

PERSONAS Y COSAS EN EL PLANO MEDIO DEL DERECHO

Francisco Carpintero Benítez¹**Resumen:**

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

En el presente artículo el autor busca discutir las personas y las cosas por en el plan medio del derecho porque el autor de estas páginas está convencido que el ser humano tiene derechos porque es persona, y no acepta que sean las personas las que deben su condición a razonamientos que ellos mismas hacen; y, puesto a tratar este tema, alude a la naturaleza de estos constructos que nos otorgan tantos derechos, pues atisba que si hay derechos humanos, esta cualidad de humanidad no se deriva desde las construcciones lógico-abstractas, sino a que el autor de alguna de estas teorías es un ser humano.

Palabras clave: Entificación del concepto de derecho / ser humano / humanidad

INTRODUCCIÓN

Es preciso indicar unos praenotanda para introducir este tema abstracto en un estudio dedicado a los derechos. Sucede que nuestra cultura está dividida, no sólo en temas más prácticos, como son el aborto o la eutanasia, sino también en la afirmación de la condición personal del ser humano. Existen dos actitudes últimas en este tema; una es la de los que mantienen que el ser humano es una persona y que, desde este carácter personal decoulent sus derechos básicos; estos derechos primeros han de ser completados en un segundo momento por consideraciones racionales para declarar el perímetro y alcance de cada derecho. La otra actitud básica es la de los que afirman que los derechos existen, pero no sabemos por qué; mantienen que el consenso existente de hecho en torno a ellos es suficiente; en este segundo grupo han aparecido diversas teorías sobre la justicia que tienen en común su igual negación –o no mención- de la cualidad personal del hombre y la sustitución del reconocimiento

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz, España. E-mail: francisco.carpintero@uca.es

de esta condición por construcciones racionales que normalmente están basadas en la igualdad de los sujetos; resultaría así que la persona debe sus derechos a razonamientos que se los atribuyen.

Estos constructos racionalistas consisten en edificios de conceptos lógicamente consistentes o coherentes. Constituyen nominalismos conceptuales que introducen una homeóstasis buscada y creada ad hoc de forma que, al estar basado este equilibrio rígidamente en la idea de la igualdad, determinan por sí mismos que si un individuo rompe alguna de estas exigencias, el conjunto intelectual se vuelve contra ese individuo en el conjunto de esa pretensión. Para alcanzar el éxito de este tipo de razonamientos hay un hecho decisivo en su base, a saber, que todos los ciudadanos han de renunciar inicialmente a todos sus derechos para que la máquina lógica funcione del modo previsto. Esta renuncia total la impusieron Hobbes y Rousseau. Hoy está operativa, aunque expuesta con más amabilidad, en Habermas o Rawls.

El autor de estas páginas está convencido que el ser humano tiene derechos porque es persona, y no acepta que sean las personas las que deben su condición a razonamientos que ellos mismas hacen; y, puesto a tratar este tema, alude a la naturaleza de estos constructos que nos otorgan tantos derechos, pues atisba que si hay derechos humanos, esta cualidad de humanidad no se deriva desde las construcciones lógico-abstractas, sino a que el autor de alguna de estas teorías es un ser humano.

Este asunto se ha complicado hoy porque algunos hechos sucedidos en el siglo XX hicieron ver la necesidad de recurrir a alguna idea del derecho natural, pero la negación de la existencia de una ley o derecho natural, volvió difícil este empeño. Tras la Segunda Guerra Mundial comenzaron a hablar de los derechos de las personas, y la Declaración Universal de Derechos de 1948 usa generosamente el término 'persona'. Pero, ¿cómo hablar de las personas en un marco teórico entre nominalista y empirista? Porque la persona es una cualidad que trasciende completamente la observación empírica.

Ha parecido necesario completar las Declaraciones de derechos con teorías sobre la justicia, y así sucede que tenemos hoy teorías de este tipo, pero con las limitaciones señaladas. Algunos nos quedamos inquietos porque no entendemos cómo se pueden afirmar y defender las manifestaciones de las personas echando manos de teorías más o menos axiomáticas. Pues uno es el momento para axiomatizar –como hacen en las Facultades de Ciencias Exactas- y otro es el momento para que nos tomemos en serio unos a otros. De hecho, Kelsen, que fue el gran teórico positivista porque hizo posible introducir lo que él entendió que era la vida jurídica en un sistema bastante cerrado de conceptos, hubo de deducir a las personas en el derecho desde su teoría; era tal la prevalencia del momento demostrativo del cuerpo lógico-normativo que él exponía, que hubo de declarar que las personas solamente constituían (en la teoría del derecho) un concepto secundario o auxiliar (*Hilfsbegriff*), ya que el ordenamiento jurídico podía ser explicado desde el solo cuerpo de normas, sin necesidad de recurrir a esos elementos extraños como eran las personas; éstas, según Kelsen, únicamente constituían un punto de 'atribución'

(Zuschreibung) de un sector del orden jurídico². Resultaba así, impecablemente desde el rigor lógico de esta teoría, que los judíos en el III Reich solamente componían uno de los puntos de atribución de un sector del cuerpo estatal de normas jurídicas.

¿Por qué estas actitudes tan vitalmente contradictorias? Jellinek, en un raro alarde de sinceridad, explicaba a comienzos del siglo XX que existen dos actitudes ante los temas más básicos de la convivencia: la cristiana y la atea³. Ahora no es cuestión de convertir este estudio en un tema confesional, pero es necesario tomar en serio esta observación de Jellinek porque es innegable que las actitudes últimas, que ante todo alcanzan a la fe religiosa, determinan pesadamente lo que podamos escribir sobre los fundamentos del derecho.

LOS POSITIVISTAS, LASTRADOS POR SUS BASES EMPIRISTAS

Desde Hobbes a hoy, unos se han refugiado en el empirismo, y otros han pretendido mostrar algunas bases de los principios de la justicia que sean más sólidas que las que ofrecen el lenguaje o la historia. Los acogidos a la epistemología empirista han compuesto el grupo de los positivistas; ruego al lector que perdone esta imprecisión inicial, pero que es útil porque servirá para aclarar el tema en un primer momento. Ha sucedido que al comenzar el siglo XX, la teoría de la ciencia –también la del derecho– se deslizó descaradamente hacia el empirismo. Kelsen, entonces funcionario del Estado austriaco, hubo de buscar la extraña figura del Deber-ser como una constante del psiquismo humano; para ello se remitió a algunas de las enseñanzas de los neokantianos de aquel momento, que aún hablaban de los principios a priori del Entendimiento, aunque (parece) en un sentido algo apartado de Kant. Kelsen montó –desde su base epistemológica inicialmente empirista– la estructura del positivismo dominante en el siglo XX⁴.

Hay investigadores que son personas conscientes de la igual personalidad de las demás personas, pero que tienen tal miedo a ser tachados de ‘jusnaturalistas’ –¿qué se puede entender hoy por jusnaturalista?–, que mantienen que son válidos los constructos del tipo del de Kelsen, al mismo tiempo que afirman los derechos individuales. Esta actitud les lleva a ser ‘políticamente correctos’ y, por tanto, a dirigir sus miradas directamente hacia algún tipo de constructo, sea el de Habermas o el de Rawls. Desde estos conjuntos axiomáticos deducen los derechos de los seres humanos, siempre siguiendo los resultados prácticos de la aplicación de alguna variante de la

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

³ Georg Jellinek escribía que “Eine flüchtiger Blick in die Literatur lehrt, dass eine und dieselbe und daher aufhebende Ursache zurückgeführt wird. So ist dem Eine moderne Kultur eine christliche, also ein Produkt des christlichen-religiöse Geistes, während der andere in die Ueberwindung der religiösen durch die naturwissenschaftliche nichts als Ergerniss ungeheurer sociales Menschenwirkungen”. *Das Recht des modernen Staates*, Erster Band, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1900, pág. 85.

⁴ Antes, algunos autores del siglo anterior, como Austin o Holland, habían creado la Analytical School, que producía la ciencia nueva de la Jurisprudence, que había de mostrar las estructuras lógicas necesarias del derecho positivo. En la Alemania decimonónica se estaba desarrollando la doctrina de los Grundbegriffe. Pero Kelsen fue sin duda alguna, el mejor notario de las vivencias de buena parte del siglo XX sobre el derecho.

regla de la igualdad aritmética; pues la razón humana, cuando quiere ser autónoma y emanciparse de los datos ya dados sólo dispone de las exigencias de la igualdad según los esquemas aritméticos, que son binómicos. Comprobamos este hecho si examinamos las teorías de la justicia desde el siglo XVII a hoy: ésta es una limitación lacerante de la racionalidad que pretende ser autónoma en cuanto racional, esto es, en cuanto instancia autónoma que no quiere pedir nada en préstamo a otro plano de la realidad que no aparezca *prima facie* como constitutivo de la racionalidad del hombre en cuanto que hombre, es decir, en tanto que ser sin 'trascendencia'. La advertencia de Georg Jellinek no era impertinente.

UNA CONDICIÓN IMPRESCINDIBLE: LA UNIFORMIDAD Y HOMOGENEIDAD DE LA MATERIA A EXPLICAR

Para hacer posible lo fácil sin esperar cosas imposibles, aparecieron los autores personalistas; pero desde la majestuosa representación de unos seres irrepetibles en la historia, cada uno de los cuales porta en sí la dignidad de toda la humanidad, es difícil hablar de los derechos. John Austin advertía que si los derechos son eternos e inmutables, la ciencia jurídica no tiene nada que decir sobre ellos⁵. Austin no se refería a los filósofos personalistas –entonces desconocidos bajo este rótulo- sino a los que propugnaban los derechos humanos afirmados entonces. Los defensores de las personas portadoras sin más de derechos, entran normalmente en este grupo tan discutido. Ellos quieren ofrecer una ciencia absoluta que comprenda a toda la persona simultáneamente, y olvidan que la necesidad de razonar –que se condensa en la ciencia jurídica- nace precisamente desde la frecuente incapacidad del entendimiento humano para comprender los objetos de cualquier ciencia, incluso en ese sector de la biología humana que es el derecho. Pero no minusvaloremos la corriente personalista, o a la corriente de los que defienden directamente los derechos, porque la representación directa de las exigencias de la dignidad personal ha llevado a crear realidades valiosas, tales como la seguridad social o una regulación más humana del trabajo.

