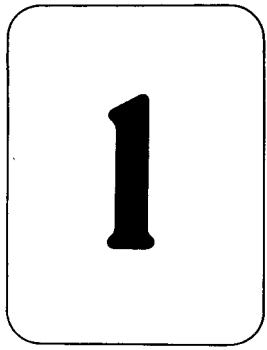
Rivista internazionale di filosofia del diritto

GENNAIO / MARZO
IV Serie - LXXIII - 1996



RIVISTA TRIMESTRALE
Sped. in A.P. comma 26 / art. 2 legge 549/95
aut. filiale Varese

estratto

Giuffrè editore

Persona y « officium »: derechos y competencias

di FRANCISCO CARPINTERO (*)

Estamos ahora, a finales del siglo XX, bajo la imposición sistemática de la categoría ético-jurídica de la « persona », tal como la propuso la Modernidad de la mano de Samuel Pufendorf, que llegó a su apogeo doctrinal en Kant y sus discípulos en la época que vive a caballo entre la Ilustración y el Romanticismo. Esta noción nueva de « persona » se hizo realidad jurídica doctrinal en el Derecho privado mediante la obra de Savigny (1): fue el jurista que influyó decisivamente en la jurisprudencia privada europea de la Edad Contemporánea, hasta hoy. En el Derecho público, la mentalidad individualista propia de la noción de la *juristische Person* kantiana se abrió paso con más dificultades, según la situación política de cada Estado concreto. Desde 1945 es el fundamento de la mentalidad que hace posible el prestigio de la democracia.

Hoy entendemos bajo el término « persona » únicamente al ser humano individual. Aunque los juristas hablen a veces de « personas jurídicas » para referirse a entidades colectivas, el término « persona », con lo que conlleva de respeto a la dignidad,

---

(*) Universidad de Cadiz.

(1) Algunos autores habían reparado en este hecho ya en el siglo pasado. William Markby nos explica que Lasalle entendía que « So it is well know that in Germany, Savigny, as the head of the historical school, is considered to be the most representative of the reactionary party, whereas his notions upon the subject of acquired rights are in reality revolutionary and subversive ». Cfr. *Elements of Law considered with reference to principles of General Jurisprudence*, Oxford, 1905, § 55.

etc., sólo se aplica al « ser individual de naturaleza racional », por seguir la explicación de Boecio. Para aclarar la terminología que usaré, y que no la he inventado yo, llamaré a este tipo de persona, « persona » simplemente, o « persona ut persona » (2).

Hasta el siglo XVI ambas nociones de persona, la filosófica y la jurídica, coexistieron amistosamente. Pero en la crisis que provocó el Humanismo, hacia el 1500, en la que la ciencia del derecho existente hasta entonces quedó profundamente desprestigiada, la noción de persona *jurídica* fue desapareciendo paulatinamente de los tratados de Derecho, y su lugar fue ocupado a lo largo del siglo XVII por la de persona en sentido « individual » (3). Esta nueva noción de persona fue imponiéndose durante las Edades Moderna y Contemporánea, y podemos decir que hoy su prestigio ha anulado a la noción de « persona » en el sentido jurídico anterior. Este cambio en los contenidos de la misma palabra fue el resultado del surgimiento de una ciencia jurídica de naturaleza distinta a la romanista, que llamamos hoy racionalista o constructivista, que constituyó la llamada « Escuela del Derecho natural moderno ». La ciencia jurídica romanista quedaría, en cambio, como el saber jurídico « prudencial », más propio de épocas pretéritas que no de los tiempos que corren.

Quisiera, empero, hacer una precisión previa: la *jurisprudencia* prudencial ha existido históricamente, y también existe hoy, incluso cuando el protagonista del razonamiento jurídico no la reconoce expresamente. Siempre que un jurista analiza un problema y « compone » la naturaleza jurídica de ese caso, en un juego continuo y omniabarcante de datos empíricos, de valoraciones, y de normas aparentemente ya positivas, ese jurista está

---

(2) El problema es antiguo. Bartolo de Sassoferrato, en el siglo XIV, ya escribía que « Pro solutione hujus contrarii distingue, secundum Guglielmum Ant. consideratur persona ut persona: et tunc una persona non potest sustinere vice plurium personarum. Aut consideretur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem se competiuntur, aut non primo usu potest sustinere vice plurium ». Cfr. *Corpus Juris Civilis, cum Commentariis Accursii..* « Reprint » de O. Zeller, Osnabrück, 1965, de la ed. de Lyon de 1628. Se trata de una *Additio* de Bartolo a la glosa « a » de Acursio al Digesto, L. I, tit. VII, « Si consul ».

(3) Vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la « persona jurídica »*, en « Anuario de Filosofía del Derecho » IV, Nueva Epoca, (1987) págs. 477-522.

procediendo *prudencialmente*. El método fronético no se ha limitado a una cierta etapa histórica, ya pasada. La mayor parte de los juristas actuales trabajan también hoy más de acuerdo con la prudencia que no con principios sistemáticos, aun cuando no reconozcan o impugnen expresamente este hecho en sus declaraciones programáticas. Viehweg y Esser hicieron un esfuerzo serio para hacernos ver que trabajamos con el mismo talante que el personaje de Molière cuando hablaba en prosa. Y es que nuestra *jurisprudentia* es operativa y útil, especialmente en el derecho privado, gracias a esta actitud « criptoprudencial ».

En tema tan antiguo y tan estudiado el investigador no puede pretender innovar nada, ni exponer tesis originales. Pero puede ser útil (así, al menos, lo entiendo) intentar volver a entender ese « encuadre racional desmantelado por el pensamiento moderno », como lo describe Massini. A pesar de todo el autor de estas líneas no puede evitar una cierta sensación sobre la figura del derecho subjetivo componen el telón de fondo del escenario de esta discusión. Y éste es un tema que no se presta a ensayos ingeniosos, fundamentalmente por la razón que G.E.M. Anscombe aporta con sentido realista: « La noción de 'un derecho' es muy fundamental y filosóficamente poco manejable. Pero, ¿cómo explicarla? Nadie ha tenido éxito en ello » (4).

Vaguedades sobre la persona juridica.

1. La ciencia jurídica romanista dominante hasta la Edad Moderna, fuera la propia de los juristas romanos, fuera la creada por los juristas bajomedievales sobre los textos jurídicos romanos, se movía normalmente sobre una noción de « persona » que, en muchas ocasiones, era el quicio de los criterios usados en la ciencia del derecho. Para entender mejor la estructura argumentativa de esta *jurisprudentia*, pensemos que un hombre normal vive habitualmente varias « personas »: es marido, es padre, es amigo, es profesional, es ciudadano, etc. Estas dimensiones fundamentales de la personalidad que pueden ser propias de cualquier ser humano fueron llamadas « personas », de modo que

(4) Cit. por Massini en *Filosofía del derecho. El Derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, vol. I, pág. 59.

« un mismo hombre puede sostener varias personas »: *unus homo sustinere potest plures personas* (5).

2. La « persona jurídica » era entendida, y es entendida también hoy, a modo de esquema estereotipado, con un contenido y perfiles más o menos fijos. Este planteamiento desagrada a algunos juristas, porque ellos entienden que al explicar así la realidad, algunos proponemos que los seres humanos asumamos las obligaciones sin que nuestra voluntad haya sido tenida en cuenta, y esto supone atropellar la dignidad del hombre, muy vinculada desde el siglo XVII a la voluntariendad de nuestros actos. En el tránsito desde el *status* al *contractus* la dignidad aparece más bien reposando en este último, en la capacidad o libertad suficiente para pactar.

3. Me parece que, ante todo, hay que matizar. La categoría de la « persona jurídica » implica, antes que otra cosa, objetividad en la génesis de las competencias, y toda objetividad acarrea necesariamente una cierta falta de voluntariedad en el surgimiento del deber. Tal es el caso de las relaciones de los hombres con Dios: Dios ha tenido la *intolerable cortesía* de amarnos y este hecho vincula a todo hombre, quiera él o no quiera. En un plano más laico, los padres tienen el deber de educar a sus hijos: no sirve alegar que ya no los desean, o que nunca los desearon.

4. Estas explicaciones poco tienen que ver con las tesis que se inician a partir de Augusto Comte, para quién las « personalidades » (en sentido kantiano) se diluían en las funciones socialmente desarrolladas. En general, en el movimiento « institu-

---

(5) Este es un brocardo medieval muy corriente. Aún lo emplea John Austin, en siglo XIX, cuando escribe que « But, instead of denoting « men » (or human « being »), it sometimes denotes the *condition or status* with wich men are invested. And taking the term in this signification, every human being who has rights and duties bears a *number* of persons. « Unus homo sustinere *plures* personas... ». Cfr. *Lectures on Jurisprudence or the Philosphy of Positive Law*, John Murray, London, 5ª ed., 1911, vol. I, pág. 532. Las intensidades son de Austin. Cito a Austin porque este autor dedica mucha atención a esta noción de « persona ». Lo mismo sucedía, aunque en menor medida, con Markby y Holland.

cionalista » y solidarista francés e italiano de comienzos de siglo, no quedaron muy claras las demarcaciones entre las pretensiones de las funciones sociales y los derechos de las personas individuales.

Me parece que la doctrina francesa de comienzos de siglo combatió la existencia de la categoría del derecho subjetivo porque captó a su modo y tardíamente la mentalidad organicista en el Derecho sobre la que tanto habían escrito los elemanes del siglo XIX. Y en un oganismo, todas las partes cumplen su función: ninguna puede pretender ejercer derechos propios, alejados del « bien común » del organismo.

5. Las obligaciones propias de la « persona jurídica » o del *officium* no se relaciona directamente con la categoría del contrato. Esto es, no vale decir: « Tú te has comprometido y por tanto... ». No hemos accedido contractualmente a buena parte de las persona y *officia* en los que nos encontramos. La objetividad es una cualidad de las « personas jurídicas » que se refiere simultáneamente a la génesis como al contenido del deber, pero cumpliendo en ambos momentos una función distinta.

6. Muchos autores han entendido a lo largo de la historia que hace falta un principio externo coordinador de nuestras conductas, criterio de lo debido y de lo no debido. Tal principio no puede consistir, obviamente, en un rasgo personal o una cualidad del sujeto que actúa, porque entonces harían falta tantos ordenamientos jurídicos como personas hay. Para referirse a esta objetividad en cierto modo al margen de las personalidades, Aristóteles y Tomás de Aquino hablaron de un *medium rei.*

Éste es el punto fundamental que separa a la justicia y a la ciencia jurídica, según el espíritu que hizo posible el Derecho romano, del resto de las conductas que nos exige la Moral: la medición de la justicia es ante todo una cualidad de los comportamientos externos, de las cosas, y por este hecho estos autores aludieron al « medio de la cosa ». Por el contrario, las restantes virtudes morales tienen más bien en consideración las cualidades personales y únicas de cada sujeto. Así, podemos saber la cantidad de vino que puede beber Titius conociendo el aguante perso-

nal de Titius ante el alcohol. Como se trata de una medida personal, Tomás llamó a este « justo medio » el *medium rationis*, para diferenciarlo de la medida igual para todos que es propia de la justicia.

En muchas situaciones jurídicamente relevantes se cumple el dicho según el cual « el hombre es relevante ante el Derecho por referencia a las cosas ». Sergio Cotta apunta este tema cuando escribe que « Por motivos de brevedad examinaré aquí — también por razón de homogeneidad — cuatro formas principales: Amistad, Caridad, Política y Derecho. Las dos primeras se sitúan en el plano interpersonal, porque se trata de relaciones *directas* entre individuos o personas, sin que medie institución u organización alguna » (6). Y parece que la función específica del Derecho, a la que Cotta alude posteriormente en esta misma obra, tiene mucho que ver con la realización efectiva de la finalidad de cada institución jurídica.

7. Este « justo medio », coordinador coercible de nuestras acciones en sociedad, es aludido en cierto modo cuando hablamos de la « naturaleza de las cosas », de los fundamentos reales o metafísicos del Derecho, etc. Pero en este discurso andan revueltas varias cuestiones distintas porque, a primera vista, observamos datos de la realidad social humana que han de ser tenidos en cuenta, pero que poseen naturaleza distinta.

8. John Austin se ocupó largamente de estos « datos » y, en su opinión, el « Derecho de cosas » ha de ser estudiado antes que el « Derecho de personas » (7), porque los *praecognascenda* del Derecho de cosas son mucho más amplios que los *praecognoscenda* propios de Derecho de personas (8). Yo creo interpre-

---

(6) *El derecho en la existencia humana*, Trad. de Ismael Peidró, EUNSA, Pamplona, 1987, pág. 84. La intensidad es mía.

(7) « It is true, then, generally, that the matter of the law of things must be taken into consideration, before we can understand the rights, etc. which are elements of any gaven status. Whereas, the matter of any status need not to be taken into consideration, in order to any understanding of the Law of Things ». Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 721.

(8) « Even the 'jus personarum', thought consisting mainly of the

tar correctamente el pensamiento de Austin si afirmo que es preciso atender *antes* el Derecho de cosas que no al Derecho de personas, porque « the phrase 'jus rem' denotes the 'compass' and not the subject of the right » (9). Es decir, el Derecho en general es el Derecho de cosas exceptuando el tratamiento jurídico de los *status* o *personae*: « The Law of Things in short is the Law --- the entire ¿Corpus Juris?; *minus* certain portions of it affecting peculiar classes of persons » (10).

9. En otro orden de cosas, y en un plano más profundo de su argumentación, Austin se enfrentaba a Kant, para quién el Derecho es siempre una « cualidad de las personas », e indicaba que el término « derecho » siempre tiene que ver con el de « subjetividad » en el sentido kantiano; porque la palabra « Derecho », *Recht*, en cuanto distinta a « *right* », también se relaciona con la « objetividad » que Kant pretende contraponer a la « subjetividad » (11). Quizá quiere expresar Austin que en la relación jurídica « las cosas » se interponen necesariamente entre los seres humanos, y la naturaleza de las cosas interpuestas (aparentemente sólo « objeto » de la relación jurídica) determina el alcance tanto del *Right* como del *Recht*. De hecho, este mismo autor destaca que el término inglés « duty » denota preferentemente *aquello* a lo que un hombre está obligado, y no « la obligación

---

narrower positions and rules which modify the more general matter comprinsing the 'jus rerum', yet contains many positons, which must be anticipated before it is possible to explain the Law of Things. But the number of the *praecognoscenda* in the Law of Things is incomparabily greater than the number of those in the Law of Persons ». Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 728.

(9) *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 369.

(10) *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 683. En el vol. I de op. cit., pág. 69, ha indicado que « Seeing that 'all' rights are rights of persons, and seeing that things are merely 'subjects' of rights, it is clear that the genuine meaning of 'jus personarum et rerum' is not very happely rendered by *rights of persons and things* ». Las intensidades son de Austin.

