de la Teoría del Derecho. Pero, precisamente porque él se expresa de este modo, la incoherencia exhibe su cara más dolorosa: su monismo epistemológico únicamente es posible a costa de destruir lo más íntimo de su realidad, porque ya sabemos que no es posible una unidad metódica válida para todos los sectores de una misma ciencia. Reitero que él dice basarse en la lógica de siempre -en ocasiones alude expresamente a la lógica de Aristóteles-, pero desde 1921 tenemos ya demasiados sistemas lógicos programáticos e incompatibles.

Más allá de la crítica a Kelsen, aunque estas consideraciones también le alcanzan a él, un tema que parece eternamente recurrente es el de las proposiciones indecidibles. En el siglo XIX, diversos teóricos del derecho lanzaron a los positivistas un reproche justificado: que no podemos entender un ordenamiento jurídico prescindiendo de los bienes más básicos que animan internamente a las proposiciones normativas<sup>97</sup>. Estos ‘jusnaturalistas’ aludían, como es obvio, a los axiomas limitadores sobre los que ha de fundamentarse -y se fundamenta de hecho- cualquier orden jurídico, aunque no siempre supieron explicarse con claridad: Cruet, Charmon, Danz, Wallaschek, y otros, consideraron que el derecho natural estaba compuesto por los factores normativos no expresados en la letra de las normas jurídicas válidas. Años más tarde, Ripert publicó su breve estudio sobre la función de la regla moral en el derecho mercantil; explicó que podría haber hecho este estudio sobre el derecho de familia: pero no quiso hacerlo sobre este tema porque el trabajo hubiera resultado demasiado fácil<sup>98</sup>. Merkl afirmó que por encima de la estructura lógica de la pirámide normativa existen datos materiales que son los que determinan la calidad de Estado de Derecho de tal pirámide. Kelsen quiso

---

<sup>97</sup> . A. Ollero denunciaba este hecho en *Derechos Humanos*, ya citado.

<sup>98</sup> . Vid. *La règle morale dans les obligations civiles*. L. G. D. J., Paris, 1949.



prescindir de estos factores ontológicos y valorativos en nombre de la pureza científica de su explicación teórica; de donde resultó que lo que validaba o hacía creíble la teoría de Merkl, es justamente lo que invalida la férrea lógica – de todos modos traicionada en su propio interior- de la Teoría Pura del Derecho<sup>99</sup>.

Ciertamente, las figuras geométricas de las pirámides o escaleras normativas, forman parte expresa o tácita del estilo de los positivismos jurídicos más clásicos, como fueron los Knapp, Bergbohm, Kelsen o Bobbio. Este talante presentaba la ventaja de su especialmente fácil entendimiento, ya que desde el Iluminismo hasta ahora, parece que únicamente entendemos bien lo que hemos creado nosotros: la noción de lo no-construido se nos escapa. Al ser humano le resulta fácil construir, de la mano de las exigencias de las figuras de la ubicuidad, del *horror vacui* y de las figuras geométricas; así obtiene una apariencia de objetividad, porque tal como denunciaba Bergson, la geometría es la metafísica natural de la razón humana<sup>100</sup>.

Pero han cambiado los planteamientos, porque ya no pensamos en una lógica de la ciencia que sea distinta de la semántica de la ciencia<sup>101</sup>. Hoy volvemos a saber que las funciones de un policía de tráfico, de un padre o de un acreedor, son necesariamente distintas y que, por este hecho, los poderes de cada una de estas personas no constituyen habilitaciones concedidas por un poder u órgano superior, aunque tal órgano presuponga en su misma existencia la totalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto. Antes y por encima de los poderes aparentemente delegados, existen las funciones reales de las necesidades de los hombres concretos, y Adolf Merkl observaba que lo jerarquizado –incluso en el interior del derecho administrativo- no son los órganos, sino sus competencias<sup>102</sup>: una declaración de guerra contra Kelsen. Añadía que todas las funciones están jurídicamente en el mismo plano aunque exista una gradación

---

<sup>99</sup> . Harold Laski hacía notar que la teoría pura del derecho de Kelsen más parecía un ejercicio de lógica estricta que no una descripción del derecho. Vid. el capítulo introductorio de *A Grammar of Politics*, Routledge, London-New York, 4ª ed. 1941.

