

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA BASE DE LA CONSTITUCIÓN

Francisco CARPINTERO*

SUMARIO: I. *Tres factores concurrentes.* II. *¿Tenemos derecho a tener derechos?* III. *Las teorías contemporáneas sobre la justicia.* IV. *La ontología, ¿un prejuicio?* V. *La metafísica, ¿otro prejuicio?*

Tratar los derechos humanos es tema hoy complicado porque, como declaraba en cierta ocasión Andrés Ollero, suele estar a medio camino entre el mitin y la homilía.¹ Desde luego, este no es el único motivo en el que se podría alegar su dificultad, pero la idea apuntada nos hace ver que este asunto es algo vidrioso. Ha sucedido que la génesis intelectual que hizo posible la mentalidad de los derechos comprendió también al materialismo y consiguiente empirismo, de modo que el materialismo, el empirismo y los derechos han ido unidos de hecho en este proceso histórico que se abrió plenamente en el siglo XVII y que no ha sido cerrado aún. Hobbes fue, en definitiva, quien impuso las reglas del juego de la filosofía futura. Su método fue expresamente rechazado pero ejerció la más poderosa influencia.² Las obras de Locke, Thomasius o Hume, y su éxito a la postre, atestiguan esta afirmación.

I. TRES FACTORES CONCURRENTES

Parecería que los derechos humanos no tienen por qué depender de ninguna filosofía empirista. Esto es así si los estudiamos desde un ángulo abstracto o

* Universidad de Cádiz.

¹ *Derechos humanos y metodología jurídica*, C. E. C., 1989, p. 127.

² Ernst Cassirer escribe que “la teoría del Estado y de la sociedad del siglo XVIII rara vez ha aceptado el contenido de la doctrina de Hobbes sin limitaciones; pero ha sido influida de la manera más vigorosa y persistente por su forma.” *La filosofía de la Ilustración*, trad. de E. Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 35.

intemporal, porque históricamente estos derechos tanto han sido hijos del pensamiento revolucionario y secularizador como han estado en las bases de este pensamiento. Ellos fueron —siempre de hecho— parte integrante de la mentalidad a medias científica, a medias filosófica o ideológica, que emerge claramente en el siglo XVII.

Los materialistas de la Edad Moderna tuvieron que cuadrar el círculo, porque si alguien es materialista el ser humano ha de ser para él un trozo más del universo material, sin prerrogativas o derechos especiales. Pero sucedió que los vientos de la nueva ciencia soplaban a su favor, ya que Galileo propuso estudiar lo que él llamaba los cuerpos regulares, es decir, las cosas tal como las conocemos pero teniendo en cuenta — en sede científica — solamente aquellos caracteres suyos que pudieran ser medidos por el número y la figura: únicamente estudiaban cuerpos situados en el espacio y las *qualitates*, como es la cualidad personal del hombre, quedaron fuera de la atención de los científicos. Esta exigencia permaneció en la ciencia del siglo XVII, y como tal la aceptaron Descartes y Newton por lo que formaron un paradigma científico tan universal como excluyente. Las figuras y los números nos indican bastantes cosas sobre el cómo y el cuánto, pero no nos dicen nada sobre lo que “es” cada cosa.

Esta exigencia parece difícil de entender, porque ¿No distinguimos todos entre un caballo y un Ford Mustang? Plantear el problema de este modo no es trivializar pero sí implica dejarlo incompleto por desconocer la historia de sus condicionantes últimas. El tema es que los griegos, bastante antes de nuestra era, entendieron que los hombres pensamos según los símbolos que se adecúan a la realidad pero no la reproducen ni nos permiten entenderla. Ellos observaron con bastante claridad que el psiquismo humano es incapaz de entender las realidades fundamentales: concretamente, lo que es el espacio y el tiempo. De ahí la aporía racional que planteó Zenón con la carrera entre Aquiles y la tortuga, una pequeña historia que trataba de mostrar que el hombre no puede entender lo que es el espacio.

Estas dificultades permanecieron abiertas a las generaciones siguientes porque los *Diálogos* de Platón estuvieron siempre a disposición de quien quisiera leerlos, y en ellos aparecen los autores escépticos que entienden que el hombre vive en un mundo encapsulado simbólicamente, que es suyo propio. El problema estalló de nuevo en el siglo XVII por el decaimiento de la teoría de la ciencia de la Escolástica. Aristóteles había propuesto el esquema científico universal basado en la observación de los casos singulares y en su posterior conversión en leyes universales, pero no le siguió nadie, de una forma aceptable, durante la baja Edad Media. Entonces entendían que el hombre es lo más perfecto que existe en la naturaleza y que la tarea del

científico o filósofo era bucear en la inteligencia humana. Manipular objetos físicos, como comenzó a hacer Galileo había sido hasta entonces labor de los criados o de los esclavos, y un hombre distinguido no se entretenía con lo que era propio de las clases inferiores.³ Por lo que, conocieron a Aristóteles pero no le hicieron caso.

La Escolástica contó con figuras relevantes desde el siglo XIII al XVI que con sus aportaciones intelectuales cubrieron los huecos de la curiosidad de los hombres de su tiempo; pero desde finales del siglo XVI comenzó a entrar por un camino epigonal, nada creativo. Ciertamente, hubo entonces personajes importantes como Luis de Molina o Francisco Suárez; aunque sus obras eran demasiado complicadas para ser enseñadas en las escuelas y universidades. En su lugar aparecieron apuntes escolares de cada rama de la ciencia y que estaban escritos por personas que no se habían movido de su mesa de trabajo durante su redacción: el juego de sus imaginaciones, con la combinación de conceptos, suplía la falta de observación. Como usaban las categorías filosóficas escolásticas pasaron por reproducir el mundo desde el punto de vista escolástico. Si esta era la ciencia que había, fue lógico que algunas personas tocadas de espíritu investigador trataran de abrir nuevos caminos científicos.

Galileo y Descartes quisieron matematizar el mundo, aunque de formas distintas. El primero se propuso inordinar los hechos observados —bajo las restricciones indicadas— en leyes matemáticas, y Descartes quiso partir desde axiomas que le parecían internamente evidentes a la razón, como ideas innatas, y proceder según el modo de los matemáticos y geómetras. Lo que ambos tuvieron en común fue reducir el ámbito del conocimiento fiable a lo que puede ser computado aritméticamente. El tema propiamente ontológico quedó fuera de sus preocupaciones porque no quisieron saber lo que son las cosas, sino solamente los datos computables en ellas.

Quien remató esta forma de entender la mecánica fue Newton, que propuso las grandes leyes de la termodinámica, aún vigentes en ocasiones.⁴ Pero notemos que la ciencia (o lo que era considerado como el conocimien-

³ René Dubos repara que en la Antigüedad los trabajos manuales fueron tarea sólo para los esclavos, por lo que los filósofos quedaron privados de la inspiración que puede provenir del contacto íntimo con los problemas concretos. Véase Dubos, René, *Los sueños de la razón*, trad. de J. Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 24.

⁴ Werner von Heisenberg explica que la mecánica de Newton ha quedado como una mecánica de validez sólo sectorial que concurre con otros métodos o constructos en el trabajo de los investigadores. Véase *Los nuevos fundamentos de la ciencia*, trad. de María Gimeno, Madrid, Ed. Norte y Sur, 1962, p. 126. En realidad su validez no es sólo sectorial, sino más bien —¿Cómo decirlo?— “tópica”, ya que “a veces” es aplicable y “a veces” no.

to seguro, ya que aún no se conocía el adjetivo científico),⁵ quedaba reducida a explicar los “cómos” de los movimientos, no los movimientos en sí mismos, esto es, los movimientos por sus causas últimas. Porque Newton presentó la ley de la gravitación universal como un hecho que existe, pero sin que podamos indagar porqué o para qué se da en la naturaleza. La tesis de la ciencia como un conocer por las últimas causas quedó arrumbada. Esto implicaba la renuncia a la metafísica y a la ontología.⁶

Si la nueva física hubiera permanecido en el ámbito de la sola mecánica habría sido menos relevante de lo que realmente fue. El problema estuvo en que fue elevada a paradigma de todo conocimiento posible, de forma que en ella no sólo no tenían cabida las cosas, sino tampoco Dios. De ahí la expresión *Deus ex machina*, y como en este mundo mecánico tampoco tenía cabida un ser como el hombre, podríamos hablar de un *Homo ex machina*. Lo no homogéneo y lo no repetible quedaba fuera de la consideración de la ciencia, y la metafísica se convirtió de hecho en una expresión, con claro matiz despectivo, que designaba a todo lo que no podía ser mostrado mediante este método científico.

Notemos la contradicción que se estaba formando en el centro del espíritu de la modernidad y cuyo precio seguimos pagando todavía. De un lado, este proceder metódico reclamaba la unificación y regularización aritmético-geométrica de todas las ciencias, y de otro lado, estos mismos hombres estaban formando la doctrina de los derechos humanos: porque la escuela del derecho natural moderno tendió tanto a ser fenomenista y sensista (la línea suya triunfante fue la materialista) como a mantener los derechos naturales de los hombres. Habría que matizar mucho esta última afirmación, pero dejemos las cosas así en razón de la innegable verdad que ella porta: recordemos que la línea triunfante fue la de Hobbes, Locke, Hume o Bentham.

Paradójicamente, el estallido francés de 1789 fue la manifestación conjunta de ambas realidades incompatibles: entronizaron a lo que ellos enten-

⁵ Ayer explica que Hume entendía que estaba haciendo psicología. Véase *Los problemas centrales de la filosofía*, trad. de R. Fernández González, Madrid, Alianza, 1984, p. 35.

⁶ Véase Carpintero Benítez, Francisco, *Dogmas y escepticismo. Presupuestos de filosofía del derecho*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 2013, o *La crisis del Estado en la edad post-moderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012. El lector también puede encontrar datos sobre este tema en “Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia”, *Dikaio-syne*, primera parte 23, 2009, pp. 25-65, segunda parte, 24, 2010, pp. 59-87, “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *Persona y Derecho*, vol. 62, 2010-1, pp. 20-58, “Crisis de la ciencia, crisis del escepticismo ético”, *Dikaion*, pp. 11-52, “¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?”, *Persona y Derecho*, 66-67, 2012, pp. 315-352. Estos últimos artículos están en franciscocarpintero.com.

dían que era la razón y también declararon los “Derechos del hombre y del ciudadano”. Esto es incongruente y la pregunta que se impone es: ¿Cuál puede ser el puesto del hombre en un mundo mecánico? Cabalmente, ninguno, y como Newton advirtió el uso que estaban haciendo los materialistas con sus “Principia”, publicó en la segunda edición de esta obra un tratado de teología natural mostrando que su propuesta no prejuzgaba nada sobre la existencia de Dios. Pues Newton también fue un teólogo —pero era una batalla perdida por la subida del materialismo— que poco imaginaba Newton que un siglo después de él, Laplace formulara explicaciones tan exquisitamente mecanicistas y excluyentemente materialistas.

Tuvimos tres factores decisivos en la formación de la mentalidad mayoritaria en las edades Moderna y Contemporánea. Uno, el fenomenismo de la ciencia nueva, que declaraba que solamente podemos conocer los datos de las cosas que fueran perceptibles por los sentidos y susceptibles de una elaboración matemática posterior. Otro, el impulso secularizador. Y en tercer lugar la mentalidad individualista que dio origen a los derechos humanos al mismo tiempo que negaba —desde aquellos supuestos científicos— el derecho o la ley natural de naturaleza “objetiva”. Desde el punto de vista que interesa a este estudio, quedó un hombre cargado de derechos concretos pero que no poseía ningún derecho a tenerlos.