(11) « the term 'Recht' as meaning as a 'right', must (they fancied) have something to do with the 'subjectivity' of Kant: and, of course, the opposed 'Recht', which means law, must also (they fancied) have something to do with that 'Objetivism' which Kant contradistinguishes to *subjectivity* ». Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 713.

misma ». Él explicaba que este término lo hemos recibido a través del francés « devoir » y del italiano « dovere » desde el término latino « debere ». En consecuencia, es equivalente a « id quod debitum est » antes que a « obligatio » (12).

Pero pienso, de todos modos, que incluso en el ámbito de este sector del pensamiento anglosajón, no podemos jugar fácilmente con un « realismo » jurídico de esta naturaleza, porque Allen, entre otros, nos advierte muy juiciosamente que « It is impossible to scape that sir Paul Vinogradoff has called 'the ultimate atom' of the human individual will » (13)

10. Las cosas, hoy, se han vuelto notablemente complejas en este tema, porque muchos prefieren hablar de los fundamentos personales que no de los fundamentos reales del Derecho. El motivo es que parece que el término « real », del latín *res*, « cosa », encorseta o desnaturaliza la existencia humana, que es y debe ser ante todo *personal*. En consecuencia, bastantes teóricos del Derecho prefieren referirse directamente a la persona humana.

El téermino « persona » así entendido no acaba de tener un contexto universitario claro. Los que admiten la existencia de la realidad, que no quedaría diluída en el lenguaje (sin más guía que los universales *implícitos* en cada jerga), entienden que el hombre, por ser « persona », participa de un grado más alto del ser, o de una categoría del ser distinta de la que es propria de las demás cosas.

En cambio, quienes rechazan los fundamentos reales o metafísicos del Derecho, partir desde las personas significa iniciar el razonamiento desde los intereses de cada individuo. Como la mentalidad liberal en el derecho postula que todos los individuos son igualmente valiosos y que, en consecuencia, su voluntad ha

---

(12) « The English 'duty'... rather denots 'that' to which a man is obliged, that the obligation itself. It is derived, trought the French 'devoir' (past. part.) and trought Italian 'dovere', from the Latin 'debere'. It is, therefore, equivalent to *id quod debitum est*, rather than *obligatio* ». Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 452.

(13) *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931, pág. 164.

de ser igualmente respetada, la noción de interés individual se confunde *lato sensu* con la de la voluntad del individuo, o con la persona misma. Es decir, no hay ni puede haber desde estos presupuestos diferencias cualitativas entre los distintos intereses.

11. Sin embargo, esta última visión de la « persona » y de sus intereses no siempre es transplantable a la consideración jurídica. Incluso puede suceder que resulte negativa en algunas ocasiones. Porque si el Profesor de Universidad tiene una cierta preeminencia sobre sus alumnos, esto no se debe a una interés concreto « del » profesor. Este derecho del profesor, que es el que le vincula con sus alumnos, surge desde « la cosa » que los mantiene en relación, es decir, desde la Universidad. La institución universitaria es la que determina qué y cuanta *preeminencia* tendrá el profesor sobre los alumnos. Lo que nos indica que el « ius » existe en función de los intereses de la Universidad, que es el « bien común » que mantiene unidas jurídicamente a ambas partes.

En última instancia, la universidad existe sólo por y para las personas. Pero el jurista, para saber lo que corresponde a cada parte, normalmente debe atender preferentemente a la naturaleza de las *institución* que las mantiene vinculadas.

El derecho que protege a las « personas ».

12. Si el hombre puede ser sujeto de derechos y obligaciones, esto se debe a que es « persona » en un sentido del término que rebasa y fundamenta al simplemente jurídico. La « personalidad » humana está omnipresente en todas las manifestaciones jurídicas: un animal nunca puede ser sujeto de derechos ni de obligaciones.

13. Existe una rama especialmente interesante de la vida jurídica, que se ocupa únicamente de las lesiones o atentados directos a cada personalidad humana: ésta es el « Derecho penal », que castiga algunos daños que un hombre causa *directamente* a otro hombre, sea en su persona, sea en su patrimonio. En el Derecho penal no tiene tanta trascendencia esa mediación necesaria de « las cosas » entre persona y persona, que es imprescindible

en las demás áreas del Derecho; o sí la tiene, pero en un sentido distinto. En el campo del Derecho penal se nos puede agredir en nuestras cosa, como sucede siempre que se produce un delito contra la propiedad. Pero la palabra *cosa* en este último sentido no coincide con lo que trato de explicar.

14. Los derechos humanos cumplen una función similar a la del Derecho penal: asegurar los derechos más importantes de la personalidad humana. Sería difícil aseverar que forman parte del Derecho penal, aunque cumplen una función similar a la de éste. Se les considera distintos principalmente porque estos derechos suelen venir recogidos expresamente en leyes fundamentales, y su estudio parece tarea más propia del Derecho constitucional o de la Filosofia del Derecho que no de los penalistas.

Desde luego los derechos humanos se diferencian del Derecho penal en el hecho de que defienden a las personas fruente a los eventuales abusos del Poder político: por este motivo se presentan *prima facie* con un carácter quizá más político que jurídico. En cambio el Derecho penal ordinario defiende a cada persona frente a sus iguales.

Ciertamente, los derechos humanos no deberían agotarse en esta función protectora de cada individuo. Pero lo cierto es que los derechos que tienen operatividad son aquellos que protegen negativamente, esto es, penalmente, a las individualidades personales.

15. Lo específico del Derecho penal es suponer un universo humano completo y acabado: cada « persona » está completa en sí misma, en lo que ella es y hace, y en su patrimonio, y la finalidad principal de esta rama del Derecho es que respetemos las cosas tal como están. Compone un sector del Derecho bastante extraño: a diferencia del resto del Derecho, que existe para hacer realidad determinados bienes que hay que alcanzar porque aún no existen (y crean una libertad *para* o libertad « positiva »), el Derecho penal presupone un universo clausurando, con los bienes ya constituídos, y por eso sólo reclama una catitud general de abstención (*Enthaltung*) ante lo que los demás son y tienen, haciendo posible una libertad *frente a*, simplemente negativa.

16. Pero tropezamos con un problema que enturbia el análisis: la descripción del Derecho en sede de Teoría General del Derecho o de Filosofía del Derecho se ha realizado, desde el siglo XIX hasta hoy, preferentemente según moldes penalistas, de modo que el Derecho únicamente existiría para proteger a las personalidades ya constituídas.

La ideología liberal parece reacia a entender que el Derecho es simultáneamente un orden de protección de la personalidad y un orden de colaboración en sociedad que es posible únicamente de la mano de factores de diversa índole, fundamentalmente elementos *reales*. Los liberales, de la mano de Pufendorf, Locke, Gundling o los discípulos de Kant, etc., sólo apreciaron la libertad « negativa », esto es, la independencia frente o contra alcuien. Ellos sólo conocen esa *lex permissiva originaria*, frente a la cual toda normatividad entraña siempre una *constricción* ([14]). El Derecho, que ha de ser le menor posible, ordena fundamentalmente una Abstención ante las esferas de libertad ajenas.

La teoria juridica de la modernidad, ¿individualista o personalista?.

17. La Modernidad es, desde el punto de vista de la Historia General, la época que abarca los siglos XVI-XVIII. Fue entonces cuando irrumpió la *iuris naturalis disciplina*, de la mano fundamentalmente de Samuel Pufendorf. Este nuevo « derecho natural » llenó las Universidades de teorías sobre los individuos aislados e independientes en el *status naturae*, que se unieron mediante un « contrato social » para asegurar su paz y comodidad. Más tarde, ya a finales del siglo XVII, tras la aportación de Locke, apareció la figura del « Estado de Derecho » o *Rechtsstaat*: la misión esencial del « Estado » es

---

([14]) Declaraciones expresas sobre esta *Freiheit überhaupt* las encontramos en Krug y Brückner. Krug, por ejemplo, escribía: « es is folglich ursprünglich kein Imperativ (lex praeceptiva), indem das Recht kein Sollen bedeutet, sondern ein Permissiv (lex permissiva), indem es bestimmt, was jeder Vernunfwesen im Beziehung auf das andre thun oder lassen dürfte, oder was jedem innerhalb der Sphäre seiner Wirksamkeit äusserlich erlaubt sey ». Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, § 20.

la de proteger los tres derechos naturales del individuo: la igualdad, la libertad y la propiedad.

Pero el espíritu que propuso estas explicaciones sobre el Derecho no se agotó en estos siglos: sus presupuestos fundamentales han resucitado vigorosamente en la segunda mitad del siglo XX.

18. El hombre, reducido a arbitrio que postularon indeterminable heterónomamente (porque entendieron que en el « estado de naturaleza » nadie tiene un privilegio, *privilegium* o *Vorrecht*, para ordenar a los otros), al no encontrar alguna « cosa » que orientara su conducta con los otros hombres, se encontró, por decirlo así, « desnudo » ante todos los demás ([15]). Es decir, propusieron que las distintas personalidades se relacionaran « directamente », por lo que única institución jurídica *legítima* era la del pacto. Me parece que el *motto* fundamental de la nueva ciencia jurídica que nace en la Modernidad lo expresó muy claramente Nicolás Jerónimo Gundling en una frase: « Voluntas tertii ist nicht voluntas nostra » ([16]).

19. Esta sentencia de Gundling posee una cierta enjundia, y podría decir, sin exagerar, que expone uno de los puntos vitales en los que la Modernidad se separó de una visión del Derecho más próxima al hombre. Porque en ella se expresa la confusión entre responsabilidad e imputación. A partir del siglo XVII, la mentalidad colectiva europea tendió a establecer un único punto de unión entre las leyes y cada hombre: la *imputabilidad* de una conducta a cada sujeto concreto según lo ordenado en las

---

([15]) En general, los autores que hablan de la « Naturaleza de las cosas », domina la idea que considera a estas « cosas » más bien como una resistencia al esfuerzo inteligente del hombre: se trata de « la materia indolente » (y amorfa) de que hablaba Stammler a comienzos de siglo. Gustav Radbruch, a pesar de su innegable sensibilidad para los problemas humanos, consideraba que « la naturaleza de las cosas viene a ser la resistencia que el tosco mundo opone, y a la que las ideas jurídicas tienen qua acomodarse más o menos en gracia a su realizabilidad (« ratione temporum habita »). Cfr. *Introducción a la Filosofía del derecho*, Trad. de W. Roces, F.C.E., México, 1974, pág. 29.

([16]) *Erläuterung über Samuelis Pufendorfii zwey Bücher De Officio hominis et civis*, Hamburg, 1744, Libro I, cap. I, § 18.

leyes. Hoy puede parecernos que esto siempre ha sido así; pero no es éste el caso.

Novis nova imponenda, escribía Pufendorf en el « Prefacio » de su *De jure naturae et gentium*: hubo que poner un nombre nuevo a esta peculiar relación entre el individuo y la ley, y fue Christian Thomasius quién inventó el nuevo término: *Zurechnung* o *imputatio*. Efectivamente, a Thomasius le parecía que las doctrinas escolástica acerca de esta tema, que distinguían entre mérito de condigno, de congruo, etc., eran demasiado artificiosas. Él propone una explicación más sencilla: « Declarare vero, quod aliquis dignus sit praemio, vel poena, imputare est » (17). La palabra « imputar », explica Thomasius, « nativa significatione terminus arithmeticus est, et significat in rationes referre, *auf Rechnung schreiben* » (18). Este nuevo término, *imputare*, le parece « bene translatum » a la Filosofía práctica (19), porque así como entre los comerciantes no se atiende a quién paga, o de quién es la moneda, sino quien ordenó pagar, del mismo modo en la imputación moral no se atiende a la causa física, sino a la causa moral, sea mediata o inmediata, esto es a la voluntariedad (20). Por este camino, todo el problema de la *obligatio* quedaba resuelto en el tema de la voluntariedad, y no fue admitida una categoría distinta a la de la imputación, siempre personal y voluntaria.

20. De este modo, la explicación de la justicia ha reposado en el hecho de la voluntariedad personal. Y me parece que las cosas no son siempre así, al menos fuera del Derecho penal. Por-

---

(17) *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, etc. Halae et Lipsiae, 1728, Liber I, cap. VII, § XXI.

(18) Op. cit., § XXIV.

(19) « Postea in doctrina moralis, cum in rationibus crediti et debiti singula singulis rationibus convenienti loco sint adscribenda, nec confundenda credita cum debitis, imputare bene translatum est ad praemia, poenas et reliqua quae modo recensita sunt, quia et hic ejus, qui imputat, idem officium est, ut suum cuique meritum assignet ». Cfr. *Ibidem*.

(20) « Uti igitur in arithmetica imputatione non respicitur ad eum, qui pecuniam solverit, vel cujus sint nummi, sed quis jusserit solvere: ita in imputatione morali regulariter inspicitur, non an aliquis sit causa physica, sed an causa moralis sive mediata, sive immediata, h.e. an aliquid facere voluit ». Cfr. *Fundamenta...*, cit., L. I, cap. VII, § XXVI.

que existen muchas situaciones, creadas al margen de la voluntad de Titius, que originan responsabilidad para Titius, aún cuando Titius no haya consentido expresa ni tácitamente. Cualquiera puede ver que él tiene que apechar con diversas responsabilidades que surgen desde actos o situaciones que él no ha originado: desde pagar los impuestos a atender a los padres ancianos. Y es que la « responsabilidad » práctica es algo más que el simple correlato de un acto realizado voluntariamente. Thomasius intentó sustituir — de forma muy acorde con el modo de ver las cosas propio del siglo XVIII — la noción de responsabilidad por la de *Zur Rechnung halten*. Pero tomo que se equivocó: porque una cosa es ser responsable, y otra cosa distinta es ser autor o culpable.

Desde luego, siempre se podría decir que la « imputación » no prejuzga acerca de la voluntariedad o causalidad, sino que consiste en una categoría que solamente determina quién es el responsable. Pero este planteamiento no parece correcto: está de más la referencia a la causalidad o voluntariedad. Porque la *imputatio* es una noción que excluye por principio todo otro tipo de relación entre el hombre y la norma, como mostró Kelsen paradigmáticamente.

21. Temo que, bajo su apariencia *personalista*, la Modernidad es inhumana en este punto. Porque si la « voluntas tertii ist nicht voluntas nostra », esta tesis erigida en punto fundamental de la juridicidad lleva inexorablemente a mantener también, como hace Gundling, que « Factum tertii nobis non imputatur » ([21]). Esto a veces es verdad, y a veces es falso. Lo que indica que la visión « personalista » que propugnan estos autores ha de ser completada teniendo en cuenta responsabilidades más *reales*, que no tienen su origen en actos de la voluntad individual.

22. El inicio de un problema comienza a dibujarse: hemos venido confundiendo reiteradamente el individualismo con la actitud que sólo tiene en cuenta a las « personas ». La *persona* moderna es aquel individuo aislado y libre (algunos autores de hoy recurren a figuras similares a la del « status naturae »). Y, tratán-

---

([21]) *Erläuterung...*, cit., Liber I, cap. 1, § 42.

dose de seres humanos, no puede existir tal condición, porque los hombres no somos así.