Los positivistas del siglo XX (por llamarlos así) que han propuestos teorías sobre la justicia, han girado reiterativamente en torno a la pretensión de ofrecer un único y solitario criterio de la justicia que serviría para guiar a la masa algo informe de normas y principios que compondrían el conjunto de cualquier ordenamiento jurídico. La igualdad y la uniformidad entre los ciudadanos constituyen sus primeras exigencias. Es lógico que contemplen así este tema, porque desde el siglo XVIII buena parte de la reflexión jurídica ha visto su tema de trabajo en elucidar 'el' concepto del derecho; si sólo hay un único modo de manifestarse la vida jurídica, bastaría una sola receta sobre la justicia. Esta actitud porta cierta capacidad para el convencimiento, porque Bergson indicaba que

⁵ Escribía: But, if the parties. Appealed to unmeaning abstractions or to senseless fictions; if they mouthed of "the rights of man", or "the sacred rights of sovereigns", of "inalienable liberties", or "eternal and immutable justice" ... A sacred or inalienable right is truly and indeed "invaluable": for, seeing that it means nothing, there is nothing which can be measured". Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law. 5ª ed., John Murray, London, 1911, pág. 119.

“La materia tiene una tendencia a constituir sistemas aislados que se pueden tratar geoméricamente; y es por esta misma tendencia por la que nosotros la definimos”. Efectivamente, el derecho tiende frecuentemente a ser estudiado como un sistema aislado (en este contexto ‘aislado’ quiere decir separado del resto de la vida de cada hombre) y es tratado geométrica-aritméticamente mediante la regla omnipotente de la igualdad individual. Este aislamiento que permite aislar el objeto estudiado no parece ser viable y, de hecho, el mismo Bergson indica que “La metría no va hasta el fin, y que estos aislamientos no son jamás completos”⁶.

Las teorías de una sola solución de Apel o Rawls, son comprensibles porque ellos afirman esta primera restricción inicial –las exigencias de la homogeneidad entre los individuos- que les fuerza a explorar una sola ‘realidad’. Los geómetras saben que cuando el teorema a construir parte desde un solo dato, la imaginación está en su derecho de dispararse en direcciones distintas y arbitrarias y, para evitar esta dispersión, estos autores componen un sistema en el sentido estricto del término. Por ‘sistema’ podemos entender cualquier desarrollo que parte desde unos mismos axiomas y que usa los mismos algoritmos o elementos funtores para su desarrollo axiomático. Pero hay una gran diferencia entre los sistemas modernos y los contemporáneos: los modernos partían desde un contenido concreto (la sociabilidad, las propiedades privadas, las libertades individuales) y los contemporáneos renuncian a establecer contenidos y se refugian en la simple forma: una regla de reconocimiento, o hipotética, la noción del deber-ser o la absoluta igualdad de unos individuos algo miedosos preocupados por su futuro.

Estudiando este tema con estas dos restricciones, tenemos constructos sobre la justicia que no dan cuenta de la diversidad de las pretensiones de los seres humanos, pero que son fácilmente explicables gracias al carácter sistemático que les otorga la lógica desarrollada teóricamente en un solo plano⁷: sus autores los exponen, y los que los oyen han de asentir gracias a la rigurosa trabazón lógica que muestran estas teorías. Planteada así cada teoría de la justicia, sólo cabe o el asentimiento ante ella, o su rechazo de plano; pues cuando una teoría rompe en su inicio con las otras explicaciones de la conducta humana, en nombre de su carácter sistemático, el único recurso que le queda al discrepante es el rechazo total⁸. Así es si así seguimos las reglas de este juego: toda teoría sistemática goza de la plenitud que le confiere su carácter autoportante, esto es, el rigor lógico con el que los teoremas se deslizan desde los axiomas, y no cabe impugnación: sólo puede haber desprecio de un sistema en nombre de otro sistema.

⁶ L'évolution créatrice, en “Œuvres », PUF, Paris, 1959, pág. 502.

⁷ Descartes exponía claramente esta visión: “Je voudrais chercher, après cela, d'autres vérités, et m'étant proposé l'objet des géomètres, que je concevais comme un corpus continu, en un espace indéfiniment étendu en longueur, largeur, et hauteur ou profondeur, divisible en divers parties”. Discours de la méthode, en “Œuvres”. Gallimard, Paris, 1953, Quatrième Partie, pág. 150.

⁸ De ahí que hace años, cuando estaba de moda hablar de ideologías, algunos explicaran que una ideología únicamente podía ser combatida por otra ideología.

Este desarrollo axiomático, es decir, lógico-lineal –estamos ante éticas de tránsito que sólo poseen una única dirección- es posible gracias a la representación tendencialmente geométrica de lo que podríamos llamar algo imprecisamente el “espacio humano”. Tal espacio es el encarnado en las diversas variantes del ‘estado de naturaleza’ que se han sucedido desde el siglo XVI a hoy. Se compone de una representación ante todo visual de unos seres individuales que disponen de voluntades que, por encontrarse en una situación insatisfactoria, desean salir de ella. Sería un método analítico en un primer momento y sintético en su segunda fase. Pero como todo método va precedido de una teoría que discrimina los rasgos del objeto estudiado que han de ser tenidos en cuenta en sede científica, emerge ante todo el cuestionamiento de esta teoría oculta a simple vista. Tal paso previo uniforme a los seres humanos y a sus necesidades y ha de constituir el fundamento formal –esto es, de algún modo vinculante- de la síntesis que vendrá después. Pero la síntesis posterior, que se concreta en el ordenamiento jurídico de una sociedad desarrollada, no es ‘una’ síntesis sino un conjunto abigarrado de soluciones sintéticas que obedecen a las distintas necesidades humanas. Es patente que ese único fundamento formal no está en condiciones de dar cuenta de las satisfacciones o remedios de los diversos requerimientos de los hombres. Ya advertía Bergson que si aislamos un solo rasgo del objeto estudiado, este rasgo nunca puede llegar a ser completo, esto es, a mostrar todas sus virtualidades. Entonces el refugio en la sola formalidad negativa y excluyente de alguna variedad de la regla de reconocimiento es imprescindible.

La representación imaginaria de este ‘espacio humano’ ha de ser tomado muy en serio porque los hombres, al menos desde la Edad Moderna a hoy, cuando hablamos de instituciones de derecho civil, tendemos a representarnos un ‘espacio’ sin formas en el que estaría activa esta rama del derecho. Por eso hablamos de zonas oscuras, de lagunas, etc. Descartes, cuando estableció la existencia de lo que él llamó la res extensa, reprodujo magistralmente lo que todos pensaban pero no explicaban. Este espacio-soporte de todo aquello sobre lo que razonamos sería informe o uniforme –su única nota es la extensión- y las formas vendrían dadas por las ‘cosas’ que ponemos en él.

Pero hay que estar precavidos ante este tipo de representaciones more geometrico porque los juristas, en la praxis cotidiana, partimos normalmente desde relaciones concretas entre los seres humanos, y hablamos de los testamentos, del IVA o de las hipotecas. La afirmación de ese espacio informe o monoforme más enturbia que no aclara los razonamientos jurídicos. A su vez, el político ha de tener ante su vista más realidades, con frecuencia más amplias que los institutos jurídicos determinados, y por ello ordena que la Seguridad Social pague una pensión no contributiva a las personas mayores de 65 años que no tienen fuentes de ingresos. Un personalista diría que en este último caso la condición general del espacio humano, esto es, la personalidad del hombre, determina el pago de este tipo de pensiones; un empirista mantendría que esta exigencia viene propuesta por las exigencias de un

Estado democrático de derecho. En ambos casos ellos buscan o alegan una condición tan formal como general de lo humano que sería el fundamento de la síntesis legal que proponen.

Hoy resulta espinoso volver sobre este tema, porque lo cierto es que Descartes identificó la materia con el espacio⁹, y desde la extensión de la mentalidad que representó su obra, todo materialista ha pensado en términos de espacio plano, porque, en general el materialismo consiste en la sustitución de las formas por la imaginación de la materia siempre igual, sin relieves¹⁰, y desde esta imaginación tan extraordinariamente limitada, subordinan la condición formal de sus teorías sobre la justicia a una condición material del espacio sensible. Así llegan a una analiticidad inesquivable, y si examinamos la estructura más íntima del diálogo ideal de Habermas o de la posición original de Rawls, veremos que todo está ya explicado desde el momento en que el lector de sus obras acepta la igualdad de los sujetos en ese solar casi material que es el de la posición original o la estructura del diálogo impuesto inicialmente. Es patente que ellos subordinan la razón formal de ser la justicia a lo que es únicamente una condición material del espacio sensible, y quieren deducir aquella desde ésta, como si la igual posición geométrica asegurara, partiendo desde cuerpos materialmente iguales, la rectitud de lo decidido.

Por el contrario, parece preferible exigir construcciones dialógicas cuyo carácter formal y sintético no reconozca como fundamento íntegro suyo el ámbito material en que se representan; queremos síntesis formales – como lo son los conceptos jurídicos- que no dependan solamente de una representación imaginaria de los cuerpos en el espacio¹¹. Estamos ante un problema de adecuación, porque parece que los derechos de las personas no pueden ser reconocidos o creados por la afirmación de un solitario cauce procedimental¹².

LAS AUSENCIAS SE MOSTRARON OPERATIVAS EN LA FILOSOFÍA

Este momento de la explicación abre caminos distintos que reclaman una elucidación, y es preciso elegir uno de ellos descartando a los otros. Puestos a realzar el tema que interesa en este estudio, la pregunta que se impone es la de interrogarnos hasta qué punto los sistemas éticos que pudiéramos llamar mecanicistas o

⁹Vid. Saumells, *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 83.

¹⁰Vid. Saumells, *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 190.

¹¹ Saumells explica que la explicación de la condición formal no consiste en una condición general del espacio. Se podría añadir que las condiciones generales de esas síntesis que componen los derechos de las personas no pueden reposar en esa condición general del espacio, ya denunciada. En el momento en que hablamos de formas diversas, es preciso salir de la representación de un espacio llano (y normalmente polarizado) y entrar por una tercera dimensión de la vida humana que, del mismo modo que sucede con las terceras dimensiones geométricas, no es nunca un dado 'inmediato' a la conciencia.

¹² Además, este tema se complica porque si nos atenemos por el momento a los derechos que los eruditos llaman de primera generación, estos derechos aparecen como excepciones a ese deber-ser general, cuya sola forma -el constituir excepciones al régimen jurídico universal- ya es algo contradictoria con la definición de ordenamiento jurídico que ellos mismos proporcionan. Todo parece indicar que los autores de sistemas sobre la justicia portan dos datos iniciales: uno la buena voluntad, que les lleva a mantener una axiomática –distinta de hecho según cada investigador- para afirmar los derechos; el otro, la actitud empirista que responde a los motivos a los que aludía Jellinek.

binómicos estaban determinados por métodos científicos que hicieron de las ausencias el quicio de su validez. Porque se insinuaba la sospecha que insiste en que las limitaciones intrametódicas, que fueron imprescindibles para echar a andar la física moderna, la medicina científica, etc., han sido útiles en sus respectivos ámbitos; pero que el estudio del hombre, siempre pugnando entre su subjetividad individual y su personalidad tan individual como social, no se deja estrechar por esas limitaciones iniciales¹³.