<sup>100</sup> . Bergson explicaba que la creencia que los cuerpos vivos pueden ser estudiados como el sistema solar, matemáticamente, supone una cierta metafísica desarrollada tras los descubrimientos de Galileo, pero que, en realidad, es la verdadera metafísica natural del espíritu humano. Frente a ella, su claridad aparente, la forma como tantos pensadores excelentes la aceptan sin pruebas, y todas las reducciones que ella ejerce sobre nuestro pensamiento, nos ponen en guardia ante ella. Vid. *L'évolution créatrice*, cit., pág. 511.

<sup>101</sup> . Un estudio asequible sobre este tema es el de Tirso de Andrés, *Homo cybersapiens*, Eunsa, Pamplona, 2002.

<sup>102</sup> . Refiriéndose a la independencia de algunos órganos, como los judiciales, escribía que “Hay que entender esta palabra <la de independencia> cum *granu salis* para que adquiera un sentido razonable ... Estas ideas corrientes son algo imprecisas. Los órganos, en cuanto tales, no se hallan jerarquizados; la jerarquía aparece en el ejercicio de sus competencias”. *Teoría general...*, cit., págs. 52 y 55.

política entre los órganos administrativos<sup>103</sup>. Estas necesidades son diversas en su origen o causa, y los poderes a que ellas dan lugar son también distintos. Sabemos que estas competencias tampoco son derechos subjetivos concedidos por el ordenamiento jurídico, sino que se parecen más a las tablas de las mareas que usamos los aficionados a la pesca, que nos indican las horas y el coeficiente de cada pleamar.

Al tratar de la pluralidad de formas en las que se expresa la vida, algunos investigadores quedan preocupados ante el peligro del sociologismo, porque temen que la persona quede engullida en esas vertientes de su personalidad. Quizá parezca algo cínico explicar que así como las líneas paralelas -que jamás se ven- sólo tienen en común el espacio imaginado entremedio de ellas, la necesidad de relaciones entre los hombres lleva a la ciencia jurídica a trascenderse a sí misma, de modo que finalmente identifique la forma pura de las intermediaciones -expresadas en las normas y los conceptos jurídicos- con sus contenidos materiales y físicos<sup>104</sup>. Porque jugamos en dos planos: el de la persona, tal como la obtenemos mediante la intuición más directa, siempre independizada de las exigencias del tiempo-espacio, y el del derecho o ciencia jurídica, que es una ciencia racional y que como tal ha de independizarse de algunos sectores de las exigencias de la intuición directa cuando forma su propio método<sup>105</sup>. En este esfuerzo metódico, ha sido lógico que la Teoría del Derecho del siglo XX haya hablado de *Begriffsjurisprudenz*, *Zweckrationalität*, *Interessensjurisprudenz*, etc. Todos estos nombres apuntan al hecho de que existen necesidades funcionales últimas, de forma normalmente no pueden ser analizadas en elementos más pequeños, ni tampoco pueden ser referidas usual e íntegramente al conjunto del ser humano: el momento metódico media necesariamente entre el hombre y la satisfacción de sus necesidades.

No existe ese denominador común que permita explicar el derecho desde un solo ángulo teórico porque, como expresa el *Eclesiastés*, uno es el tiempo para reír y otro el tiempo para llorar. El derecho consiste en funciones de las necesidades humanas

---

<sup>103</sup> . “Pretender destacar uno de los órganos del procedimiento legislativo de entre los demás, porque el órgano que lo realiza actúa como auténtico legislador, delata una gradación política de funciones que jurídicamente están en el mismo plano”. *Teoría general...*, cit., pág. 18.

<sup>104</sup> . Sobre esta trascendencia, desde el punto de vista de la geometría, vid. Saumells, *La geometría euclídea...*, cit., pág. 42.