Hoy cabrían dos posibilidades para superar este planteamiento específicamente moderno: bien insistir en el especial valor y dignidad de la persona, bien destacar con un talante más *ecológico* que la realidad en la que el hombre vive no es amorfa o plana: que el ser humano dispone de otros datos para su decisión además de la libertad de su voluntad.

(Dicho sea incidentalmente, la actitud adoptada por la Edad Contemporánea no ha sido ni una ni otra. Los teóricos del Derecho han insistido en los derechos subjetivos porque entendían que lo que corresponde al ser humano es postular una personalidad o voluntad central, que tendría relevancia preferentemente a través de una serie de libertades en las que se protegerían su voluntad o sus intereses).

Me parece que ambas actitudes son necesariamente compatibles, porque la una no se puede entender sin la otra, y hemos de ser conscientes de sur respectivas limitaciones cuando las proponemos aisladamente. Yo me decando *ahora* muy expresamente por la segunda, porque entiendo que la vida que el hombre crea y objetiva es algo distinto de la « materia » regida por leyes despóticas, al modo de la explicación cartesiana. Que las *cosas* humanas no son solamente el reino de la « necesidad », *Notwendigkeit*, del que hablaba Kant. Francesco Viola ha hecho recientemente un esfuerzo para resaltar que « la Naturaleza » posee un valor ontológico propriamente humano. Sucede que, en buena medida, esa realidad aparentemente « no-personal » que nos circunda, a la que damos el nombre de « cosas », hace posible al ser específicamente humano. Ella aporta la determinación de unos contenidos materiales que no se pueden deducir desde la dignidad, libertad o autonomía genéricas propios del ser humano.

23. En la mentalidad moderna y contemporánea no reconocemos ni la realidad de la conciencia moral ni la relevancia de las *cosas* (*die Sachen*) para la fundamentación de la decisión práctica. En el lugar de estas realidades han entrado unos « hombres » sin rostro y sin circunstancias, que son los que han diseñado Pufendorf, Kant, Stammler o Rawls. Estos seres no tienen más punto de referencia par su eticidad que la igualdad o la igual libertad.

Desde este factor, diversos autores han construído « sistemas de ética » que pretenden desplazar a la realidad humana. Pero el estudioso descubre un problema: la justicia o la eticidad en general no resultan desde las exigencias de la igual libertad o igualdad en los intereses o pretensiones. La mayor parte de las disposiciones de cualquir ordenamiento jurídico quedarían sin explicación desde este único supuesto. Lo que nos indica que hemos de entender las exigencias de la personalidad humana de otro modo más completo.

Algo falla en el planteamiento moderno.

24. Los *moderni* nos propusieron una relación entre persona y persona que no estuviera mediada por « las cosas ». Quizá les parecía indigno que la conducta del ser más elevado de la Naturaleza estuviera *mediada* por algo inferior e infrahumano.

Pero entraron por un camino defícil, porque cuando se enfrentan dos voluntades desnudas, ninguna puede pretender una preeminencia especial, porque como bien señalaron los modernos, nadie posee un *privilegium* o *Vorrecht* para dictarle a otro lo que ha de hacer. John Stuart Mill derrochó mucha retórica en su ensayo *On Liberty* pararesolver esta imposible. Me parece poco serio que acabe concluyendo que existem unos intereses que la sociedad considera « comunes » y, por tanto, han de imponerse a los ciudadanos, mientras que otros intereses quedan en manos exclusivamente del arbitrio de los individuos. Esto supone caer en el criterio del « quod accidere potest », que tanto se le criticó a Grocio. Estamos ante una contradicción vital que, por este mismo hecho (no se trata de ningún juego lógico) tiene fuerte importancia. Desde luego, cada momento histórico o cada sociedad, posee su talante o estilo peculiar, y en este estilo hay mucho de irrepetible, de histórico y de convencional: de libertad en la historia, en una palabra. En este punto puede ser útil parcialmente la explicación de Stuart Mill. Pero, planteadas así las cosa, se nos echan encima varios problemas distintos y se impone conceder otra vez prioridad al análisis.

25. En efecto, todos percibimos que cada ser humano es único, irrepetible en la historia. Sin necesidad de entrar en argu-

mentaciones de naturaleza teológica, cualquier persona sensible ante la Estética capta la infinitud de cada uno de nuestros actos, su valor incalculable. La manifestación fundamental de la personalidad que es, quizá, la voluntad, es igualmente inconmensurable, y por este hecho todos hemos de ceder ante una conciencia que actúa con la *rectitudo voluntatis propter se servata* a la que aludía san Anselmo para definir la justicia.

Por este hecho, si enfrentamos dos voluntades sin hacer referencia a las cosas, a ese *medium rei* del que hablaba Tomás de Aquino de la mano de Aristóteles, no podemos llegar apenas a una conclusión razonable o justa: los hombres no podemos argumentar ni valorar sobre dos realidades de valor incalculable que están enfrentadas, porque entonces carecemos de reglas para calcular o ponderar. Austin indicaba sobre este extremo que « A sacred or unalienable right is truly and indeed 'invaluable': For, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be mesured » (22).

26. Naturalmente, si no existem estos pilares de referencia para orientar la conductas, sólo quedan necesariamente las personalidades (las voluntades) enfrentadas, en el que cada sujeto aparece como un competidor, siempre un enemigo, al menos en potencia (23). Lo que nos conduciría al estudio de si esta situación, de choque directo del hombre con el hombre, sin ninguna *realidad* que les una y que determine las competencias de cada cual, es realmente la situación jurídica por excelencia o, si por el contrario, nos devuelve a una sociedad pre-romana.

27. Una faceta de esta objetividad a que aludo, que mediaría entre las individualidades, se podía observar más claramente en el *statu quo* jurídico existente antes de la creación del Estado contemporáneo, en el que el Derecho y la Política andaban más distinguidos. El sometimiento al Derecho era obligatorio para todas las personas de la comunidad política en la Baja Edad Media:

---

(22) Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 119.

(23) SERGIO COTTA se ocupó de este problema en *Itinerarios humanos del derecho*, Trad. de J. Ballesteros, EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 62 y ss.

basta leer el *Polycraticus* de Juan de Salisbury, o esa pequeña juya que es la obra de Schmidt-Liliemberg sobre una faceta de las ideas políticas y jurídicas medievales. El « príncipe » podía no quedar obligado al cumplimiento de las leyes que él mismo dictaba, y así surgió la figura del *princeps legibus solutus*. Pero quedaba vinculado al Derecho: si Enrique VIII no pudo obtener la anulación de su matrimonio, ello se debió a que el Rey estaba tan sometido al Derecho como cualquiera de sus súbditos, por más que no estuviera obligado por una cierta dimensión de sus propias leyes.

Lo que indica, de paso, que el gobernante tampoco estaba, sin más, desligado de su propria legislación: los autores escolásticos captaron a su modo esta distinción entre Derecho y leyes, y como en la mayor parte de las leyes hay un fermento de Derecho o Justicia, que es vinculante para todos, dejaron establecido que el « príncipe » estaba desligado de las « solemnidades legales » o *solemnitates iuris*, pero quedaba sometido e « la fuerza directiva de la ley », es decir, al núcleo de justicia contenido en ella ([24]).

28. El Derecho tiene, pues, puntos de anclaje diversos y dispares, como son el arbitrio y otros bienes, campo por excelencia del derecho subjetivo, la discrecionalidad que hacen posible muchas leyes, el deber u *officium* col el que se protegen bienes de distinta índole, etc. Constituyen realidades no siempre reductibles unas a otras.

29. Por contra, la corriente de la filosofía jurídica más influyente en la Modernidad, que saltó al siglo XIX de la mano de los discípulos de Kant, entendió que la manifestación primaria y fundamental del Derecho es la *lex permissiva originaria*, patrimonio de todos los seres humanos. En cierto modo, no le faltaban razón a los kantianos: frecuentemente destacará, y debe destacar, el arbitrio o la voluntad del individuo que no debe ser normada heterónomamente. Además, este planteamiento posee la ventaja

---

([24]) Vid. OTTO VON GIERKE, *Johannes Althusius and die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Reproducción de Scientia, Aalen, en 1981 de la 7ª edición alemana.

de destacar — aunque sea exageradamente — que cada ser humano es un fin en sí mismo, *Selbstzweck*, que no puede ser puesto al servicio de los fines arbitrarios de otras personas, como reiteradamente expresaron *die Kantianer*.

El problema de estas explicaciones tan sencillas y rotundas es su unidimensionalidad, que nos confunde, porque, por contra, sería necesario reconocer que cada una de estas explicaciones de la justicia y de los fundamentos del Derecho tiene su momento, y si aquellas que inciden más en la voluntad se presentan preferentemente como cualidades de la personalidad, las que se desprender en mayor medida desde las objetividades tienden a aparecer como cualidades *reales*.

30. Hasta ahora, históricamente y de hecho, la acentuación de la personalidad de los sujetos ha llevado a resultados de distinta naturaleza. De un lado, hemos realzado más el valor de cada ser humano individual, por lo que está prohibida la escluvitud, por ejemplo.

Pero, pro otra parte, han surgido diversas instituciones que pretenden proteger la libertad personal a través de la expresión de la voluntad mayoritaria, de modo que la concrección de la dignidad de los individuos queda en manos del arbitrio de la opinión pública. ste peligro quedaría conjurado en cierta medida si dispusiéramos de un *corpus iuris* objetivo al que pudiéramos remitir las pretensiones. Y lo más preocupante no es la ausencia de esto Derecho objetivo (una quimera, por otra parte), como la extensión histórica de la mentalidad según la cual el Derecho es resultado de la fuerza social. Somos reacios a entender que la voluntad mayoritaria sólo tiene sus momentos: a veces es imprescindible, y a veces abre el camino a la arbitrariedad.

Este tipo de explicaciones puede servir para dar cuenta de la mayor parte de las cuestiones políticas, basadas ante todo en el consenso, y especialmente para las normas que se pueden llamar « constitucionales », que son las que determinan la forma política de la convivencia; también zanjan bastantes cuestiones jurídicas, o con relevancia para el Derecho. Pero no sólo no abordan correctamente la totalidad de las dimensiones del problema de la justicia o del Derecho, sino que más bien lo vuelven algo opaco.

31. Adamás, estos plateamientos fundamentados en los arbitrios introducen en la teoría o filosofía del Derecho varios prejuicios que impiden el análisis adecuado de las cuestiones de justicia.

Uno de estos prejuicios, especialmente importante, es el que se ha originando tras la creación del « Estado » en el siglo XIX. En efecto, la mentalidad que irrumpe con la Revolución Francesa no reconoce más « Derecho » posible que la legislación del Estado. Y sucedió que no sólo quedó reducido el Derecho a las leyes generales, sino que también éstas mismas quedaron desfiguradas porque fueron situadas todas en el mismo plano jurídico y epistomológico. Por este camino, aun hoy, la gente suele considerar al « Derecho » o al « Ordenamiento jurídico » como un Todo global en el que las normas y principios sólo se distinguirían por su rango y contenido. Y así quedan irrealmente uniformadas y equiparados principios y reglas que, además de distinguirse ocasionalmente por el lugar que ocupan en la jerarquía normativa, más bien componen conjuntos normativos de naturaleza y finalidades distintas ([25]). Porque existen normas constitucionales y, aparte, leyes políticas. Y, además de estas normas expresas, está la *jurisprudentia* que, más que componerse de normas, consiste en un « saber hacer », pues, como escribía Pedro de Bellapertica el « ius est scriptum, et jurisprudentia est scire » ([26]).

32. Al ver las « normas jurídicas » como el Todo que integra el Ordenamiento jurídico, sólo quedaría una escapatoria para el *filósofo* del Derecho: ocuparse de « la justicia » de esta Totalidad de normas y principios. Así ha surgido históricamente la « Ciencia de la Legislación » o *Gesetzgebungswissenschaft*. Esto también plantea diversos problemas. Me parece que el más obvio es la imposibilidad de ocuparse de la justicia de miles de leyes y decisiones jurisprudenciales que son profundamente heterogéneas, porque la justicia no es una cualidad única y omniabarcante. Cada

---

([25]) Sobre los distintos conjuntos de normas que distingo *grosso modo* en cada ordenamiento jurídico, vid. mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1994, págs. 109-142.

([26]) *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacrat. Principis, Commentarium longe accutissimi*, Lugduni, 1586, pág. 50.

caso posee « su » justicia, y los elementos comunes que pudiéramos inducir desde ellos, en modo alguno constituyen una realidad predicable igualmente en cualquier problema.

33. Esta « Política Legislativa » que se inaugura con el Estado contemporáneo propone tener en cuenta la « naturaleza de las cosas ». Este dato supone ya un paso adelante en el reconocimiento de una mínima ontología que ha de tener en cuenta el Derecho. Pero los que han reflexionado sobre el Derecho en los siglos XIX y XX se han visto condenados (es decir, limitados) a clamar porque se tengan en cuenta las « limitaciones de las cosas ». Entonces nos introducimos en una dimensión de tales « cosas » que es más técnica que jurídica, como hacía notar al referirme a las observaciones de John Austin sobre los *praecognoscenda* de cada rama del Derecho.

Porque con el estudio de esta faceta de la realidad se podrán hacer diseños políticos acerca del Plan Hidrológico Nacional, sobre las comunicaciones del futuro, sobre las fuentes alternativas de energía, etc. Es decir, con ella se proyectará la sociedad actual y la del futuro en sus grandes trazos, con lo que entramos en lo que d'Ors llama la « Ciencia de la Organización social » ([27]). Esta ciencia ha de tener en cuenta fundamentalmente lo que « las cosas dan de sí » o lo que las cosas « permiten » hacer, tanto en un plano humano como material. Ha de conocer, por tanto, la psicología de masas y los medios para su control, los ingresos que verdaderamente se pueden obtener mediante cada tipo de impuestos, las dificultades orográficas de España y de otros países para construir canales o autopistas. Es decir, ha de tener en cuenta lo que podemos llamar las limitaciones de las cosas, que se manifiestan en sus leyes y regularidades: es el reino de la *Notwendigkeit*, como explicaban Kant y sus discípulos, lo opuesto por excelencia a la libertad.

Parece evidente que esta « naturaleza de las cosas », así entendida, se relaciona poco, o sólo expresa una cierta faceta de lo que pretendo exponer. Este modo de ver las cosas responde más al espíritu de la Modernidad, aún vivo, que quiere « saber para

---

([27]) Vid., por ejemplo, *Una introducción al estudio del derecho*, edición mexicana citada, págs. 53 y 54.

poder »: conocer las limitaciones para superarles, convirtiendo la ley física en regla técnica. Este espíritu ha hecho posible el despliegue tecnológico de los últimos siglos. Pero la justicia tiene poco que ver directamente con la tecnología, aunque haya de tenerla en cuenta constantemente, como cualquier otra actividad humana.