Podría pensarse ingenuamente que las limitaciones y las ausencias no son productivas por sí mismas. No ha sido así, porque la mentalidad del Iluminismo descubrió que toda negación es un arma prácticamente omnipotente, ya la negación aporta una universalidad –gracias a su naturaleza simplemente formal- de aquello que es negado, y como en el pensamiento geometrizarante domina del horror vacui, el ‘espacio’ dejado o abandonado por lo que ha sido expulsado tiene que ser ocupado necesariamente por el nuevo factor con el que se inicia el momento verdaderamente operativo.

En efecto, la negación selectiva *semper et ad omnes* usos de algunos factores ofrecidos por la experiencia, posibilita la vigencia de la aparente validez positiva –afirmada ahora, sin embargo, con alcance igualmente universal- de los otros factores que el científico exige en las bases de sus explicaciones; estos teóricos se comportan como los ladrones que desconocen las propiedades de los otros pero que, una vez que ellos parecen ser los propietarios, exigen a todos que respeten lo que presentan como propiedad suya¹⁴. Las angosturas epistemológicas entran en la Teoría del Derecho por la puerta grande, porque no tanto aparecen como la expresión de un ignoramus como el momento discriminador que determina el marchamo de la calidad de lo expuesto.

Una vez establecido el marco científico tan previo como aparentemente necesario, que es el que dará origen a esas *philosophies nécessaires* a las que aludía Gonseth¹⁵, la tarea histórica de los filósofos de base materialista o empirista ha consistido en razonar desde los elementos que han pasado los filtros puestos por ellos. No debieran haber insistido negativamente sólo en los datos que dejan pasar sus criterios de justificación sino, más

¹³ La razón se encuentra siempre solicitada en dos sentidos diferentes: la comprensión de la razón metódica o demostración, y la comprensión de la razón de ser del problema. Como no es posible satisfacer ambos extremos, el investigador siempre queda con una necesaria sensación de insatisfacción, porque en lugar de encontrar y seguir el dinamismo puro de las ideas que aporta, es consciente de que sólo tiene ante su vista algunas intuiciones intelectuales, en comparación con las cuales, su discurso presenta un aspecto deficiente. Sobre este tema, en geometría, vid. Saumells, *La ciencia y el ideal metódico*, cit., págs. 78 y 97. De forma más radical, explicitaba en la pág. 15 de esta obra que la característica deficiente de todo método consiste en que tiende por sí mismo a excluir el proceso que él funda y posibilita.

¹⁴ Todo concepto y todo método necesita un momento negativo, pues conocemos las cosas no sólo por lo que ellas son sino también por lo que no son. Saumells hace notar que toda figura, para poder ser representada, necesita de una anti-figura, de un soporte en el que pueda ser mostrada. Vid. *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*, Rial, Madrid, 1970, pág. 72.

¹⁵ notax

positivamente, en los distintos criterios de validez que vienen exigidos por los datos que es preciso procesar¹⁶. Pues es necesario tener en cuenta que el arrendatario tiene el deber de cuidar de la cosa que le ha sido arrendada, de modo que si no se admite la realidad de este tipo de exigencias, el derecho deviene una técnica o una ciencia sencillamente imposible por inexplicable. Pues las instancias solitarias de validez –al modo de las positivistas- determinan poco y, por el contrario, las exigencias diversas de los datos en que vivimos son las que debieran haber explicado las posibilidades de los criterios de las distintas justificaciones. Pero la historia llevó el tema de otro modo, y ha sido previsible que la institución del derecho que tomaron como prototípica, la del derecho real de propiedad, fuera definida por un solo rasgo negativo, la exclusión de los demás de la cosa que es propiedad de alguien¹⁷.

Ya que estamos introducidos en un asomo de crítica a estos constructos racionalistas en los que los elementos posteriores justifican a los anteriores, y éstos, a su vez, son válidos porque se deducen desde aquellos primeros datos o ‘hechos’, es aconsejable limitar otra vez la extensión del campo de este estudio y aludir a algunas manifestaciones básicas del funcionamiento práctico de los axiomas usados, las estructuras de los teoremas - plagados de elementos ya insilogizados- y los prosilogismos que hacen avanzar los razonamientos desde una premisa a otra en el interior de cada teoría del derecho¹⁸. Perdieron de vista la vieja regla que explicita Saumells: “Hay que reconocer que la edificación de una axiomática válida toma en consideración las condiciones de un principio de coordinación previo. No se axiomatiza en el vacío, sino que el principio de síntesis es un elemento dado con anterioridad a la labor metódica axiomatizante”¹⁹.

EL PROBLEMA PRIMERO: LA MACHINA MUNDI PERDIÓ SU PRESTIGIO

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

¹⁶ En este sentido, vid. mi estudio “¿Regla de reconocimiento, o contexto de reconocimiento?”, en “El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto”. Universidad de Salamanca, 2006, págs. 171-195. Estudio disponible en la web franciscocarpintero.com.

¹⁷ Vid., entre otras obras, José Justo Megías en *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994.

¹⁸ Gonseth escribió: “Si le cadre de ce travail le permettait encore, c’est n’est pas l’histoire de la géométrie sous son aspect théorique que nous songerions à refaire, mais celles des doctrines préalables (les plus souvent implicites) selon lesquelles la vérité géométrique s’accorde avec l’aspect phisique et avec l’image que les sens procurent de celle-ci. Cette histoire est à faire”. *La géométrie et les problèmes de l’espace*. Dunond Éditeur (Paris)—Éditions du Griffon (Neuchâtel), 1955, vol. VI, pág. 529. El lector puede comprobar que la reconstrucción de cualquier doctrina epistemológica pasa por denunciar la confusión de los conceptos con la imagen física que los subyacen; estas imágenes constituyen usualmente el armazón más destacado de estos prosilogismos omnipresentes.

¹⁹ *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 53.

severas a Newton, que las mecánicas anteriores ha quedado como métodos útiles sólo en ocasiones²⁰. El transcurso de la ciencia en el siglo XX ha hecho ver que los fundamentos de la visión mecanicista y binómica del mundo están periclitados, a pesar de responder al sentido común más extendido, y pocos piensan hoy en la *machina mundi* que estaría compuesta por una sola realidad camaleónica que presenta externamente tantas caras. En este punto es indiferente que mencionemos a Newton o a Luhmann. De hecho, el joven Einstein buscó las cosquillas a Newton y publicó su primer estudio sobre problemas de la capilaridad, porque la capilaridad es absurda desde la interpretación mecanicista entonces al uso. Más o menos por el mismo tiempo, diversos estudiosos de la física estaban cuestionando la imagen de la realidad proporcionada por el Iluminismo. Desde comienzos del siglo XX la comunidad científica perdió la fe en la uniformidad de la realidad creada o descubierta según un único método, y la fragmentación metódica –determinada por la desaparición del objeto unitario del estudio- acabó con los sueños universales de la ciencia del siglo XVIII. Lo realmente cierto es lo expresado por Gonsseth: el hombre no ha sido nunca tan fuerte como hoy, y nunca han sido tan impenetrables sus conocimientos²¹.

El investigador, que durante estos últimos veinte años ha compartido sus charlas también con profesores de física, geometría y matemáticas, ha entrevistado que los físicos actuales saben tan poco de ‘eso’ que ellos estudian, como el filósofo sobre las ideas, o el sociólogo sobre el sustrato último de las normatividades y regularidades mostradas por los grupos sociales. Al caer de su pedestal la imagen uniforme y mecánica, desapareció del marco universitario de los físicos esa mentalidad difusa que entiende que todos los movimientos no son sino

²⁰ Tampoco hoy podemos poner de acuerdo a estos últimos investigadores mencionados, porque tienen tanta razón como sinrazón en el establecimiento de sus explicaciones, y es bien conocida la oposición de Einstein a Planck. Pretendo indicar que los cambios metódicos –esos esquemas interpretativos que a veces califican o descalifican a los hechos a tener en cuenta según los axiomas puestos por cada teoría- han afectado a la comprensión de la realidad que estudian los físicos, y como un método sucede cronológicamente a otro, y finalmente hemos de combinar a Euclides con Descartes, Newton, y Planck, ha cundido el desánimo sobre las virtualidades explicativas de cada teoría científica. Hemos ido hacia un relativismo que abona ampliamente las tesis de Kuhn o Feyerabend.

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

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

²¹ Vid. Editorial, en “Dialectica” XX (1966) pág. 9.

manifestaciones de una única realidad primera y fundante, de modo que conociendo la en definitiva única ley de ese movimiento, la ciencia podría explicar la estructura monótona de los fenómenos que solicitan la atención del jurista²². En otras palabras, es difícil hoy tener fe en un protoelemento que pudiera dar lugar a todo lo que es o existe.

Si el autor de estas líneas estuviera convencido de que la explicación del mundo del estilo de Newton es, a pesar de todo (que es el tipo de convencimiento que exhiben algunos universitarios) la necesariamente arquetípica, adoptaría gustosamente una actitud como la de estos empiristas, y contemplaría como se extiende ante su vista una llanura uniforme y amorfa –la del ordenamiento jurídico, compuesto por normas siempre iguales a sí mismas- cuyas estructuras formales él ha de explicar gracias a un criterio único. Entre los autores positivistas estas estructuras estaban constituidas por la vivisección de las normas en “supuesto de hecho—deber ser—sanción”; otras categorías básicas para el estudio de la primitiva Teoría del Derecho han sido la del criterio de validez o de justificación, la *imputatio*²³, la de la pirámide normativa, y otras más. Pero el investigador no tiene ese tipo especial de fe que se precisa para creer en esas nociones tan formales y lógicamente impecables, porque el derecho es realidad viva, y sus movimientos no componen un templo de cristal siempre transparente por su calidad lógica. Como es lógico, tampoco piensa que los asuntos humanos hayan de ser estudiados de forma igualmente homogénea, esto es, a través de un único método que solamente proporcione ‘cosas’ uniformes. Tanto los empiristas como Knapp como los positivistas como Kelsen, propugnaron este modo de proceder porque su materialismo les imponía considerar que todos los fenómenos habían de estar en el mismo plano ¿epistemológico? porque únicamente serían destellos aislados de la única materia o energía existente²⁴.