Esta explicación histórica carecería de sentido si no fuera por la relevancia que sigue teniendo hoy. Ya que bastantes de los defensores de los derechos humanos son herederos de aquel espíritu secularizador y siguen manteniendo el fenomenismo que parece imprescindible a todo el que haga profesión de agnosticismo. Desde Hobbes a hoy, un escéptico en temas religiosos ha de ser materialista ¿Qué quiere decir hoy “materialista”? y ha de mantener que el género humano únicamente conoce fenómenos captables por los sentidos que serán reelaborados por la masa gris del cerebro. En este punto no hay apenas diferencia entre un hombre del siglo XVIII y algunos de nuestros coetáneos.

II. ¿TENEMOS DERECHO A TENER DERECHOS?

Hasta hace pocos años los derechos humanos eran banderas de las izquierdas liberales, y los conservadores preferían hablar de la ley natural. Esto explica que bastantes de los que tratan los derechos hablen, efectivamente y mucho, de estos derechos engrosando su número en cada nueva declaración de ellos, pero que se niegan a abordar el tema de sus fundamentos, labor que, más que ontológica es propiamente metafísica porque la cualidad personal humana

no es una cosa o ente a la que accedamos mediante la simple empiria. Lo mismo sucede con la noción del deber, en este caso del deber de obedecer al derecho. Como nadie fue tan estulto para negar expresamente la dimensión personal de cada hombre, atacaron por caminos oblicuos, ya fuera negando la metafísica que estaría en la base de los contenidos concretos de la ley natural, ya fuera negando la realidad de obedecer al derecho, por lo que dejaron reducido el “deber”, bien al miedo a las penas establecidas en las normas, bien al hecho objetivo de que las normas eran jurídicas cuando estaba previsto en ellas un castigo por su incumplimiento.⁷ La negación de la metafísica originó la negación de la ontología jurídica, y la negación del deber “liberó” a las explicaciones jurídicas y éticas de sus últimos lazos teológicos, porque está ampliamente reconocido que únicamente es posible hablar del deber cuando interviene una instancia superior a las simples fuerzas humanas; pues una realidad es seguir una norma, y otra cualitativamente distinta es obedecer una norma.

Esto acarrea problemas, en parte por la incoherencia y porque el reconocimiento de la vertiente ontológica de cada realidad suele conllevar el conocimiento del fundamento de cada institución, fundamento que frecuentemente aporta la medida del alcance de esa institución en cada caso, y al faltar medidas, estos derechos tienden a ser vivenciados como absolutos, de modo que a lo más que llega un Tribunal Constitucional o Supremo es a declarar, normalmente mediante razonamientos demasiado extensos y alambicados, que dentro de esta situación concreta un derecho se impone sobre otro. Todos sabemos que con frecuencia colisionan los principios y los derechos pero con esta solución hemos instaurado la guerra civil en el interior del derecho. Nuestra época ha extendido la opacidad sobre los razonamientos del derecho.

Esta situación doctrinal no es tolerable. De hecho Werner von Heisenberg hacía notar, con razón, que hemos de usar la lógica de Aristóteles pero sin llegar a simplificaciones excesivas porque en estos casos lo normal es tener en cuenta algunas estructuras descuidando otras.⁸ Y, extrañamente, hemos llegado a este estado mediante el afán propiamente moderno de encapsular a la razón y conciencia humana, de forma que el científico cree distanciarse de su misma razón y hace de ella, es decir, de las leyes de su funcionamiento, una lógica que puede ser conocida a distancia, una “lógica-

⁷ Carpintero Benítez, Francisco, “Deber y fuerza: la modernidad y el tema del deber jurídico”, *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y derecho*, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 151-182, franciscocarpintero.com.

⁸ Heisenberg, Werner von, *Física y filosofía*, trad. de F. Tezanos, Buenos Aires, Ediciones La Isla, 1959, p. 143.

ca objeto”.⁹ Si nos preguntamos si este distanciamiento es correcto, quizá lo único que se puede decir es lo que expone Bergson: que poseemos una lógica natural que nace desde la extensión de una cierta geometría natural, sugerida por las propiedades generales e inmediatamente apercebidas de los cuerpos sólidos; desde esta lógica natural ha surgido la geometría científica, que extiende indefinidamente sobre todos los saberes en los que está operativa la lógica las propiedades exteriores de los cuerpos sólidos; de este modo la geometría y la lógica dependen indisolublemente de lo que creemos conocer en la “materia”.¹⁰ Y nosotros hemos adquirido el hábito de considerarnos a nosotros mismos como cuerpos situados en el espacio y a los que “hay que” atribuir o reconocer derechos.

Tratando de ser humanistas hemos acabado siendo materialistas, esto es, personas que tratan de comprender el mundo “humano”, mediante la lógica binaria extraída desde la observación de los sólidos, que sólo expresa el es-no es. Esta lógica binómica es extremadamente útil en sus ámbitos, y la informática lo demuestra así. El problema que nos plantea, sin embargo, es que estos razonamientos “de línea recta” han moldeado nuestras formas de pensar, de modo que el esquematismo binario que extraemos desde la intuición de los cuerpos en el espacio ha pasado a constituir los nervios de la arquitectura mental que es necesaria también en las ciencias humanas. Los siglos XVIII y XIX han sido la Edad de Oro del esquematismo simplemente materialista o binómico.

Pero la mecánica propia del siglo XX, la que investiga en el interior de los átomos, ha mostrado que la mecánica de Newton es tan cierta como falsa,¹¹ porque el comportamiento de las partículas atómicas no responde siempre a este esquema tan sencillo. ¿Qué hacer ante este panorama?

Tengamos presentes todos los *ítems* que conllevan estas comprobaciones propias de la mecánica atómica. Ahora interesa destacar que la imagen maquinista del mundo, basada en exclusiones impelentes y en la ley de igual acción-reacción ya no goza de validez universal en la ciencia; luego aquellos modelos veteromecánicos que nos legó la Edad Moderna carecen de funciones universalmente válidas en el momento de determinar, afirmando o negando, los derechos o deberes de los hombres. (Las impulsiones impelentes estaban en las bases de los voluntarismos o normativismos en el derecho: durante mucho tiempo se ha mantenido que toda regla jurídica es

⁹ Frey, Gerhard, *La matematización de nuestro universo*, trad. de J. Barrio, Madrid, Gregorio del Toro, 1972, p. 156.

¹⁰ Bergson, Henri, *L'évolution créatrice*, 5a. ed., París, PUF, 1991, p. 633.

¹¹ Frey, Gerhard, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

una “norma”, es decir, el resultado de un acto de voluntad de un superior cualificado: un acto de voluntad —que es la potencia con la que el hombre puede modificar el mundo exterior— que, efectivamente, modificaba lo externo introduciendo una compulsión). El proceso secularizador ha perdido su base más teórica y ahora ya no hay problemas metafísicos para, en lugar de hablar del *Deus ex machina* o del *Homo extra machinam*, volver a hablar de los derechos de Dios y de los hombres. Hoy somos conscientes de la pobre función de la lógica mecánica, por lo que aparecen con más fuerza las palabras de Berdiaev: “la lógica es una escalera por la cual la filosofía intuitiva se escapa del mundo. A la filosofía incumbe explicar la lógica, y la lógica es incapaz de explicar la filosofía”.¹²

(Aunque esto suponga adelantar problemas, hagamos una prueba para no permanecer en el campo del discurso muy general ¿Qué quedaría de las teorías de la justicia de Thomas Hobbes o de John Rawls si prescindiéramos de las impulsiones de naturaleza psicológica y del principio de igual acción-reacción en el plano igualmente psicológico? Parece que queda muy poco).

Al perder la base mecanicista muchos de nuestros coetáneos han sentido que se les hundía el suelo bajo sus pies: tal era su dependencia desde los viejos esquemas mecánicos. “No tenemos ideas”, repiten algunos. Pero confunden las ideas con los contenidos de aquella lógica-objeto que dependía del sentido común simplemente binómico que estaba tan presente en Galileo, Descartes y Newton. Por el contrario, parece más puesto en razón Gerhard Frey cuando indica que poseemos una lógica material y concreta inmanente a nuestro lenguaje usual.¹³ Es posible que esto le cueste ser entendido a las personas acostumbradas a mencionar conceptos extremadamente generales, como la razón, el mundo físico o la lógica. Pero la operatividad lógica no se muestra en las grandes presentaciones sino en los pasos argumentativos concretos de los razonamientos en los que intervienen elementos funtores que han de ser necesariamente como son, es decir, que han de operar necesariamente como lo hacen de hecho.¹⁴ Pues si el investi-

¹² *La filosofía como acto creador*, trad. de R. Alcalde, Carlos Lohlé, Buenos Aires, México, 1977, p. 21. En el mismo sentido, Frey, Gerhard, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Es una percepción corriente, que también la expresaba René Dubos: “no hay, no, nada, que pueda llamarse método de descubrimiento”, René Dubos, *op. cit.*, p. 130.

¹³ Frey, Gerhard, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴ Frey indica que no podemos hablar de la lógica sin mencionar las reglas de inferencia de una premisa a otra, es decir, al conjunto de elementos concretos que hacen posible la operatividad de los teoremas, y a los que él llama en su conjunto “metalenguaje”. “De todo esto se sigue que todo lenguaje-objeto está siempre incrustado en un lenguaje natural que sirve de meta-lenguaje”, *ibidem*, p. 155.

gador afirma que viajó con su auto desde la ciudad de Jerez a la ciudad de Sevilla, todos entienden esta afirmación pero si dice que voló con su auto desde el aeropuerto de Jerez al aeropuerto de la Ciudad de México, tal afirmación carece completamente de sentido y significado.

(Un nominalista radical diría que la segunda parte de estas frases es inválida porque procede contra un universal implícito en el lenguaje, a saber, que los autos ruedan pero no vuelan. Si le preguntamos por qué este universal ha de estar presente necesariamente en el lenguaje, se remitirá al lenguaje mismo, al modo como Hobbes explicaba que la geometría no tiene otro fundamento que la geometría misma).¹⁵

La cuestión, ya que estamos en el terreno de la reflexión sobre el derecho, es si esta comprobación nos resulta útil ahora. Popper indica que nosotros mismos podemos construir diferentes lógicas. Y, de otro lado, existe en un cierto sentido una lógica fundamental con la que pueden construirse los diferentes sistemas lógicos. Son muchos los científicos que entienden que si disponemos de geometrías euclídeas y no-euclídeas, esta pluralidad sólo es posible gracias a que los geómetras parten desde una base común que les permite diferenciar, posteriormente, los diversos tipos de geometrías. Así, de algún modo, sólo hay una lógica y sólo una matemática,¹⁶ y este hecho se reproduce, de alguna forma, también en el derecho. ¿Bajo qué formas se expresa esta lógica inmanente al hombre, aunque sólo aparezca de forma ocasional?

Veamos una primera aproximación a este tema desde el punto de vista del derecho. MacIntyre, que tanto ha insistido en los conceptos normativos en torno a los que se agrupa nuestra vida cotidiana,¹⁷ también indica que

¹⁵ *Elements of Philosophy*, London, 1839, p. 89.

¹⁶ Popper, Karl R., *Sociedad abierta, universo abierto*, trad. de P. Mas, Madrid, Tecnos, 1984, p. 120. Bergson indicaba que antes de ser artistas, hemos sido artesanos. Y toda fabricación, por rudimentaria que sea, vive sobre similitudes y repeticiones, como la geometría natural que le sirve de punto de apoyo. Véase, Bergson, Henri, *op. cit.*, p. 533. A veces habla de una “geometría natural”, que está en el fondo de nuestra representación del espacio. Es el gran resorte de la razón, la que la hace andar. Nos convenceremos de este hecho examinando la natura de la deducción y la inducción, *ibidem*, p. 674. Fue Descartes quien presentó a la geometría y la aritmética como las ciencias más básicas y claras del espíritu humano. En las *Reglas para la dirección del espíritu* alude a la superioridad de estas ciencias gracias a sus objetos y a sus razonamientos especialmente puros. Véase *Oeuvres et lettres*, París, Gallimard, 1953, Règle 41, *Cinquième Méditation*, p. 311.