34. Si volvemos al tema que nos propone la mentalidad liberal, que es al juego de las voluntades personales no mediadas ni medidas por las cosas que nos unen, ¿podemos entender a la Política como el suelo común unificador de esfuerzos y energías? Es difícil, porque esta mentalidad sólo ha reconocido históricamente un único criterio normativo, a saber, el de la igual libertad. Esta es la herencia que nos dejaron los teóricos elemanes del « Rechtsstaat », y las derivaciones prácticas de la filosofía ilustrada del siglo XVIII, a la que también aportaron su grano de arena los utilitaristas ingleses. Y desde este presupuesto omnipresente y excluyente es difícil dar cuenta de las exigencias mutuas que presenta la convivencia, aunque se derroche mucha argumentación.

Sin embrago, es preciso cuadrar el círculo, y entonces me parece que tiene bastante razón A. MacIntyre cuando opina que la moral pública de hoy está compuesta de retazos de otras morales que existieron históricamente, de restos incompatibles de tradiciones éticas que ahora queremos armonizar.

35. El hombre contemporáneo intenta salir airoso de este lance aplicando puntillosamente las leyes. La manía por el detalle es fundamental para la mentalidad del « Rechtsstaat ». Por este hecho los jueces dejan libre a un traficante de cocaína atrapado *in fraganti* porque la policía ha omitido alguna pequeña formalidad en su detención. Necesitamos repetirnos a nosotros: « El Estado de Derecho funciona ».

Otra huida hacia adelante suele consistir en que nuestr época ha entendido que los derechos (individuales casi por principio) han de ser absolutos. Se trata de una aporía que dejó planteada Bentham, y que hemos recogido en tono excesivamente serio. Así se ha entablado una extraña polémica entre los anglosajones actuales acerca de la inconmensurabilidad de los derechos, una polémica en la que — me parece — la actitud más adecuada es no entrar, porque tan disperatado es postular el carácter absoluto de

« los derechos » como seguir consecuentemente las propuestas de Bentham, excesivamente pragmatista. Y es difícil conciliar dos exageraciones.

Competencias, derechos subjetivos y « bienes constantes ».

37. Por contra, en una primera matización, si examinamos con detenimiento la estructura de la « persona » y del « officium » veremos que es difícil hablar en ella de « derechos » o « deberes » aisladamente, porque en estos casos casi todo derecho es a la vez un deber, es decir, el cumplimiento positivo de un deber: si yo exijo mi derecho a dar mis clases, puedo exigir esto porque ha de lograrse una finalidad prevista a través de la institución o persona jurídica que sea al caso: en este caso, la persona jurídica de padre.

38. A veces usamos una terminología parecida, pero realmente distinta. Tal cosa sucede cuando decimos que a todo derecho acompaña el deber, por parte de los demás, de respetar ese derecho. Algunos cultivadores de la Teoría General del Derecho han detenido en este punto sus indagaciones sobre el deber jurídico. Pero es manifiesto que el deber genérico de respeto a los derechos ajenos no es lo mismo que el deber positivo de cumplir lo que a veces puede ser nuestro derecho.

39. Si volvemos al tema primero, comprendo que yo « tengo derecho » a dar mis clases, como profesor de Universidad que soy, porque tengo el deber de darlas. Y recae sobre mí el deber de dar esas clases, porque soy profesor de Universidad. El « átomo de la juridicidad » (por así expresarme) no es ni mi derecho ni mi deber de dar las clases, sino el hecho de que trabajo en una institución que exige, por su propia índole, que dé tales clases.

Esta naturaleza de la institución o del vínculo jurídico determina lo que yo puedo hacer lícitamente, exigiéndolo a través de un « derecho », y concreta igualmente lo que estoy obligado a hacer (mediante un *deber*): ello depende fundamentalmente de la finalidad de la institución universitaria. Por estos motivos, el Rector de la Universidad puede exigirme (exigirme « en derecho », « lícitamente », « legítimamente », o como queramos decirlo: esto

es, creándome un verdadero « deber »), que investigue y que dé mis clases adecuadamente. Pero no puede exigirme del mismo modo que le asesore sobre sus inversiones en Bolsa: la figura estereotipada de la institución o persona (en este caso, la institución universitaria y la persona de profesor) determina, con perfiles más o menos precisos, que es lo que se *debe* hacer, esto es, las « competencias » de cada cual.

40. Pero, planteando así el problema, planea sobre nosotros el peligro del sociologismo. Derechos y deberes no aparecen siempre separadamente: frecuentemente se producen *uno actu* porque son expresión de la misma objetividad, y es oficio del jurista reconocer dónde termina lo que tenemos el deber de hacer (*obligatio, dury, Pflicht*) y donde comienza la prepotencia. Esta objetividad a que aludo, ¿es parte de nuestra libertad o supone una restricción impuesta por la sociedad?

41. Léon Duguit captó el problema de la génesis social del contenido de la norma y de la norma misma. El rechazó las explicaciones usuales sobre el Derecho existentes a comienzos de siglo, porque no aceptó el postulado del individuo aislado ni el de la sociedad como un hecho voluntario y secundario. Por esta razón negó la existencia de los derechos subjetivos y situó en su lugar lo que él llamó « situaciones jurídicas subjetivas », que compondrían el status personal de cada ser humano.

No vero cómo aceptar este planteamiento. Porque todos comprendemos que tenemos verdaderos derechos subjetivos, según nuestro libre arbitrio: podemos hacer lo que queramos con muchas cosas que son de nuestra propiedad, sin que nadie pueda interferir en nuestra voluntad, y también somos libres desde algunos puntos de vista, o en algunos sectores de nuestra vida, en lo que hace a la disposición sobre nuestras personas.

42. Es comprensible, sin embargo, la reacción de Duguit porque la terminología usada habitualmente puede inducirnos a entender la realidad desfiguradamente: por ejemplo, se habla de « los derechos » de los profesores, de los derechos de los alumnos, etc., en el gobierno de las Facultades. Me parece que esta terminología crea tantos problemas como dificultades resuelve, porque

ni los profesores ni los alumnos son personas que posean como un coto de arbitrariedad para hacer en los órganos académicos de gobierno lo que « ellos quieran ». Siempre será legítima en unos y en otros la *discrecionalidad*, guiada por la prudencia que se origina cuando somos conscientes de que estamos manipulando algo de valor, y que no es « mío ». Pero las categorías heredadas, *arbitrium, Willkühr, Freiheitssphären, utility*, pueden llevarnos a confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad o con la posibilidad de conseguir una ventaja individual. ¿Dónde reside ante todo y fundamentalmente la línea divisoria entre una y otra?

43. Para referirnos a las potestades y deberes que todos tenemos dentro de nuestras personas jurídicas, quizá fuera preferible usar la palabra « competencia », mejor que la de « derecho ». Pues la competencia indica una conducta que es tanto un derecho como un deber, y cuyo contenido viene medido con cierta objetividad por lo que se espera de nosotros cuando estamos en una determinada situación jurídica. Una « competencia » es más (o hace referencia en mayor medida) a una *situación*, que crea para el titular más unos derechos-deberes, que no un estado de discreccionalidad amplia o arbitrariedad, que es lo propio del derecho subjetivo.

44. No parece procedente seguir a Paul Roubier, que tras los pasos de Duguit, distingue entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas, de modo que en unas destaca la ventaja (*avantage*) para el sujeto, y en otras predomina el « deber » ([28]). No parece adecuado porque nadie sabría explicar cuando se produce de forma general y objetivamente esta situación de *avantage* o de *devoir* para una persona concreta. Estamos ante un sucedáneo del derecho subjetivo que no parece ser viable. La sociedad sólo puede decidir lo que es conveniente para los fines de la *civilis conversatio* en que consiste la vida social. Así, la sociedad ha determinado que el matrimonio « es bueno », y por este hecho existe la institución jurídica del matrimonio. Pero nunca podrá decir que es bueno para todos los individuos, o que realmente es bueno para tal o

---

([28]) Vid. *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, págs. 53-54, por ejemplo.

cual persona. Los moralistas antiguos expresaban que « de internis, neque Ecclesia ». Nosotros podríamos decir si atendemos a cada individuo que « de personis, neque societas ». Y ahí están los interrogantes que plantean las teorías utilitaristas construídas según los patrones de Bentham, porque no hay modo de saber qué es esa « utilidad común ».

Unicamente podemos decir que existen situaciones en las que la libertad individual es mayor. Pero la carga de la libertad también es pesada, como nos muestra nuestra sociedad de masas, que reclama unos objeto del arbitrio y excluye otros.

45. Entra ahora en escena la figura del « derecho subjetivo » entendido como la intersección de la pretensión de una persona con una norma jurídica que le permite, según su arbitrio, exigir su pretensión ante los órganos del Estado. Cualquier hombre posee muchos derechos de este tipo, de modo que queda a su arbitrio ejercerlos o no. Si aparece en el « Boletín Oficial de Estado » un concurso para cubrir la cátedra de Filosofía del Derecho de otra universidad, aquellos que cumplan los requisitos podrán participar o no, según su arbitrio: esto constituye un verdadero derecho subjetivo fundamentado en las leyes vigentes.

46. Pero existe cierta tendencia a tomar la parte por el todo y podemos incurrir en el peligro de afirmar inmatizadamente que todos los derechos son renunciables, esto es, que todos los derechos se diseñan sobre el modele ahora aludido. Lo que patentemente no es cierto. Yo puedo renunciar a algunos derechos míos *personales*. Pero no puedo renunciar a los derechos institucionalmente fijados para poder realizar diversas tareas. Un atisbo de esta distinción lo reconocemos en el dicho antiguo que expresa que « Se pueden renunciar los derechos de la persona, pero no los del cargo ». Efectivamente, supondría atentar incluso contra idioma decir que queda a mi arbitrio renunciar dar las clases que tengo la obligación de dar. Lo que ya nos indica que bajo el término « derecho », incluso entendido en un sentido preferentemente subjetivo, se agazapan por lo menos dos cosas distintas.

(Caso aparte es el *ius cogens* que establece la legislación laboral, por ejemplo, para que sean ineficaces las garantías de algunos colectivos de trabajadores).

47. Porque lo específico del « derecho subjetivo » es la *irresponsabilidad*: ningún juez me puede pedir cuentas por lo que hago en mi tiempo libre, ni si uso o no uso mi auto para ir a la Facultad. En este punto, nadie que examine cuidadosamente la realidad puede conceder la razón a los positivismos sociologistas. Todos gozamos de muchos derechos de este tipo, tantos como conductas podemos realizar sin que se nos pueda exigir una especial responsabilidad. Y han de ser valorados muy positivamente, porque crean unas zonas de libertad que son imprescindibles para que el hombre no acabe crispado, y para ejercer eficazmente nuestro derecho a la libertad.

48. Por contra, intuyo de alguna forma que lo específico del Derecho o de las situaciones jurídicamente relevantes es la responsabilidad: esa situación que se produce incluso psicológicamente cuando somos conscientes de estar manipulando algo valioso « que no es nuestro ». Entonces nos sentimos nosotros mismos, y los demás también nos vivencian como « responsables ». El Derecho siempre está presente en todas aquellas situaciones en las que hemos de « rendir cuentas ».

Pero nótese que una cosa es el derecho expresamente concedido por la ley, y otra es el conjunto de todas aquellas conductas que el legislador juzga oportuno no regular expresamente.

49. Estas observaciones nos llevan hacia la discusión de un tema francamente añejo. Isidoro de Sevilla se planteó si el hecho de transitar por un campo ajeno (*per agrum alienum ire*) constituía un derecho o no. Quizá influído por la noción del derecho natural que él mismo expone, muy inspirada en Ulpiano, que reposa sobre la *omnium una libertas y la communis omnium possesio*, Isidoro concluye que sí hay un derecho a hacer esto. Pedro de Bellapertica retomó el tema en el siglo XIII. Enfrentándose a Isidoro, Bellapertica mantiene que una cosa es el « fas » y otra el « ius ». Todas las personas poseemos facultades o facilidades para hacer, pero no podemos decir que ellas constituyan « derechos » nuestros. « Ce n'est pas bien dict... libertas est naturalis facultas ejus; licet vi id est id est aut per violentiam vel jure aliquo vel jure

gentium prohibeatur » ([29]). Las conductas que consisten en simples facultades pertenecen a la libertad, no al *ius* ([30]). Esta era la visión romanista del tema, e incluso tardíamente Francisco de Vitoria seguía esta opinión.

Las personas que contemplan al Derecho preferentemente como un conjunto de normas *tienden* a considerar que todo lo noprohibido expresamente está permitido jurídicamente, esto es, constituyen derechos. Es lógica la existencia de esta actitud, porque desde el punto de vista de las normas las conductas o están expresamente prohibidas, o expresamente permitidas, o jurídicamente noprohibidas. Otra cosa es lo que resulta si examinamos el problema no desde el punto de vista de las normas, sino desde el punto de vista de los problemas que se someten a la consideración de los juristas. Esto último fue lo que hizo Pedro de Bellapertica.

De todos modos, no parece que podamos dar una respuesta contundente a este tema: es cuestión de matizaciones, no de un logos apodíctico. Si entendemos que todo derecho crea en las demás personas el deber jurídico de respetar ese derecho, de modo que cualquier derecho de propiedad concreto, por ejemplo, crea una obligación jurídica universal, entoces parece que todo lo noprohibido expresamente está jurídicamente permitido: hay un derecho de hacer.

Por este camino *juridificamos* quizá en exceso la vida humana, porque algunos tendemos a pensar que estamos obligados (jurídicamente) por nuestras obligaciones expresas, que implican siempre un *cumplimiento* puntual. Porque si admitimos que todo derecho concreto crea una obligación universal, aparecerán unos extraños protagonistas pasivos de estos derechos, demasiado numerosos (toda la humanidad excepto el titular del derecho). Y quizá estos « protagonistas pasivos » no constituyen tanto los titulares de un derecho o un deber jurídico como las personas que simplemente *soportan* un derecho o un deber de otro.

Porque un derecho que no generara un deber universal de respeto, no sería un derecho. Ante la propiedad ajena (en el senti-

---

([29]) *Lectura Institutionum*, Reproducción de A. Forni de la edición de 1536, « De jure personarum », comentario nº 11, págs. 120-121.

([30]) Vid. *ibidem*.

do más amplio de la palabra « propiedad ») sólo exigimos, en principio, una actitud general de « abstención », una *Enthaltung*, según la terminología de los iusnaturalistas más tarios.

Esta Abstención genérica parece que es una categoría universal de la acción humana, y de la teoría sobre ella, que no tiene por qué restringirse al mundo del derecho. Es decir, se trata de una noción universal que es demasiado indeterminada como para especificar el terreno de lo jurídico. Desde luego, es la categoría clave del Derecho penal, y de muchos derechos reales. Pero ya indiqué que es propio del Derecho penal considerar a las personas acabadas o perfectas en todas sus dimensiones; lo que no sucede con el resto del Derecho. Podríamos decir que es una noción tan indispensable como insuficiente.

50. Pero existe una dimensión distinta de estos derechos hasta ahora aludidos. Me refiero a lo que llamaré en adelante los « Bienes Constantes ».