PRIMERAS CRÍTICAS

Esta forma de considerar al derecho ha tenido su historia propia, y más bien reciente. Reparemos – solamente para introducir el tema- en que cualquiera observa que las competencias jurídicas de un padre son excesivamente distintas de las competencias de un inspector de Hacienda, o que las prestaciones sociales que puede exigir un parado, son cosa diferente de las exigencias de cada cual para no ser molestado en su casa. Pero

²² Es cierto que si hablamos de la realidad con la generalidad con que Dilthey hablaba de la vida, o Platón y Kant de sus mundos nouménicos, podemos unificar la totalidad de sus movimientos de forma meramente intelectual, atendiendo a un solo posible fundamento de su síntesis formal. Pero esto parece empresa fallida ya antes de comenzarla, porque así sólo lograríamos crear una síntesis tan extremadamente formal y negativa por excluyente, que la realidad contemplada quedaría inexplicada por desfigurada y por sectorial. Los teóricos más relevantes de la física ha sido conscientes de este problema, y Whewell ya advertía, hace más de ciento cincuenta años, del peligro de estas nociones tan generales. Vid. *The Philosophy of Inductive Sciences founded upon their History*, 2ª ed. London, 1847, vol. I. Hay reprint de Johnson, New York, 1967.

²³ Vid. mi estudio *Imputatio*, en “Revista Internazionale di Filosofia del Diritto” LXXXI (2004) págs. 25-78. Estudio disponible en la web franciscocarpintero.com.

²⁴ Ludwig Knapp explicaba que “Alles ist Eines. Es giebt keine letzte Verschiedenheit”. *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857, pág. 25.

estos hechos no arredran a estos teóricos, porque ellos quieren proceder científicamente y la visión moderna de la ciencia da por supuesto un objeto unitario sobre el que ha de recaer la atención del científico. Tal cosa hicieron Newton o Laplace con los átomos, o Bentham con los intereses humanos²⁵. Pero si distinguimos entre el contexto de presentación –que sería lo expuesto materialmente en sus obras- y el contexto de representación o de justificación –que podría ser el conjunto de factores que hacen posible metódicamente esas exposiciones, más allá de la simple coherencia lógica²⁶- vemos que el peso de la ciencia ha cargado desde el siglo XVII a hoy en los diversos contextos representativos o justificatorios: posiblemente Galileo no sabía bien lo que encontraría, pero conocía cómo proceder. En todo caso, ya hablemos de Galileo, Newton, o de la mentalidad estrictamente materialista expresada por Helvetius, todos ellos suponían un sustrato material dócil y amorfo que solamente esperaba a los científicos inteligentes que, a través del único método científico, desentrañaran sus secretos.

No podían admitir pluralidades porque entendían que las leyes universales que observaban, o que postulaban cuando no podían observarlas directamente, eran idénticas para todas las realidades que estudiaban: ésta es una diferencia básica con la mentalidad de los juristas, historiada tardíamente por Vicente Gravina y, a su modo, más imaginativo y creativo, sin pretensiones de hacer historia de los jurisprudentes, por Giambattista Vico. Sucedió que ellos suponían un singular isomorfismo entre el psiquismo humano y la ‘materia’ que estudiaban: gracias a tal igualdad de planos, el complejo neuronal del hombre podía penetrar de algún modo en los objetos estudiados, entre ellos el de su misma mente. Como para los materialistas la formación de estos objetos había sido casual, violenta y amoral, la cuestión de las finalidades, y en general de las formas o cualidades distintas, estaba fuera de lugar, y la única causa del movimiento a tener en cuenta era lo que los escolásticos llamaban la causa eficiente²⁷: el científico sólo había de reconocer las impulsiones mecánicas, manifestadas de modos distintos, según las leyes de la inercia universal; poco importaba que tales impulsiones fueran el resultado de energías eléctricas o psicológicas. No disponían de títulos propiamente científicos para apuntalar esta visión de la ciencia, pues –entre otras cosas- la inercia universal no es demostrable, pero su fe en la mejora innegable del conocimiento científico, suplió lo que faltaba en su ciencia.

²⁵ La importancia de Bentham en la formación de la Jurisprudence fue realizada por John M. Lightwood en *The Nature of Positive Law*. Macmillan and Co., London, 1883, págs. 57-60. Bryce lo consideraba ante todo un reformador, no un jurista. Vid. *Analytical School. The Methods of Legal Science*, en “*Studies in History and Jurisprudence*”, Oxford, 1901, vol. II, págs. 180, ó 183.

²⁶ Vid., aunque no con esta terminología, Gonseth, *Mon itinéraire philosophique*, “*Dialectica*” 20 (1966), cit., págs. 390-405.

²⁷ Francisco Suárez, adelantado a la Modernidad en éste como en otros temas, reducía de hecho todas las causas a la causa eficiente: “*De efficiente etiam patet, quia sua natura efficit ut res habeat esse quod antea non habebat, et ad hoc per se ac directe tendit actus ejus: ergo efficiens est quasi fons et principium per se influens in effectum: quod esse effectus distinctus est ab esse efficientis: ergo tota deffinitio causae proprissime concernit efficienti*”. *Metaphysicorum Disputationum* tomi duo, Coloniae, 1614, Dist. 12, Sect. 3, § 3.

La Filosofía del derecho, Rechtsphilosophie o Philosophie des positiven Rechts nació bajo esta exigencia porque a finales del siglo XVIII, muchos consideraban que los juristas estaban atrasados en la marcha por el método correcto, esto es, en la explicación de su ciencia según las exigencias científicas modernas. El camino para llegar a esta meta ya estaba parcialmente recorrido, porque los autores de los siglos XVII y XVIII –normalmente de profesión jusnaturalista según el nuevo estilo específicamente moderno de hacer derecho natural- habían avanzado en el establecimiento de la uniformidad del material a estudiar, y ésta era la primera exigencia del nuevo método científico. Efectivamente, habían establecido en la teoría política y jurídica un único poder creado mediante el pacto social, de modo que el derecho –ahora identificado con las medidas políticas que surgieran desde el poder creado de esta forma- consistiría en el conjunto de las órdenes generales dictadas por ese centro solitario del poder. No fue original John Austin cuando afirmó que la llave de la ciencia de la Jurisprudence era el entendimiento del derecho como el conjunto de las normas imperadas²⁸. Todos entendieron que el poder creado contractualmente servía a un propósito: crearon la terminología de Estado de Derecho para expresar el poder político constituido para proteger los derechos naturales del hombre –los Urrechte de los alemanes- que eran la propiedad, la igualdad y la libertad. Los jusnaturalistas liberales (pensemos en Locke) diseñaron un poder creado para proteger las propiedades privadas, y para lograr este fin (llamado por él la Ley Fundamental de la Sociedad²⁹) era imprescindible reconocer las libertades individuales: el hombre aparecía como una función de la libertad en el uso de las propiedades privadas, ya que si tales propiedades existían –y habían de existir porque eran necesarias- era preciso postular la existencia de agentes individuales libres³⁰. Rousseau, frente a la mentalidad liberal, propuso su teoría de la *volonté générale*. Las de Locke y Rousseau eran actitudes muy distintas, pero ambas tenían en común la referencia de las conductas individuales a una entidad solitaria, abstracta y construida por los hombres.

Sólo era cuestión de tiempo para que los positivistas del siglo XIX, en su afirmada actitud realista –no hay más que pensar en Knapp o Bergbohm y en su complejo de superioridad sobre los jusnaturalistas de su momento- dejaron de lado los estados de naturaleza y los contratos sociales y se centraron directamente en el estudio de las

²⁸ Vid. Lectures., cit., Prólogo, pág. 36.

²⁹ Klippel ha puesto de manifiesto la relación estrecha existente entre la libertad y la propiedad privada en la faceta más liberal del iusnaturalismo del siglo XVIII: "Die liberale politische Theorie -so insbesondere Locke- begreift das Sacheigentum, d.h. die Güter der Natur, als Ausfluß der Personal-eigentums, also der Freiheit. Die Lehre Lockes wird gegen Ende des 18. Jahrhunderts vom deutschen Naturrecht rezipiert". Politische Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn, 1976, pág. 144.

Cabe matizar que esa tendencia no sólo se da en los iusnaturalistas más liberales, sino en los defensores del absolutismo político como Pufendorf. K. Luig ha indicado que las tendencias liberales e individualistas se dan ya en las primeras generaciones del iusnaturalismo, aunque no en Pufendorf. Cfr. Von Samuel Pufendorf zu Christian Thomasius, en Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Dir. por F. Palladini y G. Hartung. Akademie, Berlin, 1996, pág. 138. No estoy totalmente de acuerdo con Luig. Desde luego Pufendorf es absolutista, pero su teoría jurídica es claramente individualista.

³⁰ Vid mi estudio El desarrollo de la idea de libertad individual., cit., págs. 244-262. También trate este tema en El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica, en F. Carpintero (ed.) "El derecho subjetivo en su historia". Universidad de Cádiz, 2003, págs. 54-107. Este último estudio está disponible en la web franciscocarpintero.com.

disposiciones legisladas por el Estado, a las que suponían siempre ya constituidas y operativas sin más³¹. En el mundo del Estado les saltaba a la vista -por así decir- ante todo el conjunto de las normas jurídicas, que componían al Estado mismo, y ellos entendieron que el estudio jurídico verdaderamente científico consistía en desvelar las estructuras formales de estas normas y de los conjuntos ordenados que estas normas formaban. Será siempre un misterio entender por qué creían en esas estructuras formales, es decir, necesarias³². Todo lleva a entender que traspasaron las exigencias de la mentalidad de los físicos a las ciencias humanas.

Si preguntamos sobre el por qué último de esta tendencia imperativista que uniformaba las manifestaciones de la vida jurídica bajo el modelo universal de la orden o del mandato, podemos responder con cierta verosimilitud que esto fue así porque los juristas necesitaban -a semejanza de los nuevos físicos- un corpus certum sobre el que trabajar con aire propiamente científico. Varios de los juristas alemanes de comienzos del siglo XIX -aquellos kantianos que historié en "La Cabeza de Jano" - se quejaban de la falta de un estatuto científico definido de la ciencia del derecho, y manifestaban el desprecio y las burlas que otros investigadores lanzaban sobre ellos³³. El camino metódico a seguir parecía claro: así como los físicos suponían los fenómenos homogéneos porque procedían desde una materia única y por tanto idéntica a sí misma, los estudiosos del derecho imaginaron un mundo de solas voluntades que daban origen a las normas jurídicas. Esta imaginación era útil porque entendían que este mundo era homogéneo -todas las manifestaciones de las voluntades son siempre idénticas las unas a las otras en tanto que actos de voluntad-, y pronto la palabra derecho fue sustituida por la de ordenamiento jurídico, que denotaba en mayor medida la naturaleza imperativa del orden que establecía el derecho; esta tendencia llegó a su máxima expresión teórica con la Reine Rechtslehre de Kelsen. Esta concepción del mundo jurídico presentaba la ventaja de que el derecho podía ser conocido en su conjunto por el ser humano sin grandes

³¹ Perdieron de vista una advertencia que explicita Saumells: que no entendieron que "sus exhortaciones metódicas estaban inspiradas por una metafísica implícita o explícita cuya conexión efectiva con la ciencia queda siempre por demostrar". La ciencia y el ideal metódico, cit., pág. 142.