<sup>105</sup> . El derecho no es una ciencia pura, porque buena parte de sus proposiciones básicas de su método son en gran parte enunciados que representan proposiciones de otras tantas imágenes en el espacio social. La geometría versa sobre la intuición de los objetos en el espacio, y el derecho sobre la intuición de los objetos humanos -por llamarlos así- en la sociedad. La gran diferencia entre ambos tipos de objetos reside en la finalidad, siempre presente en la ciencia jurídica, y siempre ausente en la geometría.

diversas<sup>106</sup>, y una doctrina que verse ante todo sobre la unidad del ordenamiento jurídico, sobre su estructura escalonada, quedará desbordada por la diversidad de las cualidades emergentes que presenta nuestra vida<sup>107</sup>. Cada praxis vital tiene su propia identidad, que se manifiesta en el derecho en la coordinación interna de estados de cosas, es decir, en las instituciones jurídicas: cuando Savigny agrupó al derecho privado en torno a instituciones y no bajo la forma de jerarquía de normas, procedía con mano experimentada<sup>108</sup>. Es cierto que los teóricos del lenguaje -¿queda ya alguno que proceda como Quine o Strawson?- hablarán de la simple diferencia entre distintos juegos lingüísticos; pero estos juegos no se constituyen en su identidad propia por relaciones lógico-causales entre ellos, sino -explica Viola- “por relaciones de algún modo impenetrables”<sup>109</sup>. No existe una igualdad de la diversidad, de forma que las diversidades puedan ser agrupadas unitariamente desde algún respecto relevante. Porque, explicaba Karl Mannheim, “No hay libertad real en abstracto. A cada control pertenecen ciertas clases de libertades y de restricciones. La libertad del militar es distinta a la del fraile, la del maestro es distinta a la del discípulo, la del padre dentro de la familia es distinta de la que disfruta entre sus compañeros de negocios”<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> . Por función entiendo, por ejemplo, lo que expone G. Frege: “Funktion von ‘x’ einen mittelst der Bezeichnungen der Summe, des Products, der Potenz, der Differenz u.s.w.”. *Grungesetze der Arithmetik*. Georg Olms, Hildesheim-New York, 1962, pág. 5. La noción de función es, como podemos observar, ante todo positiva, porque mienta potencias, fuerzas, diferencias, capacidades, etc.

Obviamente, no cabe la noción de función de N. Luhmann, que la entiende como un esquema con el que orientan las averiguaciones y valoraciones de prestaciones alternativas. Vid. *Fin y racionalidad en los sistemas sociales*. Trad. J. Nicolás Muñiz, Editora Nacional, Madrid, 1983, pág. 30. Más adelante en esta misma obra, pagina 215, habla de averiguaciones y prestaciones funcionalmente equivalentes. Esto no puede ser real: ni hay sólo alternativas, ni las comparaciones y valoraciones se realizan sobre términos funcionalmente equivalentes.

<sup>107</sup> . Aunque la teoría de la *Gestalt* provino más del ámbito de la psicología que no de la biología, reparemos ahora en que los biólogos repararon en el hecho de que cuando convive o se relaciona un grupo de individuos, resultan pautas de comportamiento necesarias en ese grupo que no pueden ser explicadas desde la morfología, etc. de cada uno de los individuos. Llamaron cualidades emergentes (*Gestalten*) a este tipo de necesidades. Me sumo a la observación de Gehlen: “Un ser constituido físicamente de tal modo que sólo puede vivir si actúa; con eso hemos dado la ley estructural de todas las realizaciones humanas, desde las somáticas a las espirituales”. *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*. Trad. Fernando-Carlos Vevia, Sígueme, Salamanca, 1980, pág. 26. Añade en la pág. 37 que sólo partiendo de la idea de ser práxico, no terminado, entra en el campo la *fisis* del hombre. La definición como ‘ser espiritual’ sola no permite nunca ver claramente una conexión entre el estado corporal y lo que se suele llamar razón o espíritu”.

<sup>108</sup> . Es difícil hablar con rotundidad al referirse a Savigny, ya que es un autor francamente paradójico, sobre el que es difícil sentar alguna opinión con pretensiones de exclusividad. Vid. algunas matizaciones a lo indicado arriba en los capítulos de Kieffner y Wilhem, en Blüdorn und Ritter (ed.) *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main. 1969.

<sup>109</sup> . *De la naturaleza a los derechos...*, cit., págs. 139-140

<sup>110</sup> . *Libertad, poder y planificación democrática*. Trad. M. Morán, F.C.E., México D.F., 1982, pág. 36.

### ***Reiteraciones***

Toda expresión jurídica es comentario de un texto. Este comentario es, en el caso de los derechos humanos, una *Commentatio personarum*. Se nos entrelazan dos problemas: uno, relativo directamente a las personas, como cuando afirmamos que todos tienen derecho a estar protegidos en la enfermedad; el otro es más propio de la técnica jurídica, y por eso distinguimos las competencias propias de un Registrador de la propiedad de las competencias de las limpiadoras del inmueble en el que está la sede del Registro de la propiedad.