Si pensamos en nuestras « competencias », observamos que por rígido, seco y duro que sea nuestro derecho-deber, siempre poseemos « derochos », aunque en un sentido y con un contenido distintos a los que he aludido hasta ahora. La *situación* en la que me encuentro no determina exhaustivamente todos mis derechos, ni todos mis deberos.

Si uno examina la realidad cotidiana aprecia que existen unos derechos que nos acompañan « a todas partes », que están omnipresentes en cualquier actividad. Así, el derecho al respeto, a la limpieza, a la libertad, a la nodiscriminación, a la seguridad, a la rapidez, a la comodidad... Estos derechos no necesitan de ningún título especial: los universitarios pueden exigir (jurídicamente) que las instalaciones universitarias estén limpias o sean seguras, aunque esta exigencia no venga ricogida expresamente en los Estatutos de la Universidad o en cualquier otra disposición legal. La libertad tiene una importancia especial dentro de estos bienes constantes, dada su especial dimensión antropológica. Todas las personas tienen derecho a exigir que en el ejercicio de sus competencias se les respete toda aquella libertad que no es necesario sacrificar por exigencias *reales* derivadas de ese *officium*.

51. Hablo de libertad o de limpieza, pero lo mismo podría decir de otras bastantes exigencias que no se circunscriben a ésta o aquella situación, sino que son universalmente reclamadas por todos nosotros. Aparte de no tener un título o causa jurídica expresa, estos derechos presentan otra peculiaridad: son recortables en el alcance de sus exigencias según lo exija la actividad que desarrollamos. Como profesor de Universidad, puedo exigir mucha limpieza en las instalaciones de mi trabajo, cosa que, evidentemente, no puede hacer en la misma medida un minero. Como profesor de universidad, exijo una gran libertad investigadora y docente: otra cosa que, evidentemente, no puede exigirla en el mismo grado un militar, sometido necesariamente a una disciplina más estricta.

Este problema también tiene una larga tradición doctrinal a sus espaldas. Los juristas bajomedievales del *Jus Commune* mantuvieron que un sector del Derecho natural era derogable (y de hecho estaba derogado) por el Derecho de gentes: así, la « igual libertad de todos » estaba derogada *contra natura* por el Derecho de gentes, que introdujo la esclavitud y el poder político. Ellos mantuvieron, ya desde los primeros glosadores, que el Derecho natural era derogable y que el único precepto suyo permanente era el que prohibía su derogación total ([31]). Creo interpretar estas declaraciones (que pueden parecer un tanto esotéricas para la mentalidad actual) si afirmo que aquellos juristas entendían que la falta de libertad era soportable siempre que no crispara o *rompiera* el ser humano. Es decir, la libertad natural originaria era recortable según las necesidades, pero hasta un cierto límite. Y lo mismo sucedía con la derogación que la propiedad privada había operado contra la *communis omnium possesio* estatuía también por el Derecho natural.

52. A este tipo de derechos los podríamos llamar « bienes constantes », en razón de estar omnipresentes precisamente porque no requieren de ningún título o causa concretos. O su título o causa es la personalidad humana genérica. Para ellos no he

---

([31]) Vid. mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media*, en « Persona y Derecho », 8 (1981), págs. 68 y ss.

escrito las páginas anteriores, que aluden a las competencias que brotan desde la finalidad objetiva de tantas situaciones reales.

En cambio, estos bienes constantes a que ahora aludo son « derechos » en el doble sentido de la palabra: se pueden exigir jurídicamente y, si el interesado quiere, puede renunciar a ellos, cosa que no puede suceder con las competencias ([32]).

52-A. Así, en una visión a vuelo de pájaro, podemos distinguir entre las competencias y los derechos subjetivos que vienen fundamentados expresamente en el ordenamiento jurídico. Al lado de éstos se situarían esas libertades o facilidades que según Bellapertica pertenecen al *fas*, no al *ius*. Y quedam siempre disponibles esos derechos a los « Bienes constantes », que no son reductibles ni a uno ni a otro grupo.

Los criterios para decidir.

53. Al margen del Derecho penal, la personalidad humana tiene una relevancia jurídica muy diversa: a veces mucha, a veces poca. Lo que nos muestra que hemos de tener en cuenta otros criterios hechos por y para el hombre, pero distintos de las personalidades consideradas como tales.

Aquí reside en mi opinión la inflexión más importante que separa al pensamiento jurídico específicamente moderno del resto del pensamiento jurídico: los « usnaturalistas » de los siglos XVII y XVIII ignoraron deliberadamente todas « las cosas », excepto el arbitrio del hombre, y pretendieron construir un « Derecho natural », una « Metafísica del Derecho » (*Metaphysik des Rechts*, la llama Kant), o una « Teoría Pura del Derecho » (*Reine Rechtslehre*, según Mehmel) que regulara las relaciones entre los individuos respetando su igual « libertad », sin hacer referencia a ninguna otra « cosa » o institución que se interpusiera entre ellos. Y este talante permanece aún hoy en el derecho.

([32]) Es difícil caracterizar a estos bienes constantes dentro de las tipologías usuales de los « derechos ». Quizá a los que más se acercan es al grupo de los « droits arbitraires » a que alude G. Ripert en *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., París, 1948, § 100.

54. Por « cosa » podemos entender realidades tales como el matrimonio, el usufructo, los hijos, la herencia, la enfermedad, la mayor edad, etc.: todas las *circunstancias* que son relevantes, o determinantes, para la calificación moral o jurídica. Es decir, todas aquellas facetas de una situación que determinan que la norma o principio aplicable en un momento, genere injusticia si se aplica en otro momento. Esto no se entiende hoy fácilmente, cuando hablamos de cualquier ordenamiento normativo, porque tendemos a pensar en una jerarquía fija y estable. Y por este motivo el hombre contemporáneo se queda perplejo cuando lee en Tomás de Aquino (a quien supone que es como él es, pero más exagerado), que lo que es malo y vicioso para uno, eso mismo es bueno y virtuoso para otros (33). No capta que la jerarquía, más que depender de un *estar* « arriba-abajo », se expresa como un « ahora-sí », o un « ahora-no »: es una cuestión de *momentos*, no de una ubicación como en una escala. No siempre todo es lo mismo.

55. Indicaba que el derecho concreto, el *ius*, esto es, lo que es justo o razonable aquí y ahora, viene ya en cierto modo determinado o medido por las exigencias más o menos objetivas que se desprenden desde una situación. Matizo escribiendo « en cierto modo » porque los juristas romanos, hombres especialmente perspicaces en estos temas, dejaron escrito que *jus oritur ex facto*, es decir, que el conocimiento de lo que es justo *comienza o principia* desde el hecho: solamente *comienza desde...*

56. Sucede que en los asuntos humanos no disponemos de criterios ideales y a priori que nos los suministre una misteriosa instancia situada por encima de nosotros. La más objetivo que tenemos a mano son los « primeros principios de la razón practica », o de la conciencia, o de la moral, (una forma laica de referir-

---

(33) El de Aquino escribía que « Ad tertium dicendum est quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratos. Sic enim, propter diversas hominum conditiones, contigit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosi, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt alii vitiosi, tanquam eis non proportionati ». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 4, Resp.

se a ellos es llamarlos siempre « derechos humanos ») que constituyen el fundamento imprescindible para toda convivencia, como bien explicó Georg Jellinek ([34]), aunque desde una base filosófica general distinta de la que estoy mostrando en estas explicaciones. No me convence la actitud fenomenista que muestra Jellinek en el tratamiento de este problema, una actitud que quedaría más matizada — más adherida a la realidad — con dos observaciones, entre otras posibles. Una, que la proporcionaba Carleton K. Allen a comienzos de siglo, a saber: que la moral no deja de ser tal por el hecho de que haya de ser recogida necesariamente por el Derecho ([35]). Y la otra es que cuando los hombres hemos querido prescindir de esta « moral mínima » (cosa que hacemos de vez en cuando), o sustituir sur principios por otros, entonces es necesario que se rueden películas como « Los gritos del silencio », o que se escriban libros como « Archipiélago Gulag ».

57. Efectivamente, la ciencia del derecho no puede resignarse a ser el espejo de un conformismo a-crítico ante la realidad fenoménica que manifestamos los hombras. Existen muchas personas que procuran no pagar sus deudas cuando compran: pero no se puede decir de ellas que son los compradores « normales »,

---

([34]) Jellinek entendía que las reglas y principios morales más elementares que hacen referencia al trato social, han de ser recognidos necesariamente por el derecho, y esto compone el « minimum ético », das *ethische Minimum*. Concretamente, escribía que « Wenn wir nun bei einem historisch bestimmten Gesellschaftszustande nach den eines solches Zustandes möglich macht, so erhalten wir das Rechts dieser Gesellschaft. Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum. Objectiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzsminimum ethischer Normen, subjectiv ist es das Minimum sittlicher Lebensthätigung und Gesinnung, welches von der Gesellschaftsglieder gefordert wird ». Cfr. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, pág. 42.

([35]) Polemizando con Lundstedt, Allen escribía que « There is here a profound fallacy, one which has always been the vulnerable point of positivism as a system and as witheld from it any general acceptance. A moral principle does not cease to be moral because it is necessary. On the contrary, all the moral principles are, in a sense, necessities of existence. Doubtless there are anormal, amoral individuals, thought is questionable wheter there are entirely amoral (sane) individuals, but it is clear that life without any moral criterion is as the best a miserable business, « nasty, brutish, and short ». Cfr. *Legal duties...*, cit., pág. 173.

los que debe contemplar la legislación cuando regula los distintos tipos de compraventa. No, la realidad o normalidad de una conducta no es exactamente, o siempre, el promedio estadístico: en cierto modo, la normalidad y la *realidad* de « algo » (una persona, una institución jurídica funcionando *correctamente*) son la misma cosa. Cualquiera percibe que la tarea usual de la filosofía práctica es la de explicarnos a nosotros lo que nosotros mismos hacemos « bien » cotidianamente.

58. Teniendo en cuenta esta observación, podemos conseguir una cierta objetividad siguiendo el criterio de la « normalidad »: desempeña bien la función de padre, el que se comporta como un padre « normal ». Reparaba antes en que el adjetivo « normal », en este contexto, no siempre coincide con lo estadísticamente más frecuente, porque una cosa es lo « normal » y otra lo « vulgar », y ambas categorías nos las pueden mostrar indistintamente los datos estadísticos: una limitación fundamental de toda sociología jurídica. Podríamos decir que la categoría de la normalidad de la persona es « normativa » en este pensamiento: un padre no solamente puede ser (de hecho) un padre normal, sino que *debe ser* un padre normal. En caso contrario, presentada la denuncia, el juez le desposeerá de la patria potestad y la concederá a otro hombre que sí se comporte con « normalidad ». Es decir, la noción de « padre » o de « amigo » *normal* constituye un « deber ser »: en modo alguno es un simple dato fáctico (36).

59. La ventaja de esta relativa objetividad del contenido de cada « persona » estaba, y está, en que el juzgador puede juzgar sobre puntos de referencia objetivos, a veces bastante claros (37).

---

(36) William James explicaba que esta normalidad supone, de algún modo, una cierta elevación de lo que encontramos sin más. Este autor utiliza una frase propia de la Psiquiatría alemana del siglo pasado: *die Erhöhung des vorgefundenen Daseins*, y añadía: « —Por qué no ha de ser la misión del pensamiento incrementar y elevar la existencia, en lugar de imitarla y reduplicarla? ». Cfr. *El significado de la vendad*, Trad. de L. Rodríguez Aranda, Aguilar, Buenos Aires, 1980, pág. 102.

(37) Tomás de Aquino, quizá el teorizador más completo de esta *jurisprudentia*, explicaba que la prudencia dista mucho de llegar a resultados precisos, porque los hombres podemos apreciar, y apreciamos de hecho,

En otras palabras, que el juzgador, juez o jurista, no está abandonado a su propia discrecionalidad, porque social y jurídicamente consta de un modo « público » lo que se puede exigir a cada cual según la *persona* que encarna en cada situación concreta, que funciona a modo de una *munus publicum*. Así se consigue, además, una cierta seguridad jurídica.

60. Intentamos situarnos, pues, en el interior de « lo que es ». Es decir, la medición del Derecho tienda a ser un *arte* de medir o calcular « cosas », llamadas en lengua latina *res*, término del que se deriva el adjetivo « real ». Esto es lo que indica Alvaro d'Ors cuando escribe que « El estudio del derecho es un estudio de libros. Pertenece así a la aplicación literaria que se comprende bajo el rótulo de « Humanidades ». No sólo porque toma los libros como materia de estudio, sino también porque aquellos se refieren directamente a la operación y no al ser, es decir, porque toman en consideración el obrar del hombre y no la naturaleza, la propiamente física o la metafísica. Así, todo estudio del derecho debe empezar por los efectos reales, y si se habla de la naturaleza de los actos debe ser a modo de inducción sintetizadora de la realidad estudiada » (38).

61. No creo incurrir en graves pecados metafísicos si hablo de una « metafísica teleológica » en la que reposa buena parte del Derecho. Desde el momento en que hablamos de personas jurídicas o de « officia » estamos haciendo referencia a ella. Porque cuando alguien entra en la Facultad puede observar a las personas que hay allí de dos modos. Uno, viendo en ellas personas humanas, con su capcidad de amar, su irrepetibilidad. El otro modo, viendo funciones. En este último caso, el que entra en una Facultad universitaria no ve tanto « personae ut personae » como alumnos, bedeles, empleados de la cafetería, profesores, etc. Es decir,

---

bastantes « justos medios » en un mismo problema. Escribía, en concreto, que « virtus moralis per modum naturae intendit pervenire ad medium. Sed quia medium non eodem modo invenitur in omnibus, ideo adinventio naturae, quod semper eodem modo operatur, ad hoc non sufficit, sed requiritur ratio prudentiae ». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 7.

(38) *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, Capítulo preliminar.

repara en unos conceptos normativos que le muestran unos seres en tensión hacia unas finalidades: las propias de los profesores, de los bedeles, etc. Y ambos planos son propios del derecho, que no se desinteresa — ni mucho menos — de las personas históricas, pero que ha de contar irremediablemente con la realidad del *officium*.

Las dos consideraciones han de ir unidas: un egoísta únicamente verá en los demás funciones que le pueden ser útiles a él. Entonces acorralará a las personas en su función social, y ya poco importará si son seres humanos o máquinas. Pero tampoco puede atender solamente al valor único de cada persona, porque entonces no sabrá qué es lo que la sociedad puede exigir al professor o al bedel.

62. Hablo de la « realidad » y de la normalidad, esto es, de ésta como criterio para reconocer aquélla, porque un fuerte enemigo del arte de la justicia es lo que imprecisamente llamaría la « Idealidad », que tanto sufrimiento ha traído para el siglo XX, soportando utopías de izquierdas y de derechas. Los Románticos del siglo pasado, cuando acuñaron la noción de *das Ideal* como meta que guiaría nuestra vida sin alcanzarla nunca, nos hicieron un flaco favor, al menos a los que nos ocupamos con el Derecho. Prefiero seguir los pasos de d'Ors cuando escribe que « lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de norma jurídica es precisamente porque la normalidad nos proporciona la norma » (39).