³² Austin había suavizado estas exigencias insistiendo reiteradamente en que "The inferences suggested to our minds by repeated experience and observation ... which is essential to practice guided by experience and observation". Lectures., cit., pág. 115. En esta misma página declara lúcidamente que "Truth is always particular, thought language is commonly general".

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

³³ Vid. una crítica extensa a lo largo de los *Juristische Fragmente* de J.A.L. Seidensticker, Göttingen, 1802. Fue tal la actitud de Seidensticker, que publicó anónimo este pequeño libro. La obra mencionada, *La Cabeza de Jano*, fue publicada por la Universidad de Cádiz, 1989. Está disponible en la web franciscocarpintero.com.

problemas, ya que las normas jurídicas pasaban los filtros de la ciencia; pues, como explicaba Ludwig Knapp, nadie confunde un ferrocarril construido con un ferrocarril simplemente proyectado³⁴.

No se ocuparon del estudio de los contenidos de las normas, tema que entendieron que quedaba abandonado al azar de la razón humana en la historia. Como Kelsen no podía explicar las razones de las conductas concretas contenidas en cada norma jurídica recurrió a un ingenio molde inspirado en los neokantianos de moda a comienzos del siglo XX: el conjunto de normas que compone el ordenamiento jurídico obliga porque es conocido a través de una categoría del Entendimiento, la del Deber-Ser³⁵. Seguía la vieja separación ilustrada (y también la de los kantianos y neokantianos) entre la naturaleza –que era vista como el reino de la causalidad o necesidad ciega y sin sentido- y el mundo humano, que era el reino de la libertad---si es que podemos hablar de libertad en este contexto doctrinal materialista. Realmente, en este tema inicial, Kelsen innovó poco más allá de los kantianos que estaban a caballo entre los siglos XVIII y XIX.

Esta presentación pretendidamente kantiana o neokantiana de la realidad jurídica presenta reparos, y de hecho lleva a dificultades metódicas que molestan demasiado al estudio de las facetas de las personas. Por ejemplo, algunos investigadores mantienen que “tras la crítica kantiana a la cosa en sí” (que es el tópico en el que se refugian frecuentemente los que niegan el conocimiento de las vertientes semánticas de las regulaciones jurídicas) no podemos saber lo que es el hombre como persona, ni admitir cualquier dato que nos introduzca en las vertientes ontológicas de sus acciones³⁶. Pero, aparte de que Kant refutó expresamente lo expresado en esta frase como de estilo³⁷, este modo de proceder tampoco encuentra apoyo en las nuevas metodologías científicas. En cambio, el ser

³⁴ Vid. *System der Rechtsphilosophie*, cit., pág. 205. Cito a este filósofo, poco conocido hoy, porque quizá fue quien con más precisión y acribia expuso la filosofía materialista en el siglo XIX alemán. F. González Vicén supo apreciar la calidad de su obra en el conjunto de la literatura materialista del siglo XIX.

³⁵ Kant no se atrevió a tanto, y estas categorías –la del Ser y Deber ser- no figuraron en sus tablas de principios puros del Entendimiento o *Verstand*. Kant únicamente estableció, entre otros muchos lugares, que “Los cuerpos son simples fenómenos de nuestro sentido externo, no cosas en sí mismas”. *Crítica de la razón pura*, cit., A357. En este tipo de declaraciones se refiere exclusivamente a la intuición de los cuerpos en el espacio, tal como los trata la geometría. Se ocupó de excluir al derecho de estas limitaciones en A 43-44, al escribir que “El concepto de derecho, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la representación de un cuerpo en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta”. Sigo la traducción de la *Crítica de la razón pura* de P. Rivas, en editorial Alfaguara, Barcelona, 1988.

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

³⁶ Vid. el estudio de J. Muguerza (ed.) *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1998. La mayor parte de los autores que componen este estudio niegan la posibilidad de afirmar que el hombre es un ser personal. El propio Muguerza se mueve en ambigüedades.

³⁷ Kant se preocupó por explicar muy expresamente, en “La doctrina de los elementos”, que es la parte de su *Crítica de la razón pura* en la que expone su teoría de la ciencia, que la intuición de los cuerpos en el espacio (ciencias naturales) es un proceso cognoscitivo

humano ha permanecido como una realidad extraña en los esquemas de los físicos, y las aproximaciones intelectuales para la explicación o explicaciones de sus conductas siguen más bien impertérritas, porque sus conductas –a veces más encuadrables en cualidades emergentes o Gestalten- no son explicables desde los esquemas más básicos de Euclides, Descartes, Newton o Planck. Han cambiado los condicionantes y las posibilidades técnicas, pero no el hombre en cuanto que hombre, que normalmente y en cierta medida permanece irreductible también ante la técnica que él mismo desarrolla. Estas líneas no implican afirmar que podemos conocer un orden del ser objetivo, etc. Solamente indican que no disponemos ya de razones para mantener en el derecho un escepticismo del tipo del de Hume; pues tantas razones tenemos para tomar en serio la epistemología de Hume como para dejarla de lado. Hoy, seguir las consecuencias del binomio Newton-Hume (un ‘binomio’ realmente artificioso) compone una cuestión de fe.

El ser humano permanece a través de los métodos diversos ideados para explicarlo por el mismo hecho que indican los geómetras, que distinguen entre un espíritu científico, que lleva hacia el conocimiento de la razón de ser de un teorema, y el espíritu demostrativo, que es el cauce elegido, siempre algo arbitrariamente, para encauzar el desarrollo teorematizado. El hombre aporta ambos planos, el científico y el demostrativo. Pero su racionalidad, llevada por el ideal científico, cuestiona una y otra vez las distintas razones demostrativas que idea la comunidad científica en cada momento. Saumells explica que para construir las catedrales antiguas los artesanos fabricaban soportes de madera sobre los que colocaban las piedras que componían la cúpula; una vez acabada ésta, retiraban los soportes ya inútiles; lo que implicaba que el estatuto de la construcción –un estatuto ‘real’, no simplemente epistemológico- era realidad distinta del estatuto de lo construido³⁸. Tenía razón Wittgenstein cuando indicaba en el último párrafo de su “Tractatus”, que los razonamientos propuestos por él eran como una escalera de la que podíamos prescindir una vez llegados a nuestro término³⁹. Tomás de Aquino captó lúcidamente

enteramente distinto del camino epistemológico que es propio de las ciencias humanas. Escribe que “El concepto de derecho, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la representación de un cuerpo en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta. Esta receptividad de nuestra facultad cognoscitiva se llama sensibilidad y es completamente distinta del conocimiento del objeto en sí mismo, aún en el caso de que pudiera penetrarse hasta el fondo de dicho fenómeno”. Crítica de la razón pura, trad. P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1988, A43-A44.

³⁸ Vid. La geometría euclídea., cit., pág. 77.

³⁹ Los científicos intuitivos, al margen del carácter epigonal, siempre han sentido este hecho. Saumells, por ejemplo, indicaba que en el fondo del teorema aparece un conflicto que el especialista explica en términos de una necesidad contrapuesta a una imposibilidad. Vid. La ciencia y el ideal metódico, cit., págs. 63-64. Más adelante en esta obra, en la página 204, alude a la razón más íntima de esta conciencia: “El interior mismo de todo acto de conocimiento comporta una escisión entre percepción y apetito, entre reflexión y libertad. Toda forma de patencia consciente se escinde en actual y posible”. El investigador siempre vivencia una desproporción entre los resultados a que ha llegado y el método que ha seguido: el método siempre le resulta pobre.

este tema, es decir, la diferencia entre la razón científica y la razón simplemente demostrativa, cuando estableció que es tal la diferencia entre las proposiciones generales y las conclusiones concretas, que es preciso suponer que el hombre dispone de dos entendimientos distintos para juzgar sobre cada una de ellas⁴⁰.

Los partidarios de la autopoiesis humana no estarán de acuerdo con esta tesis, porque ellos entienden que la conciencia de la tecnología, llevada hasta sus últimas virtualidades, permitirá que el hombre se vuelva a constituir y reconstituir indefinidamente; pero la carga de la prueba recae sobre ellos, porque carecen de alguna base científica sobre la que fundamentar esta esperanza; como ellos han montado sus explicaciones sobre lo que consideran el fracaso de los empeños por mostrar algún tipo de ontología, son ellos los que han de mostrar cómo las actitudes antiontológicas que se derivaron fundamentalmente desde Hume, pueden ser aún viables cuando el modelo científico sobre el que montaron sus teorías Hume o Kant ha perdido su validez universal; desde luego, los movimientos tendenciales o finalistas que Planck o Heisenberg han observado –cuestión experimental, no de lucubraciones- constituyen absurdos en las bases de las explicaciones autopoieticas. Luhmann expone explicaciones especialmente bien trabadas conceptualmente, que se ajustan de forma admirable a lo que pudiéramos llamar el sentido común actual; su estilo es conciso y convincente; refleja adecuadamente lo que ha quedado en el corazón de muchos universitarios después del naufragio de Newton o Laplace. Pero este teórico no aporta ningún sistema científico determinado, a no ser que digamos que es vagamente materialista y biologicista. Cuando encuentra dificultades propiamente científicas, simplemente las niega, sin estar en condiciones de mostrar los motivos para su negación; por ejemplo, tropieza con la dificultad de Gödel: que todo sistema teorematizado suficientemente desarrollado contiene necesariamente contradicciones, estén o no expresadas en él; como Luhmann escribe según el esquema mecánico-sistemático en el que no pueden existir antinomias, no puede aceptar que su teoría pueda ser contradictoria, y señala sin más explicaciones que es preciso luchar contra la gödelización de la ciencia⁴¹.