¹⁷ En su obra más conocida, *Tres la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987 en la página 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 pp. 81 y ss. de su obra *Tres la virtud*, e insiste

existe una lógica no-argumentable, que sirve de punto axiomático de partida a nuestras construcciones en la filosofía práctica.¹⁸ Extrañamente, Kelsen reconoce la existencia de estos hechos normativos cuando explica que los actos que se exteriorizan por palabra o por escrito pueden llevar en sí mismos su propia significación, *Selbstbedeutung*.¹⁹ Pero en lugar de examinar la relevancia de este tipo de situaciones para el derecho, hace depender tal *Bedeutung* del ajuste de esos actos a una norma jurídica. Y cuando se plantea más temáticamente este problema, se lanza por los campos de la macroética aludiendo a la imposibilidad de derivar normas prácticas desde la naturaleza inmutable o desde Dios creador de la naturaleza. Pero todo parece indicar que unos hechos y lo que ellos constituyen, significan y representan para todos, y los contenidos de una norma “encajan” unos en otros porque su carga semántica es similar. Por razones obvias, Kelsen no puede afirmar esto.

Este ejemplo muestra que no estamos abandonados enteramente a la falta de ideas, sino únicamente a la ausencia de algunas ideas metódicas que han mostrado ya su insuficiencia. La física moderna exigió abandonar las cualidades secundarias para tener sólo en cuenta las cualidades primarias, esto es, a los cuerpos considerados sólo desde el punto de vista de su condición de objetos de la aritmética y de la geometría. Pero el solo hecho de la proliferación de geometrías no euclídeas desde el siglo XIX, de la diversidad de sistemas matemáticos (Gonseth indicaba que esto es un escándalo),²⁰ de la conciencia de que un mismo objeto de estudio puede y debe ser abordado, en la física atómica, desde métodos tan distintos como incompatibles entre sí,²¹ nos pone sobre la pista del hecho capital: que estamos ante una crisis de éxito todavía no acabada de digerir y que hemos de hacer reposar nuestro pensamiento sobre moldes epistemológicos y lógicos que están lejos de las restricciones de la mecánica del Iluminismo.

frecuentemente (ver, por ejemplo pp. 254 y 255), en el carácter intencional de las acciones que hace que el concepto de acción sea secundario respecto al de acción inteligible.

¹⁸ Indica MacIntyre que “si bien se puede seguir a Lawrence o Tolstoi sin caer en una inconsistencia, no es posible, en forma coherente, efectuar una defensa racional explícita y articulada de sus doctrinas. Y el hecho de que tanto Lawrence como Tolstoi manifestaron ante todo el intelectualismo que condenaron vigorosamente mediante el empleo de sus cursos intelectuales, sugiere que cierto tipo de posición aristotélica es inevitable”, *Historia de la ética*, trad. de R. J. Walton, Barcelona, México, Buenos Aires, Paidós, 1988, p. 81.

¹⁹ *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960, § 4.

²⁰ *Mon itineraire philosophique*, “Dialectica” 20, 1966, p. 418.

²¹ Heisenberg alude a la pluralidad de métodos que ha de usar el físico. Estos métodos son incompatibles pero todos necesarios, Heisenberg, Werner von, *op. cit.*, p. 44.

Preguntaba si tenemos derecho a tener derechos. La mentalidad dominante en estos últimos cuatro siglos únicamente ha reconocido el conocimiento de fenómenos y relaciones entre éstos, restricciones que han marcado a las propuestas sobre la justicia. Pero hoy soplan otros vientos científicos y lo procedente es volver a plantear el tema de la justicia en sus contextos propiamente metafísicos y ontológicos, al margen de aquellas restricciones obsoletas.

Desde esta situación no se sigue que podamos volver en la ética a una metafísica entre ingenua y dogmática, como la que proliferó en la Edad Moderna de la mano de Luis de Molina y de la forma singular como fue entendida la propuesta de Francisco Suárez.²² Pero sí se sigue que podemos hablar sin complejos en sede de filosofía práctica, del concepto del profesor, que determina por sí solo que la cosa de la docencia obliga a todos los profesores a explicar con la claridad suficiente. Lo que nos enseña que esa lógica universal y antecedente a la que aluden Frey, Popper o MacIntyre está realmente operativa en la cotidianidad. Y también nos alecciona sobre las realidades metafísicas tales como las realidades del deber o de la persona.²³ Estas realidades fueron prohibidas en su tiempo, en sede científica, en nombre de la exclusividad de lo percibido por los sentidos; pero hoy sabemos que el fenomenismo que quiere atenerse solamente a lo percibido sensorialmente para inervar, en un momento posterior, a esos perceptos en un lenguaje matemático,²⁴ es un sueño irreal.²⁵

²² Véase Carpintero Benítez, Francisco, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid, Encuentro, 2008; *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, México, UNAM, 2013. Más resumidamente, “Desarrollo histórico de la idea de ley natural en la Edad Moderna”, en F.J. Contreras (ed.), *El sentido de la libertad. Historia y vigencia de la ideas de ley natural*, Barcelona, Stella Maris, 2014, pp. 63-128.

²³ Sobre la campaña colectiva contra la noción del deber en la Modernidad, véase Carpintero Benítez, Francisco, “Deber y fuerza: la modernidad...”, *cit.*, pp. 151-182, *franciscocarpintero.com*.

²⁴ El gran problema de las matemáticas ha venido, en el siglo XX, de la mano de Kurt Gödel que mostró cómo todo teorema matemático completo ha de contener contradicciones. Y si no las expresa, hay que suponer esas contradicciones. Estos axiomas contradictorios suelen ser llamados “axiomas limitadores”. Gödel echó por tierra los sueños de avanzar teóricamente en la física de la mano de las matemáticas, tal como estaba intentando hacer Hilbert en el primer tercio del siglo XX. En el interior de la física, la verosimilitud ha sustituido a la pretensión de la exactitud. La literatura sobre Gödel es muy extensa. En tono divulgador, véase entre otros muchos autores, Gerhard Frey, *op. cit.*, p. 65.

²⁵ Una cuestión ya aludida, entre otras, que surge inevitablemente sería la siguiente: los que mantienen las reglas del diálogo ideal son empiristas que niegan la posibilidad de cualquier metafísica u ontología; para ellos el mundo se compone de fenómenos que no nos dicen nada sobre “las cosas”; en tal caso, no parece claro por qué he de entenderme yo como persona, y reconocer en los demás esta misma “naturaleza”. Es decir, se plantea el tema per-

¿Por qué volver a hablar de temas metafísicos como el deber o la cualidad personal del ser humano? Leonardo Polo nos indica que una cosa es conocida como límite, como deficiencia, sólo cuando ese límite y estas deficiencias han sido traspasados.²⁶ En nuestro siglo XX los límites del deber y los límites del respeto a las personas han sido traspasados demasiadas veces y con excesiva facilidad ante la ausencia de una base ética que no estaba suficientemente acreditada. Parece que es el momento de volver a acreditar esos fundamentos éticos, siquiera en el plano más teórico de la reflexión sobre el derecho.

III. LAS TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE LA JUSTICIA

Los derechos humanos, entendidos como derechos de los individuos, fueron la locomotora que hizo andar a la reflexión sobre el derecho en la Edad Moderna. Cuajaron en la Declaración francesa de 1789. (La Declaración norteamericana, algo anterior, apenas fue tenida en cuenta en Europa). Se eclipsaron durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX pero, tras los abusos cometidos, la ONU redactó la Declaración Universal de 1948. Más tarde, especialmente en los años 70 del siglo pasado, las declaraciones de otros derechos proliferaron extraordinariamente, de modo que si alguien quiere hoy orientarse en esta marea de derechos, ha de consultar alguna obra doctrinal que los exponga ordenadamente.

Parecería que la observancia de los derechos del hombre es suficiente para llevar una convivencia de acuerdo con las reglas elementales de la justicia. Pero ¿Qué es lo que falla en este planteamiento para que sea necesario lanzar al mercado nuevas teorías sobre la justicia? Porque con estas teorías ha sucedido un hecho similar al de la abundancia de los derechos: tenemos varias explicaciones que se orientan en distintas direcciones y de cuya coherencia (lógica), brillo y presentación, los estudiosos se ocupan más que no

manente del solipsismo del sujeto que conoce “él”. Desde el punto de vista empirista, la falta de respuesta a esta interrogante introduce un misterio que, sin duda, contribuye a enriquecer nuestra convivencia.

Hegel ya se planteó este problema en su *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, p. 30, y lo expuso como la aporía insoluble de todo empirismo. Ayer lo trata compulsivamente en los *Problemas fundamentales de la filosofía*, y no puede dar una explicación convincente. James Lorimer, jurista relevante del siglo XIX, explicaba que al utilitarismo le falta un *homo noumenon* kantiano porque si no, desemboca en un puro solipsismo. Véase *The Institutes of Law*, 2a. ed., Edimburgo, 1880, p. 51.

²⁶ Véase Tirso de Andrés, *Homo cybersapiens: la inteligencia artificial y la humana*, Pamplona, Eunsa, 2002, p. 127.

del buscar el fundamento de los derechos. El problema es precisamente que tanto aquellos derechos como estas teorías carecen de una base teórica que responda a lo qué es el hombre que está inmerso en la vida social, es decir, al “hombre situado”.

Javier Muguerza alude a este sesgo de los redactores de la Declaración Universal de 1948 que manifestaban estar de acuerdo con la condición de que no se les preguntara el por qué. Muguerza replica que este por qué es algo que la filosofía debe indagar *ex officio*. Pero como hablar del fundamento a veces ontológico y a veces metafísico de los derechos es tema engorroso, el mismo Muguerza siempre políticamente correcto, se pierde en ambigüedades.²⁷ Cae bajo la denuncia de Massini:

Un sujeto existencialmente autónomo y espiritual es lo que tradicionalmente se denominó persona y se definió, siguiendo a Boecio, como sustancia individual de naturaleza racional. Ahora bien, esa noción resulta extraña a una buena parte del pensamiento contemporáneo acerca de los derechos humanos; bien podría decirse que, con la excepción de los ensayos realistas, todo ese pensamiento se levanta sobre la base de la negación o de la incompreensión de ese concepto.²⁸

Efectivamente, la noción máximamente metafísica es la de persona, y nuestra época le sigue profesando horror. Es un miedo velado porque nadie se atreve a negar la personalidad humana pero que es expresado de otras formas, afirmando por ejemplo, que los derechos constituyen universales implícitos en el lenguaje. Algo parecido sucede con la realidad del deber jurídico: nadie osa mantener que las leyes que dicta el Parlamento o las sentencias de los tribunales no crean deberes. En su lugar se dice, entre otras cosas, que las leyes han sido dictadas por un Parlamento democrático y que por este hecho han de ser obedecidas.

Los caminos para llegar a esta situación han sido fundamentalmente dos. Uno, la negación de una moral objetiva o universal. D’Holbach la ridiculizaba exponiendo que:

Ils ont cru, comme quelques anciens qu’il recevoit de la nature, des idées qu’ils ont appellées innates... l’aide desquelles il jugeoit sainement du bien et du mal: ils ont regard, la raison, la vertu, la justice, la bienveillance, la pitié, comme des qualités essentiellement inhérentes... la Nature humaine: selon

²⁷ “La alternativa del disenso”, en J. Muguerza (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1998, pp. 20 y ss.