63. El conjunto de este planteamiento ha de irritar a cualquier persona sensible ante lo más personal del ser humano: el Derecho es hosco desde puntos de vista importantes. Juan Pablo II escribe que « formulé el concepto de *norma personalista*. Tal norma es la tentativa de traducir el mandamiento del amor al lenguaje de la ética filosófica. *La persona es un ser para el que la*

(39) *Una introducción...*, cit., pág. 103.

única dimensión adecuada es el amor. Somos justos en lo que afecta a otra persona cuando la amamos » (40).

La justicia puede a veces parecer poco humana, y esto es cierto, porque ella procede contra algunas dimensiones importantes del hombre: no se hace honor a la persona cuando se la trata igualmente, según la frialdad de una medida general, aunque esta medición pueda ser atemperada ocasionalmente con el recurso a la *epiqueia* o la *aequitas*. El viejo dicho alemán, *Juristen, böse Christen!*, expresa algo que en cierto modo es verdad. Pero podemos reparar en dos facetas de este problema: una, que el mismo Tomás de Aquino, que defiende decididamente el criterio del *medium rei* como el propio de la justicia, reconoce reiteradamente que es difícill calcular ese « medio ». La otra metización debe poner de relieve que no podemos pedir a la justicia más de lo que ésta puede dar, porque las relaciones *sociales* dejan y han de dejar fuera de sus medidas y de sus posibilidades buena parte de la vida interior de cada hombre. La justicia por sí sola siempre será insatisfactoria.

64. Dentro de sus limitaciones, estos datos a los que reiteradamente he venido aludiendo como « objetividades » presentan una ventaja: resaltan ante todo la causa o título por la existe una relación jurídica. Así el Derecho no aparece como algo extrahumano: somos nosotros mismos, en nuestra condición o *condiciones*.

Por contra, la actitud liberal presenta siempre a Derecho como una realidad odiosa: primero existiría el *ius naturale, quod est libertas*, y en un segundo momento aparecería el Derecho propriamente dicho, la lex, *quae constringit*. Este planteamiento iniciado expresamente por Hobbes y popularizado por Pufendorf es el que ha triunfado en la historia. Sólo que ahora no hablamos de *ius naturale seu libertas*, sino del conjunto de los derechos humanos, que aparecen como radiaciones de la libertad genérica del individuo.

En la visión liberal del tema hay algo de verdad, porque especialmente en las sociedades contemporáneas el normativismo es

---

(40) *Cruzando el umbral de la esperanza*, Plaza y Janés, Barcelona, 1994, pág. 198.

excesivo. Pero la visión global que presenta me parece equivocada. Mi actitud ante el Derecho no es de reverencia — ni mucho menos — sino que más bien se acerca al patriotismo: amo lo que es mío, a la sociedad con sus instituciones. Esto no lo entenderán los representantes de las corrientes « contraculturales » ni el nuevo tipo de hombres y mujeres que ha formado el Estado, quienes, con una visión algo cínica, parecen entender al Derecho como algo a soportar porque no hay más remedio.

Me opongo, pues, a este planteamiento usual hoy, que en un primer momento postula una libertad originaria que, *posteriormente* (¿?), será parcialmente liquidada por las exigencias de la vida en común. De esta forma, perdida de vista la noción de *causa* jurídica, la jurisprudencia es sustituída por un arte de componendas: « equilibrios de intereses », « ajuste de intereses », dicen algunos.

Interviene la historia.

65. La búsqueda de lo normal o lo « real » bajo estos condicionantes concretos, aquí y ahora, constituye la labor del juzgador, y es ayudado por lo que socialmente se considera « normal », por principios morales básicos según el ordenamiento jurídico, por la legislación en vigor, por las estructuras necesarias de la relación jurídica que examina, etc. En este último punto lleva una cierta razón Hans Welzel cuando alude a las estructuras lógico-ontológicas que presente cualquier institución jurídica.

Porque podemos apreciar que en buena parte de nuestras instituciones jurídicas, especialmente las que pertenecen al derecho privado, existe tanto, y simultáneamente, un elemento convencional, variable históricamente, como una dimensión de esa situación, que es necesaria porque de no existir, no tendría ni razón de ser esa institución jurídica. En consecuencia, non son suficientes enteramente los criterios de la normalidad o de las estructuras óntico-lógicas, óntico-axiológicas, lógico-ontológicas, etc., que presentan frecuentemente las relaciones jurídicas. Además de ellos, el legislador debe concretar en la historia muchos cabos que necesariamente quedan sueltos.

66. Las « instituciones » ya analizadas por la Jurisprudencia no suelen gozar de una aplicabilidad o racionalidad inmediata, sino que siempre existen en función de las exigencias múltiples o contradictorias del caso concreto. Esto es así, en parte porque, como señalaba Theodor Viehweg, el problema es la aporía constante de la ciencia jurídica. Por esto, se podría admitir el relativismo si pudiéramos comprobar que los problemas que intentamos resolver los hombres cambian sustancialmente a lo largo de la historia: entonces cualquiera podría pensar, con razón, que el hombre de la segunda mitad del siglo XX pertenece a una especie distinta a la del hombre del siglo XIX. Pero esas « aporías constantes », siempre presianándonos, nos hacen ver la continuidad humana, porque los hombres de cada momento histórico *zanjan* los problemas, pero jamás los resuelven defintiviamente. Los problemas « resueltos » definitivamente detendrían o pararían la historia, y no es éste el caso: la historia está viva y, presumiblemente, seguirà asi.

El hombre es la aporía fundamental que da continuidad a la historia: somos « nosotros » a lo largo de ella, cambiando los modos a través de los cuales realizamos nuestra humanidad, y cambiando, por ello nuestras instituciones, sea en su existencia, sea en su contenido, los que nos ajustamos a la historia, o los que la enderezamos según nuestro estilo de cada momento. Y así, en ese juego mutuo del hombre con la historia, se produce ese hecho al que se refería san Juan de la Cruz: « Yéndome yo, Dios mío, por doquiera contigo, por doquiera me irá como y quiero para tí » ([41]). Es y será el juego eterno del hombre con la Historia, que hizo acuñar la frase *historia quaerens intellectum*. Antes indicaba que cada institución, del tipo que sea, zanja un problema hoy y ahora: ésa sería la actualización concreta de nuestra Humanidad. Pero me parece que ésta es aún una visión algo simplista de esa dinámica humana que va cuajando incensantemente en nuevas formas de vida: sería más adherido a la realidad humana, cuando observamos una institución, pre-

---

([41]) *Obras completas*, Editorial de Espiritualidad, Madrid, 1988, pág. 94.

guntarnos no por el problema que resuelve, sino por el conflicto que oculta ([42]).

67. Las medidas existen en función del hombre. Se entabla así una dialéctica singular: las instituciones existen para el hombre, pero el ser humano es demasiado proteico considerado al margen de sus determinaciones culturales. Él necesita saturar su indeterminación existencial y crea *instituciones* en la historia en las que se realiza él mismo actualizando su humanidad.

68. Reitero que la « naturaleza de las cosas », o estas « estructuras lógico-ontológicas » no son realidades que simplemente haya que « conocer » en el orden de lo que ya existe. Lo que llamamos « naturaleza de las cosas » suele consistir en la tipicidad de una espectativa, y tal tipicidad es, en buena medida, obra de la libertad y convención humanas en la historia. Pero, del mismo modo que interviene la libertad en la creación de las nociones jurídicas, el « ser » también impone sus exigencias al arbitrio, unas veces limitando, normalmente posibilitando y, siempre, estando presente. Precisamente, dediqué a este tema un pequeño capítulo de *Derecho y ontología jurídica*, que titulé « Las cosas, punto de encuentro de los hombres » ([43]). Hay zonas del derecho más próximas a la convención histórica, dependientes de la moral positiva de cada momento, y hay otras zonas en las que se inserta con mayor fuerza esa vertiente del ser que difícilmente queda sometida al cambio. Debiera darnos que pensar el hecho de que, en dos milenios, hemos podido alterar sólo en pequeña medida el derecho privado romano, mietras que las instituciones del derecho público han pasado por cambios realmente importantes, de forma que incluso el derecho público de Roma, por ejemplo, no despierta hoy más interés que el propio del anticuario curioso.

69. Los investigadores que atienden preferentemente al cambio jurídico postulan el origen arbitrario de las leyes o el Derecho, y aspira, en último término, a la posibilidad de una auto-

---

([42]) Sobre este tema, vid. A. MacIntyre, *Tras la virtud*, Trad. A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, págs. 205-206.

([43]) En págs. 41-44.

poiesis del ser humano. El género humano sería absolutamente activo consigo mismo y únicamente encontraría una simple « resistencia » en la materia indolente. Pero me parece que si el observador es demasiado activo ante aquello con lo que trabaja (una actitud muy encomiable en la técnica hasta que se desató la crisis ecológica), no dejará que la cosa hable por sí, y perderá de vista buena parte de la objetividad de la que él es capaz. En tal caso hablará fundamentalmente de las ideologías y de la *Sitte* como soporte último justificante de las decisiones prácticas.

La actitud del que mantiene la existencia de un orden inalterable del ser, del que se derivaría el Derecho y, en general cualquier normatividad (44), tampoco parece aceptable: los hombres cambiamos demasiado en la historia como para poder afirmar tal inalterabilidad. Por esta razón indica Schwarz-Liebermann — que es un autor que sí cree en la objetividad de las cosas — que la idea de un derecho natural inmutable es aberrante (45). Una persona con sensibilidad para percibir lo que ocurre a su alrededor, especialmente ahora, cuando el cambio social es muy rápido, desdeña tanto un « iusnaturalismo » terco, fundamentalmente elaborado sobre patrones del siglo XIX (46), como el relativismo moral

---

(44) René Marcic explicaba que « Wenn die Rechtsontologie von Natur spricht, dann meint sich nicht jenen berechbaren Wirkungszusammenhang von Kräften, sie miteinander kausal-mechanish verbunden sind; sie meint nicht bloss jenen objektiv festellbaren Tatsachebereich, denn der Naturrechtswissenschaftler der Neuzeit als Natur ausgegeben haben, die Natur im Sinne de kraftbegabten Stoffes; vielmehr versteht sie darunter dasjenige, was Aristoteles in seiner Physik und Metaphysik und was Thomas in seinen Kommentaren zu Aristoteles und in den übrigen Werken im weitersten Sinn darunter verstehen: natura=mundo=ordo=universitas ». Cfr. *Um eine Grundlegung des Rechts. Existentiale und fundamentalontologische Elemente im Rechtsdenken der Gegenwart*, en « Die ontologische Begründung des Rechts », Ed. por Arthur Kaufmann, Wissenschaftliche Buchsgesellschaft, Darmstadt, 1965, págs. 549-550.

(45) « il devient évident, d'autre part, qu'il y a bien de supposer une 'nature des choses' immanent qui est découverte à la lumière d'un raissonnement raffiné, fruit de l'expérience de l'homme... Cela nous permettra aussi de répondre au problème d'un 'droit naturel immuable'. L'idée d'un droit naturel immuable est aberrante... ». Cfr. *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, Mouton, Paris-La Haye, 1973, pág. 52.

(46) Karl Bergbohm, en su tono usualmente apasionado, escribía que « Schliesslich behaupten ja alle diese Rechtsphilosophen ein und dasselbe: es gibt Agenten oder Potenzen, welche ein Recht hervorbringen, das mit

fácil y simplista. Esta no es una cuestión de ideologías (normalmente la salida fácil para el que no asume la complejidad de la cuestión) sino de estar en condiciones de poder explicar y dar cuenta de la realidad sin pretender dirigirla más allá de lo que las cosas se dejan dirigir.

70. Las matizaciónes, que reflejan en lo posible la complejidad de lo real, nos llevan a excluir tanto soluciones unilaterales, como también las *vias medias*. La descripción de lo que es vital no queda más adherida a la realidad porque el observador que describe intente conciliar las exaceraciones a través de una *via media*: nos interesa describir la realidad, no contentar a las personas que tienen un talante moderado o « centrista ». Es típico del academicismo que cuando aparece una explicación más o menos unilateral, se produzca después otra explicación del mismo hecho, pero dubrayando la faceta contraria. Estas exageraciones dan pié a soluciones intermedias fáciles: así, frente al historicismo del si-

---

dem positiven nicht durchaus identisch ist, oder anders ausgedrückt: es gibt Ideen, Prinzipien, Quellen, aus denen durch Rechtsbegriffe oder Rechtsurteile, die von positiven Recht unabängig sind, abgeleitet werden können ». Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosphie*, cit., pág. 363. Si Bergbohm hubiera detenido aquí su caracterizacion del « derecho natural » yo podría estar de acuerdo con él parcialmente. Pero, poco más adelante, mantiene que aquellos « Ideen, Prinzipien und Quellen a los que se refería » han de formar *necesariamente* un ordenamiento jurídico completo: « Wenn jedes ideelles Recht in sich lückenlos ist, *weil es nichts anders sein kann..* ». Cfr. op. cit., pág. 396. La intensidad es mía, y pretendo mostrar la extraña forma de proceder de Bergbohm, que sustituye el estudio de la historia por el establecimiento de « postulados » sin especial fundamento, pero aceptados ampliamente. Bergbohm *necesitaba* suponer que las explicaciones anteriores sobre el derecho natural habían diseñado un ordenamiento normativo paralelo y completo.

Tenemos, de este modo, fundamentalmente tres inteligencias históricas de lo que ha sito o en qué ha consistido el « derecho natural »: la más antigua, romanista, que expuso canónicamente Tomás de Aquino, y hoy mal conocida, la propia de la « Escuela moderna del derecho natural », y la tesis del derecho natural inmutable y eterno, completo, que se apuntaba ya en las obras de Wolf, Burlamachi o Filangeri, y que se convierte en el modo dominante, más bien exclusivo, de entender el derecho natural durante los siglos XIX y XX. Una breve caracterización de estas tres mentalidades la puede encontrar el lector en mi estudio *Los tres iusnaturalismos*, en « Ars Iuris » (Universidad Panamericana, México, D.F.), 12 (1994), págs., 102-106.

glo XIX, y frente a la Metafísica que reclamaba un orden inmutable del ser, Rudolf Stammler propuso un « derecho natural de contenido variable ». El rótulo de « derecho natural » tranquilizaría a las personas conservadoras; la llamada al « contenido variable » dejaría contentos a los historicistas.

71. Realmente sí aparece un sector del derecho natural con un contenido variable, pero no tal como lo planteó Stammler, porque es difícil creer en ese juego de los Ideales inmutables que irían conformando históricamente « la materia » (*Stoff*) siempre amorfa e indolente. Entiendo más bien que algunas bases *reales* del Derecho cambian en la historia. Y nuestra distinta percepción del valor en cada momento es igualmente otra circunstancia fundamental, también cambiante históricamente.