Ya que hablamos de conjuntos que pueden ser investigados conjuntamente, bajo una sola ley, gracias a su carácter homogéneo, es necesario aludir a las exigencias intrametódicas que hacen posibles tales homogeneidades; tales exigencias se condensan en admitir sólo, en sede científica, lo que ha pasado un determinado criterio de validez. Como quedó apuntado, el investigador considera excesivamente grosero el intento de comprender el derecho desde un solo contexto de validez o de justificación, porque uno es el fundamento del deber del profesor de preparar sus clases, y otro el del derecho por el que el arrendador puede

⁴⁰ El de Aquino se ocupó reiteradamente de este tema en Suma teológica, I-II, q. 14. art. 3, en Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu "Summa contra Gentiles", Marietti, Torino-Roma, 196, parágrafos 475 y 1247, en In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio, Marietti, Torino-Roma, 1964 parágrafos 118 y 1115.

⁴¹ . Vid. Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia. Trad. de J. Beriain y J. M. Blanco. Trotta, Madrid, 1998, pág. 66

exigir el precio del arrendamiento. Piensa que en el lugar de tal contexto solitario, es preferible situar un criterio de representación que se ajuste mejor (y simplemente de mejor manera, es un problema de adecuación⁴²) a las distintas manifestaciones de los movimientos de los seres humanos. Distingue un contexto de representación –en realidad una pluralidad de tales contextos- y otro contexto de presentación, que sería lo expuesto concretamente en los libros sobre derecho.

Ningún investigador puede pretender exponer la verdad absoluta de su visión del derecho, porque las nociones formales que operan en toda ciencia, trabajan de un modo –igual en la física como en el derecho- que podríamos llamar imprecisamente dialéctico o, quizá con más precisión, tópico. Cualquiera se siente molesto por utilizar el término tópico, por el excesivo desgaste que conlleva. Pero sucede que ante la lógica binómica o bivalente, las cosas son o no son excluyentemente, de modo que las categorías lógicas se proyectarían sobre lo percibido normándolo son residuos o excepciones⁴³, y si queda algo sin explicar, el lógico declara que esas cosas constituyen aporías. El proceder tópico o dialéctico, más ajustado a los derroteros de la matemática, la geometría o la física actuales, muestra que las nociones formales no gozan de lo que usualmente se entiende como validez ‘universal’; simplemente, a veces han de ser aplicadas, y a veces no.

Podría parecer que hoy es ociosa la crítica a la unidad o uniformidad científica, porque la Edad Postmoderna insiste en la fragmentación de lo existente y por tanto de la razón que lo conoce (Lipovetski), en el pensamiento débil (Vattimo), o en la derrota de la razón (Finkielkraut). Pero estas propuestas siguen el ritmo de los tiempos, según la moda académica exhibida ahora fundamentalmente por Luhmann. No sucede que Luhmann sea enteramente original, pero ha radicalizado algunas tesis de Bertalanffy en un lenguaje convincente. Pero, ¿las teorías sistémicas se dirigen realmente a resolver fragmentaciones o complejidades? Porque estos autores sistémicos hablan continuamente de “Reducir la complejidad”, y hoy todo conjunto conceptual que ayude en tal empresa reductiva es visto con buenos ojos. Sin embargo, no cabe hablar de tal complejidad en las teorías sistémicas, aunque de hecho este pensamiento insista en la pluralidad de los sistemas, y en la tarea de reducir la complejidad de cada uno de ellos para que cada sistema disponga de la información adecuada para responder a las incitaciones del entorno. Esta terminología no es honesta: estas teorías no reconocen ni la pluralidad ni, en consecuencia, la complejidad: ellas solamente tienen ante la vista a un primer y único elemento –tan misterioso como omniabarcante- que reacciona de formas binómicas a los estímulos del entorno de acuerdo con la

⁴². Gonseth, en *Mon itinéraire...*, cit., pág. 412, excluye los juicios de verdad y propone juicios de idoneidad.

⁴³. Un hecho histórico especialmente ejemplar de esta exigencia fue la discusión decimonónica sobre las lagunas en el derecho. Zitelmann hubo de ocuparse de examinar trabajosamente el derecho positivo para mostrar lo evidente: que, al menos, existen regulaciones jurídicas que no acaban de ser completas de acuerdo con sus propios planteamientos. Es una cuestión que hoy nos parece ridícula, pero que muestra hasta qué punto las mentes se dejan arrastrar por las modas académicas.

información de igual naturaleza que posee en ese momento cada sistema⁴⁴. Henri Bergson denunciaba este pensamiento biológico-mecanicista que se encarga de hacer coincidir la adaptación pasiva del milieu y la adaptación activa del organismo⁴⁵. Permanecen bajo el antiguo mito materialista que insiste en la unidad y uniformidad de lo existente, tanto en su constitución como en las estructuras de sus funcionamientos, únicamente diferenciadas por el más y el menos.

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

SE ABRE UN MOMENTO MÁS POSITIVO: LOS MOVIMIENTOS DISTINTOS DE LAS PERSONAS

Si no aceptamos la sola ley del único movimiento siempre igual, abandonamos la Mecánica y entramos por los campos de la Biología. No es lícito hablar del movimiento en general, porque este concepto implica una abstracción excesiva⁴⁶. Esta noción unitaria fue discutida -en tanto que unitaria- antes de comenzar la Edad Moderna. Platón se inclinaba por un Cosmos ordenado de acuerdo con un plan único, siempre de arriba a abajo.

⁴⁴. Vid. Luhmann, *Complejidad y Modernidad.*, cit., págs. 59-62.

⁴⁵. Vid. Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit, en « Œuvres », P.U.F, Paris, 1959, pág. 555.

⁴⁶ Tomás de Aquino explicaba que no podemos hablar de la vida, porque así como la carrera no es distinta del acto mismo de correr, la vida es lo mismo que los actos de vivir. Vid. *Suma teológica*, I, q. 18, art. 2.

Pero Aristóteles sólo reconocía seres concretos que devienen ellos haciendo realidad sus formas a través de sus movimientos. La explicación de Aristóteles no pretendía ser una teoría de la naturaleza en su conjunto, ni del elemento común a todas las cosas, sino ante todo una teoría de las naturalezas de las cosas individuales, es decir, de los movimientos de cada ser. Su discípulo, Tomás de Aquino, distinguía cuidadosamente la forma -que es aquello por lo que un pino engendra otro pino- de la natura: ésta era el principio interno animador del movimiento de cada cosa⁴⁷. El deseo de cada ser que tiende a la plenitud de su vida constituye el núcleo de esta concepción de la vida⁴⁸. La variedad de las formas del deseo hace de la naturaleza un concepto marcadamente analógico⁴⁹. En el plano de la ética, la persona es la titular última de sus acciones, y estas acciones son realmente distintas porque responden a movimientos distintos de los mismos hombres. No se trata de aludir a los movimientos distintos de las distintas personas, sino a los diversos movimientos necesarios en un mismo ser humano. Personalidad y diversidad se funden: no podemos pensar en el derecho en una pluralidad de movimientos vitales sin personas, ni en personas sin movimientos plurales. Los constructos ignoran a las personas como tales y, por tanto, a su diversidad de tendencias vitales. Ya indiqué que para negar esta pluralidad les fue necesario declarar homogéneo todo el mundo humano, según sus preconceptos materialistas que imponían un método sumamente restrictivo.

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

⁴⁷ "Respondeo dicendum, quod, sicut Boetius dicit in libro de duabus naturis, et Phil. in 5. Metaph. natura dicitur multipliciter. Quandoque enim dicitur principium intrinsecum in rebus mobilibus. Et talis natura est vel materia, vel forma materialis". Summa teológica, I-II, q. 10, art. 1.

⁴⁸ Popper escribe que: "La situación es la siguiente: la teoría precede a la observación. La teoría puede en verdad ser influida por medio de observaciones. Tomemos como ejemplo un niño recién nacido: espera ser protegido, cuidado y alimentado. Naturalmente, no quiero decir que lo espere conscientemente, pero el organismo está enfocado a ello, el organismo lo espera, y esta esperanza del organismo, esto es, la esperanza inconsciente o no formulada, precede sin lugar a dudas a la esperanza consciente y formulada lingüísticamente. Y las esperanzas se corresponden con el ámbito de las teorías, hipótesis, prognosis, formuladas lingüísticamente. Esto significa, con otras palabras, que la función biológica de una esperanza se corresponde casi exactamente con la función biológica de una teoría. Naturalmente, una teoría tiene también otras funciones". Sociedad abierta, universo abierto, trad. de S. Mas, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 32.

⁴⁹ Análogo quiere decir, en este contexto, que una realidad no es completamente distinta de otra. Para algunas de estas explicaciones, vid. F. Viola, De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea. Trad. de V. Bellver, Comares, Granada, 1998, págs. 81-86.

como tales, se disuelven retóricamente en el siempre monótono polvo que levanta la Constitución actualmente vigente en cada una de sus andaduras.

¿Es lícito pedir sin más la consideración de las vertientes ontológicas de las acciones, como exigiéndolas por una cuestión de principios? Saumells explica que una realidad es la razón metódica y otra la razón demostrativa⁵⁰. La razón metódica responde al espíritu científico, que es el que lleva a diseñar los métodos; la razón demostrativa es más modesta: se aferra a los modelos teorematizados que ya conoce, o que innova, tratando de sacarles el mayor partido; el científico que permanezca en este momento de la ciencia, por miedo, por incompetencia o por prejuicios, tendrá que declarar aporéticas las cuestiones a las que él no sabe responder, y poblará la ciencia con nuevos misterios⁵¹. Lo que es un problema serio en el derecho: porque ninguno de nosotros sabe lo que es el tiempo o el espacio: pero todos podemos saber, en el plano del conocimiento teórico, que el tren de la tarde para Sevilla sale de Jerez a las 16,45; y que el profesor tiene el deber objetivo de conducir con prudencia cuando va a la Facultad. La razón metódica de nuestra cotidianidad desborda a la razón demostrativa que se monta sobre limitaciones puestas por el método.

Hablo de ocultamiento de la variedad porque si la racionalidad que de hecho está en la base de cualquier metodología científica muestra que no coinciden el método que trata de normar la recepción cognoscitiva de las experiencias, y las experiencias mismas, el espíritu científico ha de imponerse sobre el momento simplemente metódico. El científico es siempre un investigador vinculado al material duro que él ha de explicar fatigosamente; el hecho de que él supere a veces las explicaciones anteriores, y que a su vez sus explicaciones hayan de estar abiertas para ser superadas por otras, no quita un ápice de verdad a esta realidad. El único sector de la física en el que coinciden las lucubraciones matemáticas con el material que ha de ser estudiado es la óptica; pero algunos científicos cuestionan, y no en balde, si este saber constituye un verdadero momento de la geometría o si ha de ser expulsado de ella. Podemos dejar volar la mente, al modo de los investigadores de la óptica, sobre el inmenso campo de lo posible –o simplemente por el terreno tan plástico de los conceptos generales- y así siempre estarían dispuestos los ataques y los contraataques argumentativos. La imposición necesaria del ámbito científico sobre el metódico determina que el deseo de saber del estudioso no quede nunca satisfecho, porque los desarrollos teorematizados nunca están a la altura de sus conceptos, ni siquiera a la altura del método; el investigador sabe que ha llegado hasta el final, y que ha conseguido la demostración, pero no acaba de entender la razón de su discurso⁵².