²⁸ *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 186.

eux, cette Nature a gravé dans tous les coeurs les verités primitives, l'amour du bien, la haine du mal moral, dont l'homme jugeoit sainement... l'aide d'un sens moral, c'est-à-dire, d'une qualité occulte... En vain le profond Locke a-t-il prouvé que les idées innées n'étoient que des chimeres... Nous ferons voir, d'après des Philosophes plus éclairés, que l'homme ne possède en venant au monde que la faculté de sentir, et que sa façon de sentir est le vrai Criterium, ou la seule règle de ses jugements, ou de ses sentiments moraux.²⁹

Para los materialistas la verdad moral no existe: sólo hay corrección.³⁰ Carl Bergbohm, gran patrón de los positivistas europeos desde finales del siglo XIX, manifestaba este relativismo muy directamente: “nos preguntan si no hemos de sentir que hay que guardar la palabra dada, respetar los bienes ajenos, castigar a los delincuentes”. Y contesta de un modo tan apasionado como anárquico: “nadie, absolutamente nadie siente del mismo modo”.³¹

El segundo camino lo han trazado sobre la negación de la ontología. Incluso, los autores como Apel y Habermas sienten la obligación de sentar ostentosamente una base inicialmente empirista para, en un segundo momento, hacer intervenir a un noúmeno que —afirman ellos— habita en el lenguaje. Habermas parte desde un mundo de la vida o *Lebenswelt* porque es consciente de que no puede arrancar desde un vacío. Pero este *Lebenswelt* a pesar de su realidad que le permite servir de base a un diálogo emancipador, es presentado como una realidad sólo “transmitida culturalmente y organizada lingüísticamente”.³² Como él entiende que para explicar qué son esos plexos de remisiones que vinculan entre sí a los elementos de la situación

²⁹ *La Morale universelle ou les Devoirs de l'homme fondées sur sa Nature*, Ámsterdam, prólogo, 1776, p. VIII.

³⁰ Rudolph von Jhering, *Die geschichtlich-gesellschaftliche Grundlagen der Ethik*, en “Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft” (conocidos comúnmente como los *Smoller's Jahrbücher*) 6. Jahrgang, 1882, Erstes Heft, p. 15. Quizá cueste admitir que Jhering era materialista. Si atendemos a este artículo suyo, publicados en la revista jurídica más popular en la Alemania del siglo XIX, conocida usualmente como los “Schmöller's Jahrbücher”, hay que concluir que sí. Este estilo ya lo mostró en el *Zweck im Recht*, aunque al final de esta obra hizo una muy breve declaración que sembró dudas; lo cual se comportó prudentemente.

³¹ “Sie fragen uns, ob wir es denn nicht «fühlten» das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Uebelthäter bestraft werden müssten und dlg.. Niemand, schlechthin niemand «fühlt' dergleichen»”, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 467.

³² Escribe que “si ahora abandonamos las categorías de la filosofía de la conciencia en que Husserl trata la problemática del mundo de la vida, podemos representarnos a éste como un acervo de patrones de interpretación transmitido culturalmente y organizados lingüísticamente”, Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, vol. II, p. 176.

y a la situación con el mundo de la vida, ya no es menester permanecer en el marco de una ontología y de una psicología de la percepción, acaba rechazando — mediante simples negaciones verbales, sin aportar ningún argumento — cualquier acusación de ontologismo.³³ Pero hay que objetarle que es cosa singular que un conjunto de símbolos sirva para fundamentar la igualdad exigida normativamente en el lenguaje: porque un símbolo es sólo un dato tomado de la experiencia sensible y puesto al servicio de un entendimiento puro.³⁴ Si salimos del ámbito de las matemáticas y de la geometría, los símbolos han de representar algo por sí mismos porque la absoluta indefinición del símbolo solamente se mantiene en las ciencias puramente formales. Se impone una observación, dura ciertamente, pero no por ello menos exacta: “la pregunta absoluta, madre de todas las preguntas, que se intenta hacer desde el vacío a otro vacío mayor, no deja de ser una pretenciosa necesidad muy del gusto decimonónico”.³⁵

Pero los vientos antiontológicos son realmente fuertes y Vattimo apunta con su dedo acusador a Habermas porque, de la mano de Gadamer, este autor italiano se opone a la transparencia habermasiana ya que entiende que tal transparencia personal llevaría a una especie de ontología.³⁶ Deberían reconocer lo que indica Agazzi: “si se quieren hacer las cosas con el debido rigor, no puede darse algo que se denomine cálculo puro, si no se apoya en alguna evidencia intuitiva, es decir, si no va a remolque de alguna proposición verdadera”.³⁷ Estos diseñadores de teorías de la justicia que son empiristas (pero menos) debieran reconocer que lo más complejo, como es la adecuada conexión entre las palabras, es sólo posible porque las palabras, o responden a cosas — es decir, responden a una cierta vertiente semántica — o no tienen fuerza para formar ninguna conexión lingüística. Este fue un tema en el que insistió Arthur Kaufmann, en el interior de su pensamiento cauteloso: “la debilidad de las teorías consensualistas reside en que ellas creen que sin experiencia o sin referencia a algo cósmico o de conte-

³³ *Ibidem*, p. 177.

³⁴ Saumells, Roberto, *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*, Madrid, Rialp, 1970, p. 49.

³⁵ Tirso de Andrés, *op. cit.*, p. 129.

³⁶ *Más allá de la interpretación*, trad. de P. Aragón, Barcelona, Paidós, 1995, p. 75.

³⁷ Agazzi, Evandro, *La lógica simbólica*, Barcelona, Herder, 86, p. 316. Citado por Tirso de Andrés, *op. cit.*, p. 63.

nido pueden ser viables.³⁸ ¿Podemos llegar a contenidos formales, y por ello de validez universal, desde elementos informales, se preguntaba Serna?³⁹

Siempre será fácil identificar a las categorías lingüísticas con su contenido material, es decir, pretender disolver el contenido material en las formas de estas categorías de modo que lo material y concreto acabe difuminado en un factor puramente formal, renunciando al origen que le dio sentido. Esto no es difícil porque el ser humano posee una notable facilidad para desdoblarse su racionalidad, y así como antes hablamos de un lenguaje-objeto, ahora podemos volver a aludir a una razón objetual. En esta línea de pensamiento Locke fue muy preciso cuando explicó que lo que él exponía era sólo una copia de su mente.⁴⁰ La racionalidad deja de ser parte del yo que piensa y pasa a constituir un objeto que, como todo objeto, puede ser manipulado al servicio de fines técnicos. Para Hume o Rawls la justicia es una realidad que sólo puede ser alcanzada técnicamente. Es un recurso iluminista que ya denunció Hegel: “he aquí por qué este concepto, como el conocimiento de la esencia, es algo encontrado de antemano, de lo que se parte y que cae dentro del sujeto filosófico”.⁴¹ Al rechazar el conocimiento ontológico nos hemos quedado sin el referente imprescindible, ya que como explica Gonseth “la razón es muy simple. Si usted quiere mostrar que todas las personas son desgraciadas, usted no habrá demostrado nada si no ha tenido en cuenta de los que tendrían las mejores razones para ser felices”.⁴²

³⁸ “Die Schwäche der Konsensustheorie besteht hauptsächlich darin, dass sie glaubt, ohne Erfahrung und ohne etwas Sachhaltiges, Inhaltliches, auskommen zu können”, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, en Kaufmann-Hassemer, “Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart”, 5. Auflage, C.F. Müller (UTB), Heidelberg, 1989, p. 137.

Couturat, por su parte, añade que no podemos alcanzar la noción de número desmembrando lo dado de algún modo, porque así llegaríamos a una *circulatio*, es decir, a una colección de números enteros sucesivos, considerados como simples números de orden, y esto implica lo que se ha de definir. Concluye que la implicación material es, en definitiva, el fundamento de toda implicación formal, véase *Les principes des Mathématiques avec un appendice sur la philosophie des Mathématiques de Kant*, París, 1905, (G. Olms, Hildesheim-Nueva York), 1979, p. 45.

³⁹ Serna nos indica sobre Hobbes que “de este modo, el concepto de derecho en Hobbes se establece por exigencias prácticas, esto es, en virtud de un objetivo político, antes que como fruto de una observación pretendidamente científica, aunque no necesariamente en contradicción con ella. En la filosofía de Hobbes, el concepto del derecho no es un punto de partida sino el corolario de otras tesis previas, no meramente formales”. “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, *Persona y Derecho*, vol. 37, 1997, p. 300.

⁴⁰ *The Works of John Locke*, “Essay of Human Understanding”, Londres, 1823, vol. I, p. 4.

⁴¹ *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. de W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, vol. III, p. 305.

⁴² *L'idée de dialectique aux Entretiens de Zurich*, “Dialectica”, I, 1947, p. 30.

¿Esto es realmente así? Si nos vamos al plano personal, que frecuentemente es la única instancia lícita para validar las teorías sobre la ciencia, ¿estos autores se comportan cotidianamente al margen de lo que las cosas les posibilitan y les exigen? Esta pregunta es procedente porque el derecho es una ciencia práctica que, o se vuelve operativa en la normalidad de la vida humana o no sirve para nada, es decir, no es derecho aunque revista de una forma normativa constitucionalmente prevista. Es un hecho notable comprobar cómo se ha desplazado aparentemente el acento de la credulidad. Desde la Edad Moderna no admitimos la objetividad de los principios morales generales (como el que prohíbe abusar de las mujeres), pero admitimos sin reservadas críticas la posibilidad de una teoría procedimental que sí tendría valor objetivamente vinculante. Son intentos, como vemos, discutibles entre otras razones, y abundando más en la crítica, por lo que exponía W. E. Hearn, quien nos advertía —razonando como jurista— que la ciencia usual del derecho estaba realizada muy unilateralmente, según el método de los economistas, que aislaban un solo rasgo de la conducta humana a fin de poseer un *corpus* de nociones que pudieran manejar con facilidad.⁴³ Lord Kames apostillaba, años antes que Hearn, que “so various is human nature, and so complicating its actions powers, that it is not readily to be taken in at one view”.⁴⁴ En efecto, nadie puede entender, cuando se sumerge en su propia vida jurídica cotidiana y trata de explicarla, cómo una teoría puede ser operativa partiendo desde un solo factor generador de todas sus relaciones. Siempre existe la posibilidad de considerar que toda norma justa, razonable, etcétera, responde a un consenso tácito que se manifiesta en el lenguaje cuando éste está mediado por un único elemento. Pero esto no deja de ser una posibilidad vacía del entendimiento.

Hoy, este hecho lo seguimos observando también en los sistémicos: autores como Maturana, Luhmann o Teubner no cuestionan en ningún momento el carácter empirista —al menos en un primer momento— de la ciencia. Ellos imponen a la filosofía empirista como el cauce tasado de antemano —una cuestión irrenunciable a toda costa— desde el que ha de partir todo el que reflexione sobre la ciencia, también sobre la ética. Pero sucede que todo materialismo filosófico o científico tiene una vertiente necesariamente “trascendente”, por lo que hemos de hablar de la trascendencia de la materia o de un espíritu absoluto que habita en ella. ¿Por qué son válidas

⁴³ *The Theory of Legal Duties and Rights: An Introduction to Analytical Jurisprudence*, Melbourne-Londres, 1883, p. 2.

⁴⁴ *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, Londres, 1758, (G. Olms, Hildesheim), 1976, p. 10.

con tanta frecuencia las grandes leyes de la termodinámica? Una persona tocada por el espíritu de Hobbes diría que la mecánica se fundamenta en la mecánica misma. Pero procediendo de este modo sólo contribuimos a enriquecer a la vida con más misterios, y la función de la ciencia es encarar honestamente estos problemas, no arengar según el modo de pensar que esté más de moda. La noción de “constancia” (*constancy*) en las leyes de la mecánica de la que hablaba Priestley en 1777,⁴⁵ no es menos “metafísica” que la noción del deber.

Un materialismo sin esta capacidad que he llamado trascendental es teóricamente insuficiente. Cuando Apel y Habermas afirman sus noúmenos no contradicen lo que son en sí sus teorías, sino lo que ellos explicaron — a su propia costa — cuando establecieron, sin embargo, sus bases inicialmente empiristas. El empirismo, que se presenta como un cauce autoevidente y que no quiere tomar nada en préstamo a otras filosofías, siempre ha necesitado dar muchas razones.⁴⁶ Un empirismo estricto debiera dejar que la razón se revolcara libremente sobre los hechos y dejarse llevar por ellos. Por tanto, tiene razón Francesco Viola cuando indica que con frecuencia se reprocha al finalismo una visión antropomórfica de la naturaleza, pero no se percibe que donde en realidad está más presente, es en el mecanicismo, para el cual la estructura de la naturaleza se conforma con la de la mente humana.⁴⁷ No de la razón humana de todos los tiempos, sino de la racionalidad instrumental, la propiamente occidental y moderna, la del *homo faber* que piensa que únicamente puede obtener beneficios desde la “naturaleza” modificándola mediante su fuerza.