Sobre este problema Tomás de Aquino y explicó que, aunque el hombre es capaz de conocer universalmente algunos principios generales, no puede, sin embargo, desde ellos, descender inequívocamente a verdades más concretas (47). Los juristas de la segunda mitad del siglo XVI que trabajaron o se sumaron al esfuerzo del *Tractatus universi juris*, también señalaron este punto como uno de los más cruciales de la *jurisprudentia*. Tal fue el caso de Albertus Bolognettus o Joaqín Hopper. Me parece que Hugo de Roy resume esta cuestión cuando escribe que las nociones primeras de la razón práctica no pueden ser aplicadas indefectiblemente a los casos concretos, sino que tales nociones han de acomodarse a lo singular, a las personas, casos y circunstancias (48), porque, como explicó Bolognettus, « lo justo natural, aunque siempre sea uno y lo mismo, y apenas difiera de sí mismo, tiene como varias reglas y medidas » (49).

---

(47) « ... ita etiam ex parte rationis practicae naturaliter participat legem aeternam secundum quaedam communia principia, non autem secundum particulares directiones singulorum, quae tamen in aeterna lege contineantur ». Cfr. *Suma teológica...*, cit., I-II, q. 91, art. 3, ad. 1.

(48) « Illud nimirum est causa hominibus malorum, non posse communes illas notiones applicare singularibus. Enimvero iustitia inter mortales administrari nequi absque ea applicatione, quae singulis et rebus, et personis, et locis, et circunstantiis, aerumque varietatibus summopere convenire debet ». Cfr. *De eo quod justum est*, Hildesii, 1653, Titulus Septimus, § 2.

(49) « ... sic iustum naturale, licet sit semper unum et idem, atque a se ipso minime differat, varias regulas et quasi mensuras habet ». Cfr. *De*

72. Y si esto es así, ello se debe en buena medida a que las exigencias fundamentales del ser humano son tan permanentes como las exigencias de los problemas que plantea el propio género humano. De este modo, la naturaleza, contenido, alcance, etc. de las « personas jurídica » vienen dadas por la tipicidad de una espectativa que no es simplemente casual o convencional.

Si el lector queda extrañado ante tanta matización en este tema, debe hacerse cargo de la advertencia de Austin: « For all the perplexing quaestions which the science of jurisprudence presents, the notion of 'status' or 'condiction' is incomparabily the most difficult » (50).

¿Sociologismo o praxis?

73. Insistir tanto en la « objetividades » que crean competencias para los hombres puede hacer que cualquiera se sienta como un insecto atrapado en una tela de araña. Éste es el regusto que queda tras leer a Augusto Comte, que negó la categoría de derecho subjetivo, y la sustituyó por la de « función »: sería correcto decir, con Bergbohm, que Comte disolvió el Derecho en la Sociología (51). Además, el problema se agrava actualmente por el aumento creciente de las « responsabilidades objetivas », que desdibujan la responsabilidad personal.

Hay que matizar: mi explicación de la vida cotidiana sí advierte derechos subjetivos, libertades, autonomía jurídica y discrecionalidad y creatividad en el ejercicio de las competencias. Pero no trato de suavizar la imposición: más bien quiero resaltar ahora las objetividades necesarias. Porque así como cada fruta tiene su tiempo y sazón, cada una de estas dimensiones de la acción humana tiene su sito y su momento.

---

lege, jure et aequitate disputationes, incluído en el vol. I del « Tractatus Universi Juris », Venetiis, 1584, vol. I, Cap. VII, § 8.

(50) *Lectures...*, cit., Vol. I, pág. 351.

(51) « Comte kennt überhaupt weder Rechts- noch Staatslehre, auch keine 'positive', sondern löst diese Wissenschaften mit noch einigen andern in der einen grossen Brei der 'Soziologie' auf ». Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 51, nota a pié.

74. Un primer tema a este propósito viene introducido por unas reflexiones de Luigi Bagolini: el que una situación social sea normal o esté consolidada no prejuzga gran cosa sobre su posible justicia o injusticia ([52]). Pero en esta denuncia aletea la sombra del eterno problema del *quis custodit custodes*, que nunca podrá tener una respuesta acabada. Luego tampoco es correcto plantearla como una objección definitiva.

75. Dado que han existido históricamente diversos abusos que han cuajado en instituciones jurídicas consolidadas, los seres humanos no disponemos de un criterio que nos asegure definitivamente la bondad de lo aceptado o impuesto socialmente. Estamos a solas con nuestros *sentimientos*, de los que surgen las valoraciones sociales y jurídicas. De hecho, la Encíclica « Veritatis splendor » está montada fundamentalmente sobre la realidad del sentimiento moral. Y en este cruce de pasiones, intereses, etc. no disponemos más que lo que Feyerabend llama *Fingerspitzgefühl*, es decir, « sensibilidad en la yema de los dedos ».

76. El tema es algo más complejo si lo abordamos desde la óptica de la estricta libertad personal, desde la noción del ser humano ante todo como un « foyer d'autonomie », como escribe Trigeaud ([53]). El problema puede ser abordado desde varios ángulos, que implican planteamientos distintos de él, y no es fácil su tratamiento porque en él van unidas simultáneamente varias facetas del ser humano. Veamos algunas ideas deslavazadas.

77. Una primera observación: yo propugno ahora una actitud « realista », aunque sería más correcto decir que resalto la vertiente realista en la calificación de la justicia. Otros estudiosos defienden, en cambio, una propuesta más bien « personalista ». Ambos modos de considerar al hombre son complementarios, porque proceden en definitiva de una similar actitud personal ante el ser humano. Entonces, ¿qué es lo que nos separa? Me parece

---

([52]) Vid.: *Justice et societé*, trad. del italiano por E. Rocher, Biere, Bordeaux, 1995, pág. 215.

([53]) Vid., por ejemplo, *Métaphysique et étique au fondement du droit*, Biere, Bordeaux, 1994, pág. 18.

que un lastre histórico, porque toda actitud *realista* es relacionada con Comte, Marx, Duguit e, incluso, hoy, con Luhmann, por ejemplo. De ahí la vehemencia en la defensa de las personas. Pero propugno una actitud *realista* precisamente porque me interesan los seres humanos: no deseo erigir un altar *deo ignoto*, en este caso a las instituciones.

78. Quién trabaje profesionalmente y sea medido por criterios extrapofesionales me entenderá muy bien. Porque las cosas claman por sus derechos: la injusticia consiste, ante todo, en tratar lo que tiene valor estético desde un punto de vista económico. Lo que es santo, desde el punto de vista de la popularidad social. O lo que es competencia en el oficio, desde el punto de vista de la vanidad.

Paradójicamente, las personas tenemos garantías de ser tratadas como tales cuando respetamos las cosas y sus derechos. Nuestra dignidad se hace realidad fundamentalmente de la mano de estas exigencias *reales*.

79. Me parece que, tras estas digresiones, anda en juego, entre otras cosas, la opción entre una « ética de bienes » y una ética procedimental, que son las alternativas últimas en que se descompone el tratamiento de la Ética.

Si contemplamos a cada ser humano como una personalidad única en la historia, llamado a realizar una vocación necesariamente personal, la concepción de una ética de bienes presenta siempre el inconveniente de la objetivación, reificación o casificación: los bienes humanos, con su objetividad impersonal, nos acorralan, igual que sucede con las verdades objetivas. Nos hombres somos muy dados a buscar el bien, o la verdad, pero somos también muy reacios a aceptar ambas casos cuando creemos haberlas encontrado. Ante esta situación existencial algo asfixiante, cabe la salida de situar en el lugar de los bienes concretos y encorsetadores una « idea reguladora » o una meta perpetua a la que tender individualizadamente. En este contexto, tal meta vendría mediada, y en cierto modo también creada, por el carácter creativo, *personal*, de cada ser humano. Así abandonaríamos la heteronomía propia de los bienes que se nos imponen.

Este planteamiento del problema moral es muy sensato porque no cabe duda que el hombre esforzado, decidido a actualizar todas sus virtualidades, que actúa con buena voluntad, es en última instancia el criterio último para descubrir la verdad práctica. Y se trata de un criterio que constituye el nervio de la propuesta ética tomista y aristotélica (54). Pedro de Alvernia, o quizá Tomás de Aquino, lo expresaba claramente: « Quia ad judicium requiritur prudentia. Prudentia autem praesupponit appetitum rectum per virtutem moralem: quod ergo pervertit appetitum, pervertit judicium rationis » (55). Esta referencia personal siempre constituirá una seria advertencia para quienes piensen sólo en una ética de bienes concretos.

Pero este hombre que tiene entre otras cosas *Mut zum Irrtum* (expresión alemana del siglo pasado) no es, empero, un ser que se pierda en la infinitud vacía de lo posible. Porque él posee virtualidades y no meras potencialidades, y puede determinar o concretar lo que es bueno para él. Tomás de Aquino proclamó reiteradamente que la « razón <humana> es medida por las cosas » (56), y desde esta medición surge la *racionalidad,* que es un « dato » que ni nos la muestra sin más la Naturaleza, ni tampoco es patrimonio de una mente o razón personal. Es posible que algo similar suceda son la razón personal. Es posible que algo similar suceda son la razón práctica, en las que las dimensiones personas y reales también se conjugan para producir esta verdad. De forma que si todo hombre ha de decidir según su responsabilidad y juicio necesariamente personal, no por ello es menos cierto que los bienes objetivos son los que, en última instancia, la capacidad y valor de cada actitud personal, o de cada teoría ética.

---

(54) Es muy sugerente el ensayo de Fernando Inciarte, *Sobre la verdad práctica,* incluído en « El reto del positivismo lógico », Rialp, Madrid, 1974, págs. 159-216, en el que comenta la médula de esta filosofía práctica.

(55) *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio,* Marietti, Torino-Roma, 1961, Liber III, lectio VII, § 401. Este texto en la obra tomista está atribuído a Pedro de Alvernia.

(56) « Praeterea, lex habet rationem mensurae. Sed ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso ». Cfr. *Suma teológica,* I-II, q. 91, art. 3, ad. 2, entre otros muchos lugares

80. En lo que concierne más directamente a nuestra *praxis*, nuestra vida es tanto el flujo como el reflujo de nuestros actos en nosotros. La dignidad, la autonomía y la creatividad de las personas no señalan inequívocamente un camino, como el de los ríos, que van siempre a parar al mar. Pero es importante señalar que estas tres notas significativas de la persona humana (me refiero a la dignidad, la creatividad y la autonomía) no son a modo de metas a las que podamos tender *directamente*. Porque nos *vamos* realizando como personas, como seres libres, respetables y creativos, en la única vida que existe, que suele ser muy cotidiana. Aquí surge incidentalmente un problema serio: ¿cómo vivir con dignidad una vida rutinaria? Un tema que sólo puede ser resuelto por cada cual personalmente, porque no hay recetas generales.

Insisto: no vivimos para hacer realidad inequívoca y directamente la autonomía o la dignidad de nuestras personas. En un juego vital demasiado complejo como para discribirlo argumentativamente, *nos vamos haciendo* día a día como personas libres y creativas. Un hombre que es al mismo tiempo marido, padre y profesor de universidad, *va haciendo realidad* su autonomía, dignidad y creatividad al desempeñar dignamente esas personas u oficios de marido, padre o profesor. Y de este modo, la dignidad es en cierto modo el *leit Motiv* de la actuación diaria, aunque no se la persiga directamente y quizá ni se sea consciente de este hecho. Y si la dignidad es la guía de la vida, entonces es posible que *realmente* ese hombre sea un buen marido, un buen padre y un buen profesor de universidad, esto es, que lleve una vida digna y libre. Porque la dignidad está al alcance de cualquiera: quizá una de las condiciones imprescindibles para lograrla es que no se la persiga directamente.

81. Porque las objetividades sí cosifican y hacen perder su *libertad* a las personas que han perdido de vista su dignidad: cuando alguien no es señor del deber y descuida sus « oficios », pasa entonces a ser un marido o padre simplemente « vulgar ». Abandona entonces el difícil plano de la realidad o normalidad y se inserta en una simple categoría estadística.

82. La libertad y la autonomía son siempre una faceta necesaria de nuestros actos; si ellos carecieran de estas cualidades no

serían actos adecuados al hombre. Pero una libertad sin bienes a los que tender no sería propiamente libertad, sino, a lo sumo, lo que los teólogos bajomedievales llamaron el *arbitrium merae indifferentiae*. Y entonces no somos libres, sino que quedamos a merced de la contingencia: la libertad no se compadece con la falta de motivos para la acción.

La *praxis* del hombre, que es su meta, proporciona una cierta objetividad a lo que perseguimos, aunque no siempre conozcamos los medios para alcanzarlo.

83. Y es que un niño que al aprender a ascribir quiere tener una letra personal, antes conseguirá tenerla fea que no personal. En la situaciones fundamentales de la vida (normalmente rutinarias e impuestas) se cumple lo que canta Pablo Neruda:

« Muda es la fuerza (me dicen los árboles)
y la profundidad (me dicen las raíces)
y la pureza (me dice la harina).
Ningún árbol me dijo:
« Soy más alto que todos ».
Ninguna raíz me dijo:
« Yo vengo de más hondo ».
Y nunca el pan ha dicho:
« No hay nada como el pan ».

84. A veces es necesario destacar que la persona humana no es más que un conjunto de funciones regidas por una consciencia. Pero, incluso en el plano teológico, hay de destacar igualmente que cada ser humano es más que un *recadero de Dios*. Realidades contradictorias de la condición humana.

85. Hablaba antes del reflujo y del *reflujo* de nuestros actos en nosotros. Porque la *praxis* humana es lo único que nos importa. Todos conocemos la meta última de cada hombre: llevar una vida lograda, que realice el *daimon* personal de cada cual, en la que el individuo pueda alcanzar toda la relativa felicidad de la que es capaz el ser humano. Aristóteles y Tomás insisten en que la finalidad de la vida es saber vivir, esto es, en saber elegir los medios con vistas a llegar a nuestro fin último: vivir bien, de modo que el fin viene constituído por la elección adecuada de los medios. Dicho con otros términos, nuestra vida no tiene un fin

fuera de ella misma, algo así como una finalidad en cierto modo poiética. Iría incluso contra la dignidad del ser humano considerar que su existencia sirva para otra cosa que no sea esa misma existencia. Tomás de Aquino expuso esta realidad en términos muy gráficos al escribir que « la operación de acuerdo con la virtud es más importante que la virtud misma » (57).

Intuímos todos de alguna forma que nadie « vive para... » y que la autonomía personal es sólo otra dimensión necesaria de nuestros actos que hace que nuestras acciones sean realmente *libres* haciendo normalmente lo mismo que los demás, lo que exigen *hinc et nunc* nuestras circunstancias. Podemos « saber vivir » acentuando energía y simultáneamente nuestra autonomía (personal) y nuestra conformidad a lo que demandan el momento concreto. Cotta dejó escritas páginas interesantes sobre cómo la dignidad del hombre exige que éste asuma, gracias al ejercicio de su libertad, la necesidad que le es impuesta (58). Porque el ser que no es libre se ha de limitar a soportar la necesidad: éste no es el caso del hombre.