⁵⁰ Las primeras cincuenta páginas de *La ciencia y el ideal metódico* están dedicadas más expresamente a dilucidar esta escisión en el conocimiento.

⁵¹ Según Gonseth, el investigador que abandona el espíritu científico y se refugia en un sistema previo a su búsqueda, hace de su teoría una *philosophie nécessaire*, y ha de declarar insolubles los problemas que no se ajustan a las restricciones iniciales puestas por el investigador. Vid. *Mon itinéraire...*, cit., págs. 25 y ss. Notax: *Phil nécessaire*

⁵² Así, Saumells, *La geometría euclídea...*, cit., pág. 18. Esto explica por qué, aun usando un mismo método, los resultados son distintos; pues, pese a encuadrarse en el ámbito 'positivista', las doctrinas de Bergbohm, Nawiasky, Kelsen o Hart son diferentes. No

Tomás de Aquino, hombre observador, ya explicaba que demostramos sin conocer el porqué de la demostración⁵³.

En esta pugna entre la razón metódica y el método concreto reside buena parte de la creatividad y libertad humanas. Si supusiéramos que el método es únicamente un programa de tratamiento de la información no respaldado por una ambición más amplia, el ser humano se encontraría indefenso ante los problemas que no puede resolver con el método que usa; esto sucede con los animales. Pero el hombre es consciente de su identidad y de sus conocimientos ajenos, de algún modo, a él mismo. Este hecho permite explicar la pervivencia del género humano a través de cada etapa histórica. Los animales, que no disponen de esta conciencia reflexiva, no pueden adaptarse a los cambios, y muchas especies acaban desapareciendo.

Sin duda alguna, nadie puede pretender que su explicación esté libre de impugnaciones, pero obtenemos un campo común, más de entendimientos que no de disensiones, si permanecemos fieles a la cotidianidad jurídica nuestra, esto es, al derecho positivo y a las nociones y a la protheoria que animan a las manifestaciones de la vida en su nacimiento y alcances. Porque si preguntamos qué es el derecho y se nos dice que el derecho es el mandato del soberano, la regla creada por el juez, una predicción sobre el uso futuro de la fuerza, un módulo de la conducta social, etc., nosotros tenemos el derecho de preguntar para qué sirve esa definición. Hemos de preguntarnos para qué sirve –y por tanto de donde proviene- el fundamento jurídico operativo del poder del padre sobre sus hijos, del capitán sobre su barco, el del policía sobre los ciudadanos, y si no lo hiciéramos abdicaríamos de nuestra condición racional. No es un problema de considerar residuos jusnaturalistas o metafísicos, sino de fidelidad al derecho que usamos cotidianamente, que hemos de explicar según categorías racionales, no fingidas, o postuladas por falta de explicación convincente. Hay una justicia ya dada, pre-teórica –tema en el que insistió MacIntyre hablando de los conceptos normativos- que antecede necesariamente a la reflexión ética⁵⁴. Porque cada poder jurídico o moral no puede ser sino la función de una necesidad concreta, y si un poder práctico -es decir, en el marco de la filosofía práctica- no sirve a la resolución de una necesidad humana, entonces la razón manda que se lo considere prepotencia.

tienen ante la vista la advertencia de Tomás de Aquino: que demostramos sin saber cómo. Vid., entre otros lugares, Sum. Gent., § 2323.

⁵³ Sum. Gent., § 2323.

⁵⁴ En su obra más conocida, *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, pág. 83, sienta reiteradamente su tesis básica: “El uso de hombre como concepto funcional es más antiguo que Aristóteles y no deriva inicialmente de la biología metafísica de Aristóteles. Radica en las formas de la vida social ... Con arreglo a esta tradición, ser un hombre es desempeñar una serie de papeles, cada uno de los cuales tiene entidad y propósitos propios: miembro de una familia, ciudadano, soldado, filósofo, servidor de Dios”. Expone sus explicaciones sobre el “concepto funcional” en las páginas 81 y siguientes de esta obra, e insiste frecuentemente (ver, por ejemplo págs, 254-255), en el carácter intencional de las acciones que hace que el concepto de acción sea secundario respecto al de acción inteligible.

Si prescindimos de la visión del mundo del derecho propia del Iluminismo, la persona atenta a lo que percibe no observa modificaciones simplemente binómicas que estén en condiciones de ser atribuidas a una sola protorealidad, sino tendencias humanas realmente distintas que originan problemas igualmente distintos. Porque toda mutación binómica es necesariamente excluyente –explicaba Bergson- y si tomamos esta idea como la guía para explicar la evolución, más bien parece exterior a lo que estudiamos y, desde luego, no da razón de la formación de los sistemas complejos⁵⁵. Efectivamente, el ser humano, que se mueve tras finalidades distintas precisamente porque tiene ante él problemas diferentes, se hace dirigir por patrones de conducta que no sólo tienen metas diversas, sino estructuras igualmente desiguales porque responden a aquellas finalidades distintas. El equipo de investigación en el que me integré hace años dispuso estudiaba la regulación jurídica de Internet, y también me interesé –al filo de un estudio de una compañera- por los problemas que plantea el usufructo de una finca hipotecada: es difícil encontrar unos conjuntos de input/output que sean comunes –ni siquiera en sus estructuras- a ambos tipos de estudios. Al movernos en el plano medio de la realidad que es propio del derecho, el jurista no tiene necesidad de preocuparse por las profundas cuestiones que tanto interesaban –en tono clásico- a Helvetius, Condorcet o Laplace; él se mueve en una realidad simultáneamente alejada de las profundidades de los que se ocupan de los fundamentos de la física y de las superficialidades de los que toman al *selfish* como criterio máximo para calcular las adecuaciones de las acciones humanas.

CORRELATIVAMENTE, LA DIVERSIDAD DE 'JURISDICCIONES' EN EL DERECHO

Heidegger nos mostró que todo preguntar es un buscar, y que la dirección de la respuesta viene desde la dirección de lo buscado: ésta es la tesis con la que inaugura su "Ser y tiempo". Toda pregunta supone una síntesis previa que la origina, pues nadie se toma el trabajo de preguntar si no presente la respuesta. El Estado, como toda institución humana, es una pregunta permanente en el aire, pero bajo la configuración doctrinal que ha tenido de hecho, no presupone el método de su respuesta ni muestra a todos la dirección de su pregunta. Sabemos que ante muchas interrogaciones, la entidad estatal ha llevado históricamente hacia el estudio directo del poder (como ha sucedido desde Bodin a hoy), bien hacia la unidad homogénea de sus ciudadanos. Igualmente, ha reconducido las preguntas sobre el método de estos estudios a la noción unitaria de sujeción política y jurídica: aquella homogeneidad y estas nociones amplias serían los presupuestos imprescindibles de las condiciones primeras de la racionalidad de la teoría del Estado. El doctrinario coherente desde el punto de vista democrático moderno fue Rousseau, que homogeneizó a todos los ciudadanos antes de comenzar sus discursos⁵⁶. Fue lógico que propusiera

⁵⁵ Vid. Matière et mémoire, en « Œuvres », cit., pág. 542.

⁵⁶ Carl Schmitt Schmitt escribía sobre el "Du contrat social" de Rousseau: "Die Fassade ist liberal: Begründung der Rechtsmäßigkeit des Staates auf freien Vertrag. Aber im weiteren Verlauf der Darstellung und bei der Entwicklung des wesentlichen Begriffes, der volonté générale, zeigt sich, daß man wahre Staat nach Rousseau existiert, und das Volk so homogen ist,

una única y solitaria voluntad générale –de naturaleza necesariamente colectiva en su génesis- como la meta ética suprema a alcanzar⁵⁷.

En el origen de la teoría de los derechos humanos, criaturas modernas y por tanto afectadas igualmente por esta uniformidad de la visión pretendidamente jurídica, está operativa una única noción de poder o derecho, porque estos derechos han sido entendidos históricamente como poderes de los individuos que constituyen excepciones al poder general del Estado. Pero así no podemos ofrecer ni siquiera una representación general de la vida jurídica, porque el contrato de arrendamiento poco tiene en común con el testamento, y si salimos del ámbito del derecho civil, vemos que la regulación de los testamentos poco tiene en común con las leyes que crean a las Universidades. Esto es, los derechos de los seres humanos para expresarse con libertad, para dejar a sus hijos sus propiedades en herencia, para gozar de las instituciones de la seguridad social, parecen excesivamente distintos. En todo caso, si queremos unificar lo disperso de la experiencia jurídica, podríamos hablar vagamente de reglas socialmente coactivas porque en último caso, si son transgredidas, pasarán por un cauce procedimental y coercitivo común. Pero es dudoso que una definición así arrojará mucha mayor claridad sobre nuestros conocimientos en el derecho.

La tendencia moderna de considerar metafísicamente las cosas en sí y por sí, al margen de las circunstancias (un modo de estudiar la realidad que lo iniciaron en su versión más extrema los jesuitas españoles de comienzos del siglo XVII⁵⁸), ha llevado a una extraña entificación unitaria del concepto del derecho. Leyendo a Kelsen, Rawls o Habermas, se percibe que ellos piensan en el derecho como una cosa que puede ser definida globalmente, del mismo modo que un cuerpo físico; el derecho sería así una realidad prácticamente tangible que se conoce en un solo concepto, y la tentación primera ha sido la de proporcionar un concepto de lo jurídico –la quimera decimonónica de la búsqueda del “concepto del derecho”!- que por sí mismo y por sus propias virtualidades, expulse de modo uniforme o igualmente reglado para todos los casos, cualquier posible injusticia.

Esta pretensión posee cierta razón de ser porque la afirmación de una figura conlleva una contrafigura contra la que ella se destaque: es su soporte imprescindible, tal como vemos, por ejemplo, en los dibujos y campos

daß ... keine Parteien geben, keine Sonderninteressen, keine religiöse Verschiedenheiten ... Die Einstimmigkeit muß nach Rousseau so weit geben, daß die Gesetze sans discussion zustande kommen”. Positionen und Begriffe, im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1940, pág. 63.

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

⁵⁷ Sobre las excesivas posibilidades de esta única voluntad general, vid. mi estudio *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Encuentro, Madrid, 2008, pp. 328-342.