Si desplazamos el acento más hacia las vertientes propiamente humanas de quienes exponen estos constructos, Ollero nos indica que:

Resultará fácil constatar que buena parte de la resistencia de los juristas a reconocer como derechos *proprio vigore* los llamados derechos humanos es su opción — con frecuencia acrítica — por una perspectiva normativista, que sim-

⁴⁵ Priestley que, como era lógico, no podía admitir conceptos universales, admite, sin embargo, la validez incondicionada de la ley de causalidad derivándola desde la *constancy* entre la causa y el efecto. Véase *The Doctrine of Philosophical Necessity*, Londres, 1777, p. 11.

⁴⁶ Es lógico que sea así. Con frecuencia se reprocha al finalismo una visión antropomórfica de la naturaleza, pero no se percibe que en realidad donde está más presente, es en el mecanicismo, para el cual la estructura de la naturaleza se conforma con la de la mente humana, Viola, Francesco, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, trad. de V. Bellver, Granada, Comares, 1998, p. 93. René Dubos hace notar que el mecanicismo está tan sepultado en el hombre moderno, que no averigua más. Véase Dubos, René, *Los sueños de la razón*, p. 101.

⁴⁷ Viola, Francesco, *op. cit.*, p. 93.

plifica la realidad presentando al derecho como un sistema de normas, positivadas de una vez por todas y listas en consecuencia para una aplicación técnica sin ulteriores juicios de valor.⁴⁸

Este mismo autor amplía esta observación, en un tono algo más radical, y llama a esta actitud “cultura de doble lenguaje”.⁴⁹ Añade que “ser positivista y riguroso a la vez, resulta fácil cuando se está dispuesto a suscribir que las exigencias éticas (tanto las propiamente morales como las jurídicas) no son susceptibles de fundamentación racional alguna; algo tan reñido con la realidad cotidiana del derecho, como para asumir que los jueces no pueden emitir juicio alguno”.⁵⁰ Se remite a R. L. Vigo, cuando expresa que “nos parece bastante evidente que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que no entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica”.⁵¹

Spaemann ponía el dedo en la llaga cuando escribía que “paradójicamente, se presenta ahora esta tendencia como digna de admiración en la medida en que conduce a grandes estructuras que, sin tener ellas mismas conciencia, contienen personas conscientes como elementos de su estructura”.⁵² Efectivamente, proponen estructuras sin personas pero que realmente influyen en las personas porque incurren en el eterno problema de la argumentación trufada que porta en sí los datos insilogizados que obligan al lector a llegar a la conclusión que interesa al autor de la teoría; así, diseñan grandes estructuras intelectuales aparentemente sin personas pero cargadas de elementos subjetivos o personales que aporta el autor de cada uno de estos constructos.

IV. LA ONTOLOGÍA, ¿UN PREJUICIO?

Habermas y otros modernos pretenden, en un primer momento, un nominalismo radical. Él indica que bajo lo que entiende por el presupuesto de los

⁴⁸ *Derechos humanos entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, p. 139.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 240.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 318. Ollero es más contundente e indica que esto explicaría los planteamientos que se presentan con la modestia de quien sólo insinúa nuevas vías metodológicas, absteniéndose de toda toma de partido sobre los contenidos, los cuales, acaban respondiendo a todo después de haberse comprometido formalmente a no afirmar nada. La “metodología” puede verse así convertida en la peor de las filosofías, por su carácter encubierto e inconfesado, Ollero, Andrés, *Derechos humanos y metodología...*, *cit.*, p. 17.

⁵¹ *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontaneda, 2003, p. 200.

⁵² *Lo natural y lo racional*, trad. de Innerarity-Olmo, Madrid, Rialp, 1989, p. 80.

conceptos formales del mundo y de las pretensiones universales de validez, los contenidos de la imagen lingüística del mundo tienen que quedar desgajados del orden mismo que se supone al mundo.⁵³ Poco antes ha indicado que cabría hablar también de ontologías inscritas en las estructuras de las imágenes del mundo si este concepto que procede de la tradición de la metafísica griega no se redujera a una determinada relación específica con el mundo, a la relación cognitiva con el mundo del ente.⁵⁴ Propone distanciar las estructuras lingüísticas de la imagen del mundo con la laudable intención de encontrar un campo de acción en el que se pueda llegar a un consenso contrafáctico que corrija el plexo de prepotencias que existen actualmente.

Pero los que trabajan en el derecho no hablan genérica e inmatizadamente de la “ontología del mundo del ente”. Estas frases de contenidos tan amplios son propias de los filósofos y de los sociólogos, que encadenan conceptos al margen de cada referente concreto encarnado en cada noción jurídicamente relevante. Ellos contemplan la vida jurídica como un todo compacto y hablan sobre “el derecho”, sin entender que bajo este término están activos principios, reglas y normas extraordinariamente distintas que sólo pueden aspirar, desde el punto de vista de la unidad, a formar un conjunto abigarrado. Por el contrario, los operadores jurídicos hablan de las ontologías concretas del que vende, del que se casa o del que ejerce una profesión concreta. Para el que trabaja en el interior de cada institución del derecho⁵⁵ la consideración ontológica de la realidad es ante todo sinónimo de concreción y por ello también de pluralidad y de diversidad.

Aludo a realidades plurales y diversas, pero este modo de hablar, ¿es posible? Retengamos una comprobación indubitable: no sabemos realmente qué es una figura circular o pentagonal, porque las formas del círculo o del pentágono han sido puestas por el entendimiento humano en un acto radicalmente conformador⁵⁶ y no poseen más realidad que la que les otorguen los especialistas. Este es un tema bastante espinoso porque es necesario reconocer la innegable verdad que expresa Bergson cuando habla de la transposición de moldes geométricos, tomados desde la intuición de los cuerpos sólidos, a las ciencias humanas, de forma que nuestro pensamiento se conforma según los moldes que responden impecablemente a las estructuras de

⁵³ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁵ Luhmann reconocía esta forma de trabajar de los juristas, a la que él presenta como un obstáculo en su investigación sobre el todo universal. Véase *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, CEC, 1983, p. 117.

⁵⁶ Saumells, Roberto, *La ciencia y el ideal metódico*, Madrid, Rialp, 1958, pp. 91 y 216, o *La geometría... cit.*, p. 81.

los sólidos en el espacio. Es lógico que se haya producido este movimiento porque, explica este mismo autor, la geometría constituye la metafísica natural del espíritu humano.⁵⁷ Pero esta comprobación de un mundo simbólico que constituye la “metafísica natural” del ser humano, no reduce toda la comunicación humana a un conjunto de simples símbolos que, por fuerza de algún factor incognoscible, son verdaderamente eficaces.

Esta tesis no lleva a algún tipo de ingenuidad epistemológica, no al menos a una ingenuidad especialmente intensa. Aparte de este mundo simbólico en que vivimos, el investigador sabe que el término “conocer” siempre planteará quebraderos de cabeza, porque el “conocimiento”, especialmente en las ciencias naturales, aparece como una facultad para procesar la información a partir de las percepciones de los sentidos. Como es lógico, siempre se podrá discutir —como hoy hacen tan generosamente los físicos— si esos perceptos sirven para procesar la información, o si los perceptos han sido adquiridos previamente gracias a una teoría sobre el método que discrimina las percepciones que han de ser tenidas en cuenta en sede científico-natural.⁵⁸ Además, más allá del ámbito de las ciencias naturales, tampoco es creíble la asepsia valorativa de los observadores. A ellos se les pueden aplicar las palabras de Polaino-Lorente, que apuntan al plano más general de los problemas metódicos también en las ciencias sociales:

Llegados a este punto, estamos en condiciones de preguntarnos acerca del papel que le corresponde al observador de los hechos sociales. El observador ocupa una posición concreta desde la que observa, lo que significa que toda observación de lo social implica una perspectiva relativa. El observador forma parte de lo que observa, porque la misma observación es ya una relación entre el observador y lo que observa, a lo que no se puede hurtar el propio observador. Esa relación implica una asignación de sentido, es decir, un significado y una intencionalidad que son relevantes en la explicación o narración comprensiva que ofrece el observador. A ello se añade, por parte del observador, la selección de los hechos que estudia, los conceptos o categorías empleadas para su análisis, y los objetivos que se haya propuesto.⁵⁹

¿Existe alguien que sea capaz de pensar sin valorar o, dicho de otro modo, de conocer sin valorar, al margen de los propios condicionantes me-

⁵⁷ Bergson, Henri, *op. cit.*, p. 511.

⁵⁸ Se cae así en la denuncia de Gonth: “une perspective méthodologique qui fait corps avec la discipline elle-même”, Gonth, *La géométrie et le problème de l'espace*, Dunond Éditeur-Éditions du Griffon, Paris-Neuchâtel, 1955, vol. VI, p. 618.

⁵⁹ *Antropología e investigación en las ciencias humanas*, Madrid, Unión Editorial, 2010, pp. 83 y 84.

tódicos? Asumamos los prejuicios como un elemento más de la cotidianidad, sabiendo que en las sociedades actuales existen diferentes sectores de opiniones. Pero este asumir de los prejuicios, encarnados con tanta frecuencia en teorías sobre el método científico no quiere decir que, por ejemplo, todo nuestro conocimiento es sintético al modo kantiano y que no podemos saber nada de lo en-sí de cualquier cosa o conducta. El mismo Kant indicó en la *Crítica de la razón pura*, en A 43-44, que la intuición de los cuerpos en el espacio no prejuzga nada sobre la intuición de la justicia, que es —según sus palabras— la “cualidad moral de las acciones”. Escribió, concretamente, 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.⁶⁰

Lo mismo expresó Descartes: debemos dudar de los sentidos en un plano científico abstracto, pero no en los datos de la cotidianidad. En su *Pre-mière Meditation* nos advierte: “mais, encore que les sens nous trompent quelquefois, touchant les choses peu sensibles et fort éloignées, il se rencontre peut-être beaucoup d’autres, desquelles on ne peut pas raisonnablement douter, quoique nous les connaissons par leur moyen: par exemple, que je sois ici, assis auprès du feu, vêtu d’une robe de chambre, ayant ce papier entre les mains, et autres choses de cette nature”.⁶¹

El derecho dispone de un campo propio, en el plano de lo concreto y diverso, alejado de visiones excesivamente generales. Tema que difícilmente lo entenderán quienes se ocupan de la filosofía o de la sociología, siempre más preocupados por visiones generales que de la cotidianidad jurídica. En

⁶⁰ *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1988.

⁶¹ Cito por la edición de Gallimard, París, 1971.

el momento de esta visión de lo macrojurídico, que es el de las reformas sociales de fondo, el problema se traslada a cómo entender la globalidad del derecho; entonces puede aparecer el *mos geometricus* como el momento metódico que parece más adecuado. Esta tendencia a *geometrizarse* lo humano es máximamente visible en la figura del estado de naturaleza, que recientemente ha sido presentada bajo las formas de una posición original o de algún diálogo ideal. Presuponen siempre una superficie llana en la que están activos átomos de voluntad insatisfechos; sus autores suponen que la fuerza del apetito hacia su propia satisfacción es el elemento que actúa de muelle propulsor hacia el estado político adecuado. Seguimos en el plano binómico de las causas eficientes-impelentes. Parece que, desde el siglo XVII hasta hoy, el problema fundamental de las teorías de la justicia ha consistido en buscar causas propulsoras que sean eficientes. En el marco de esta excesiva generalidad o indeterminación, toda teoría hacia la justicia que revista formas geometrizaras en aras de la coherencia y claridad, ha de pagar el precio que le es exigible a cualquier intento sistemático, a saber: que únicamente puede contar con un solo factor que mueva a las voluntades por ser él el objeto deseado. Los autores de la Edad Moderna hablaron del *principium unicum, evidens atque adaequatum*, de forma que Locke propuso construir todo el orden jurídico desde el respeto a las propiedades privadas⁶², Gundling o Koehler desde las autonomías de las voluntades individuales, Thomasius desde el hedonismo, Hume desde la simpatía.