Aporias de la modernidad.

86. En el juego del « derecho natural absoluto » y del « derecho natural hipotético », tan querido a los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, sólo existen en un primer momento individuos aislados dotados fundamentalmente de voluntad propria que, posteriormente, asegurarán su independencia y aislamiento gracias al seguro permanente que supone la sociedad política, el « Rechtsstaat ». Así, en la vida política y jurídica, los hombres permanecen « como piedras en el pedregal ».

Desde este planteamiento de la realidad social, los iusnaturalistas de la Modernidad orientaron sus esfuerzos para saber hasta dónde ha de llegar el poder del Estado, y dónde comienza la *legítima* autonomía de los particulares. Dicho sea incidentalmente, el « Derecho », y con él la Justicia (si es que alguien osa todavía ha-

(57) « Unde operatio secundum virtutem est perfectior quam ipsa virtus ». *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio*, Marietti, Roma, 1964, § 152, pág. 40.

(58) Vid. *Itinerarios humanos del derecho*, cit., pág. 69.

blar de ella) quedan reducidos en esta mentalidad a un problema de Política Legislativa, y el « Derecho » deviene ante todo una faceta de la actividad política nacional o internacional. Por esta razón, a lo largo de los siglos XIX y XX se han gastado ríos de tinta intentando explicar por qué el « Derecho » debe ser algo más que la fuerza organizada del Estado. Todo un problema, desde el momento en que, en nombre de una actitud *personalista* marginaron « las cosas ».

En esta mentalidad, los « derechos » de los individuos aparecen siempre enfrentados, de modo que mientras mayor sea el derecho de uno, más reducidos han de ser los derechos de los demás. Basta ojear el último libro de Bobbio, « El tiempo de los derechos », para comprobar esto.

Porque, en último término, la herencia aún no resuelta que nos ha legado la Modernidad es la cómo deslidar el personalismo de la arbitrariedad.

87. Esta incompatibilidad de las exigencias ético-jurídicas golpea al ciudadano actual: al hombre de hoy se le educa en un primer momento (ésta es la *lógica* de nuestra sociedad) en la conciencia de sus « derechos », siempre a la defensiva. Los derechos individuales, que son los únicos recogidos en la Declaración Universal de 1948, defienden a los individuos de las ingerencias que puedan hacer los demás o la sociedad en su vida. Y, en un segundo momento, la sociedad exige al individuo que preste sus esfuerzos para fines colectivos: el sujeto no está preparado para esto último, porque no puede entenderlo. Hegel, que preveyó esta situación humana, habló del « desgarrón » (*Zerrissenheit*) o del « desdoblamiento » del hombre (*Entzweiung*) ([59]).

([59]) La noción de *Zerrissenheit*, o *Zweiung*, es un tanto equívoca en Hegel, porque indica tanto lo señalado arriba como una forma necesaria de proceder del espíritu, difusa en toda su obra. Estos términos los entiendo ahora en el sentido que tienen en sus *Grundlinien*... de 1822/23, en el § 33, pág. 171 de la edición de K-H. Ilting, Frommann-Holzboog, vol. 3. En las lecciones de 1824/25, en el § 184 aparece esta noción más explicitada, y llega a decir que « diese Sphäre ist nur Erscheinen weil die Prinzipe nicht in ihrer Wahrheit sind, nicht in ihrer Einheit, Identität... Die Sittlichkeit als solcher, Rechtlichkeit, Moralität findet hier nicht statt... weil die Prinzipe nicht in ihrer Wahrheit sind, nicht in ihrer Einheit, Identität ». No en vano ha explicado que « Die bürgerliche Gesellschaft als System der in ihrer

En efecto, al hombre contemporáneo le han educado en una ideología que sólo le ha enseñado derechos y que en bastante medida le ha extirpado la noción del *deber* (60), aparte del deber genérico de abstenerse (*Enthaltung*) de usar a las demás personas como medios al servicio de sus fines arbitrarios. En cambio, al llegar a la mayoría de edad le exigen que haga el servicio militar, que ceda parte de sus ingresos a los parados, o que contribuya a la erradicación de la probreza. Ante el absurdo que provoca esta falta de « lógica de la sociedad », buscará él, entre líneas, como única salida « lógica » o vital su provecho propio—y entonces todos nos quejaremos porque las instituciones no funcionan como debieran, a pesar de que incrementamos sin cesar el número de funcionarios.

88. En cambio, esa libertad positiva que nos ofrecen la mayor parte de las instituciones o personas jurídicas, no pasan a través del filtro angosto de los postulados ideológicos modernos. Buena parte del derecho privado y público, que no reprime conductas perniciosas, sino que más bien nos habilita *para*... no encuentra explicación en la teoría jurídica y ética de hoy. Porque la libertad jurídica normalmente existe en la medida en que la institución jurídica en cuestión intenta hacer realidad un bien concreto, de modo que el sujeto puede llegar a ser, si él quiere, lo que aún no es.

Temo que con la pérdida de esta vivencia de nuestra libertad positiva (esa expresión hacia la que sir Isaiah Berlin se encuentra siempre tan precavido) hemos arruinado lo más bello de nuestra libertad. No en vano reiteraba Viehweg quo todo « sistema » opera una selección de problemas. Y el mal entendido « personalismo » de la Edad Moderna ha dejado fuera del Derecho una dimensión fundamental del hombre.

Extreme verlorenen Sittlichkeit », frase que Ilting coloca a modo de título del parágrafo: en realidad son una parte del *Zusatz*.

(60) Sobre este tema se quejaba amargamente el Hoffbauer anciano, ya desengañado de sus aventuras con los discípulos de Kant: « Sie <los yusnaturalistas modernos> reden fast überall von Rechten, fast nirgend von Verbindlichkeiten ». Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit*, Halle, 1916, pág. 76.

89. Se puede producir, así, un resultado paradójico. La ideología « liberal » que reconozco en Vázquez de Menchaca o Pufendorf, está movida por un afán sinceramente humanista, y por este motivo quieren considerar solamente al hombre, prescindiendo de « las casos ». Porque algunos entienden que un talante genuinamente humanista ha de anteponer el ser humano, con su dignidad incalculable, a cualquier otra consideración menos personal. Suponen que al no estar mediada la voluntad del hombre por *las cosas*, el libre despliegue de la libertad de cada *persona* llevaría hacia una dignidad personal mayor: estamos ante una cuestión de principios últimos acerca de la dignidad del hombre.

90. Pero temo que, al prescindir de « las cosas » y quedar enfrentados los simples arbitrios, aquellos autores de la Edad Moderna prescindieron en realidad de la misma Razón: « la Razón es medida por las cosas », mantenía Tomás de Aquino, y únicamente permaneció en cada individuo su « voluntad », entendida en definitiva como un *arbitrium merae indifferentiae* que el ordenamiento jurídico debe proteger. Y así sustituyeron la libertad por el arbitrio. Porque sucede que en varias vertientes de su vida, la persona no siempre dispone de una lógica « propia », sino que más bien tal persona se desarrolla como persona cuando hace propias las exigencias de las cosas.

91. Los autores de la Edad Moderna y, tras ellos, Kant y sus discípulos, recabaron muy justa y oportunamente esta libertad negativa, que es la primera e imprescindible de las manifestaciones de la libertad. Pero, como he indicado, me parece que se equivocaron cuando erigieron a las figuras de las *Freiheitssphären* en la manifestación suprema del Derecho. Porque si la justicia es ante todo una ausencia, como ellos propusieron, entonces nos fallan bajo los piés los criterios para decidir, y en la práctica se recurre a un solo expediente: el número de voluntades individuales que hace posible que la mayoría se imponga « de hecho » a la minoría, siguiendo unas reglas electorales.

Entonces estamos ante una cuestión de fuerza, la fuerza que otorga el número: el mayor número de soldados, de dinero o de votos. Y la fuerza, con ser fundamental en la fundamen-

tación de algunas cuestiones de justicia, no agosta lo que se puede explicar sobre el derecho ni sobre la justicia.

92. Un interés puede ser respaldado por una persona, por cien o por mil. El problema es: ¿bienes sociales o provechos individuales? Si un interés antisocial es defendido por muchos, o por la mayoría, temo entonces que la fuerza del arbitrio acabe destruyendo los derechos de la Persona. El interés simplemente mayoritario no tiene fuerza suficiente para generar un *deber*, aunque la minoría quede eficazmente doblegada.

Kant destacó la distinción existente en la lengua elemana entre lo malo moralmente (*Böse*) y el simple daño: *Uebel*. Efectivamente, si no distinguimos entre uno y otro no podremos hacer realidad el *opus libertatis*, según se expresaban los autores antiguos: porque el *opus servitutis* consiste en obrar « non secundum voluntatem propriam sed secundum alterium libitum », como escribía Pedro de Alvernia (61). El bien, cuando se manifiesta, es común para todos: es *social*. El utilitarismo anglosajón que combatió Kant confundió enormemente este extremo, de forma que hoy es frecuente que al hablar de « bienes », algun pregunte: « Un bien, ¿para quién? ».

La objetividad del bien indica la socialidad del comportamiento, y sabemos que este comportamiento es social porque es « bueno ». ¿Hemos llegado así a un círculo vicioso?, se preguntaba Tomás de Aquino (62). Me parece que hemos llegado otra vez a un punto final. Tomás responde a la cuestión planteada remitiéndose a la « veritas rationis » (63), y, en definitiva, a la experiencia, como hace a lo largo de la II-II de la « Suma teológica ».

---

(61) Este fue el autor que completó los comentarios de Tomás de Aquino a la Política de Aristóteles. Vid. *In octo libros Politicorum...*, cit., Liber VI, lectio I, § 957.

(62) « Videtur autem hic esse quoddam dubium. Nam si veritas intellectus practici determinatur in comparatione ad appetitum rectum, appetitus autem rectitudo determinatur per hoc quod consonat rationi verae... et sequitur quoddam circulatio in dictis determinationibus ». Cfr. *In decem libris Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio*, Marietti, Roma, 1964, § 1131, pág. 310 de esta edición.

(63) « Ipsa autem veritas rationis practicae est regula rectitudinis appetitus... Et ideo secundum hoc dicitur appetitum rectus, qui prosequitur quae vera ratio dicit ». Cfr. *ibidem*.

Porque la experiencia nos enseñará la verdad de lo que ahora tanteamos con dudas y con la *rectitudo voluntatis.*

93. Ciertamente, cuando unos individuos hacen una votación, se obligan anticipadamente a aceptar los resultados de esos votos. Surge así una *obligación natural,* según los juristas bajomedievales. Pero no veo gran diferencia entre una *ordalía* y este ceder ante la simple fuerza numérica, aunque nos hayamos comprometido a aceptar el resultado. La estructura de ambos procedimientos es la misma: aceptar lo que la fuerza decida en el futuro. Y así, paradójicamente, hemos ido, de la mano de una ideología que fue presentada como profundamente humanista, a una simple imposición: la de la opinión pública.

Me parece que, en este tema, es vana la retórica que se pueda derrochar invocando la *profunda humanidad* de la « autodeterminación » que se alcanzaría mediante la votación. Porque no está asegurada tal autodeterminación: la voluntad de la mayoría es un criterio más, frecuentemente el único decisivo. Pero únicamente es esto.

94. Actualmente se van dibujando con claridad estas dos opciones: una que parte de una « libertad en general » (*Freiheit überhaupt*) propria del ser humano, libertad que, posteriormente, irá sufriendo irritantes limitaciones según las exigencias de la convivencia.

La otra opción es más compleja, porque arranca simultáneamente desde lo que el ser humano es « en sí y desde lo que « es » en sus concrecciones históricas. Esta segunda opción es proclive a hablar de « objetividades »: la libertad individual y social y la dignidad de la persona son para ella datos objetivos, captados por esa vertiente de la razón que se llama *intellectus.* En un segundo momento (que es puramente lógico, por exigencias didácticas), también entiende que es igualmente necesario que los hombres creemos las instituciones con las que perseguimos la utilitas histórica, y esta instituciones nos *vinculan*: nadie puede decir « a mí la historia no me compromete ». Éste es el terreno de la legislación política, en la que el gobernante cumple una función arguitectónica en la sociedad, según la expresión de Tomás de Aquino. Somos guiados por otros hombres, y quizá a esta faceta del Derecho se

refería J.-J. Rousseau cuando escribía que « Tous ont besoin de guides » (64).

Y en tercer lugar, todos observamos que las exigencias de las personas u « oficios » concretos *determinan* lo que debemos hacer. Quizá es a este tercer punto al que más me he referido a lo largo de estas páginas. Aunque este criterio no posee substantividad propia, de forma que pueda distinguirse en principio de lo legislado. Más bien opera en todos los momentos y escalones del juicio práctico.

95. Es obvio que estoy aludiendo a un *puzzle* de objetividades normativas, que dejará necesariamente insatisfecho a quien haya hecho suyos los postulados de unidad de cualquier teoría « sistemática ». Pero opino, con Hugo de Roy (uno de los juristas más lúcidos del siglo XVII), que quien no entienda que los hombres perseguimos en la *praxis* finalidades distintas y eventualmente contrapuestas, está privando de su prestigio a la plabra « razonar » (65).

96. Parece lógico que hoy cueste aceptar esta mentalidad prudencial en la explicación de nuestra praxis. Los excesos que se cometieron en la II Guerra Mundial en nombre de una aparente libertad colectiva o positiva, las disciminaciones que actualmente se producen entre las naciones del norte y del sur, los abusos de los derechos sin los que el hombre no es tal, o el poder tendencialmente totalitario del Estado sobre los individuos, fomentan la visión personalista del Derecho o de la Justicia. Es lógico que sea así, porque desde el cálculo simplemente prudencial no se resuelven estas situacíones extremes: más bien hacen falta unas afirmaciones rotundas acerca de las exigencias de la personalidad huma-

---

(64) *Du contract social*, Gallimard, París, 1964, Libro II, cap. VI, pág. 380 de esta edición.

(65) « Nam omnia omnibus conveniunt. Alia in aliis, haec in iis, illa in illi specialiora sunt: earumque ob causam diversam considerationem pro diversa rerum ratione, ac subinde variatione desiderat. Qui igitur generalia quaedam praecepta his non consideratis, vel parum animadversis, omnibus ac singulis promiscue appropianda putaret, nomine raziocinantis merito privaretur ». Cfr. *De eo quod justum est*, Hildesii, 1953, L. II. Titulus Septimus, § 7.

na. Pero, repitiendo las palabras del Evangelio, yo diría que « es preciso observar esto sin abandonar aquello ». Todo sea estar precavido contra la coherencia y la contundencia, porque según explica sagazmente el pequeño Kant, « lo que en este caso se halla en disputa no es la *cosa*, sino el *tono* » (66).

(66) *Crítica de la razón pura*, Trad. P. Ribó, Alfaguara, Madrid, 1988, A 744, pág. 694 de esta edición.