Los filósofos que parten desde bases empiristas no pueden hablar de personas ni de derechos de las personas; para ellos la persona sólo puede ser un punto ideal de imputación, o de atribución, de posibles reglas o normas jurídicas; pero, de acuerdo con sus teorías, los derechos que conceden estas normas no nacen desde los seres humanos, sino desde situaciones ideales del habla dialógica, de lo que resulta que el hombre en su condición de persona no es reconocido como tal, sino que únicamente cuenta como parlante en situación de simetría con los otros participantes en el diálogo; sólo tienen en cuenta una pequeña faceta humana; las personas permanecen seguras porque serían parásitos de las reglas dialógicas.

Los filósofos personalistas apuntalan mejor los fundamentos del orden jurídico; pero desde las personas como tales solamente surge unas universalidades que si no son corregidas por las concreciones positivas, pueden llegar a ser excluyentes. De hecho, los kantianos que estudié en “La Cabeza de Jano” sólo estaban en condiciones de hablar de unas “Esferas de libertad” (*Freiheitssphären*) que han de respetarse mutuamente; fue lógico que afirmaran que el derecho consiste en una libertad formal, negativa y vacía<sup>111</sup>. Por otra parte, el carácter personal sirve para fundamentar universalmente los derechos, pero no cada derecho concreto; pues si distinguimos entre título último y causa concreta, un hombre puede usar su automóvil no porque sea persona, sino por una causa más determinada. De todos modos, estos problemas suelen aparecer unidos en la unidad de la praxis vital, y si decimos que la limpiadora del Registro tiene derecho a su sueldo, tan correcto es presentar a esta pretensión como derecho positivo o como un derecho humano. Porque parece que también puede ser llamada derecho humano cualquier relación que posea una base racional.

---

<sup>111</sup> . Notax

Juzgue el lector si los constructos racionalistas que nos proponen tantos universitarios están en condiciones de generar, o siquiera, de mostrar derechos dignos de este nombre. Diversos investigadores –no siempre los más numerosos- se resisten a dejar reducidas a las personas a las sombras traseras de sus acciones (según la frase de Jesús Ballesteros) de modo que sus derechos broten desde instancias que no son personales ni normativas, sino teóricas y abstractas; sin duda las teorías han de estar al servicio de las personas, pero no pueden suplantarlas. Los intentos personalistas siempre habrán de contar con que las cualidades personales han de ser concretadas por la dogmática y las técnicas jurídicas, y éste es el mérito innegable que siempre comportará el derecho que aparentemente se muestra como derecho positivo. Es patente que carece de sentido oponer metódicamente el derecho positivo a los derechos humanos; los juristas solamente se remiten a estos derechos o a la ley natural cuando tropiezan con un problema moral grave. Estos constructos sobre la justicia recuerdan el recurso de los Romanos a las *mores majorum*: un argumento que seguían aún durante el Bajo Imperio, cuando hacía siglos que ellos no creían ni en las *mores* ni en esos *majores* tan virtuosos.

En el decurso de las ciencias naturales durante el siglo XX ha salido reforzada la filosofía aristotélica de las sustancias. Locke dedicó mucha tinta a negar el conocimiento de las sustancias, pero el investigador tiene la impresión de que luchaba contra fantasmas que sólo había creado su imaginación: para él las sustancias eran como puntos de materia situados en un espacio sin fondo ni límites, y llevado por esta imaginación nos propuso el ejemplo del mito hindú: la tierra está sostenida por los hombros de un gigante; el gigante es soportado por un elefante; el elefante está sobre una tortuga; y ¿sobre qué se asienta la tortuga?<sup>112</sup>. Llevaba razón el de Aquino cuando indicaba que los materialistas griegos no superaban la imaginación<sup>113</sup>. El que reflexiona sobre el derecho no tiene ni la más remota idea de qué es el espacio, el tiempo, o la razón últimas de los movimientos de las partículas en el interior de los átomos. Pero sabe que los razonamientos que hay que dar a un ladrón corriente, a un militar que desobedece órdenes, o a un conductor imprudente, son y han de ser *necesariamente* distintos.