Parece que esta forma de proceder no ha cambiado gran cosa desde el Iluminismo a hoy. Desde los tiempos de Stammler los nuevos diseñadores de teorías unitarias componen sus sistemas estableciendo un procedimiento que tiene un cauce único y que con el que podremos alcanzar todos los bienes que se supone que ha de contener un Estado justo. De ahí que nos digan diálogos ideales presentados de unas u otras formas. Así, piensan combinar la unidad con la diversidad, especialmente con la diversidad que impone la historia. Pero, al margen de la ontología, ¿qué cosa o cosas pueden tener en cuenta para diseñar sus teorías? La experiencia que hemos acumulado desde el siglo XVII muestra, monótonamente, que ese factor no puede ser otro que la igualdad de las voluntades que se concreta en la libertad en la elección. Suponen que cada ser humano, guiado por su propio interés (Rawls), o por su interés y una cierta lealtad y conmiseración por los demás

⁶² Una lectura atenta del “Segundo ensayo” de Locke lleva a intuir que las libertades de los individuos son sólo una necesidad exigida por la libertad en el uso y transmisión de las propiedades privadas.

(Habermas o el segundo Rawls) ha de hacer opciones que ningún ser racional puede rechazar.

Las filosofías sobre la ética social que han sucedido desde el siglo XVII hasta hoy son pobres:

...se han de limitar a exigir igualdad en las deliberaciones y en las decisiones. Poco importa que leamos a un autor u otro; con frecuencia las divergencias entre uno y otros se limitan a introducir un pequeño matiz en una monografía más o menos extensa. Pero el recurso al estado de naturaleza con esos individuos tan aislados como insatisfechos es académicamente rentable, porque en esta posición original ya están presentes, como datos insilogizados sobre los que no es posible discutir, los elementos funtores que llevarán desde estos axiomas a las conclusiones últimas.⁶³

Si nos dejamos dominar por este *mos geometricus*, las imágenes-figuras geométricas son válidas o se imponen por su propia evidencia, pues lo geométrico es lo máximamente evidente al hombre. Estos autores llegan, incluso, a presentar sus propuestas con un cierto tinte humanista porque hablan de un diálogo o de un contrato.

Es preciso distinguir que en estos casos no pueden existir contratos. Nadie puede contratar sobre su vida, o las de los de su familia, o sobre su derecho a expresarse en libertad. El adagio antiguo expresaba que “el contrato comienza allí donde termina la humanidad”, *Ubi desinit humanitas ibi incipit contractus*. El contrato va indisolublemente vinculado a nuestros intereses, no a nuestros derechos. El que regatea sobre el precio de una vivienda no lo hace vendiendo su derecho a vivir en una casa adecuada: existen temas en los que no tiene cabida el *bargain*. Sin embargo, estos tipos de teorías tienen capacidad para convencer por qué sus autores no nos proponen contractualismos, hablando con propiedad, sino constructivismos que revisten estratégicamente la forma de un contrato. Hay que distinguir, como en el cine, lo que es representado frente a la forma o al modo de la representación, es decir de la pantalla.

Los animales sólo pueden seguir una opción, la que les marca su apetito. Si los seres humanos hubiéramos de perseguir, incluso contratando, una opción solitaria en nuestra vida, se harían de verdad las palabras de Johann Friedrich Homberg cuando denunciaba, ya en 1719, que Hobbes no distinguía entre hombres y animales.⁶⁴ En tales casos el término de la apetición determina íntegramente al hombre. Somos libres porque, aparte de poseer

⁶³ Carpintero Benítez, Francisco, “*La crisis del Estado en la Edad Posmoderna...*”, cit.

⁶⁴ *Dubia Juris Naturae*, Hallae, 1719, cap. 1, p. 19.

cierta contención en la apetición, existen bienes diversos sobre los que poder elegir: la libertad surge ante todo no desde la potencia humana, sino desde la diversidad objetual.⁶⁵ Somos también libres por la forma cómo deseamos, ya que una realidad es querer un bien y otra querer bien, ese “velle quantum ad rationem voliti” al que alude Tomás de Aquino.⁶⁶ Pero no podríamos querer bien, con buena voluntad, si no existieran bienes realmente diversos y a veces contradictorios.

La historia ha ido acumulando nombres de filósofos que negaban y que niegan la libertad. Normalmente la negación de la libertad ha sido una secuela necesariamente exigida por una posición previa más general, que normalmente ha consistido en la adopción de algún tipo de “materialismo” (¿?). No les acaba de faltar razón a estos pensadores porque sabemos que el Ministerio de Justicia conoce con cierta precisión el número de personas que se suicidarán en España el año próximo, o que una política que prime económicamente a las familias numerosas hará aumentar la natalidad, con lo que, parece, el derecho a tener hijos se acaba resolviendo en una cuestión económica.

No cabe duda de que las leyes de los grandes números arrojan datos bastante precisos: las primeras compañías de seguros que se crearon en el siglo XVIII, normalmente en Holanda e Inglaterra, fracasaron por desconocer este tipo de leyes; en cambio, hoy cualquier lector de un periódico puede conocer con precisión la esperanza de vida de una mujer española, de forma que las irregularidades se anulan mutuamente y finalmente se impone colectivamente la previsión objetiva o promediada.

Sin duda, el promedio o la regularidad (que a veces se manifiestan a través de las modas) llegan a ser realidad de una forma objetiva. Pero así como la masa no escapa a los cálculos estereotipados, las personas singulares sí pueden sustraerse a ellos: los grandes reformadores han sido personas que han hecho realidad una dimensión de la humanidad que desborda los promedios, y si es humano seguir lo promediado no menos humano es — aunque esté al alcance de menos personas — romper las previsiones basadas en lo que ya existe o ya se produce.

Sin embargo, existe otra faceta de la condición humana que es tan relevante como la anterior, a saber: que las personas, aunque se inserten en el sector más “popular” de la población, reclamamos nuestro tratamiento

⁶⁵ Carpintero Benítez, Francisco, “La «adaequatio hermenéutica» en Tomás de Aquino”, *Philosophica*, Valparaíso, 2009, vol. 35, pp. 95-120, franciscocarpintero.com.

⁶⁶ “Magis vult quod Deus vult, qui conformat voluntatem suam voluntati divinae quantum ad rationem voliti, quam si conformat ad ipsam rem volitam: quia voluntas principalis fertur in finem, quam in id quod est ad finem”, *Suma teológica*, I-II, q. 19, artículo 10.

como personas. La sociedad humana no se puede dirigir al modo como se dirige una granja avícola o porcina: la experiencia de los países socialistas en el siglo XX ha mostrado este hecho. Lo que lleva a pensar justificadamente que pocas cosas molestan más a los hombres que el trato absolutamente igual).

Pero hablar de la libertad personal es cosa propia de jusnaturalistas. Es aleccionable leer a Rawls sobre este punto. Quiero adelantar que sigo el estilo que él mismo nos propone cuando escribe que:

Si se consideran válidas, estas observaciones nos hacen pensar que en filosofía las cuestiones al nivel más fundamental generalmente no se resuelven mediante un argumento concluyente. Lo que es obvio para algunas personas... resulta ininteligible para otras. La manera de resolver este problema consiste en considerar, tras detenida reflexión, qué punto de vista, después de considerar todas las posibilidades, ofrece la explicación más coherente y convincente.⁶⁷

Efectivamente, como tiene razón Rawls, hemos de reflexionar el conjunto de consideraciones que nos pueden llevar hacia un consenso que todos compartamos de algún modo. ¿Llega él a este consenso? No parece claro este punto básico, porque él no respeta a las personas, porque no reconoce la validez o la corrección ¿Cómo llamarlo? de las ideas religiosas, políticas, etcétera., que existen en su sociedad. Escribe que “el hecho de este razonable pluralismo debe distinguirse del pluralismo como tal”. (El pluralismo como “tal” es el que él propone y que nunca llega a expresarlo). Le mueve a pensar así su comprobación del hecho de que “se afirman o profesan muchas doctrinas comprensivas razonables, y no todas pueden ser verdaderas (en realidad, ninguna de ellas puede ser verdadera)”.⁶⁸ A veces se vuelve agresivo en su rechazo a lo que ya está vigente socialmente, y piensa “por supuesto, quienes insisten en sus creencias también insisten en que sólo sus creencias son las verdaderas: imponen sus creencias porque —al menos así lo dicen— sus creencias son verdaderas, no porque sean sus creencias”.⁶⁹

Ahora no queda nada del pluralismo razonable al que tanto alude en otras ocasiones. Le sucede lo mismo que a Rousseau; este ginebrino contrapone lo efectivamente existente (*la volonté de tous*) a la voluntad que es siempre verdaderamente recta, a la que llama *volonté générale*; pero, como es previsible,

⁶⁷ *Liberalismo político*, trad. de P. R. Madero, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, Conferencia I, “Ideas Fundamentales”, pp. 70 y 71.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 77.

nunca puede explicar en qué consiste esta voluntad general que es distinta de los votos realmente depositados en las urnas. Rawls opone las libertades que prestan las morales efectivamente existentes a la libertad que él quiere, a la que llama voluntad como tal. Y tampoco puede explicar por qué las morales existentes son todas irracionales, en oposición a la libertad que él propone, que sería la voluntad como tal o la única libertad auténtica. ¿Es posible tomar en serio a Rawls?⁷⁰

Lo que nos indica, por otra parte, es que Rawls vive un marcado histrionismo, porque quien defiende una moral la mantiene hasta el final o no la defiende en absoluto. Si fuéramos simples esencias racionales (*vernünftige Wesen*), como nos llamaban los discípulos de Kant,⁷¹ tal vez pudiéramos vivir nuestras realidades básicas con más moderación; pero somos hombres, lo que implica el deseo de afirmación de la personalidad y de radicalidad. Pedro Serna indica que, C. S. Nino ha mostrado con toda contundencia que la moral social e histórica sólo tiene sentido a la luz de la moral ideal, pues quien profesa una determinada ética lo hace porque considera que los valores que la integran responden no sólo a su modo de pensar, sino que son en sí mismos valiosos, esto es, integran una moral ideal. En este sentido, todo aquel que argumenta sobre la justicia de un juicio moral está proponiendo “su personal justificación” (histórica, contingente, relativa al sistema moral que profesa), pero lo hace con la convicción de que tal justificación es la aportada por la moral ideal. Toda justicia moral postula y exige, pues es la referencia a unos principios últimos, no justificables por otros, no relativos.⁷²

Han ido emergiendo diversas facetas de los problemas que existen para que puedan ser admitidas las teorías sobre la justicia, y ahora quisiera referirme solamente a dos. Una es la que expresa Massini cuando escribe que

⁷⁰ Parece que no. Él escribe que “de los escritores a los que estudiamos generalmente, Hume y Kant, ambos a su manera, eligen la segunda opción en cada una de estas tres preguntas. Piensan que el orden moral surge en alguna forma de la naturaleza humana misma, como la razón o los sentimientos, y de las condiciones de nuestra vida en sociedad. También están convencidos de que el conocimiento o la conciencia de cómo debemos actuar es directamente accesible a toda persona que sea normalmente razonable y consciente. Y, por último, piensan que estamos de tal manera constituidos, que tenemos en nuestra naturaleza suficientes motivos o motivaciones para inducirnos a actuar como debemos hacerlo, sin necesidad de sanciones externas... En esto, el pensamiento de estos filósofos pertenece a lo que yo me refiero como el liberalismo comprensivo, en oposición al liberalismo político”. Rawls, John, *op. cit.*, pp. 20 y 21. Si entiende de este modo a Kant, es que no ha leído al prusiano.