⁵⁸ Vid. mi estudio *El desarrollo de la idea de libertad personal.*, cit., págs. 191-220. Este tema había sido estudiado introducido por John N. Figgis, *From Gerson to Grotius. Studies in Political Thought*. Cambridge University Press, 1956, págs. 32-33.

de colores con los que los psicólogos explican las Gestalten. Lógicamente, la pretensión de situar al derecho en un enunciado, ha de cortar, limitar y, por tanto, destacar contra lo que no parece ser el derecho. Pero el derecho no se nos manifiesta como una figura geométrica, ni siquiera como una realidad unitaria, y solamente podríamos llegar a construir tal unidad excluyendo. En este sentido, la igualdad propia de la posición original de Rawls es una proposición en definitiva paradójica que no existe en la realidad social observable, y de ahí que este autor insista en el carácter ideal de su teoría, que se fundamenta en una proposición sintética del espacio humano; se trata de una síntesis a priori que su método deductivo postula en su punto de partida. Pero esta teoría de la Justicia ha de pagar demasiado para imponerse de esta forma: ella es posible por un acotamiento, de naturaleza física o geométrica, hecho posible por la afirmación sectorial e inmatizada de una sola cualidad de las personas; desconoce las distintas situaciones sociales del homo in societate implicatus; la cualidad es afirmada sólo negativamente, y como toda negación, es traspasada sin problemas a la universalidad argumentativa. Aparte de este carácter tan sectorial, y de lo artificiosa que se presenta esta forma de proceder, cae bajo el reproche de Saumells: "Todo lo que se representa en el espacio, se funda en el espacio"⁵⁹.

Para recuperar la noción de universalidad que respete las manifestaciones de nuestras personalidades⁶⁰ hemos de volver a un sentimiento de lo heterogéneo de las jurisdicciones propiamente jurídicas. Admitir la posibilidad de diversas teorías no implica ser relativista, al menos no el sentido usual del término. Lo contrario de relativo sería lo absoluto: y es posible que lo absoluto no sea por lo general tema humano, sino solamente de Dios. Entre lo absoluto y entre lo relativo en el sentido vulgar de esta palabra, cabe la actitud que defiende Popper⁶¹.

¿Podemos admitir 'sin más' el pluralismo metódico que propone Popper? La realidad muestra que el investigador no adopta caprichosamente un método. Él vibra ante las dificultades que encuentra. Las ideas presionan en silencio y su razón se mueve, inquieta, incluso en los momentos que debería estar ocupado en otros temas. Algunas facetas de lo que estudia se le imponen con una luz más fuerte y comienza a 'ver' correspondencias nuevas en las que hasta entonces no había reparado: el camino para la explicación de este hecho se le impone. Él se

⁵⁹ La geometría euclídea., cit., pág. 77.

⁶⁰ Las Universidades eran entendidas como conjuntos más o menos plenos dentro de un conjunto más amplio. A lo largo de la Baja Edad Media, los grupos de estudiantes de las Escuelas, que normalmente residían extramuros, en barrios propios, fueron elevados a la categoría de Universitates, por lo que disponían de su propio territorio, su derecho, sus tribunales y cárceles, sus policías (los bedeles), etc., dentro del conjunto de la ciudad o reino en el que estaban situadas.

⁶¹ "Desearía contraponer aquí al relativismo una postura que casi siempre se confunde con él, pero que es radicalmente distinta a ella. He denominado a menudo esta posición como pluralismo, pero ello precisamente ha conducido a esos malentendidos. Por eso quiero caracterizarlo aquí como 'pluralismo crítico'. Mientras que el relativismo, que procede de una tolerancia laxa, conduce al dominio de la fuerza, el pluralismo crítico puede contribuir a la domesticación de la misma. La idea de 'verdad' es de una significación decisiva para la contraposición entre el relativismo y el pluralismo crítico. El relativismo es la postura según la cual se puede aseverar todo, o casi todo, y por tanto nada. Todo es verdad, o nada. La verdad es algo sin significado. El pluralismo crítico es la postura según la cual 'en interés de la búsqueda de la verdad', toda teoría -cuantas más teorías mejor- deben admitirse en competencia con otras teorías". Tolerancia y libertad intelectual, en "Sociedad abierta, universo abierto", cit., pág. 143.

ve pasivo y vivencia que son algunos elementos de sus interrogantes son los que le abren paso. Al final ha surgido una solución nueva o un método distinto que se añade a los ya existentes: la ciencia ha sido fecundada de nuevo gracias a la actitud del estudioso.

Los métodos no se yuxtaponen, ni el investigador elige voluntariamente a uno sobre otros. Cada método es una prolongación de la mano del investigador y sólo la implicación mutua entre el que estudia y lo que es estudiado hace hablar de diversidad científica.

Caben actitudes exquisitamente ingenuas o comprometidas en las que no cabe hablar de esta compenetración entre la racionalidad inquiriente y la racionalidad de lo estudiado. Tal cosa sucede cuando alguien indica, por ejemplo, que su objeto de estudio será el derecho positivo y que su método de aproximación la filosofía analítica. En estas actitudes no existe pasión y el investigador no vibra. Pero si se inserta en lo 'políticamente correcto' tendrá asegurada buena parte de su cursus honorum académico. Entonces no emerge esa razón metódica que es al alma de toda investigación académica, y el deseo de profundizar queda sustituido por una manifestación más de la burocracia universitaria a la que se dedican los *Denkbeamte*, los funcionarios del pensamiento.

PEOPLE AND THINGS IN THE MIDPLANE OF THE RIGHT

Abstract

The modern tendency of metaphysically consider things in and of itself, regardless of the circumstances (a way of studying the reality that began in its most extreme version of the Spanish Jesuits in the early seventeenth century) has led to a strange unit Rentification of the concept of law. Reading Kelsen, Rawls or Habermas, it is perceived that they think of law as something that can be defined globally, just as a physical body; the right would be practically a tangible reality known in one concept, and the first temptation has been to provide a legal concept -; the nineteenth-century chimera of the search for the "concept of law"! - which itself and their own virtues, ejet uniformly regulated or equally for all cases, any possible injustice.

In this article the author seeks to discuss people and things in the middle plan of law because the author of these pages is convinced that human beings have rights because is a person, and does not accept that they are the people that owe their condition to arguments that they themselves do; and, as to this issue, refers to the nature of these constructs that give us many rights, for watches that if there are human rights, the quality of humanness is not derived from the logical-abstract constructions, once the author of some of these theories is a human being.

Keywords: Entification of the concept of law / human / humanity

REFERENCIAS

ALLEN, Sir. Carleton Kemp. **Legal duties and other essays in jurisprudence**. Oxford: The Clarendon Press, 1931.

- AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law**. 5. ed. London: John Murray, 1911.
- BERGSON, Henri. L'évolution créatrice. In: BERGSON, Henri. **Œuvres**. Paris: PUF, 1959.
- BRYCE, James. Analytical school. The methods of legal science. In: BRYCE, James. **Studies in history and jurisprudence**. v. II. New York: Oxford University Press, 1901.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. "¿Regla de reconocimiento, o contexto de reconocimiento? en El positivismo jurídico a examen. In: PASCUA, J. A. Ramos & GONZÁLEZ, M. A. Rodilla (Eds.). **El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- _____. El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica. In: CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. **El derecho subjetivo en su historia**. Cádiz: Publicaciones Universidad de Cádiz, 2003.
- _____. Imputatio. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. LXXXI. Milano: Giufreè, 2004.
- _____. **La cabeza de Jano**. Cádiz: Publicaciones Universidad de Cádiz, 1989.
- _____. **La ley natural. Historia de un concepto controvertido**. Madri: Encuentro, 2008.
- _____. Nuestros utilitaristas malentienden a Kant. In: GALINDO, M. Elósegui-F. (ed.), **El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro Homenaje al Prof. J.J. Gil Cremades**. Zaragoza: El Heraldo de Aragón, 2008.
- DESCARTES, René. Discours de la méthode. In: DESCARTES, René. **Œuvres**. Paris: Gallimard, 1953.
- FIGGIS, John Neville. **From Gerson to Grotius. Studies in political thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1956.
- GONSETH, Ferdinand. **La géométrie et les problèmes de l'espace**. Neuchâtel: Éditions du Griffon, 1955.
- _____. Mon itinéraire philosophique in: **Dialectica** 20 (1966).
- JELLINEK, Georg. **Das Recht des modernen Staates, Erster Band, and Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900
- KANT, Immanuel. **Crítica de la razón pura**. Barcelona: Editorial Alfaguara, 1988.
- KELSEN, Hans. Kelsen. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Wien: Franz Deutike, 1960.
- KLIPPEL, Diethelm. **Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts**. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1976.
- KNAPP, Ludwig. **System der Rechtsphilosophie**. Erlangen: F. Enke, 1857.
- LIGHTWOOD, John Mason. **The nature of positive law**. London: Macmillan and Co., 1883.
- LUHMANN, Niklas. Inclusión y Exclusión. In: BERIAN, J. y GARCÍA BLANCO, J.M. (comps.). **Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia**. Madrid: Trotta, 1998.
- MACINTYRE, Alasdair. **Tras la virtud. Barcelona**: Crítica, 1987.

MEGÍAS, José Justo. **Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable**. Cádiz: Universidad de Cádiz, 1994.

MUGUERZA, J. y otros (Eds.). **El fundamento de los derechos humanos**. Madri: Debate, 1989.

PALLADINI, Fiammetta & HARTUNG, Gerald (Hrsg.). **Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Werk und Einfluß eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694–1994)**. Berlin: Akademie-Verlag, 1996.

POPPER, Karl. **Sociedad abierta, universo abierto**. Madri: Tecnos, 1984.

SAUMELLS PANADES, Roberto. **La ciencia y el ideal metódico**. Madri: Rialp, 1958.

_____. **La geometría euclídea como teoría del conocimiento**. Madri: Rialp, 1970.

SCHMITT, Carl. **Positionen und Begriffe, im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles**. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1940.

_____. **Sobre el parlamentarismo**. Madri: Tecnos, 1980.

SEIDENSTICKER, J. A. L. **Juristische fragmente**. Göttingen: s.ed. 1802.

SUÁREZ, Francisco. **Metaphysicorum disputationum in quibus et Universa naturalis theologia**. v. II. Salamanca: Ioannem & Andream Renaut, fratres, 1597.

VIOLA, Francesco. **De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea**. Comares - Granada, 1998.

WHEWELL, William. **The philosophy of inductive sciences founded upon their history**. V. I. 2. Ed. London: John W. Parker, 1847.

Trabalho enviado em 06 de maio de 2015.

Aceito em 14 de junho de 2015.