---

<sup>112</sup> . Añade que el filósofo europeo que cree en las sustancias procede igual, ya que opina que una sustancia “is that which supports accidens”, y no sabe de lo que habla. Vid. *Essay on Human Understanding*, en “The Works of John Locke”, London, 1823, vol. I, Book II, Chap. XII, § 18, pág. 167.

<sup>113</sup> . Notax

Francisco Carpintero  
Universidad de Cádiz

## **ABSTRACT**

Buena parte de los universitarios no se atreven a declarar que cada ser humano es una persona, y que sus derechos básicos surgen desde esta condición personal; En lugar de admitir esta realidad personal, han construido teorías sobre la justicia de naturaleza exclusivamente racional, diseñadas sobre la igualdad de los sujetos. Resulta así que las personas deben sus derechos a razonamientos que ellas mismas hacen, estos razonamientos suelen ser llamados constructos, igual en la teoría física que en la teoría sobre la ética. El Autor muestra algunos rasgos de estas construcciones racionales que se imponen, a modo de esquemas interpretativos necesariamente operativos, entre el hombre y la realidad que el género humano trata de explicar en cada ciencia.

Algunos pilares de estas doctrinas vienen dados por la fe en un objeto de naturaleza unitaria cuyo conocimiento se adapta 'naturalmente' al psiquismo humano; el derecho sería, así, una realidad uniforme compuesto por normas imperadas; más recientemente algunos investigadores han admitido también la función de los principios. Para hacer posible este objeto unitario del estudio, ha sido imprescindible introducir limitaciones puestas por el método mismo, de modo que lo aceptable científicamente sólo es aquello que ha pasado el filtro puesto por el método, es decir, el momento de la justificación o validez. Así, lo presente es tomado como signo de ausencia.

Pero ya ha perdido su prestigio la teoría de la ciencia que animó a los investigadores de los siglos XVIII y XIX; la mecánica cuántica, Einstein, Gödel o Heisenberg, han mostrado su inadecuación a la realidad. Este derrumbamiento del método físico que fue considerado absoluto en su día, ha determinado que la Teoría del Derecho (ahora más fundida con las instancias más valorativas de la Filosofía del Derecho) abandone su pretensión de estudiar el derecho sobre un solo plano monomorfo de la realidad; en su lugar entra el estudio de una complejidad de la que no pueden dar cuenta ni los empirismos ni los positivismos jurídicos.

Al imponerse la complejidad, los razonamientos de naturaleza binómica han quedado arrumbados, aunque algunos sociólogos actuales hablen inexactamente de ‘reducir la complejidad’. Ahora más bien contemplamos seres que tienden creativamente hacia lo que ya son “con toda la fuerza de su ser”, y esta observación es útil también para explicar las relaciones jurídicas. Pues los fundamentos de los poderes del padre sobre sus hijos, o del profesor sobre sus alumnos, responden a causas realmente distintas, que son las que determinan tanto su existencia como el alcance de estos poderes. Quien repare en que los argumentos que hay que dar a un padre que maltrata a sus hijos o a un funcionario que comete cohecho son *necesariamente* distintos, entenderá mejor este hecho del que ha de partir la reflexión jurídica.

Las teorías sistemáticas, siempre dependientes de esta homogeneidad lógica, no son fácilmente defendibles. Lo mismo sucede con las teorías de la justicia, que suponen lo que en realidad es una sola faceta de la justicia del derecho.

El Autor mantiene que cada praxis vital posee su propia identidad, no reconducible a ningún esquema ontológico o lógico, porque no existe una identidad de las diferencias. Los contratos, normalmente reposando sobre bases empiristas, han necesitado muchas argumentaciones, porque el empirismo siempre ha necesitado mucho racionalismo. Pero el cambio de los paradigmas científicos que hablaban ingenuamente de existencia, fenómeno o percepción, han removido el empirismo ingenuo; los cambios en las Matemáticas por obra de Gödel y otros, han arrumbado los razonamientos pretendidamente exactos. Nos quedan los seres humanos con sus necesidades plurales.

Palabras clave:

Persona en el derecho

Derechos humanos

Constructos racionalistas

*Gestalten* en el derecho

Empirismo en el derecho

Teorías sobre la justicia

Sistemas jurídicos

Lógica binómica

Heterogenia de los principios

Necesidades humanas

Ontología jurídica