⁷¹ Carpintero Benítez, Francisco, *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989.

⁷² Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, pp. 128 y 129.

Ahora bien, todo lo antedicho es el resultado directo de aplicar al ámbito ético una racionalidad que no le es propia, sino que es tomada de prestado de la que corresponde a la técnica, la actividad productiva gobernada por la eficacia cuantitativa... En pocas palabras, la preocupación fundamental del técnico es la eficacia del sistema operativo; eficacia ésta que se mide a través de magnitudes cuantitativas... De este modo... las nociones fundamentales de la ética... es decir: valor, dignidad, virtud, normas, etc. dejan de tener un contenido significativo o adquieren uno completamente distinto del habitual, referido exclusivamente a la eficacia de una conducta para el logro de un objetivo.⁷³

Se puede hacer otra observación más intuitiva. Los constructivistas se alejan de la cotidianidad y establecen reglas formales sobre la ética. Esta forma de proceder es cuestionable porque cuando alguien pasea, su paseo consiste en el acto mismo de pasear, y no cabe una explicación formal del paseo.⁷⁴ Tomás de Aquino se refería a este problema del tránsito desde lo concreto a lo formal o formalizado cuando indicaba que el término vivir es demasiado abstracto, porque vivir es realizar los actos de la vida. Sucede lo mismo que con la carrera, ya que ésta no es distinta del acto mismo de correr.⁷⁵ De modo que no cabe considerar filosófica y universalmente (los teóricos de otros tiempos hubieran dicho *formaliter*) que existan dos saberes teóricos, uno que versa sobre el hecho mismo de pasear, y otro que pondría una ciencia más teórica sobre el paseo.

He propuesto hablar sobre la ontología, es decir, sobre las cosas y sus funciones en el derecho y ¿lo he conseguido? El psiquismo humano no es capaz de entender las realidades más abarcentes, como son el espacio, el tiempo, la materia que estudian los físicos y las formas de vida que estudian los botánicos. Este sentirse impotente llevó al hombre moderno a abandonar el estudio de las “cosas”, a las que llamó sustancias: véanse las diatribas de Hobbes o de Locke contra este tipo de realidades. Como los institutos jurídicos también serían sustancias, su estudio más teórico fue preterido a favor de largos discursos de bases empiristas, y se abrió la época de los constructivismos ético-jurídicos, mal llamados contractualismos. Entonces es necesario preguntarse si estas actitudes sobre el derecho y la ética tienen razón de ser. Por lo que, hay que temer que al margen de los sistemas empiristas, la respuesta es no. ¿Existe algún motivo para esta afirmación rotun-

⁷³ Boecio, *op. cit.*, pp. 68-70.

⁷⁴ Saumells, Roberto, *La geometría... cit.*, p. 46.

⁷⁵ *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu “Summa contra Gentiles”*, Marietti, Turín-Roma, 1961, p. 817, *Suma teológica*, I, q. 18, artículo 2o.

da? Comprobar que por el simple hecho de existir estamos obligados a no molestar a los demás.

V. LA METAFÍSICA, ¿OTRO PREJUICIO?

Hoy, como en los comienzos de la Edad Moderna, asistimos en el mundo occidental a una nueva y tal vez más profunda fragmentación de la unidad cultural y moral que demanda explorar los caminos de la objetividad o corrección ética, en un nuevo esfuerzo de fundamentación análogo al que entonces representó el recurso al derecho natural racionalista e ilustrado.⁷⁶ Pero ¿qué se puede entender hoy por moral? Indica MacIntyre que desde 1630 a 1850 la moralidad se convirtió en el nombre de esa peculiar esfera en donde unas reglas de conducta que no son teológicas, ni legales, ni estéticas, alcanzan un espacio intelectual de su propiedad.⁷⁷ Efectivamente, carecemos de un estatuto metafísico, ontológico y también epistemológico —es una consecuencia de las ausencias anteriores— sobre la moral.

MacIntyre, con su peculiar capacidad para intuir lo que está en la base del trabajo universitario cotidiano, pone el dedo en una llaga dolorosa, a saber: esta singular autonomización de la moral lleva a que aparezca como un conjunto de reglas sin base definida para su creación. Esto no es humano: el derecho, la política, y el conjunto de la ética o la *Sitte* son regulaciones que están o deben de estar *Causa hominum constituta*. Ni la moral ni el derecho son simplemente reglas de juego. No pierda de vista el lector la observación de Juan Duns Scoto que es quizá su texto más conocido: la personalidad conlleva incomunicabilidad y radicalidad,⁷⁸ y lo no enraizado en esta radicalidad no pasa de ser juego artificioso que nadie tomará en serio.

Si vamos a la búsqueda de la radicalidad que lleva a la conciencia del deber hay que aludir a las personas. Pero corren tiempos recios para aludir a la cualidad personal de cada ser humano. Los empiristas, con Hobbes a la cabeza, negaron esta cualidad.⁷⁹ El mismo Kant a pesar de su insistencia en

⁷⁶ Serna, Pedro, *op. cit.*, p. 130.

⁷⁷ MacIntyre, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁸ Carpintero Benítez, Francisco, *El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica*, en Carpintero, Francisco (ed.), “El derecho subjetivo en su historia”, Universidad de Cádiz, 2003, pp. 35-288, *franciscocarpintero.com*.

⁷⁹ Hobbes mantuvo que la persona es el actor o autor, el *owner* o *dominus* de una acción. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*, Londres, 1839, Chap. 16, p. 148. La persona es la representante de las palabras o acciones como suyas o como propias, o de otra cosa cualquiera (mediante una ficción). *Leviathan, cit.*, Chap. 16, p.

el deber personal y en la “persona jurídica”,⁸⁰ no supo dar una explicación adecuada de esta cualidad humana.⁸¹ Fue lógico que Kelsen, imbuido en el mundo casi-nouménico de las normas, explicara que la persona jurídica es sólo el punto de atribución (*Zuschreibung*) de un sector de las normas del ordenamiento jurídico.⁸² Resultaba así, impecablemente desde el punto de vista de la pureza lógica que él atribuía a su explicación, que los judíos en el III Reich eran sólo el punto de atribución de un sector de las normas jurídicas.

El máximo representante de las teorías hodiernas sobre la justicia, John Rawls, sigue este mismo camino y escribe que:

También podríamos decir que nuestra concepción ordinaria de las personas como las unidades básicas de deliberación y responsabilidad presupone, o implica en alguna forma, ciertas tesis metafísicas acerca de la naturaleza de las personas como agentes morales o políticos. Según el precepto de anulación, no es mi deseo negar estas objeciones. Lo que podríamos decir es lo siguiente: si consideramos la presentación de la justicia como imparcialidad y notamos cómo se establece, y atendemos a las ideas y concepciones que utiliza, vemos que no aparece en ninguna de sus premisas ninguna doctrina metafísica particular acerca de la naturaleza de las personas, distintiva y opuesta a otras doctrinas metafísicas, ni es necesaria su intervención en la exposición de sus argumentos. Si intervienen presupuestos metafísicos, quizá sean tan generales que no se distingan de los puntos de vista metafísicos —cartesianos, leibnizianos o kantianos; realistas, idealistas o materialistas— de los que se ha ocupado tradicionalmente la filosofía. En este caso, tales elementos metafísicos no serían importantes en cuanto a la estructura y el contenido de una concepción política de la justicia, en ningún sentido.⁸³

Esta situación tiene mucho de paradójica, no desde el punto de vista lógico ¿A quién le interesa la lógica en las cuestiones fundamentales del derecho? Sino desde el ángulo de esa radicalidad humana mencionada. Porque si no nos vivenciamos como personas, ¿A qué viene exigir una actitud

147. Más tarde, Locke mantuvo, coherentemente con Hobbes, que el término persona “is forensic term”, *The Works of John Locke*, “Essay of Human Understanding”, *cit.*, vol. II, p. 69.

⁸⁰ Carpintero Benítez, Francisco, “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica»”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 477-522.

⁸¹ Alejandro Llano destacó la disolución de la persona en el pensamiento kantiano, véase *La nueva sensibilidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 98.

⁸² *Reine Rechtslehre*, *cit.*, § 37, p. 192, por ejemplo. Este proceso ha continuado en nuestra generación posmoderna. Véase B. Montanari, *Itinerari di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1999, pp. 87 y ss. Esta referencia a Montanari la he tomado de la obra de Barbara Troncarelli, *Complexità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milán, Giuffrè, 2002, p. 8.

⁸³ Rawls, John, *op.cit.*, Ideas fundamentales, p. 51, nota a pie. Las intensidades son mías.

cooperativa en el interior de una sociedad democrática, como hace el segundo Rawls? Parece más adherido a la realidad partir de cada hombre considerado como persona, como proponía John Austin cuando explicaba que “I have hitherto considered the extension of the term *person* as denoting a human being. And a regard to the extension of the term, as denoting a human being, I believe that Classical Jurists, when they used it with the large signification which it bears in familiar discourse: as being synonymous with *homo*, or as applying being which be can styled human”.⁸⁴

Si nos limitamos a identificar a la “person” con el “homo” podemos permanecer en el círculo avalorativo que es propio de Rawls, y negar la objetividad de cualquier discurso práctico que no se fundamente en la igualdad individual o en los miedos de sujetos tímidos que temen por su futuro. Pero esto no responde a la realidad. Con razón escribe Ollero que

¿Existe un fundamento natural capaz de justificar determinadas exigencias deontológicas, lleguen éstas o no a cobrar rango jurídico?, ¿son todas ellas, por el contrario, fruto de códigos convencionales, escritos o no? Si nos remitimos al ámbito de las profesiones sanitarias... queda fuera de toda duda que la elaboración de códigos éticos, o la formulación de protocolos indicativos de una parte de la praxis, no pretende tanto levantar acta de lo que masivamente se viene haciendo como establecer —ante una posible dispersión o multiplicidad de actitudes— lo que razonablemente deberá hacerse.⁸⁵

Hilando con más detalle salta a la luz, por sí sola, la observación de Carlos Massini cuando hace notar la paradoja de los relativistas en la moral pero que, sin embargo, sí afirman los derechos humanos. Es la actitud incomprensible de los que piensan que los derechos son indemostrables, etcétera., aunque dan por supuesto, no obstante, que son deseables.⁸⁶ Ya he explicado que habría que entender, de acuerdo con estos relativistas, que sólo podríamos defender a los derechos casualmente.⁸⁷

⁸⁴ *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5a. ed., Londres, John Murray, 1911, p. 352.

⁸⁵ Ollero, Andrés, *Derechos humanos entre la moral...*, cit., p. 83.

⁸⁶ Massini hace notar esta paradoja de los relativistas que, sin embargo, sí afirman los derechos humanos. Es la actitud paradójica de los que mantienen que los derechos son indemostrables, etcétera., pero dan por supuesto, sin embargo, que son deseables. Véase Boecio, *op.cit.*, p. 137. Ya he explicado en la p. 104 que habría que entender, de acuerdo con estos relativistas, que sólo podríamos defender a los derechos casualmente.

⁸⁷ Véase la p. 104 de *op. cit.*

Aunque la remisión a la persona como tal, en toda su generalidad, es necesaria a veces, con frecuencia es insuficiente.⁸⁸ Fueron beneméritas las actitudes de los que denunciaron el egoísmo de aquellos individuos aislados que proponía la Escuela del derecho natural moderno y que, en su culminación kantiana, solamente reconocía individuos de hecho aislados porque el orden jurídico había de limitarse a establecer una “libertad formal, negativa y vacía” en la que cada “persona jurídica” estuviera en condiciones eficaces de hacer realidad su propio plan para su vida.⁸⁹ Pero es necesario reiterar la insuficiencia de estas explicaciones como denunciaba Holland.

Al hablar sobre las personas resulta necesario abandonar el plano de la simple generalidad para adentrarnos en el plano desinhibidamente metafísico. Pero advierto que esta metafísica de lo humano no es fácil, porque se desdobla con mucha facilidad. Sucede que de un lado tenemos a los seres humanos como personas, sin especificar más, y del otro tenemos a los hombres como seres que actúan en sociedad según determinaciones o concreciones que no siempre pueden ser calculadas desde el carácter genérico de la personalidad.

El hombre como tal es el contemplado en la Declaración Universal de 1948, entre otros documentos. Sobre este tema existe una literatura prácticamente inconmensurable, y lo procedente, en un artículo breve es remitirse genéricamente a ella. Las explicaciones basadas en la seguridad y comodidad (Hobbes) y las fundamentadas en la imparcialidad son muy escasamente operativas, porque si la ley penal condena la violencia de género no hace esto por razones establecidas en la imparcialidad. Ciertamente, siempre se podrá establecer una teoría que esté cimentada en última instancia en el “ponte en el lugar del otro y piensa lo que te puede pasar a ti”. La llamada *Regula aurea* de los canonistas, teólogos y juristas medievales indicaba “desea para los otros lo que quieres para ti”. Pero las prolongaciones lógicas de esta idea, formando un conjunto axiomático no suplen, porque no explican la *indignación* que todos vivencian ante una estafa. La vivencia de la repulsa y de la indignación no puede ser explicada desde esta base.

⁸⁸ Thomas Erskine Holland nos advertía ya en el siglo XIX acerca de las dificultades de recurrir a títulos últimos. “It is a mere choice of the more convenient course whether the jurist makes the «personal» dimension of the right or its «real» dimension the basis of his classification. Now as a matter of fact the personal dimension is one which in the majority of cases needs no consideration at all”, *The Elements of Jurisprudence*, 13a. ed., Oxford, 1924, p. 140.

⁸⁹ Carpintero Benítez, Francisco, *La cabeza de... cit.*, y *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid, 1993.

Este es el campo de la defensa más elemental de los derechos,⁹⁰ no de la “contratación” de las condiciones básicas de la convivencia. Este hecho se observa de forma especialmente clara en los llamados a la desobediencia civil y, llegado un caso extremo, en la imposición por la fuerza de cambios políticos. Porque Carleton Kemp Allen explicaba que la moral, por el hecho de que sea necesaria en la convivencia y que, como tal, algunas reglas suyas hayan de ser recogidas forzosamente por la legislación, no pierde su carácter ético⁹¹ en el plano previo al propiamente jurídico.

Esta *humanitas* es operativa siempre en los seres humanos, más allá de los casos extremos. Habermas proporciona una primera aproximación al problema cuando indica que el individuo debe su identidad como persona exclusivamente a la identificación con, o a la interiorización de, características de la identidad colectiva.⁹² Esta aproximación es aún demasiado rudimentaria porque da por descrito lo que trata por describir, sin explicar la génesis del cuadro en su conjunto, ya que él explica que “por personalidad entiendo las competencias que convierten a un sujeto en capaz de lenguaje y de acción, esto es, que lo capacitan para tomar parte en procesos de entendimiento y para afirmar en ellos su propia identidad”.⁹³ Debería reconocer que hay una personalidad pre-comunicativa, de forma que el proceso colectivo de entendimiento destaca la “propia identidad” y se realiza sobre ella. Pero si sigue el camino que se traza programáticamente, hay que tener en cuenta que sólo ella llegue hasta un solo individuo imaginario que se multiplica por sí mismo,⁹⁴ y que la persona quede disuelta en una clase unitaria de simples individuos uniformes que es anterior a la suma lógica, es decir, al diálogo ya que éste la presupone.⁹⁵ Las referencias que hace a Skjervheim son tan ciertas como incompletas.⁹⁶

⁹⁰ Carpintero Benítez, Francisco, “El derecho penal en la definición del derecho”, *Persona y Derecho*, 1999, vol. 40, pp. 307-322, franciscocarpintero.com.

⁹¹ *Legal Duties and Other Essays on Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1931, p. 173.

⁹² Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 86.

⁹³ *Ibidem*, p. 196.

⁹⁴ Con razón explica Llano que “el intento habermasiano de apoyar esa mentalidad en el actual énfasis comunicativo manifiesta una aguda percepción del momento histórico. Pero Habermas pide demasiadas cosas prestadas al neoconservadurismo. Revela, además, las hipotecas de un kantiano sin sujeto trascendental”, Llano, Alejandro, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁵ Couturat, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁶ Skjervheim pasa a detallar el significado metodológico de la alternancia entre la actitud objetivante y la actitud realizativa. Esta alternancia, piensa, da lugar a una ambigüedad de las ciencias sociales, “la cual es resultado de la fundamental ambigüedad de la situación humana, consistente en el que el otro está ahí en una doble condición, en la condición de un objeto para mí y en la condición de otro sujeto conmigo, Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 160.

En un segundo momento tendríamos la explicación que proporciona Erich Fromm: “un individuo representa a la raza humana. Es un ejemplo específico de la especie humana. Él es él y es todos; es un individuo con sus peculiaridades y, en ese sentido, único, y al mismo tiempo, es representante de todas las características de la raza humana”.⁹⁷ Es posible que en este grupo de explicaciones pueda encuadrarse la tesis de Savigny que apunta a que la dignidad moral y la libertad del hombre se hacen realidad mediante las instituciones jurídicas (*Rechtsinstituten*) a las que llamamos *aequitas* o *naturalis ratio*.⁹⁸ Para él, el derecho de familia era derecho natural.⁹⁹

Otra explicación fue la de Tomás de Aquino quien, al definir a la conciencia moral o el yo —los latinos no distinguían entre conciencia y consciencia— la explicó como “saber con otro”, *Cum alio scientia*.¹⁰⁰ Para él, la formación de la persona no es un proceso en el que cada individuo solitario vaya llegando a su plenitud sólo por sus propias fuerzas. Cada ser humano porta en sí los contenidos de su conciencia moral, a través de los que recibe su propia constitución personal. Este es el fundamento de la culpa: saber que uno ha roto unas exigencias universales que él porta en sí y que no debe o no puede desconocer. Pues es condición imprescindible para el enjuiciamiento penal saber discernir el bien del mal, y al acusado no se le exige tanto que sea consciente de haber realizado un daño a otro (hay diversas formas de hacer daño institucionalizadas legalmente) como de haber roto una universalidad que le constituye a él mismo.¹⁰¹

Son tres pasos en la afirmación de la persona humana y, por tanto, en los derechos del hombre como persona. En el primero de ellos, Habermas sólo puede admitir un sujeto o subjectum que será el punto de atribución de los resultados de su teoría de la justicia. Fromm sólo alude al hecho innegable del carácter universal de cada ser humano, que tanto es él como la íntegra humanidad, pero en su explicación cada hombre permanece —según la expresión de Habermas— como “una isla en el mar de la praxis”.¹⁰² En cambio la expli-

⁹⁷ *Ética y psicoanálisis*, trad. de H. F. Morck, 12a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 51.

⁹⁸ *System der heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, vol. I, § 15, p. 53.

⁹⁹ *System...*, *cit.*, § 56, vol. I, pp. 370 y 371. Por el contrario, el *Vermögenrecht* no tiene un contenido moral propio, *ibidem*.

¹⁰⁰ Véase *Suma teológica*, I, q. 31, art. 3o., o *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, “Opera Omnia”, Romae, 1570, L. II, Dist. 24, art. 2o.

¹⁰¹ Carpintero Benítez, Francisco, “Persona, derecho, judicatura”, en Carpintero, Francisco y Londoño Lázaro, María Carmelina (coords.), *El derecho a la justicia imparcial*, Granada, Comares, 2012, pp. 1-40, *franciscocarpintero.com*.

¹⁰² Habermas aludía a que todo discurso doctrinal es una isla en el mar de la praxis, pero es preciso responder, con Spaemann, que “como esto no ocurre, el propio discurso se con-

cación tomista sitúa a cada hombre *sicut filius in domo*, como el hijo en su casa, porque no considera la formación de cada personalidad al margen de las demás, de forma que, “en un momento posterior” al de la constitución de cada personalidad, cada ser humano hubiera de hacerse cargo por sí mismo de las exigencias éticas básicas: el yo se forma junto con los demás y en muy buena medida no se diferencia de esos que aparentemente son “otros”: la propia personalidad es asunto también social y cuando alguien desconoce el derecho de otro está violentando la estructura de su misma personalidad, por lo que incurre en pecado o en el mal propiamente moral. Kant hizo esfuerzos titánicos tratando de mostrar la naturaleza personal del deber, de modo que el deber no apareciera únicamente como una regla técnica para vivir mejor sino ante todo como una realidad absoluta que, por esta naturaleza, se impone absoluta o categóricamente a cada ser humano. El de Königsberg se hubiera ahorrado muchos esfuerzos si hubiera poseído una formación histórica más amplia y hubiera estado en condiciones de entender que el deber es el hombre mismo y el género humano entero, como lo es su conciencia moral.

Hemos visto que existen reticencias en hablar de las personas y el lugar de esta expresión queda sustituido por el de derechos humanos. Hace años se hablaba de los derechos del hombre, pero parece que molestaba ese sustantivo —el de hombre— por sus implicaciones ontológicas y metafísicas, por lo que fue sustituido por el adjetivo de “humanos”. Los positivistas de viejo cuño quieren ver en los derechos humanos un cosmos autónomo de principios y reglas que ha de ser conocido ante todo cognitivamente;¹⁰³ más recientemente, en el positivismo legal incluyente, esas reglas y principios quedan revueltos en la masa normativa de la Constitución. Pero sucede lo mismo que con las explicaciones de Habermas sobre las personas, porque si el ser humano no poseyera una cualidad personal aún antes de entrar en el diálogo abierto con los demás, no podrían estar claros nunca los títulos que cada hombre tiene para exigir lo que le corresponde como ser humano.

vierte en práctica, pero sin discurso”, *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, Eunsa, 1979, p. 238. El mismo Spaemann añade: “creo, efectivamente, que la violación, no sólo de la teoría, sino de cualquier discurso, es la consecuencia necesaria de la pretensión de la teoría de querer volverse inmediatamente práctica”, *op. cit.*, p. 245.

Esta expresión sobre “el mar de la praxis” la usa Habermas en *Ética del discurso. Notas sobre un programa de orientación*, incluido en “Conciencia moral y acción comunicativa”, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985, p.131.

¹⁰³ El término “cognitivo” siempre planteará quebraderos de cabeza, porque aparece como una facultad para procesar la información a partir de percepciones. Como es lógico, y tal como quedó apuntado, siempre se podrá discutir si esos “perceptos” sirven para procesar la información, o si los perceptos han sido adquiridos previamente gracias a una teoría sobre el método.

Con razón explica Ollero que la pregunta filosófica radical sigue siendo, ¿por qué el consenso? Lo cual, paradójicamente, equivale a preguntarse por la legitimación de la racionalidad. Lo ético se muestra como previo a lo procedimental. El consenso sólo resulta obligado en la medida en que aparece como expresión de una verdad previa que le confiere sentido: la dignidad humana.¹⁰⁴

La convivencia tiene un sentido necesariamente humano, previo a cualquier *coëtus* que los hombres puedan crear en la historia. Habermas sitúa ese sentido en un noúmeno ínsito en el lenguaje, como una realidad suprapersonal, y de ahí su perenne superioridad sobre Rawls. Pero se queda a medio camino porque no sabe reconocer la formación necesariamente social de la propia personalidad y de la conciencia moral. Si prescindimos de los prejuicios empiristas que llevan a esa enorme petición de principio de Apel y Habermas, que en un primer momento se declaran empiristas para, más tarde, afirmar la existencia (lingüística) de un noúmeno que posee fuerza propiamente normativa, y reconocemos con sencillez que las personas existimos como tales (momento metafísico) y que el profesor, por el simple hecho de serlo, tiene el deber de explicar con claridad (momento ontológico), estaremos en condiciones de situar las bases sólidas para cualquier Constitución.

¹⁰⁴ Ollero, Andrés, *Derechos humanos y metodología...*, cit., p. 116.